Н.В. ВАРЛАМОВА

Сравнительное правоведение: современные методологические подходы

В статье рассматриваются современные методологические подходы в сравнительно-правовых исследованиях, наиболее распространенные методы компаративистики – функциональный и культурологический – не удовлетворяют требованию релевантности основания сравнения. Сравнению подлежат только сопоставимые объекты, каковыми являются национальные правовые порядки, базирующиеся на единой системе принципов.

Ключевые слова: сравнительное право, методология, глобализация, унификация, кодификация, принципы права, правовые заимствования.

The article deals with the contemporary methodological approaches in comparative legal studies, functional and culturalological – don't comply with the condition of the relevancy of the grounds of comparison. Only comparable objects may be compared. That's why the object of the comparative legal studies is national legal orders based on common system of principles.

Keywords: comparative law, methodology, globalization, unification, codification, principles of law, legal transplants.

В сравнительно-правовых исследованиях теории и методологии обычно отводится маргинальная роль, так как принято считать, что они не нуждаются “в серьезном теоретическом сопровождении и обосновании” [Франкенберг, 2004^a, с. 70]. Компаративисты редко задаются вопросами, например, такого типа: что должно быть предметом сравнения? что есть право и как мы можем познать его? чего можно достичь сравнением правовых систем различных обществ? В результате “господствует дух беззаботного сравнения”. Сравнимым оказывается все: “право в книгах (*law in the books*) и право в действии (*law in action*), среда, окружающая право, или тексты, системы и культуры, модели поведения и мировосприятия, исторические корни, практические решения, общие функции и проявления права” [Франкенберг, 2004^a, с. 70]. Объектами сравнительного анализа становятся *common law*, *civil law* и право Российской Федерации; деликтное право Турции и США; система федеральной исполнительной власти в Мексике, Германии и Объединенных Арабских Эмиратах. При этом критерии отбора материала обычно не обосновываются, и их откровенный субъективизм (зависимость от научных интересов и компетентности исследователей, их понимания права и сравнительного правоведения) не вызывает ни удивления, ни возражения (см. [Франкенберг, 2004^b, с. 97]).

Причины такого пренебрежения методологическими основаниями исследований видятся в том, что сравнительное правоведение – слишком молодая наука и еще не смогла выработать свой канонический метод, причем сама возможность создания

теоретически обоснованного, логического и самодостаточного метода, способного претендовать на безошибочность, вызывает сомнения. Поэтому компаративисты всего мира находятся в стадии экспериментирования и не чувствуют себя связанными собственной методологией, а решающим критерием оценки их достижений является практика. Да и вообще считается, что “науки, вынужденные заниматься собственной методологией, – больные науки” [Цвайгерт, Кётц, 2000, с. 48–49]¹. “Для практической деятельности такой прагматизм часто незаменим: желающий ездить на машине не должен всякий раз разбираться, начиная с первооснов, как работает автомобиль, чтобы достичь цели без несчастных случаев. Однако чтобы машины еще лучше достигали цели и (еще) лучше удавалось избегать несчастных случаев, будет полезно, если кто-то будет порой размышлять об этих функциях” [Михаэльс, 2008, с. 29].

Общее место таких “размышлений” о методологических основаниях компаративистики – требование сопоставимости объектов, подлежащих сравнению, ибо “сравнивать можно только то, что сопоставимо. Правда, этот практический здравый смысл предполагает знание о том, что является одинаковым, а что – отличным” [Франкенберг, 2004⁶, с. 99–100]. Традиционным критерием сопоставимости выступает выполняемая тем или иным институтом функция. “Разумеется, нельзя сравнивать несравнимое, а сравнимо в праве лишь то, что выполняет одну и ту же задачу, одну и ту же функцию”, – поясняют К. Цвайгерт и Х. Кётц. Основным методологическим принципом сравнительного правоведения они считают функциональность: “Различные правовые системы сравнимы лишь в той мере, в какой они решают данную проблему, удовлетворяя потребность в адекватном правовом регулировании. Другими словами, только функциональная однозначность, то есть выполнение одной и той же задачи институтами разных стран, делает возможным и целесообразным их сравнение. Функция – исходная точка и основа правового сравнения... Для процесса сравнения это означает, что функциональность рассматриваемых правовых порядков, их регулирующий механизм берутся в чистом виде, то есть без национальной специфики, присущей их юридическим понятиям, доктринальным взглядам и искомым решениям” [Цвайгерт, Кётц, 2000, с. 50, 68–69].

Функциональный метод в компаративистике до сих пор, пожалуй, самый распространенный. Он связан с инструменталистским подходом к праву как “социальной инженерии” или “социальной технологии”. Функционалисты отвергают “любую метафизическую идею о том, чем право должно было или могло бы быть” [Франкенберг, 2004⁶, с. 96]. Право здесь рассматривается сугубо утилитаристски как средство решения разнообразных неправовых задач (социальных, экономических, политических, демографических, культурных и т.п.), и основной упор делается на то, какое воздействие оказывает позитивное право на разные стороны социальной жизни (см. подробнее [Michaels, 2006, p. 351–355, 369–372]).

Функциональный метод адекватен позитивистским представлениям о праве, которое в данном случае отождествляется с любыми общеобязательными в силу тех или иных причин (в современных условиях – обеспеченными публично-властным принуждением) правилами поведения. При этом “весь вовлеченный в анализ нормативный материал принимается как данность: его правовой характер не оспаривается и не проверяется на соответствие основополагающим юридически принципам; допускается лишь частная критика тех или иных норм позитивного права в связи с обнаруженным невыполнением или плохим выполнением ими своих социальных функций” [Слыщенко, 2011, с. 13]. Цвайгерт и Кётц специально подчеркивают необходимость отказаться от сравнения принципов, лежащих в основе законодательства и доктрины изучаемых правовых порядков; их влияние на ход исследования необходимо свести к нулю [Цвайгерт, Кётц, 2000, с. 69]. Однако, претендуя на статус нейтрального наблюдателя, функционалисты, в конечном счете, оказываются защитниками *status quo* [Франкенберг, 2004⁶, с. 101].

¹ К. Цвайгерт и Х. Кётц приводят слова известного немецкого философа права Г. Радбруха.

Кроме того, в рамках функционального метода происходит подмена объектов сравнения, отвечающих критерию сопоставимости. Аналогичные социально-управленческие задачи могут решаться принципиально различным образом, и сопоставимыми здесь оказываются лишь сами эти задачи, а не механизмы их решения; выполняемые правом функции, а не само право. Для функционалистов “идентичность проблем порождает относительную идентичность результатов – и совершенно не важно, как при этом выглядят правовые инструменты” [Франкенберг, 2004⁶, с. 99]. Но поскольку предметом компаративистики выступает именно право – правовые средства, решения, институты, то сопоставимость объектов сравнения функциональный метод не обеспечивает. Сопоставимыми могут быть только объекты, в общем и целом единые в своей сущности. Отсюда любое сравнительно-правовое исследование должно развиваться (и всегда развивается явно или имплицитно) в рамках определенного типа правовопонимания и иметь дело с правом (позитивным правом), базирующимся на единой (сущностно единой) системе принципов.

Вторая методологическая проблема компаративистики, неразрывно связанная с первой, – обоснование критерия сравнения. Любая операция сравнения предполагает наличие так называемого третьего члена (*tertium comparationis*) – критерия, основания сравнения в зависимости от соотношения с которым сравниваемых объектов выстраиваются классификации и оценочные суждения. Сравнение всегда предполагает как различие объектов исследования, так и их однородность. Поэтому “всякий выбор критерия, очевидно, амбивалентен по своему эффекту: с одной стороны, он позволяет объединить удовлетворяющие определенным требованиям объекты в одной группе, с другой – с неизбежностью влечет отказ другим объектам в принадлежности к формируемым группам. Критерий придется признать неудачным, если в результирующей классификации объединенными оказались разнородные объекты (общее которых исчерпывается соответствием критерию и меркнет на фоне различий), а разделенными, наоборот, объекты однородные (различающиеся, быть может, только по данному основанию). Так, классификация нормативно-правовых актов по количеству содержащихся в них статей возможна, но едва ли удачна: ведь здесь рядом с действующими разместятся акты, утратившие силу, рядом с законами – подзаконные акты и т.д.” [Ширвиндт, 2008, с. 640]. Релевантность критерия сравнения предполагает, что он не произвольный, то есть не просто соответствует целям исследования, но и обеспечивает сопоставимость объектов сравнения, то есть отражает их сущность, те аспекты их сущности, которые являются для них общими, что, собственно, и делает их сопоставимыми.

Избрание в качестве *tertium comparationis* социальной функции в общем соответствует социолого-позитивистским представлениям о праве, в рамках которых за правом по сути не признается никакой собственной сущности, содержательной специфики. Однако, как уже отмечалось, сопоставимым в данном случае оказывается не само право, а выполняемая им функция.

Требование релевантности основания сравнения нарушается и при получающем все более широкое распространение культурологическом направлении в компаративистике (в противовес продолжающему доминировать социолого-функциональному подходу). Здесь в качестве основания сравнения выступает культура в ее широком понимании как противоположная природе и сугубо биологическому существованию сфера жизнедеятельности человека (см. подробнее [Варламова, 2010, с. 129–130]), и в результате все внимание исследователя сосредоточивается не на праве, а на его социокультурном контексте, безусловно, влияющем на функционирование правовой системы, но все же выступающем по отношению к ней “внешней средой”. Так, В. Слыщенко, оценивая работы П. Леграна, одного из самых ярких представителей культурологического подхода в компаративистике (см., например, [Legrand, 1995, p. 262–272; 1999; 2001; 2003]), высказывает вполне обоснованные сомнения, что “трактовка права П. Леграна, подчеркивающая тесную связь права и национальной культуры, предполагает *право* как особый способ регулирования общественных отношений, действующий

по собственным принципам и обладающий своими отличительными признаками (будь то принцип формального равенства или наличие государственной санкции и пр.); ученой говорит о множестве культур, каждой из которых, очевидно, соответствует свое *уникальное право*. Если общее (для всех народов) определение права и может быть здесь дано, Леграна занимает все не оно, а различия между юрисдикциями. При таком подходе изучается не *право как таковое* в многообразии конкретных норм, а единичные культуры” [Слыщенко, 2011, с. 19]. Акцент на культурологической обусловленности права обычно делает невозможным различие “правового” и “неправового” и формирует представление о праве как о “повсеместно распространенном, аморфном и двусмысленном феномене” [Франкенберг, 2004⁶, с. 108].

Вместе с тем культурологический подход в сравнительном правоведении оказывается крайне необходим прежде всего в качестве своего рода предварительного этапа исследования. Сравнение на уровне правовых культур позволяет выявить присущую каждой из них специфику доминирующей и публично-властно обеспечиваемой соционормативной системы. Таким образом происходит выделение типологически схожих и типологически различных культур в зависимости от того, на каких базовых принципах основывается их социальная организация. Именно благодаря культурологическому подходу в рамках практически любого комплексного компаративистского исследования юридической карты мира (см., например, [Берман, 1998; Давид, Жоффре-Спинози, 1996; Леже, 2009; Цвайгерт, Кётц, 2000]) обособляются и противопоставляются западная правовая культура, где право является центральным принципом социальной организации, и иные так называемые традиционные культуры (религиозные и клановые), в доминирующей соционормативной системе которых можно найти лишь отдельные правовые компоненты, как правило, недостаточно развитые по сравнению с западными аналогами или заимствованные из западных правовых систем и не в полной мере интериоризированные. В дальнейшем сравнительно-правовое исследование, если оно стремится остаться в сфере юриспруденции, а не преобразоваться в сравнительную культурологию, должно сосредоточиться именно на анализе права, точнее – специфике проявления его общих принципов в разных социокультурных контекстах. Большей частью это будут типологически схожие культурные контексты, существующие в рамках западной правовой культуры, ибо “такой подход, когда неразвитое сравнивается с развитым, нарушает требование *tertium comparationis*, релевантного основания сравнения: черты и параметры, свойственные научно определенному предмету правовой науки, подменяются культурными сторонами социальной жизни, лишенными правового значения” [Дождев, 2008, с. 21]².

Таким образом, кросскультурные юридические исследования в юридической компаративистике имеют ограниченное применение. Их задачей может быть лишь сопоставление специфики представлений о праве и отводимом ему месте в соционормативной системе различных обществ в контексте присущих им особенностей общего мировосприятия³. Сравнительные исследования на юридико-догматическом (юридико-техническом) уровне возможны только в рамках типологически совместимых правовых культур (культур правового типа), а также правовых элементов, заимствованных у них иными (неправовыми в своей основе) культурами. Юридическая догматика, сложившаяся в рамках западной правовой культуры как учение о позитивном праве, способах его установления и действия, и весь разработанный ею арсенал юридико-

² Далее Д. Дождев, анализируя работу М. Ван Хука и М. Варрингтона “Правовые культуры, правовые парадигмы и правовые системы” [Van Hoecke, Warrington, 1998], констатирует “провал попытки для эвристичного сравнительного анализа выйти за рамки европейской правовой культуры, т.е. развитого права. Этот негативный опыт не столько выявляет слабости учения о правовых культурах, сколько ставит в центр изучения юридической компаративистики европейское право и право других народов, достижений европейского уровня правового развития. Африканские племенные порядки, исламские и буддистские религиозные нормы и представления не обладают релевантной предикативностью по отношению к предмету правовой науки” [Дождев, 2008, с. 21].

³ Именно в таком контексте Л. Сюкияйнен, например, выделяет в исламском праве собственно юридические и религиозные компоненты (см. [Сюкияйнен, 2007, с. 97–106]).

технических средств неприменимы для анализа традиционных социальных регуляторов, действующих в условиях неправовых культур⁴.

Такие методологические установки и ограничения позволяют сравнительному правоведению перерастать свои исключительно методологические функции и постепенно конституироваться в самостоятельную науку⁵. Ее предметом является принципиально единый правопорядок, который постоянно претерпевает эволюционные изменения и реализуется в многообразии своих позитивно-правовых воплощений, функционирующих в разнообразных социокультурных контекстах, модифицируясь под их влиянием, но сохраняя неизменной свою сущность.

Принципиальное единство правопорядка позволяет говорить о собственно сравнительном праве как предмете изучения компаративистики – единых основаниях правопорядка, выраженных в системе его общих принципов и абстрактных (надпозитивных) понятий как “непреходящей константы правового” [Дождев, 2008, с. 25], имеющей в различных национальных правовых системах разнообразные позитивные воплощения. Таким образом, сравнительное право – “продукт” сравнительного правоведения в его теоретической и практической ипостасях.

Любое теоретическое обоснование правовых принципов, понятий, конструкций должно опираться на сравнительно-правовые исследования в целях их верификации (фальсификации) и в целом преодоления своей “провинциальности”, национальной обособленности и ограниченности, подтверждения подлинной всеобщности теоретических построений. Ведь “правовые понятия существуют как наднациональные обобщения, преобразующие эмпирические данные форм национального позитивного права (включая и обычное право, и судебную практику) в абстрактные категории, составляющие элементы права как научной системы” [Дождев, 2008, с. 26]. А.Р. Паунд отмечал: “Опыт, который больше не является только локальным, должен подвергаться проверке и развиваться с помощью разума, а разум, который призван преодолевать локальную ограниченность, должен выдерживать проверку опытом” (цит. по [Франкенберг, 2004⁶ с. 72]).

В то же время сравнительно-правовые исследования служат базой для выработки международных стандартов и осуществления наднационального регулирования, объем и значимость которых возрастают в условиях глобализации, а они, в свою очередь, оказывают все более существенное влияние на развитие правовой доктрины и национального права. Общеизвестно, что успехи наднационального регулирования последних десятилетий опираются на сравнительно-правовые исследования (см. [Reimann, 2003, p. 691]). Право Европейского союза вообще принято рассматривать как продукт сравнительного правоведения (см. [Schlechtriem, 2001, p. 1177–1183]).

После Второй мировой войны процессы повышения значимости основных прав человека и развитие судебного (прежде всего – конституционного) контроля за законодательством и как следствие этого – конституционализации (ориентации на конституционные принципы) правопорядков стран Европы происходили во многом под влиянием Конвенции о защите прав человека и основных свобод и прецедентного права Европейского суда по правам человека. В большинстве стран Европы положения Конвенции и практика Европейского суда по правам человека интегрированы в национальную конституционную доктрину. Более того, в европейском правовом пространстве начал формироваться “общепринятый язык дискурса об основных правах” [Богданди, 2010, с. 60]. Хотя основная цель системы, установленной Конвенцией, – обеспечение возмещения конкретным лицам, она призвана также разрешать вопросы, исходя из соображений публичной политики в общем интересе, способствуя таким

⁴ Вместе с тем требование типологической совместимости правовых культур, вовлеченных в сравнительно-правовое исследование, не должно приводить к крайностям. Так, Э. Ламбер, один из основоположников компаративистики, считал непригодным для сравнения даже общее право как лишенное системности и развитого понятийного аппарата (цит. по [Дождев, 2008, с. 10]).

⁵ “...Метод порождает науку. И сегодня многие полагают, что сравнительный метод, сравнительно-правовые методы создали науку сравнительного правоведения” [Леже, 2009, с. 499].

образом повышению общих стандартов защиты прав человека и распространению судебной практики в области защиты прав человека в сообществе государств – участников Конвенции.

Сегодня международные акты, направленные на защиту прав человека, рассматриваются как “общая конституционная концепция”, которая призвана обеспечить демократическое правление, верховенство права, защиту равного достоинства и стремления к самореализации всех людей, и поэтому имеет приоритет по отношению к историческому наследию и социальным условиям любого конкретного государства (нации), в связи с чем узконациональный подход к их толкованию представляется неправильным (см. [Weinrib, 2002, p. 15]). Универсальность определенных конституционных норм и принципов нивелирует специфичность национальных условий, по крайней мере, порождает обязанность надлежащего обоснования необходимости отступления от них в рамках конкретного правопорядка (см. [Ramraj, 2002, p. 323–332]). Национальные конституция и законодательные акты при таком подходе рассматриваются как конкретизация общих конституционных принципов и универсальных норм в условиях данного государства, а потому их толкование и применение не может происходить без учета этого общего контекста и всего разнообразия его национальных интерпретаций.

В частности, Европейский суд по правам человека исходит из того, что свобода усмотрения, которой пользуются государства при обеспечении прав, гарантируемых Конвенцией, лицам, находящимся под их юрисдикцией, среди прочего, зависит от достигнутого единообразия регулирования соответствующих отношений во внутреннем праве государств-участников. Если государство не следует какому-либо общему стандарту, по поводу которого существует “европейский консенсус”, оно должно предоставить особо убедительное обоснование своей позиции.

Наиболее показательна в плане формирования собственно сравнительного права посредством практики Европейского суда система выработанных им так называемых автономных понятий. Юридически значимым понятиям и терминам, используемым в Конвенции (таким, как “суд”, “гражданские права и обязанности”, “уголовное обвинение”, “наказание”, “государственная служба”, “собственность”, “объединение” и др.), Суд придает самостоятельное (“автономное”) значение. Порой оно отличается по содержанию и объему от значения аналогичных понятий во внутреннем праве того или иного государства. Соответствующие юридические конструкции Европейский суд не воспринимает формально, согласно установлениям национального законодательства, а дает им содержательную интерпретацию, исходя из общего смысла и цели Конвенции, – эффективной защиты прав человека, а также объективной природы соответствующих отношений.

Возрастающая степень европеизации и интернационализации современного права придает его сравнительному изучению все большее практическое значение. В результате выявляется и формируется то, что Дж. Уолдрон назвал “современным *jus gentium*” – совокупность принципов, которые выражают консенсус, достигнутый среди судей, юристов и законодателей всех цивилизованных стран, совместно найденные ими ответы на часто возникающие вопросы [Waldron, 2005, p. 129, 132–133]. Так, под влиянием международного и наднационального регулирования конституционное право “освобождается от исключительной связи с определенным источником права, а именно с национальной конституцией... возникновение европейского правового пространства способствует разработке новых конституционных теорий и усилению междисциплинарного подхода” [Богданди, 2010, с. 58–59].

Вместе с тем сравнительное правоведение не игнорирует “*историческую и социокультурную контекстуальность права*” [Честнов, 2009, с. 262], не отрицает культурологическую обусловленность различных институтов национального права той или иной страны. Напротив, оно способствует взаимопониманию и взаимообогащению различных культур, наведению между ними “правовых мостов” посредством сопоставления ответов на аналогичные социальные вызовы, даваемые в рамках национальных правопорядков. Сравнительное правоведение осуществляет “перевод” с одного

национально-правового языка (системы позитивных нормативных предписаний) на другой (см. [Дождев, 2008, с. 24]), обращаясь к абстрактным правовым понятиям и принципам, выражающим сущность соответствующих правовых явлений (которые, собственно, и составляют сравнительное право).

Сравнительное правоведение занимается изучением многообразия конкретных позитивно-правовых решений различных юридических проблем в рамках единых принципиальных подходов с целью выявления “лучшего решения”. Однако указанную цель сравнительно-правовых исследований не следует абсолютизировать. Искомое “лучшее решение” невозможно в принципе. Д. Дождев абсолютно прав, когда соглашается с А. Гоффом в том, что “нет золота, которое ждет, чтобы его откопали, что Святого Грааля в правовом мире не существует” [Goff, 2000, р. 243], и добавляет: “...если бы идеал и существовал, его нельзя обнаружить ни сравнительно-правовыми, ни историческими методами, так как ему нет места среди конкретно-исторических явлений” [Дождев, 2008, с. 17]. Абстрактные принципы реализуются в разнообразных нормативных конструкциях, эффективность каждой из которых зависит от целого ряда социокультурных факторов, и ни одна из них не может быть обоснована в качестве “лучшей” для всех времен и народов, но может оказаться полезной для конкретного национального правопорядка, а равно для выработки наднациональных норм и международных стандартов, уточнения смысла правовых принципов и понятий и допустимой вариативности их осуществления⁶.

Одновременно только наличие разных позитивно-правовых решений делает возможной саму постановку проблемы выбора лучшего из них и обеспечивает постоянный поиск такого решения. Вполне обоснованно утверждение, что прогресс вообще и в праве в частности невозможен без разнообразия [Sacco, 2000–2001, р. 1163, 1174]. Отсюда унификаторские устремления сравнительного правоведения и сравнительного права нельзя признать оправданными. А. Ширвиндт тонко подмечает, что “унификация основывается на накоплении лучших решений, найденных разными (!) правопорядками. Оказывается, метод реализации всего проекта исходит из признания тех ценностей, на отказ от которых сам этот проект направлен” [Ширвиндт, 2008, с. 638]. Таким образом, “унификаторские задачи объективно отрицают сравнительный подход, унификация – могильщик компаративистики” [Дождев, 2008, с. 14].

Унификаторские тенденции в наднациональном регулировании (прежде всего на европейском уровне) выражаются в попытках создания наднациональных кодификаций частного права (его отдельных институтов), а также во все более нюансированном правовом регулировании в Европейском союзе, оставляющим минимальный простор для усмотрения национальных властей (см., например, [Witte, 2009, р. 31]). Наднациональные кодификации противоречивы по своей сути. Претендуя на воплощение сравнительного права (которое существует в виде общих правовых принципов и разнообразии их позитивной конкретизации в рамках национальных правопорядков), кодификации на самом деле отрицают его. Кодификация на уровне принципов не выполняет своего предназначения, заключающегося в том, чтобы “обеспечить большую правовую определенность” [Кабрияк, 2007, с. 214]⁷. Кодификации, закрепляющие “лучшие решения” (решения, признанные таковыми ее разработчиками) в виде конкретных позитивных

⁶ П. Легран описывает *civil law* и *common law* как “два типа производства знания, способные предложить в равной степени правдоподобные картины мира. Их можно представить двумя языками... предлагающими различные описания реальности. Ни один язык не может претендовать на исчерпание реальности... Эти нарративы дополняют друг друга, а не противостоят. Обеспечивая своим сочетанием более глубокое понимание реальности, которую каждый из них стремится описать” (цит. по [Ширвиндт, 2008, с. 639]).

⁷ «В попытке создать приемлемое для разных культур и языков правило, наднациональная унификация вынуждена ... еще больше повысить уровень генерализации и абстракции. Здесь фиксируются уже не нормы или конструкции, а общие принципы институтов или даже целых отраслей права. Называть же такое право “гибким”, или “мягким” (*soft law*), значит возводить в ранг достоинства вызванный чрезмерным уровнем обобщения недостаток определенности, игнорируя (или принося в жертву) один из фундаментальных принципов права» [Дождев, 2008, с. 13].

нормативных предписаний, оказываются оторванными от социокультурного контекста и потому непредсказуемыми в своей реализации. Одновременно такая кодификация закрывает (по меньшей мере, препятствует) возможности дальнейшего развития права, поиска новых решений, предлагающих более эффективные ответы на постоянно обновляющиеся социальные вызовы.

Р. Кабрияк убедительно показал, что кодификация права всегда оказывает серьезное воздействие на развитие правовой системы. Он обозначил его как эффекты разрыва, кристаллизации, оценки и полноты. Любая кодификация знаменует (по крайней мере, провозглашает) отказ от прежнего правового регулирования, одновременно преследуя цель “заморозить закрепляемое ею право, превратить его в неподвижную массу” [Кабрияк, 2007, с. 146–182, 154], претендует на полноту, совершенство и законченность регулирования⁸ и в связи с этим в некотором смысле сакрализуется⁹. В результате, по мнению Р. Шапю, кодекс “запирает правовое пространство” (см. [Кабрияк, 2007, с. 170]), исключая всякое обращение к нормам, находящимся за его пределами¹⁰ и превращаясь для судей в “нечто вроде тюрьмы” [Кабрияк, 2007, с. 157]. Столь же негативное влияние кодификация оказывает на развитие правовой доктрины¹¹. Такие оценки с полным основанием могут быть экстраполированы и на наднациональные кодификации.

Принцип права на то и принцип, что он никогда не может быть окончательно позитивирован. Р. Дворкин указывает, что принцип в отличие от нормы “формулирует основание для рассуждения в определенном направлении, но не диктует конкретного решения”; он склоняет “к определенному решению, но не окончательно” [Дворкин, 2004, с. 50, 63]. Современные исследователи приходят к выводу, что системность правопорядка более эффективно может обеспечиваться посредством его конституционализации (ориентации на конституционные ценности, прежде всего – права человека) и осуществления конституционного (и судебного в целом) контроля за нормативными актами, а не на основе кодификаций законодательства [Богданди, 2010, с. 50–51].

Гораздо больше интенции сравнительного права соответствует идея гармонизации правового регулирования посредством взаимообогащения различных национальных правопорядков эффективными решениями, принятыми в рамках каждого из них. По мнению Г. Тойбнера, “общий юридический принцип допускает разнообразие конкретных решений, если он переопределен (*respecified*) в различных социальных и экономических культурных контекстах” (цит. по [Слыщенко, 2011, с. 21]). Наиболее эффективный правовой механизм такого взаимообогащения – прецедентное право, создаваемое как наднациональными судебными (и квазисудебными) органами, так и национальными судами.

Реализация текстуально идентичных нормативных предписаний испытывает сильное влияние политических, исторических и культурных традиций (социального контекста), что может привести к различным правоприменительным решениям. От-

⁸ Кодекс “замышляется как некий закрытый мир” [Кабрияк, 2007, с. 168]. М. Вебер отмечал: “Кодификация хочет быть исчерпывающей и верит, что может таковою стать” (цит. по [Кабрияк, 2007, с. 168]).

⁹ “Престиж Кодекса в значительной мере достигается не только благодаря содержанию его положений, но и в силу того простого факта, что он представлен в виде Кодекса”, считает Н. Руланд (цит. по [Кабрияк, 2007, с. 159]). “Кодекс – это Книга права, а Книга не символизирует ли Откровение” [Кабрияк, 2007, с. 168].

¹⁰ “Мечта сменилась мифом, когда современники гражданского кодекса поверили в то, что он тождествен гражданскому праву и включает все его целиком”, полагает К. Атиас (цит. по [Кабрияк, 2007, с. 169]).

¹¹ В качестве примера П. Малори приводит Германию, “где на протяжении XIX столетия правовая мысль имела таких выдающихся представителей, как Савиньи или Иеринг, и где после принятия ГГУ (BGB) не стало более выдающихся правоведов-мыслителей. Второй пример касается Франции, где цивилистическая доктрина, появившаяся вслед за гражданским кодексом, значительно уступала по уровню и блеску не только частнопредметной доктрине, существовавшей до него, но и современной ей доктрине публично-правовой, не вынужденной пребывать в тени какого-нибудь кодекса” (цит. по [Кабрияк, 2007, с. 177]). Гражданское право Франции, полагает Т. Карбонье, переживало “мертвый сезон в течение изрядного отрезка XIX столетия, в чем не без оснований упрекают Кодекс 1804 г.” (цит. по [Кабрияк, 2007, с. 177]).

сюда наибольшее практическое значение имеют сравнительно-правовые исследования на герменевтическом уровне, позволяющие сопоставить результаты толкования национальных конституций и законодательства с толкованием аналогичных положений конституций и законодательных актов в других странах и при необходимости внести соответствующие коррективы в национальную правоприменительную практику. Учитывая общую направленность правового развития стран западной демократии, определяемую в том числе и международными стандартами в сфере обеспечения прав человека, целесообразно исходить из того, что значительные отклонения в правоприменительной практике отдельных государств должны быть особенно тщательно обоснованы, чтобы исключить предположение об ошибочности избранного решения. Таким образом обеспечивается гармонизация правового регулирования и достигается “гомогенизация без принуждения” посредством взаимного дискурсивного обучения [Шульце-Филиц, 2004, с. 85, 89].

В последнее время все большее распространение получает практика ссылок в обоснование принимаемого решения на прецеденты, созданные в рамках иных национальных (наднациональных) юрисдикций. Так, конституционные суды Австрии и Чехии нередко обращаются к решениям Федерального конституционного суда Германии, в которых отсылки к правоприменительной практике других стран часто встречаются в завуалированном виде, не подкрепленные прямыми цитатами [Шульце-Филиц, 2004, с. 85]. Конституция ЮАР прямо предусматривает, что при толковании Билля о правах (который образует главу 2 Конституции) необходимо содействовать продвижению основополагающих ценностей открытого и демократического общества, базирующегося на человеческом достоинстве, равноправии и свободе; следует учитывать международное право и можно принимать во внимание иностранное право (ч. 1 ст. 39)¹². Европейский суд по правам человека при формировании своих правовых позиций учитывает не только право Европейского союза (в том числе и практику Суда ЕС), которым связано большинство участников Конвенции, и решения контрольных органов, созданных в рамках ряда конвенций ООН, но иногда ссылается и на решения Межамериканской комиссии по правам человека и Межамериканского суда по правам человека. В свою очередь, Верховный суд США в 2003 г. впервые для подкрепления своей позиции сослался на решение Европейского суда по правам человека.

Очевидно, что именно суды, постоянно занятые поисками “лучших решений”, в наибольшей мере осознают их вариативность в рамках принципиального единства правовых подходов и необходимость объединения усилий в процессе выявления наилучшего для данного случая варианта решения. При этом ссылки на решения иностранных судов не означают, что они используются в качестве обязывающих прецедентов. Обращение к позиции зарубежных судей может быть уподоблено знакомству со статьей профессора, содержащей обзор иностранного права (см. [Murray, 2009]).

Принципиальное единство правопорядка, проявляющееся в многообразии конкретных решений, предопределяет возможность правовых заимствований, которые традиционно входят в предмет сравнительного правоведения (см., например, [Watson, 1993]). В данном случае культурологический подход (метод) приобретает особое значение, поскольку эффективность решения, избранного для рецепции, зависит не только от его собственно правовых качеств, но и от соответствующего социокультурного контекста общества-донора и общества-реципиента.

Цвайгерт и Кётц, сформулировав свой “основной закон сравнительного права” или “презумпцию идентичности” (*presumptio similitudinis*), заключающиеся в том, что “одни и те же юридические проблемы одинаково или в значительной мере сходно

¹² Таким образом создатели Конституции хотели подчеркнуть, что стандарты, на которые должна ориентироваться правовая система эпохи постапартеида, надо заимствовать не из национальных источников, “а из других, более чистых” [Тзен-Та Ли, 2007, с. 171].

решаются во всех развитых правовых системах мира”, “несмотря на все различия в своем историческом развитии, доктринальных взглядах и стилях функционирования на практике”, были вынуждены признать, что “некоторые области социальной жизни находятся под столь сильным влиянием национально окрашенных моральных и нравственных ценностей, уходящих корнями в религиозное представление и исторические традиции развития культуры или в характер наций, что порожаемые этими социальными факторами различия не могут создать благоприятную почву для развития в разных правовых порядках совпадающих правовых норм, которые регулировали бы указанные сферы жизни” [Цвайгерт, Кётц, 2000, с. 58–59].

Они имели в виду прежде всего отношения, регулируемые семейным и наследственным правом. Кроме того, выдвинутая ими презумпция сразу предполагала ограниченные предметную (“неполитическое” частное право) и территориальную, точнее – социокультурную (развитые правовые системы) сферы действия. Представляется, что осознаваемые авторами пределы использования данной презумпции (“она не применима в тех областях права, которые несут слишком сильный отпечаток политических и моральных представлений данного общества” [Цвайгерт, Кётц, 2000, с. 60]) задают разумные культурологические ограничения правовой рецепции¹³.

Рецепция целесообразна, если воспринимаемое регулирование носит сугубо “технический” или чисто юридический характер, максимально свободно от социокультурного влияния, либо когда социокультурные характеристики общества-донора и общества-реципиента сопоставимы, что позволит заимствуемым нормам укорениться, либо если есть обоснованные ожидания того, что воспринимаемая конструкция способна трансформировать социокультурный код общества-реципиента, и это является желательным. В любом случае предполагаемым правовым заимствованиям должны предшествовать серьезные сравнительно-правовые исследования, при осуществлении которых культурологический подход необходим. И всегда успех рецепции будет оставаться под сомнением. По мнению Г. Тойбнера, «невероятно, что правовая норма будет удачно “пересажена” в другой юридический контекст, по-своему связанный с социальной областью. Если она и не будет отвергнута сразу, она либо разрушит связь с социальной областью (*binding arrangement*), либо породит динамику взаимных раздражений, которые существенно изменят ее идентичность» (цит. по [Слыщенко, 2011, с. 23]).

Необходимо учитывать также, что функционирование привнесенных подходов решающим образом зависит от способности воспринять и те политико-правовые теории, которые лежат в их основе. Так, Я. Хасебе убедительно показывает, что невысокая эффективность конституционного контроля, который осуществляется Верховным судом Японии, во многом обусловлена тем, что, несмотря на восприятие Судом (с некоторыми модификациями) американских доктрин, касающихся защиты прав человека, в частности относительно критериев оценки конституционности законов, на теоретическом уровне большинством специалистов не принимается концепция конституционализма, предполагающая защиту фундаментальных прав человека от посягательств со стороны политического большинства, представленного в парламенте [Хасебе, 2005, с. 81–92].

Гораздо эффективнее прямых заимствований оказывается тактика “взаимного обмена” [Bell, 1998, p. 147–148] и “диалогической интерпретации” [Choudhry, 1999, p. 836]. Диалогическое толкование предполагает, что к иностранному законодательству и практике обращаются, чтобы выявить идеи, принципы и концепции, лежащие

¹³ Вместе с тем крайне политизированное и во многом историко-культурологически обусловленное конституционное право является сферой, пожалуй, наиболее активных заимствований. Это неизбежно, так как общие принципы конституционализма и институциональные механизмы их реализации давно известны и количество их ограничено. В настоящее время большинство конституционных систем производны друг от друга, за исключением исходных моделей, представленных конституционными системами Соединенного Королевства, США и Франции (см., например, [Sanders, 2001, p. 37; Goodin, 1996, p. 223; Осятыньский, 2004, с. 53]).

в ее основе, и понять, таким образом, почему в других странах в определенных ситуациях приходят к тому или иному решению. Эти знания способны вызвать рефлексию относительно собственной правовой системы. Иностраннный опыт выступает здесь как источник идей для определения направлений, в которых должна развиваться национальная правовая система. Знакомство с иностранным правом и особенностями его функционирования помогает осознать, что национальные социокультурные условия не столь уж специфичны, чтобы отказаться от следования общепринятым стандартам. Иностранная практика в данном случае выполняет роль внешнего стимула, побуждающего к переосмыслению собственных подходов к решению аналогичных проблем. Она срабатывает как катализатор эволюции национальной правовой системы, предполагающий адаптацию ее к особенностям принципов и доктрин, выработанных в рамках иных право порядков. В этом и заключается отличие тактики “взаимного обмена” от “правовой трансплантации”, когда осуществляется перенос доктрин или даже собственно правоприменительных решений из одной правовой системы в другую (см. [Тзен-Та Ли, 2007, 167, 172–173, 175]).

Культурологически ориентированными должны быть и сравнительно-правовые исследования реальности и эффективности осуществленной рецепции. Они предполагают изучение реального функционирования заимствованных норм (если таковое фиксируется и нормы иностранного права не восприняты исключительно “на бумаге”) с целью выявления его совместимости с действующими собственными правовыми и иными социальными регуляторами, а также тех трансформаций, которые оно претерпевает под их влиянием. В результате, очевидно, будут установлены неизбежные модификации рецептированного института, но при этом важно, чтобы он сохранил свою сущность и функциональное назначение. Вряд ли уместны сравнения с исходным аналогом института, заимствованного сугубо формально, точнее, даже просто терминологически (например, советский конституционализм), и наполненных в стране-реципиенте принципиально иным содержанием (если только речь не идет о выявлении их сущностного различия).

При этом контрольно-корректирующая функция сравнительного правоведения не должна приводить к тому, чтобы правоприменительные решения, принятые в рамках зарубежного право порядка, просто переносились в национальную практику толкования конституционных и законодательных текстов. За рамками фундаментальных принципиальных решений каждый конституционный строй вырабатывает собственные правила. Такие различия между право порядками (будь то на уровне текста конституции, судебной практики или законодательства) должны оставаться возможными. Так, обсуждая перспективы формирования общеевропейского публичного права – *jus publicum eurpaeum*, исследователи прогнозируют, что “конституционные порядки Евросоюза не сольются в единую систему... скорее, каждый конституционный порядок интегрирует европейские влияния в существующие тенденции развития, сохраняя свой собственный гештальт¹⁴, как с формальной, так и с содержательной точек зрения” [Богданди, 2010, с. 61].

Унификаторские устремления неприемлемы и на концептуальном уровне: “лакмусовой бумагой возникновения общеевропейского правоведения не должно считаться возникновение всеобъемлющих доктринальных схем” [Богданди, 2010, с. 62]. Гораздо полезнее усиливать сравнительную составляющую в различных правовых доктринах. В частности, констатируется, что “Европа все еще очень далека от создания какого бы то ни было *общего* конституционного правоведения”. В ней сохраняется “разнообразие национальных научных стилей и школ” [Богданди, 2010, с. 61]¹⁵. И в этом залог дальнейшего развития правовой науки.

¹⁴ *Gestalt* (нем.) – форма, вид, образ, строение, структура.

¹⁵ Согласно французской поговорке, французский стиль элегантен и упорядочен, немецкий туманен и абстрактен, а английский эмпиричен и конкретен [Богданди, 2010, с. 66].

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

- Берман Г. Дж.* Западная традиция права: эпоха формирования. М., 1998.
- Богданди А. фон.* Доктринальный конструктивизм в прошлом и будущем: стратегия ответа на насущные вопросы, стоящие перед конституционно-правовой наукой в Европе // Сравнительное конституционное обозрение. 2010. № 1.
- Варламова Н.В.* Правовые культуры: введение в сравнительное изучение // Вопросы правоведения. 2010. № 3.
- Давид Р., Жоффре-Спинози К.* Основные правовые системы современности. М., 1996.
- Дворкин Р.* О правах всерьез. М., 2004.
- Дождев Д.В.* Сравнительное право: состояние и перспективы // Российский ежегодник сравнительного права. 2007. № 1. СПб., 2008.
- Кабрияк Р.* Кодификации. М., 2007.
- Леже Р.* Великие правовые системы современности: сравнительно-правовой подход. М., 2009.
- Михаэльс Р.* На западном фронте без перемен? 100 лет Парижскому конгрессу сравнительного правоведения (размышления по поводу юбилейной конференции в Новом Орлеане) // Российский ежегодник сравнительного права. 2007. № 1. СПб., 2008.
- Осятынский В.* Парадоксы конституционного заимствования // Сравнительное конституционное обозрение. 2004. № 3.
- Слыщенков В.А.* Методы сравнительного правоведения: замечания о культурологическом подходе к сравнительному праву // Ежегодник сравнительного права. 2011. М., 2011.
- Сюкияйнен Л.Р.* Исламское право: взаимодействие юридического и религиозного начал // Ежегодник либертарно-юридической теории. Вып. 1. М., 2007.
- Тзен-Та Ли Д.* Толкование актов о правах человека: значение сравнительного подхода // Сравнительное конституционное обозрение. 2007. № 3.
- Франкенберг Г.* Критические сравнения. Попытка оживить сравнительное правоведение // Сравнительное конституционное обозрение. 2004^а. № 3.
- Франкенберг Г.* Критические сравнения. Попытка оживить сравнительное правоведение // Сравнительное конституционное обозрение. 2004^б. № 4.
- Хасебе Я.* Конституционные заимствования и политическая теория // Сравнительное конституционное обозрение. 2005. № 4.
- Цвайгерт К., Кёту Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. В 2 т. Т. I. Основы. М., 2000.
- Честнов И.Л.* Критерии современности правопонимания: современна ли интегративная концепция права // Философия права в России: история и современность. Материалы третьих философско-правовых чтений памяти академика В.С. Нерсесянца. М., 2009.
- Ширвиндт А.М.* Сравнительное правоведение как научная дисциплина и унификация частного права (по поводу работы Р. Циммерманна "Европеизация частного права и сравнительное правоведение") [Zimmermann R. Die Europ äisierung des Privatrechts und die Rechtsvergleichung. De Gruyter Recht. Berlin, 2006. 58 s.] // Российский ежегодник сравнительного права. 2007. № 1. СПб., 2008.
- Шульце-Филиц Х.* Сравнительное конституционное право – улица с односторонним движением? На примере соблюдения принципа человеческого достоинства в биомедицинских исследованиях // Сравнительное конституционное обозрение. 2004. № 4.
- Bell J.* Mechanisms for Cross-Fertilisation of Administrative Law in Europe // New Directions in European Public Law. Oxford, 1998.
- Choudhry S.* Globalization in Search of Jurisdiction: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation // Indiana Law Journal. 1999. Vol. 74. № 3.
- Goff A.* Coming Together – the Future // The Clifford Chance Millennium Lectures. The Coming Together of the Common Law and the Civil Law. Oxford–Portland (Oreg.), 2000.
- Goodin R.* Designing Constitutions: the Political Constitution of a Mixed Commonwealth // Constitutionalism and Transformation: European and Theoretical Perspectives. Blackwell, 1996.
- Legrand P.* Comparative Legal Studies and Commitment to Theory // Modern Law Review. 1995. Vol. 58. № 2.
- Legrand P.* Fragments on Law-as-Culture. Deventer, 1999.
- Legrand P.* The Same and the Differend // Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions. Cambridge, 2003.
- Legrand P.* What Legal Transplants? // Adapting Legal Cultures. Oregon, 2001.

- Michaels R.* The Functional Method of Comparative Law // The Oxford Handbook of Comparative Law. Oxford, 2006.
- Murray J. Ginsberg* Renews Defense of Foreign Law Citations // The Bulletin. April 13, 2009.
- Ramraj V.V.* Comparative Constitutional Law in Singapore // Singapore Journal of International and Comparative Law. 2002. Vol. 6. № 1.
- Reimann M.* The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of Twentieth Century // American Journal of Comparative Law. 2003. Vol. 50.
- Sacco R.* One Hundred Years of Comparative Law // Tulane Law Review. 2000–2001. Vol. 75.
- Sanders Ch.* Constitutional Culture in Transition // Constitutional Cultures. Warszawa, 2001.
- Schlechtriem P.* Directives, Common Principles, and Law Reform // Tulane Law Review. 2000–2001. Vol. 75.
- Van Hoecke M., Warrington M.* Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model of Comparative Law // International and Comparative Law Quarterly. 1998. Vol. 47.
- Waldron J.* Foreign Law and the Modern Jus Gentium // Harvard Law Review. 2005. Vol. 119. № 1.
- Watson A.* Legal Transplants. An Approach to Comparative Law. Athens–London, 1993.
- Weinrib L.E.* Constitutional Conceptions and Constitutional Comparativism // Defining the Field of Comparative Constitutional Law. Westport, 2002.
- Witte B. de.* The Lisbon Treaty and National Constitutions. More or Less Europeanisation? // The Lisbon Treaty and National Constitutions. Europeanisation and Democratic Implication. Oslo, 2009.

© Н.Варламова, 2014