

Н.В. ВАРЛАМОВА

Западная правовая культура: уникальность или универсальность?*

В статье выявляются характерные черты западной правовой культуры: индивидуализм, рационализм и формализм. Сопоставляя право в его западном понимании с соционормативным регулированием, типичным для других культур, в частности исламской, автор пытается ответить на вопрос, присущи ли указанные черты исключительно западной правовой культуре или они носят универсальный характер.

Ключевые слова: западная правовая культура, индивидуализм, рационализм, формализм, исламское право.

In this article the basic features of the western legal culture (individualism, rationalism, formalism). By comparing the western concept of law with socio-normative systems, typical for other cultures, in particular – Islamic, the author tries to answer the question whether these features are typical only for the western legal culture or they are universal.

Keywords: western legal culture, individualism, rationalism, formalism, Islamic law.

Названные характеристики западной правовой культуры только на первый взгляд кажутся несовместимыми. Западная правовая культура базируется на принципах, выражающих одну из универсальных основ социальной нормативности, и вместе с тем представляет собой уникальный в мировой истории образец их достаточно последовательной реализации и неизменного доминирования над иными системами социальной регуляции.

В рамках практически любого комплексного компаративистского исследования юридической карты мира западная правовая культура (традиция, система) рассматривается как определенное единство, выделяемое не по пространственно-географическому признаку, а на основании целой совокупности историко-культурных, социально-политических, философско-идеологических критериев¹, и противопоставляемое иным правовым культурам (так называемым традиционным – религиозным и клановым) [Давид, Жоффре-Спинози, 1996; Цвайгерт, Кётц, 2000; Леже, 2009; Берман, 1998; Wieacker, 1990].

Более того, целый ряд исследователей [Вебер, 1990, с. 54; Леже, 2009, с. 103–110; Синха Сурия Пракаш, 1996, с. 10–63, 281–282; Алексеев, 1998, с. 10–14, 160–168; Поляков, 2004, с. 325–327; Козлихин, 2000, с. 5–11; Четвернин, 2003, с. 89–109]² пола-

* Исследование выполнено при финансовой поддержке Российского гуманитарного научного фонда в рамках научно-исследовательского проекта “Сравнительное исследование правовых культур” (проект № 09-03-00-647а).

¹ «Запад определяется не по компасу. Географические границы помогают найти его, но со временем они меняются. “Запад” скорее культурный термин, но с очень значимым диахроническим измерением. Запад, однако, не просто идея; это – общество» [Берман, 1998, с. 20].

² Критерии разделяются мною.

гают, что только западная правовая культура и может считаться собственно правовой. В других социокультурных образованиях право не является доминирующей системой социальной регуляции. В структуре последней 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 свою очередь, западная правовая культура, несмотря на серьезные юридико-технические различия между континентальной (романо-германской) и англосаксонской традициями, отличается общностью существенных характеристик, которые и позволяют ее идентифицировать как единую правовую культуру [Wieacker, 1990, p. 6]. Т. Гьяро в своей работе с характерным названием “Правовая традиция Восточной Европы: Эпитафия” убедительно показывает, что, несмотря на все сложности собственного правового развития государств Восточной Европы и их взаимоотношений с западными странами, сегодня так называемой восточной правовой традиции в Европе не существует и “правовую окцидентализацию”³ Восточной Европы можно считать завершенной [Гьяро, 2006, с. 146–147]. Сейчас речь идет об интеграции общей британско-континентальной традиции [Burrows, 1996, p. 297] в заокеанскую *western legal tradition* и определенной американизации европейской *civilian tradition* [Гьяро, 2006, с. 147; Monateri, 2003, p. 419; Somma, 2003, p. 130].

Правовая культура, будучи частью культуры общества в целом, понимаемой в широком смысле как способ и объективированный результат человеческой жизнедеятельности [Маркарян, 1969, с. 31, 67; Спиридонов, 1995, с. 119], не может быть описана только через характерные черты норм (правил поведения), образующих позитивное право относящихся к ней стран; говорить о правовой культуре или традиции – “значит, постулировать понятие права не как корпуса правил, но как процесса, предприятия, в котором правила имеют смысл только в контексте институтов и процедур, ценностей и образа мышления” [Берман, 1998, с. 28]. Поэтому в культурологически ориентированных сравнительно-правовых исследованиях акцент делается не на юридико-технических характеристиках правовых систем, а на истории их формирования, специфике религиозных, философских, политических воззрений общества и обусловленного ими понимания права, государства, их взаимосвязи, представлениях о месте права в системе социальной регуляции и способах его легитимации. Среди социокультурных параметров, предопределяющих юридико-технические характеристики западной правовой культуры, можно выделить как внешние, формальные признаки, так и содержательные, сущностные.

Г. Берман акцентирует внимание на первых. В числе таковых он называет относительную автономию права, его обособленность от иных систем соционормативного регулирования – религии, нравственности, обычаев. Следствием этого является выделение в системе социальной организации особых правовых институтов – учреждений и процессов (правотворчества и правоприменения, в том числе судебного), а также наличие особого слоя людей, профессионально занимающихся правом – адвокатов, судей, юристов, получающих для этого специальное образование в юридических учебных заведениях. Юриспруденция развивается как самостоятельная наука, которая не только изучает правовую действительность, но и в определенной мере формирует ее. Само право при этом воспринимается как связанная целостность, единый организм, развивающийся на протяжении веков, подверженный разнообразным изменениям, имеющим, однако, свою внутреннюю логику и необходимость и не выходящим за рамки данной правовой традиции в целом.

Наконец, за правом признается верховенство по отношению к политике и государственной власти. Этот приоритет права над государственной властью исторически обеспечивался и поддерживался сосуществованием и конкуренцией в рамках одного общества различных юрисдикций – церковной и светской, королевской и феодальной, городской и цеховой, и т.п. Такая множественность юрисдикций не только способствовала развитию юридической казуистики; она отражала и укрепляла существующий

³ *Oriens–Occidens (лат.)* – традиционное противопоставление Восток–Запад.

плюрализм экономической и политической жизни, обеспечивала юридизацию порождаемых им конфликтов и предоставляла определенные гарантии индивидуальной свободы [Берман, 1998, с. 25–27].

Все эти формальные особенности западной правовой традиции обусловлены существенной культурологической спецификой принадлежащих к ней обществ, господствующим в них типом мировосприятия, представлениями о надлежащем положении человека в системе социальной организации, а отсюда и должным характером этой организации.

В основе западной правовой культуры лежит индивидуализм, то есть она ориентирована на человека, который рассматривается как первичная и приоритетная ценность. Индивид здесь не поглощается социальной тотальностью, а выделяется из нее и в определенной мере противостоит ей [Дюмон, 1997, с. 36–37, 294–295]. Человек выступает как существо, наделенное “разумом, свободой выбора и способностью принимать решения. Поэтому он живет для самого себя, а не для того, чтобы служить какому-нибудь высокопоставленному человеческому существу или сверхъестественной силе” [Сурия Пракаш, 1996, с. 132]. Индивид рассматривается как субъект, обособленный от мира воспринимаемых объектов (природной и социальной данности), а отношения между людьми выстраиваются по модели “*vis-à-vis*”, а не “с другим” или “вместе”, что контрастирует со слиянием лиц и объектов, “Я” и “Мы”, типичным для других культур [Wieacker, 1990, p. 20].

Необходимые атрибуты такого индивида – свобода и равенство. Свобода отождествляется со свободой воли, то есть понимается как присущая человеку “возможность осознанного выбора и реализации того или иного варианта поведения” [Нерсесянц, 2006, с. 38]. Свобода выступает качеством, идентифицирующим человека; она в равной мере присуща всем людям и выделяет их из мира иных живых существ. Свобода – универсальный атрибут человеческих существ, более того, самый универсальный или, скорее, самый важный среди универсальных атрибутов [Бауман, 2006, с. 54].

Свобода предполагает равенство ее носителей – их взаимное признание и уважение друг друга как лиц, наделенных свободой и обладающих формально равными возможностями для ее реализации. Отношения таких свободных и формально равных лиц (индивидов) с необходимостью приобретают характер взаимного эквивалентного (по крайней мере, соразмерного) обмена, а основным способом их упорядочивания выступает договор.

В рамках западной культуры индивидуализм подкреплялся и этически усиливался персонализацией религиозных представлений. Иудаизм и христианство утверждали идею единого персонифицированного Бога; в этих религиях отношения человека с абсолютот переживались как отношения “Я” к требующему и дающему “Ты”, другими словами – одного лица к другому, в противоположность поглощению индивида надличностным целым (как это имеет место, например, в индуизме или даосизме). “Из этой личностной связи индивида с требующей и дающей противоположной стороной следует, как уникальная особенность, исходная (или окончательная) свобода решения, а отсюда и персональная ответственность: могущественная и в то же время связывающая *liberum arbitrium*, которая проявляет себя в деятельном ответе на требование другого: как в использовании предложенной возможности спасения, так и в волеии и деятельности в этом мире” [Wieacker, 1990, p. 20–21].

Однако собственно религиозные, христианские истоки индивидуализма не следует переоценивать. Изначальный христианский индивидуализм существенно отличался от современного. Христианство утверждало идею индивида-вне-мира. Только в своих отношениях с Богом человек являлся индивидом в собственном смысле слова – самоценным и свободным – и отрешение от всего внешнего, мирского – необходимое условие обретения этого качества [Дюмон, 1997, с. 43]. При этом “жизнь в мире непосредственно не отбрасывается и не отрицается, она лишь делается относительной, релятивизируется в связи с союзом с Богом и с потусторонним блаженством, которое суждено человеку” [Дюмон, 1997, с. 49]. Одновременно вне-мирской индивидуализм не притязает на утверждение индивидуализма в мире; напротив, он “включает, охватывает собой признание и послушание властям сего мира” [Дюмон, 1997, с. 45].

Утверждение потусторонней, мистической свободы человека характерно не только для христианства, оно присутствует и в других религиях, например, институт аскетизма, отрешения от мира в индуизме и буддизме [Дюмон, 2001, с. 209–212, 284–303]. Уникален в христианстве не индивидуализм сам по себе, а переход от индивида-вне-мира к индивиду-в-мире⁴, совершенный путем постепенного воплощения “в мире тех ценностей, которые христианство в начале приберегало для индивида-вне-мира и для своей Церкви” [Дюмон, 1997, с. 68]. При этом необходимо подчеркнуть, что утверждение индивида в мире происходило в противостоянии не только со светской, но и с церковной властью (тотальностью). С другой стороны, истоки индивидуализма мы находим еще на дохристианском Западе, а именно в античном полисе и римском частном праве.

Античный полис и римский *civitas* – это общество свободных и равных людей. Причем первично в нем именно равенство граждан. Логически свобода как атрибут индивида, пожалуй, первична по отношению к равенству, которое выступает необходимым условием ее реализации. Но исторически в социальной практике сначала (в античном полисе и римском *civitas*) актуализировалось именно равенство. Возможно, это своего рода атавизм традиционной холистской организации. От иерархизированного кровно-родственного единства переход к единству равных более прост и очевиден, чем переход к индивидуальной свободе.

Гражданин полиса еще не индивид в подлинном смысле слова, он не осознается (ни им самим, ни социумом) как автономная самоценная личность. Человек обретает свою свободу только будучи гражданином. Свобода отождествляется с принадлежностью к целому и участием в принятии касающихся его (полиса, а отсюда и каждого гражданина) решений. Человек идентифицировал себя с полисом, не мыслил вне него и “считал себя тем более свободным, чем больше времени и сил он посвящал осуществлению своих политических прав” [Констан, 1993, с. 105]. Представление о свободе как притязании на определенную автономию от социума, независимость, возможность жить по собственному усмотрению без вмешательства властей и сограждан было абсолютно чуждо свободному греку или римлянину.

Во многом это было связано с тем, что основной формой частной жизни в Античности являлась патриархальная семья, полностью поглощавшая индивида и выступавшая исходной формой реализации и пределом его частных интересов. И именно гражданская община как объединение отдельных граждан способствовала атомизации общества, обособлению индивидов в их личном качестве, развитию индивидуального самосознания. Гражданская община как бы “отрицает семью, которая строится на неосознанном отказе от собственной личности и подчинении целям воспроизводства группы” [Дождев, 2011, с. 287]. Равенство свободных в публичных делах начинает проникать и в частноправовую сферу. Гражданин как член полиса (*civitas*) постепенно вытесняет в структуре личности члена семьи (рода), и человек становится носителем собственно частного (индивидуального) интереса, субъектом права – не только публичного, но и частного. Г. Мэйн называет “постепенное уничтожение семейной зависимости и возрастание на месте ее индивидуальных обязательств” общей отличительной чертой развития всех “прогрессивных обществ” [Мэйн, 2011, с. 132–133].

И все же античный тип свободы предполагал лишь “деятельное и постоянное участие в коллективной реализации власти”. Свобода, заключающаяся “в мирном пользовании личной независимостью”, – продукт Нового времени [Констан, 1993, с. 100–101].

В Средние века, лежащие между этими двумя эпохами, ограничение равенства (отказ от его всеобщности) сопровождался, как это ни парадоксально, формированием предпосылок для утверждения индивидуальной свободы. Отношения между разнообразными социальными стратами и центрами власти феодального общества были не только иерархизированы, но и строились на началах взаимности прав и обязанностей и уважения определенной автономии друг друга, что нередко прямо облекалось

⁴ Л. Дюмон вообще полагает, что возникновение индивидуализма в обществе традиционного холистского типа может произойти только “в противовес самому обществу и в виде некоего дополнения по отношению к нему, т.е. в форме индивида-вне-мира” [Дюмон, 1997, с. 38–39].

в формы договоров (сюзеренов с вассалами) и хартий (самоуправления, даруемого городам).

Доктрина “Двух мечей” духовной и светской власти, предоставленных Богом Папе и императору, препятствовала теократизации и в целом монополизации власти. На Западе средневековое государство никогда не сосредоточивало в своих руках всю публичную власть. Публично-властные притязания церкви и государства ограничивали друг друга, и они могли относительно мирно сосуществовать только благодаря взаимному признанию.

В свою очередь, суверенитет светской власти (в том числе абсолютного монарха) обуславливался ее ответственностью за мир, безопасность и даже “счастье” подданных [Wieacker, 1990, p. 22]. “Саксонское Зерцало”, составленное в начале XIII в., утверждало, что каждый может оказывать сопротивление противоправным действиям своего короля или своего судьи и даже оказывать помощь в обороне от них всяким способом, даже если он является его родственником или его господином, и этим он не нарушает своей обязанности верности [Саксонское... 2005, с. 662]. В английской правовой традиции закон мыслился не как произвольное установление власти, а как признание и подтверждение ею “древних прав и вольностей английского народа”, а значит, и средство ее ограничения. Через всю историю Англии проходит понимание закона как договорной двусторонне обязывающей нормы, предусматривающей право короля на повиновение и право народа требовать соблюдения законных пределов власти (как раз и определяемых его исконными вольностями) [Еллинек, 1905, с. 40].

В западном средневековом обществе отношения внутри высшего класса строились по модели сюзеренитета–вассалитета, которая представляла собой не просто систему личной зависимости, но носила договорный характер, проявлявшийся в добровольности вступления в данные отношения и приобретения соответствующего статуса, и предполагала взаимность прав и обязанностей сеньора и вассала. Причем по мере развития данного института взаимный характер обязательств вассала и сюзерена постоянно упрочивался обычаем и законом и эволюционировал в направлении увеличения личной свободы и экономической независимости вассала [Берман, 1998, с. 289–291, 298–300]. Среди феодалов широкое распространение имели судебные споры, что Берман называл “любовью феодальной аристократии к сутяжничеству”. Обращение в суд “считалось показателем доблести”.

Конечно, отношения феодала с зависимыми крестьянами были гораздо менее, если можно так выразиться, юридизированы. Но вместе с тем за сервами также признавались некоторые права – держать землю своего сеньора на определенных условиях, получать от него защиту и покровительство, пользоваться общинными землями (пастбищами, лесами, лугами). Крестьянская зависимость не имела договорного характера, но в массовом сознании укоренилось представление, что “верность крестьян давалась в ответ на готовность помещика придерживаться уступок, ранее дарованных им или его предшественниками, давать новые уступки по просьбе крестьян и вообще поступать с крестьянами по справедливости”.

По мере развития манориального права обязанности и права сервов получали все более определенный характер, и феодал не мог их произвольно менять. Зависимый серв признавался субъектом права, он был членом манориальной курии и участвовал в судебных процедурах (и в качестве судьи, и в качестве стороны спора) на равных основаниях со свободными. Наконец, освобождение сервов проходило под лозунгом признания свободы естественным состоянием людей, а севаржа – следствием грехопадения [Берман, 1998, с. 306–314]. Важно и то, что в Средние века не была прервана римская правовая традиция.

Социальный опыт Нового времени не то чтобы исключил или ослабил социальные зависимости, опутывающие человека, но сделал их более разнообразными, а порой и взаимоисключающими. Теперь человек был вынужден самостоятельно выбирать между разными социальными институтами и взаимосвязями, в рамках которых ему предстояло функционировать и нести ответственность за свой выбор, а это и есть свобода.

Характер четкого социально-политического притязания индивидуальная свобода приобрела в эпоху Реформации. Требование свободы вероисповедания проистекало из убеждения, что право человека следовать исключительно велениям своей совести в делах, связанных с верой, не даровано какой-либо земной властью (его провозгласило не государство, а Евангелие) и поэтому не может быть ограничено никакой земной властью. Постепенно из притязания на свободу совести и вероисповедания выростали требования свободы слова, печати, собраний, объединения, передвижения, неприкосновенности личности и собственности (в виде гарантий от произвольного лишения свободы и имущества), а затем и требование допуска к участию в управлении государством и в целом такого устройства государства, которое бы обеспечивало свободу и равенство граждан.

Исторически первым конституционным актом, признавшим права человека естественными, неотчуждаемыми и связывающими (ограничивающими) государственную власть, была Декларация прав американского штата Вирджиния от 12 июня 1776 г., которой открывалась его Конституция, принятая еще до образования США.

Аналогичные идеи были выражены и в Декларации независимости США, принятой представителями тринадцати штатов на Филадельфийском конгрессе 4 июля 1776 г., а первые десять поправок к Конституции США, принятые Конгрессом 25 сентября 1789 г. и известные как американский “билль о правах”, закрепили многие из прав, ранее провозглашенных в конституциях отдельных штатов. В Европе, а затем и во всем мире идеология естественных и неотчуждаемых прав человека получила распространение благодаря Декларации прав человека и гражданина, принятой Национальным собранием Франции 26 августа 1789 г.

В условиях Нового времени свобода индивида уже не производна от принадлежности к сообществу и не исчерпывается этим. Напротив, свободное сообщество конституируется в результате признания, уважения и защиты индивидуальной свободы его членов. Представление о свободе как естественном и неотъемлемом атрибуте каждого человека позволяет выделить объективный критерий необходимого в каждом сообществе ее ограничения. Таковым выступает свобода другого (других членов сообщества). Каждый человек свободен в той мере (до тех пор), пока проявления его свободы не препятствуют реализации другими людьми их свободы, и свобода любого человека может быть ограничена лишь в той мере, в какой это необходимо для защиты свободы других лиц.

Обязанности человека по отношению к другим лицам и сообществу в целом вытекают из его прав (выступающих конкретизацией неотъемлемо присущей ему свободы), и само сообщество существует лишь для защиты этих прав. Взаимные обязательства между людьми и их обязательства по отношению к сообществу (общине, государству) являются сугубо договорными: “они не подписаны Господом Богом, не вытекают из страха человека за свою вечную жизнь или из естественного порядка космоса, а продиктованы тем, что сторона, подписавшая контракт, заинтересована в выполнении этого контракта остальными сторонами” [Фукуяма, 2004, с. 19].

Эволюция характера взаимодействия людей и оснований их взаимных обязательств в отношении друг друга и сообщества в целом в рамках западной правовой культуры точно описывает знаменитая формула Мэйна – “от статуса к договору”, то есть постепенное признание автономии частной сферы жизни человека, освобождение его от исторически сложившихся ограничений в распоряжении своей личностью и собственностью [Wieacker, 1990, p. 24].

Таким образом, в истории западной правовой культуры идея свободы претерпела следующую эволюцию: “древние свободы сословий; свобода совести, рожденная в борьбе за религиозные свободы и сначала признанная как свобода новых церквей, а позднее и как отдельных лиц; секуляризованная экономическая свобода, а затем и политическая свобода возвышающейся буржуазии, и наконец, основные права человека, провозглашаемые в современных конституциях” [Wieacker, 1990, p. 25].

Абсолютизация свободно волящего и действующего индивида в качестве основы социальной организации с необходимостью предполагает рациональное отношение к окружающему его миру, признание его познаваемым и подлежащим устройству,

а если надо – и переустройству в соответствии с потребностями и волей индивида. Божественное провидение не отрицается, но оно не исключает многовариантности мироустройства, и “разумом можно проверить действительность земных институтов, будь то в целях их оправдания, с учетом существующего состояния морали, или проклятия – как противоречащих природе, или же их смягчения или исправления с помощью разума” [Дюмон, 1997, с. 48].

Отсюда свойственный западной правовой культуре дуализм естественного и позитивного права. Право, понимаемое как надлежащий социальный порядок, проистекает из самой природы вещей (со времен Г. Гроция – из природы человека⁵), но вместе с тем устанавливается людьми (обществом или сувереном). Причем это искусственное, волеустановленное (позитивное) право – не плод человеческого (властного) произвола, а результат рационального познания и воплощения в социальной реальности “естественного хода вещей”, “Божественного замысла”, “природы человека” и т.п. Такое позитивное право не является чуждым, навязанным человеку, напротив, оно воспринимается как “свое”, изначально ценное и необходимое. Поэтому для Запада типично уважение к праву, поощряемость обращения к нему, притязание на его защиту (защиту своих интересов посредством права), борьба за право по Р. Иерингу [Иеринг, 2006, с. 13–86]. Такая направленность массового сознания получила название легализма [Козлихин, 2000, с. 9; Wieacker, 1990, р. 23–25], или юридического мировоззрения.

Одновременно рациональное мироустройство предполагало его формализацию, сведение всего многообразия социальных связей к типизированному и обезличенному взаимодействию носителей социальных ролей. Право как система рациональных правил опосредует именно и только такой формальный аспект социального бытия. Правовое регулирование предполагает, что взаимоотношения людей упорядочиваются и конфликты между ними разрешаются на основании абстрактных правил, а не произвола, милосердия, сочувствия или целесообразности [Wieacker, 1990, р. 24].

Эти абстрактные правила (позитивное право, эмпирический нормативный материал), в свою очередь, также подвергаются рационализации – систематизации, концептуализации, согласованию (освобождению от противоречий) и последовательному изложению [Wieacker, 1990, р. 25]. Этим занимается юридическая догматика – учение о позитивном праве, способах его установления и действия. М. Вебер считал, что Запад разработал особый метод юридического мышления, чуждый другим цивилизациям, и назвал его “формальной разумностью”. Он заключается в построении логически последовательной системы абстрактных правил, на основании которых должны быть определены факты конкретного юридического казуса и принято решение [Weber, 1966, р. 304–305]. Таким образом обеспечивается правовая определенность – основополагающий принцип и цель правового регулирования. Наиболее завершенной формой рационализации права является его кодификация – одно из несомненных юридико-технических достижений западной правовой культуры [Кабриак, 2007].

Выделенные особенности западной правовой культуры инвариантны. Правовые системы стран, принадлежащих к ней, на протяжении своей истории неоднократно переживали серьезные революционные и эволюционные изменения, существенно их трансформирующие, но эти их общие черты неизменно воспроизводились и сохранялись с большей или меньшей последовательностью (за исключением отдельных исторически непродолжительных периодов тупикового регрессивного развития)⁶.

⁵ “Мать естественного права есть сама природа человека”, – постулировал он [Гроций, 1994, с. 48]. Именно с Гроция все теории естественного права в той или иной мере индивидуалистичны; они представляют общество в виде совокупности автономных индивидов и усматривают назначение позитивного права в обуздании (традиция, восходящая к Т. Гоббсу) или обеспечении (либеральная традиция, идущая от Дж. Локка) индивидуальной свободы [Козлихин, 2000, с. 8–9].

⁶ Показательно, что даже в период “реального социализма” страны Восточной Европы не отказались (по крайней мере, на юридико-догматическом уровне) от традиционных западных правовых конструкций; во многих из них продолжали действовать старые “буржуазные” гражданские кодексы и даже советское гражданское законодательство (ГК РСФСР 1922 г., Основы гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик 1961 г., ГК РСФСР 1964 г. и ГК союзных республик) во многом (юридико-технически) соответствовали романистической или, точнее, – пандектистской модели [Гьяро, 2006, с. 145–146].

Нельзя сказать, что индивидуализм, рационализм и формализм совершенно чужды иным цивилизованным человеческим сообществам. В той или иной мере они наличествуют в каждом из них. А специфику западной правовой культуры данные социокультурные характеристики определяют только взятые в своем единстве и взаимодействии и с учетом их значимости в сопоставлении с другими составляющими культуры [Wieacker, 1990, p. 20].

Является ли социальный опыт западных обществ уникальным, или индивидуализм, рационализм и формализм имманентны человеческой культуре в целом во всех ее многообразных проявлениях, а Запад демонстрирует лишь более быстрое и последовательное их развитие? Чистота исторического эксперимента, позволившего бы в дальнейшем дать однозначный ответ на поставленный вопрос, явно нарушена. Все другие (не западные) культуры развиваются сегодня под существенным влиянием Запада, активно (хотя и не всегда добровольно) заимствуя элементы его социальной, экономической, правовой организации. Показательно, что это заимствование одностороннее и не носит характера взаимообогащения культур. Западная традиция устойчива перед инокультурным влиянием. Возможно, она будет разрушена в результате “столкновения цивилизаций”⁷, но очевидно не трансформируется под натиском Востока, не воспримет, даже частично, его социокультурную модель. Сама же “восточная модель” социальной организации, как представляется, постепенно эволюционирует в “западном” направлении, то есть становится все более рациональной, формализованной и индивидуалистически ориентированной.

В таком ракурсе интересно рассмотреть ислам, точнее шариат, как ту часть данной религиозной системы, которую образуют обращенные к людям предписания, установленные Аллахом и переданные им через своего посланника – пророка Мухаммада. В исламской традиции шариат рассматривается как универсальная система социального регулирования, охватывающая практически все сферы поведения человека, отвечающая условиям любой эпохи. Такая универсальность шариата обеспечивается посредством особой деятельности (иджтихада), направленной на толкование чрезмерно общих или многозначных положений Корана и сунны Пророка, а также формулирование на их основе правил поведения в случае “молчания” священных текстов относительно той или иной конкретной ситуации. Деятельность эта носит вполне рациональный характер и составляет основное назначение фикха – науки о нормативной стороне шариата и одновременно самих правил внешнего поведения, “извлеченных” из Корана и сунны. Используя целую систему лингвистических и логических приемов толкования, фикх часто весьма существенно отходит от изначального смысла положений Корана и сунны, по сути, выполняя функцию их адаптации к изменяющейся социальной реальности [Сюкияйнен, 2007, с. 97–101; Бакир ас-Садр, 2009].

Таким образом, универсализм и Божественное происхождение шариата “не исключают, а наоборот, предполагают творческое осмысление человеком его исходных ориентиров и принципов, рациональное применение их к конкретным условиям” [Сюкияйнен, 1996, с. 126]. Фактически фикх осуществляет перевод религиозно-этических постулатов Корана и сунны Пророка на язык практических норм, отвечающих потребностям регулирования мирских взаимоотношений людей, претворяя в них смысл шариата и его общую направленность. При этом фикхом разрабатываются и такие конструкции, которые отвечают критериям права в его западном понимании [Сюкияйнен, 2007, с. 102].

В определенной мере собственно правовые начала присущи и некоторым положениям Корана и сунны Пророка. Так, Коран не предполагает чрезмерных обременений для человека⁸, требует добровольности, эквивалентности и соразмерности в отноше-

⁷ Термин С. Хантингтона [Хантингтон, 1994, с. 33–48].

⁸ “...Ни на одного человека не возлагается сверх его возможностей...” (2:233) (здесь и далее цит. по [Коран, 1995, с. 635–657]). Первая цифра номер суры (главы), цифра после двоеточия – номер аята (стиха).

ниях между людьми⁹, предписывает соблюдать договоры¹⁰, вершить справедливый суд¹¹.

Сунна Пророка запрещает мусульманам посягать на жизнь, имущество и честь друг друга, убийство женщин и детей во время войны, устанавливает вполне совместимые с западной правовой традицией правила, касающиеся находки, купли-продажи (в том числе преимущественной покупки), залога, аренды, найма, перевода долга. Сунна поощряет получение прибыли при купле-продаже, запрещает регулирование рыночных цен, устанавливает вполне западные правила справедливого судебного разбирательства [Антология... 1999, с. 658–674].

В целом, как было подмечено исследователями, чем менее подробно Коран и сунна Пророка регулируют те или иные отношения между людьми, ограничиваясь лишь самыми общими предписаниями, а детальные правила поведения, соответственно, формулируются фикхом, тем более выражены в них правовые начала, аналогичные утвердившимся в западной правовой культуре [Сюкияйнен, 2009^a, с. 172]. В связи с этим широко распространенный тезис о нерасчлененности в исламе религии и права, светского и духовного [Зидентоп, 2001, с. 259] верен лишь отчасти. Точнее говорить о подчинении в исламской культуре права религии [Леже, 2009, с. 105, 109].

В целом фикх исходит из того, что в сфере религиозной этики и культа преобладают обязанности и для человека допустимо лишь то, что прямо предписано шариатом, а в мирских делах действует противоположный принцип – презумпция дозволенности всего того, что прямо и однозначно не запрещено Кораном и сунной [Сюкияйнен, 2007, с. 101; Сюкияйнен, 2009^b, с. 78].

При этом важно, что ислам в отличие от христианства изначально был направлен на утверждение его постулатов в мирской жизни, преобразование ее в соответствии с ними как наиболее полно отвечающими *интересам человека*. Не случайно исследователи подчеркивают, что христианин, чтобы исполнить требования своей веры, должен забыть себя ради Бога и ближнего; от мусульманина же шариат требует, чтобы он *среди своих дел* не забывал ни Бога, ни ближнего (совершал в положенное время молитву и отдавал часть имущества в пользу бедных) [Бартольд, 1966, с. 128; Сюкияйнен, 1996, с. 121].

Решающая роль фикха в правовом осмыслении ислама “наиболее ярко проявилась в сформулированных еще в Средние века общих принципах фикха, которые представляют собой юридическое выражение, оформление религиозно-этических установок шариата” [Сюкияйнен, 2007, с. 103]. Формулирование общих принципов фикха началось в X в. и было завершено к концу XVI в. 99 из них вошли в свод шариатских норм по вопросам гражданского и судебного права под названием “Маджаллат ал-Ахкам ал-Адийя” (“Кодекс правовых норм”), принятый в Османской империи в 1869–1876 гг. [Антология... 1999, с. 683–688]

Среди этих 99 принципов лишь один выражает специфику исламского права и связан с его религиозной составляющей: “Не допускается иджитihad, если имеется норма” (предусмотренная Кораном, сунной или единогласно принятая ведущими мусульманскими правоведами. – *Н.В.*). Еще один (“Признание лица является основанием его наказания”) очевидно противоречит современным стандартам западной правовой культуры, но подчеркну, именно современной (в еще не слишком отдаленном прошлом правовые системы некоторых западных стран не отрицали его). Все же остальные

⁹ “...Не стяжайте имущества друг друга несправедливым путем, а только путем торговли по взаимному вашему согласию. И не убивайте друг друга...” (4:29). “Он возвел небо и установил весы (55:7), чтобы вы не обманывали при взвешивании” (55:8). “Взвешивайте [о люди,] по справедливости, не допускайте недо- веса” (55:9). “Горе тем, которые обвешивают [других], (83:1)а [сами] берут сполна, когда люди отмеривают им” (83:2). [Горе тем, которые], когда сами обмеривают или обвешивают, то причиняют убыток [другим]” (83:3).

¹⁰ “...Будьте верны обещанию, ибо за обещание требуют ответа” (17:34). “[Блаженны те], которые блюдут врученное им на хранение и договоры” (23:8).

¹¹ “Воистину, Аллах велит вам возвращать владельцам имущество, которое было даровано вам; [велит] судить по справедливости, когда вы судите [тяжущихся]...” (4:58). “...Когда вы выносите суждение, будьте справедливы, если даже [дело] касается [родственника]...” (6:152).

принципы фикха практически ничем не отличаются от тех, каким следуют правовые системы стран западной демократии, возникшие на основе римского права, влияние которого исламские богословы не испытывали. Принципы мусульманского права отражают общелогические закономерности¹², требования правовой определенности¹³ и соразмерности¹⁴, защиту собственности¹⁵, запрет извлечения выгоды из противоправного поведения¹⁶, связанность правителя интересами подвластных¹⁷, и т.п.

Общие принципы фикха “выступают в качестве исходных ориентиров и критериев, которым должна отвечать любая правовая оценка”. Они рассматриваются в качестве обязательных требований, обращенных к законодателю. Когда конституции мусульманских стран провозглашают шариат или его принципы основным источником законодательства, то имеются в виду не только предписания Корана и сунны Пророка, но и общие принципы фикха [Сюкияйнен, 2007, с. 104].

Конечно, такое акцентирование правовых начал в исламе плохо стыкуется с активизацией в последние годы исламского фундаментализма, экстремизма и терроризма. Но Крестовые походы и инквизиция также имеют мало общего с католицизмом, который имманентен западной правовой культуре. Кроме того, речь не идет о том, что ислам в целом как религиозная система родствен западной правовой традиции. Но принципы светской социальной организации, формулируемые на основе исламской религиозной традиции, во многом схожи с лежащими в основе западной правовой культуры, что подчеркивает их универсальность.

Нельзя забывать и то, что на протяжении истории западных обществ данные принципы никогда не проявлялись до конца последовательно, хотя и никогда не “уходили” из их соционормативных систем окончательно. В эпоху Античности они выкристаллизовывались в конкуренции с родовыми пережитками. Средние века демонстрируют определенный откат назад в их реализации. В Новое время они получили наиболее последовательное практическое воплощение, сопровождаемое, однако, всплеском тоталитаризма как рецидива крайне холистской деспотической социальной организации в ряде стран.

Современную практику социальной государственности Берман, например, характеризует как “кризис западной традиции права” [Берман, 1998, с. 48–55]. Он проявляется, в частности, в уходе от индивидуализма к тем или иным проявлениям коллективизма, в радикальной централизации и бюрократизации экономической жизни, в беспрецедентных ограничениях действия принципа свободы договора во всех сферах гражданского оборота и прерогатив собственников, возложения на них чрезмерных обременений в интересах общества, в стирании граней между частным и публичным правом и превращением государства в невидимого участника практически всех правоотношений [Selznick, 1960, p. 244–255; Unger, 1976, p. 203], утилитаризации уголовной и в целом юридической ответственности (акцентированием исключительно целе-

¹² “Принадлежность или неотъемлемая часть [по своим правовым характеристикам] идет вслед [тому, чему она принадлежит]”; “Принадлежность или неотделимая часть не имеет обособленных [от того, чему она принадлежит] правовых характеристик”; “Ставший собственником чего-либо приобретает и то, что является его необходимой частью”; “Если что-либо признано недействительным, то недействительным становится и все входящее в него [или производное от него]”; “Поставленное в зависимость от условия, вступает в силу с наступлением данного условия”.

¹³ “То, что допустимо в отношении уже существующего [статуса или права], недопустимо в отношении первоначального его приобретения”; “Сохранение уже существующего [статуса или права] проще [т.е. может допускаться даже при невозможности] первоначального [его приобретения]”.

¹⁴ “[Уже причиненный или причиняемый] вред подлежит устранению [путем исключения его причин или компенсации]”; “Необходимость позволяет запрещенное”; “Доход или пользу [от имущества] получает тот, на ком лежит обязанность возмещать ущерб [причиненный другим лицам в результате использования данного имущества,] и риск гибели или порчи [данного имущества]”.

¹⁵ “Никто не может распоряжаться собственностью другого лица без его разрешения”; “Никто не может овладеть чьим-либо имуществом без правового основания”.

¹⁶ “Тот, кто [своими неправомерными действиями] вызывает преждевременное наступление события, наказывается лишением [прав, являющихся результатом наступления] его”.

¹⁷ “Распоряжение делами подданных [и иных зависимых или подчиненных лиц] должно иметь своей целью [их общие] интересы и благо”.

сообразности тех или иных мер воздействия в ущерб идее соразмерности воздаяния содеянному). Само право постепенно утрачивает качество целостности и воспринимается как «мешанина, каша из сиюминутных решений и противоречащих друг другу норм, соединенных только общими “приемами”, “техникой”» [Берман, 1998, с. 52]. Право становится все больше фрагментированным, приспособляемым исключительно для решения сиюминутных проблем, когда забывают о последовательности и преемственности регулирования. Юридическая аргументация все чаще уступает ссылкам на социальную справедливость и социальную ответственность. Право все больше уподобляется инструменту в руках государства, средству исполнения воли тех, кому принадлежит политическая власть [Берман, 1998, с. 52].

Государство и общество, преследующие цели “всеобщего благоденствия”, способствуют возрождению корпоративизма, заменяющего систему, базирующуюся на принципе *rule of law*, обеспечивающую индивидуальную свободу и общность (всеобщность) правового регулирования, что подготавливает условия для возврата к системе обособления отдельных социальных групп как основы социального порядка [Unger, 1976, p. 238]. Если Мэйн характеризовал магистральное направление развития западного права как движение от статуса к договору [Мэйн, 2011, с. 134], то сегодня социальная государственность явно дает “обратный ход” – от договора как основы правового общения к новому закреплению статусных различий отдельных социальных групп в системе государственного перераспределения материальных благ.

Ф. Виакер также подчеркивает очевидную напряженность, существующую в современных западных обществах между правами собственности и свободой договора, с одной стороны, и социальными ограничениями, налагаемыми на частные права и их осуществление, с другой. Сегодня антиномия между либеральным и социальным *Rechtsstaat* образует одну из фундаментальных конституционных проблем Западной и Центральной Европы. Но эта напряженность, по его мнению, только подтверждает, насколько индивидуальная свобода и социальный долг (если говорить лозунгами – индивидуализм и социализм) являются двумя сторонами одной медали – специфически западного персонализма [Wieacker, 1990, p. 22–23].

В действительности каждый из указанных принципов социальной организации – индивидуализм и коллективизм (социальная солидарность) – наличествуют в любой из человеческих культур (цивилизаций). Западная правовая культура на протяжении всей своей истории в той или иной мере, с большей или меньшей последовательностью демонстрировала превалирование первого из них, что, собственно, и придавало ей правовое качество. И только при сохранении своего в общем и целом индивидуалистического характера ей удастся не изменить своей природе.

Между тем современное глобализирующееся общество предъявляет особый спрос на право в его западном понимании. На абстрактно-теоретическом уровне глобализация может быть представлена как унификация социального порядка, то есть стремление обеспечить соответствие (по меньшей мере – непротиворечие) множества уникальных национальных порядков неким единым стандартам. Такие всеобщие и универсальные стандарты могут быть только правовыми. Ведь право предполагает социальный порядок максимально абстрактный и формализованный, в рамках которого в равной мере и в определенных пределах (обеспечивающих возможность их сосуществования) признаются и защищаются различные моральные и религиозные системы социальной регуляции. Универсализация социального порядка, осуществляемая на таких основах, не повлечет за собой уничтожение культурно-цивилизационного разнообразия человечества и позволит всем народам, вовлеченным в интеграционные процессы, сохранить свою национальную, культурную, религиозную, языковую и т.п. идентичность.

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

- Алексеев Н.Н.* Русский народ и государство. М., 1998.
- Антология мировой правовой мысли. В 5 т. Т. I. Античность. Восточные цивилизации. М., 1999.
- Бакир ас-Садр М.* История илм аль-усул. М., 2009.
- Бартольд В.В.* Мусульманский мир // *Бартольд В.В.* Соч. Т. VI. Работы по истории ислама и арабского халифата. М., 1966.
- Бауман З.* Свобода. М., 2006.
- Берман Г.Дж.* Западная традиция права: эпоха формирования. М., 1998.
- Вебер М.* Избр. произв. М., 1990.
- Гроций Г.* О праве войны и мира. М., 1994.
- Гьяро Т.* Правовая традиция Восточной Европы. Эпитафия // *Цивилистические исследования.* Ежегодник гражданского права. Вып. 2. М., 2006.
- Давид Р, Жоффре-Спинози К.* Основные правовые системы современности. М., 1996.
- Дождев Д.В.* Римское частное право. М., 2011.
- Дюмон Л.* Эссе об индивидуализме. Дубна, 1997.
- Дюмон Л.* Homo hierarchicus: опыт описания системы каст. СПб., 2001.
- Еллинек Г.* Декларация прав человека и гражданина. М., 1905.
- Зидентоп Л.* Демократия в Европе. М., 2001.
- Иеринг Р.Ф.* Избр. труды. В 2 т. Т. 1. СПб., 2006.
- Кабрияк Р.* Кодификации. М., 2007.
- Козлихин И.Ю.* Позитивизм и естественное право // *Государство и право.* 2000. № 3.
- Констан Б.* О свободе у древних в ее сравнении со свободой у современных людей // *Полис.* 1993. № 2.
- Коран / Пер. с араб. и комментарии М.-Н.О. Османова.* М., 1995.
- Леже Р.* Великие правовые системы современности: сравнительно-правовой подход. М., 2009.
- Маркарян Э.С.* Очерки теории культуры. Ереван, 1969.
- Мэйн Г.С.* Древнее право: его связь с древней историей общества и его отношение к новейшим идеям. М., 2011.
- Нерсесянц В.С.* Философия права. М., 2006.
- Поляков А.В.* Общая теория права. Проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода. Курс лекций. СПб., 2004.
- Саксонское Зерцало.* Ч. 1. Земское право. Кн. 3. Ст. 78.2 // *Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран.* В 2 т. Т. 1 Древний мир и Средние века. М., 2005.
- Спиридонов Л.И.* Теория государства и права. М., 1995.
- Сурия Пракаш С.* Юриспруденция. Философия права. Краткий курс. М., 1996.
- Сюкияйнен Л.Р.* Взаимодействие исламской и европейской правовых культур: современный опыт // *Ежегодник либертарно-юридической теории.* Вып. 2. М., 2009^а.
- Сюкияйнен Л.Р.* Исламский взгляд на свободу и равенство: юридическое закрепление и религиозно-этические границы // *Всеобщая декларация прав человека: универсализм и многообразие опытов.* М., 2009^б.
- Сюкияйнен Л.Р.* Исламское право: взаимодействие юридического и религиозного начал // *Ежегодник либертарно-юридической теории.* Вып. 1. М., 2007.
- Сюкияйнен Л.Р.* Шариат: религия, нравственность, право // *Государство и право.* 1996. № 8.
- Фукуяма Ф.* Конец истории и последний человек. М., 2004.
- Хантингтон С.* Столкновение цивилизаций // *Полис.* 1994. № 1.
- Цвайгерт К., Кёту Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. 1. Основы. М., 2000.
- Четвернин В.А.* Введение в курс общей теории права и государства. Учеб. пособ. М., 2003.
- Burrows N.* European Community: the Mega Mox // *Studies in Legal Systems: Mixed and Mixing.* The Hague, 1996.
- Monateri P.G.* Ripensare il contratto // *Rivista di diritto civile.* 2003. Vol. 49.
- Selznick Ph.* Law, Society and Industrial Justice. New York, 1960.
- Somma A.* Diritto comunitario vs diritto commune europeo. Torino, 2003.
- Unger R.V.* Law in Modern Society: Towards a Criticism in Social Theory. New York, 1976.
- Weber M.* On Law in Economy and Society. Cambridge, 1966.
- Wieacker F.* Foundations of European Legal Culture // *The American Journal of Comparative Law.* 1990 (Winter). Vol. 38. No. 1.