



Учредитель:

Федеральное государственное бюджетное образовательное учреждение высшего профессионального образования «Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА)»

ИСАЕВ Игорь Андреевич — доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой истории государства и права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

ИЩЕНКО Евгений Петрович — доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой криминалистики Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

КАШКИН Сергей Юрьевич — доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой права Европейского Союза Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

КУЧЕРЕНА Анатолий Григорьевич — доктор юридических наук, заведующий кафедрой адвокатуры и нотариата Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

МАСЛЯЕВ Алексей Иванович — доктор юридических наук, профессор кафедры гражданского права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

ПЕТРУЧАК Лариса Анатольевна — доктор юридических наук, доцент, проректор по учебной и воспитательной работе Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

ПОПОВ Лев Леонидович — доктор юридических наук, профессор кафедры административного права и процесса Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

ПУЗЫРЕВСКИЙ Сергей Анатольевич — кандидат юридических наук, доцент, заведующий кафедрой конкурентного права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

РАДЬКО Тимофей Николаевич — доктор юридических наук, профессор кафедры теории государства и права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

РАРОГ Алексей Иванович — доктор юридических наук,

профессор, заведующий кафедрой уголовного права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

РОГАЧЕВ Денис Игоревич — кандидат юридических наук, доцент, заведующий кафедрой спортивного права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

РОССИНСКАЯ Елена Рафаиловна — доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой судебных экспертиз Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

СИНЮКОВ Владимир Николаевич — доктор юридических наук, профессор, проректор по научной работе Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

ТУЧКОВА Эльвира Галимовна — доктор юридических наук, профессор кафедры трудового права и права социального обеспечения Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

ЭМИНОВ Владимир Евгеньевич — доктор юридических наук, профессор кафедры криминологии и уголовно-исполнительного права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

Ответственный секретарь:

ПОТАПЧУК Ирина Викторовна — директор Издательского центра Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), составитель рубрик «Памятники права», «Юридическое наследие», «Из периодики прошлого», «Портрет на фоне истории», «Латинские изречения».

Ответственный редактор выпуска:

ЗАХАРОВА Мария Владимировна — кандидат юридических наук, Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

Подписано в печать 08.06.2015.
Усл. печ. л. 22,55. Тираж 100 экз.
Издательский центр Университета
имени О.Е. Кутафина (МГЮА).
123995, Москва, Садовая-Кудринская, 9.

Адрес редакции:

123995, Москва, Садовая-Кудринская ул., 9.
Тел.: (499) 244-84-06.
E-mail: msal-vestnik.ru

**№ 5
2015**

COURIER

OF THE KUTAFIN MOSCOW STATE LAW UNIVERSITY (MSAL)

**Edition
Comparative Law**

**Published from the year of 2014
Monthly journal**

Chairman of the Editorial Board:

BLAZHEEV Victor Vladimirovich — professor, president of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

Chief Editor:

CHUCHAEV Aleksandr Ivanovich — D. Sc. (Law), professor of the Criminal Law Department of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

Editorial Board members:

BEKYASHEV Kamil Abdulovich — D. Sc. (Law), professor, head of the International Law Department of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

BIRYUKOVA Marina Anatolevna — Ph. D. (Culturology), head of the Foreign Language Department of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

VASILEVSKAYA Ludmila Yuryevna — D. Sc. (Law), professor, head of the Civil Law Department of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

VOSKOBITOVA Lidia Alekseevna — D. Sc. (Law), professor, head of the Criminal-Procedural Law Department of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

GUEVORGYAN Kirill Goratsievich — head of the Legal Department of the Ministry of Foreign Affairs of the Russian Federation, Ambassador Extraordinary and Plenipotentiary, member of the UN Commission on Human Rights.

GRACHEVA Elena Yurevna — D. Sc. (Law), professor, head of the Financial Law Department of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

GROMOSHINA Natalia Andreevna — D. Sc. (Law), professor, head of the Civil and Administrative Proceedings Department of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

DEMINA Larisa Anatolevna — D. Sc. (Law), professor, head of the Philosophy and Socio-Economics Department of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

DMITRIEVA Galina Kirillovna — D. Sc. (Law), professor, head of the Private International Law Department of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

DOROSHENKO Anna Victorovna — Ph. D. (Philology), associate professor, acting head of the English Language Department № 1 of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

YERSHOVA Inna Vladimirovna — D. Sc. (Law), professor, head of the Business Law Department of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

YEFIMOVA Ludmila Gueorguievna — D. Sc. (Law), professor, head of the Banking Law Department of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

ZHAVORONKOVA Natalia Grigorevna — D. Sc. (Law), professor, head of the Environmental and Natural Resources Law Department of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

ILYINA Nadezhda Yurievna — Ph. D. (Philology), associate professor, head of the English Language Department № 2 of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).





Founder:

The Federal State Budgetary Educational Establishment
of the Higher Professional Training
“Kutafin Moscow State Law University (MSAL)”

ISAYEV Igor Andreevich — D. Sc. (Law), professor,
head of the History of State and Law Department of the
Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

ISHCHENKO Yevgueniy Petrovich — D. Sc. (Law),
professor, head of the Forensic Science Department of
the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

KASHKIN Serguey Yurievich — D. Sc. (Law),
professor, head of the European Union Department
of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

KUCHERENA Anatoliy Grigorievich — D. Sc. (Law),
professor, head of the Bar and Notariat Department
of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

MASLYAEV Aleksey Ivanovich — D. Sc. (Law),
professor of the Civil Law Department of the Kutafin
Moscow State Law University (MSAL).

PETRUCHAK Larisa Anatolevna — D. Sc. (Law),
associate professor, Vice President for Academic
Affairs of the Kutafin Moscow State Law University
(MSAL).

POPOV Lev Leonidovich — D. Sc. (Law), professor
of the Administrative Law and Procedure Department of
the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

PUZYREVSKIY Serguey Anatolevich — Ph. D. (Law),
head of the Competition Law Department of the Kutafin
Moscow State Law University (MSAL).

RADKO Timofey Nikolaevich — D. Sc. (Law),
professor of the Theory of State and Law Department
of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

RAROG Aleksey Ivanovich — D. Sc. (Law), professor,
head of the Criminal Law Department of the Kutafin
Moscow State Law University (MSAL).

ROGACHEV Denis Igorevich — Ph.D. (Law),
associate professor, head of the Sports Law Department
of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

ROSSINSKAYA Elena Rafailovna — D. Sc. (Law),
professor, Director of the Forensic Examination
Institute, head of the Forensic Examination Department
of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

SINYUKOV Vladimir Nikolaevich — D. Sc. (Law),
professor, Vice President for Research of the Kutafin
Moscow State Law University (MSAL).

TUCHKOVA Elvira Galimovna — D. Sc. (Law),
professor of the Labour Law and Law Social Security
Department of the Kutafin Moscow State Law University
(MSAL).

EMINOV Vladimir Yevguenevich — D. Sc. (Law),
professor of the Criminology and Penal Law Department
of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

Executive Secretary Editor:

POTAPCHUK Irina Victorovna — Director of the
Publishing Centre of the Kutafin Moscow State Law
University (MSAL).

Executive Secretary of the Issue:

ZAKHAROVA Maria Vladimirovna — Ph.D. (Law),
Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

Passed for printing 08.06.2015.
Publication base sheet 22,55. Circulation 100 cop.
The Publishing Centre of the Kutafin
Moscow State Law University (MSAL).
Bld.9, Sadovaya-Kudrinskaya, Moscow, 123995.

The address of the Editorial Office:

Bld.9, Sadovaya-Kudrinskaya, Moscow, 123995.
Tel.: (499) 244-84-06.
vestnik@msal.ru

СОДЕРЖАНИЕ

ХРОНИКА СОБЫТИЙ.....	8
К ЧИТАТЕЛЮ.....	12
ИСТОРИЯ ЮРИДИЧЕСКОЙ НАУКИ	
Эррера К. М. Сравнительное право и социальные науки. Некоторые замечания об Эдуарде Ламбере.....	13
Кресин А. В. Генезис сравнительного правоведения как учебной дисциплины в немецких университетах в первой половине XIX в.	21
ВЕКТОР ЮРИДИЧЕСКОЙ НАУКИ	
Концептуальные основы сравнительного права	
Дамирли М. А. Методологические правила в методологическом арсенале сравнительного правоведения: понятие, особенности, разновидности.....	38
Жбанков В. А. Субсидиарность как свойство правовой системы	43
Воронин М. В. Системные характеристики права в познании места правовой системы на юридической карте мира.....	51
Губайдуллин А. Р. Информационная функция правовой системы общества	58
Давыдова М. Л. Профессиональное мышление юристов в сравнительно-правовом ракурсе.....	66
Зарубежное право и правовые системы на современной юридической карте мира	
Батлер У. Э. Россия и юридическая карта мира	73
Кабышев С. В. Канада — лидер конституционного мейнстрима?.....	91
Трощинский П. В. Правовая система Китайской Народной Республики: становление, развитие и характерные особенности.....	99
Егоров А. В. Белорусская правовая система как объект сравнительного правоведения.....	118
Чиркин В. Е. Современные глобальные модели основных прав человека: новый подход.....	127
Мартинес А. К. Адаптация административного права в современном государстве.....	135

<i>Гуляков А. Д., Саломатин А. Ю.</i> Проблемы федерализма в свете юридической компаративистики (перспективы исследования)	144
--	-----

<i>Бехруз Х.</i> Правовые ценности в исламской и западной правовых традициях: сравнительно-правовой ракурс.....	152
---	-----

<i>Мирошниченко О. И., Чугунков П. И.</i> Судебный прецедент как источник права в формально-юридическом смысле: сравнительно-правовой анализ англо-американской и континентальной моделей применения.....	163
--	-----

<i>Минникес И. В., Бимбаева О. Л.</i> Принятие детей в семью: историко-компаративистское исследование.....	168
---	-----

Трибуна молодого ученого

<i>Готье Ф., Генс К.</i> Сравнительное правоведение и международное публичное право: феномен междисциплинарности	175
--	-----

Юридическое наследие

<i>Лерминье Ж.-Л.</i> О методе истории сравнительных законодательств (фрагменты).....	185
--	-----

<i>Ансель М.</i> Методологические проблемы сравнительного права (фрагменты).....	187
---	-----

<i>Михазльс Р.</i> На западном фронте без перемен? 100 лет Парижскому конгрессу сравнительного правоведения (размышления по поводу юбилейной конференции в Новом Орлеане) (фрагменты).....	189
---	-----

Из периодики прошлого

<i>Ренненкампф Н. К.</i> О современной обработке сравнительного правоведения (по поводу нового журнала <i>Revue de droit international et de législation comparé</i> . 1869. № 1) (фрагменты).....	191
---	-----

1—3 МАЯ

Открылся один из крупнейших российских турниров по парламентским дебатам — XII Открытый кубок МГЮА.

Главными судьями, а также разработчиками тем для раундов турнира стали — выпускница МГТУ им. Н.Э. Баумана, четвертьфиналист Чемпионата мира по дебатам 2014 года Анна Доценко, выпускник МГТУ им. Н.Э. Баумана, четвертьфиналист Чемпионата мира по дебатам 2014 года Андрей Аверьянов, выпускник МГТУ им. Н.Э. Баумана, экс-президент Клуба дебатов Манчестера Александр Рабинович, выпускница СПбГУ, финалист и полуфиналист ряда крупных европейских турниров София Венгерова и выпускник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), победитель многих российских турниров Сергей Савосько.

Судейской коллегией на турнире было дано множество интересных резолюций, по которым командам предстояло убедительно доказать свою позицию.



Дебаты на турнире излагали свои позиции по вопросам вмешательства Центрального банка в стабилизацию курса рубля, справедливости лишения тунеядцев социальных выплат, целесообразности воздействия США на Израиль через предоставление помощи Палестинской Автономии и другие вопросы.

16 МАЯ

Состоялся финал I Межвузовского кейс-чемпионата по защите прав инвалидов. До заключительного этапа добрались 3 команды из 13.

В финале приняли участие команды:

Корабль любви (СПбГУ, г. Санкт-Петербург)

Юристы Северной столицы (СПбГУ, г. Санкт-Петербург)

Лучи сквозь баррикады (МГЮА, г. Москва)



Мероприятие было организовано кафедрой трудового права и права социального обеспечения при поддержке Всероссийского общества инвалидов. В заключительном этапе конкурса приняли участие **Михаил Борисович Терентьев** — председатель Всероссийского общества инвалидов, депутат Государственной Думы и **Олег Викторович Рысев** — заместитель председателя Всероссийского общества инвалидов, выпускник нашей МГЮА.

Финал проходил в форме судебного заседания, в котором от команд потребовалось представление кассационных жалоб. По итогам трех судебных заседаний были определены победители кейс-чемпионата.

1. Корабль любви (СПбГУ, г. Санкт-Петербург) – 81 балл.

3. Лучи сквозь баррикады (МГЮА, г. Москва) – 80,5 баллов.

2. Юристы Северной столицы (СПбГУ, г. Санкт-Петербург) – 79,5 баллов.

Победители награждены дипломами и ценными призами.



21 МАЯ

Состоялся межвузовский методический семинар заведующих кафедрами административно-правового цикла по проблемам преподавания административно-правовых дисциплин.



Проведение семинара было инициировано кафедрой административного права и процесса МГЮА и поддержано УМО по юридическому образованию вузов Российской Федерации в целях формирования единых подходов к содержательному наполнению административно-правовых дисциплин и оптимальной последовательности их прохождения в условиях уровневого юридического образования. В работе семинара приняли участие руководители и представители кафедр ведущих вузов Москвы, Санкт-Петербурга, Воронежа, Нижнего Новгорода, Новосибирска, Тюмени, Симферополя, Челябинска.

На семинаре выступили проректор по учебной и воспитательной работе Университета им О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, **профессор Л. А. Петручак**, заместитель председателя Совета УМО по юридическому образованию вузов Российской Федерации, член Правления Ассоциации юристов России, советник ректора Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), кандидат юридических наук, **доцент А. А. Свистунов**, профессор кафедры административного права и процесса Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, **профессор Л. Л. Попов**, и.о. зав. кафедрой административного права и процесса Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, **профессор С. М. Зубарев**, директор Юридического института, зав. кафедрой административного и финансового права Российского университета дружбы народов, доктор юридических наук, доктор экономических наук, **профессор О. А. Ястребов**, зам. зав. кафедрой административного права и процесса Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), кандидат юридических наук, **доцент М. П. Петров**, профессор кафедры административного и муниципального права Воронежского государственного университета, доктор юридических наук, **профессор О. С. Рогачева**, зам. декана юридического факультета по учебной работе Крымского федерального университета им. В.И. Вернадского, зав. кафедрой предпринимательского и экологического права, кандидат юридических наук, **доцент С. В. Елькин**, профессор кафедры административного и финансового права Российской правовой академии, доктор юридических наук, **профессор Т. Т. Алиев**, зав. кафедрой административного права Российского государственного университета правосудия, кандидат юридических наук, **доцент М. А. Штатина**, зам. декана факультета подготовки научно-педагогических кадров высшей квалификации Российской правовой академии, кандидат юридических наук, **доцент Ю. А. Браташова**, профессор кафедры административного и финансового права Тюменского государственного университета, доктор юридических наук, **профессор В. И. Борисов**.

По результатам обсуждения приняты решения о создании межвузовской группы по разработке типовой рабочей программы учебной дисциплины «Административное право» и ее размещении на сайте УМО в области юридического образования, а также о формировании в рамках УМО секции административного права для обсуждения и подготовки рекомендаций для образовательных учреждений по вопросам организации преподавания и учебно-методического обеспечения административно-правовых дисциплин.

21 МАЯ



Проведен обучающий семинар для онлайн-наблюдателей основного этапа проведения Единого государственного экзамена в 2015 г.

Онлайн-наблюдение за проведением экзамена проходит на базе Центра правового мониторинга Университета с 2014 г.

С февраля по апрель 2015 г. было организовано наблюдение за досрочным этапом проведения ЕГЭ, в котором приняли участие более 100 студентов нашего вуза.

С 25 мая по 26 июня 2015 г. пройдет основной этап экзаменов, в наблюдении за которыми будут принимать участие более 200 студентов МГЮА.

Для того чтобы осуществлять онлайн-наблюдение, студенты проходят специальное обучение, по итогам которого получают сертификаты общественных наблюдателей на ЕГЭ.

В процессе наблюдения студенты работают на портале SMOTRIEGE.RU, с помощью которого фиксируются подозрения на нарушения порядка проведения экзамена. Данная информация в дальнейшем поступает в Рособрназор и другие компетентные государственные органы и организации системы образования.

К ЧИТАТЕЛЮ

Юриспруденция пришла к научной компаративистике позже, чем другие дисциплины, например науки о языке. Хотя определенный интерес ученых к иностранному политико-правовому бытию был проявлен еще во времена Античности. Так, Фукидид сравнивал обычаи персов и фракийцев, Аристотель расширил зону компаративного поиска до 158 стран и полюсов, модельным началом для Платона и Страбона стали законы Крита.

Современный уровень развития юридической науки предполагает активное использование сравнительного правоведения (и как метода, и как мировоззренческой системы) в широких областях правового знания и практической юриспруденции.

«Вестник» выходит в свет в то время, когда мировое юридическое сообщество как никогда нуждается в межкультурном научном диалоге по широкому кругу компаративно-правовых проблем. Его авторами стали представители юридической науки из Франции, России, Украины, Колумбии, Белоруссии и США.

Благодаря обращению составителей «Вестника» к первоисточникам по сравнительному праву (рубрика «Юридическое наследие»), читатели имеют возможность ознакомиться с выдержками из первого учебника по сравнительному праву (1836) Ж. Л. Э. Лерминье и с размышлениями о судьбе сравнительного права на рубеже XX—XXI вв. в статье профессора Р. Михаэльса.

Мы надеемся, что данный выпуск журнала заложит основы для будущих междисциплинарных и международных дискуссий по сравнительному праву на публичных площадках Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

*Мария Владимировна Захарова,
кандидат юридических наук,
Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА)*

СРАВНИТЕЛЬНОЕ ПРАВО И СОЦИАЛЬНЫЕ НАУКИ. НЕКОТОРЫЕ ЗАМЕЧАНИЯ ОБ ЭДУАРДЕ ЛАМБЕРЕ

В статье освещается становление и развитие концепции сравнительного права, предложенной Эдуардом Ламбером. Изначально поставив судью в центр правовой системы, он впоследствии пересмотрел свои взгляды, признавая существование автономных «социальных матриц» в праве. В связи с этим Ламбера можно назвать одним из первопроходцев правового плюрализма во Франции. Эволюция его взглядов обусловлена восприимчивостью Ламбера к изменениям в экономической жизни общества и, следовательно, его социальным видением права.

Ключевые слова: сравнительное право, юридический плюрализм, теория права.



Карлос Мигель ЭРРЕРА,
профессор
Университета
Сержи-Понтуаэ
(Франция),
почетный член
Университетского
института
Франции (IUF),
глава Центра
юридической и
политической
философии (CPJP)

CARLOS MIGUEL HERRERA,

Professor at the University of Cergy-Pontoise (France),

Honorary Member of the University Institute of France

(Institut Universitaire de France — IUF),

Head of the Center for Legal and Political Philosophy (CPJP)

COMPARATIVE LAW AND SOCIAL SCIENCES. SOME REMARKS ON EDOUARD LAMBERT

This essay explains the design of comparative law Edward Lambert and its evolution. After placing the judge at the heart of the legal system, he radicalized his vision, recognizing the existence of autonomous social matrices of law. Lambert is for this reason one of the pioneers of legal pluralism in French theory of Law. These adjusts are driven by the sensitivity of Lambert for economic change and hence a social vision of law, which leads to make an ever more important place of the social sciences for the knowledge of law.

Keywords: Comparative Law, Legal pluralism, theory of law.

Эдуард Ламбер (1866—1947) считается основателем современного французского сравнительного права. Автор труда по истории права — его первой специализации, которой он надолго остался верен¹, Ламбер приходит в сравнительное правоведе-

¹ К моменту профессионального расцвета Э. Ламбера в 1920 г. его новая кафедра, по-прежнему находившаяся в Лионском университете, стала «смешанной», объединив «сравнительную историю права» и «сравнение новейшей судебной практики». При этом по его замыслу обе дисциплины тесно связаны: первая подается как «предисловие и необходимый ключ к пониманию» второй. Только история поможет осветить технические и терминологические классификации, различные методы разработки права, свойственные каждой юридической культуре, которые представляют препятствие для взаимопонимания между юристами различных стран.



ние в самом конце XIX в. на волне обновления юридической мысли, сторонники которого объединяются вокруг Раймона Салейля. Он доверил Ламберу ключевой доклад на Международном конгрессе сравнительного права, который состоялся в Париже в 1900 г.² Франсуа Жени отразил общие тезисы этого выступления в книге «Метод толкования и источники позитивного частного права».

Ламбер посвятил всю свою профессиональную деятельность Лионскому университету, поступив на кафедру истории права в 1900 г. и создав через 20 лет в провинциальном университете первый Институт сравнительного права (1921 г.). Достаточно охватить беглым взглядом список авторов в сборнике, изданном в его честь в 1938 г., чтобы оценить сеть его контактов к концу карьеры, а также его место во французской доктрине.

Исследователи отмечают, что Эдуард Ламбер видит в компаративистике скорее «общий метод изучения права», чем отдельную отрасль права. Кроме того, в противовес идее «логической полноты закона» и даже «открыто восставая против догмы незыблемости закона», он идет дальше и требует «признать, что часто сила эволюции жизни отбрасывает закон», что, в свою очередь, заставляет юриста выяснять, «как судьи понимают и применяют закон». Сравнительное правоведение в трактовке Ламбера быстро трансформируется в «сравнительное исследование судебной практики». Не следуя путем французской компаративистики того времени, которая основывалась на франко-немецком сравнении, превосходно разработанном его учителем Р. Салейлем (или на франко-английском сравнении в конституционных вопросах, которыми занимался Адемар Эсмейн), Ламбер очень рано начинает интересоваться североамериканской юридической культурой. Его книга о «власти судей», в которой уделено внимание практике североамериканских федеральных судов по экономическим и социальным вопросам, является, возможно, первым зрелым и глубоким выражением его метода. Обобщая свои идеи, Ламбер показал важность сравнительного исследования и за пределами Западной Европы, отмечая, что Соединенные Штаты Америки контролируют уже половину мировой торговли².

В момент создания Лионского института Ламбер открыто выражает неюридические мотивы развития сравнительного права. Прежде всего это политические мотивы: после победы на поле боя следует противостоять и интеллектуальному влиянию Германии на юридическую мысль, в частности по отношению к молодым народам, в том числе американским. Далее следуют мотивы экономические: в таком городе, как Лион, направленном на торговлю и экспорт, «факультет права также имеет свою задачу в работе по адаптации университетского образования к потребностям внешней торговли».

Вместе с тем имела значение правоприменительная перспектива развития сравнительного права. Если и требовалось сконцентрироваться на «живых и подвижных сторонах современной судебной практики», то лишь для того, чтобы найти в том факте, что они «возникли вследствие развития экономических сил, заметно воздействующих на одни и те же формы в обществах разных народов», подтверждение того, что они почти всегда основываются на одних и тех же социальных подструктурах³.

² Э. Ламбера интересует не только англосаксонский мир. Помимо также арабского мира, глубокая привязанность к которому появилась вследствие его деятельности в Высшей школе Каира (école Khédiviale) в 1909 г., Э. Ламбера привлекают Советская Россия, Япония и страны Латинской Америки.

³ Подробнее: *Lambert E. L'Institut de droit comparé, son programme, ses méthodes d'enseignement.* Lyon, 1921. P. 12—13.

Позднее мы бы хотели вернуться к этому аспекту его концепции, который немного забывают, и подчеркнуть содержательность его социального видения в развитии, точнее, в эволюции, его взглядов на сравнительное правоведение. Эту точку зрения нельзя объяснить простой исторической случайностью в его творчестве. Напротив, она показывает глубокую связь его компаративной перспективы с его концепцией, которая не может быть осмыслена без ее основ.

Э. Ламбер выступает в духе времени, которому подвержены французские юристы начала XX в. и который приведет впоследствии к глубокому обновлению факультетов права. Как известно, одной из заметных черт этого периода является интерес к социологии, которая позволила бы обосновать научность новых подходов или по крайней мере связь с реальностью⁴.

Вскоре Ламбер заявляет о развитии им метода (как минимум — «инструментов») социального наблюдения⁵, и один из основателей социологии, Эмиль Дюркгейм, счел необходимым лично написать рецензию на первую значительную работу Ламбера «Функция сравнительного гражданского права» (1903). Дюркгейм указывает на недостаточную глубину подхода. Концепцию Ламбера он критикует, в частности, за недостаток внимания к роли общественности в формировании обычая. Судьи несомненно являются «центрами коллективного сознания», отмечает Дюркгейм, но скорее вторичными, поскольку «с их позиции нельзя охватить социальную жизнь в целом»⁶.

Если Ламбер и не сумел полностью выявить эпистемологические основания того времени⁷, то он уже связывает консервативную политику с противоположным методом. Можно даже сказать, что толкование через принципы связано с классовой ситуацией: «оно должно быть приятным, особенно когда по милости фортуны повезло жить в социальной среде, в которой метод толкования через принципы демонстрирует такую чудесную умиротворяющую силу!»⁸.

Специфичность теоретической позиции Эдуарда Ламбера внутри своего направления заметна при сопоставлении с творчеством Франсуа Жени, который первым систематизировал процесс обновления юридической мысли с конца XIX в. В самом деле, Ламбера противопоставляют именно ему: когда была опубликована ключевая работа Жени «Метод толкования и источники позитивного частного права», Э. Ламбер, по настоянию Р. Салейля, был приглашен для составления рецензии (текст был опубликован в «Международном журнале образования»).

Ламбер довольно рано выдвигает политическое прочтение догматизма Гражданского кодекса, которое мы видим в основе его анализа тезисов Жени. Именно «потребность в безопасности юридических отношений, — пишет он, — ведет к

⁴ Подробнее: *Herrera C. M. Antiformalisme et politique dans la doctrine juridique sous la Troisième République. Mil neuf cent // Revue d'histoire intellectuelle. 2011. № 29. P. 145—165.*

⁵ Гражданское право является наукой о наблюдении, как он пишет уже в 1900 г.

⁶ *L'Année sociologique, 1902—03, VII, p. 378.* Тем не менее Э. Дюркгейм приветствует идею сравнительного гражданского права как метода выявления некоего общего типа.

⁷ Это, несомненно, явилось причиной прерывания проекта, заявленного в его книге 1903 г. об «общем законодательном праве». Как известно, это понятие отсылало к совокупности всеобщих юридических принципов, которые толкователь мог отделить, исходя из наблюдения и анализа правовых порядков в рамках одной культуры. Идентификация этого «общего законодательного права» была задачей компаративиста в первом варианте теории Э. Ламбера.

⁸ *Lambert E. Le droit civil et la législation ouvrière. Paris : Dalloz, 2013. P. 44.*

тому, что в эпоху кодификации признается лишь один источник права — закон, которому придается свойство общей неподвижности, закон оберегается от колебаний социальной и экономической среды»⁹. Такой метод основывается «на отрицании самого надежного социологического закона» — постоянной подвижности права. Именно на этой идее строится его несогласие с Жени, который, по Ламберу, «не осмеливается, подобно мне, открыто выступить против догмы неподвижности закона, признать, что часто сила эволюции жизни отбрасывает закон; что его применение не может бесконечно навязываться будущим отношениям»¹⁰.

В своем отрицании Кодекса Наполеона Э. Ламбер выступает и как критик юридической доктрины. Для него значимо не столько выяснение в свободном научном исследовании значения закона, данного законодателем, сколько понимание и применение закона судьями. Вот почему, четко отделяясь от Ф. Жени (у которого он заимствует в основном разрушительную часть его книги, а не программу), Ламбер заявляет, что «судебная практика становится в наших современных обществах, и особенно в эпоху кодификации, *нормальным способом внезаконодательного правотворчества*» и даже обычай дорабатывается, шлифуется судебной практикой¹¹. В таком качестве судебная практика является формальным источником права.

Несмотря на последующие попытки умерить свою критику, в частности при написании предисловия к сборнику статей в честь Ф. Жени, Ламбер выражается сжато: теоретические усилия Ф. Жени направляются «желанием ограничить плодovitость источников позитивного права ради соответствующего расширения поля, оставшегося для свободных научных изысканий, в конечном счете — для естественного права»¹².

Критика взглядов Ф. Жени выразилась Э. Ламбером посредством его собственной теории права, выделяющей судебную практику в качестве основного источника права. Анализ практики международной торговли (с учетом места, занимаемого в ней США) позволил Ламберу раньше всех своих коллег понять и оценить важную роль арбитража (третейского суда) как юридического феномена, могущего стать доминирующим в условиях глобализации. В арбитраже, особенно в торговом, он видит «одну из наиболее благотворных черт вектора развития, характерного для послевоенного права», он полагает, что «есть столько побед, сколько раз гуманистическое и пацифистское видение права одержало верх над национальными процессуальными техниками»¹³. Корпоративный арбитраж, появившись он раньше, в некоторых сферах мог бы иметь «стабильность и правомерность деятельности наравне с обычными государственными судами»¹⁴. Не случайно Э. Ламбер отдает дань уважения «пророческим идеям», высказанным в период между 1903 и 1911 гг. придерживавшимся социалистических взглядов юристом Эммануэлем Леви,

⁹ *Lambert E. Une réforme nécessaire des études de droit civil // Revue internationale de l'enseignement. 1900. II. P. 222.*

¹⁰ *Lambert E. Une réforme nécessaire des études de droit civil. P. 230.*

¹¹ *Lambert E. La fonction du droit civil compare. P. 18.*

¹² *Lambert E. La fonction du droit civil comparé, Giard et Brière, 1903. P. 119.*

¹³ *Lambert E. Un parère de jurisprudence comparative. Paris : Giard, 1934. P. 216.*

¹⁴ *Préface, à M. Ishizaki, Le droit corporatif international de la vente de soie., Paris : Giard, 1928. T. 1. P. XXVIII.*

которые «стали осязаемыми реалиями нашего времени»¹⁵.

По правде говоря, методологическая систематизация не была близка Э. Ламберу. Его правовая концепция испытала на себе влияние эпистемологической (гносеологической) радикализации, имевшей выраженный социологический характер, что также обуславливает его представление о судебной практике.

Речь идет об эволюции, которую мы замечаем, последовательно изучая его научные работы. Еще в начале 1920-х гг., как раз когда Эдуард Ламбер работал над делом всей своей жизни — созданием Лионского института сравнительного права, судебная практика представлялась как «машина, смешивающая и распределяющая данные, привнесенные в разнообразных формах, с одной стороны, законодателем, а с другой — внесудебной юридической практикой». Поэтому Ламбер называет судебную практику «винтиком, который скрепляет действие всех остальных деталей механизма формирования права», и на этом основании она становится «основным инструментом», т.к. судебная практика «смешивает и распределяет данные, привнесенные законодателем либо правоприменительной и прочей юридической практикой»¹⁶.

Мы уже говорили о структурной взаимосвязи, которую Э. Ламбер видит между судебной практикой (с учетом присущей ей динамики) и экономическим развитием. Это позволяет компаративисту успешно выполнить свою задачу в современных обществах с аналогичными «социальными подструктурами» и, следовательно, с аналогичным вектором развития судебной практики.

Так или иначе, социологический радикализм взглядов Ламбера достиг своего апогея в поздних работах и выразился в нивелировании роли судей; но в своей критике Ф. Жени в начале XX в. Э. Ламбер апеллирует также к сравнительной цивилистике. После нескольких лет практики в Лионском институте сравнительного права Ламбер возвращается к своей концепции в работе под показательным заглавием «Преподавание права как социальной науки и как науки международной», где он вновь восхваляет оригинальность исследований Э. Леви о «юридической составляющей общественных объединений», в том числе способность последних отправлять правосудие независимо от судебной системы¹⁷.

В этом теоретическом манифесте, изначально написанном как вступление к научной работе одного из его учеников, Э. Ламбер выделил четыре основных источника, или конкурирующих матрицы, позитивного права капиталистических стран. Первые два — это законодательство и судебная практика, которую он определил как «право, творимое судьями». Третий — «административная матрица», которая соответствует праву, «создаваемому государственным аппаратом или по его поручению». Этот источник Э. Ламбер называет также «административным применением права». И наконец, «сравнительные матрицы», включающие в себя внесудебную юридическую, правоприменительную практику как официальных лиц (нотариусов, полицейских и т.д.), так и субъектов социальной сферы.

¹⁵ Что касается Э. Леви, см.: *Herrera C. M. Le socialisme juridique d'Emmanuel Lévy // Droit & Société. 2004. № 56. P. 111—130 ; Idem. Droit et socialisme à la Faculté de droit de Lyon // Deroussin D. (dir.) Le renouvellement des sciences sociales et juridiques sous la Troisième République. La Faculté de droit de Lyon. Paris : La Mémoire du Droit, 2007. P. 279—302.*

¹⁶ *Lambert E. Le Gouvernement des juges. Paris : Giard, 1921. P. 256.*

¹⁷ *Lambert E. L'enseignement du droit comme science sociale et comme science internationale, introduction à R. Valeur L'enseignement du droit en France et aux Etats-Unis. Paris : Giard et Brière, 1928. P. XXXVIII ; и в том же году в предисловии к: Ishizaki M. Le droit corporatif international ... P. XXXII.*



Основная новизна заключается именно в четвертой матрице. Речь идет о «праве, создаваемом для правительства экономическими общностями в процессе взаимодействия между их участниками, а часто и групповыми взаимоотношениями с внешними силами; праве, исходящем от профсоюзных организаций предпринимателей или рабочих, обычаев и обыкновений, принятых или в торговой практике и промышленном производстве в целом, или в профессиональных объединениях и отдельных отраслях торговли»¹⁸. Из всего этого приходим к выводу, что Ламбер еще за несколько лет до публикации диссертации Жоржа Гурвича стал во французской науке, по сути, одним из первопроходцев правового плюрализма¹⁹.

Что примечательно, при всей своей неоспоримой научной новизне сравнительное право игнорировалось в процессе преподавания частноправовых дисциплин. Оно слегка проявляется в трудовом праве, которое по отношению к гражданскому праву играет, по мнению Э. Ламбера, ту же роль, что играло преторское право по отношению к *jus civile*, т.е. роль нового права, «развивающегося в процессе последовательного наступления на право уже существующее, противопоставляющего правовую составляющую современной эпохи правовым институтам экономического режима, который пришел в упадок». Это новое право, коллективистское и международное по своему духу, как утверждает ученый, постоянно расширяет сферу своего действия, подразумевая свое превосходство во вновь возникших правоотношениях. В то же время его суть и внутреннее содержание должны все дальше и дальше проникать в общую судебную практику²⁰.

«Социологический анализ» позволил Ламберу убедиться в том, что узко-корпоративная практика является частью позитивного права: он осознал это после ознакомления с диссертацией Масахиро Ишизаки, посвященной индустрии торговли шелком. Однако автономия корпоративного права утвердилась еще раньше благодаря арбитражам, работа которых «ником образом не зависела от судопроизводства в государственных судах»²¹. Это «обособленные правовые сущности», часто конкурирующие с правом, традиционно применяемым юристами, чего, по словам Ламбера, он не видел раньше «в силу ошибки социологического анализа»²².

Понимание особого значения сравнительного права как источника позитивного права привело Ламбера к тому, чтобы рассматривать его как общественную

¹⁸ *Lambert E.* L'enseignement du droit comme science sociale et comme science internationale. P. XL.

¹⁹ Гурвич приобщился к исследованиям Лионского института в 1930-х гг. Подробнее о его концепции: *Herrera C. M.* Les droits sociaux, entre démocratie et droits de l'homme // *Gurvitch G.* La Déclaration des droits sociaux. Paris : Dalloz, 2009. Pp. V—XXII.

²⁰ *Lambert E.* La jurisprudence internationale du travail et le droit comparé // *Revue de l'Université Libre de Bruxelles*, 1927. P. 11. По его мнению, влияние арбитража на государственные суды более значительно в области трудовых отношений, чем в области торговли (Préface ... P. XXXII).

²¹ Корпоративное право возникло не как адаптация законодательных или судебных предписаний, а как право, идущее своим собственным путем, имеющее свой неповторимый дух, свои методы и санкции (Préface ... P. XXVII—XXVIII).

²² Этот разрыв, обозначенный, на наш взгляд, еще в работе 1928 г. и недвусмысленно озвученный самим Ламбером (р. XLII), избежал тем не менее критических комментариев со стороны авторов, продолжавших ставить государственные суды в центр системы правосудия. В конечной версии теории Ламбера в сфере торгового, предпринимательского, трудового и производственного права судьи находятся вне нормального делового оборота, к их услугам следует прибегать только в чрезвычайных ситуациях.

науку. Так как вышеобозначенные источники не являются лишь орудиями в руках судьи, для того чтобы стать частью позитивного права, им нет необходимости проходить стадию судебного применения в обязательном порядке. Э. Ламбер становится также одним из первых французских глашатаев идеи правового плюрализма. И лишь перед тем, как завершить свою работу, Ламбер ограничил понимание роли права: это «явление, производное от развития экономической жизни и должное признавать и легитимировать правоотношения, вытекающие строго из природы экономических явлений»²³. В этом смысле он говорит о «связях, превращающих право в один из структурных элементов общественных наук». Э. Ламбер сожалеет, что во Франции частное право «не преподается как общественная наука»²⁴. Заходя еще дальше, он сужает роль права до «центральной прикладной общественной науки». Не случайно Ламбер дискутировал с Жоржем Рипером, который в своей позитивистской переоценке норм морали выразил сомнение относительно формулы «юристов-социологов» и их обременения социологическим методом²⁵.

Тем не менее идеи Эдуарда Ламбера не могут быть названы полноценной социологической теорией права²⁶. Но, как он сам указал в ответе на рецензию Дюркгейма к его книге «Действие сравнительного гражданского права» (1903), эти идеи наделяют общественность полной нормотворческой автономией.

По инициативе Ламбера в 1932 г. на базе Лионского университета был создан новый Институт общественных наук и международных отношений²⁷. Деятельность института не только затрагивала сугубо правовые вопросы, но и включала в себя «развитие в университете изучения как теоретических аспектов общественных наук, так и их практического применения». В институтском уставе было отмечено, что одной из задач института является «изучение общественных наук в наиболее широком понимании этого термина, но вне контекста их взаимосвязи с правом и другими гуманитарными науками»²⁸.

Э. Ламбер рассматривал цели и деятельность двух созданных им институтов в структурном единстве и задавал им компаративистский вектор развития. Он предполагал «вызывать к содействию исследователей других отраслей научного знания для того, чтобы помочь юристам противодействовать узости сложившихся национально-правовых методов и лучше понимать комплекс проблем по адаптации применения судебной практики в существующих условиях общественной жизни».

²³ Lambert E. Un parère de jurisprudence comparative. P. 221.

²⁴ Lambert E. L'enseignement du droit comme science sociale ... P. XXV.

²⁵ Это бремя очень тяжело: Ж. Рипер говорит об огромном противоречии в концепции: «Те, кто искали юридические нормы в социальной общности интересов, в межличностных взаимосвязях, в принципах причинности и соразмерности, за роскошью слов чаще всего прячут бедность мысли» (Ripert G. La règle morale dans les obligations civiles (1949). Paris : LGDJ, 1994. P. 404—405). Еще более прямо Рипер говорил об этом в своей рецензии на книгу Э. Леви (Ripert G. Le socialisme juridique d'Emmanuel Lévy (1928), maintenant dans C. M. Herrera (dir.), Par le droit, au-delà du droit. Textes sur le socialisme juridique. Paris : Kimé, 2003).

²⁶ Впрочем, он стремился скорее к педагогическим, чем к концептуальным целям, т.к. беспокоился о содержательности профессионализации, получаемой в высших учебных заведениях.

²⁷ В конце 1920-х он считал, что общественные науки в состоянии «предоставить юристу данные, пригодные к прямому и непосредственному применению».

²⁸ Цит. по: Audren F. Comment la science sociale vient aux juristes? Les professeurs de droit lyonnais et les traditions de la science sociale (1875—1935) // Deroussin D. (dir.) Le renouvellement des sciences sociales et juridiques... P. 44—45.



Институт общественных наук и международных отношений так и не начал работать по-настоящему. После Второй мировой войны последователи Эдуарда Ламбера в сфере сравнительного права отдалились от интеллектуального наследия своего учителя. Отказ от его комплексного проекта связан главным образом со снижением интереса к сравнительному праву во Франции во второй половине XX в.

Но мы, возможно, недостаточно четко выделяем важность исследований Э. Ламбера для методологии возрожденного сравнительного права. Уже в начале XX в. он подчеркнул, что «в каждой стране ценность правовых институтов зависит не только от мудрости и предусмотрительности законодателя; она зависит также от глубины и качественного уровня интеллектуальной и правовой культуры, которую будущие юристы приобретают в ходе своей университетской подготовки»²⁹. Вот что сегодня мы должны вновь постараться воплотить в жизнь.

*Перевод с французского языка
Ю. Н. Мугановой, О. В. Вдовенко*

²⁹ Lambert E. La fonction du droit civil comparé. P. 822.

ГЕНЕЗИС СРАВНИТЕЛЬНОГО ПРАВОВЕДЕНИЯ КАК УЧЕБНОЙ ДИСЦИПЛИНЫ В НЕМЕЦКИХ УНИВЕРСИТЕТАХ В ПЕРВОЙ ПОЛОВИНЕ XIX в.

На основе найденных и возвращенных в научный оборот материалов проведено исследование трансформации высшего юридического образования в немецких государствах в 1810—1820-х гг. Выделяются два подхода к преподаванию сравнительного правоведения — в пределах энциклопедии права и как самостоятельной дисциплины (с 1827 г.). Отмечается связь этой дисциплины со сравнительной историей права, которая, как установил автор, начала преподаваться с 1818 г.

По мнению автора, компаративизация высшего юридического образования в немецких государствах в 1810—1820-х гг. является убедительным свидетельством динамичности развития сравнительного правоведения в это время и рост его признания в научных кругах.

Ключевые слова: сравнительное правоведение, компаративизация образования, ранний позитивизм, историческая школа права, историко-философское направление в правоведении, юридический национализм, энциклопедия права, философия права.



**Алексей
Вениаминович
КРЕСИН,**

кандидат
юридических наук,
доцент, член-
корреспондент
Международной
академии
сравнительного
права,
заведующий
Центром
сравнительного
правоведения
Института
государства
и права
им. В.М. Корецкого
НАН Украины

A. V. KRESIN,

PhD in Law (Candidate of Legal Sciences),
Associate Professor, Associate Member (Corresponding Member)
of the International Academy of Comparative Law,
Chief of the Center for Comparative Law
at V.M. Koretsky Institute of State and Law
of the National Academy of Sciences of Ukraine

GENESIS OF COMPARATIVE JURISPRUDENCE AS EDUCATIONAL DISCIPLINE AT GERMAN UNIVERSITIES IN THE FIRST HALF OF THE 19TH CENTURY

The author analyses the transformation of higher legal education in the German states in 1810—1820's. Identified are two approaches to the teaching of comparative jurisprudence — within encyclopedia of law and as an independent discipline (since 1827). Also emphasizes the connection of the latter to the discipline of comparative history of law, which, as author showed, had been taught since 1818.

According to the author, higher legal education in the German states in 1810—1820's comparativization is compelling evidence of dynamic development of comparative jurisprudence at this time, and increase its acceptance in scientific circles.

Keywords: comparative jurisprudence, comparative law, comparativization of education, early positivism, the historical school of law, historical-philosophical direction in jurisprudence, legal nationalism, encyclopedia of law, philosophy of law.



1. Оценка современного состояния и перспектив развития любой научной дисциплины невозможна без осмысления ее истории. Постоянное навязывание мнения относительно позднего происхождения, маргинального и непризнанного научным сообществом исторического развития сравнительного правоведения порождает мысль о его слабом научном, ценностном, практическом, образовательном потенциале. А мысль эта, в свою очередь, построена на симбиозе априорных представлений о неестественности автономного существования юридической компаративистики как научной дисциплины, понятном эгоизме представителей других юридических дисциплин, чрезвычайно слабых знаниях истории сравнительного правоведения.

В одном из наших предыдущих исследований мы попытались определить критерии осмысления генезиса сравнительного правоведения как научной дисциплины¹. В частности, мы обратили внимание на сущностные, содержательные и формальные критерии. Мы отмечали, что слово «формальные» вовсе не умаляет важность определенной группы критериев, а означает прежде всего вопрос внешнего признания сравнительного правоведения — в отличие от вопросов его внутренней эволюции. Мы осознаем неразрывную взаимную связь между сущностными, содержательными, формальными элементами в развитии юридической компаративистики. Одним из определяющих формальных критериев при решении вопроса о времени появления сравнительного правоведения являются элементы его институционализации — появление специализированных журналов, центров его исследования, его становление как учебной дисциплины. По нашему мнению, несмотря на важность такой «инфраструктуры» для развития любой науки, ее появление не является необходимым условием возникновения самой науки, но, безусловно, свидетельствует о том, что последняя уже существует.

2. Это исследование мы посвятили обстоятельствам возникновения сравнительного правоведения как учебной дисциплины в Германии. Оно построено на новооткрытых материалах, которые впервые вводятся в научный оборот и при современном состоянии знаний свидетельствуют о том, что преподавание юридической компаративистики зародилось именно в немецких университетах — и ранее, чем принято считать.

Исследователи уже обращали внимание на существенное значение для развития сравнительного правоведения его становления как учебной дисциплины, однако считалось, что это связано с созданием в 1831 г. кафедры общей и философской истории сравнительных законодательств в Коллеж де Франс в Париже. В частности, на этом акцентировали внимание Ф. Тарановский², В. Хуг³, Г.К. Гаттеридж⁴, Л.-Ж. Константинеско⁵. Наиболее отчетливо эта мысль представлена в монографии современ-

¹ Кресін О. В. Питання критеріїв при вивченні генези порівняльного правознавства // Порівняльне правознавство: сучасний стан і перспективи розвитку: зб. наукових праць / за ред. Ю. С. Шемшученка, І.С. Гриценка, М.Б. Бучка; упор. О. В. Кресін. К.: Логос, 2010.

² Тарановский Ф. В. Сравнительное правоведение в конце XIX века // Порівняльне правознавство: Антологія української компаративістики XIX—XX століть / за ред. О. В. Кресіна. Київ: Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України; Логос, 2008. С. 182, 195.

³ Hug W. The History of Comparative Law // Harvard Law Review. 1931—1932. Vol. 45. P. 1056—1062.

⁴ Gutteridge H. C. Comparative Law. An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research. Cambridge University Press, 1946. P. 13.

⁵ Константинеско Л.-Ж. Развитие сравнительного правоведения // Очерки сравнительного права / под ред. В. А. Туманова. М.: Прогресс, 1981. С. 106, 122.

ного российского ученого В.И. Лафитского: «Сравнительное правоведение во Франции... оформилось как самостоятельное научное направление и учебная дисциплина в 1831 г.»⁶. В то же время, насколько нам известно, ранняя история преподавания сравнительного правоведения в Германии предметом исследования пока не была и, насколько можно судить по специализированным очеркам⁷, современным ученым (даже немецким) не известна.

3. Условия правового и интеллектуального развития немецких государств начала XIX в. оказались благоприятными для становления сравнительно-правового компонента юридического образования. Эти государства, по нашему мнению, следует рассматривать как автономные политико-правовые образования, а не в телеологическом или идеологическом контексте — как части единой Германии. Иными словами, мы имеем дело с отдельными, хотя и во многом похожими, правовыми системами. Рациональный фактор — экономические связи, а также идеологический — сознание национального, исторического и культурного единства, в определенной степени — стремление к единству политическому требовали постоянного сравнения правовых систем этих стран и конструирования на данной основе общенемецкого права.

Кроме того, со времен Реформации в германских государствах сосуществовали католические и протестантские общины. Церковное право этих конфессий регулировало существенный круг правоотношений, для юриста было важно знать его независимо от своей конфессиональной принадлежности.

Но отражение общественно-экономических и правовых реалий в немецком юридическом образовании произошло не сразу. В частности, согласно утверждению Ф. К. фон Савиньи, по состоянию на 1814 г. в прусских университетах не преподавалось даже национальное право, а уж о сравнительно-правовых дисциплинах и говорить не приходится. Ученый отмечал равнодушие к этому вопросу в интеллектуальной среде страны⁸.

Вместе с тем недавняя французская оккупация и внедрение французского Гражданского кодекса (по мнению Наполеона, это был шаг к унификации права западных стран), дискуссии о следовании французскому опыту кодификации (А. Ф. Ю. Тибо, Ф. К. фон Савиньи, П. Й. А. фон Фейербах и др.) вызвали безусловный интерес к французскому и другому зарубежному праву, а также осознание немецкого права как целостного и отличного от других феномена, который, опять же, мог быть представлен только на основе сравнительно-правовых исследований.

4. Этот процесс где-то опережался, а где-то отбрасывался в трудах немецких мыслителей. Важным было новое видение науки в целом и юридической науки в частности, которое стало результатом распространения кантианской философии. И. Кант четко отделил эмпирическое (чувственное) познание от метафизического априорного философствования. Именно первое из них должно было стать фундаментом современных наук. Предметы даются человеку только через наблюдение, и только потом они мыслятся рассудком, и на основе этого возникают обобщенные понятия об этих предметах. «Всякое познание вещей из одного лишь чистого рассудка или чистого ра-

⁶ Лафитский В. И. Сравнительное правоведение в образах права. В 2 т. М. : Статут, 2010. Т. I. С. 68.

⁷ Например: Kötz H. Comparative Law in Germany Today // *Revue internationale de droit compare*. 1999. № 4 ; Schwenzer I. Development of Comparative Law in Germany, Switzerland, and Austria // *The Oxford Handbook of Comparative Law* / ed. by M. Reimann, R. Zimmermann. New York : Oxford University Press, 2006.

⁸ Савиньи фон Ф. К. О призвании нашего времени к законодательству и юриспруденции // Савиньи фон Ф. К. Система современного римского права / пер. с нем. Г. Жигулина ; под ред. О. Кутеладзе, В. Зубаря. М. : Статут, 2011. Т. I. С. 199.



зума есть одна лишь видимость, и истина только в опыте»⁹. Исходя из этого, И. Кант подверг системной критике идею естественного права, отделил позитивное право от морали, юридическую науку — от этики¹⁰.

И. Кант не был последователен в вопросе применения этих подходов к общественным наукам, в частности правоведению, а также считал реальное (эмпирическое) правовое состояние — сферу рассудка — временным на пути к праву чистого разума, но он призвал воспринимать такое временное состояние как данность: «Законы вообще содержат в себе основу объективной и практической необходимости»¹¹. Именно на этой разнице между требованиями временной рациональности и окончательной разумности юристы-кантианцы основывали свою «философию позитивного права» (Г. Гуго) — идею самоценности позитивного права, которое презюмируется как разумное (даже если не совпадает с морально-этическими императивами) и исторически неслучайное и должно познаваться эмпирически, — а также отрицали или подвергали сомнению учение о естественном праве¹². Также для становления идеи национального права существенное значение имеет признание И. Кантом государства «моральной личностью», осуждение им распространения права одного государства на другое как нарушение его общественного договора¹³.

Как отмечал авторитетный американский ученый М. Рейманн, юристам в то время пришлось решить принципиальные задачи — как получать и систематизировать эмпирические знания о праве. И если в том, что приобретать знания следует исторически и сравнительно, представители двух основных направлений немецкой юридической мысли — историко-философского и исторического — вскоре согласились, то в критериях систематизации знаний они разошлись. Однако для обеих школ этот критерий лежал вне права: для исторической школы — в национальной культуре, национальном духе, для историко-философского направления — в общечеловеческой эволюции философских принципов и др.

В целом мы согласны с мнением М. Рейманна о том, что новое посткантовское видение юридической науки можно считать именно немецким изобретением. И хотя «эта идея (о том, что право является наукой. — А.К.) не была немецкой ни эксклюзивно, ни по происхождению, но в XIX в. немецкие ученые развили ее более системно, обсуждали ее более интенсивно, утончили ее выше, чем любая другая современная правовая культура»¹⁴. Конечно, рамки статьи не позволяют рассмотреть это утверждение детальнее.

Важным фактором во всех этих процессах стало высшее юридическое образование, чрезвычайно для того времени развитое в немецких государствах благодаря

⁹ Кант // Антология мировой философии : в 4 т. Т. 3: Буржуазная философия конца XVIII — первых двух третей XIX в. / редколл.: Н. С. Нарский (ред.-сост.) [и др.]. М. : Мысль, 1971. С. 108—109, 155.

¹⁰ *Reimann M. Nineteenth Century German Legal Science // Boston College Law Review. 1990. Vol. 31. P. 844.*

¹¹ *Кант И. Вечный мир. Философский очерк / пер. С. М. Роговина, Б. В. Чредина ; под ред. Л. А. Камаровского. М. : Типография Т-ва И. Д. Сытина, 1905. С. 9.*

¹² *Гуго Г. Учебник по курсу цивилистики // Антология мировой правовой мысли : в 5 т. / Нац. обществ.-науч. фонд ; рук. науч. проекта Г. Ю. Семигин. М. : Мысль, 1999. Т. III : Европа. Америка : XVII—XX вв. С. 273 ; Чичерин Б. Н. Указ. соч. Т. 3. С. 125 ; Лысенко О. Л. Густав Гуго // Антология мировой правовой мысли: в 5 т. Т. III. С. 271 ; Камаровский Л. А. От редактора // Кант И. Вечный мир. Философский очерк / пер. С. М. Роговина, Б. В. Чредина ; под ред. Л. А. Камаровского. М. : Типография Т-ва И.Д. Сытина, 1905. С. XX.*

¹³ *Кант И. Вечный мир. Философский очерк. С. 3, 7.*

¹⁴ *Reimann M. Op. cit. P. 837—838.*

большому количеству университетов и академической мобильности преподавателей и студентов, а также другая юридическая инфраструктура, в том числе все большее количество специализированных журналов и научных обществ.

5. Мы проанализировали программы преподавания на юридических факультетах немецких университетов 1825—1828 гг.¹⁵ (с необходимыми экскурсами от 1818 до 1848 гг.), на основе чего можно сделать определенный, хотя и неполный, срез юридического образования в этой стране (этих странах) в тот период.

Прежде всего следует отметить, что в значительной части университетов продолжало преподаваться естественное право (Гейдельберг, Лейпциг, Тюбинген, Гессен, Марбург, Бонн, Эрланген, Йена, Кенигсберг), существовали и такие специальные курсы, как естественное частное право (Фрейбург). В то же время нет оснований считать, что при преподавании естественное право рассматривалось в старом понимании — как основа и мерило действующего права, а не как философская система концепций и понятий (согласно концепциям Г. Гуго, П. Фейербаха и других ученых).

О постепенной трансформации академической дисциплины «естественное право» в философию права свидетельствуют такие названия учебных предметов в немецких университетах: «Естественное право в связи с философией действующего немецкого частного права» (Йена), «Естественное право, и в частности философия позитивного права» (Вюрцбург), «Философия права, которую часто называют естественным правом» (Бреслау), «Естественное и международное право, или Философская правовая наука» (Лейпциг), «Естественное и международное право в сравнении с позитивным правом: наука прав» (Лейпциг), «Естественное право в связи с т.н. философией позитивных прав» (Берлин), «Естественное и международное право» (Лейпциг, Киль), «История естественного права» (Бонн). В некоторых университетах уже появляются курсы, которые прямо называются «Философия права» (Вюрцбург), «Философия [положительных] прав» (Геттинген).

Не менее важно для характеристики этих дисциплин и то, что значительная их часть преподавалась на основе работы Г. Гуго «Учебник естественного права как философии позитивного права» (1789). Гуго, который находился под заметным влиянием идей И. Канта и Ш.-Л. Монтескье, выступил с последовательной критикой теории естественного права. В своих учебниках и других работах начиная с 1790-х гг. он утверждал, что государство и право не происходят от рациональных теорий, а являются продуктом постепенного развития отдельных народов и в своей эволюции зависят от целого ряда объективных и субъективных факторов, являются неотъемлемой частью истории и культуры народов¹⁶. Философии естественного права он фактически противопоставил свою систему философии позитивного права, согласно которой любое действующее право должно восприниматься как факт¹⁷, в своем происхождении и соотношении с другим правом, а не оцениваться с точки зрения абстрактных философских построений: «К бесконечным парам противоположных друг другу сил и взглядов, совокупное действие которых создает что-то в природе или в умственной сфере, относятся также философия и позитивное право. Между тем как всякое философство-

¹⁵ Zusammenstellung der Verzeichnisse der juristischen Vorlesungen auf den deutschen Universitäten im Winterhalbjahre 1827/28 // Jahrbücher der gesamten deutschen juristischen Literatur. 1828. Band 7. S. 106—121; Zusammenstellung der Verzeichnisse der Juristischen Vorlesungen auf sämtlichen deutschen Universitäten im Winterhalbjahr 1825/26 // Jahrbücher der gesamten deutschen juristischen Literatur. 1826. Band 1. S. 239—254; Zusammenstellung der Verzeichnisse der juristischen Vorlesungen auf sämtlichen deutschen Universitäten im Sommerhalbjahr 1826 // Jahrbücher der gesamten deutschen juristischen Literatur. 1826. Band 1. S. 375—398 и др.

¹⁶ Лысенко О. Л. Указ. соч. С. 271.

¹⁷ Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права. СПб., 1914. С. 104—105.



вание основано на исследовании, на самостоятельной мысли, на независимости от чужих предписаний, все юридическое является делом изучения и приспособления к существующему. Сочетание одного и другого, философия позитивного права, есть разумное, основанное на понятиях познание того, что может быть правомерно...»¹⁸. По мнению М. Рейманна, именно Г. Гуго может считаться автором первой концептуализации науки позитивного права¹⁹.

Г. Гуго подверг критике также восприятие римского права как практически вне-исторического феномена, *ratio scripta*, пригодного для любого народа на любой стадии его развития, как своеобразного заменителя или воплощения естественного права в сфере частноправовых отношений. Вместо этого он призвал изучать римское право исторически, как право Римского государства и его «народа», чужой опыт, который может быть полезен, но не бездумно скопирован.

По его мнению, правовая действительность должна познаваться эмпирически, в частности путем исторического и сравнительного исследования: «Реальное правовое состояние, как мы говорим, является эмпирическим, зависимым от времени и места, частным случаем, факты которого следует изучать на основе собственного и чужого опыта, в историческом контексте (в полном понимании этого слова)»²⁰. Г. Гуго отметил необходимость создания новой системы германского гражданского права²¹ — как национальной правовой подсистемы.

Он четко различал изложение догматики действующего права, философские построения и «чистую» юридическую науку как систему знаний, которая строится на обобщении эмпирических исследований («наука, не основанная на опыте, в реальной жизни — ничто», «правоведение — это самостоятельная отрасль человеческого знания, которая, как и любая другая, представляет собой единое целое»²²). Вместе с тем Г. Гуго настаивал на том, что право отдельного народа не может стать предметом юридической науки, на научной бесплодности его отдельного рассмотрения, на необходимости изучения национального права в контексте зарубежного правового опыта²³.

Все это свидетельствует о том, что немецкое юридическое образование все больше начинает опираться не на метафизические построения (должное), а на изучение позитивного права (сущее).

6. Подтверждением этого является и преподавание во всех немецких университетах дисциплин энциклопедии и методологии права (Бреслау, Лейпциг, Марбург, Бонн, Кенигсберг, Киль); в других университетах ее предмет еще более выразителен — энциклопедия действующего права (Геттинген, Галле, Ландсгут, Берлин, Эрланген, Росток, Тюбинген, Берлин), энциклопедия практического правоведения и государство-ведения (Вюрцбург); или/и энциклопедия и методология правоведения (Гейдельберг, Тюбинген, Йена, Марбург, Росток, Гессен, Лейпциг, Берлин) или юридическая энциклопедия и методология (Йена, Кенигсберг, Гессен, Росток, Гейдельберг, Марбург, Фрейбург). По большей части эти дисциплины преподавались на основе учебников ранних позитивистов — Н. Н. Фалька или Г. Гуго.

¹⁸ Цит. по: Чичерин Б. Н. Указ. соч. Т. 3. С. 125.

¹⁹ Reimann M. Op. cit. P. 848—849.

²⁰ Гуго Г. Указ. соч. С. 274.

²¹ Лысенко О. Л. Указ. соч. С. 271—272.

²² Гуго Г. Указ. соч. С. 276.

²³ Гуго Г. Указ. соч. С. 276.

Следует заметить, что в учебнике профессора Кильского университета Нильса Никласа Фалька «Энциклопедия права для использования в академических лекциях»²⁴ проблематика юридической компаративистики уже была интегрирована в виде отдельного параграфа «Познание зарубежного права. Сравнительное правоведение»²⁵. При изложении он опирался прежде всего на труд П. Фейербаха «Взгляд на немецкое правоведение» (1810), «Цивилистические трактаты» А. Ф. Ю. Тибо (1814), статью Ф. К. фон Савиньи «Голоса за и против новой кодификации» (1817), свою статью «Общие размышления о законодательстве и юридической науке» (1818), труды Пюттера, Блюнчли, Варнконига, Филиппа, Брендела.

Впервые Н. Н. Фальк, насколько нам известно, рассматривал сравнительное правоведение в упомянутой статье «Общие размышления...» как перспективную науку, но такую, которая еще находится на стадии своего становления²⁶.

В «Энциклопедии права...» Фальк отмечал, что сравнительное правоведение является отдельной юридической наукой, благодаря которой можно осуществлять критическую оценку национального права. Он считал, что теоретические конструкции в правоведении должны создаваться именно на основе обобщения сравнительным правоведением наднациональных тенденций в развитии права. Сравнительное правоведение направлено не столько на накопление информации о зарубежном праве, сколько на познание сущности правовых явлений. Он указывал на недопустимость подчинения сравнительно-правовых материалов априорным схемам. Наоборот, по его мнению, именно сравнительное правоведение способно определить универсальные законы и стадии развития права²⁷. Таким образом, по мнению Н. Н. Фалька, внимание исследователя должно концентрироваться на позитивном праве, его познание должно быть эмпирическим, сравнительное правоведение занимает одно из центральных мест в системе юридических дисциплин, обобщая правовое развитие и замещающая любые априорные теоретические конструкции.

В определенной степени в роли теории частного права выступали дисциплины по догме римского права, которые присутствовали во всех учебных программах юридических факультетов немецких университетов.

7. Проявлением «позитивизации» юридического образования стало и то, что во всех университетах немецких государств на юридических факультетах распространилось преподавание общих и отраслевых курсов по общегерманскому праву (несмотря на существование автономных правовых систем в каждом немецком государстве), построенных на сравнительно-правовой основе.

Концептуальной основой для таких курсов выступила идея национального права. Во многом она опирается на мысли Ш.-Л. Монтескье, во второй половине XVIII в. ее разрабатывала так называемая геттингенская школа юристов, представителями кото-

²⁴ Falck N. Juristische Encyclopädie auch zum Gebrauche bei akademischen Vorlesungen. 4. Aufl. Leipzig, 1839. S. 292—295. Нам неизвестно, был ли включен соответствующий материал в предыдущие издания этой книги — 1821, 1825, 1830 гг., но можем предположить, что это так, поскольку работы, на которые при этом опирается автор, опубликованы до 1821 г., а соответствующие идеи высказаны Н. Фальком еще в 1818 г.

²⁵ vergleichende Jurisprudenz. Все упомянутые в статье авторы употребляют именно это словосочетание.

²⁶ Falck N. Allgemeine Betrachtungen über Gesetzgebung und Rechtswissenschaft // Kieler blätter. 1819. Band 1. S. 77, 80, 87.

²⁷ Falck N. Juristische Encyclopädie auch zum Gebrauche bei akademischen Vorlesungen. S. 292—295.



рой были И. С. Пюттер, Г. Гуго и другие ученые, присутствует она и в трудах И. Канта²⁸, Г. Гердера, И. Гете, И. Г. Фихте, П. Фейербаха. Но наибольшее влияние на юристов, очевидно, она произвела после ее разработки и обнародования в 1814—1815 гг. представителями двух конкурирующих школ немецкой юридической мысли — историко-философской и исторической — А. Ф. Ю. Тибо и Ф. К. фон Савиньи.

В частности, А. Ф. Ю. Тибо указывал на необходимость кодификации германского права, которая будет способствовать «освобождению от произвола отдельных правительств» немецких государств, объединению немецкого народа, эффективности право-реализации, освобождению права от заимствованных элементов (римского и канонического права), которые не отвечают потребностям и менталитету немецкой нации²⁹. В связи с последним ученый отвергал также возможность прямого заимствования и современного зарубежного права (в частности французского), а настаивал на необходимости положить в основу кодификации древние немецкие традиции, отраженные в обычном праве: «Простой национальный Свод законов, выполненный в германском духе с германской силой»³⁰. Ценность национального права для А. Ф. Ю. Тибо отражена в таком его высказывании: «Уже само Единство (кодекса для всей Германии. — А.К.) было бы бесценным. <...> Ведь одинаковые законы порождают одинаковые нравы и обычаи, и это единообразие всегда оказывало волшебное влияние на любовь и преданность народа»³¹. Значительная часть цитируемой работы А. Ф. Ю. Тибо посвящена осуждению партикуляризма в праве и преимуществам общенациональной унификации последнего, которую он называет будущим «триумфальным Творением», «Святыней»³².

Ф. К. фон Савиньи также осуждал рецепцию зарубежного права (кроме римского права), сравнивая ее с раковой опухолью, которая уничтожает нацию³³. Характер права «присущ народу так же, как его язык, нравы, его устройство. Ведь эти явления не имеют отдельного существования — они являются лишь отдельными силами и деяниями одного народа»; «органическая связь права с сущностью и характером народа выдерживает испытание временем»³⁴. Путем сравнительного изучения права Австрии, Пруссии и других германских земель он считал возможным «сделать гражданское право общим делом нации и достичь тем самым нового укрепления ее единства».

Ф. К. фон Савиньи непосредственно призвал к введению в университетах курсов по общенемецкому праву на сравнительной основе: «Во-первых, потому что большую часть прав земель можно понять лишь путем сравнения и сведения их к древним национальным корням, во-вторых, потому что уже все историческое отдельных немецких земель вызывает естественный интерес всей нации». Он подчеркивал особую роль

²⁸ В частности, И. Кант называл национальное право *jus civitatis*. Он отмечал, что «народы, в форме государств, могут рассматриваться как отдельные лица». См.: Кант И. Вечный мир. Философский очерк. С. 12, 19.

²⁹ Тибо А. Ф. Ю. О необходимости общего гражданского права для Германии // Савиньи фон Ф. К. Система современного римского права / пер. с нем. Г. Жигулина; под ред. О. Кутеладзе, В. Зубаря. М.: Статут, 2011. Т. I. С. 105, 106.

³⁰ Тибо А. Ф. Ю. Указ. соч. С. 109—110.

³¹ Тибо А. Ф. Ю. Указ. соч. С. 113.

³² Тибо А. Ф. Ю. Указ. соч. С. 124.

³³ Савиньи фон Ф. К. О призвании нашего времени к законодательству и юриспруденции. С. 128—129.

³⁴ Савиньи фон Ф. К. Указ. соч. С. 131—132, 133; см. также: Он же. О предназначении «Журнала по исторической юриспруденции» // Савиньи фон Ф. К. Система современного римского права / пер. с нем. Г. Жигулина; под ред. О. Кутеладзе, В. Зубаря. М.: Статут, 2011. Т. I. С. 211—12.

университетского образования и науки в становлении национального права: «Стремление к научному обоснованию не относится к национальным потребностям французов, зато относится к нашим, и нельзя пренебрегать столь укоренившейся потребностью»³⁵.

Фактически идея ценности национального права и его единства объединяла труды А. Ф. Ю. Тибо и Ф. К. фон Савиньи, такая общность взглядов ими признавалась. Различия лежат в представлении о способе достижения этого единства — через осознание историчности, преемственности, органичности национального права, постепенное восстановление чистоты его духа, частичную инкорпорацию судебной практики и образование или же на основе критического переосмысления, модернизации и кодификации.

Во всех университетах немецких государств в 1820-х гг. преподавался курс немецкого частного права, в большинстве — курс истории немецкого государства и права (Галле, Гейдельберг, Йена, Росток, Фрейбург, Гессен, Берлин, Бонн, Бреслау и др.). Распространенными были также курсы немецкого государственного права (Кенигсберг, Фрейбург, Галле, Марбург, Берлин, Бонн, Росток, Тюбинген, Гейдельберг, Вюрцбург), конституционного (Геттинген), ленного (Тюбинген, Фрейбург, Ландсгут, Лейпциг, Бонн, Эрланген, Йена, Геттинген), уголовного (Галле, Тюбинген, Гессен, Берлин, Бонн, Эрланген, Йена), гражданско-процессуального (Тюбинген, Вюрцбург, Бонн), уголовно-процессуального права (Тюбинген, Ландсгут, Эрланген, Гейдельберг). Попадаются курсы немецкого публичного (Тюбинген, Гессен), земельного (Геттинген, Кенигсберг), торгового и валютного (Тюбинген), семейного (Лейпциг), залогового (Лейпциг, Тюбинген) права. В некоторых университетах появились обобщающие курсы позитивного права немецких государств (Бреслау, Марбург), а также немецкого обычного права (Росток).

Итак, концепт национального права, предложенный в начале XIX в. немецкими мыслителями, воплотился в целом комплексе сравнительно-правовых интегративных юридических дисциплин, которые сделали его наглядным и всеобъемлющим.

Зато другая сравнительно-правовая дисциплина, которая присутствовала (с определенными различиями в названии) в программах всех юридических факультетов, очевидно, не имела такого интегративного характера. Речь идет о курсе действующего в немецких государствах католического и протестантского церковного права. В некоторых университетах предмет такой дисциплины был еще шире и охватывал также другие страны. В Вюрцбургском университете с 1825 г. читался курс «Церковное право, ...в частности его модификации в разных христианских странах», а в Университете Бреслау в разные годы: «Каноническое и немецкое церковное право», «Церковное право христианских конфессий». Следовательно, можно утверждать, что церковное право христианских конфессий (общее или в пределах немецких государств) стало одной из первых сравнительно-правовых учебных дисциплин в мире.

8. Логически связанными с «позитивизацией» юридической науки и образования и концептом национального права были уже упомянутая идея Г. Гуго (и других ученых второй половины XVIII — начала XIX в.) относительно ценности познания зарубежного опыта³⁶ и идея сравнительного правоведения, развитая П. Й. А. фон Фейербахом³⁷.

³⁵ Савиньи фон Ф. К. О призвании нашего времени к законодательству и юриспруденции. С. 201, 202, 207.

³⁶ Г. Гуго и И. Ф. Рейтемейер в 1785 — 1790 гг. предложили «синхронический» метод для упорядочения знаний о праве разных стран в одну историческую эпоху. См.: Иеринг фон Р. Историческая школа юристов // Савиньи фон Ф. К. Система современного римского права. С. 87.

³⁷ О его сравнительно-правовых идеях см., например, наше исследование: Кресин О. В. Формування теоретико-методологічних засад порівняльного правознавства у працях Пауля Йоганна Ансельма фон Фейєрбаха // Порівняльне правознавство: сучасний стан і перспективи розвитку : збірник наукових праць / за ред. Ю. С. Шемшученка, І. С. Гриценка, О. К. Маріна ; упор. О. В. Кресін, І. М. Ситар. К. : Логос, 2011.



Во «Взгляде на немецкое правоведение» (1810) фон Фейербах обратил внимание на то, что немецкая юридическая наука изучает только немецкое право — современное или историческое, а также те чужие элементы, которые уже адаптированы к национальному праву (ученый со всей очевидностью имел в виду правовые элементы, заимствованные из римского права). В свою очередь, он утверждал, что познание именно зарубежного правового опыта дает возможность объективно оценить национальное право и обогатить его³⁸.

Ученый указывал на две «ложные противоположности» — теорию естественного права и ограниченность научных исследований исключительно национальным правом, считая, что их преодоление должно вывести юридическую науку на правильный путь³⁹. Разрушение фрагментированного, средневекового по своему характеру немецкого права и появление Гражданского кодекса Франции являются вызовами для немецкой юридической науки, ответом на которые должна стать открытость к зарубежному праву и «взаимный обмен опытом, открытиями и мыслями»⁴⁰.

Именно из потребности познания зарубежного опыта П. Й. А. фон Фейербах перешел к понятию «сравнительное правоведение» (он употребил словосочетание *vergleichende Jurisprudenz*, которое дословно означает «сравнительная правовая наука»). Он отмечал, что сравнение права различных народов в разные времена позволяет познать сущность правовых явлений, а на основе этого — сформировать универсальную юридическую науку. Без сравнения с зарубежным правом нельзя познать особенности национального права («дух отдельного законодательства»)⁴¹.

П. Й. А. фон Фейербах провозгласил задачей юридической науки «описание и историю всех правовых систем». Упорядоченный на основе сравнения материал должен быть рассмотрен с применением философско-правового подхода для нахождения и определения общих черт и единого содержания права⁴².

Значение сравнительных исследований для развития права продемонстрировал фон Фейербах при создании проекта Баварского гражданского кодекса, а обосновал другой представитель немецкого историко-философского направления юридической мысли — А. Ф. Ю. Тибо, который в 1814 г. призвал создать общенемецкий гражданский кодекс на основе не только национальных традиций, но и их сравнения с зарубежными кодификациями⁴³.

Насколько нам известно, первым необходимость интеграции сравнительно-правовых подходов в преподавание юридических дисциплин, опираясь на труды П. Й. А. фон Фейербаха, подчеркнул доктор права Г. В. Е. Генфе в работе «Об изучении римского права» (1814), опубликованной в Швейцарии⁴⁴.

В 1815—1816 гг. идею сравнительного и сравнительно-исторического познания права восприняла и немецкая историческая школа в лице своего лидера Ф. К. фон Савиньи, который указал на «наследование им идеи сравнения права» от П. Й. А. фон Фейерба-

³⁸ *Фейербах фон П. Й. А. Погляд на німецьке правознавство / пер. О. А. Шаблій ; за наук. ред. О. В. Кресіна // Порівняльне правознавство. 2012. № 1—2. С. 286.*

³⁹ *Фейербах фон П. Й. А. Op. cit. С. 288—289.*

⁴⁰ *Фейербах фон П. Й. А. Op. cit. С. 290—291.*

⁴¹ *Фейербах фон П. Й. А. Op. cit. С. 286.*

⁴² *Фейербах фон П. Й. А. Op. cit. С. 287.*

⁴³ *Тибо А. Ф. Ю. Указ. соч. С. 126.*

⁴⁴ *Henfe H. W. E. Über das Studium des Römischen Rechts. Rede, beym Antritte des Prorektorates am 2ten November 1814 // Literarisches Archiv der Akademie zu Bern. B. 4. Bern, 1814. S. 39—42.*

ха и призвал к внедрению сравнительно-правовых курсов в университетах⁴⁵. Г. Гердер, Г. Гуго, Ф. К. фон Савиньи и другие мыслители сформировали идею включенности национального права в более широкую общность германского права, что предполагало осознание и сравнительно-правовое изучение различий между германским, римским и инонациональным правом⁴⁶.

В отличие от скептического отношения позднейших исследователей к роли исторической школы права в развитии сравнительного правоведения, современники отдавали ей должное. Например, в анонимной рецензии на один из выпусков «Журнала исторического правоведения» (издавал Ф. К. фон Савиньи), опубликованной в 1818 г., указывалось на сравнительно-правовой характер этого издания и на то, что историческая школа переняла идею сравнительного правоведения от И. Пюттера, П. Й. А. фон Фейербаха и А. Ф. Ю. Тибо⁴⁷.

В 1820-х гг. в программах немецких университетов уже присутствовали право-страноведческие курсы, посвященные, в частности, французскому гражданскому (Вюрцбург, Гессен, Гейдельберг), гражданско-процессуальному (Вюрцбург, Бонн, Эрланген), уголовно-процессуальному (Ландсгут), торговому (Вюрцбург) праву, английскому (Берлин) и датскому (Киль) праву.

Наряду с ними появились и бинарные сравнительные отраслевые дисциплины: «Развитие и сравнение основных моментов французского и саксонского гражданского процессов» (Лейпциг), «Курс римского и немецкого частного права» (Фрейбург), «Кодекс Наполеона и земельное право Бадена» (Фрейбург), «Немецкое частное право с включением немецкого и французского торгового и обменного права» (Гейдельберг), «Всеобщий немецкий уголовный процесс ...с включением французского уголовного процесса» (Гейдельберг), «Уголовный процесс с размышлениями о французском праве» (Марбург), «Римское и современное наследственное право» (Лейпциг), «Французское право в сравнении с прусским земельным правом» (Бонн), «Немецкое и французское уголовное право» (Гейдельберг).

Но особо, по нашему мнению, следует отметить появление сравнительно-правовых отраслевых дисциплин, посвященных общему государственному (Марбург, Гейдельберг, Фрейбург) и общему уголовному (Кенигсберг) праву, а также праворегионоведческой дисциплины «История нордического права» (Киль). В рамках этих дисциплин появилась возможность для познания наднациональных тенденций в развитии права и отдельных его отраслей, развития сравнительно-типологического подхода к изучению положительного права. Между прочим, название последней из названных дисциплин может свидетельствовать о ранней типологизации правовых систем скандинавских стран.

Позиция немецких ученых относительно необходимости развития отраслевых сравнительно-правовых учебных дисциплин нашла отражение в труде Г. Б. Вебера

⁴⁵ Savigny von F. K. Stimmen für und wider neue Gesetzbücher // Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft. 1816. Band 3. S. 7—8. См. также: Radbruch G. Anselme Feuerbach precursor du droit compare // Radbruch G. Gesamtausgabe / Hrsg. von A. Kaufmann. Bd. 6 / bearb. von G. Häney. Heidelberg : Müller, 1997. S. 307 ; Иеринг фон Р. Указ. соч. С. 83.

⁴⁶ Ф. К. фон Савиньи и К. Ф. Эйхгорн в 1815 г. впервые предложили региональное направление сравнительно-правовых исследований — в пределах германских народов. См.: Гирке фон О. Историческая школа права и германисты // Савиньи фон Ф. К. Система современного римского права. С. 45.

⁴⁷ Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft. Band 3. Heft 1 [рецензия] // Heidelberger Jahrbücher der Literatur. Band 11. Heidelberg, 1818. S. 45.



«Об изучении правоведения, и в частности науки уголовного права» (1825)⁴⁸. Кстати, примером одобрительного восприятия таких идей стала анонимная рецензия на эту книгу в немецком журнале «Новый архив уголовного права» (1826)⁴⁹.

Наиболее четко и недвусмысленно определены как сравнительные дисциплины в программах немецких университетов «Сравнительное правоведение» и «Сравнительная история права» / «Общая сравнительная история права». Хронологически первой, в 1818 г., появилась учебная дисциплина «Общая сравнительная история права» (*Vergleichende Rechtsgeschichte, Allgemeine vergleichende Rechtsgeschichte*) — в Вюрцбургском университете⁵⁰. Ее преподавал профессор Себальд Брендел⁵¹. В 1820 г. указывается, что эта дисциплина преподается без учебника⁵². Курс читался до 1832 г., когда С. Брендел оставил преподавание.

По крайней мере с 1820 г. эта дисциплина стала чередоваться через семестр с дисциплиной «Сравнение исторического развития правовых норм у самых известных народов, с особым упором на римское и немецкое право», которую читал тот же С. Брендел, тоже без учебника, «по своим заметкам», пять раз (в целом 8—9 часов) в неделю⁵³ (в зимнем полугодии 1822/1823 гг. в названии курса С. Брендела немецкое право не фигурировало, а также указывалось, что профессор использует при изложении «Историю римского права и юридические древности»⁵⁴ А. Швеппе (Геттинген, 1822)⁵⁵. По крайней мере с 1822 г. в русле этой общей дисциплины наряду с курсом

⁴⁸ *Weber von H. B. Über das Studium der Rechtswissenschaft und insbesondere der Strafrechtswissenschaft. Tübingen: Laupp, 1825. S. 27—28.*

⁴⁹ *Beurtheilung der neuesten criminalistischen Schriften [рецензия] // Neues Archiv des Criminalrechts. Band 8. Halle, 1826. C. 364.*

⁵⁰ *Ordnung der Vorlesungen an der Königlichen Universität zu Würzburg für das Sommer-Semester 1818 // Intelligenzblatt der Jenaischen Allgem. Literatur-Zeitung. Februar 1818. S. 140. Это первое известное нам упоминание понятия «сравнительная история права» не только в Германии, но и мире в целом. См. также: Ordnung der Vorlesungen an der Königlichen Universität Würzburg für das Sommer-Semester 1824 // Intelligenz-Blatt des Rheinkreises. 15 May 1824 (№ 136). S. 590; Ordnung der Vorlesungen an der Königlichen Universität Würzburg für das Winter Semester 1825/1826 // *Regierungs und Intelligenz-Blatt für das Königreich Baiern*. 8 October 1825. S. 726; *Zusammenstellung der Verzeichnisse der juristischen Vorlesungen auf den deutschen Universitäten im Winterhalbjahre 1831—1832 // Jahrbücher der gesamten deutschen juristischen Literatur. 1831. Band 17. S. 225**

⁵¹ Себальд Брендел (Sebald Brendel) родился 8 сентября 1782 г. в Карлштадте-на-Майне. В 1812 г. закончил Ландсгутский университет. С 1817 г. — приват-доцент Гейдельбергского университета, с 1818 по 1832 г. — профессор Вюрцбургского университета, в 1832—1834 гг. — на судейской работе. Умер 31 декабря 1844 г. Труды: «Тезисы к дискуссии об области общего и специального законоведения» (1812), «История содержания и значения национального представительства» (1817), «Учебник по католическому и протестантскому церковному праву» (1823) и др.

⁵² *Ordnung der Vorlesungen an der Königlichen Universität zu Würzburg für das Sommer Semester 1820 // Allgemeines Intelligenz-Blatt für das Königreich Baiern. 22 März 1820. S. 162.*

⁵³ *Ordnung der Vorlesungen an der Königlichen Universität zu Würzburg, für das Winter Semester 1820/1821 // Allgemeines Intelligenz-Blatt für da Königreich Baiern. 2 September 1820. S. 724.*

⁵⁴ *Schweppe A. Römische Rechtsgeschichte und Rechtsaltertümer: mit erster vollständiger Rücksicht auf Gajus und die Vaticanischen Fragmente. Göttingen, 1822.*

⁵⁵ *Ordnung der Vorlesungen an der Königlichen Universität Würzburg für das Winter Semester 1822/23 // Regierungs und Intelligenz-Blatt für das Königreich Baiern. 11 September 1822. S. 926; Zusammenstellung der Verzeichnisse der Juristischen Vorlesungen auf sämtlichen deutschen Universitäten im Winterhalbjahr 1825/1826 // Jahrbücher der gesamten deutschen juristischen Literatur. 1826. Band 1; Zusammenstellung der Verzeichnisse der juristischen Vorlesungen auf den deutschen Universitäten im Winterhalbjahre 1827/28 // Jahrbücher der gesamten deutschen juristischen Literatur. 1828. Band 7. S. 120—121; Zusammenstellung der Verzeichnisse der juristischen Vorlesungen auf den deutschen Universitäten im Winterhalbjahre 1831—1832 // Jahrbücher der gesamten deutschen juristischen Literatur. 1831. Band 17. S. 225.*

«Общая сравнительная история права» свой курс «Право древних [народов], особенно греков и римлян, его влияние на мировую историю, природу [юридической] науки и нынешнее состояние права» в Вюрцбургском университете читал профессор Конрад фон Кукумус⁵⁶, как указывалось — три раза в неделю⁵⁷.

Известно также, что курс «Общая сравнительная история права» преподавался в 1820—1821 гг. во Фрейбургском университете профессором Иоганном Петером фон Хорнтхолом⁵⁸ — «по собственному плану» пять раз (8—9 часов) в неделю. Параллельно он преподавал «Историю европейских конституций»⁵⁹.

Наконец, наиважнейшими в контексте нашего исследования являются учебные дисциплины, посвященные общей части сравнительного правоведения — его философии, теории, методологии. В частности, в 1827/1828 и 1828/1829 учебных годах в Университете Галле профессор Фридрих Блюме⁶⁰ читал «Сравнительное правоведение»⁶¹,

⁵⁶ Конрад фон Кукумус (Konrad von Kukumus) родился 20 января 1792 г. в Майнце. Окончил юридический факультет Вюрцбургского университета в 1813 г. В 1818 г. получил степень доктора права. С 1821 г. — профессор, впоследствии ректор Вюрцбургского университета. Был депутатом Баварского ландтага. С 1832 г. — на судейской работе. В 1848 г. был заместителем председателя Национального собрания во Франкфурте-на-Майне. Умер 23 февраля 1861 г. в Мюнхене. Автор трудов по государственному и уголовному праву.

⁵⁷ Ordnung der Vorlesungen an der Königlichen Universität Würzburg für das Sommer-Semester 1822 // *Regierungs und Intelligenz-Blatt für das Königreich Baiern*. 17 April 1822. S. 451; Ordnung der Vorlesungen an der königlichen Universität Würzburg für das Sommer-Semester 1824 // *Intelligenz-Blatt des Rheinkreises*. 15 May 1824 (№ 136). S. 590.

⁵⁸ Иоганн Петер фон Хорнтхол (Johann Peter von Horntal) родился в г. Бамберг 4 декабря 1794 г. Учился на юридических факультетах Ландсгутского, Вюрцбургского, Геттингенского университетов. В 1819—1825 гг. доцент, профессор Фрейбургского университета. С 1825 г. адвокат в Бамберге, с 1836 г. депутат Баварского ландтага. Умер 26 января 1864 г. в Бамберге. Автор трудов по государственному праву и судостроительству.

⁵⁹ Ankündigung der Vorlesungen, welche im Winterhalbenjahre 1820—1821 auf der Grossherzoglich-Badischen Albert-Ludwigs Universität zu Freiburg im Breisgau gehalten werden // *Benlage zur Isis von Oken*. 1820. № 27. S. 209.

⁶⁰ Фридрих Блюме (Friedrich Bluhme (Blume)) родился 29 июня 1797 г. в Гамбурге. Учился в Геттингенском, Берлинском, Йенском университетах. Значительное влияние на формирование его мировоззрения как учено-юриста произвели лекции Г. Гуго и Ф. К. фон Савиньи. С последним Ф. Блюме впоследствии имел дружеские отношения и обширную переписку, по его совету занялся исследованием римского права, печатался в его «Журнале исторического правоведения». В 1820 г. в Йене он защитил диссертацию на степень доктора права, посвященную Дигестам («*Dissertatio de geminatis et similibus quae in Digestis inveniuntur capitibus*»). С 1820 г. Ф. Блюме занялся адвокатской деятельностью в Гамбурге, но по настоянию Г. Гуго и Ф. К. фон Савиньи вернулся в науку. В 1821—1823 гг. находился в Италии с целью поисков памятников римского права в библиотеках. С 1823 г. стал адъюнкт-профессором (с 1825 г. — профессором) в Университете Галле, а с 1831 г. — в Геттингенском университете. С 1833 г. судья апелляционного суда в Любеке. С 1843 г. вернулся к преподаванию как профессор Рейнского университета (Бонн). Умер 5 сентября 1874 г. в Бонне. Первооткрыватель и составитель ряда публикаций памятников древнего германского и римского права, в том числе: «Коллекция канонического, Моисеева и римского права» (1833). Автор трудов: «Обзор источников действующего немецкого права» (1863), «Система действующего немецкого уголовного и уголовно-процессуального права» (1854), «Система действующего немецкого частного права» (1850), «Система действующего немецкого церковного права» (1868), «Церковное право иудейских и христианских жителей Германии» (1826), «Энциклопедия действующего немецкого права» (1847—1858, в 3 томах), «Три очерка по истории немецкого права» (1871) и др.

⁶¹ Zusammenstellung der Verzeichnisse der juristischen Vorlesungen auf den deutschen Universitäten im Winterhalbjahre 1827/28 // *Jahrbücher der gesamten deutschen juristischen Literatur*. 1828. Band 7. S. 108—109; Zusammenstellung der Verzeichnisse der juristischen Vorlesungen auf den deutschen Universitäten im Winterhalbjahre 1828—1829 // *Jahrbücher der gesamten deutschen juristischen Literatur*. Band 9. Erlangen, 1828. S. 100—101, 104.



а в 1829/1830 учебном году — «Философию права и сравнительное правоведение»⁶². Кроме сравнительного правоведения, Ф. Блюме также преподавал «Энциклопедию всех прав» (по учебнику Г. Гуго), ряд курсов по римскому праву, церковное право. Известно также, что в 1847—1848 гг. в Рейнском университете им. Фридриха Вильгельма (г. Бонн) он читал курс «Избранные проблемы (дословно — разделы. — А.К.) сравнительного правоведения»⁶³.

К сожалению, программа преподавания и тексты лекций Ф. Блюме по сравнительному правоведению для нас недоступны. Однако взгляды ученого в этой сфере в определенной мере отражены в его трудах.

В частности, в работе «Очерк пандектного права: обзор источников» (1829) он отмечал, что римское право имеет большое значение для формирования концептуальных основ юридической науки, но не может подменять последние: они формируются совместно энциклопедией права и сравнительным правоведением⁶⁴.

В другой работе — обзоре книг по английскому праву (1830) — Ф. Блюме указывал на то, что римское право утратило значение общего права европейских стран с постепенным развитием национального и партикулярного права. Но попытки заменить его априорными конструкциями естественного права не будут иметь успеха, они показали свое бессилие на фоне разнообразия европейского правового развития: «В конце концов, когда для большинства юристов идея естественного права уже перестает быть убедительной или не удовлетворяет совсем, все идет к тому, что, даже имея разное законодательство, единство науки о праве можно сохранить, если иметь к нему общий подход»⁶⁵.

Ф. Блюме обращал внимание на средства обеспечения единства права в Британской империи — через единство судебной практики. Ученый считал, что с помощью научного обобщения судебной практики европейских стран можно уравновесить и фрагментацию знания о европейском праве, познать ощутимое сходство, родство правовых систем континента, создать новую общую юридическую науку, способную объяснить процессы правового развития. Интересно, что к ученым, на подходы которых при этом можно опереться, Ф. Блюме причисляет, в частности, Ф. К. фон Савиньи, Г. Гуго, Э. Лерминье⁶⁶.

Несмотря на уверенность Ф. Блюме в упадке идеи естественного права и в новом — не основополагающем, а, скажем, партикулярном, видении науки римского права, следует отметить, что тогда такие взгляды разделяли не все немецкие ученые. Показателен отклик на упомянутую обзорную статью Ф. Блюме анонимного автора под названием «О естественном праве» (1831). Автор, в частности, пишет: «В конце концов, ошибочно было бы предположить, что на руинах естественного права могла бы вырасти какая-то общая основа в подходе к праву — например, если бы захотелось исследовать, что именно является общим и родственным для отдельных систем права, и попытаться объединить их снова, исходя из более высоких позиций. Каждый, кто вни-

⁶² Zusammenstellung der Verzeichnisse der juristischen Vorlesungen auf den deutschen Universitäten im Winterhalbjahre 1829/30 // Jahrbücher der gesamten deutschen juristischen Literatur. Band 12. Erlangen, 1829. S. 219.

⁶³ № 1083 Vorlesungen auf der Rheinischen Friedrich-Wilhelms Universität zu Bonn im Wintersemester 1847/48 // Amts Blatt (Coblenz). 8 September 1847 (№ 58) ; Vorlesungen auf der Rheinischen Friedrich Wilhelms Universität zu Bonn im Winterhalbjahr 1847/48. Bonn, 1847.

⁶⁴ *Bluhme F.* Grundriß des Pandectenrechts: mit einem Quellenregister. Halle, 1829. S. VII.

⁶⁵ *Bluhme F.* Englisches recht [рецензия] // Allgemeine Literatur-zeitung. November 1830 (№ 207). S. 374 (перевод цитаты — Е. А. Шаблий).

⁶⁶ *Bluhme F.* Englisches recht [рецензия]. S. 373—374.

мательно следит за историческим развитием правоведения, знает, что такое стремление, которое особенно хорошо проявляется в совершенно новой науке сравнительного правоведения, является лишь плодом научного постижения естественного права. И тому факту, что к этому плоду естественного права, которое распространяется на позитивное право, присоединяются и цивилисты, будет ли кто-то удивляться либо не радоваться? — Однако они не имеют права утверждать, что это плод их труда»⁶⁷.

Известно также, что в 1827/1828 и 1828/1829 учебных годах в Эрлангенском университете профессор Кристиан Эрнст фон Вендт⁶⁸ читал курс «Принципы сравнительного правоведения» на латинском языке⁶⁹. К сожалению, о содержании этого курса и положенных в его основу идеях ничего не известно. Но характерно, что свою книгу «Очерк сравнительного изложения уголовного права...» (1825) — очевидно, первое в мире пособие по отраслевой сравнительно-правовой дисциплине — К. Э. фон Вендт начал так: «Значение сравнительного правоведения уже давно признано. Это касается не только научных исследований, но и судебной практики и особенно правотворчества»⁷⁰. В самом названии книги указывается, что соответствующий курс может способствовать ревизии Уголовного кодекса Баварии. Анонимный рецензент этой книги, соглашаясь с большим значением науки сравнительного правоведения, одновременно упрекал фон Вендта в том, что он считает последнее инструментом для заимствования зарубежных правовых норм в сфере уголовного права⁷¹.

Учитывая, что преподавание сравнительных дисциплин в этот исторический период вообще в научной литературе (в том числе немецкой) не упоминается, можем предположить, что именно Ф. Блюме и К. Э. фон Вендта можно считать первыми преподавателями сравнительного правоведения в мире.

Формулировать выводы нашего исследования достаточно сложно — по крайней мере по двум причинам. Во-первых, мы имеем дело со значительной массой вновь открытого материала, который до сих пор никем не обобщался, а значит, находимся в постоянном диалоге сами с собой, не можем на что-то опереться, с чем-то свериться. Во-вторых, в определенной степени постоянное расширение массива найденного материала продуцирует результаты, которые не совпадают с первичной авторской гипотезой.

⁶⁷ Über das Naturrecht [рецензия] // Blätter für literarische Unterhaltung. 26 April 1831 (Nr. 116). S. 508 (перевод цитаты — Е.А. Шаблий).

⁶⁸ Кристиан Эрнст фон Вендт (Christian Ernst von Wendt) родился 26 мая 1778 г. в Эрлангене. Изучал философию, камеральные и юридические науки в Эрлангенском и Геттингенском университетах, в 1798 г. получил степень магистра философии, в 1824 г. — доктора права в Эрлангенском университете. С 1800 г. практикант камеральных наук, с 1803 — на государственной службе. С 1819 г. экстраординарный профессор уголовного права Эрлангенского университета. В 1824 г. основал в нем Институт частной юридической практики. В 1834 г. ушел в отставку. Умер 26 мая 1842 г. в Шарлоттенхоле. Автор трудов: «Очерк сравнительного изложения уголовного права» (1825), «Афинская полиция» (1797) и др.

⁶⁹ Zusammenstellung der Verzeichnisse der juristischen Vorlesungen auf den deutschen Universitäten im Winterhalbjahre 1827/28 // Jahrbücher der gesamten deutschen juristischen Literatur. 1828. Band 7. S. 108—109; Zusammenstellung der Verzeichnisse der juristischen Vorlesungen auf den deutschen Universitäten im Winterhalbjahre 1828—1829 // Jahrbücher der gesamten deutschen juristischen Literatur. Band 9. Erlangen, 1828. S. 100—101, 104.

⁷⁰ *Wendt von C. E. Grundriss zur vergleichenden Darstellung des Criminalrechts u. s. w. Als Repertorium für acad. Studium, gerichtliche Praxis und Revision der Gesetzgebung, entworfen und in Verbindung mit einigen Mitgliedern des juristisch-praktischen Instituts bearbeitet und herausgegeben.* Nürnberg: Riegel und Wiessner, 1825. S. III.

⁷¹ Grundriss zur vergleichenden Darstellung des Criminalrechts [рецензия] // Allgemeines Repertorium der neuesten in- und ausländischen Literatur für 1826. Band I. S. 95.



тезой, диктует изменение наших взглядов на предмет исследования и, соответственно, характер обобщений. Поэтому предполагаем, что любые выводы в этом случае имеют временный, неокончательный характер.

По нашему мнению, можно говорить о глубинной компаративизации немецкого юридического образования в 1810—1820-х гг. Ее предпосылки имели как объективный (практическая необходимость реагировать на существенные политико-правовые изменения в немецких государствах), так и субъективный (развитие философской и юридической мысли) характер. Относительно последнего считаем самыми важными: 1) формирование нового видения юридической науки как системы знаний о позитивном праве; 2) учение о нации как об основном субъекте правового развития и о национальном праве как об основном объекте такого развития и одновременно главном предмете рассмотрения юридической науки; 3) идею об эмпирическом познании как основном способе приобретения знания о праве, исторический и сравнительный методы такого познания; 4) наличие в немецких государствах чрезвычайно развитой научно-образовательной юридической инфраструктуры (значительное количество университетов, система академической мобильности студентов и преподавателей, научные журналы, общества и др.).

Со значительной степенью вероятности предполагаем, что толчком к существенным изменениям в высшем юридическом образовании немецких государств стало постепенное формирование двух влиятельных направлений юридической мысли — исторического и историко-философского (последнее, в свою очередь, может быть представлено также в виде различных школ юридической мысли, прежде всего кантианской и гегелевской), представленных университетскими профессорами, а также публичная полемика между ними. Несмотря на значительные различия во взглядах представителей этих школ, мы убеждены, что их принципиальной основой стал позитивизм, который, сочетаясь, так сказать, с «юридическим национализмом» в условиях существования значительного количества немецких государств, порождал компаративистский подход к исследованию и преподаванию права.

Считаем, что взаимосвязанные позитивизация и компаративизация немецкого высшего юридического образования в 1810—1820-х гг. проявились прежде всего: 1) в сущностном и содержательном преобразовании дисциплины естественного права в философию (положительного) права; 2) в обобщении и трансформации знания догматики действующего права в систему знаний и дисциплину «энциклопедия (действующего) права», которая стала также «яслями» для новых юридических научных дисциплин в процессе постепенной дифференциации правоведения; 3) в формировании комплекса дисциплин сравнительно-правового характера, посвященных общегерманскому светскому и церковному праву и его истории; 4) в изменении подхода к пониманию и преподаванию римского права — уже не как идеального комплекса принципов и норм, а положительного феномена, который должен изучаться в историческом и сравнительном аспектах (последнее требует детальной разработки); 5) в возникновении комплекса дисциплин, посвященных сравнительно-правовому познанию зарубежного права: (а) сравнительного правоведения, (б) сравнительной истории права, (в — г) общих и отраслевых правострановедческих, (д) праворегионоведческих, (е — ё) бинарных и общих отраслевых сравнительно-правовых дисциплин.

Венцом компаративизации немецкого высшего юридического образования в это время стало появление комплекса сравнительно-правовых дисциплин, в основе которых — распространенная и в достаточной степени признанная идея сравнительного правоведения как относительно самостоятельной юридической науки / юридической научной дисциплины. Можно отметить два подхода к преподаванию общего сравнительного правоведения. Первый представлен Н. Фальком, который в 1810-х гг. счи-

тал, что сравнительное право находится на этапе становления, и (вероятно, именно поэтому) интегрировал его в дисциплину «энциклопедия права». Предполагаем, что этот подход был воспринят значительной частью преподавателей, ведь по учебнику Н. Фалька энциклопедия права преподавалась в большом количестве университетов. Второй подход представлен Ф. Блюме и К. Э. фон Вендтом, которые в 1827 г. превратили общую часть сравнительного правоведения в самостоятельную учебную дисциплину. Соприкасающейся, теоретически и методологически близкой к сравнительному правоведению (особенно учитывая доминирование исторического и историко-философского направлений юридической мысли) учебной дисциплиной стала сравнительная история права, которая сформировалась как самостоятельная еще раньше — с 1818 г. — благодаря усилиям С. Брендела, И. Хорнтхола и других профессоров.

На основе нашего исследования можем утверждать, что существенная компаративизация высшего юридического образования в немецких государствах в 1810—1820-х гг. является убедительным свидетельством динамичности развития сравнительного правоведения в это время и роста его признания в научных кругах. Этот процесс происходил раньше и куда масштабнее, чем до сих пор было принято считать. И, конечно, это актуализирует дальнейшие научные разработки в данной сфере в русле развития такого направления исследований, как история сравнительного правоведения.



**Мехман
Алиша-оглы
ДАМИРЛИ,**
доктор
юридических наук,
профессор,
профессор
кафедры права ЕС
и сравнительного
правоведения
Национального
университета
«Одесская
юридическая
академия»

МЕТОДОЛОГИЧЕСКИЕ ПРАВИЛА В МЕТОДОЛОГИЧЕСКОМ АРСЕНАЛЕ СРАВНИТЕЛЬНОГО ПРАВОВЕДЕНИЯ: ПОНЯТИЕ, ОСОБЕННОСТИ, РАЗНОВИДНОСТИ

В статье выявляются особенности методологических правил, анализируется их место в методологическом арсенале сравнительно-правовой науки и соотношение с другими (родственными) методологическими инструментами, предлагается авторское определение понятия «методологические правила», а также классификация методологических правил. В качестве направления дальнейшего исследования проблематики указывается разработка системы методологических правил, применяемых в сравнительно-правовых исследованиях.

Ключевые слова: методология сравнительного правоведения, методологические правила, особенности методологических правил, методологические принципы, классификация методологических правил.

M. A. DAMIRLI,

*Sc.D. in Law (Doctor of Legal Sciences), Professor,
Professor of the Department for EU Law and Comparative Law
at the National University «Odessa Academy of Law»*

METHODOLOGICAL RULES IN THE METHODOLOGICAL ARSENAL OF COMPARATIVE JURISPRUDENCE: CONCEPT, FEATURES AND VARIETIES

The article reveals features of methodological rules, analyzes their place in the methodological arsenal of comparative legal science and the relationship with other (related) methodological tools, offers original definition of «methodological rules», as well as classification of methodological rules. As area for further research of problematics the development of system of methodological rules applied in comparative law is indicated.

Keywords: methodology of comparative jurisprudence, methodological rules, features of the methodological rules, methodological principles, classification of methodological rules.

Методология правовой компаративистики, как и методология любой науки, представляет собой многослойное образование. В этом ключе она может быть представлена как ансамбль таких взаимосвязанных элементов, как подходы, методы, принципы, приемы, средства, способы, стратегии, операции, правила и т.д. Однако разные авторы перечисляют различный набор этих элементов. Причем зачастую в одни и те же понятия вкладывается различный смысл, не всегда придается значение терминологическим различиям. А некоторые из элементов вообще остались без внимания ученых-методологов. Сказанное особенно относится к методологическим правилам. Об их природе и особенностях нет ясного представления не только в работах по методологии сравнительного правоведения, но и в специальной общеметодологической литературе. Все это придает особую актуальность исследованию сущности методологических правил, выявлению их внутреннего содержания, с одной стороны, и определению их внешней границы, с другой стороны.

Сначала о понятии «методологическое правило». Слово «правило» употребляется в самых разных смыслах. Вот некоторые из его словарных значений: «положение, выражающее закономерность, постоянные соотношения в чем-нибудь и являющееся основанием какой-нибудь системы, какого-нибудь ряда явлений, действий» (грамматическое правило, правило пропорционального деления в математике); «предписание, устанавливающее тот или иной порядок в исполнении чего-нибудь» (правила внутреннего распорядка, правила приема в высшие учебные заведения, орфографические правила, правила произношения); «условие, которое необходимо соблюсти, чтобы чего-то достичь»; «принцип поведения, тот или иной образ мыслей, то или иное обыкновение» и т.д. В сфере права правила — это форма нормативного правового акта, которым устанавливаются процедурные нормы, определяющие порядок осуществления какого-либо рода деятельности (например, правила противопожарной безопасности, правила дорожного движения).

Обобщая вышеизложенное, можно сказать, что правила выступают в одном случае как требование для исполнения неких условий всеми участниками какого-либо действия, в другом — как процедурные требования, определяющие порядок осуществления какого-либо рода деятельности. Таким образом, правила дают точное и недвусмысленное руководство к действию, указывают образ действий в той или иной конкретной ситуации.

Каковы особенности методологических правил, которые отличают их от других разновидностей правил?

Во-первых, методологические правила — это разработанные наукой требования, условия, предписания, соблюдение которых в процессе исследования выступает залогом их качества.

Во-вторых, методологические правила основываются (или по крайней мере должны основываться) на широком опыте исследовательской практики: они являются строго выверенными и проходят апробацию на этом опыте.

В-третьих, методологическое правило — необходимая составляющая методологии любой науки, в том числе сравнительного правоведения. Даже сама операция сравнения как сердцевина сравнительно-правовой методологии не может обойтись без определенных методологических правил. Вот некоторые из них: для выполнения операции сравнения прежде всего необходимо определить, с какой целью проводится сравнение; сравнивать можно только сопоставимые, эквивалентные явления и предметы или понятия, которые их отражают; необходимо вычленив основание (или основания) для сравнения; сравнивать надо вначале по наиболее существенным признакам, затем — по менее существенным, перед проведением количественного сравнения всегда следует провести качественное и т.д.

Кстати, методологическим правилам в своих методологических концепциях особое значение придавали такие известные философы и историки науки, как Т. Кун и И. Лакатос. По признанию И. Лакатоса, его научно-исследовательская программа складывается из ме-



тодологических правил¹. Т. Кун пишет о соотношении парадигм и методологических правил, отмечая, что принятые научным сообществом методологические правила как «особая совокупность предписаний» «вытекают из парадигм», что члены данного сообщества в явном или неявном виде абстрагируют определенные элементы общих, глобальных парадигм и используют их в качестве правил в своих исследованиях. Поэтому если первым шагом является определение парадигмы, то вторым — раскрытие на основе парадигмы определенных правил-предписаний. При этом Кун полагает, что обнаружение правил — «занятие более трудное и приносящее меньше удовлетворения, чем обнаружение парадигмы»².

В-четвертых, методологические правила тесно взаимосвязаны с другими составляющими методологии, ибо включают требования, определяющие условия применения других методологических инструментов. Стало быть, методологические правила могут выступать не только как самостоятельные методологические единицы, но и как составляющие других методологических инструментов — подходов, методов и т.д.

В-пятых, методологические правила носят многоуровневый, иерархический характер. Подчеркивая эту особенность, Т. Кун писал, что методологические правила могут быть более низкого (или более конкретного), более высокого и самого высокого уровня общности³. На более низком, или более конкретном, уровне, согласно Т. Куну, содержатся предписания «по поводу предпочтительных типов инструментария и способов, которыми принятые инструменты могут быть правомерно использованы»⁴. Наиболее обязывающими, «но менее локальными и преходящими, хотя все же не абсолютными», ученый считал предписания более высокого порядка — обобщения о научном законе, о научных понятиях и теориях, которые выполняют метафизические и методологические функции⁵. Правилами самого («еще более») высокого уровня являются предписания философского характера, «без которых человек не может быть ученым. Ученый должен, например, стремиться понять мир, расширять пределы области познания и повышать точность, с которой она должна быть упорядочена»⁶. Именно эти предписания, по мнению Т. Куна, должны «привести ученого к тщательному исследованию... с учетом множества эмпирических деталей. И если данное исследование выявляет моменты явного нарушения порядка, то это должно быть для него призывом к новому усовершенствованию приборов наблюдения или к дальнейшей разработке его теорий»⁷. Эти три разновидности предписаний ученый называет инструментальными, методологическими и концептуальными соответственно⁸. По всей очевидности, в данном случае Т. Кун слово «методологический» употребляет в более узком смысле, ибо все указанные разновидности предписаний так или иначе носят методологический характер.

Некоторые особенности методологических правил могут быть выявлены посредством сравнения их с родственными методологическими инструментами. Как уже отмечалось, Т. Кун выяснял соотношение методологических правил с парадигмами, исходя при этом из приоритета последних.

¹ Лакатос И. Фальсификация и методология научно-исследовательских программ // Лакатос И. Методология исследовательских программ : пер. с англ. М. : АСТ : Ермак, 2003. С. 75.

² Кун Т. Структура научных революций : пер. с англ. М. : АСТ, 2002. С. 73—74.

³ Кун Т. Указ. соч. С. 69—71.

⁴ Кун Т. Указ. соч. С. 69—70.

⁵ Кун Т. Указ. соч. С. 70.

⁶ Кун Т. Указ. соч. С. 71.

⁷ Кун Т. Указ. соч. С. 71.

⁸ Кун Т. Указ. соч. С. 71.

Методологические правила часто путают с методологическими принципами. Их разграничение также способно пролить свет на некоторые важные особенности методологических правил.

Во-первых, в иерархии методологических инструментов методологические принципы занимают более высокое место, чем методологические правила. Более того, методологические правила могут содержать предписания или описывать действия, реализуемые в рамках соблюдения методологических принципов.

Во-вторых, методологические принципы, в отличие от методологических правил, всегда носят абсолютный характер, тогда как последние могут носить как абсолютный, так и рекомендательный характер.

В-третьих, методологические принципы — это наиболее точные стандарты, методологические же правила не всегда четки, могут быть расплывчаты и неустойчивы; причем они меняются от одной области познания к другой, требуя в каждой из них существенной модификации. Методология ни одной науки не содержит исчерпывающего перечня методологических правил, необходимых для каждого исследования. Даже самые очевидные из этих правил могут истолковываться по-разному. Многие методы, играющие особую роль в научном исследовании, не имеют ясных правил.

В-четвертых, методологические принципы не допускают исключения; методологических правил, не имеющих или в принципе не допускающих исключений, не существует.

Итак, все вышеизложенное позволяет дать следующее определение методологических правил: **методологические правила** — это разработанные наукой, строго выверенные и прошедшие апробацию на широком опыте исследовательской практики предписания, требования, условия, рекомендации, устанавливающие порядок осуществления научно-исследовательской деятельности путем определения: (1) условий применения того или иного методологического инструмента, входящего в методологический арсенал науки (инструментальные правила); (2) порядок и последовательность действий по их применению (процедурные правила), соблюдение которых в процессе исследования выступает залогом его качества.

В сравнительно-правовой науке ученые молчаливо используют самые разные методологические правила. Между тем до сих пор не представлена какая-либо их классификация. Поэтому еще одним важным аспектом рассматриваемой темы является вопрос о разновидностях методологических правил, используемых в сравнительном правоведении, иначе говоря, классификация сравнительно-правовых методологических правил.

Обобщение сравнительно-правовой исследовательской практики позволяет на основе различных критериев выделить следующие разновидности методологических правил.

1. В зависимости от направленности могут быть выделены методологические правила, определяющие: (1) условия применения того или иного методологического инструмента, входящего в методологический арсенал науки (инструментальные методологические правила), (2) порядок и последовательность действий по их применению (процедурные методологические правила).

2. Исходя из характера указаний можно выделить: (1) абсолютно определенные методологические правила и (2) методологические правила-рекомендации. Первые предусматривают абсолютные, однозначные, обязывающие требования к осуществлению научно-исследовательской деятельности и считаются наиболее полезными для исследователей, поскольку дают точное и недвусмысленное руководство к действию; вторые предлагают следовать определенным советам в определенных ситуациях с учетом конкретных обстоятельств, из ряда вариантов поведения рекомендуют один — предпочтительный.

3. В зависимости от формы выражения можно различать позитивные и негативные методологические правила. Позитивные методологические правила выражаются в положительной форме, т.е. указывают, что следует делать, а негативные — в отрицательной



форме, т.е. указывают, чего не следует делать, чего нужно избегать. Примечательно, что И. Лакатос одну часть методологических правил научно-исследовательской программы, указывающих, каких путей исследования нужно избегать, называет отрицательной эвристикой, а другую часть методологических правил, указывающих, какие пути надо избирать и как по ним идти, — положительной эвристикой⁹.

4. На основе соотношения методологических правил с другими методологическими инструментами можно выделить: 1) методологические правила как составную часть других методологических инструментов — подходов, методов и т.д., например методологические правила применения герменевтического подхода или осуществления функционального сравнения; 2) методологические правила как самостоятельные методологические инструменты (например методологические правила выбора подлежащих сравнению правовых систем или сбора материала).

5. В зависимости от того, к какой стадии исследования относятся, могут быть выделены методологические правила, касающиеся: 1) выбора объекта и предмета сравнительно-правового исследования; 2) сбора материала и его первичной обработки; 3) эмпирической обработки данных, их сопоставления и описания; 4) объяснения и понимания механизмов сходств и различий; 5) интерпретации результатов исследования; 6) подготовки информационно-аналитических материалов и рекомендаций по внедрению результатов исследования¹⁰.

6. По уровням научного познания можно разграничить методологические правила эмпирического и теоретического уровня. На эмпирическом уровне они направлены на сбор информации, касающейся правовых систем, на ее первичную обработку, установление сходств и различий. На теоретическом уровне они связаны с получением глубоких обобщений, с созданием теоретических концепций, типологий, классификаций, моделей и обобщений, с выяснением общих тенденций в функционировании и развитии правовых систем.

7. В зависимости от используемых видов сравнения могут быть выделены, в частности, методологические правила макросравнения и микросравнения, нормативного и функционального сравнения, диахронного и синхронного сравнения, морфологического и субстанционального сравнения и т. д.¹¹

В заключение необходимо отметить, что проблемы методологических правил не исчерпываются теми аспектами, которые стали предметом настоящего исследования. Существенным аспектом также является разработка системы методологических правил, применяемых в сравнительно-правовых исследованиях, что является важной задачей, стоящей перед компаративистами-правоведами, выполнение которой требует дальнейших серийных систематических исследований.

⁹ Лакатос И. Фальсификация и методология научно-исследовательских программ. С. 75.

¹⁰ Более детально о методике проведения сравнительно-правовых исследований см.: Дамирли М. А. Методологические основы сравнительного исследования модернизации технологий юридической деятельности // Модернизация технологий юридической деятельности в правовых системах современности: актуальные проблемы : монография / авт. кол.: М. А. Дамирли [и др.] ; ред. и предисл. М. А. Дамирли, М. Л. Давыдовой ; ФГАОУ ВПО «ВолГУ». Волгоград : Изд-во ВолГУ, 2013. С. 24—27 ; Он же. Методология порівняльного правознавства: основні елементи і проблеми // Право України. 2014. № 4. С. 192—196.

¹¹ Подробнее о видах правового сравнения см.: Дамирли М. А. Некоторые вопросы теории правового сравнения // Техника (технология) юридической деятельности в контексте сравнительного правоведения : сб. ст. участников круглого стола, пров. в рамках Междунар. науч.-методол. семинара «Модернизация технологий юридической деятельности в правовых системах современного мира» (г. Волгоград, 17—18 дек. 2012 г.) / под ред. М. Л. Давыдовой, М. А. Дамирли ; ФГАОУ ВПО «ВолГУ», Ин-т права. Волгоград : Изд-во ВолГУ, 2013. С. 10—18.

СУБСИДИАРНОСТЬ КАК СВОЙСТВО ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ

В представленной работе раскрывается история происхождения принципа subsidiarity, приводится доказательство тезиса о том, что принцип subsidiarity, или принцип дополнительности, закрепленный в праве Европейского Союза и других правовых системах, в том числе интеграционных, является также неотъемлемым свойством любой правовой системы. Отличительной чертой данной работы является то, что для доказательства своего тезиса автор использует простейшие методы математической логики.

Ключевые слова: право Европейского Союза, теория государства и права, принцип subsidiarity, принцип дополнительности, теория множеств, теорема о неполноте, государство и право.



**Владимир
Александрович
ЖБАНКОВ,**
кандидат
юридических наук,
старший
преподаватель
кафедры права ЕС
Университета имени
О.Е. Кутафина (МГЮА)

V. A. ZHBANKOV,

*PhD in Law (Candidate of Legal Sciences),
Senior Lecturer of the EU Law Department
of the Kutafin Moscow State Law University (MSLA)*

SUBSIDIARITY AS A LEGAL SYSTEM PROPERTY

Paper contains the genesis of principle of subsidiarity and gives the proof of the thesis that the principle of subsidiarity enshrined in European Union law and other legal systems, is also an essential feature of any legal system. A distinctive feature of this work is that author tried to prove his thesis by using the simplest methods of mathematical logic.

Keywords: European Union Law, The Theory of State and Law, the principle of subsidiarity, set theory, incompleteness theorem, The State and Law.

О общеизвестно, что правовые нормы не являются единственным регулятором социальных отношений. Для регулирования жизни в обществе человек пользуется богатейшим арсеналом норм и предписаний, имеющих разную природу, обязательную силу и влекущих разнообразные последствия за их нарушение. Система и структура этих норм различается в зависимости от доминирующей культурной традиции, уровня экономического и социального развития. Как правило, кроме правовых норм, к числу регуляторов социального поведения относят такие правила поведения людей в обществе, как: обычаи (традиции), религиозные нормы, нормы общественных организаций, нормы морали¹. Список регуляторов здесь, безусловно, неполный, однако

¹ Основы государства и права : учебное пособие для поступающих в вузы / под ред. акад. О. Е. Кутафина. Изд. 6-е, перераб. и доп. М. : Юристъ, 1998. § 2.2.



для целей данной работы достаточно репрезентативный. Детальное же описание системы социальных регуляторов, на наш взгляд, является предметом социальной антропологии, а не юриспруденции. В любом случае можно утверждать, что социальное поведение человека практически всегда отличается высокой степенью детерминированности, причем правовые нормы зачастую играют далеко не ведущую роль.

Принцип субсидиарности, или принцип дополнительности, позволяет правовой системе избежать регулирования тех сфер, в которых право не может быть эффективно по своей природе и, с другой стороны, дает возможность «пользователям» — физическим и юридическим лицам — эффективно осуществлять контроль за качеством законодательной техники. Особенно ярко действие этого принципа проявляется в европейском праве.

Этот принцип имеет достаточно долгую и интересную историю. Впервые он был сформулирован Вильгельмом Эммануэлем Фрейхером фон Кеттелером (Wilhelm Emmanuel Freiherr von Ketteler, 1811—1877), епископом города Майнца, и закреплен в энциклике папы Льва XIII *Rerum Novarum*² в 1891 г., став, таким образом, составной частью католического социального учения. В дальнейшем положения этой, во многом революционной энциклики были развиты в следующих папских посланиях: *Graves de Communi Re* (1901), *Quadragesimo Anno* (1931), *Mater et Magistra* (1961) и *Centesimus Annus* (1991). Последняя, выпущенная папой Иоанном II, не только подтвердила приверженность Святого престола принципу субсидиарности, актуальность этого принципа для современного общества, но и уточнила некоторые формулировки.

Первая энциклика основное внимание уделяла правам и обязанностям работника и работодателя, однако в ней, а затем и в последующих, в значительной мере затрагивались также общие вопросы права.

Таким образом, принцип субсидиарности не просто стал составной частью католического социального учения, он был подтвержден и развит наиболее авторитетными понтификами XX в.

Под принципом субсидиарности в католическом социальном учении³ понимается обязанность правительства брать на себя только те инициативы, которые превышают возможности самостоятельных действий индивидуумов или социальных групп. Функции правительства, бизнеса и других светских образований должны быть настолько локальны, насколько это возможно. Если комплексная функция на местном уровне может выполняться настолько же эффективно, как и на национальном, следует ограничиться местным уровнем.

Принцип базируется на автономности и самостоятельности индивидуума и устанавливает, что все общественные образования — от семьи до международного порядка — главной своей целью должны ставить служение человеку. Субсидиарность означает, что человек, являясь социальным существом по своей природе, придает особое значение малым и средним сообществам и институтам, таким как семья, церковь и добровольные объединения, как промежуточным структурам, опосредующим индивидуальную активность и придающим индивидуальный характер деятельности общества в целом.

² С текстом этой и других энциклик Святого престола можно ознакомиться на официальном сайте Ватикана: URL: <http://www.vatican.va>. *Rerum Novarum* Encyclical of Pope Leo XIII On capital and labor // URL: http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_en.html.

³ Здесь мы умышленно не используем термин «церковное право», т.к. он представляется нам неточным, поскольку способностью закреплять правовые нормы обладают только государство, некоторые интеграционные организации (например — ЕС), а также в исключительных случаях непосредственно народ, но не общественные, в том числе религиозные, организации.

Необходимо отметить, что учение о ключевой роли горизонтальных связей в обществе, являющихся своеобразным «клеем», связывающим различные его части и обеспечивающим гармоничное развитие его институтов, было разработано значительно позже — в конце XX в. Ключевую роль в этом процессе сыграл выдающийся американский ученый Дэвид Патнем⁴, именно он смог оформить и довести до уровня практического применения концепцию «социального капитала» — состоящего из социальных связей, социальных сетей и доверия и оказывающего значительное влияние на гармоничное развитие общества.

«Позитивная subsidiarность» — этический императив для коммунальной, институциональной и правительственной деятельности, целью которой является создание необходимых социальных условий для всесторонней поддержки индивидуума. К таким условиям относятся: право на труд, право на достойное жилье, право на здравоохранение и т.п.

Наиболее полно этот принцип был развит в упомянутой ранее энциклике папы Пия XI *Quadragesimo Anno* (1931) — в ней уже прямо говорится о «функции subsidiarности», делающей социум в целом сильнее и счастливее⁵.

Европейский Союз с самого начала своего существования воспринял принцип subsidiarности. Он был закреплен в ст. 5 Договора 1957 г., учреждающего Европейское сообщество, и означает что, Сообщество действует, если и поскольку цели предполагаемого действия не могут быть достигнуты в достаточной мере государствами-членами и поэтому, в силу масштабов и результатов предполагаемого действия, могут быть более успешно достигнуты Сообществом⁶.

Подробнее этот принцип раскрывается в специальном Протоколе «О применении принципов subsidiarности и пропорциональности», приложенном к Договору о Европейском Союзе Амстердамским договором. Кроме разъяснения значения принципа subsidiarности, Протокол переводит вопрос в практическую плоскость, вводя специальный «тест» для определения возможности Сообщества издавать нормативные правовые акты в той или иной сфере (разумеется, это не относится к сфере исключительной компетенции ЕС). «Тест» предполагает соответствие проблемы трем критериям:

- у проблемы должны быть «транснациональные аспекты»;
- самостоятельные действия государств-членов или отсутствие решений на уровне Сообщества могут создать противоречие с учредительным договором или нанести серьезный ущерб интересам государств-членов;
- действия на уровне Сообщества принесут «чистую выгоду» по сравнению с действиями на уровне отдельных государств.

В то же время впервые закрепляется двойственный характер принципа subsidiarности как динамической концепции — она позволяет расширять действия Союза в рамках его полномочий, когда того требуют обстоятельства, и, напротив, ограничивать и прекращать их, когда подобные действия более не являются оправданными⁷.

Таким образом, мы можем увидеть, как видоизменился принцип subsidiarности в европейском праве по сравнению с концепцией, закрепленной в *Quadragesimo Anno*.

⁴ Putnam R. D. *Bowling Alone: The Collapse and Revival of American Community*. Simon and Schuster, 2000.

⁵ *Quadragesimo Anno*. § 80. URL: http://www.vatican.va/holy_father/pius_xi/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno_en.html.

⁶ Договор об учреждении Европейского сообщества. Ст. 5 // *Право Европейского Союза* : Документы и комментарии / под ред. С. Ю. Кашкина. М. : Терра, 1999. С. 157.

⁷ Протокол «О применении принципов subsidiarности и пропорциональности». П. 3 // URL: <http://eur-lex.europa.eu/en/treaties/dat/11997E/htm/11997E.html#0105010010>.



В энциклике он понимался в первую очередь как средство децентрализации властного регулирования, ограничения институтов публичной власти и развития индивидуальной свободы. В праве же Европейского Союза он выступает как средство распределения полномочий между наднациональным и национальным уровнями власти, а первоначальные мотивы принципа понимаются лишь как сопутствующие. Этот «двойственный» подход был развит впоследствии в докладе Комиссии «О субсидиарности и пропорциональности» («15-й доклад об улучшении законотворчества»)⁸, вышедшем 29 сентября 2008 г.

После вступления в силу Лиссабонского договора 2007 г., с помощью которого была осуществлена кардинальная реформа всего Европейского Союза, принцип субсидиарности получил дополнительную процессуальную поддержку.

Принцип субсидиарности косвенно закреплен в Европейской хартии местного самоуправления⁹, принятой Советом Европы в 1985 г. и ратифицированной Российской Федерацией в 1998 г.¹⁰ Вопросам компетенции органов местного самоуправления посвящена ст. 4 Хартии, пункт 3 которой гласит: осуществление публичных полномочий, как правило, должно преимущественно возлагаться на органы власти, наиболее близкие к гражданам.

По сути, это и есть принцип субсидиарности, но в несколько смягченном виде. Кроме того, Хартия закрепляет, что полномочия, предоставленные органам местного самоуправления, должны быть полными и исключительными, их ограничение возможно только в законодательной форме (п. 4 ст. 4). Делегация полномочий должна предполагать свободу органов местного самоуправления адаптировать эти полномочия к местным условиям; необходимо консультироваться с органами местного самоуправления в процессе планирования и принятия решений, непосредственно их касающихся.

Хартия, как замечает Б. В. Николаев, закрепляет принципы компетенционной самостоятельности местного самоуправления, «остаточности» полномочий местного самоуправления (презумпции компетенции местного самоуправления), исключительности и полноты компетенции местного самоуправления, учета мнений местного сообщества и местных условий¹¹.

Для реализации положения Хартии представляется необходимым воспользоваться комплексом принципов, сформированным в праве Союза: субсидиарности и пропорциональности, с одной стороны, и верховенства и прямого действия права Союза — с другой. Это позволило бы значительно расширить полномочия муниципальной власти и таким образом демократизировать всю систему власти РФ, а также сохранить на соответствующем уровне регулирование тех проблем общественной жизни, которые могут быть лучше разрешены более высокими уровнями власти.

Однако у принципа субсидиарности есть и важное, объективно присущее ему свойство. Независимо от того, закреплен ли он в той или иной правовой системе, прилагают ли органы публичной власти какие-либо усилия к его соблюдению, он всегда присущ праву.

Если очистить принцип субсидиарности от этических и организационных подробностей, то в сухом остатке получается следующая норма: публично-правовое регулиро-

⁸ URL: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52008DC0586:EN:HTML>.

⁹ СЗ РФ. 1998. № 36.

¹⁰ СЗ РФ. 1998. № 15.

¹¹ Николаев Б. В. Европейская хартия местного самоуправления как источник конституционного и муниципального права Российской Федерации // Актуальные проблемы юридических наук : ежегодный межвузовский сборник. Саратов : СЮИ МВД России, 2003. Вып. 5. Ч. 1. С. 118—119.

вание обязано быть по возможности децентрализованным и не стремиться подменить собой другие общественные регуляторы.

Попробуем доказать, что несмотря на то, что этот принцип был впервые в достаточно ясной форме сформулирован лишь в XIX в., свойство «дополнительности» было присуще правовым системам и ранее, и более того — оно является неотъемлемым свойством любой правовой системы.

Для того чтобы это сделать, нам необходимо обратиться к методам наиболее строгой из всех наук — математики.

На наш взгляд, это вполне допустимо, т.к. сама норма права, по сути своей, стремится быть алгоритмом: система «гипотеза — диспозиция — санкция» вполне описывается математическим языком. При этом система правовых норм так же организована, как и любая другая система алгоритмов: в основе лежат аксиомы (базовые нормы-принципы), на их основе строится вся остальная взаимосвязанная алгоритмическая конструкция.

Безусловно, реальная правовая система ввиду несовершенства законодательной техники не может обладать стройностью компьютерной программы или тем более математического доказательства и неизбежно будет содержать в себе большое количество противоречий. Однако сходными математическими методами пользуются и для изучения куда более сложных алгоритмических систем (начиная от анализа социологических исследований вплоть до исследования мозговой активности), так что представляется возможным применить наиболее простые математические методы к анализу базовых свойств права как такового.

Для доказательства выдвинутого нами тезиса придется воспользоваться некоторыми положениями теории множеств.

Несмотря на то что дефиниция «множества» понятна интуитивно, дать формальное определение этому понятию, как и другим фундаментальным, аксиоматическим, понятиям математики, достаточно сложно. Однако для наших построений парадоксы, вызываемые тем или иным вариантом дефиниции, существенного значения не имеют, поэтому будем пользоваться наиболее простым определением: множество — набор, совокупность, собрание каких-либо объектов, называемых его элементами, обладающими общим для всех них характеристическим свойством. Либо более поэтическим определением великого математика Георга Кантора: «Множество есть многое, мыслимое как единое»¹².

Правовая система, являющаяся совокупностью правовых норм, — является множеством. Социальная жизнь общества как совокупность общественных отношений также является множеством.

При этом правовая система делится на подмножества — отрасли права, те, в свою очередь, — на подотрасли и т.д.

Хотя никто и не может охватить взглядом права в целом, но можно выделить некоторые свойства этого множества. Во-первых, оно организовано по определенным законам и, как следствие, является системой. При этом данная система является аксиоматизированной, т.е. внутренняя организация норм права (правовых алгоритмов) базируется на аксиомах. Необходимо отметить, что для нас совершенно неважно, о какой именно правовой системе мы говорим. Будь то европейская правовая система, ставящая человека в центр своей деятельности¹³, исламская правовая система, признающая

¹² Математический энциклопедический словарь / гл. ред. Ю. В. Прохоров ; ред. кол.: С. И. Адян, Н. С. Бахвалов, В. И. Битюков [и др.]. М. : Сов. энциклопедия, 1988. С. 382.

¹³ Европейский Союз. Основополагающие акты в редакции Лиссабонского договора с комментариями / пер. и ком. А. О. Четверикова ; под ред. С. Ю. Кашкина. М. : ИНФРА-М, 2010.



сакральные тексты источником права, или правовая система Северной Кореи, базирующаяся на идеях чучхе, — в основе любой такой системы лежат некие постулаты, не требующие доказательств, т.е. аксиомы. Таким образом, мы говорим о «праве» в целом, без привязки к какому-либо географическим или хронологическим реалиям.

Теория множеств — это учение об общих свойствах множеств, преимущественно бесконечных. Понятие множества, или совокупности, принадлежит к числу простейших математических понятий; оно не определяется, но может быть пояснено при помощи примеров.

Чтобы определить множество, достаточно указать характерное свойство элементов, т.е. такое свойство, которым обладают все элементы этого множества, и только они. Может случиться, что данным свойством не обладает вообще ни один предмет; тогда говорят, что это свойство определяет пустое множество.

В нашем случае мы будем рассуждать о двух множествах — множестве правовых норм и множестве общественных отношений.

Самое очевидное, что мы можем о них сказать, — эти множества не являются пустыми.

Первым вопросом, возникшим в применении к бесконечным множествам, был вопрос о возможности их количественного сравнения между собой. Ответ на этот и близкие вопросы дал Г. Кантор в конце 70-х гг. XIX в. Возможность сравнительной количественной оценки множеств опирается на понятие взаимно однозначного соответствия между двумя множествами.

Пусть каждому элементу множества А поставлен в соответствие в силу какого бы то ни было правила или закона некоторый определенный элемент множества В; если при этом каждый элемент множества В оказывается поставленным в соответствие одному и только одному элементу множества А, то говорят, что между множествами А и В установлено взаимно однозначное, или одно-однозначное, соответствие. Очевидно, что между двумя конечными множествами можно установить взаимно однозначное соответствие тогда и только тогда, когда оба множества состоят из одного и того же числа элементов¹⁴.

Здесь нужно сказать о том, что два наших множества являются конечными. Доказать это достаточно просто: т.к. и нормы права, и общественные отношения являются продуктом деятельности людей, а время жизни человека и количество людей конечны, значит, за период своего существования человечество смогло произвести конечное число правовых норм, а люди, его составляющие, успели вступить в конечное число общественных отношений. В то же время количество элементов в том и в другом множестве достаточно велико, чтобы можно было сравнивать методом простого «перебора». Даже более того, это количество настолько велико, что вполне допустимо применять к ним некоторые методы, предназначенные для бесконечных множеств, помня, однако, что объект нашего исследования не может обладать всеми свойствами последних. Сделав это допущение, мы получаем способ их сравнить. Для этого нам понадобится понятие «мощность множества».

Равномощными признаются эквивалентные множества. Если в одном из множеств элементов больше — оно признается более мощным.

Интуитивно очевидно, что множество общественных отношений мощнее множества правовых норм. Давайте докажем это. Соответствует каждой норме права какое-то общественное отношение? В нормальном случае — да, причем иногда одной норме права может соответствовать целый комплекс общественных отношений. Возможна, впрочем, ситуация, когда норма права вообще не имеет объекта регулирования; это от-

¹⁴ Математический энциклопедический словарь. С. 382.

носится к некоторым декларативным нормам, но чаще к порокам законодателя, создавшим «мусорную» норму, регулирующую несуществующие общественные отношения. Возможно и дублирование правового регулирования. Таким образом, можно заключить, что, как правило, каждой норме права соответствует один или несколько элементов множества общественных отношений.

Теперь посмотрим на другой случай. Есть множество общественных отношений; всем ли его элементам соответствуют элементы множества правовых норм? Здесь мы видим обратный результат, поскольку право регулирует наиболее важные сферы общественных отношений, т.е. остается множество сфер, им никак не охваченных (практически все отношения, связанные с личной жизнью, дружбой, духовной сферой и т.д.). Таким образом, множество общественных отношений разбивается на два подмножества — урегулированных правом и неурегулированных. При этом чисто эмпирически можно предположить, что задача посчитать элементы первого подмножества выполнима, а второго, на данном этапе научно-технического развития, — нет.

Приведенное рассуждение можно считать первым, слабым доказательством тезиса о том, что subsidiarity является имманентным свойством правовой системы.

Второе, сильное доказательство несколько сложнее и базируется на теореме Гёделя о неполноте. К сожалению, привести его в этой статье не представляется возможным, т.к. систематическое и основательное его изложение потребует объема значительно большего, чем можно позволить себе в рамках статьи. Потому изложим лишь базовые основания этого доказательства (полный же его вариант будет изложен в специальной работе). Заинтересованный читатель может обратиться к специальным трудам, посвященным теореме, прежде всего к работам выдающегося математика и лингвиста В. Н. Успенского.

Вот две формулировки этой теоремы. Сначала приведем одну из так называемых обобщенных формулировок:

«Всякая достаточно сильная рекурсивно аксиоматизируемая непротиворечивая теория первого порядка неполна»¹⁵.

И формулировку В. А. Успенского:

«В языке существует недоказуемое истинное утверждение»¹⁶.

На первый взгляд может показаться, что эти формулировки туманны и бессмысленны. Однако это не так. Попробуем в двух словах описать «сюжет» теоремы. Непосредственно гёделевская теорема посвящена математической логике, а точнее самому «простому» ее разделу — логике в арифметике.

Как и любая система рассуждений, арифметика покоится на строго определенном фундаменте из аксиом (их всего пять, их называют также аксиомами Пеано¹⁷). По общему мнению, аксиома — утверждение, не требующее доказательств, однако у такого утверждения есть и другое свойство — его невозможно доказать. Если аксиому удастся доказать, то это — теорема. Задачей Гёделя в том числе было выяснить — возможно ли в рамках данной системы сформулировать утверждение, которое невозможно доказать, используя имеющийся аксиоматический аппарат, и которое при этом будет истинным. Иначе говоря, можно ли, находясь в рамках одной непротиворечивой системы, описать явление полностью. Если говорить более формальным языком: возможна ли окончательная полнота аксиоматической теории, т.е. выполнение требования того, что-

¹⁵ Мендельсон Э. Введение в математическую логику М. : Наука, 1971. С. 176.

¹⁶ Успенский В. А. Теорема Гёделя о неполноте. М. : Наука, 1982. С. 7.

¹⁷ Бурбаки Н. Основания математики. Логика. Теория множеств. Очерки по истории математики / пер. с фр. И. Г. Башмакова. М. : Изд-во иностран. лит-ры, 1963. С. 37.



бы в данной аксиоматической, формальной системе были доказаны (т.е. выведены из аксиом) все истинные предложения этой теории¹⁸.

Интуитивно может показаться, что уж в рамках-то арифметики все давно доказано, аксиоматический аппарат много раз проверен и выверен. Таким образом, Георг Гёдель поставил перед собой максимально сложную, но с другой стороны — чистую задачу.

И смог доказать, что аксиоматического аппарата всегда будет недостаточно¹⁹.

Благодаря тому, что Г. Гёдель смог доказать свою теорему для арифметики, она подходит для любых других, более аксиоматизированных систем, т.к. они в любом случае используют более сложный и почти всегда менее проверенный аксиоматический аппарат.

Почему теорема Гёделя применима и к правовой системе? Во-первых, потому, что, как мы уже показали, право носит аксиоматизированный характер, а во-вторых (что, на наш взгляд, не менее важно), потому что право является особым языком (именно поэтому мы и привели формулировку В. Н. Успенского). Кроме того, для регулирования общественных отношений правовой норме нужно не только сформулировать алгоритм, но и описать общественные отношения. И, согласно теореме Гёделя, всегда будут существовать такие общественные отношения, которые право не может описать, а следовательно, и урегулировать. Именно поэтому мы говорим, что субсидиарность является имманентным, неотъемлемым свойством правовой системы. Право выступает лишь как один из многих, хотя и наиболее заметный регулятор общественных отношений. Возможно, было бы весьма полезно и интересно провести комплексное межинституциональное исследование, в котором бы приняли участие антропологи, психологи, медики, социологи, юристы и другие представители наук о человеке и о языке, чтобы хотя бы в общих чертах описать систему регуляторов социального поведения человека. Представляется, что степень детерминированности поведения участников тех или иных общественных отношений окажется неожиданной. Такое исследование могло бы дать мощный толчок к развитию законодательной техники.

Широкое осознание того, что право объективно не способно влиять на все общественные отношения, на наш взгляд, может существенно улучшить качество нормотворческой деятельности.

В Европейском Союзе принцип субсидиарности закреплён на самом высшем уровне и подкреплён действенными процессуальными механизмами. Это позволяет ЕС избавляться от избыточной компетентности, повышать качество публично-правового регулирования, существенно снижать расходы, связанные с правоохранительной и правоприменительной деятельностью.

Кроме того, приведенные выше рассуждения, возможно, обладают некоторой методологической ценностью, т.к. современная правовая наука, в отличие от социологии, психологии, медицины или лингвистики, пользуется достижениями математики в весьма незначительной степени.

¹⁸ Философский словарь / под ред. И. Т. Фролова. 4-е изд. М.: Политиздат, 1981.

¹⁹ Примеры истинных утверждений, существование которых доказал Г. Гёдель, стали появляться более чем через 10 лет после публикации его доказательства. Один из первых примеров — теорема Гудстейна. Об этом подробнее, например: Хокинз С. [и др.] *Большое, малое и человеческий разум* / пер. с англ. А. В. Хачояна; ред. пер. Ю. А. Данилов. СПб.: Амфора, 2012. Прил. 1.

СИСТЕМНЫЕ ХАРАКТЕРИСТИКИ ПРАВА В ПОЗНАНИИ МЕСТА ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ НА ЮРИДИЧЕСКОЙ КАРТЕ МИРА

В статье на основе системного подхода к праву рассматриваются его характеристики, позволяющие углубить компаративистское правовое исследование и способствующие всестороннему учету факторов, влияющих на идентификацию правовых систем и их определение на юридической карте мира.

Ключевые слова: право, системные характеристики, правовая система, юридическая карта мира, компаративистика, сравнительное правоведение, методология.



**Максим
Валерьевич
ВОРОНИН,**
кандидат
юридических наук,
старший
преподаватель
кафедры теории
и истории
государства и права,
Казанский
(Приволжский)
федеральный
университет

M. V. VORONIN,

*PhD in Law (Candidate of Legal Sciences),
Senior Lecturer of the Department for Theory and History of State and Law
at Kazan (Volga Region) Federal University*

SYSTEM LAW SPECIFICATIONS IN THE COGNITION OF THE PLACE OF THE LEGAL SYSTEM ON THE LEGAL WORLD MAP

This article is devoted to the law characteristics on the basis of a systematic approach, which helps to deepen the comparative legal research and promote the mainstreaming of the factors, which influence the identification of the legal systems and their determination on the legal world map.

Keywords: law, system specifications, the legal system, the legal world map, comparative research, comparative studies, comparative law, methodology.

Юридическая компаративистика требует уяснения не только особенностей права, присущих разным правовым системам, но и вывод некоего нового по содержанию и качественным характеристикам знания.

Значимость компаративистского правового анализа вполне можно объяснить следующими аргументами: 1) существует потребность некоего отбора лучших мировых практик в области правового регулирования общественных отношений, а вместе с тем и необходимость в разрешении вопросов преемственности и рецепции права; 2) стоящие перед учеными задачи в формировании общетеоретических конструкций универсального ряда также заставляют развивать сравнительно-правовую гносеологию; 3) необходимость познания развития правовых систем в контексте общемировой социальной реальности, в том числе и в соотношении первичных (экономических, социальных, политических, культурно-идеологических) и вторичных процессов.

Среди практически значимых вопросов компаративистского правового исследования — построение юридической карты мира. С нашей точки зрения, эта задача сто-



ит перед компаративистикой как перед одним из направлений юридической науки. Но объективно показать целостную картину правового пространства в виде юридической карты мира на определенный момент времени лишь на основе одной области правового знания невозможно. Познание этого вопроса должно строиться на взвешенном и целеустремленном изучении мировых практик регулирования (моделей регулирования) общественных отношений с учетом принципов междисциплинарности и комплексности. Здесь важно не формально подойти к характеристике источников права, правовой системы, а изучить разные стороны правовой системы. При этом, с нашей точки зрения, на первый план выдвигаются три вопроса: 1) генезис и генеалогические связи правовой системы (в том числе влияние правовой системы на другие правовые системы); 2) правотворческий процесс на конкретный момент времени (составления карты), в том числе вопрос о формальном выражении права; 3) вопрос реализации права, тесно связанный с его пониманием и отношением к нему людей, проживающих в конкретном государстве.

Генеалогические связи, казалось бы, не являются определяющими в составлении юридической карты на конкретный момент времени. Но при познании права, процессов правотворчества и реализации важно уяснить механизм этих процессов, что зачастую позволяет сделать именно познание генеалогических связей. Более того, современная юридическая карта мира представляется многоуровневой. На этом заостряют наше внимание различного рода интеграционные объединения государств, в том числе и затрагивающие правовое поле. К таким объединениям можно отнести и Европейский Союз, право которого превалирует над правом входящих в него государств. Но как это определено и каковы основания для подобного утверждения? «Не следует также забывать, говоря о европейском праве как таковом, что верховенство его над правом национальным, в отличие от международного классического права, напрямую не получило своего подтверждения ни в учредительном, ни в последовавших за ним договорах или изданных на их основе и в их развитие нормативно-правовых актах. На сегодняшний момент времени актуализация данного принципа установлена на уровне судебного органа Союза — Суда справедливости. Таким образом... страны Европейского Союза (в том числе и страны континентально-европейской ориентации)... вынуждены признать указанный выше принцип, хотя *de jure* источником его вербализации стала не власть учредительная, а власть судебная»¹.

Описанные выше рассуждения раскрывают весьма значимые вопросы: о связанных с правовым процессом иных социальных процессах, а именно политических, экономических, социальных и культурно-идеологических. Рассмотрение генеалогических связей конкретных правовых систем, будь то национальных или наднациональных, невозможно проводить в отрыве от системного анализа содержания права и правовой системы общества. Наиболее верно, с нашей точки зрения, обратить внимание на базовые основания системности права как на характеристики, способствующие определению места правовой системы на юридической карте мира: 1) общественные отношения в системном взаимодействии; 2) государственно-властная воля и ее конкретизация в правовой политике; 3) принципы права, действующие в разных правовых системах, а также проявляющиеся во взаимодействии между ними.

Характеризуя общественные отношения в их системном взаимодействии как базовый фактор системности права, остановимся на значении первичных общественных отношений. Их познание важно для понимания структуры компаративистского (сравнительно-правового) анализа, уяснения природы таких процессов, как рецепция, за-

¹ Захарова М. В. Французская правовая система на юридической карте современного мира // Государство и право. 2014. № 7. С. 15.

имствование, унификация, преемственность в праве и др. «Необходимо учитывать *частноправовую направленность* первичных общественных отношений, во многом определяющую указанные процессы. Публичное право — это всегда вторичная социальная система, невозможная, не функционирующая вне государственного опосредования. Частное право представляет собой мегасферу права, напрямую связанную с первичными общественными отношениями. В основу этой системы положены отношения между людьми, возможные и вне правового воздействия. Частное право направлено на обеспечение интересов конкретных лиц, а публичное право затрагивает интересы общества в целом.

При сравнении разных правовых систем даже с позиции историко-правового развития проявляется картина того, что в первую очередь в праве закреплялись публичные интересы, интересы всего общества, обеспечение которых невозможно без публично-правового воздействия. В процессе развития проходила формализация и частных отношений, первичных, несмотря на то что они меньше нуждались в подобной формализации, т.к. являются наиболее стабильными ввиду своей природы. При этом такой же процесс происходил и в правовых системах, не знающих четкого разделения права на частное и публичное»².

С этой точки зрения весьма полезен анализ опыта Великобритании, выработанный в последние два десятилетия, где идет своего рода нормативно-правовая формализация именно публично-правовых начал. При этом упор такой формализации делается на публично-правовые ценности. «Если писаной конституции в собственном смысле слова в Англии еще нет, хотя теория государства и права остается довольно туманной на этот счет, и если проблемы конституционного порядка все еще находят свое разрешение в конвенциях и судебной практике, то появление ряда законов все же приводит внимательных наблюдателей к признанию настоящей “конституционной революции в Соединенном Королевстве”. Были изданы законы, определяющие полномочия национальных собраний Шотландии (Акт о Шотландии 1998 г.), Северной Ирландии (Акт о Северной Ирландии 1998 г.), наделяющие полномочиями новое национальное собрание Уэльса (Акт об управлении Уэльсом 1998 г.). Акт о правах человека 1998 г. содержит фундаментальные права, которые защищаются таким же образом, как если бы они закреплялись в положениях писаной конституции»³. Здесь можно увидеть, что в первую очередь в писанных источниках закрепляются публично-правовые начала, ибо именно они прежде всего требуют стабилизации. Частноправовые же отношения вполне могут регулироваться на основе устоявшихся механизмов, свойственных рассматриваемой правовой системе⁴. Поэтому при перечислении современных источников права Великобритании для подтверждения усиления роли писаного права в ее правовой системе Р. Леже приводит в основном акты, регулирующие публично-правовые отношения⁵.

Охарактеризуем такое основание системности права, как *государственно-волевой характер права*. Тесная связь государства и права, рассмотрение их в контексте социальных систем одного порядка подводят нас к тому, что изучать системность права в отрыве от государственной организации общества нельзя.

² *Воронин М. В.* Роль первичных общественных отношений в их системном взаимодействии в компаративистском правовом анализе // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2013. № 6. С. 1091—1092.

³ *Леже Р.* Великие правовые системы современности: сравнительно-правовой подход. М. : Волтерс Клувер, 2009. С. 29.

⁴ *Сырых В. М.* Материалистическая теория права : Избранное. М. : РАП, 2011. С. 930—931.

⁵ *Леже Р.* Указ. соч. С. 26.



При этом стоит понимать, что государственная воля проявляется по-разному, в зависимости от конкретно взятого среза социального бытия. В отдельных сферах общественной жизни государство усиливает властное регулирующее воздействие, в иных же смягчает. Все это необходимо, чтобы добиться желаемого результата социального регулирования.

Важно понимать, что процесс политогенеза, стадией которого является формирование государственно-властного воздействия на общественные отношения, не шел в отрыве от общесоциальной динамики. С формированием государственно-властных структур в обществе развивались приемы и способы социального управления. Приобретая относительную самостоятельность по отношению к обществу, государство получило возможность при помощи социальных регуляторов воздействовать на первичные общественные отношения посредством социальных норм. Особой системой таких норм стало право. Поэтому необходимо учитывать, что государственная воля является общим для многих социальных регуляторов — таких как мораль, традиции, обычаи, религиозные нормы и др. — основанием их системности. Право же занимает особое место в механизме социального регулирования. Оно выступает как индикатор допустимого, задает диапазон действия иных социальных регуляторов.

Учитывая все вышесказанное, мы понимаем, что изучение такого основания системности права, как его государственно-волевой характер, невозможно без учета функциональных характеристик права. Здесь нужно упомянуть о том, что функциональный и структурный подходы неотделимы друг от друга: они являются элементами системного подхода. Поэтому, на наш взгляд, необходимо показать роль государственно-властной воли в контексте регулирования общественных отношений с учетом специфики функциональной связи права и государства.

Современная правовая наука допускает мысль о том, что право несет общесоциальную, или управленческую, функцию⁶. Здесь важно уловить идею о возможности выделения разных уровней правовых функций. В. П. Реутов говорит о связях этих разнорядковых функций следующим образом: «Между уровнями функций существует тесная взаимосвязь. Каждая функция остается частью уже имеющейся более общей функции»⁷, — этим он ставит акцент на выделение наиболее общей функции правовой системы, а именно «внесение организующего начала в общественные отношения с целью сохранения и стабилизации социальной общности»⁸.

Для полноты изложения следует пояснить, что достаточно традиционным в науке стало выделение общеправовых, межотраслевых, отраслевых функций права, функций правовых институтов и норм. С позиции исследуемой нами проблемы вполне можно говорить о единой направленности этих функций. Но специфика функций отдельных отраслей, институтов и норм права несомненно есть. Она обусловливается характеристиками правового регулирования конкретной части системы права. Таким образом, в каждой отрасли права проявляется общая (единая, целевая) функция права и правовой системы в динамическом срезе, а также традиционно выделяемые в юридической науке регулятивная и охранительная функции, которые приобретают свою специфику, т.е. конкретизируются в зависимости от особенностей среза системы права, который рассматривается (в том числе и от предмета и метода конкретной области правового регулирования).

⁶ Реутов В. П. Функциональная природа системы права. Пермь : Изд-во Перм. гос. ун-та, 2002. С. 22.

⁷ Реутов В. П. Указ. соч. С. 69.

⁸ Реутов В. П. Указ. соч. С. 69.

Таким образом, государственно-властная воля как основание системности права позволяет увязать нормы права с иными социальными нормами, создать прочную и устойчивую систему социального регулирования. Государство объективно задает неоднородность и неравнозначность функциональных возможностей для преобразования и действия системы права в различных направлениях, неравномерность элементов и связей.

В структуре компаративистского правового анализа важно учитывать, что любой объект указанного анализа так или иначе прошел некую государственно-правовую оценку и интерпретацию⁹, вне государственной реальности он не существовал бы и не мог бы быть представлен на юридической карте мира, ибо не имел бы определенной платформы. Это вполне хорошо иллюстрируется даже при исследовании моделей взаимодействия национального и наднационального права, где существенное значение имеет согласование воли разных государств.

Одним из важнейших аспектов взаимодействия политической и правовой деятельности государства выступает государственная правовая политика. *Правовая политика конкретизирует государственно-властную волю*, ее действие отражается на структуре системы права, на качественном содержании ее элементов.

Правовая политика государства, как правило, имеет единые определенные цели и осуществляется в объективно существующих условиях, что, на наш взгляд, предопределено функциональной связью государства и права, рассмотренной нами выше. Но все же стоит отметить, что вполне реально и необходимо говорить о специфике методов правовой политики, ее принципов и иных составляющих на каждом уровне системы права: на уровне всей системы права; в пределах достаточно крупных мега-сфер права — публичного и частного права; в пределах отраслей права; подотраслей; институтов права; субинститутов; норм права. Это позволяет увидеть не столько связи интеграции, сколько связи дифференциации между системными компонентами, что немаловажно для уяснения характера влияния государственно-властной воли в системообразовании.

Правовая политика государства показывает: 1) внутреннюю заданность развития права; 2) как внешние (наднациональные и международные) правовые компоненты правовой действительности усваиваются внутренней правовой средой; 3) какие компоненты и каким способом транслируются во внешнюю среду. Именно при помощи познания правовой политики раскрываются системные модели прямых и обратных связей. Так анализ динамики правовой политики позволяет сделать вывод о модели развития (модели правовой динамики) отдельной правовой системы. С нашей точки зрения, достаточно удачным примером выведения такой модели в контексте анализа правовой системы на юридической карте мира является попытка М. В. Захаровой определить прямые и обратные связи между французской правовой системой и внешней по отношению к ней юридической средой. М. В. Захарова подчеркивает: «...избрав для себя с самых первых шагов генерации транспарантную модель развития, французская правовая система оказала существенное влияние на формирование юридической карты мира... Франция постепенно становилась не только актором в генерации мирового юридического пространства, но и реципиентом юридических догм, конструкций и ценностей»¹⁰.

Одним из важных оснований системности права являются принципы права, которые пронизывают всю правовую действительность, органично вплетаются в правовую

⁹ Воронин М. В. Концепция оснований системности права в структуре компаративистского правового анализа // Актуальные проблемы российского права. 2014. № 11. С. 2395.

¹⁰ Захарова М. В. Указ. соч. С. 13.



политику и выступают как относительно самостоятельная система в пределах правового пространства.

Принципы права, с нашей точки зрения, представляют особое основание системности права. Они тесно связаны с реалиями общественной жизни, правовой политикой, государственным волеизъявлением. Важнейшая особенность принципов права — это их юридическая природа. *Принципы права являются специфическим, сугубо правовым основанием системности права*, а поэтому их система относится к более высокому интегративному уровню социальных оснований системности права. Принципы права обладают следующими характеристиками, значимыми для их понимания как особого основания системности права:

- «принципы права, их система находятся в непрерывном развитии;
- принципы права есть система социального должностования;
- на системность права влияет качественное содержание принципов права, оно во многом определяет связи между компонентами системы права;
- система принципов права может рассматриваться как самостоятельная система в пределах правовой системы»¹¹.

Учитывая уровневую организацию системы права, целесообразно поставить вопросы: о месте такого системообразующего основания системы права, как принципы права, в структуре самого права; о юридической силе и значении принципов права. С позиции нашего подхода и основных постулатов, описанных выше, можно говорить о равенстве всех видов принципов права. Равенство это проявляется: при познании системы принципов права, при определении их системообразующей роли и юридической силы. Отметим, что каждый отдельно взятый принцип права несет определенную функциональную нагрузку.

Практическая сторона данного вопроса связана с закреплённостью конкретных принципов в законодательстве. Особенно ярко это проявляется в правовых системах, принадлежащих романо-германской правовой семье, где важную роль играет общая норма, которая в некоторых случаях будет представлять собой норму-принцип. Прецедентное право англосаксонской правовой семьи имеет больший потенциал для появления неписаных принципов права.

Так, среди обязательных источников романо-германской правовой семьи в науке выделяются общие принципы права (*General-Klauseln; principes généraux*), примерный перечень которых содержится в Гражданском уложении Германии (§§ 138, 157, 226, 242, 826)¹² и Гражданском кодексе Франции (ст. 565, 1382—1386)¹³. При этом нужно понимать, что указанные принципы права схожи со справедливостью (*equity*)¹⁴ в англо-американском общем праве. Расхождения в формализации основополагающих начал правовых систем не меняют системообразующей природы принципов права. Но, безусловно, системообразующий механизм в праве, роль принципов права в системообразовании обретают свою специфику в каждой правовой семье. Это хорошо видно при сопоставлении англосаксонской системы (общего права) и романо-германской системы (цивильного права). К примеру, в системе общего права судьи, решая дела, безусловно опирались на ранее выработанные принципы, которые тем не менее не были закре-

¹¹ Воронин М. В. Основания и проявления системности права : дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 2013. С. 112.

¹² Bürgerliches Gesetzbuch Deutschlands vom 18.08.1986 // RGBl. S. 195.

¹³ Code Civil (21 mars 1804). Paris : Dalloz, 2012.

¹⁴ Garner B.A. A dictionary of modern legal usage. New York : Oxford Press, 2001. P. 321.

плены в статутах или иных писанных источниках¹⁵; что же касается романо-германской правовой семьи, то здесь на первое место выдвигается закреплённость принципа в законодательстве. Но схожесть оснований системности, в том числе и юридического порядка (принципов права), определена природой первичных общественных отношений и самой сущностью оснований системности права.

Подводя итог характеристике теоретической модели системности права, обозначим основные аспекты, связанные с практическим значением описанных конструкций. Системность права позволяет детальнее разобраться в системных — как генетических (между отраслями права), так и генеалогических — связях в праве (познать происхождение отдельных правовых блоков: права человека, принципы права, договорные нормы и пр.). Проведенный анализ системных характеристик права углубляет познание вопроса, связанного со статическими и динамическими характеристиками юридической карты мира. Рассмотренные проблемы способствуют дальнейшему изучению исследованного вопроса на иных уровнях и срезах правовой реальности, в том числе позволяют анализировать характеристики правотворческого процесса, уяснять систему правовых отношений и генезис конкретного права.

¹⁵ *Friedman Lawrence M. A history of American Law. New York : A Touchstone Book, 2005. P. XIV–XV.*



**Айдар
Рушанович
ГУБАЙДУЛЛИН,**
кандидат
юридических наук,
доцент,
доцент кафедры
теории и истории
государства и
права
Казанского
(Приволжского)
федерального
университета

ИНФОРМАЦИОННАЯ ФУНКЦИЯ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ ОБЩЕСТВА

Автор анализирует понятие и признаки информационной функции правовой системы. В статье рассматривается содержание данной функции. Оно включает в себя три стадии: восприятие, обработку и выдачу информации. В конце статьи также анализируются особенности проявления этой функции. Автор использует отечественный и зарубежный правовой опыт.

Ключевые слова: информационная функция, правовая система, правовое регулирование, содержание информационной функции, правовое образование.

A. R. GUBAYDULLIN,

PhD in Law (Candidate of Legal Sciences),

Associate Professor,

*Associate Professor of the Department for Theory and History of State
and Law at Kazan (Volga Region) Federal University*

INFORMATION FUNCTION OF THE LEGAL SYSTEM IN SOCIETY

The author analyses conception and attributes of the information function of legal system. The content of this function is considered in the article. It includes three stages: reception, processing and distribution of information. In the end of the article the peculiarities of performance of this function are also analyzed. The author uses national and foreign legal experience.

Keywords: *information function, legal system, legal regulation, the content of information function, legal education.*

Эволюция правовых систем современности, их воздействие на общество и взаимодействие друг с другом неизбежно ставят вопрос о функциях правовой системы общества. При этом в научной и учебной литературе рассмотрение этой проблемы если и не остается в тени, то все же находится на втором плане. Гораздо больше пишут о функциях права, в том числе об информационной функции права. Иногда можно встретить работы, посвященные функциям правосознания, правовой культуры, правовой науке. Многие из этих работ обладают научной и дидактической ценностью. Однако функциональное воздействие на уровне правовой системы не может сводиться к функциям ее элементов.

Функции правовой системы весьма разнообразны, среди них немалую роль играет информационная. Не случайно в литературе отмечается, что «наиболее существенным

отличием живых... систем от всех «естественных» систем неорганической природы является информационный характер их взаимодействия и регуляции»¹. Данное суждение в полной мере можно применить к правовой системе общества.

За последние десятилетия содержание рассматриваемой функции существенно изменилось. Во многом это связано с тем, что само право, будучи ключевым элементом правовой системы, «служит информационному обеспечению общества, является источником информации»². Не стоит забывать о развитии информационного правового пространства в целом, в рамках которого эволюционируют правовая наука, правотворчество, правореализация, процессы правового воспитания и иные правовые явления.

Наконец, необходимость исследования информационной функции правовой системы обуславливается не только внутренним, но и внешним аспектом ее проявления. Очевидно, что правовая сфера жизнедеятельности общества активно взаимодействует с аналогичными сферами за его пределами.

Целью настоящего исследования является рассмотрение особенностей, содержания и специфики проявления информационной функции правовой системы.

Основные задачи, которые ставятся перед настоящей работой, заключаются в следующем. Во-первых, необходимо выявить свойства и определить понятие информационной функции правовой системы. Во-вторых, следует установить содержание данной функции. В-третьих, надлежит выяснить особенности проявления рассматриваемой функции.

Эмпирическим основанием для проведения анализа информационной функции правовой системы общества является правовая система Российской Федерации, а также частично используется опыт развития зарубежных правовых систем.

Рассуждая об информационной функции правовой системы общества, необходимо определиться с базовыми категориями. Термин «функция» может пониматься как «явление, зависящее от другого и изменяющееся по мере изменения этого другого явления»³. Подобная трактовка позволяет рассматривать функцию как некую область, в рамках которой происходит влияние одного явления относительно другого. В контексте рассматриваемой темы получается, что с помощью функций правовая система воздействует на общество.

Собственно, если обратиться непосредственно к трактовке функций правовой системы, то этот вывод получит органичное продолжение. В частности, по мнению В. Н. Карташова, функции правовой системы общества — это «относительно обособленные направления гомогенного (однородного) позитивного воздействия правовой системы общества на реальную действительность, в которых проявляется ее (правовой системы общества) природа, место среди других систем гражданского общества и социально-преобразующая роль в жизни людей, их коллективов и организаций, общества и государства в целом»⁴.

Предложенная дефиниция является оптимальной по нескольким причинам.

В-первых, речь идет об однородном и позитивном воздействии. Таким образом, подчеркивается, что правовая система воздействует целостно, а не отдельными своими эле-

¹ Принципы организации социальных систем : Теория и практика / под ред. М. И. Сетрова. Киев, 1988. С. 18.

² Сурин В. В. Информационная функция права и ее проявление в пенитенциарной сфере // Академический юридический журнал. 2014. № 3 (57). С. 5.

³ Ожегов С. И. Словарь русского языка. М., 1990. С. 856.

⁴ Карташов В. Н. Теория правовой системы общества : учеб. пособие. В 2 т. Ярославль, 2005. Т. 1. С. 70.



ментами. Позитивность воздействия можно трактовать двояко. С одной стороны, речь идет о прогрессивном воздействии. Безусловно, можно спорить о критериях прогресса, но очевидно его влияние на общий вектор развития правовой системы. С другой стороны, функции правовой системы не включают в себя негативные правовые явления (правонарушения, злоупотребления правом и т.д.), хотя и связаны с ними.

Во-вторых, подчеркивается сосуществование правовой системы и других социальных систем. Это важно в том числе в контексте рассмотрения информационной функции, т.к. все социальные системы находятся в тесном взаимодействии. Его интенсивность и глубина могут отличаться в зависимости от особенностей правовой семьи, в которую входит правовая система. Например, в семьях мусульманского права и индусского права информационная функция соответствующей правовой системы будет сильно зависеть от религиозного фактора.

В-третьих, внимание акцентируется на активной роли правовой системы, что подчеркивает значимость ее функций. Правовая система не является пассивным явлением, надстройкой, параметры которой определяются базисом. Напротив, она активно действует, влияя на социальное развитие в целом.

Здесь возникает вопрос о том, насколько самостоятельна информационная функция правовой системы общества. Например, ее можно выделять на уровне государства. Также существует определенная сложность размежевания информационной и иных функций правовой системы.

Рассматривая информационные функции государства и правовой системы общества, стоит отметить, что они сильно переплетены. Это очевидно хотя бы в силу того, что государство, как правило, является основным творцом права. Однако их нельзя признать тождественными. Информационная функция государства часто носит более властный характер. У нее свои субъекты и методы. Различно содержание этих функций, хотя частично оно может совпадать. Например, профилактика правонарушений предполагает информационное воздействие как со стороны государства, так и со стороны правовой системы общества. Если в первом случае это реализация государственной политики, осуществляемая преимущественно публичными субъектами, то во втором — это воздействие правовой системы, направленное в том числе на ее самосохранение. При этом в реализации информационной функции правовой системы участвуют также те ее элементы, которые государством прямо не создаются и сильно им не контролируются. Речь идет о правосознании, правовой культуре, правовой науке. В демократическом обществе здесь создаются идеи и представления, которые могут идти вразрез с официальной государственной политикой.

В целом информационная функция государства также отличается особенностями своего генезиса. По мнению А. Н. Васениной, она является результатом преобразования идеологической функции государства, утратившей в нынешних российских реалиях свое значение⁵. С этим сложно спорить, т.к. невозможность объявления какой-либо идеологии государственной закреплена в Конституции РФ. Соотношение информационной и идеологической функций правовой системы несколько иное: они существуют вместе, а речь может идти о различных критериях выделения этих функций.

Помимо вышесказанного, стоит отметить, что сложность в понимании информационной функции правовой системы общества заключается в том, что она тесно переплетается с регулятивной, охранительной, воспитательной функциями правовой системы. Это может создавать ощущение того, что не стоит вовсе ее выделять. Однако необходимо учитывать значимость информационных процессов в современном обществе. На-

⁵ *Васенина А. Н.* Информационная функция современного российского государства : автореф. дис. канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2007.

личие форм, объединенных схожим содержанием, — неотъемлемый факт современной реальности. Поэтому стоит признать, что каждая функция правовой системы обладает информативным началом. Ценность же выделения информационной функции правовой системы заключается в возможности рассмотреть это воздействие в комплексе, учитывая его особенности.

Выделение функций правовой системы возможно не только в силу различных критериев, но и на разных уровнях их существования. В частности, в литературе рассматривается коммуникативная функция правовой системы общества, при этом анализируются информационная функция и процесс правового воспитания⁶. Думается, что критерием выделения рассматриваемой нами функции является сфера ее действия, связанная с восприятием, переработкой и трансляцией правовой информации.

Что касается термина «коммуникативная функция», то он просто подчеркивает значение обратной связи, когда правовая система не просто дает, но и сама получает информационное воздействие. К слову, по аналогичным причинам выделяется информационно-коммуникативная функция государства⁷. Думается, что подобные различия носят преимущественно терминологический характер.

Далее необходимо рассмотреть свойства функций правовой системы общества.

В частности, можно отметить, что «в функциях выражается активная, динамичная природа и социально-преобразующая роль правовой системы общества в жизнедеятельности... общества и государства»⁸. Это свойство можно преломить к информационной функции правовой системы общества, оказывающей огромное воздействие на развитие общества. Стоит отметить, что так было не всегда. Например, установление цензуры уже в ранние годы существования советской власти привело к статичному существованию информационной функции права⁹ и, как следствие, к аналогичной функции на уровне правовой системы общества.

К тому же, несмотря на отражение в информационной функции активной роли правовой системы, сама функция может частично носить консервативный характер. Поясним свою мысль подробнее. Дело в том, что в реализации информационной функции задействованы те элементы правовой системы, которые развиваются достаточно медленно. Таковыми являются правовое сознание, правовая культура (понимаемая как совокупность правовых ценностей и процесс накопления этих ценностей). Определенной долей консерватизма в силу своей академичности обладает процесс классического правового образования. К слову, некоторую статичность юридических образовательных учреждений также отмечают зарубежные исследователи в США¹⁰.

Все вышесказанное говорит о многогранности информационной функции правовой системы, в рамках которой постоянно существуют противоположные тенденции.

В литературе указывается, что «правовая система — продукт сознательной деятельности людей»¹¹. Это можно сказать и в отношении информационной функции правовой

⁶ Правовая система социализма : Функционирование и развитие / отв. ред. А. М. Васильев. М., 1987. Кн. 2. С. 24—31.

⁷ Павленко Ж. А. Понятие информационной функции государства // Проблемы законности. 2011. № 117. С. 220.

⁸ Карташов В. Н. Указ. соч. С. 70.

⁹ Чамуров В. И. Проблемы развития информационной функции права в период становления советского государства // Ленинградский юридический журнал. 2013. № 2 (32). С. 229.

¹⁰ Rubin E. The Future and Legal Education: Are Law Schools Failing and, If So, How? // Law & Social Inquiry. 2014. Volume 39, Issue 2. P. 500.

¹¹ Правовая система социализма : Функционирование и развитие. Кн. 2. С. 14.



системы. Рассматривая этот признак, необходимо помнить о диалектической связи случайности и необходимости. Система и ее функции существуют в силу объективной потребности общества. Однако на их существование также воздействуют отдельные личности.

В частности, здесь можно вспомнить об исторической фигуре Наполеона Бонапарта, сыгравшего немалую роль в развитии правовой системы Франции. При этом стоит учитывать, что Гражданский кодекс Наполеона оказал существенное влияние на развитие гражданского законодательства и за пределами Франции¹². Какова роль этих процессов в информационной функции правовой системы? Кодификацию в данном случае нельзя сводить к простой систематизации. Она обладает определенным духом, идеологией. Ее значимость прослеживается не только в проявлении данной функции в процессах правового регулирования, но и в правовом воспитании, в том числе в правовом просвещении.

За развитием и функционированием правовой системы общества всегда стоят люди, находящиеся в самых различных социальных связях. При этом их влияние может не только активизировать, но и замедлять правовую динамику. Например, в ряде государств Европейского Союза далеко не все судьи национальных судов хорошо владеют европейским правом (особенно судьи низших судов), поэтому его необходимо активнее внедрять в образовательный процесс в странах-участниц¹³.

Роль судьи в данном случае очень важна. Очевидно, что судебное правоприменение является одним из каналов реализации информационной функции, важным элементом ее развития на уровне правовой системы. Например, население может быть информировано о развитии европейского права в процессе его применения национальными судами.

В контексте рассматриваемого признака также стоит отметить, что на существование информационной функции оказывают влияние отдельные ученые-правоведы.

Также можно говорить о том, что «функция — это относительно обособленное направление более или менее однородного воздействия правовой системы общества на те или иные сферы общественной жизни»¹⁴. Данное свойство подразумевает, что нельзя сводить функции системы к функциям ее элементов. Говоря об информационной функции правовой системы общества, можно отметить, что она также реализуется с помощью всех элементов правовой системы. Ее нельзя отождествлять с информационной функцией права и иных правовых явлений.

Важность данного признака можно оценить в силу следующего обстоятельства. В литературе, посвященной теории систем, отмечается, что «информационность проявляется в том, что на внешнее воздействие система... отвечает разрядкой энергии, во много раз превышающей энергию воздействия...»¹⁵. Таким образом, информационная функция правовой системы как бы аккумулирует информационную энергию и выдает ее вовне. Оказываемое ею информационное воздействие сильнее в несколько раз в силу целостного влияния всей системы. Отдельно взятый элемент правовой системы таким потенциалом не обладает. И все же здесь важно учитывать и то, что большое значение в этих процессах имеют содержательные свойства права (одного из ключевых элементов правовой системы), носящие функциональный характер. Государственная обеспеченность,

¹² Захарова М. В. Указ. соч. С. 11—12.

¹³ Mayoral J. A., Jaremba U. & Nowak T. Creating EU law judges: the role of generational differences, legal education and judicial career paths in national judges' assessment regarding EU law knowledge // Journal of European Public Policy. 2014. Vol. 21, №. 8. P. 1130, 1134, 1136.

¹⁴ Карташов В. Н. Указ. соч. С. 70.

¹⁵ Принципы организации социальных систем : Теория и практика. С. 18.

формальная определенность, общеобязательность, системность, регулятивность — все это многократно усиливает обратный информационный эффект правовой системы.

Информационное воздействие правовой системы носит юридически значимый характер. Это означает, что информация, выдаваемая правовой системой, необходима для ее сохранения, развития и функционирования.

К свойствам функций правовой системы также относится то, что «они непосредственно связаны с целями и задачами, стоящими перед людьми, их коллективами»¹⁶. На наш взгляд, эти задачи возникают и на макроуровне (общества в целом). Все это можно преломлять к информационной функции правовой системы. Например, необходимость борьбы с преступностью порождает соответствующие задачи. Те, в свою очередь, влияют на содержание информационной функции, в рамках которой активизируется ознакомление населения с нормативными правовыми актами, профилактическая работа и т.д.

Здесь опять можно вспомнить зарубежный правовой опыт. Учитывая связанность информационной и воспитательной функций правовой системы, приведем следующий пример. Изменение системы высшего юридического образования в Испании во многом было обусловлено включением данного государства в Европейское пространство высшего образования (European Higher Education Area). Долгое время в области высшего юридического образования в Испании доминировала методика механического заучивания. Она считалась приемлемой для подготовки большинства юристов, представлявших интересы отдельных лиц в судах. При этом их деятельность особо не контролировалась, считалось, что вполне достаточно высшего юридического образования. Все это постепенно приводило к изоляции Испании в рамках Европейского Союза¹⁷.

Таким образом, возникновение новых задач — включение Испании в европейское образовательное пространство, повышение конкурентоспособности юридического образования — стимулировало развитие процессов правовой социализации и связанной с ними информационной функции правовой системы. Без учета последней развитие образовательной среды просто немыслимо.

Рассуждая о свойствах функций правовой системы, нельзя не отметить, что они иллюстрируют свойства правовой системы и ее элементов, находятся в зависимости от общественных отношений, отражают место правовой системы среди других общественных систем¹⁸. Данный признак можно рассматривать также в контексте информационной функции правовой системы общества. Она, как и иные социальные явления, носит конкретно-исторический характер. Например, современное информационное пространство в значительной степени связано с Интернетом, что влияет на содержание рассматриваемой функции.

Также информационная функция правовой системы будет зависеть от того, как правовая система связана с иными социальными системами. Например, в социалистических правовых системах очевидна идеологическая составляющая в содержании данной функции. В религиозных системах заметна большая ориентация данной функции в прошлое.

В литературе указывается, что к функциям можно отнести только позитивные направления воздействия правовой системы на общественные отношения, негативные влияния следует считать дисфункциями¹⁹. Рассматривая данное свойство через призму информационной функции правовой системы общества, нужно отметить ее особенности.

¹⁶ Карташов В. Н. Указ. соч. С. 70.

¹⁷ Piñeiro L. C. Legal education in Spain: challenges and risks in devising access to the legal professions // International Journal of the Legal Profession. 2012. Vol. 19, Nos. 2—3. P. 339—342.

¹⁸ Карташов В. Н. Указ. соч. С. 71.

¹⁹ Карташов В. Н. Указ. соч. С. 71.



Дело в том, что информационное воздействие, оказываемое на правовую систему, может быть негативным. В частности, в случае его осуществления элементами юридической антикультуры (например юридические конфликты, правонарушения). Однако информационная функция самой правовой системы носит положительный характер, т.к. направлена на укрепление правовой системы. Как и сама функция, позитивность ее воздействия связана с конкретными историческими условиями и с течением времени может меняться.

Исходя из всего вышесказанного, выведем определение исследуемой функции. Информационная функция правовой системы общества — это конкретно-историческое целостное положительное воздействие правовой системы общества, связанное с целями и задачами, определяемыми в процессе человеческой деятельности, предполагающее получение, обработку и выдачу юридически значимой информации, оказывающее активное влияние на общественные отношения.

Далее рассмотрим содержание информационной функции правовой системы общества. Для удобства анализа можно применить стадийный подход, предполагающий выделение следующих стадий: получение (или создание), обработка, выдача юридически значимой информации.

Во-первых, мы говорим о восприятии информации правовой системой общества. Напомним, что она может быть положительной или отрицательной (связанной с юридической антикультурой). Каковы каналы ее получения? Думается, что речь здесь можно вести об элементах правовой системы. Информация в данном случае поступает в процессе правотворчества, создания правовой доктрины, развития правового сознания, правовой культуры. Немалую роль имеют преемственные связи между различными правовыми системами, между правовой системой и иными социальными явлениями. Причем необходимо учитывать коммуникативный характер подобного восприятия, т.к. информационное воздействие, которое испытывает правовая система, во многом является результатом ее собственного функционирования. В качестве примера можно привести французскую правовую систему, которая стала не просто образцом для развития других правовых систем, но и «реципиентом юридических догм, конструкций и ценностей»²⁰.

Во-вторых, речь идет об обработке информации. Данный процесс имманентен любой правовой системе в силу особенностей правопреимственности. Последняя, как известно, предполагает переработку и приспособление правовой материи к потребностям перенимающей правовой системы. В противном случае нужно говорить о заимствовании, т.е. некритичном восприятии чужого правового опыта. Учитывая свойства функций правовой системы, отметим, что подобная переработка осуществляется правовой системой в целом. Например, информация, касающаяся зарубежного конституционного правового опыта, будет означать не просто изменение конституционного законодательства. Попутно создаются новые научные труды, что свидетельствует о развитии правовой доктрины. Могут измениться процессы правореализации, трансформируется правовое сознание и правовая культура. Одна из особенностей здесь заключается в том, что эти процессы растянуты во времени: интенсивная динамика развития законодательства сосуществует с консервативной эволюцией правовой культуры.

В-третьих, речь идет о выдаче юридически значимой информации. Это может происходить постепенно, учитывая вышеупомянутую растянутость во времени. Ранее указывалось, что выдаваемое информационное воздействие носит положительный характер и превышает то, что было воспринято. Это замечание справедливо для информационной функции правовой системы в рамках того общества, в котором существует правовая система. При внешнем взаимодействии сила воздействия во многом зависит от роли правовой системы на правовой карте мира.

²⁰ Захарова М. В. Указ. соч. С. 13.

Рассматривая информационную функцию правовой системы общества, нельзя не затронуть особенности ее проявления. Здесь необходимо учитывать некоторые обстоятельства.

Во-первых, данная функция не всегда реализуется эффективно. Причины могут быть различны: кризис в обществе, невысокая степень организации правовой системы, усиление негативной правовой динамики (проявлений юридической антикультуры) и т.д.

Во-вторых, информационная функция правовой системы часто переплетается с иными функциями. Например, в последние годы активно развивается система электронного обучения, создаются электронные образовательные ресурсы. Очевидно, что здесь задействованы информационная и воспитательная функции правовой системы общества.

При этом проявление рассматриваемой функции предполагает не только активизацию, но и ограничение информационных потоков. Например, в России в ст. 5 Федерального закона «О защите детей от информации, причиняющей вред их здоровью и развитию» к информации, запрещенной для распространения среди детей, в том числе относится информация: оправдывающая противоправное поведение; содержащая нецензурную брань; содержащая информацию порнографического характера²¹. В данном случае взаимодействуют информационная, воспитательная и охранительная функции правовой системы.

В-третьих, информационная функция правовой системы проявляет себя двояко: в рамках правовой системы и за ее пределами.

Таким образом, внутренний аспект реализации исследуемой функции предполагает ее существование в пределах правовой системы общества. В России информационная функция во многом определяется государством. В частности, в ст. 3 Федерального закона «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» закреплены принципы правового регулирования отношений в сфере информации, информационных технологий и защиты информации. Среди них: свобода поиска, получения, передачи, производства и распространения информации любым законным способом; открытость информации о деятельности государственных органов и органов местного самоуправления и свободный доступ к такой информации, кроме случаев, установленных федеральными законами; достоверность информации и своевременность ее предоставления; а также ряд других²².

Определение государством базовых принципов не умаляет того, что в реализации рассматриваемой функции участвуют негосударственные субъекты, например ученые.

Внешний аспект проявления информационной функции правовой системы общества предполагает взаимодействие разных правовых систем. Здесь необходимо учитывать различный статус правовых систем современности. Безусловно правовая карта мира сильно изменилась. Однако по-прежнему есть правовые системы с высокой степенью участия в развитии правовой семьи. Таковой, например, является английская правовая система, оказывающая сильное влияние на правовую систему Индии. В литературе отмечается, что значимость судебного процесса и психология индийских юристов и судей в целом такая же, как и в Англии²³.

²¹ Федеральный закон от 29.12.2010 № 436-ФЗ (ред. от 02.07.2013) «О защите детей от информации, причиняющей вред их здоровью и развитию» // СЗ РФ. 2011. № 1. Ст. 48.

²² Федеральный закон от 27.07.2006 № 149-ФЗ (ред. от 21.07.2014) «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» // СЗ РФ. 2006. № 31 (1 ч.). Ст. 3448.

²³ Правовые системы стран мира : Энциклопедический справочник / отв. ред. А. Я. Сухарев. М., 2000. С. 225.



**Марина
Леонидовна
ДАВЫДОВА,**
доктор
юридических наук,
заведующий
кафедрой
конституционного
и муниципального
права
Волгоградского
государственного
университета

ПРОФЕССИОНАЛЬНОЕ МЫШЛЕНИЕ ЮРИСТОВ В СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОМ РАКУРСЕ

В статье исследуется профессиональное мышление юриста, дается его классификация, основанная на специфике профессиональной деятельности юристов и включающая три вида юридического мышления: мышление о правиле, мышление о решении, мышление об идеале. Автор обосновывает мнение о том, что одни и те же виды присутствуют в структуре юридического мышления в разных правовых системах.

Ключевые слова: юридическое мышление, профессия юриста, профессиональная юридическая деятельность, классификация правовых систем.

M. L. DAVYDOVA,

*Doctor of Law, Head of the Department of Constitutional
and Municipal Law of the Volgograd State University*

PROFESSIONAL THINKING OF LAWYERS IN A COMPARATIVE LEGAL PERSPECTIVE

The paper investigates the professional thinking of a lawyer, gives its classification, which is based on the specifics of the professional activities of lawyers and includes three types of legal thinking: thinking of the rule, thinking of the decision, thinking of the ideal. The author proves that the same types exist in the structure of the legal thinking in different legal systems.

Keywords: legal thinking, the legal profession, a professional legal activity, classification of legal systems.

С тиль правового мышления является в современной компаративистике одним из традиционных критериев (либо частью комплексного критерия) отличия правовых систем друг от друга¹. Наиболее известная классификация предполагает наличие двух способов, или образов, юридического мышления — прецедентного и доктринального, характерных соответственно для англосаксонского и континентального права². В некоторых новейших исследованиях в качестве такого критерия выделяются четыре основных стиля мышления: континентально-европейский, англосаксонский, традиционный и религиозно-доктринальный³.

¹ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности / пер. с фр. В. А. Туманова. М., 1999. С. 105—111; Цвайгерт К., Кётец Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: в 2 т. М., 2000. Т. 1.

² Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 105—111, 242—248.

³ Захарова М. В. Французская правовая система: теоретический анализ: монография. М., 2012. С. 23.

Будучи непосредственно связанными с национальной спецификой источников права и профессиональной деятельности, с отражающей эту специфику системой профессионального образования, образы мысли представителей разных правовых систем кажутся разными планетами, совершенно не похожими друг на друга. Возникает, однако, вопрос: все ли подразумеваемые в данном случае различия обусловлены особенностями мышления? К примеру, в качестве черт континентально-европейского стиля правового мышления приводятся: нормативный правовой акт как основной источник права, деление права на частное и публичное, на материальное и процессуальное, кодификация отраслей права и т.д.⁴ Все эти признаки безусловно связаны с особенностями мышления, отражаются на нем либо несут на себе его отпечаток. Но, строго говоря, характеристикой мышления они не являются. Если отделить последнее от этических, аксиологических, институциональных особенностей, от правовой традиции и других факторов, не сводимых исключительно к мыслительной деятельности, то можно увидеть, что собственно мыслительные операции, обеспечивающие профессиональную деятельность юристов в существующих правовых системах, различаются не так уж значительно. Технология юридической квалификации, процедура соотношения нормы или иного правила с жизненными фактами, умение мыслить в категориях правовой реальности, оперировать юридическими конструкциями и другим профессиональным инструментарием — все эти особенности характеризуют мышление юриста, независимо от его принадлежности к той или иной правовой системе.

Такой подход позволяет рассматривать мышление как *универсальное основание профессии юриста*. Действительно, из всех признаков, характеризующих юридическую деятельность, именно специфическое профессиональное мышление может претендовать на роль системообразующего⁵. Это в равной степени относится к странам, принадлежащим к разным правовым системам. Именно развитое профессиональное мышление позволяет юристу, получившему образование в одной стране, применить свои навыки в другой, восприняв все содержательные и институциональные отличия соответствующего национального права.

В то же время в рамках одной и той же правовой системы мы можем столкнуться с совершенно неодинаковым уровнем профессионального мышления. Государственный регистратор, судья, законодатель — представители различных юридических специальностей с точки зрения их восприятия права в гораздо большей мере выглядят иногда людьми с разных планет, чем два судьи: российский и американский, например. В этой связи научный интерес представляет исследование уровневой или видовой структуры юридического мышления вне привязки последнего к национальным особенностям правовой системы.

Удачная, по нашему мнению, классификация юридического мышления проведена Д. В. Зыковым на основе деления, предложенного К. Шмиттом⁶. Позаимствовав из работ последнего три вида мышления (мышление о правиле (законе), мышление о решении и мышление о порядке и форме), исследователь не рассматривает преимущества одного вида перед другим, а допускает одновременное существование всех трех видов мышления, определяя границы применимости каждого из них в рамках юридической реальности как неких иерархических уровней⁷.

⁴ Захарова М. В. Указ. соч. С. 39.

⁵ Этот вопрос был ранее рассмотрен нами: Давыдова М. Л. Порівняльно-правовий підхід до юридичної освіти: пошук універсальних підстав // Право України. 2013. № 3—4. С. 308—315.

⁶ Шмитт К. Государство: право и политика / пер. с нем. и вступ. ст. О. В. Кильдюшова. М., 2013. С. 307—357.

⁷ Зыков Д. В. О трех видах юридического мышления // Вестник ВолГУ. Серия 5 : Юриспруденция. 2013. № 2. С. 82—85.



Мышление о правиле (легализм) рассматривается как свойственное представителям органов, занимающихся исполнительно-распорядительным правоприменением, и других государственных служб, деятельность которых строго регламентирована, порядок юридически значимых действий и решений логически выводится из нормативных правовых актов, на базе которых они учреждены и функционируют.

Мышление о решении (децизионизм) имеет место в первую очередь в судебных органах, деятельность которых хотя и регламентирована буквой закона, но само их существование этим не исчерпывается, т.к. исходят они и из духа закона, что проявляется в принятии юридически значимых решений, содержание которых не выводимо из буквального смысла норм права, но является «чистым» решением.

Мышление о порядке и форме (мышление об идеале) характерно для законодателя как выразителя идеалов и целей общества и государства, утверждающего в действительности своей волей некую модель социальной организации⁸.

Условно говоря, речь идет о трех категориях носителей профессионального мышления: юристе-чиновнике, судье и законодателе. С философской точки зрения различия между ними объясняются тремя парадигмами мышления, с которыми логически коррелируют основные типы рациональности, а именно: парадигма объяснения и классическая рациональность, парадигма понимания и неклассическая рациональность, парадигма преобразования и постнеклассическая рациональность⁹.

На практике указанные различия проявляются прежде всего в том, что профессиональная деятельность ставит перед тем или иным субъектом специфические задачи, требующие особого восприятия права, юридической действительности и своей роли в ней.

Речь идет не о мыслительных способностях конкретного представителя профессии, а о том уровне мышления, который необходим и достаточен для ее успешной реализации. Масштаб восприятия права и «спектр обзора» в зависимости от специальности могут оказаться совершенно различными.

Чиновник (носитель мышления о правиле) воспринимает право как конкретную норму, «механически» применяя ее к ситуации. Все случаи, когда норма и ситуация не полностью соответствуют друг другу, выходят за пределы его компетенции и должны быть переадресованы в суд.

Судья (носитель мышления о решении) видит норму в контексте всей системы права, что дает ему основания для «корректировки» нормы в порядке судебного усмотрения, применения права по аналогии, преодоления пробелов, разрешения коллизий. Любая сложная правоприменительная ситуация в деятельности судьи находит свое решение благодаря его способности воспринимать норму как часть внутренне согласованной системы. Именно поэтому компетенция большинства судей ограничивается обнаружением иерархических коллизий между законом и конституцией, т.к. эти случаи ставят внутреннюю согласованность системы под вопрос. Восстановить согласованность системы вправе судьи Конституционного Суда, признав закон не соответствующим Конституции. Но и судьи высших судебных инстанций в своей деятельности исходят из действующей системы права как данности (именно поэтому так много споров вызывает проблема конкретизации права в процессе его судебной интерпретации. Критики ссылаются как раз на недопустимость квазиправотворческой деятельности судей, дополняющей, корректирующей систему права¹⁰).

⁸ Зыков Д. В. Указ. соч. С. 84.

⁹ Подробнее: Зыков Д. В. Некоторые вопросы теории юридического мышления // Вестник ВолГУ. Серия 5 : Юриспруденция. 2012. № 2. С. 274—281.

¹⁰ Ершов В. В. Судебное усмотрение? Индивидуальное судебное регулирование? // Российское правосудие. 2013. № 10 (90). С. 5—14.

Контекст, в котором рассматривает норму законодатель, еще шире. Он не может ограничиваться ни самой нормой, ни системой права, а обязан соотносить их с системой социальной, с реальной общественной жизнью, видеть недостатки действующего права и пути его развития, соответствующего направлениям развития общества либо задающего такие направления.

Признавая определенную условность данной классификации, подчеркнем ее теоретическое и практическое значение, раскрывающееся в сопоставлении с рядом категорий правовой науки.

Так, соотнося предложенную конструкцию с *принципом разделения властей*, можно обнаружить определенное соответствие между деятельностью, составляющей суть каждой из ветвей власти, и одним из трех видов юридического мышления. Исполнительная власть наиболее логично сочетается с мышлением о правиле, предполагающим в первую очередь неукоснительное исполнение закона. Мышление об идеале свойственно представителям законодательной власти, для судебной же наиболее характерно мышление о решении. Названное соответствие является, конечно, довольно условным и не предполагает жесткой границы между видами юридической деятельности. Однако в качестве принципиальной схемы оно, безусловно, применимо. К примеру, реализация мер административной ответственности органами исполнительной власти зачастую предполагает принятие решений, требующих уровня мышления, характерного скорее для судьи, чем для чиновника. С одной стороны, это может свидетельствовать о недостатках классификации. С другой стороны, сам по себе этот факт дает основания поставить вопрос о целесообразности рассмотрения соответствующих дел в административном, а не в судебном порядке.

Прослеживается связь и между рассматриваемой классификацией правового мышления и *концепциями правопонимания*. В той же мере, в которой тот или иной вид профессиональной деятельности требует от юриста определенного уровня мышления, методологической базой каждого из таких уровней выступают различные концепции правопонимания. Мышление о правиле преимущественно базируется на постулатах позитивизма, обосновывающего ценность правовой нормы и ее неукоснительного соблюдения вне зависимости от вопросов ее социальной и моральной обусловленности. Концептуальное содержание мышления о решении выражают социологическая и другие близкие к ней теории, ставящие во главу угла соотношение нормы с объективной реальностью, ведь именно в этом — в сопоставлении нормы с жизнью — часто заключается деятельность судьи, и именно в ходе этой деятельности наиболее явными становятся неэффективность, нежизнеспособность некоторых норм. Мышление об идеале в большей мере, чем все остальные, нуждается в нравственных, ценностных ориентирах, которые дает естественно-правовой подход к праву. Если для рядового правоприменителя сомнения в справедливости нормы не всегда уместны¹¹, то законодатель должен в первую очередь ставить вопрос о соответствии результатов своей деятельности идеальному предназначению права.

Дискуссия о правопонимании получает, таким образом, новую интерпретацию, в связи с тем, что каждая концепция становится понятной и необходимой в контексте конкретного вида юридической деятельности и тех практических задач, которые призван решать тот или иной уровень профессионального мышления.

Как нам представляется, соотношение указанных видов мышления может быть раскрыто и через триаду «*система законодательства — система права — правовая система*».

¹¹ На что традиционно указывают критики естественно-правовой концепции. См.: *Вопленко Н. Н.* Очерки общей теории права: монография. Волгоград, 2009. С. 28—29.



Юрист-чиновник ограничен в своих профессиональных решениях *системой законодательства*, т.к. во всех случаях должен руководствоваться конкретной статьей действующего нормативного правового акта. Косвенное участие в совершенствовании этой системы он может принять, лишь обнаружив в ней пробел или коллизию и переадресовав решение этого вопроса суду.

Для судьи зоной профессиональной ответственности выступает уже не только система законодательства, но и вся *система права*. Отсутствие необходимого правила в нормативном правовом акте он может компенсировать ссылкой на правовой обычай или другой источник права, официально признанный в данной стране, а следовательно, включенный в систему права. Изменить последнюю судья не может. Систему законодательства он, напротив, иногда корректирует. Подобное происходит тогда, когда судебным решением устраняются коллизии (например, при отмене противоречащего закону подзаконного акта или признании закона противоречащим конституции) или когда в процессе правоприменительной конкретизации раскрываются новые элементы смысла толкуемой нормы. Таким образом, судья может в некоторой степени помыслить себя над системой нормативных правовых актов, но при этом всегда оказывается связан содержанием и логикой системы права, объединяющей в себе все действующие в стране общеобязательные правила поведения.

Законодатель в процессе своей деятельности создает или существенно изменяет систему права. Однако, оказываясь над ней, он все равно не может чувствовать себя свободным, т.к. система права, в свою очередь, вписана в более широкий контекст: в рамки, заданные *правовой системой* общества. Свобода правотворчества, таким образом, неизбежно сталкивается с эффективностью существующих правовых институтов, организационными и функциональными особенностями правоохранительной системы, уровнем правовой культуры и готовностью общественного правосознания воспринять новую норму. Выйти за рамки правовой системы, игнорировать ее природу и потенциальные возможности законодатель не вправе. Яркими примерами, подтверждающими эту мысль, являются многочисленные случаи неудачного заимствования иностранных норм, приводимые в сравнительно-правовых исследованиях. Аналогичным образом бывают обречены на провал идеи законодателя в тех ситуациях, когда они требуют уровня контроля, который существующие правоохранительные органы не в состоянии обеспечить, или устанавливают правила, которые не воспринимаются общественным правосознанием как разумные (запрещают явления, которые общество считает естественными).

Любые законотворческие решения должны исходить из приоритета целостности и стабильности правовой системы, что в первую очередь означает — основываться на знании ее структуры и понимании ее логики. Именно поэтому законодательное мышление с необходимостью должно рассматриваться как профессиональное юридическое мышление.

Исследование видов правового мышления предполагает и анализ ряда формальных и содержательных характеристик, позволяющих раскрыть их соотношение между собой.

Во-первых, интересен вопрос о носителях каждого вида мышления и об их профессиональной принадлежности. Стоит подчеркнуть, что все эти виды концептуально должны рассматриваться как профессиональные, ведь они требуют знания правовых норм, понимания логики и закономерностей их функционирования. Это не отменяет того факта, что в различных правовых системах некоторые виды юридической деятельности могут осуществляться без профессионального образования (К. Осаке указывает, что в Англии лицо без юридического образования может выполнять функции нотариуса (commissioners of oath), в Германии существует должность почетного судьи, во

Франции без диплома можно работать юридическим консультантом или советником¹²). В рамках российской правовой системы также можно себе представить чиновника, обладающего некоторыми правоприменительными функциями, но не являющегося при этом дипломированным юристом. Еще проще найти подобные примеры среди участников законотворческого процесса. На практике, к сожалению, далеко не все субъекты, имеющие отношение к законотворческой деятельности, обладают соответствующим уровнем мышления (равно как не все из них являются профессиональными юристами). Вероятно, только мышление о решении (в рамках судебного правоприменения или иной соответствующей ему по уровню сложности юридической деятельности) оказывается исключительной прерогативой профессиональных юристов.

Распределение специальностей юридической профессии по трем видам мышления может быть произведено с определенной долей условности. Тем не менее, как нам представляется, работа нотариуса в большей мере основана на мышлении о правиле. Адвокат и прокурор в судебном процессе, напротив, чаще находятся в парадигме мышления о решении, т.к. вынуждены мысленно становиться на позицию судьи, строить свою аргументацию таким образом, чтобы убедить его в правильности того или иного варианта решения и тем самым превосходить, «домысливать» за судью будущее решение. В сравнительно-правовом аспекте картина, вероятно, будет зависеть и от специфической структуры юридической профессии, характерной для той или иной правовой системы.

Во-вторых, следует подчеркнуть, что жесткой границы между рассматриваемыми видами мышления нет. В сознании конкретного юриста они могут определенным образом сочетаться, тем более что сложность профессиональных задач также бывает неоднородной. Судья, например, во множестве простых случаев принимает решение на уровне мышления о правиле, механически применяя норму к конкретному делу. И наоборот, в некоторых ситуациях самостоятельные ценностные суждения выносятся в рамках внесудебного правоприменения (например, когда в административном порядке решается вопрос о привлечении к ответственности). Таким образом, граница между мышлением о правиле и мышлением о решении определяется не формальным должностным критерием, а степенью сложности рассматриваемого дела. Хотя в абсолютном большинстве случаев дела, требующие реализации мышления о решении, относятся к компетенции суда.

Аналогичная диффузия может быть обнаружена на границе между судебным и законодательным мышлением. Когда не требуются масштабные нововведения, но нужно исправить конкретные недостатки законодательства, смысл деятельности законодателя состоит в том, чтобы соотносить возможные варианты решения проблемы с действующей системой правовых норм, стремясь своими правотворческими действиями не разрушить логику последней и органично вписать новую норму в систему права. Другими словами, чтобы устранить пробел в праве, законодатель фактически должен выполнить те же мыслительные операции, что и судья, преодолевающий этот пробел в процессе разрешения конкретного дела. С другой стороны, возможны и ситуации, когда судья «проникает на территорию законодателя», осуществляя толкование и конкретизацию правовых норм, если последние приобретают при этом новое содержание.

Обобщая приведенные примеры, следует отметить, что три рассматриваемые вида юридического мышления могут быть представлены как уровни, образующие последовательность с точки зрения глубины восприятия права. Исходя из этого, можно было бы предположить, что в свернутом виде каждый следующий уровень включает в

¹² Осакев К. Сравнительное правоведение в схемах : Общая и Особенная части. М., 2002. С. 128, 140, 142.



себя предыдущие. Это, однако, не совсем так. Наиболее далеки друг от друга мышление о правиле и мышление об идеале. Степень дальновидности или масштаб осмысления проблемы у законодателя не может оказываться ниже некоего минимального уровня. Таким начальным уровнем, как нам представляется, не должно признаваться мышление о правиле. Мышление законодателя ни при каких обстоятельствах не может ограничиваться пределами одной нормы или даже одного нормативного акта. Любое изменение в норме оказывает воздействие на систему в целом и требует ее ревизии на предмет потенциальных коллизий. Множество современных примеров неудачного законотворчества объясняются тем, что, думая о разрешении конкретного дела (об устранении конкретной проблемы) и принимая норму, подходящую к этому казусу, законодатель мало заботится о том, как данная норма впишется в существующую систему права. Именно поэтому мышление о правиле в качестве основы законотворческой деятельности кажется нам не просто недостаточным, а недопустимым. Ситуаций, в которых от законодателя требовалось бы мышление на уровне рядового чиновника-правоприменителя, просто нет. Таким образом, разрыв между мышлением о правиле и мышлением об идеале слишком велик, и сферы их использования практически никогда не пересекаются. Децизионистское же мышление, напротив, находит свое применение во множестве сфер профессиональной деятельности, не будучи отделенным от других видов мышления непроницаемой границей.

Вероятно, говоря о соотношении трех названных видов мышления, правильнее признать, что каждый следующий уровень не обязательно включает в себя предыдущие, но все три вида последовательно связаны между собой, подвергаясь определенной *диффузии в пограничных зонах*. Мышление о решении может при этом рассматриваться как ядро, квинтэссенция профессионального мышления юриста, наиболее ярко демонстрирующее его специфику.

В контексте сравнительного правоведения можно предположить, что соответствующий набор видов правового мышления может быть обнаружен в любой правовой системе и, соответственно, мышление само по себе выступает в качестве не отличительного, а общего признака, представляя собой универсальное основание деятельности юриста. Соотношение же между основными видами мышления в конкретной стране может определяться структурой юридической профессии, институциональными особенностями, спецификой правовой традиции и множеством других факторов. В результате удельный вес решения о правиле оказывается выше в континентальном праве (где судьи думают чаще, как чиновники), что, впрочем, не свидетельствует о полном отсутствии здесь мышления о решении, и наоборот.

Следует поэтому говорить не о глубинных различиях в природе юридического мышления тех или иных правовых систем, а о специфическом соотношении универсальных структурных элементов, отражающих картину профессионального мышления юристов конкретной страны.

Зарубежное право и правовые системы на современной юридической карте мира

РОССИЯ И ЮРИДИЧЕСКАЯ КАРТА МИРА

В статье автор дает характеристику российской правовой системе с позиций сравнительного правоведения, показывает ее развитие и место на юридической карте мира. Российская правовая система рассматривается как социалистическая, авторитарная, технократическая, переходная, система в семье славянского права, часть романо-германской правовой семьи, «смешанная» правовая система. В каждом случае автор опирается на исследования российских и иностранных ученых-компаративистов.

Автор тщательно исследует проблемы преподавания и изучения российского права за рубежом, прослеживает историю зарождения и развития сравнительно-правовых учений в России с начала XVIII в. до настоящего времени.

В заключение автор отмечает, что российская правовая система все еще находится в переходном периоде, не являясь частью правовой традиции континентальной Европы, все еще будучи связанной с правовым наследием XX в.

Ключевые слова: российская правовая система, сравнительное правоведение, классификация, правовая семья, правовая система.



**Уильям
Эллиот
БАТЛЕР,**
заслуженный
профессор
Юридической школы
при Университете
штата Пенсильвания
(США), почетный
профессор
сравнительного
правоведения
Лондонского
университета
(Великобритания),
член Российской
академии
юридических наук

W. E. BUTLER

Distinguished Professor of the University of Pennsylvania Law School (USA),
Emeritus Professor of Comparative Law in the University of London (UK),
Member of the Russian Academy of Legal Sciences

RUSSIA ON THE LEGAL MAP OF THE WORLD

The author of the present article gives an exhaustive characteristic of the Russian legal system from comparative law viewpoint, shows development and the place thereof on the legal map of the world. The Russian legal system is considered as: a Socialist, Authoritarian, Technocratic, Transitional legal system, as a system in the family of Slavonic law, as a part of the Romano-Germanic legal system, and as a «Mixed» legal system. In all issues the author draws on the studies of Russian and foreign comparativists supporting various viewpoints.

The author studies in detail the problems of teaching and research of Russian law abroad, a separate chapter in the article is devoted to this issue. The author follows the history of arising and development of comparative-law studies in Russia from the beginning of the XVIII century till the present time, shows the important role of comparative law in the modern jurisprudence.

In conclusion the author notes that Russian law is still in transition, not being the part of the continental European legal tradition, still connected to the legal heritage of the XX century.

Keywords: Russian legal system, comparative law, classification, legal family, legal system.



© У. Э. Батлер, 2015

Российская правовая система: вопросы классификации

Юридическая карта мира в действительности представляет собой целый атлас, состоящий из множества карт, каждая из которых посвящена отдельной правовой юрисдикции и рассматривает ее с большим или меньшим тщанием с точки зрения разных правовых концепций, руководствуясь множеством «сравнительно-правовых» критериев. Согласно одному из таких критериев, все правовые системы делятся на семьи или группы. Существуют различные классификации правовых систем. Здесь мы рассмотрим некоторые из наиболее важных и авторитетных на сегодняшний день критериев.

Российское право и российская правовая система продолжают искать свое место в созвездии мировых правовых систем. В XIX и начале XX в., когда современное сравнительное правоведение только формировалось, Россия и ее правовая система были практически не известны европейским компаративистам и автоматически были отнесены к правовым системам континентальной Европы.

Распад Советского Союза (1922—1991 гг.) и его правовой системы (1917—1991 гг.) и последующее возрождение Российского государства продолжают задавать иной ракурс спорам компаративистов, порожденным русскими революциями 1917 г. Февральская революция 1917 г. положила конец российской монархии; Октябрьская революция 1917 г. прекратила деятельность коалиционного Временного правительства, которое пришло на смену монархии. Советское право, основываясь на идеологических аксиомах, претендовало на уникальное место среди всех современных и прекративших свое существование правовых систем. В то время как большевики в основном считали «право» частью советского общественного порядка вне зависимости от его окончательного предназначения, претензия на уникальность бросала вызов классическим классификациям правовых систем или семей правовых систем.

Некоторые считали советскую правовую систему всего лишь разновидностью европейской романо-германской гражданско-правовой системы, которой советский строй придал идеологический налет¹. Профессор Альберт Эренцвейг (Albert Ehrenzweig) (1906—1974) отмечал, что, если советская правовая система могла бы на законном основании быть названа уникальной в традиционном частном праве, ему пришлось бы «забыть философские исследования двух с половиной тысячелетий и проблемы сравнительного правоведения, насчитывающего более тысячи лет». Несмотря на все новеллы публично-правового характера, он полагал, что «по сути гражданская структура» семейного, имущественного, наследственного, договорного и деликтного права остается неизменной, он нашел лишь небольшие отличия от установившейся европейской практики уголовного права и процесса².

По-видимому, предвзятые исследователи советского права не увидят ничего нового в постсоветском периоде, кроме отказа от определенных советских форм, который не имел значительных последствий, и сохранения «правового менталитета», сформировавшегося в советское время. Те же, кто действительно знает советское право, поймет, что 1990-е и первая декада XXI в. были весьма многообещающим периодом, т.к. попытка демократизировать и придать рыночный характер советскому правовому наследию стала огромной задачей, по своей сути превосходящей отказ от форм или их замену и вживание новых органов.

Представления об уникальности в классификации зарубежных правовых систем частично зависят от нововведений в своей собственной. Те, кто в период между войнами или сразу после 1945 г. приписывали важность изучения советского права различиям в эко-

¹ Предисловие Ф. Х. Лоусона (F. H. Lawson) к книге: *Hazard H. J. N., Butler W. E., Maggs P. B. The Soviet Legal System*. 3rd ed. 1977.

² Рецензия А. Эренцвейга на статью: *Hazard H. J. N. Communists and Their Law* // *California Law Review*. LVIII. 1970. P. 1007.

номической системе между Востоком и Западом, ощутили, что в середине 1980-х гг. разрастание государственного сектора и большее внимание к социальной сфере в западных экономиках и дальнейшая децентрализация, обращение к хозрасчету в социалистических экономиках существенно уменьшили количество принципиальных различий³. Переход к социалистической рыночной экономике, инициированный М. С. Горбачевым в бывшем Советском Союзе, сократил и сгладил оставшиеся различия. Присоединение Российской Федерации к Совету Европы и Всемирной торговой организации потребовало еще больших изменений, направленных на подготовку российского законодательства к требованиям названных организаций.

В процессе сравнения многое зависит от того, что именно исследователь считает важным для признания или отказа от притязаний на уникальность. Все современные правовые системы переживают постоянные изменения большей или меньшей значимости, но лишь немногие считают, что находятся в состоянии перехода от одной ступени развития к другой, или полагают, что стоят на определенной ступени развития. Советское право тем не менее претендовало на постоянное развитие, продвижение к созданию социалистического, а в конечном итоге коммунистического общества. Более того, советское право или советская правовая модель считались «товаром на экспорт», который можно пересадить или внедрить в других странах. В настоящее время российское право заявляет, что, преодолевая наследие советского периода, находится в переходном состоянии. В этом смысле советское и постсоветское право, по собственному утверждению, было переходным, начиная с февраля 1917 г.

Советские правовые кодексы периода нэпа (1921—1928 гг.) были составлены по примеру немецких, французских, швейцарских, австрийских и проектов российских кодексов времен заката империи. В годы нэпа советская власть проводила политику смешанной экономики, правовые нормы содержали капиталистические и социалистические элементы. Более взвешенная советская кодификация 1960—1970-х гг. подняла планку притязаний на уникальность на еще более высокий уровень. Несмотря на то что некоторые кодификации советского времени остаются в силе, действующие кодексы Российской Федерации, оставшиеся от советской эпохи, были постепенно заменены, хотя иногда для этого требовалось более 20 лет.

Понятие семей правовых систем находится среди аналитических категорий, широко используемых в сравнительном правоведении для дифференциации правовых систем, каждой в отдельности или групп правовых систем⁴. Хотя это понятие окончательно оформилось в начале XX в. (в том числе в работах Джона Уигмора (John Wigmore⁵)), известность оно получило только в середине XX в. благодаря работам французского компаративиста Рене Давида (René David) (1906—1991). В силу того что семьи правовых систем представляют собой аналитическое понятие, своего рода калейдоскоп, в котором проявляются, перемешиваются и приобретают новые оттенки различные аспекты правовых семей, определенная правовая система может принадлежать к двум и более семьям правовых систем одновременно.

³ Рене Давид был среди тех, кто изменил свою точку зрения в отношении этих критериев классификации правовых систем. Ср.: *David R. Traité élémentaire de droit civil compare*. 1950. P. 224 ; *David R., Jauffret-Spinozi C. Les grands systemes de droit contemporains*. 1985. Российские правоведы продолжают пересматривать свое постсоветское прошлое. С. С. Алексеев (1924—2013) считал, что советская правовая система является «тоталитарной» и поэтому должна быть выделена в отдельную правовую семью (Алексеев С. С. Теория права. 1993).

⁴ *Luts L. A. Typologies of Modern Legal Systems of the World // Foundations of Comparative Law: Methods and Typologies / Ed. by W. E. Butler, O. Kresin, I. Shemshuchenko. London, 2011. P. 36—52.*

⁵ *Roalfe W. R. John Henry Wigmore: Scholar and Reformer. 1977.*



Российская наука сравнительного правоведения, все еще активно использующая понятие семей правовых систем⁶, пока не достигла согласия относительно того, остается ли российское право (и предположительно право других стран СНГ) вне пределов романо-германской правовой семьи. Многие компаративисты разделяют это мнение, некоторые придерживаются другой точки зрения. Многие ученые считают, что российское право подходит под определение «переходной» правовой системы, чье конечное предназначение в целях сравнительно-правовой классификации остается неопределенным и неизученным⁷. В общих западных исследованиях по сравнительному правоведению нет определенности относительно российского права. К. Цвайгерт (K. Zweigert) и Х. Кётц (H. Kötz) исключили главу, посвященную социалистическим правовым системам, из своих последних изданий. Некоторые исследователи полагают, что Россия и другие страны СНГ могут стать «гибридными» правовыми системами⁸. Х. П. Гленн (H. P. Glenn) считает «силу» преобладающей характеристикой советского права и практически не уделяет России никакого внимания⁹.

Существует несколько классификаций, каждая из которых выделяет определенные черты российского права, его истории и практики¹⁰.

Российская правовая система как социалистическая правовая система. В той мере, в которой советское право является отдельной и отличной семьей правовых систем, российское право было неотъемлемой частью этой семьи в течение периода с конца 1917 г. или начала 1918 г. до 1991 г. Эта точка зрения была признана советской правовой доктриной. Так как многие западные компаративисты не рассматривали советское право как отличное от романо-германской правовой семьи, они бы сочли его частью этой правовой семьи.

Членами этой правовой семьи когда-то были 13 стран с населением более 2 млрд человек, в настоящее время в ней осталось пять стран: Вьетнам, Китай, Куба, Лаос и Северная Корея. Население этих стран превышает 1,5 млрд человек. Судьба остальных восьми стран с точки зрения классификации правовых систем остается спорной. Некоторые стали частью Европейского Союза или вступили в партнерские отношения с ним. Некоторые распались на несколько государств, так, вместо Советского Союза образовалось 12 независимых государств (три прибалтийские республики отсоединились раньше). Все эти страны в разной степени дистанцировались от классической «социалистической» модели правовой системы.

Несмотря на то что компаративисты придерживаются разных взглядов относительно того, что является отличительным признаком социалистической правовой системы в отношении России, следующие показатели могут быть вынесены на обсуждение:

⁶ Например: *Чиркин В. Е.* Основы сравнительного правоведения. М. : МПСУ ; Воронеж : МОДЭК, 2014 ; *Власов В. И., Власова Г. Б., Денисенко С. В.* Сравнительное правоведение. М. : КноРус, 2014.

⁷ *Саидов А. Х.* Сравнительное правоведение. М. : Юрист, 2003 [пер. на англ. яз. У. Э. Батлера, 2003] ; *Тихомиров Ю. А.* Курс сравнительного правоведения. М. : Норма, 1996 ; *Марченко М. Н.* Сравнительное правоведение. М. : Зерцало, 2001 ; Он же. Правовые системы современного мира. М. : Зерцало-М, 2001.

⁸ *Cruz de P.* Comparative Law in a Changing World. 3rd ed. 2007. P. 193.

⁹ *Glenn H. P.* Legal Traditions of the World. 2nd ed. 2004 ; рецензия в: Журнал сравнительного правоведения. № 1, 2006. С. 100—176 (У. Э. Батлер, с. 142—146). Российские студенты получили доступ к нескольким изданиям трудов Р. Давида на русском языке в 1967 г., а также к работам К. Цвайгерта и Х. Кётца.

¹⁰ В отношении права Украины и Беларуси анализ будет схожим. По праву Украины см.: *Батлер У. Э.* Україна на юридичній карті світу // Правова доктрина України / под ред. О.В. Петрышина. Kharkov, 2013. С. 250—263.

1) частная собственность на средства производства ведет к эксплуатации человека человеком и должна быть заменена социалистической, государственной и общественной формами собственности, что обычно достигается национализацией частной собственности и установлением доминирующего положения государства в экономике;

2) капиталистическая анархия в производственных и распределительных отношениях заменена государственным экономическим планированием и централизованным распределением; пятилетние и однолетние экономические планы принимаются законодательно;

3) представители враждебных классов подлежат уничтожению или изоляции с помощью правовой дискриминации (лишение некоторых гражданских прав, классовая справедливость);

4) трудящиеся включают в себя народ, но те, кто использует наемный труд для личного обогащения, не подходит под определение «народ»;

5) классовая борьба является движущей силой исторического развития, а классовый враг может принять форму эксплуататоров или врагов народа;

6) пролетариат пользуется определенными преимуществами по сравнению с крестьянством и интеллигенцией, по крайней мере это декларируется;

7) Коммунистическая партия играет руководящую роль в советском государстве и обладает монополией политической власти;

8) общественные (т.е. негосударственные) организации находятся под руководством партии; существование религиозных организаций не приветствуется, и они подвергаются преследованию;

9) марксизм-ленинизм — это официальная государственная и партийная идеология;

10) по примеру Парижской коммуны 1870-х гг. основу советской системы составляют советы — органы советской власти (в отличие от органов государственного управления);

11) разделение властей признается, но не принцип сдержек и противовесов;

12) принцип демократического централизма в государственной системе означает, что средние и местные советы подчинены высшим советам, а принцип двойного подчинения означает, что исполнительные комитеты советов подчинены своим советам и высшим исполнительным комитетам;

13) суды низшего уровня избираются гражданами напрямую, а высшего уровня — соответствующими советами. Принцип отзыва судей не признается в социалистической правовой культуре;

14) реализация прав и свобод возможна, если не противоречит делу строительства социализма или коммунизма и руководящей роли Коммунистической партии;

15) различие между публичным и частным правом не признается;

16) неравенство форм собственности, дестимулирование личного обогащения, кооперативной торговли товарами; гражданский брак; обязанность спасения социалистической собственности; большее внимание преступлениям против государства и идеологическим преступлениям; дестимулирование или запрет забастовок в трудовых отношениях; и многое другое.

Российская правовая система как тоталитарная. В постсоветское время некоторые юристы переклассифицировали советскую правовую систему в тоталитарную систему, которая по своему характеру не является социалистической и которая, по их мнению, принадлежит к отличной семье правовых систем. Они рассматривали Россию в рамках этой семьи¹¹. Данная классификация не была единогласно принята в среде компаративистов, т.к. в действительности она основана в первую очередь на политических характеристиках лидеров (Сталина, Гитлера, Пол Пота и т.д.), а не на правовых принципах и институ-

¹¹ Например: Алексеев С. С. Теория права. 1993.



тах¹². Некоторые считают такую классификацию идеологической, другие объединяют две классификации в одну и называют это правовой системой тоталитарного социализма¹³.

Существует много политологической литературы по вопросам тоталитаризма, где рассматривается вопрос, применим и полезен ли этот термин в отношении бывшего Советского Союза и гитлеровской Германии. Некоторые западные специалисты по советскому праву при поддержке Фонда Форда в 1980-е гг. предприняли попытку выделить сталинистскую, или тоталитарную, составляющую советского права как в частном, так и в публичном праве¹⁴. Специфическая правовая составляющая в тоталитарном государстве и его правовой системе не может быть выделена и идентифицирована. В особенности было трудно идентифицировать уникальные элементы, присущие исключительно тоталитарному праву и правовым системам, которые не могут быть описаны в рамках иных систем (авторитарной, диктаторской и т.д.).

Несмотря на то, что примеры тоталитарных правовых систем, приводимые в литературе, обычно связаны с определенной идеологией, наличие или отсутствие идеологии не является определяющим. «Семена тоталитаризма» можно обнаружить в Китае 210—258 гг. до н. э.¹⁵

Российская правовая система как технократическая. В компаративистских кругах было замечено, что правовые системы западных стран и России становятся слишком технократическими. В этом смысле технократия означает, что нормативные правовые акты разрабатываются скорее в стиле технической документации, чем законодательства. Избыточная детализация приводит к тому, что нормативные акты теряют всякую связь с реальностью, отражая, по выражению В. И. Лафитского, «иллюзии их составителей»¹⁶. Чем больше разрыв с реальностью, тем сильнее опора на фразы и слова, которые ничего не значат.

На практике при технократической правовой системе законодатель уклоняется от установления общих принципов права в текстах законодательных актов и предается избыточной законодательной активностью — «принимает избыточное количество законов». Частично такое поведение является результатом отсутствия четкой доктрины и принципов, определяющих сферы общественной жизни, в которые государство не должно вмешиваться. Теоретики права разрабатывают понятие совершенной правовой системы, которой должно соответствовать идеальное законодательство, но так и не могут указать сферы жизни человека, которые государство в широком смысле не должно регулировать. Возрастает фрагментарность законодательства, оно стремительно увеличивается в объеме и быстрее начинает отражать интересы отдельных групп.

¹² Термин происходит от итальянского *totalitario* и впервые появился в английском языке в переводе работы Л. Стурцо (1871—1959) «Италия и фашизм» (*Sturzo L. Italy and Fascismo*. 1926). Как политическая характеристика он получил развитие в философском трактате Х. Арендт «Истоки тоталитаризма» (*Arendt H. The Origins of Totalitarianism*. N.Y., 1951), первоначально изданном в Лондоне под заголовком «Бремя нашего времени» (*The Burden of Our Time*). Ильин ввел этот термин в своей работе о сущности правосознания при внесении последних поправок ок. 1953 г. Этот термин не встречается в варианте этой работы, датированном 1919 г., предположительно потому, что он еще не существовал. Можно предположить, что Ильин познакомился с этим термином во время холодной войны и был одним из первых русских юристов, включивших его в свою научную работу. См.: Ильин И. А. Сочинения : в 2 т. / под ред. Ю. Т. Лисицы. М., 1993. С. 107; *Il'in I. A. On the Essence of Legal Consciousness* / W. E. Butler, P. T. Grier eds. London, 2014.

¹³ Чиркин В. Е. Указ. соч. С. 315—330.

¹⁴ Barry D. D., Ginsburgs G., Maggs P. B. *Soviet Law After Stalin* (1977—1979).

¹⁵ Лафитский В. И. Указ. соч. Т. 2. С. 394.

¹⁶ Там же.

В технократической правовой системе законодательная терминология перестает быть понятной обычному гражданину. Судебная практика подвержена тем же тенденциям, что и законодательство. В результате в технократической правовой системе работа судов состоит не в применении правовых принципов, а в интерпретации формальной стороны правовых конструкций, что противоречит всякому здравому смыслу. По меркам технократии романо-германское обычное право и бывшие социалистические правовые системы принадлежат к одной семье. Можно предположить, что уровень технократии возрастает с введением национального экономического планирования в рамках социалистической правовой традиции, административных регламентов и соответствующего законодательства в постсоветских правовых системах. Технологии без сомнения способствуют развитию технократии путем уменьшения стоимости публикации и распространения текстов нормативных правовых актов.

Безусловно, российская правовая система относится к технократическим.

Российская правовая система как переходная. Все современные правовые системы подвержены изменениям в большей или меньшей степени, но немногие претендуют на нахождение в состоянии перехода от одной стадии развития к другой. Российская правовая система в советское время претендовала на постоянное развитие, продвижение к созданию социалистического, а в конечном счете — коммунистического общества. В постсоветский период российское право заявляет о переходном состоянии, отказываясь от правовых норм и преодолевая наследие советского периода. В этом смысле российское право весь советский и постсоветский период (т.е. начиная с 1917 г.), по собственному утверждению, было переходным.

Вопрос, который ставит сравнительное правоведение: переход от чего к чему или откуда и куда? Современная Россия уже не является частью социалистической семьи правовых систем. Некоторые компаративисты считают, что Россия вернулась в романо-германскую семью правовых систем или всегда была ее частью. Несмотря на то, что Россия — член Совета Европы и в силу этого ее правовая система восприняла нормы европейского законодательства о правах человека, а также пересмотрела свое законодательство с целью вступления во Всемирную торговую организацию, эта подготовка, или гармонизация, правовых систем далека от завершения¹⁷.

Россия никогда официально не заявляла о намерении стать членом романо-германской семьи правовых систем в том смысле, в котором это понимает Европейский Союз, поэтому неясно, какими должны быть пороговые критерии, чтобы соответствовать требованиям, предъявляемым к членам этой семьи. Каковы бы ни были такие критерии, речь не идет только лишь о «перестановке местами», «отзыве» или «замене» правовых реалий советского времени, как предлагали некоторые компаративисты¹⁸.

Российская правовая система в семье славянского права. Русские — это один из древних славянских народов¹⁹, однако в отношении Беларуси и Украины мнение большинства компаративистов, рассматривающих вопрос существования славянской семьи пра-

¹⁷ И Совет Европы, и Всемирная торговая организация основаны в силу договора и регулируются международным договорным правом. Однако в соответствии со своими организационными структурами обе организации сами разрабатывают законодательство, применимое к правоотношениям, возникающим в силу таких договоров. В той мере, в которой закон сформулирован, утвержден и вступил в силу в рамках Совета Европы и ВТО, представляется целесообразным в целях проведения сравнительно-правового анализа считать учредителей таких правовых норм членами правовой семьи Совета Европы и ВТО.

¹⁸ Glenn H. P. Legal Traditions of the World. 3rd ed., 2007.

¹⁹ Plokhy S. The Origins of the Slavic Nations: Premodern Identities in Russia, Ukraine, and Belarus. Cambridge University Press, 2006.



вовых систем, не так однозначно²⁰. «Настоящая, подлинная и оригинальная славянская правовая система» никогда не существовала, как отмечал Дж. Х. Уигмор (J. H. Wigmore), все же посвятивший около 80 страниц своего трактата о мировых правовых системах именно славянам²¹. Категория «славянское право», употребляемая в качестве термина, порождает вопросы, как и термин «сравнительное правоведение». Не существует страны «Славяния», поэтому нет и позитивного права, применяемого всеми народами славянского или родственного происхождения.

Вместо этого мы имеем дело с этносом, чьи правители сформировали различные структуры и предположительно через нормы позитивного права выразили мораль, ценности, традиции, обычаи и т.д., присущие славянам. Славянское право в той мере, в какой оно отражено в нормах, является: а) обычным правом, когда совокупность ценностей выражена в формулировках позитивного государственного законодательства в странах с преобладанием славянского населения, или б) субстратом естественного права, основанного на религиозных принципах православия. Некоторые компаративисты считают, что понятие семьи славянских правовых систем входит в более крупное образование — «правовое сообщество христианской правовой традиции», которое состоит из славянской, романо-германской, общеправовой, скандинавской и латиноамериканской правовых семей. Правоведы, разделяющие эту точку зрения, придают особое значение трудам христианских философов, которые определяют «духовную сущность», отличительные признаки и, наконец, направление развития основных мировых правовых систем. Можно проследить христианские корни отдельных правовых актов²².

Сравнительное исследование славянских правовых систем началось в XIX в. в странах Восточной Европы. Первооткрывателем стал польский правовед В. А. Мацийовский (W. A. Maciejowski) (1793—1883), который в 1832—1835 гг. опубликовал четырехтомную историю славянского законодательства. Эта работа должна была показать, что в Европе в дополнение к римскому и германскому праву есть законодательство, отличное по своему образованию и оригинальное по своему развитию — славянское законодательство²³. Оперативный перевод данной работы на немецкий язык сделал ее доступной для западноевропейских компаративистов²⁴.

²⁰ Последний значительный многотомный труд по сравнительному правоведению начинается с «правовых систем Восточной Европы» и после вступительных глав по истории и предмету сравнительного правоведения описываются «национальные правовые системы славянского мира»: российская, польская, чешская, болгарская и хорватская. Украина и Беларусь рассматриваются отдельно. См.: Сравнительное правоведение: национальные правовые системы / под ред. В. И. Лафитского. М., 2012. Т. I. С. 119—527.

²¹ Wigmore J. H. Panorama of the World's Legal Systems. Library ed., 1936. P. 733—808. Среди других исследователей, которые считали «славянское право» основой классификации семей правовых систем: Адемар Эсмейн (Adhémar Esmein) (1848—1913) и Адольф Ф. Шнитцер (Adolf F. Schnitzer) (1889—1989). См.: Schnitzer A. F. Vergleichende Rechtslehre. 1963.

²² Например: Папаян Р. А. Христианские корни современного права. М.: Норма, 2002; Зюбанов Ю. А. Христианские основы Уголовного кодекса Российской Федерации. М.: Проспект, 2007.

²³ Мацийовский В. А. История славянских законодательств. М., 1958. Т. I. С. 3.

²⁴ Среди западных компаративистов, которые отдавали должное славянскому праву, были Р. М. Дарест де ля Шаванн (R. M. Darest de la Chavanne) (1824—1911), опубликовавший несколько статей в 1880-х гг., которые потом вошли в его сборник *Études d'histoire de droit* (1889), позднее появившемся на русском языке: Дарест Р. Исследования по истории права. Репринтное изд. 2012. Один современный исследователь считает, что рецепция византийских правовых форм и норм была столь успешной по причине того, что «...Византия сама находилась под влиянием славянского элемента», см.: Синюков В. Н. Российская правовая система: Введение в общую теорию. 2-е изд. М.: Норма, 2010. С. 106.

В Российской империи русские и украинские правоведы выработали свой собственный подход. Так, Николай Дмитриевич Иванишев (1811—1874) убедительно доказал, что российское уголовное законодательство может быть осмыслено только на основе славянского законодательства в целом. Возникла национальная школа славянского права, что привело к убеждению, что русское средневековое право должно изучаться путем сравнения его с правом других славянских народов. М. Ф. Владимирский-Буданов (1838—1916), Ф. И. Леонтович (1833—1911), И. М. Собесьянский (1856—1896), Бальтазар Богишич (1834—1908), Ф. В. Тарановский (1875—1936) и другие ученые были активными сторонниками постулата о том, что славянское право следует изучать в сравнении с другими правовыми традициями, но в отдельности от них²⁵.

В своих Ильчестерских лекциях в Кембриджском университете в 1900 г. Федор Федорович Зигель (1845—1921), действительный профессор Варшавского университета, предположил, что славянское право — это право сельского населения, и т.к. славянские народы жили в соответствии со своими старинными обычаями, которые сохранялись благодаря традиции, оно ближе к английскому и американскому праву, чем к праву континентальной Европы. С этой точки зрения нормы славянского права в большей степени независимы от римского и канонического права, чем европейские. Славяне сами выработали свои правовые нормы. Безусловное и значительное влияние иностранных идей сводилось к идеям и не затрагивало сами нормы²⁶.

Фундаментальная доктрина, разработанная русскими, украинскими и другими компаративистами в XIX в., в значительной степени поддерживается их современными коллегами, которые разделяют идею семьи славянского права и правовых систем. Они считают, что в славянском праве «христианские ценности находят свое наиболее полное воплощение»²⁷. Они отмечают, что славяне — это крупнейший и, возможно, самый древний этнос в Европе, в настоящее время объединяющий около трети ее населения. Они полагают, что в последние десятилетия славянское право развивается с наибольшей скоростью, оказывая все большее влияние на другие христианские правовые семьи.

Отличительные особенности славянского права, в том числе российского и украинского, заключаются в определенных взаимоотношениях между государством, правом и гражданами, в которых закреплены (независимо от того, что исторический опыт показывает обратное) деперсонализация власти, неклассовая и негосударственная организация общества, необычно сильное чувство коллективизма и общности. Экономическое развитие с этой точки зрения происходит на основе коллективных форм хозяйственной организации, выраженных в крестьянской общине, артели, сельскохозяйственном кооперативе, трудовой демократии, традициях местного самоуправления и др. Гражданин обладает специальным статусом, в котором коллективные элементы доминируют в его правосознании и не существует четкой границы между личностью (индивидуализмом) и социальным государством.

Российская правовая система в романо-германской правовой семье. Компаративисты, считающие российскую правовую систему неотъемлемой частью романо-германской семьи правовых систем, отмечают влияние правовых традиций, ценностей и норм континентальной Европы на развитие российского права, нахождение России в рамках европейской правовой практики и правового развития, большое сходство между российским

²⁵ Damirli M. A. Comparative-Legal Science in Ukraine: Theoretical-Methodological Traditions // Journal of Comparative Law. 2013. VIII. С. 1—44.

²⁶ Sigel F. Lectures on Slavonic Law. London, 1902.

²⁷ Лафитский В. И. Указ. соч. Т. 1. С. 200. Ср.: Лукьянов Д. В. Религиозные правовые системы: свойства и классификации (Religious Legal Systems: Features and Classifications) в сборнике под редакцией Батлера, Кресина и Шемшученко в сноске 4 выше с. 304—317. Лукьянов не выделяет правовые системы в христианской традиции.



подходом к праву и правовым институтам и доктриной континентальной Европы²⁸. Компаративисты, разделяющие «социалистическую правовую традицию» развития в пределах романо-германской правовой традиции, тем более считают Россию ее частью. Многие российские компаративисты описывают российскую правовую систему как тяготеющую к романо-германской семье.

В то время как некоторые отмечают, что российская правовая система не имеет принципиальных отличий от правовых систем континентальной Европы, следует признать, что «российская правовая система все еще не стала стабильной по сравнению с ведущими правовыми системами семьи континентального права»²⁹. Другими словами, она все еще находится в переходном состоянии от социалистического прошлого к неопределенному будущему.

Российская правовая система как смешанная правовая система. Чистых, без примесей, правовых систем не существует и, вероятнее всего, никогда не было. Все правовые системы являются смешанными. Тот факт, что определенная правовая система в целях классификации объединяется в одну группу с другими, кроме всего прочего, предполагает аналитическое смешение. Термин «смешанная правовая система» используется в различных теоретических работах иногда в отношении правовых систем, сочетающих в себе элементы «гражданского права» и «общего права», иногда в отношении «третьей семьи» правовых систем, сочетающей в себе дублирующие друг друга элементы «гражданского права» и «общего права»; иногда для обозначения других комбинаций правовых традиций (религиозных, племенных, социалистических, обычных, гражданских, общих и т.д.). Несмотря на то, что проблема смешанных правовых систем уже стала предметом большого количества исследований в последнее время, Россия удостоилась в них лишь краткого упоминания в качестве «переходной» правовой системы³⁰.

История российского права дает более чем достаточные доказательства множественного влияния других правовых традиций на всей территории России, но только не классического соседства «гражданского права» и «общего права». Если и есть сколько-нибудь серьезный след влияния «обычного права» в России, он датируется периодом с 1991 г. и является следствием отдельных правовых реформ, материал для которых черпался в англо-американской правовой практике и элементах «общего права», присущих европейским правовым институтам и нормам. При любом определении смешанной правовой системы Россия была бы одним из самых интересных ее примеров.

Значение классификаций. Классификация правовых систем может иметь практическое значение. В международных договорах и арбитражных оговорах содержатся отсылки к основным правовым системам мира как критерию представительства в международных судебных трибуналах (ст. 9 Статута Международного суда; ст. 2(2) Статута Международного морского трибунала) или даже третейских судах. На основании таких критериев должна ли Россия считаться частью романо-германской правовой традиции и соревноваться с другими юрисдикциями континентальной Европы или даже Латинской Америки и Японии за право избирать представителей в Международный суд? Или понятие основной правовой системы на практике относится к комбинации географического представительства и статуса великой или влиятельной державы?

²⁸ Анализ опыта европейского частного права, который различен в восточноевропейской и западноевропейской доктринах. см.: Kharitonov E. O., Kharitonova O. I. Classification of European Systems of Private Law // Foundations of Comparative Law: Methods and Typologies / Ed. by W. E. Butler, O. Kresin, I. Shemshuchenko). London, 2011. P. 255—275.

²⁹ Власов В. И., Власова Г. Б., Денисенко С. В. Указ. соч. С. 220, 221.

³⁰ Özücü E. What is a Mixed Legal System? Exclusion or Expansion? // Mixed Legal Systems at New Frontiers / Ed. E. Özücü. 2010. P. 77.

Классификации правовых систем использовались в судебных и арбитражных производствах, чтобы повлиять на исход процесса. Было предложено, например, чтобы предполагаемый пробел в российском праве был заполнен по аналогии нормой из другой правовой системы. Если речь зашла об аналогии, то к каким правовым системам следует обратиться: постсоциалистическим, романо-германским, технократическим, смешанным, к праву Совета Европы или другим?

Преподавание и исследование российского права

В европейских и американских юридических школах российское право как отдельный предмет не преподавалось до 1917 г., то же самое можно сказать и о советском праве в период между войнами³¹. Начало изучения советского права как части юридического образования приходится на время после Второй мировой войны, когда международный статус Советского Союза резко изменился — он стал великой державой. Российское право упоминалось в англо-американских исследованиях начиная с XVI в., серьезные исследования по этому предмету появились в XIX в. в основном в Англии (Барон Александр А. Хейкинг (Baron Alexander A. Heyking), 1860—1930), во Франции (Эрнест Лер (Ernest Lehr), 1835—1919) и в Германии и переросли в изучение советского права с 1918 г. В период между войнами советское право изучалось в основном как правовая система большой страны, чье законодательство и институты были частью свода зарубежного права, а для некоторых из-за того, что Советский Союз претендовал на постановку новой задачи использования права в целях изменения общества. Сторонники перемен в стране, которая стала Советским Союзом, верили, что содержание правовых реформ представляет большой интерес для единомышленников за границей³². Правительства и коммерческие фирмы нуждались в информации о правилах, применяемых к транснациональным сделкам. Для большинства русский язык представлял значительную трудность, но небольшое количество российских юристов-эмигрантов (в том числе в Англии: Самюэль Добрин, Борис Елкин, Александр Гальперин и Марк Вольф; в США: Джордж К. Гуинс, Александр Н. Сэк и Тимоти А. Таракоуцио; в Германии: Александр Н. Макаров; во Франции: барон Борис Нолде, Александр Стоянович, М. А. Таубе; в Германии и Швейцарии: Иван А. Ильин) сохранили российские правовые традиции вплоть до 1950-х. Количество англо-американских выпускников юридических школ, получивших достаточное образование для серьезных занятий сравнительным правоведением или юридической практикой, было и остается весьма небольшим.

³¹ Однако лекции по советскому праву могли идти в рамках общего курса сравнительного правоведения; например у Т. А. Таракоуцио (T. A. Tarascouzio) (1896—1958) в Гарвардской школе права в середине 1930-х гг. Кроме того, как право Российской империи, так и советское право преподавались эмигрировавшими российскими правоведом в Берлине, Харбине, Париже, Праге и Софии в рамках факультетов российского права за границей. Право Российской империи действовало после 1917 г. в прибалтийских государствах, восточной Польше, на территориях, контролируемых Дальневосточной железной дорогой в Маньчжурии до 1939 г. См.: Пономарева В. П. Правовое пространство в Харбине : Россия за рубежом (Legal Space in Harbin: The Russia Abroad) // Journal of Comparative Law. 2013. VIII. Также см.: Стародубцев Г. С. Международно-правовая наука российской эмиграции (1918—1939). М. : Книга и бизнес, 2000 ; Батлер У. Э. Российские юристы-международники в эмиграции: первое поколение (Russian International Lawyers in Emigration: The First Generation) // Journal of the History of International Law. 2001. III. С. 235—241.

³² О влиянии советской правовой системы на западное общество см.: Quigley J. B. Jr Soviet Legal Innovation and the Law of the Western World. 2007 ; Stephan P. B. The Impact of the Cold War on Soviet and US Law: Reconsidering the Legacy // The Legal Dimension in Cold-War Interactions: Some Notes from the Field / ed. T. Borisova, W. B. Simons. 2012. P. 149—158 ; рецензия в Journal of Comparative Law. 2012. VII. С. 334—341.



Главным западным исследовательским центром с 1925 г. стал Институт восточных исследований (Institut für Ostrecht) в Германии под руководством Генриха Фройнда (Heinrich Freund) (1885—1946) в Университете Гейдельберга. Институт публиковал прекрасный журнал *Zeitschrift für Ostrecht*, в котором первые 10 лет его существования на постоянной основе печаталось много советских юристов.

В сравнительно-правовых исследованиях в целом до 1939 г. преобладало убеждение, что основной задачей дисциплины является определение и развитие основных или общих принципов права, по крайней мере в главных современных правовых системах. Гармонизация и унификация стали самыми желанными целями, особенно по мнению тех, кто хотел перестроить мир после кровавой бойни Первой мировой войны. Для тех, кто считал российскую правовую систему разновидностью романо-германской гражданской традиции, революции 1917 г. не стали непреодолимым барьером к унификации и гармонизации права. Однако насколько советские претензии на то, что Советский Союз является качественно новой и более высокой социально-экономической, политической и правовой системой, были обоснованы, настолько становилось меньше оснований для гармонизации и кодификации даже при наиболее благоприятном международном политическом климате.

После Второй мировой войны эти основания испарились вместе с развязыванием холодной войны. С одной стороны, группа государств, контролируемых коммунистическими режимами, увеличилась с Советского Союза, Монгольской Народной Республики³³, Китайской Советской Республики³⁴ и короткого эпизода с Венгерской Советской Республикой до Центральной и Восточной Европы, Китая, Вьетнама и Кубы и, возможно, даже части третьего мира, где можно было найти «правовые системы социалистической ориентации»³⁵. Усиление политической враждебности и конфронтации хоть и привело к печальным результатам — разрыву важных связей, стимулировало краеведческие и отраслевые исследования в регионе. Сравнительно-правовые исследования столкнулись не просто с другой правовой моделью, но с моделью, которая была воспринята, перенесена, поглощена, ассимилирована в странах совершенно разных правовых культур, языков, революционного опыта, ценностей и традиций.

В период холодной войны изучение советского права на Западе в основном было отражением принципа «знать своего врага»: понимать, как он живет, развивать понимание и коммуникацию, чтобы исключить ошибки в расчетах и минимизировать неправильное восприятие в ядерный век, определить и прояснить противоположные позиции и ценности. Профессор Гарольд Дж. Берман (Harold J. Berman) (1918—2007) отмечал во вступлении к своему комментарию к советскому праву: «Правовая система живо и доподлинно отражает то, что представляет собой общество. Она показывает как пожелания, так и практику»³⁶. Значимая гармонизация и унификация права на международном уровне были недостижимы в таких условиях, Восток идеологически отвергал их, как и перспективу определения и развития основных принципов внутреннего права, общих для главных правовых систем мира.

В это время изучение советского права нашло свое место во вселенной, именуемой сравнительным правоведением. Это было вызвано ощущением необходимости изучения зарубежного и внутреннего права в более широком контексте, включающем философию, историю, социологию, экономику и политику, чтобы лучше понимать других, а в конечном счете — себя. Составители программ изучения славянского и восточноевропейского пра-

³³ Butler W. E. The Mongolian Legal System. 1982.

³⁴ The Legal System of the Chinese Soviet Republic, 1931–34 / ed. W. E. Butler. 1983.

³⁵ Hazard J. N. Communists and Their Law. 1969.

³⁶ Berman H. J. Justice in the U.S.S.R. 1963. P. 3.

ва быстро поняли, что знание права и правовых институтов будет необходимо для понимания советского общества и группы стран, называемых социалистическими³⁷; большинство специалистов советского права поддерживали тесные связи со славянским правоведением как частью инфраструктуры их области специализации.

Последние четыре десятилетия советского права при советской власти изучались западными студентами подробно и с энтузиазмом. Программа включала: во-первых, процессы десталинизации; создание и упадок структур, предназначенных для продвижения «права экономической интеграции социалистического содружества»; постулирование, а затем отказ от политики, направленной на уничтожение права в обществе, строящем коммунизм; появление советской юридической профессии, сыгравшей значительную роль в деле продвижения права в обществе; застой в экономике и общественной системе, а также рыночные меры, призванные исправить ситуацию; окончательный распад советских структур (но не советского права). Доступ к материалам стал гораздо легче, частично благодаря применению более демократических процедур в отношении раскрытия нормативных документов, частично по причине значительно большего спроса на знание местного права среди зарубежных юристов и частично благодаря громадной работе, проделанной западными правоведами по переводу российских текстов³⁸. В настоящее время западному студенту, изучающему право, все еще легче найти английский перевод российских законодательных документов, нежели документов любой другой континентальной европейской юрисдикции.

Распад Советского Союза в какой-то степени повлиял на стандартные причины изучения советского права. Более пространные знания и улучшение понимания России столь же важны в настоящее время, как это было в отношении закрытого советского общества. Идеологическая составляющая политического напряжения и недоверия между Востоком и Западом сильно поблекла, но не исчезла совсем. Право остается общим интересом и механизмом разрешения споров между Россией и другими странами. Современная российская власть придает ему большее значение, чем предшественники, как на внутреннем, так и на международном уровнях. Право действительно сейчас играет даже большую роль, чем в прошлом. Когда правительства расширяют сферы сотрудничества, иностранные инвесторы постоянно работают в России, а российские — за рубежом, необходимость хорошего знания правовых норм и институтов очевидна.

Хотя положение российского права в составе сравнительного правоведения безусловно изменилось, студентам оно дает такой же большой объем информации для сравнительно-правового исследования, как и другие европейские системы, а также представляет фундаментально отличные и неоднозначные подходы и позиции. Российское право — это правовая система, действующая в пределах одного государства и одновременно в пределах федеративной системы субъектов Российской Федерации, некоторые из которых сами признаны суверенными государствами. Российское право продолжает поиск своей идентичности в кластере или семье правовых систем. Несмотря на дискредитацию идеологии марксизма-ленинизма, мощные разнонаправленные течения предлагают ей замену, что отличает Россию от Запада. Переход от плановой экономики к рыночной не был осуществлен еще ни одним государством прежде; российское право стало основной движущей

³⁷ Доклад Хейтера (Hayter Report), вышедший в 1968 г. в Соединенном Королевстве, связан с именем профессора Джорджа Китона (George Keeton) из Университетского колледжа Лондона, которому была необходима поддержка для получения должности ридера по советскому праву, позднее переименованную в должность ридера по сравнительному правоведению.

³⁸ О собственном вкладе автора в эту работу см.: *Butler W. E. International and Comparative Law : A Bibliography with Annotations and Notes of the Published Writings and Reports of William E. Butler. 2nd ed., 2014.*



силой этого перехода. Не менее увлекателен переход от однопартийного авторитаризма к многопартийной демократии на основе правового государства, политического плюрализма, принципа разделения властей, системы сдержек и противовесов.

Можно было бы проследить влияние революции на предыдущий правовой и общественный порядок в нескольких обществах, в том числе английском, американском и французском. Но Россия является более современным и захватывающим примером в двух отношениях: первой была революция, направленная против капитализма, второй — против социалистического авторитаризма. Динамика и результаты обеих лучше всего прослеживаются в правовой системе.

Противоречия между революционными изменениями и необходимостью порядка, стабильности и предсказуемости проявляются в сущности права и правовых реформ, в природе и роли юридической профессии, источниках права и планах его кодификации, систематизации и распространения, а также в функциях государственных и негосударственных организаций, созданных для администрирования и усиления законности. Несмотря на то, что российское право воздерживается от образовательной роли, так свойственной марксизму-ленинизму и понятию «советский человек», оно поддерживает концепцию влияния права на характер и формирование личности, соответственно законодатель должен учитывать, как законодательство влияет на общественное поведение.

В настоящее время российское право, как раньше советское право, видит себя чем-то большим, чем просто национальное право, — оазисом, в который можно заглянуть, чтобы теория права была полной. В советском платье российское право служило исторической и современной моделью для других правовых систем в социалистическом и третьем мире; советский и постсоветский опыт индустриального и постиндустриального времени³⁹ содержал положительные и отрицательные уроки, которые были полезны для других развитых правовых систем Запада. Как переходная правовая система в постсоветскую эпоху, российская правовая система своим примером оказала огромное влияние на другие независимые государства, образовавшиеся на территории бывшего Советского Союза, и сформировала основы возможного будущего права Содружества Независимых Государств⁴⁰.

Правовые аспекты перехода от плановой к рыночной экономике все еще имеют колоссальное практическое значение для западных юристов и инвесторов, работающих в странах СНГ. Понятия собственности, свободы договора, интеллектуальной собственности, государственного иммунитета, деликта, юридических лиц и правильное распределение правового регулирования между гражданской, семейной, земельной, хозяйственной, экологической и другими отраслями права практически оформились, за исключением некоторых трудных случаев согласования советского прошлого с российским настоящим и ближайшим будущим. В сфере административного права можно найти множество составов и взысканий, которые не имеют эквивалентов в англо-американском праве; в уголовном праве и процессе тождество публичных и личных прав, структура следствия и вынесения судебного решения даже в своей постсоветской форме и после длительного обсуждения с западными коллегами относительно норм, идей и ценностей в значительной степени отличаются от сходных положений в англо-американских правовых системах.

Сравнительно-правовые проблемы такой значимости и характера помогают нам переосмыслить наиболее важные социальные, экономические, культурные и правовые вопросы, которые встают перед нашей собственной правовой системой; причины, по

³⁹ Hazard J. N. Managing Change in the U.S.S.R. : The Politico-Legal Role of the Soviet Jurist. 1982.

⁴⁰ Синюков В. Н. Указ. соч.

которым такие проблемы возникают; исторические основы нашего права; настоящее место права в нашем обществе. Российское право, как и другие правовые системы, в том числе советская правовая система, предлагает удобный контекст, аналитический экран для рассмотрения наших собственных проблем с новой и, возможно, уникальной точки зрения.

Для практикующего юриста все эти соображения имеют совсем другое значение. Мы больше не говорим о коммерческих сделках с Россией: мы говорим об инвестиционных сделках, в которых иностранный инвестор действует в рамках российского законодательства и российское право является применимым правом. Большинство специальных советских институтов, созданных как часть государственной монополии внешней торговли, были расформированы, но их место заняли практики, которые по своей форме и содержанию оказались весьма тесно связаны с советским прошлым. Совокупность российского законодательства, в том числе недавнего прошлого, должна быть освоена западными практикующими юристами, предлагающими свои услуги в России или в связи с Россией.

Более того, ценность исследований в области российского права, как и в случае с Советским Союзом, выходит за границы традиционной сферы сравнительного правоведения. Практика российского государства в форме законодательства о внешних сношениях в самом широком смысле способствует развитию и толкованию международного права⁴¹. Несмотря на то, что идеологическая враждебность в настоящее время снята с повестки дня и Россия постепенно начинает участвовать в огромном разнообразии международных договоренностей, что раньше было запрещено, возрастает значение российского государства, которое будет влиять на кодификацию, рецепцию и применение международного права. Основополагающие элементы российского права продолжают быть весьма важными для обучения специалиста по международному публичному праву, т.к. формируют понимание основных правовых систем мира⁴².

Мы еще увидим, как быстро международно-правовая лексика марксизма-ленинизма исчезнет из дипломатических документов Российской Федерации, Россия является правопреемником бывшего Советского Союза в международных соглашениях. В той степени, в которой эта терминология связана с внутренними правовыми институтами, она, скорее всего, сохранится и окажет влияние на международные переговоры (например, соглашения о защите иностранных инвестиций, заключенные бывшим Советским Союзом с некоторыми западными государствами, не учитывают всю палитру терминов, которую предлагает русский язык для обозначения различных форм завладения). Некоторые нюансы российской юридической терминологии, не имеющие ничего общего с советским наследием, могут быть причиной неловких моментов в международных переговорах публичного или частного характера.

Российский юрист-международник является продуктом внутригосударственной системы юридического образования, советской или постсоветской. Его понимание права, манера и стиль аргументации и изложения взглядов, его правосознание в значительной мере связаны с местной правовой средой и правовым наследием. Местная правовая среда также формирует понимание юристом-международником роли юриста в подготовке юридического заключения для работодателя или клиента.

В широком смысле исполнение международных правовых договоренностей может зависеть от эффективности национальных правовых систем или наличия в них препятствий. Российская Конституция 1993 г. действительно является выдающимся документом,

⁴¹ См. *Butler W. E. Russian Foreign Relations and Investment Law*. 2006.

⁴² *Butler W. E. Comparative Approaches to International Law. Recueil des cours, CXC, 1985. С. 9—89.*



благодаря которому обычные и договорные нормы международного права стали неотъемлемой частью российской правовой системы (ст. 15). Но в России эта ситуация осложнена федеративной структурой. Авторы международных соглашений должны учитывать не только внутрисударственные формальности, связанные с одобрением международных соглашений, но и местный правовой контекст, в котором они будут действовать. Вот и все, за некоторым исключением, задачи, в решение которых наука сравнительного правоведения, в том числе исследования по российскому праву и праву СНГ, может внести свою весьма важную лепту, что будет способствовать улучшению понимания характера и эффективности международного права.

Сравнительное правоведение в России

Изучение иностранного права стало частью формального юридического образования в России практически с самого начала введения последнего, в особенности благодаря иностранному происхождению преподавателей и их слабому знанию русского языка. Византийские и европейские корни российского законодательства исследовались российскими историками XVIII столетия; римское право преподавалось в Московском университете с момента его создания в 1755 г. и было включено в учебную программу Российской академии наук с 1725 г. (была всего горстка студентов — потомков иностранцев, поселившихся в России). Сопоставление российского и римского права А. А. Артемьева (ок. 1740—1820), написанное на основе лекций первого профессора права Ф. Г. Дильтея (F. G. Dilthey) в Московском университете, может претендовать на звание первого печатного российского исследования по сравнительному правоведению⁴³. Российские работы по китайскому праву были осуществлены в форме перевода китайских юридических текстов⁴⁴.

Иностранное законодательство, особенно шведское, изучалось и адаптировалось при Петре Великом. Екатерина II, кроме всего прочего, читала Ч. Беккарию, У. Блэкстона и Ш. Монтескье. Их работы были переведены на русский язык в развитие правовых реформ. М. М. Сперанский и его единомышленники имели значительные познания в французском и немецком праве и использовали их при подготовке законодательных проектов при императоре Александре I. Они также увлекались идеями И. Бентама, что побудило их перевести его главную работу о кодификации на русский язык⁴⁵.

Основная работа по библиографии российского права была опубликована в 1891 г., насчитывала более 200 наименований и была посвящена «сравнительно-историческому методу, применяемому к изучению истории российского права»⁴⁶. Среди российских ученых-первопроходцев в науке сравнительного правоведения можно назвать Н. М. Коркуно-

⁴³ *Артемьев А. А.* Краткое начертание римских и российских прав с показанием купно обоих равномерно, как и чиноположения оных историй. М., 1777.

⁴⁴ *Леонтьев А. Л.* Китайское уложение. В 2 т. 1778—1779 (рецензия в «СПб. Вестник», 09.1779, IV, с. 202—222). См. также: *Леонтьев А. Л.* Тайцин гурунь и ухери коли, то есть все законы и установления китайского (а ныне манжурского) правительства. В 3 т. 1781—1783. (А. Л. Леонтьев был советником в Коллегии иностранных дел Российской империи. Оба источника можно найти в библиотеке Йельской школы права.)

⁴⁵ *Бентам И.* Рассуждение о гражданском и уголовном законоположении: С предварительным изложением начал законоположения и всеобщего начертания полной Книги законов и с присовокуплением опыта о влиянии времени и места относительно законов / пер.: М. Михайлов. В 3 т. 1805—1811.

⁴⁶ *Загоскин Н. П.* Наука истории русского права. Ее вспомогательные знания, источники и литература. Казань, 1891. С. 13—34.

ва (1853—1904), В. И. Сергеевича (1832—1910), К. И. Малышева (1841—1907), Н. П. Загоскина (1851—1912), М. М. Ковалевского (1851—1916), П. Г. Виноградова (1854—1925), С. А. Муромцева (1850—1910), Г. Ф. Шершеневича (1863—1912) и Ф. В. Тарановского (1875—1936)⁴⁷. Например, Ковалевский писал работы о пользе сравнительного метода в изучении российского права⁴⁸. Компаративист А. А. Башмаков отмечал, что сравнительный метод стал так популярен, так моден, что «в настоящее время в России нет учебника по процессу или любой иной отрасли права, который не воздает должного духу времени; даже пособие по практической юриспруденции с претензией на полноту обрушивает на наивного читателя массу фактов, не снабженных никакими выводами и собранными из различных законодательств»⁴⁹.

Считается, что сэр Павел Виноградов, ставший корпус-профессором в Оксфордском университете в 1903 г. после того, как оставил кафедру в Московском университете, все свои работы писал на основе сравнительного метода⁵⁰.

В советский период сравнительно-правовые исследования строго ограничивались. Несколько советских юристов написали интересные работы по сравнительному праву в 1920-е гг., но к концу десятилетия сравнительно-правовые исследования свелись к ритуальному контрастному самоутверждению советского права в противопоставлении его «буржуазному» или к исключительно описательным, но довольно полезным отчетам об иностранных правовых системах.

Просветительский подход стал возможен только в начале 1960-х гг. Сравнительный метод был признан полезным для анализа советской правовой системы самой по себе и законодательства 15 союзных республик. Сравнение также было важно для исследования других социалистических правовых систем, т.к. Совет экономической взаимопомощи (СЭВ) предпринимал меры для гармонизации и унификации права. Расширение международных контактов бывшего Советского Союза требовало хорошего знания иностранных правовых систем, в том числе систем социалистической ориентации. Несмотря на то, что советские юридические научно-исследовательские институты имели внушительное количество специалистов по отдельным отраслям права иностранных государств, ни академии наук, ни университеты не создавали факультетов или кафедр, посвященных исключительно сравнительному правоведению. Даже во время перестройки сравнительное правоведение развивалось медленно, хотя термин «сравнительное правоведение» постепенно появлялся в названиях отделов научно-исследовательских и образовательных институтов.

Применение сравнительного правоведения на практике началось в России и СНГ с открытием офисов иностранных юридических фирм, а впоследствии и офисов россий-

⁴⁷ Некоторые из этих ученых имеют украинское происхождение, и справедливо считается, что они стоят у истоков украинской правовой науки и изучения сравнительного правоведения. См.: *Damirli M. Op. cit.*

⁴⁸ *Ковалевский М. М.* Историко-сравнительный метод в юриспруденции и приемы изучения русского права. 1880 ; *Он же.* Сравнительно-историческое правоведение и его отношение к социологии // Сборник по общественно-юридическим наукам / под ред. Ю. С. Гамбарова. 1899. Т. I. С. 9.
Юридическая антропология в традиции этих ученых переживает возрождение в изучении российского права, особое внимание уделяется обычному праву. См.: *Ковлер А. И.* Антропология права. М., 2002.

⁴⁹ Юридический вестник. 1882. XXII. С. 551—552.

⁵⁰ Информацию об ученом и библиографию его основных работ см.: *Russian Legal Biography. Series 1. Russian Historical Legal Biography / W. E. Butler, V. A. Tomsinov. Vol. 1. London, 2007. P. 368—386.*



ских юридических компаний за рубежом. Многие молодые российские юристы получили дипломы иностранных университетов в России или других странах, немало западных юристов — дипломы российских юридических вузов. Стали появляться диссертации по сравнительному правоведению, переводы важных иностранных кодексов и модельного законодательства, ведущих иностранных трактатов на русский язык и важных российских трудов на иностранные языки, наладилась совместная работа российских и иностранных юристов. Общество сравнительного правоведения, основанное в мае 2000 г. в Москве, с 2001 г. публикует «Ежегодник сравнительного правоведения». Российские студенты-юристы осваивают хотя бы один иностранный язык в качестве обязательно-го, некоторые учат два. Материалы на иностранном языке являются неотъемлемой частью дипломной работы, которую каждый студент обязан написать, чтобы получить диплом, диссертанты обязаны публиковать работы в иностранных журналах, что является условием получения научной степени. Глобализация как явление и знакомство с большим юридическим сообществом признается движущей силой российского юридического образования.

Российское право во второй декаде третьего тысячелетия начинает выстраивать свое новое положение в сообществе мировых правовых систем. Оно сохраняет свою близость, как и раньше, континентальной европейской правовой традиции, но не является ее частью, все еще остается отстраненным, неприсоединившимся, связанным с правовым наследием двадцатого столетия, все еще в «переходном периоде» с неясной конечной целью.

КАНАДА — ЛИДЕР КОНСТИТУЦИОННОГО МЕЙНСТРИМА?

В статье рассматриваются современные тенденции глобального сравнительного конституционализма, а также основные направления конституционализации правовой системы Канады. Делается вывод о последовательной конституционно-правовой политике государства по воплощению конституционных ценностей в жизнь канадцев, которая позволяет Канаде быть идеальной моделью сравнительного права.

Ключевые слова: правовая система Канады, Хартия прав и свобод Канады, конституционализация, конституционно-правовая политика.



**Сергей
Владимирович
КАБЫШЕВ,**
кандидат
юридических наук,
доцент кафедры
конституционного и
муниципального права
Университета имени
О.Е. Кутафина (МГЮА)

S. V. KABYSHEV,

*PhD in Law, Associate Professor of the Department
of Constitutional and Municipal Law
of the Kutafin Moscow State Law University (MSLA)*

IS CANADA THE LEADER OF THE CONSTITUTIONAL MAINSTREAM?

This article presents the contemporary tendencies of global comparative constitutionalism, as well as the principal directions of constitutionalization of the Canadian legal system. The conclusion is made about the consistent constitutional and legal government policy on implementation of constitutional values into the Canadians lives, which allows Canada to be the ideal model of comparative law.

Keywords: Canadian legal system, Canadian Charter of Rights and Freedoms, constitutionalization, constitutional and legal policy.

В 2012 г. американские ученые Дэвид Лоу из Университета Вашингтона в Сент-Луисе и Мила Верстег из Университета Вирджинии опубликовали результаты своего сравнительного исследования конституционных реформ в более чем 80 странах мира последних трех десятилетий. По их мнению, Конституция США, которая была принята 17 сентября 1787 г. и 200 лет являлась образцом при разработке конституций большинства стран, становится все более далекой от «конституционного мейнстрима», а титул идеальной модели сравнительного конституционализма переходит к Канаде¹.

В качестве возможных причин такой ситуации авторы называют:

1. Появление более привлекательных конституционных систем, в которых закреплены национальные ценности и традиции, а не скопированы универсальные нормы о правах человека.
2. Общее снижение американской гегемонии в мире.

¹ Law D. S., Versteeg M. The Declining Influence of the United States Constitution // New York University Law Review. 2012. Vol. 87. № 3. P. 762—858.



3. Судебное местничество.
4. Конституционное устаревание.
5. Эффект усталости от «американской исключительности»².

Вполне естественно, что этот сенсационный вывод вызвал бурную научную дискуссию в США и Канаде³.

Даже член Верховного суда США Рут Бейдер Гинзбург, которая давала клятву «поддерживать и защищать Конституцию Соединенных Штатов Америки от всех врагов»⁴, заявила об утрате ее влияния в мире и рекомендовала обращаться к более современным конституционным документам Южной Африки и Канады, где, по ее мнению, удалось добиться прогресса в реальной защите прав граждан⁵.

Выдвижение Канады на роль лидера конституционного мейнстрима — это открытие⁶. Тем более что доминируют представления о правовой системе Канады как о слепке с английского образца, модифицированного под влиянием США⁷. Отражают ли они реальную картину? По мнению Д. Лоу и М. Верстег — нет.

Конституционная история Канады началась в 1867 г., когда английским парламентом был принят Акт о Британской Северной Америке. Правовая система Канады была основана на английском общем праве, в провинции Квебек применялось французское гражданское право, при этом сильное влияние оказывали американские правовые доктрины. Невозможно было игнорировать и традиции коренных народов Канады и обычаи, привнесенные многочисленными иммигрантами. Элементы правовой системы Канады представляли собой различные культуры и традиции, нередко они находились в состоянии конфликта.

Когда же в 1982 г. произошла «патриация»⁸ Конституции Канады, наступила новая эра в развитии Канады, цель которой Пьер Эллиот Трюдо, на тот момент премьер-министр Канады, сформулировал так: «создание общества, в котором все люди разделяют две главных ценности — свободу и равенство: где все равны между собой и имеют оди-

² Law D. S., Versteeg M. Op. cit.

³ Choudhry S. Method in Comparative Constitutional Law: a Comment on Law and Versteeg // New York University Law Review. 2012. Vol. 87. № 6. P. 2078—2087; Elkins Z., Ginsburg T., Melton J. Comments on Law and Versteeg's the Declining Influence of the United States Constitution // Ibid. P. 2088—2101; Jackson V. C. Comment on Law and Versteeg // Ibid. P. 2102—2117; Dodek A. The Canadian Constitution. Toronto: Dundurn Press, 2013; Geddes J. Is Canada's Charter Better than the US Constitution? // Globalpost.com. URL: <http://www.globalpost.com/dispatches/globalpost-blogs/commentary/canadas-charter-better-the-us-constitution> (дата обращения: 16.01.2015).

⁴ Текст присяги члена Верховного Суда США // Supremecourt.gov. URL: <http://www.supremecourt.gov/about/oath/textoftheoathsofoffice2009.aspx> (дата обращения: 16.01.2015).

⁵ Supreme Court justice: U.S. Constitution inferior // Wnd.com. URL: <http://www.wnd.com/2012/02/supreme-court-justice-u-s-constitution-inferior/#4FWajU3VPxB5FcG5.99> (дата обращения: 16.01.2015).

⁶ Под конституционным мейнстримом авторы понимают преобладающее направление развития современного конституционализма.

⁷ Цвайгерт К., Кёйтц Х. Сравнительное частное право. М., 2011. С. 227—228.

⁸ Patriation (букв. — «возвращение на родину») означало принятие новой формулы изменения Конституции Канады, ликвидировавшей зависимость от Великобритании (даже символическую), в соответствии с которой канадцы обладают всей полнотой власти изменять Конституцию Канады. Конституционный Акт 1982 г. в ст. 2 устанавливает, что никакой акт английского парламента, принятый после 1982 г., не будет распространяться на Канаду и являться частью ее внутреннего права.

наковые права, вытекающие из свободы»⁹. Включение Хартии прав и свобод (далее — Хартия) в Конституционный акт 1982 г.¹⁰, по мнению французского профессора Раймона Леже, конституционализировало основные права канадцев¹¹.

Хартия заменила ранее действовавший Билль о правах 1960 г., не имевший силы конституционного закона. Она придала закрепленным в ней правам и свободам высшую юридическую силу по сравнению с другими правами и свободами, в ней не указанными. Несомненным достоинством Хартии явилось закрепление равенства всех перед законом и запрещение дискриминации по признакам расы, национального или этнического происхождения, цвета кожи, религии, пола, возраста, умственных и физических недостатков (ст. 15). Хартия провозгласила официальными английский и французский языки, придав им равный статус.

Феномен «конституционализации», олицетворяющий процессы реализации конституционных прав и свобод, внедрение их в жизнь общества¹², является, по нашему мнению, тем ключевым фактором, который объясняет роль Канады на конституционной карте мира.

Конституционализация проявляется в национально-ориентированной внутренней и внешней политике Канады.

Хартия изменила работу правительственных чиновников: основным содержанием их деятельности является осуществление конституционной политики во всех сферах жизни общества. Под «конституционной политикой» в Канаде понимают курс действий государственных и общественных институтов по обеспечению равных возможностей для всех канадцев, реализации ценностей Хартии и прогрессивного развития страны¹³.

С принятием Хартии начался процесс гармонизации канадской правовой системы в целях отражения особенностей различных источников права в федеральном законодательстве. В 1985 г. были приняты законы о ревизии и консолидации действующего канадского законодательства и правилах его толкования¹⁴. В 1988 г. принят Закон об официальных языках Канады¹⁵, и федеральное правительство начало разработку своих законопроектов одновременно с двумя разработчиками — франкоязычным юристом (обычно специалистом по континентальному праву) и англоязычным юристом (специалистом по общему праву), чтобы конечный результат учитывал обе системы права. В 1993 г. Министерство юстиции Канады одобрило концепцию применения Гражданского кодекса Квебека в деятельности федерального правительства, в 1995 г. — руководство по разработке законодательных актов (его основная цель — обеспечить максимально полное отражение в каждой языковой версии закона и подзаконного акта обеих систем

⁹ *Trudeau P. E. Memoirs. Toronto : McClelland & Stewart, 1993.*

¹⁰ The Constitution Act. 1982. Schedule B to the Canada Act 1982 (UK), 1982. C. 11 // Canlii.org. URL: <https://www.canlii.org/en/ca/laws/stat/schedule-b-to-the-canada-act-1982-uk-1982-c-11/latest/schedule-b-to-the-canada-act-1982-uk-1982-c-11.html> (дата обращения: 16.01.2015).

¹¹ *Леже Р. Великие правовые системы современности: сравнительно-правовой подход. М., 2009. С. 117—122.*

¹² *Graglia L. A. The Legacy of Justice Brennan: Constitutionalization of the Left-Liberal Political Agenda // Washington University Law Review. 1999. Vol. 77. Issue 1. P. 183—192 ; Shmitter P. C. An Excursus on Constitutionalization // Constitutionalism Web-papers. 2000. № 3. URL: <http://les1.man.ac.uk/con.web> ; Bumpuk H. B. Верность Конституции. М., 2008.*

¹³ *James P. Constitutional Politics in Canada after the Charter: Liberalism, Communitarianism, and Systemism. University of British Columbia Press, 2010. P. 174.*

¹⁴ *Legislation Revision and Consolidation Act, 1985; Interpretation Act, 1985.*

¹⁵ *Official Languages Act, 1988.*



права). В 2001 г. в Канаде был принят первый федеральный закон «О гармонизации гражданского законодательства», в 2004 г. — второй и в 2011-м третий¹⁶.

По существу, Хартия произвела революцию в Канаде¹⁷, она изменила содержание всей правовой системы общества. Появились новые категории, понятия, конструкции, которые отражали объективные закономерности и логику правового развития Канады. Все источники права (прецеденты, доктрины англо-американского права, законы Великобритании и Франции и т.п.), которые раньше применялись в Канаде, подлежали пересмотру на предмет их соответствия канадской Хартии. Хартия прав и свобод, по утверждению Родерика А. Макдональда, который долгие годы был руководителем Федеральной комиссии по правовой реформе, была в основе их подхода к работе по консолидации нормативных актов. Комиссия рекомендовала генерал-губернатору исключать из нормативных актов устаревшие положения, принимая их в новой редакции и объединяя в сводных актах по отраслевому принципу, что также конституционализировало законодательство Канады¹⁸.

Необходимость решения отмеченных задач вызвала и институциональные изменения в системе органов государственной власти, участвующих в законотворческом процессе.

В 1985 г. был принят закон, регулирующий деятельность Министерства юстиции Канады, которым закреплена его особая роль в подготовке законопроектов¹⁹.

Министерство юстиции Канады обладает своеобразной монополией в правительстве на разработку законопроектов. Все инициативы, которые исходят от исполнительной власти любого уровня, оформляются в виде текста законопроекта сотрудниками Министерства юстиции. В Министерстве юстиции создан отдел разработчиков законопроектов (около 100 человек), которые вместе с юристами, работающими в отраслевых министерствах, осуществляют подготовку законопроектов. Разработчики законопроектов — вне политики, они профессионалы и должны составлять документы на основе правил юридической техники, содержащихся в разработанных Министерством юстиции Канады руководствах по составлению законопроектов и актов делегированного законодательства. Самым первым и обязательным элементом процесса разработки законопроекта в Канаде является оценка его основных положений на соответствие Хартии, являющейся составной частью канадской Конституции. Каждый участник законотворческого процесса заполняет специальную таблицу, в которой отмечает свое мнение по вопросам законопроекта. Если есть несоответствие Хартии, все другие позиции таблицы могут не заполняться, пока не снимутся конституционные противоречия. Обращение к конституционным актам — необходимое условие «эмоциональной настройки» на конституционный порядок. Таким образом обеспечивается качество подготовки проекта акта, основанное на объективности, единообразии понимания, с учетом двуязычия, являющегося одной из основных ценностей Хартии. Затем проект поступает замести-

¹⁶ Federal Law — Civil Law Harmonization Act.

¹⁷ Strayer B. L. Canada's Constitutional Revolution. University of Alberta Press, 2013. P. 360 ; Kelly J. B., Manfredi C. P. Contested Constitutionalism: Reflections on the Canadian Charter of Rights and Freedoms. University of British Columbia Press, 2009. P. 336 ; Harding M. S., Knopff R. Constitutionalizing Everything: The Role of «Charter Values» // Review of Constitutional Studies. Vol. 18. № 2. URL: <http://ualawccsprod.srv.ualberta.ca/ccs/index.php/journals/review-of-constitutional-studies> (дата обращения: 16.01.2015).

¹⁸ Macdonald R. A. Three Centuries of Constitution-Making in Canada: Will There Be a Fourth? // University of British Columbia Law Review. 1996. Vol. 30. P. 211—234.

¹⁹ Department of Justice Act, s. 4 (R.S.C., 1985, c. J-2) // Laws-lois.justice.gc.ca. URL: <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/J-2/> (дата обращения: 16.01.2015).

телю министра юстиции, который должен сделать свой вывод о его соответствии Хартии, подписав специальный сертификат. Тем самым осуществляется предварительный конституционный нормоконтроль²⁰.

Хартия конституционализировала и правосознание канадцев. «Хартия изменила работу юристов и сделала ее намного сложнее, — пишет профессор Монреальского университета Жан Леклер. — Главным критерием для них теперь является обеспечение прав и свобод. Это новый способ мышления, позволяющий для обоснования конституционности выводить из Хартии даже неписанные принципы»²¹. В Хартии содержится требование толковать ее с учетом целей сохранения и приумножения многокультурного наследия канадцев (ст. 27).

Канада стала первым государством, которое утвердило мультикультурализм в качестве основы конституционного строя общества. По результатам переписи населения 2011 г. в Канаде проживают представители 223 национальностей (этнических групп), которые разговаривают более чем на 200 языках²². Мультикультурализм (т.е. постоянная практика компромисса и толерантности) считается основополагающей чертой канадского общества, канадской сущностью, основой канадской самобытности. И даже общеканадской идентичности, т.к. концепция культурной мозаики объединяет канадские сообщества в единую нацию²³. В 1988 г. был принят специальный закон о сохранении и развитии мультикультурализма в Канаде²⁴. В основе канадского подхода лежит идея сохранения иммигрантами своей культурной идентичности, в отличие от американского подхода, делающего ставку на их ассимиляцию.

Основными принципами канадского мультикультурализма являются:

— *позитивное отношение к этнокультурным различиям*. Признание того факта, что культурное многообразие обогащает данное общество, делает его более жизнеспособным;

— *право на культурное отличие*. Все члены и группы сообщества имеют право на сохранение и поддержание своих культурных особенностей;

— *культурная ценность и взаимная толерантность*;

— *иерархически структурированная двойная (множественная) идентичность*. Каждый индивид по своему выбору может одновременно быть частью нескольких множеств, что делает их пересекающимися. Идентификация себя с государством (гражданская идентификация) является первичной, с той или иной группой — вторичной;

— *единство во множественности*. Культурная автономия той или иной группы признается в той мере, в какой она не противоречит общим базисным ценностям большинства, с которым идентифицирует себя государство (селективное сохранение культур);

— *право на равные шансы*. Культурные различия дополняются принципом недискриминации и равенства в социальной сфере²⁵.

²⁰ Кабышев С. В. Министерство юстиции Канады: позитивный опыт для России // Юридический мир. 2014. № 5. С. 54—57.

²¹ Leclair J. Canada's Unfathomable Unwritten Constitutional Principles // Queen's Law Journal, 2002. Vol. 27. P. 389—443.

²² Statistics Canada // Statcan.gc.ca. URL: <http://www12.statcan.gc.ca/census-recensement/index-eng.cfm?HPA> (дата обращения: 16.01.2015).

²³ Russell P. H. Constitutional Odyssey: Can Canadians Become a Sovereign People? University of Toronto Press, 2004. P. 190—201.

²⁴ Act for the preservation and enhancement of multiculturalism in Canada, 1988.

²⁵ Tierney S. Multiculturalism and the Canadian Constitution. UBC Press, 2007. P. 27—35.



В целях реализации политики мультикультурализма были приняты серьезные меры: введены федеральные законы об иммиграции и защите беженцев, о вещании (согласно которому периодические издания в стране выходят на 60 языках)²⁶, провинциальные законы²⁷, обеспечено финансирование и создана система государственных органов федерального и провинциального уровней, отвечающих за ее проведение²⁸.

Конечно же, провал идеи мультикультурализма в Европе, о чем официально заявили политические лидеры Англии, Германии и Франции в 2012 г., во многом был обусловлен непоследовательной государственной политикой в этих странах. Но является ли государственная политика залогом устойчивой неконфликтной интеграции этнокультурных и этноконфессиональных сообществ в едином государстве? По мнению Д. Лоу и М. Верстег, конституционализм в большинстве стран связан не с универсальными нормами в области прав человека, а с национальными, культурными, религиозными и социальными ценностями, которые и закреплены в конституциях²⁹. То есть государственная политика должна быть основана на национальных конституционных ценностях?

Статья 52 канадского Конституционного акта 1982 г. устанавливает, что любой закон, который не соответствует Хартии (или иным положениям Конституции Канады, которая включает в себя также Акт о Британской Северной Америке 1867 г. и все дополнения к нему), не имеет юридической силы. А в ст. 1 и 7 Хартии закреплено, что законодательные ограничения гарантируемых ею прав и свобод должны быть разумными и оправданными в свободном и демократическом обществе, и только суд может признать закон, не соответствующий положениям Конституции, недействительным.

В 1985 г. был принят новый закон о Верховном суде Канады³⁰, укрепляющий его статус высшей судебной инстанции в стране. В соответствии с ним Верховный суд не только остался главным апелляционным судом Канады, но и был наделен полномочиями по проверке конституционности федеральных и провинциальных законов, подзаконных актов, полномочий парламента Канады, законодательных собраний провинций и их правительств. Суд рассматривает дела на основе ценностей, закрепленных в Хартии. Он выступает советником федерального правительства, рассматривая по его запросу вопросы о толковании Конституции. Суд обеспечивает единство, согласованность понимания конституционных принципов во всей правовой системе Канады³¹.

За 30 лет, прошедших после принятия Хартии, Верховный суд Канады рассмотрел около 500 конституционных дел, из них в 40 % требования истцов были удовлетворены³².

²⁶ Broadcasting Act, 1991.

²⁷ Например: The Manitoba Multiculturalism Act, 1992.

²⁸ Министерство наследия Канады и Министерство иммиграции и мультикультурных связей провинции Онтарио // URL: <http://canadianheritage.gc.ca/> (дата обращения: 16.01.2015).

²⁹ Law D. S., Versteeg M. Op. cit. P. 762—858.

³⁰ Supreme Court Act (R. S. C., 1985, c. S-26) // Laws-lois.justice.gc.ca/ URL: <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/S-26/> (дата обращения: 16.01.2015).

³¹ Allard F. The Supreme Court of Canada and Its Impact on the Expression of Bijuralism. Department of Justice, 2001 // Justice.gc.ca. URL: <http://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/csj-sjc/harmonization/hfl-hlf/b3-f3/bf3a.pdf> (дата обращения: 16.01.2015) ; L'Heureux-Dubé C. Bijuralism: A Supreme Court of Canada Justice's Perspective // Louisiana Law Review. Vol. 62. № 2. Winter 2002. P. 450—465.

³² McLachlin B. The Canadian Charter of Rights and Freedoms. First 30 Years: A Good Beginning // Supreme Court Law Review. 2013. Vol. 61. P. 25.

Канадские ученые подчеркивают, что сама процедура подготовки и рассмотрения дел Верховным судом Канады подверглась конституционализации³³. Это выразилось в концепции прогрессивного «конституционного» и целенаправленного толкования правовых норм, с помощью которого: уточняется нормативное содержание статьи закона; преодолеваются коллизии между нормами путем поиска баланса содержащихся в них конкурирующих конституционных ценностей; выявляются системные, иерархические связи между отдельными нормами правовых институтов защиты прав и свобод; придается новое, современное содержание норме «доконституционного» закона. В отношении Хартии Суд признал, что он поддерживает «широкое толкование, без того, что называется “аскетизм упорядоченного формализма”, направленное на предоставление гражданам в полной мере упомянутых фундаментальных прав и свобод»³⁴.

Верховный суд Канады интерпретирует Конституцию таким образом, что в Канаде не может быть конкуренции правовых систем, поскольку они являются отражением разнообразия и мультикультурности канадской нации. Различия должны разрешаться на основе баланса, учитывающего взаимные уступки, но никак не в режиме конфликта. Необходимо искать пути смягчения, разрешения возможных коллизий.

Для этого Верховным судом были выработаны правовые позиции, которыми должны руководствоваться все при создании и применении законов. Среди них:

- обеспечивать такое соотношение между различными правовыми традициями, при котором соблюдаются конституционные принципы и учитывается контекст применения правовой нормы;
- принимать во внимание, что юридическая норма может опираться на несколько институтов, относящихся к различным правовым традициям, и применяться по-разному в зависимости от места ее применения, с учетом соотношений между федеральным законом и законами провинций;
- всегда тщательно проверять, насколько необходима унификация законодательных норм;
- иметь двойной взгляд на разработку концепции и подходить с различных точек зрения на выработку юридического языка;
- упрощать тексты законов и делать их более нейтральными;
- всегда учитывать и прогнозировать последствия, к которым могут привести новые законы³⁵.

Такой подход обеспечивал конституционализацию как общего, так и гражданского права в Канаде³⁶.

³³ *Morgan E.* Constitutionalizing Procedure // Special Lectures 2001 : Constitutional and Administrative Law / Law Society of Upper Canada, ed. Irwin Law. December, 2002. P. 1—26.

³⁴ *Miller B. W.* Beguiled by Metaphors: The 'Living Tree' and Originalist Constitutional Interpretation in Canada // The Canadian Journal of Law and Jurisprudence. 2009. Vol. 22. P. 331 ; *Randal N. M. Graham* Right Theory Wrong Reasons: Dynamic Interpretation, the Charter and «Fundamental Laws» // Supreme Court Law Review. 2006. Vol. 34. P. 169—226 ; *Huscroft G.* A Constitutional «Work in Progress»? The Charter and the Limits of Progressive Interpretation // Supreme Court Law Review. 2004. Vol. 23. №. 2. P. 413—438.

³⁵ *Bastarache M.* The Harmonization of Federal Legislation with the Civil Law of the Province of Quebec and Canadian Bijuralism. Ottawa, 2001. P. 19—26.

³⁶ *Kaplan S. C.* “Grab Bag of Principles” or Principled Grab Bag? The Constitutionalization of Common Law // South Carolina Law Review. 1998. Vol. 49. P. 463—525 ; *Roach K.* Constitutional and Common Law Dialogues Between the Supreme Court and Canadian Legislatures // Canadian Bar Review. 2001. Vol. 80. P. 481—533 ; *Kerner A.* In Purist of Equality: Rethinking the Constitutionalization of Labour Rights after Fraser // Law Review University of Victoria. 2013. Vol. 18. P. 81—103.



Прав В. И. Лафитский, отметивший существование такого универсального закона развития права, как сохранение многообразия жизни природы и права. Какой бы силой ни обладали процессы глобализации, право сохраняет разнообразие и определенный баланс своих традиционных форм³⁷.

Так, в странах исламского права складывается форма светского теократического конституционализма³⁸. Если она обеспечивает баланс различных форм регуляции в обществе, значит, она конституционна?

В решении от 28 февраля 1986 г. по делу *R. v. Oakes*³⁹ Верховный суд Канады постановил, что гарантируемые Хартией права могут быть ограничены только законом и только эти ограничения могут быть открыто обоснованы в свободном и демократическом обществе. Такая канадская модель обоснования неконституционности стала основной при рассмотрении дел не только в Верховном суде Канады⁴⁰, но и в судах Австралии, Гонконга, Ирландии, Израиля⁴¹, Ямайки, Намибии, Зимбабве и др.⁴²

Верховный суд Канады, по мнению американских ученых, стал образцом в поддержании баланса конституционных ценностей, тогда как Верховный суд США полностью утратил эту роль, после того как республиканцы и демократы превратили его в орудие идеологической битвы⁴³.

В рамках статьи мы лишь фрагментарно обозначили основные направления и содержание процессов конституционализации правовой системы Канады. Есть там свои проблемы. Но тот факт, что Канада последние 20 лет занимает первые места в авторитетных международных рейтингах самых благополучных стран по качеству жизни⁴⁴ и верховенству права⁴⁵, требует глубокого изучения. Не происходит ли это благодаря последовательной конституционно-правовой политике государства по воплощению конституционных ценностей в жизнь канадцев? Что привлекает многих граждан различных стран мира в отношении переезда в Канаду на постоянное место жительства?⁴⁶

Полагаем, исследователям стоит обратить внимание на изучение канадского конституционализма для поиска новых ценностных критериев модернизации национальных правовых систем.

³⁷ Лафитский В. И. Универсальные законы развития права // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2014. № 5. С. 827—831.

³⁸ Backer L. Theocratic Constitutionalism: An Introduction to a New Global Legal Ordering // Indiana Journal of Global Legal Studies. 2009. Vol. 16. № 1. P. 85—169.

³⁹ *R. v. Oakes*. 1986.1 SCR 103.

⁴⁰ Sullivan R. Statutory Interpretation. Oxford, 2007. P. 201—234.

⁴¹ Weinrib L. The Canadian Charter as a Model for Israel's Basic Laws // Constitutional Forum. 1993. Vol. 4. P. 85.

⁴² Choudhry S. So What is the Real Legacy of Oakes? Two Decades of Proportionality Analysis Under the Canadian Charter's Section 1 // Supreme Court Law Review. 2006. Vol. 34. № 2. P. 501—525.

⁴³ Constitutional Politics in Canada and the United States / by Stephen L. Newman (Editor). State Univ. of New York Pr. 2004. P. 282 ; Ibbitson J. The Charter Proves to be Canada's Gift to World // The Globe and Mail Published Sunday, Apr. 15 2012. URL: <http://www.theglobeandmail.com/news/politics/the-charter-proves-to-be-canadas-gift-to-world/article4100561/> (дата обращения: 16.01.2015).

⁴⁴ URL: <http://www.oecdbetterlifeindex.org/> (дата обращения: 16.01.2015).

⁴⁵ URL: <http://worldjusticeproject.org/> (дата обращения: 16.01.2015).

⁴⁶ Темпы роста населения Канады за счет иммигрантов являются самыми высокими в мире, наряду с Австралией, Новой Зеландией и Швейцарией // Statcan.gc.ca. URL: <http://www.statcan.gc.ca/daily-quotidien/140926/dq140926b-eng.htm?HPA> (дата обращения: 16.01.2015).

ПРАВОВАЯ СИСТЕМА КИТАЙСКОЙ НАРОДНОЙ РЕСПУБЛИКИ: СТАНОВЛЕНИЕ, РАЗВИТИЕ И ХАРАКТЕРНЫЕ ОСОБЕННОСТИ



**Павел
Владимирович
ТРОЩИНСКИЙ,**
ведущий
научный сотрудник
Института
Дальнего Востока РАН,
кандидат
юридических наук

Статья посвящена комплексному исследованию правовой системы Китайской Народной Республики. В ней подробно рассматриваются основные этапы ее эволюции: от появления первых актов правотворчества до направлений развития в будущем. Отмечается особая специфика правовой системы КНР, которая воплощает в себе как характерные черты традиционного (древнего) права Китая, так и права, присущего странам социализма, романо-германской и англосаксонской правовым семьям. Внимание акцентируется на специфике Особых административных районов Гонконга и Макао, возвращенных Китаю в конце прошлого века. Не обойдена стороной и правовая система Китайской Республики на Тайване.

Подчеркивается решающая роль советской юридической науки и ученых в формировании фундамента правовой системы КНР в первое десятилетие после образования нового китайского государства. Подтверждается главенствующее влияние политико-правовых учений Древнего Китая на правовую систему КНР, правовую культуру и правосознание ее граждан. Доказывается взаимосвязь конфуцианских морально-нравственных принципов, учения легистов с правовой системой современного Китая.

К основным особенностям правовой системы КНР отнесено малое количество действующих в стране законов, отсутствие некоторых кодифицированных актов правотворчества (гражданского, административного, налогового кодексов), использование экспериментального правотворчества, расплывчатость и неконкретизированность некоторых правовых норм.

Проведенное исследование подтверждает уникальность социалистической правовой системы с китайской спецификой. Знание особенностей ее развития, характера действующего в Китае законодательства, верховенства воли правящей партии над законом представляет значительный интерес для российской науки сравнительного правоведения. Правотворческий опыт КНР может быть частично использован в российском законодательстве.

Ключевые слова: Китай, правовая система, сравнительное правоведение, право Китая, юридическая ответственность, Тайвань, социалистическое право, смертная казнь, Конфуций, экспериментальный закон.



P. V. TROSHCHINSKIY,

*Scientist of the Institute of Far Eastern Studies of Russian Academy of Science,
Candidate of Legal Science*

LEGAL SYSTEM OF THE PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA: FORMATION, DEVELOPMENT AND PECULIARITIES

This article provides comprehensive analysis of the legal system of the People's Republic of China. It gives a detailed account of its evolution's milestones: from the first acts of law-making to the future prospects of its development. A specific feature of the PRC legal system has been noted: it combines characteristics of the traditional (ancient) Chinese law with those typical of socialistic countries, Romano-Germanic and Anglo-Saxon legal models. Some attention has been paid to the specific features of the Special Administrative Regions of the People's Republic of China, namely, Hong Kong and Macau, transferred to China at the end of the 20th century. The legal system of the Republic of China (Taiwan) has been characterized as well.

An emphasis has been placed on the decisive role of the Soviet law and academics in laying the foundations of the PRC legal system during the first decade after the People's Republic of China was proclaimed. It has been confirmed that the political and legal doctrines of Ancient China exercise a major influence on the PRC legal system, legal culture, and legal awareness of its citizens. The interconnection of Confucian moral and ethic values and legalism with the Chinese modern legal system has been proved.

Key features of the PRC legal system comprise small quantity of laws applicable in the country, absence of some of the codified law-making acts (namely, Civil, Administrative and Tax codes), use of experimental law-making, and vagueness of certain legal norms.

The research confirms the unique nature of the socialistic legal system with Chinese characteristics. Knowledge of its development's features, nature of the existing Chinese legislation, supremacy of the ruling party's will over the Law is of considerable interest to the Russian comparative law. The PRC law-making experience could be partially used in the Russian legislation.

Keywords: *China, legal system, comparative law, Chinese law, legal liability, Taiwan, socialist law, death penalty, Confucius, experimental law.*

На протяжении многих лет китайское государство привлекает к себе внимание российских и зарубежных исследователей. Особенности его исторического, политического, социального и экономического развития интересуют научные круги различных стран мира. Комплексно изучаются китайская культура, философия, традиции и язык. Все без исключения государства стремятся к сотрудничеству с Китаем. В связи с известными геополитическими событиями особые отношения выстраиваются между Российской Федерацией и Китайской Народной Республикой. Руководство России активизирует процесс переориентации национальной экономики на азиатские рынки, одним из лидеров которых выступает КНР. Повышается потребность в отечествен-

ных специалистах, владеющих китайским языком, разбирающихся в происходящих в Китае процессах. В наших институтах обучают профессиональных китаистов-филологов, лингвистов, политологов, экономистов, историков, менеджеров, которые затем включаются в двустороннее российско-китайское сотрудничество.

К сожалению, несмотря на длительное существование российской китаистики, отечественная наука слишком мало изучает право Китая. В этом направлении исследований мы серьезно уступаем азиатским, американским и европейским научным школам. Авторитетный российский синолог Е. И. Кычанов отмечает: «Чтобы узнать страну, надо знать ее право. Чтобы полнее изучить историю страны, надо изучить и историю ее права»¹. Без знания законодательства от нас будут скрыты внутренние механизмы, которые ложатся в основу принятия решений руководством китайского государства как внутри страны, так и на международной арене.

Отметим, что прошедший с 20 по 23 октября 2014 г. 4-й пленум ЦК КПК был полностью посвящен обсуждению политико-правовой концепции «управления государством на основе закона» (依法治国). Решение об усилении роли права и закона в китайском обществе было принято еще в 1997 г. В 1999 г. приведенное выше словосочетание было включено в Конституцию КНР (13-я Поправка). По этому поводу видный отечественный ученый Л. М. Гудошников писал: «Такое изменение закономерно в связи с быстрым нарастанием в стране большого пласта разнообразных правовых норм. Реформа права считается в КНР важным направлением политической реформы, и в известной мере вместе с административной реформой заменяют политическую реформу, т.к. политические институты практически не реформируются»². По результатам доклада Председателя КНР Си Цзиньпина на 4-м пленуме принято Постановление ЦК КПК «О некоторых важных вопросах всестороннего стимулирования управления государством на основе закона»³. Согласно закрепленным в партийном документе положениям государство должно уделять первоочередное внимание правовому регулированию общественных отношений, строго придерживаться принципа верховенства закона в своей правоприменительной деятельности. Нарушения действующего законодательства должны пресекаться, а виновные лица привлекаться к юридической ответственности, невзирая на занимаемое в обществе положение.

Без изучения китайского права, правовой культуры и правосознания обычного китайского гражданина мы не только не сможем хорошо знать Китай, но будем лишены возможности аргументированно и успешно защищать свои национальные интересы в рамках действующего китайского законодательства. Важную роль в современном китайском государстве играет его правовая система, исследование характерных особенностей которой позволит российским специалистам глубже понять действующие в стране механизмы правового регулирования и на основе этих знаний успешно сотрудничать с учетом интересов двух стран.

Правовая система КНР уникальна. Она воплощает в себе характерные черты права стран социалистической системы, нормы традиционного (древнекитайского) права и некоторые имплементированные принципы, нормы международного права. На ее формирование решающее влияние оказали политико-правовые, религиозно-этические учения древнего Китая (конфуцианство, легизм), которые хотя и не получили широкого закрепления в действующем законодательстве, существуют в китайской правотворче-

¹ Кычанов Е. И. Основы средневекового китайского права (VII—XIII вв.). М., 1986. С. 3.

² Гудошников Л. М. Предисловие // Новое законодательство Китайской Народной Республики. Экспресс-информация. № 9. М., 1999. С. 6.

³ Цзинцзи жибао. 2014. 29 октября (на кит. яз.).



ской культуре, правосознании. Из всех правовых систем только китайская сохранила в себе не только национальные особенности, но и характерные черты социалистического права⁴.

Подчеркнем, что традиционное (древнекитайское) право по степени своей развитости и уникальности не уступает дошедшим до нас правовым документам стран Древнего Востока (Древний Египет, древние страны Месопотамии, Древняя Индия), праву античного мира (Древняя Греция, Древний Рим). История китайского права насчитывает не одну тысячу лет, а его правовые школы формировались и развивались в рамках двух основных направлений: конфуцианства и легизма. Под их непосредственным влиянием формировалась правовая система современного Китая⁵.

Уникальность правовой системы КНР состоит также в том, что она включает в себя и законодательство континентального Китая, и право возвращенных в конце 1990-х гг. Особых административных районов (ОАР) Гонконга и Макао. Правовой статус этих двух китайских территорий определяется ст. 31 Конституции КНР, которая гласит: «Государство в случае необходимости создает особые административные районы. Режим особых административных районов устанавливается с учетом конкретной обстановки законами, принимаемыми Всекитайским собранием народных представителей» (далее — ВСНП).

В соответствии с осуществляемой руководством страны политикой «одно государство — две системы» (一国两制) в указанных ОАР действует отличное от континентального Китая законодательство, которое сохраняет свою уникальную специфику, сложившуюся до возвращения в «лоно Родины» этих территорий. Согласно Совместной декларации по вопросу о Гонконге между Правительством Китайской Народной Республики и Соединенным Королевством Великобритании и Северной Ирландии (подписано в Пекине 19.12.1984) и положениями Основного закона Сянганского особого административного района Китайской Народной Республики (вступил в силу 01.07.1997) ранее действовавшее на территории Гонконга законодательство остается без изменений (ст. 8, 160). «ОАР Сянган не строит социалистическую систему и не проводит социалистическую политику, сохраняет сложившуюся капиталистическую систему и способы жизни, что остается без изменений в течение 50 лет» (ст. 5 Основного закона Сянганского ОАР КНР). Таким образом, до июля 2047 г. на территории Гонконга будет действовать уникальная правовая система, включающая в себя англосаксонское право и право Цинской империи, а также собственное гонконгское законодательство и некоторые нормы актов правотворчества КНР, имеющих силу на территории этого ОАР. В Гонконге действует система прецедентного права англосаксонского типа, сформированная в период британского колониального правления.

То же самое касается и ОАР Макао, в котором до 2049 г. свою силу сохраняет прежнее законодательство (ст. 8, 145 Основного закона Аомэньского ОАР КНР (вступил в силу 20.12.1999)). В основе правовой системы Макао лежит португальское право — как в виде кодексов Португалии, так и в виде принятых в ОАР собственных законов, образцом для которых были соответствующие законодательные акты Португалии. Поскольку португальское право относится к континентальной правовой системе (его основу составляют статутные законы, а не судебные прецеденты), именно поэтому оно значительно ближе к праву континентального Китая, чем гонконгское.

⁴ Марченко М. Н. Сравнительное правоведение. Общая часть. М., 2001. С. 451.

⁵ Трощинский П. В. Влияние традиции на право современного Китая // Журнал российского права. 2014. № 8. С. 94—106.

В рамках рассматриваемой проблематики нельзя обойти стороной правовую систему непризнанной большинством стран мира Китайской Республики на Тайване⁶. Она также исключительна, воплощает в себе фундаментальные основы древнего (традиционного) китайского права, сформированного в результате глубоких философских споров между великим Конфуцием и легистами. На ее формирование оказали заметное влияние традиционные западные правовые системы, в результате чего ее можно отнести к романо-германской правовой семье с некоторыми элементами англосаксонского права. Согласно Конституции на Тайване действует не имеющая аналогов в мире система разделения властей, предполагающая взаимодействие между законодательной, исполнительной, судебной, контрольной и экзаменационной ветвями государственной власти⁷. Каждая из них осуществляется отраслевой палатой (Юанем). В Общей программе строительства государства от 12.04.1924 основатель партии Гоминьдан — Сунь Ятсен — писал: «Государственная власть делится на пять независимых друг от друга властей: законодательную, судебную, исполнительную, контрольную и экзаменационную. Исполнительную власть представляет президент, законодательную — парламент, судебную — судьи. Для осуществления экзаменационной и контрольной властей также необходимо создать независимые органы. Когда конституция пяти властей вступит в силу, государство должно будет привлекать людей к выполнению административных функций только в соответствии с Конституцией. Слуги народа, перед тем как приступить к своим обязанностям, должны будут держать экзамены, что положит конец использованию людей без разбора»⁸.

Влияние на правовые системы рассматриваемых регионов

Континентальный Китай	Гонконг	Макао	Тайвань
1. Романо-германская (континентальная) правовая семья. 2. Англосаксонская правовая семья. 3. Советское право. 4. Традиционное право Китая	1. Англосаксонская правовая семья. 2. Традиционное право Китая	1. Романо-германская (континентальная) правовая семья. 2. Традиционное право Китая	1. Романо-германская (континентальная) правовая семья. 2. Англосаксонская правовая семья. 3. Традиционное право Китая

В настоящей статье мы расскажем об основных этапах формирования и о характерных особенностях правовой системы континентального Китая. Правовые системы Гонконга, Макао и Тайваня требуют отдельного исследования, которое российская наука обязательно должна провести в будущем. Подчеркнем, что законодательству континентального Китая, Макао, Аомэня и Тайваня присущи свои подходы к решению некоторых дискуссионных вопросов государственно-правового характера. Например, китайский законодатель указанных регионов по-своему регулирует широко известный традиционному праву Китая институт смертной казни.

⁶ Трощинский П. В., Чжао Чжучэн. Правовая система и финансово-банковский сектор Китайской Республики на Тайване // Вопросы экономики и права. 2014. № 8. С. 16—21.

⁷ Конституция Китайской Республики / пер. канд. полит. наук В. П. Полякова; под ред. Л. М. Гудошникова; Правительство информационное бюро Китайской Республики. М., 1998.

⁸ Ятсен Сунь. Избранные произведения / отв. ред. С. Л. Тихвинский. 2-е изд., испр. и доп. М., 1985. С. 29.



Континентальный Китай	Гонконг	Макао	Тайвань
Сохранена. Действует 55 составов преступлений, предусматривающих смертную казнь. (Ранее было 68 составов. В 2011 г. Поправки в УК КНР отменили высшую меру наказания по 13 составам. В 2015 г. планируется исключить смертную казнь по еще 9 составам преступлений (контрабанда ядерных материалов, контрабанда оружия и боеприпасов, контрабанда поддельной валюты, подделка валюты, получение денежных средств путем мошенничества, организация проституции, насильное вовлечение в занятие проституцией, воспрепятствование исполнению должностных обязанностей в военной сфере, распространение слухов в военное время), снизив их количество до 46)	Отменена в 1993 г. (фактически не применялась с декабря 1966 г.; последний приговор был приведен в исполнение 16 ноября 1966 г. в отношении гражданина Вьетнама за совершенные им разбой и убийство, затем все приговоры к смертной казни до ее официальной отмены в 1993 г. решением английской королевы о помиловании заменялись на пожизненное лишение свободы)	Отменена в 1996 г. (хотя действующий с 1886 г. португальский УК устанавливал смертную казнь, на территории Макао она не применялась. 14 ноября 1995 г. был принят УК Макао, который вступил в силу 1 января 1996 г., юридически отменив смертную казнь (ст. 39))	Сохранена. В общей сложности действует около 50 составов преступлений, предусматривающих высшую меру наказания. В последние годы приговоры к смертной казни в исполнение не приводятся (с декабря 2005 г. смертная казнь не применялась в течение 1 585 дней, до апреля 2010 г., когда были расстреляны четверо особо опасных преступников)

Правовая система КНР в своем развитии прошла несколько основных этапов, каждый из которых характеризуется своими отличительными особенностями⁹.

На **первом этапе (1949—1966 гг.)** был заложен фундамент китайской государственности и, как следствие, правовой системы нового Китая. Первым шагом новые коммунистические власти отменили прогрессивное гоминдановское законодательство — «Полную книгу шести законов» (или шести отраслей права) (六法全书) (февраль 1949 г.). До этого в своем воззвании о современной политической ситуации, сделанном 14 января 1949 г., Мао Цзэдун выдвинул лозунг: «Отменить фальшивую Конституцию, отменить фальшивые законы»¹⁰, что предопределило судьбу старого законодательства в зарождающейся правовой системе новообразованного китайского государства.

Наряду с отменой «Полной книги шести законов» в основу формируемой правовой системы нового китайского государства легло так называемое законодательство освобожденных советских районов Китая, которое активно принималось коммунистами в период до образования КНР в районах, находящихся под их военным контролем¹¹. Сразу после официального провозглашения образования КНР (1 октября 1949 г.) руководство страны приступило к активной правотворческой работе для

⁹ Подробный анализ принимаемого в период с 1949 по 2010 г. законодательства см.: Современное право КНР: обзор законодательства / сост. и ред. Л. М. Гудошников, П. В. Трощинский. В 2 ч. Ч. 1 : 1978—2001. Ч. 2 : 2002—2010. М., 2012.

¹⁰ 中国法制60年 (1949—2009) [60 лет правовой системе Китая (1949—2009)] / под ред. Чжан Цзиньфаня. Сиань, 2009. С. 93 (на кит. яз.).

¹¹ Советские районы Китая. Законодательство Китайской Советской Республики. 1931—1934 : пер. с кит. / под ред. Л. М. Гудошниковой М., 1977.

создания основ правовой системы государства. Первыми законодательными актами того времени стали: Закон КНР «О браке» (13.04.1950), Закон КНР «О земельной реформе» (28.06.1950), Положение «О наказаниях за контрреволюционную деятельность» (20.02.1951), Временное положение «Об охране государственной тайны» (01.06.1951), Положение «О наказаниях за коррупцию» (18.04.1952) и др.

Первым документом, имеющим для новообразованного китайского государства характер временной конституции, стала Общая программа Народного политического консультативного совета Китая, принятая на его пленарной сессии 29 сентября 1949 г. Лишь после пятилетнего существования КНР 20 сентября 1954 г. на свет появилась первая Конституция нового Китая. Основным закон состоял из введения, 4 глав, 106 статей. Ее принятие явилось крупнейшим событием в государственно-правовой жизни страны. Своим содержанием она очень походила на сталинскую Конституцию 1936 г. В сентябре 2014 г. в КНР отмечали 60-летнюю годовщину со дня ее принятия¹².

Конституция 1954 г. явилась базой для последующего активного развития правовой системы страны. Вслед за ней появились 5 организационных законов, устанавливающих принципы формирования и деятельности государственных органов КНР:

Закон КНР «Об организации Всекитайского собрания народных представителей» (20.09.1954);

Закон КНР «Об организации Государственного совета» (21.09.1954);

Закон КНР «Об организации местных собраний народных представителей и местных народных комитетов» (21.09.1954);

Закон КНР «Об организации народных судов» (21.09.1954);

Закон КНР «Об организации народной прокуратуры» (21.09.1954);

Закон КНР «О выборах во Всекитайское собрание народных представителей и местные собрания народных представителей» (11.02.1954).

Правовая система китайского государства в рассматриваемый исторический период формировалась под влиянием советской юридической науки. Первая китайская Конституция, первые законы КНР — всё разрабатывалось и принималось при непосредственном участии советских специалистов¹³. После образования в марте 1950 г. Народного университета Китая советские ученые на его базе заложили фундамент юридической науки КНР¹⁴. Во-первых, они читали лекции на юридических факультетах ведущих китайских вузов (Л. Д. Воеводин, Н. Г. Сударики, К. К. Яичков и др.). Во-вторых, на стажировку в советские юридические институты были направлены китайские специалисты, которые проходили обучение в МГУ, МГИМО, Казанском государственном университете (на юридических факультетах). В-третьих, на китайский язык активно переводились советские законы и научные труды по юриспруденции. В-четвертых, система юридического образования была полностью скопирована с советской.

В последующем многие из китайских студентов, обучавшихся у советских ученых, становились видными государственными деятелями, влияли не только на формирование китайской юридической науки, но и на всю систему государственного управления. Некоторые из них живы и, несмотря на преклонный возраст, продолжают играть заметную роль в китайском государстве. Так, известный авторитетный ученый, д. ю. н., про-

¹² Лафитский В. И., Троцкий П. В. Конституционный путь Китая : К шестидесятилетию Конституции КНР 1954 г. // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2014. № 4. С. 646—657.

¹³ Хэ Циньхуа. 新中国法学发展规律考 [Закономерности развития юридической науки нового Китая] // Чжунго фасюе. 2013. № 3. С. 136 (на кит. яз.).

¹⁴ 中国人民大学法学院院史 [История Института права Народного университета Китая (1950—2010)]. Пекин, 2010. С. 33—40 (на кит. яз.).



фесор Народного университета Китая Сунь Гохуа (1925 г. р.) до настоящего времени читает лекции по праву студентам юридических факультетов и партийным руководителям страны, отстаивая необходимость укрепления отношений добрососедства и сотрудничества между нашими странами, напоминая о решающем вкладе советской науки в дело формирования правовой системы КНР. Под его редакцией выходит множество работ по современному праву Китая¹⁵.

Несмотря на активизацию правотворческого процесса после первой Конституции КНР, в стране так и не было принято ни единого кодифицированного акта. Даже появившийся для опытного применения в 1957 г. Уголовный кодекс нигде не публиковался и был лишь закрытой инструкцией для судебных и прокурорских работников¹⁶. Поэтому не существовало и сколько-нибудь целостной системы права, а сам процесс создания правовых основ государства был далек от своего завершения. Закрепленные в Конституции КНР права и свободы граждан не получали своей реализации на практике. Не было кодифицировано не только материальное, но и процессуальное право, что представляло широкие возможности китайскому правоприменителю по использованию действующего законодательства в собственных интересах.

Ситуация с развитием правовой системы КНР усугубилась в период «культурной революции» (文化大革命) (1966—1976 гг.) (второй этап в истории формирования правовой системы КНР). В этот период в Китае не было принято, по сути, ни одного законодательного акта (появившаяся в 1975 г. новая Конституция КНР носила исключительно декларативный характер), фактически ликвидированной оказалась конституционная система государственных органов, уставные органы КПК и общественные организации. По существу, в результате «культурной революции» была практически уничтожена основанная на Конституции 1954 г. политическая система КНР, подвергнута чистке армия и правоохранительная система, репрессированы видные работники государственно-партийного аппарата Китая. Профессор Л. М. Гудошников подчеркивает: «Нарушения законности и правопорядка особенно широкий характер приняли во время «культурной революции» — беспрецедентной кампании, направленной против конституционных органов государства и уставных органов КПК и массовых организаций трудящихся. В эти годы повседневым явлением стал кровавый террор против революционных кадров, работников науки, культуры и образования. Этот террор проводился штурмовыми отрядами хунвэйбинов и цзаофаней, за спиной которых стояли и действиями которых руководили военные»¹⁷.

Во время «культурной революции» закрепилась практика расправ на «судах масс» с участием десятков тысяч зрителей. Для подобных судилищ было характерно отсутствие процесса и закона. В стране царил хаос и беспорядок, а уже разрушенные органы государственной власти не были способны взять под контроль создавшуюся ситуацию. Повсюду в общественных местах были вывешены сфабрикованные «обвинительные заключения» — дацзыбао (рукописные стенгазеты), в которых содержались обвинения в ревизионизме и контрреволюции по отношению к различным категориям граждан.

Российский исследователь Э. З. Имамов писал, что в этот период «... невозможно говорить о существовании и действии в Китае права»¹⁸. Об этом пишет и авторитетный

¹⁵ Гудошников Л., Кокарев К. Развитие теории права в Китае (К юбилею профессора Сунь Гохуа) // Проблемы Дальнего Востока. 2005. № 6. С. 83—90.

¹⁶ Современное право КНР / под ред. Л. М. Гудошников, Л. Кржижковского. М., 1985. С. 27.

¹⁷ Гудошников Л.М. Произвол и насилие — основа политики маоистов // Проблемы Дальнего Востока. 1974. № 3. С. 64.

¹⁸ Имамов Э. З. Уголовное право Китайской Народной Республики. Теоретические вопросы Общей части. М., 1990. С. 18.

ученый профессор Инако Цунзо: «...в период “культурной революции” из центра поступало множество указаний, уведомлений, сообщений, которые содержали выражения “карается законом”, “строго карается законом государства”, “строго карается законоположениями государства”. Однако и в данный период право существовало лишь в этих узких пределах. Упомянутый в документах “закон” относился лишь к сфере уголовного права, направленного на поддержание порядка. Ничего конкретного о том, какие это “законы”, не говорилось. Более того, сам факт неоднократного издания директивных документов свидетельствовал о том, что подобное “право” не восполняло действия подлинного права»¹⁹. Юридическая наука, правотворческая деятельность оказались разрушены. За годы «культурной революции» в Китае не вышло ни одной работы по юриспруденции, юридические факультеты были упразднены. Профессорско-преподавательский состав юридических факультетов в массовом порядке отправлялся в деревни на «перевоспитание» либо уничтожался как реакционный класс.

Перед самым окончанием «культурной революции» на первой сессии ВСНП четвертого созыва была принята вторая Конституция КНР (17 января 1975 г.), которая упразднила пост Председателя КНР (главой государства становится Постоянный комитет ВСНП (далее — ПК ВСНП)), значительно ограничила полномочия высшего и местных органов законодательной власти (ВСНП и местных СНП), закрепила за революционными комитетами статус постоянно действующих органов местных СНП и вместе с тем местных народных правительств²⁰.

После завершения «культурной революции», смерти Мао Цзэдуна (1976 г.) и ареста основных ее руководителей («банда четырех») правовая система КНР вступила в **третий этап** своего формирования и развития (1976—2001 гг.). Именно с этого времени принято говорить об уникальном опыте правового строительства китайского государства.

На 3-м пленуме ЦК КПК 11-го созыва (декабрь 1978 г.) было подчеркнуто: «Социалистическая модернизация нуждается в строгом соблюдении закона и дисциплины... Необходимо добиться, чтобы у нас были законы, на которые можно положиться; исполнение законов должно быть строгим, нарушение законов должно расследоваться и пресекаться»²¹. Современный облик китайское право стало приобретать с конца 1978 г., когда Китай встал на путь широких экономических и политических преобразований. Как отмечал один из руководителей китайского государства Цзян Цзэминь, «после 3-го пленума ЦК КПК 11-го созыва наша партия и народ, вооруженные теорией товарища Дэн Сяопина о построении социализма с китайской спецификой, задались целью провести реформу и основательно взялись за дело. Жизнь по всей стране забила ключом, на китайской земле произошли великие исторические перемены»²².

Восстановление правовой системы КНР после «культурной революции» связано прежде всего с принятием, новой 5 марта 1978 г., Конституции КНР²³. В ней была законодательно оформлена политика руководства КНР, направленная на восстановление

¹⁹ Инако Цунзо. Право и политика современного Китая. 1949—1975 гг. / под ред. Л. М. Гудошников, В. И. Прокопова. М., 1978. С. 208.

²⁰ Гудошников Л. Конституция Китайской Народной Республики в процессе исторических перемен и реформ (К двадцатой годовщине принятия действующей Конституции КНР) // Проблемы Дальнего Востока. 2002. № 3. С. 14—15.

²¹ Жэньминь жибао [Народная газета]. 1978. 24 декабря (на кит. яз.).

²² Доклад на 14-м Всекитайском съезде Коммунистической партии Китая // Цзян Цзэминь. Реформа. Развитие. Стабильность : статьи и выступления. М., 1996. С. 180.

²³ Гудошников Л. М. Конституция 1978 г. и начало правосстановительного процесса в Китае // Публично-правовые исследования. 2008. № 3. С. 119—129.



страны после долгого разрушительного периода «культурной революции». И хотя Конституция 1978 г. просуществовала совсем недолго (до 1982 г.), она стала основой зарождающегося правотворческого процесса в масштабах всего Китая.

В масштабах всего Китая начинает бурлить юридическая жизнь. Открываются юридические факультеты в ведущих университетах страны, китайские студенты и преподаватели выезжают за рубеж для получения юридического образования и повышения квалификации. На свет появляется юридическая литература, характеризующаяся широким плюрализмом мнений по многим дискуссионным вопросам права. Китайский законодатель приступает к принятию основополагающих правовых документов, без которых было невозможно успешное реформирование государства. 70 % принимаемых законов и подзаконных нормативных правовых актов было направлено на регулирование экономической сферы.

Наряду с принятием актов правотворчества экономической направленности, высший законодательный орган Китая впервые с момента образования в 1949 г. КНР принимает Уголовный и Уголовно-процессуальный кодексы (01.07.1979), а также Закон КНР «Об организации народных судов», Закон КНР «Об организации народной прокуратуры» (01.07.1979), Временное положение «Об адвокатах» (26.08.1980), Закон КНР «О нотариате» (13.04.1982).

4 декабря 1982 г. была принята действующая (четвертая по счету) Конституция КНР. По мере государственно-правового развития страны в нее вносились различные изменения и поправки, сыгравшие важную роль в деле успешного построения правовой системы КНР (4 раза — 12.04.1988, 29.03.1993, 15.03.1999, 14.03.2004)²⁴. Наиболее важной является 13-я поправка, которая впервые в истории КНР на конституционном уровне вводит понятие «социалистическое правовое государство».

После принятия Конституции 1982 г. правовая система КНР продолжила поступательно развиваться в направлении постепенного принятия правовых документов, необходимых для стимулирования экономического развития. Основной упор в правотворческой деятельности был сделан на разработку нормативных правовых актов в экономической сфере, при этом достаточно активно развивалось процессуальное право Китая. С течением времени в правовой системе Китая появлялись важные акты правотворчества, включая Общие положения гражданского права (1986 г., аналог первой части ГК РФ), Таможенный кодекс КНР (1987 г.), Административно-процессуальный кодекс КНР (1989 г.), Закон КНР «О регулировании налогообложения» (1992 г.), Закон КНР «О договоре» (1999 г.), Закон КНР «О правотворчестве» (2000 г.).

Вступление в декабре 2001 г. КНР в ВТО ознаменовало собой новый, **четвертый этап** в формировании социалистической правовой системы китайского государства (2001—2010 гг.), послужило толчком к глубоким изменениям не только в социально-экономической, но и в законодательной сфере страны. В течение 10 лет с момента вступления в ВТО в правовой системе Китая появился целый ряд новых правовых актов, а многие ранее принятые законы подверглись существенным изменениям и/или дополнениям²⁵. В первую очередь это касается законов в сфере защиты прав интеллектуальной собственности, в инвестиционной и налоговой, банковской и предпринимательской сферах, в сфере борьбы с отмыванием денег и др. Существенным изменениям подверглось не только материальное, но и процессуальное право Китая.

²⁴ Гудошников Л., Поляков В. Развитие конституционного права Китайской Народной Республики (1988—2004 гг.) // Проблемы Дальнего Востока. 2004. № 4. С. 47—52.

²⁵ Особенности развития правовой системы КНР после вступления в ВТО (2001—2010 гг.) // Десятилетие устойчивого развития: политические итоги. Выпуск 27. Серия В : Общество и государство в Китае в период реформ. М., 2012. С. 160—172.

На XV съезде КПК в сентябре 1997 г. руководством страны была поставлена задача формирования социалистической правовой системы Китая к 2010 г. Для ее реализации китайский законодатель стал принимать Планы правотворческой работы на предстоящие годы с прицелом на 2010 г., в результате которого на свет ежегодно появлялось необходимое число актов правотворчества²⁶. В результате проделанной работы, согласно официальному заявлению Председателя ПК ВСНП У Банго, сделанному им 10 марта 2011 г. в докладе перед делегатами 4-й сессии ВСНП 11-го созыва, «...социалистическая правовая система с китайской спецификой уже сформирована»²⁷. По состоянию на конец 2009 г. в стране действовало 232 закона, среди них 39 законов конституционного характера (включая Конституцию КНР), административного характера 79, уголовного — 1, гражданского — 33, экономического — 55, социального — 16, процедурного — 9. К концу 2010 г. в правовой системе Китая действовало 236 законов, 690 административных актов и более 8 600 местных актов правотворчества. К марту 2014 г. общее число действующих законов в КНР составляет 242²⁸.

В настоящее время правовая система китайского государства переживает **пятый этап** своего развития (**2011 г. — по н/в**). Законодатель активизировал усилия по принятию необходимых для страны нормативных правовых актов. Так, большой в сравнении с предыдущими годами объем законодательной работы был проделан ПК ВСНП в 2012 г. В общей сложности принято около 20 важных правовых документов. В правовой системе страны появились: Закон КНР «О страховании военнослужащих», Закон КНР «О порядке въезда в страну и выезда из страны», Закон КНР «О психическом здоровье», Постановление ПК ВСНП «Об усилении безопасности в сети Интернет», внесены поправки в действующее законодательство в природоохранительной, экономической, социальной, трудовой и иной сферах. В 2013 г. китайский парламент принял два новых закона, изменениям подвергся 21 нормативный правовой акт. В правовой системе страны появились: Закон КНР «О туризме» и Закон КНР «О безопасности специального оборудования».

28 декабря 2013 г. Постановлением ПК ВСНП отменен действовавший с 1957 г. созданный по советской модели институт трудового перевоспитания (劳动教养), активно применявшийся китайскими властями в отношении бродяг и тунеядцев, мелких воров и мошенников, антисоциальных элементов. 7 января 2013 г. секретарь Политико-юридической комиссии ЦК КПК Мэн Цзяньчжу от лица партии заявил об отмене трудового воспитания и о передаче партийного решения на законодательное оформление в ПК ВСНП. Окончательным политическим шагом на пути отмены трудового воспитания стало принятие на ноябрьском Пленуме ЦК КПК (2013 г.) постановления, согласно ст. 34 раздела 9 которого КПК признала отмену этого правового института. По некоторым данным, в КНР насчитывалось 350 трудовых лагерей, где содержалось около 260 тысяч человек²⁹.

Еще одним важным решением китайского государства, получившим законодательное закрепление со стороны ПК ВСНП, стало смягчение политики планирования рождаемости, дающее право на рождение второго ребенка супругам, хотя бы один из которых был в своей семье единственным ребенком. Такое существенное послабление в сфере

²⁶ 中国特色社会主义法律体系前沿问题研究 [Исследование важных вопросов социалистической правовой системы с китайской спецификой] / под ред. Сунь Гохуа, Фэн Юйцзюня. Пекин, 2005. С. 11 (на кит. яз.).

²⁷ Цзинзи жибао. 2011. 11 марта (на кит. яз.).

²⁸ Жэньминь жибао. 2014. 24 октября (на кит. яз.).

²⁹ URL: <http://baike.baidu.com/view/5088.htm> (дата обращения: 15.11.2014) (на кит. яз.).



демографической политики обусловлено резким старением населения и предполагаемым серьезным давлением из-за этого в будущем на пенсионную систему страны. Для стимулирования разрешения демографической проблемы на 6-м заседании ПК ВСНП 19-го созыва 28 декабря 2013 г. было принято Постановление «Об урегулировании и совершенствовании политики рождаемости», которое на законодательном уровне закрепило право многих китайских семей на рождение второго ребенка.

В прошедшем 2014 г. появился важный Закон КНР «О борьбе со шпионажем» (01.11.2014), внесены изменения в Административно-процессуальный кодекс КНР (первые за 24 года действия Кодекса; поправки вступили в силу с 1 мая 2015 г.) и другие акты правотворчества. В 2015 г. и последующие годы ожидается принятие Закона КНР «О борьбе с терроризмом», Закона КНР «О борьбе с коррупцией», внесение 10-х по счету поправок в УК КНР, принятие Закона КНР «О ядерной безопасности», Закона КНР «О корректировке границ районов», Закона КНР «О морях и океанах», Закона КНР «О государственных наградах и званиях», Закона КНР «О фарватере», Закона КНР «О публичных библиотеках», Закона КНР «О борьбе с насилием в семье» и др.

Сформированная в 2010 г. правовая система Китайской Народной Республики обладает целым рядом особенностей, существенно отличающих ее от аналогичных систем других государств мира:

I. В ней действует относительно небольшое, в сравнении, например, с Российской Федерацией, количество законов: 242. Правовое регулирование общественных отношений осуществляется преимущественно на уровне подзаконных нормативных правовых актов, большую часть которых составляют акты Государственного совета КНР. Китайский законодатель предпочитает идти по пути интенсивного принятия отдельных локальных актов правотворчества для более оперативного реагирования на происходящие в стране изменения. Центральные власти предоставляют широкие правотворческие полномочия органам власти на местах для незамедлительного принятия правовых документов по устранению пробелов в регулировании общественных отношений. Местное правотворчество чрезвычайно развито в Китае. Известно, что для привлечения инвестиций из-за рубежа органы власти на местах вправе принимать локальные правовые документы для предоставления условий наибольшего благоприятствования иностранному и национальному бизнесу. Все это способствовало активному проникновению зарубежного капитала в экономику Китая. Относительная малочисленность основных законов по сравнению с оперативными постановлениями (подзаконными актами) по локальным вопросам — древняя китайская традиция.

II. Регулирование существующих в КНР общественных отношений осуществляется на трех основных уровнях:

1. *На уровне государственных (партийных) программных документов*, принимаемых партийными и/или правительственными органами и выступающих в качестве главных регуляторов социально-экономического и государственно-политического развития страны. К основным из них следует отнести планы пятилетнего развития, государственные программы среднесрочного и долгосрочного развития, государственные планы развития исследований в различных областях и др. Более того, нередко партийные документы не просто имеют силу закона, а стоят выше него, в отдельных случаях даже над Конституцией.

Так, согласно ч. 1 ст. 36 Конституции КНР «граждане Китайской Народной Республики имеют свободу вероисповедания». «Никакие государственные органы, общественные организации и отдельные лица не могут принудить граждан исповедовать или не исповедовать религию, не могут дискриминировать граждан за исповедование или неисповедование религии» (ч. 2). На практике же свобода вероисповедания существенно ограничивается партийными инструкциями, заявлениями высших партийных руково-

дителей, настаивающих на невозможности исповедования религии членами КПК. Более чем 85 млн членов партии на основании партийных распоряжений ограничены в конституционном праве свободного вероисповедования³⁰. Бывший Председатель КНР и Генеральный секретарь ЦК КПК Цзян Цзэминь заявлял, что «...религиозное и марксистское мировоззрение в корне противоположно. Коммунисты являются атеистами, и их мировоззрение должно быть марксистским. Они не только не могут исповедовать ту или иную религию, но и обязаны пропагандировать среди народа атеизм, распространять научное мировоззрение. ...Не помешает заметить: то, что коммунисты обязательно должны быть атеистами, совсем не противоречит политике свободы вероисповедания. Нельзя из-за свободы вероисповедания проявлять нерешительность в вопросе о верующих коммунистах и бояться вести воспитательную работу»³¹.

В современном Китае партия все еще стоит над законом³². Управление государством осуществляется в соответствии с моделью, созданной Мао Цзэдуном. Она предполагает регулирование всех сторон общественной жизни прежде всего партийными инструкциями и лишь затем законодательством. В личных беседах с китайскими юристами автору данной статьи неоднократно приходилось слышать о том, что на характер судебных решений определяющее влияние оказывают местные партийные руководители, которые в своей деятельности основываются на партийном курсе, а не на правовой норме. Иногда под прикрытием интересов партии неправомерно защищается бизнес, который находится в тесной связи с коррумпированным партийным работником. Тем не менее китайское руководство с трудом, но все-таки старается изменить эту ситуацию. Подтверждением чему служит прошедший в сентябре 2014 г. Пленум ЦК КПК, о котором мы говорили ранее.

2. *На уровне законов и подзаконных нормативных правовых актов* при отсутствии некоторых кодифицированных актов правотворчества. В КНР до настоящего времени не приняты гражданский, административный, налоговый кодексы. Впервые Уголовный кодекс КНР появился лишь в 1979 г., после 30-летнего существования нового государства. Вместе с тем в стране достаточно хорошо развито процессуальное право. Приняты Уголовно-процессуальный кодекс (1979 г.), Гражданско-процессуальный кодекс (1991 г.), Административно-процессуальный кодекс (1989 г.), Арбитражный кодекс (1994 г.), Закон КНР «Об особом процессуальном порядке разрешения морских споров» (1999 г.).

Китайский законодатель в сфере материального права не спешит с введением громоздких и трудноизменяемых кодексов, предпочитая им разрозненные, но оперативно принимаемые, изменяемые акты правотворчества. При этом идет тщательная и неспешная работа по подготовке проекта кодификационного документа, заслушиваются предложения широкого круга ученых-юристов и практикующих специалистов, формируется общественное мнение и мнение международного экспертного сообщества по поддержке появления в правовой системе КНР кодификационного акта правотворчества. Так, китайский законодатель стоит на пороге принятия единого кодификационного акта в гражданско-правовой сфере — Гражданского кодекса. В стране уже действуют Общие положения гражданского права (приняты в 1986 г., аналог Общей части ГК РФ),

³⁰ Афонина Л. А. Формирование и принципиальные моменты нормативно-правового регулирования религиозной сферы в КНР // Проблемы Дальнего Востока. 2013. № 6. С. 138—151.

³¹ Надлежаще вести религиозную работу : выступление во время беседы с группой представителей Всекитайского собрания народных представителей по вопросам религиозной работы // Цзян Цзэминь. Реформа. Развитие. Стабильность. С. 84.

³² Троцкий П. В. Право и политика современного Китая // Право и политика. 2014. № 7. С. 910—921.



Закон КНР «О вещных правах» (2007 г.), Закон КНР «Об ответственности за нарушение прав» (2009 г.), Закон КНР «О применении законодательства в гражданско-правовых отношениях с участием иностранных лиц» (2010 г.) и некоторые другие законы, которые в ближайшем будущем станут составными частями ГК КНР.

3. *На уровне актов правотворчества, принимаемых местными органами власти* и направленных в основном на регулирование вопросов социально-экономического развития региона, в частности в сфере предоставления особых льготных налоговых режимов китайским и зарубежным инвесторам. Оперативность в их принятии до сих пор привлекает иностранных инвесторов в экономику КНР. Зарубежный, включая российский, бизнес активно вкладывает средства в совместные с местными предпринимателями заводы и фабрики. Однако не учитывается важное обстоятельство: предоставленные региональными органами власти преференции также быстро могут быть ими отменены для защиты интересов другого хозяйствующего субъекта, аффилированного с местной властью. Если для принятия нового закона в Китае требуется длительное время, то местный акт нормотворчества может появиться в течение суток. В случае изменения политического курса иностранные инвесторы рискуют потерять вложенные в Китай средства, ведь их в большинстве случаев защищает не закон, а нормативный документ местного характера.

III. Правовой системе КНР известен так называемый экспериментальный (опытный) порядок, подразумевающий правовое регулирование правовых отношений посредством нормативных правовых актов, не ограниченных по сроку действия и предполагающих их вступление в силу в окончательной редакции лишь после экспертной оценки целесообразности этих актов и их эффективности. Принятие нормативных правовых актов в экспериментальном (опытном) порядке было достаточно распространённым явлением в первые десятилетия с момента начала проведения политики реформ и открытости. Такой осторожный подход китайского законодателя к оценке эффективности сырого акта правотворчества зарекомендовал себя с положительной стороны.

В основе принятия нормативных правовых актов в опытный (экспериментальный) порядок лежит эмпирический подход китайских властей к проведению широкомасштабных экономических преобразований в стране. Экономические реформы в Китае вначале проходили апробацию в ограниченных масштабах (пример — приморский город Шэньчжэнь), а затем, в случае их успешности, распространялись по всему государству. Китайские реформаторы и законодатель строго придерживались древней китайской поговорки: «переходить реку, нащупывая камни», что означает не что иное, как призыв действовать с предельной аккуратностью и осторожностью. Главный идеолог китайских реформ Дэн Сяопин любил это древнее китайское изречение, что было воспринято китайским законодателем как сигнал к неспешной работе по принятию и апробации важных для страны законов.

Так, одними из первых появившихся в правовой системе Китая после разрушительной «культурной революции» законов стали Лесной кодекс КНР (Закон КНР «О лесах») и Закон КНР «Об охране окружающей среды». Они были приняты в опытный порядок (1979 г.). Уже после апробации их положений и внесения соответствующих изменений в тексты правовых документов Лесной кодекс КНР был официально введен в 1984 г., а Закон КНР «Об охране окружающей среды» — в 1989 г. По такому же пути китайский законодатель пошел и при работе над Гражданско-процессуальным кодексом КНР (1982 г. — принят в опытный порядок, 1991 г. — окончательное принятие в исправленной редакции); Законом КНР «О банкротстве предприятий» (с 1986 г. применялся в опытный порядок, с 2006 г. — окончательно вступил в силу в новой редакции); Законом КНР «Об организации комитетов сельского населения» (1987 г. — принят в опытный порядок, 1998 г. — окончательное принятие) и др.

В экспериментальном порядке законодательные акты принимаются и в настоящее время. Так, 20 октября 2010 г. в опытный порядок введен Регламент работы адвокатских коллегий в сфере законов о ценных бумагах, 23 сентября 2013 г. — Регламент гражданско-процессуального контроля народной прокуратуры, 1 ноября 2014 г. — Правила управления в сфере питания и др.

IV. Текстам китайских нормативных правовых актов, образующих правовую систему КНР, свойственна нечеткость, расплывчатость, неконкретизированность формулировок, что было особенно характерно для актов правотворчества первых лет после образования КНР и после окончания «культурной революции». На это обстоятельство особо обращали внимание отечественные исследователи китайского права³³. Все это самым серьезным образом влияет на единообразное, правильное, точное толкование и применение содержащихся в правовом акте положений, ограничивает право сторон по делу на эффективную законную защиту своих интересов.

Приведенная особенность вовсе не связана с тем, что для отечественных исследователей права КНР китайское иероглифическое письмо представляет значительные трудности при переводе используемых китайским законодателем терминов на русский язык. Дело в том, что для китайского правоприменителя создаются весьма комфортные условия по использованию нечетких формулировок при решении задач государственно-политического характера, а также по трактовке правовой нормы в свою пользу. Отечественные исследователи обращали внимание на эти особенности китайских законов еще столетие назад. В. В. Энгельфенд писал, что «вина» в недостаточном понимании русскими исследователями китайского права лежит «...на китайском законодательстве, язык которого чрезвычайно расплывчат». Также: «Язык Конституции нередко чрезвычайно расплывчат и полон неопределенностей, дающих возможность толкования ее постановления в различном смысле»³⁴.

Многие закрепленные в праве современного Китая положения подпадают под неоднозначную трактовку, способствуют росту коррупционной составляющей. В принятых китайским законодателем нормативных правовых актах до сих пор содержатся термины «двойного толкования»: «может» (可以), «вправе» (有权), «и другие» (等等), «своевременно» (及时), «правдиво» (如实). Все это позволяет китайскому правоприменителю по своему усмотрению использовать правовую норму в государственных и/или личных интересах.

Например, в ч. 1 ст. 23 Закона КНР «О борьбе с отмыванием денег»³⁵ закреплено: «Административный орган Государственного совета, ведущий борьбу с отмыванием денег, или его провинциальные подчиненные органы первой ступени в случае обнаружения деятельности по заключению сомнительных сделок, *при наличии необходимости в проведении проверок, могут* проводить проверки в отношении финансовых органов». Ни в рассматриваемой правовой норме, ни в тексте самого Закона не приводятся основания, указывающие на «наличие необходимости в проведении проверок» со стороны соответствующих административных органов Государственного совета. Это свидетельствует о том, что необходимость в проведении проверки устанавливается по субъективному усмотрению уполномоченного на то органа (широта дискреционных полномочий, обусловленная отсутствием оснований принятия решения о проведении проверок в от-

³³ Например: Ахметшин Х. М. Уголовный кодекс КНР : лекция. М., 1981. С. 14.

³⁴ Энгельфельд В. В. Очерки государственного права Китая. Т. II. Известия Юридического факультета в г. Харбине, 1925. С. 8, 120.

³⁵ Русскоязычный перевод Закона КНР «О борьбе с отмыванием денег» см.: Законодательство КНР. Экспресс-информация. № 4. М., 2010. С. 11—30.



ношении заключенных сомнительных сделок, осуществленных частными лицами или организациями). Кроме того, определение компетенции по формуле «вправе» («могут проводить проверки») также свидетельствует о возможности использования китайским правоприменителем нормы по собственному субъективному усмотрению.

V. Особой спецификой обладает правосознание простого китайца. В его понимании право, закон практически всегда ассоциируются с институтом наказания, институтом юридической ответственности³⁶. Китаец старается «стоять на почтительном расстоянии» от права, в своем поведении руководствуется не юридическими нормами, а стремлением «сохранить лицо», не подвергнуться осуждению со стороны родственников и знакомых, стремится соответствовать общепринятым нормам морали. Для китайского правосознания характерен приоритет морали над правом.

Авторитетный исследователь китайского традиционного права В. М. Рыбаков подчеркивает, что «в отличие от многих древних обществ (Рим), законы в Китае никогда не мыслились как нечто священное и непререкаемое, как благой дар богов смертным людям, как идейная сверхценность. Напротив, господствующая теория поначалу относилась к продукту творчества не китайских, “варварских” народов, не ведающих морали и стыда, а потому вынужденных, чтобы хоть как-то наладить общежитие, прибегать к постоянному насилию посредством законодательно налагаемых запретов»³⁷. По мнению ученого, право и мораль рассматривалось китайским древним обществом как борьба двух вечно единых стихий Инь (женская) и Ян (мужская), борьба темного и светлого, пассивного и активного, где право — Инь, а мораль — Ян. Мораль стоит выше права, она является главным в деле регулирования отношений в обществе.

Само же китайское законодательство достаточно жестко реагирует на любого рода нарушения правовых норм. За любые, даже небольшие правонарушения китайский закон карает строго и незамедлительно. Особо развит в КНР институт уголовной ответственности, одно из центральных мест в котором принадлежит институту смертной казни. В Китае широко известна древняя стратагема: «бить по траве, чтобы вспугнуть змею» (打草惊蛇), согласно которой наказание, пусть и жестокое, одного лица выступает в качестве «битья по траве», в результате которого многочисленные преступные элементы — «вспугнутые змеи» — в испуге отвращаются от преступления³⁸.

О подходе китайского законодателя к наказанию как к способу устрашения потенциальных преступников и отвращению их от совершения преступлений писал еще в XIX в. один из основателей российского китаеведения о. Иакинф (Н. Я. Бичурин (1777—1853)). По его словам, для Китая было характерным, что «...наказание малою планкою производится для стыда, ибо маловажные преступления стыдом должны быть наказываемы. Наказание большою планкою производится для обуздания, ибо страхом сего наказания удерживаются от преступлений»³⁹. Не случайно, что долгое время в КНР некоторые приговоры к смертной казни приводились в исполнение публично на стадионах в целях устрашения потенциальных преступников. Концепция наказательного характера китайского права является доминирующей в китайском обществе и в среде китайских юристов.

³⁶ Подробнее: Трощинский П. В. Юридическая ответственность в праве Китайской Народной Республики. М., 2011.

³⁷ Рыбаков В. М. Танская бюрократия. Ч. 2 : Правовое саморегулирование. Т. 1 : Общие замечания. СПб., 2013. С. 4.

³⁸ Зенгер фон Х. Стратагемы. О китайском искусстве жить и выживать. Знаменитые 36 стратагем за три тысячелетия / под общ. ред. В. С. Мясникова. М., 1995. С. 190.

³⁹ Бичурин Н. Я. Китай в гражданском и нравственном состоянии. М., 2002. С. 136.

Завершая настоящее исследование, сделаем некоторые важные выводы:

1. Правовая система современного китайского государства уникальна и включает в себя как традиционное (древнее) право, так и черты права стран социализма, романо-германской и англосаксонской правовых семей. Большое влияние на характер принимаемых нормативных правовых актов, юридическую науку оказали советские специалисты, которые заложили фундамент правовой системы КНР в первое десятилетие после образования в 1949 г. нового государства. Несмотря на прямое отсутствие в действующем китайском законодательстве разработанных великим Конфуцием и легистами морально-этических и правовых доктрин, следует признать их влияние на правосознание, правовую культуру китайского правотворца и обычного гражданина определяющим. Существующий в Китае приоритет партийных решений над законом, основополагающая роль политических установок и директив КПК в деле формирования законодательства является ничем иным, как известным традиционному китайскому обществу принципом главенства общепризнанных морально-нравственных норм над актами правотворчества. Да, правящая партия стоит над законом, но ранее на ее месте был император, чиновничий аппарат либо разработанная Конфуцием система поведения в обществе и семье.

Так, древним Кодексом Тан закреплялась обязанность членов общества доносить на лицо, совершившее преступление. Однако если это преступление совершено старшим членом семьи, то младший родственник освобождался от ответственности за недоносительство, т.к. конфуцианский принцип уважения младшими старших стоял выше правовой нормы. В некоторых случаях интересы самого государства должны уступить сохранению семейных связей («у нас отец прикрывает сына, говорит Конфуций, а сын прикрывает отца»). Кодексом закреплялось и уголовное наказание за устроение свадьбы, пока отец, мать, дед, бабка по мужской линии находились в тюрьме (считалось, что в это время радоваться нельзя, ведь член общества преступил правовые нормы, совершил антиморальный поступок). Но если на заключении брака настоял отец либо дед, находящиеся в тюрьме, то лицо освобождалось от ответственности исходя из главенства принципа подчинения младших воле старших.

Кардинальных изменений в сфере соотношения права и морали китайская государственность не претерпела и поныне. Запрет на исповедание религии членами партии хотя и противоречит конституционным нормам, однако имеет обязательную силу повсеместно. Нарушение прав интеллектуальной собственности в форме крупномасштабного производства контрафактной продукции будет продолжаться в Китае до тех пор, пока это экономически выгодно. Ни один зарубежный производитель не сможет защитить свои интересы в китайском суде, несмотря на наличие в законодательстве соответствующих правовых норм. А редкие победы иностранного бизнеса будут основаны не на законе, а на политической воле партийного руководства, которое иногда позволяет судам принимать показательные решения для того, чтобы успокоить международное сообщество. Социалистическая мораль стоит выше законности, которая также носит название «социалистическая». Интересы государства всегда будут стоять выше интересов личности. Общество и право еще долго будут находиться в подчиненном положении относительно партийных директив.

2. В основе правовой системы Китая на всем протяжении его истории лежало уголовное законодательство, правовые нормы всегда устанавливали суровую юридическую ответственность за их нарушение, стержнем которой была и остается ответственность уголовная. Е. И. Кычанов писал, что еще в Древнем Китае «...сложилась система уголовных законов — “люй”, которые были не просто ядром традиционных китайских законов, но и составляли большую их часть...»⁴⁰. В Китае широко применяется смертная казнь, пожизненное лишение свободы, конфискация иму-

⁴⁰ Кычанов Е. И. Указ. соч. С. 7.



щества, лишение политических прав. В отличие от России, отказавшейся в известный период от института уголовной ответственности юридических лиц, китайский правоохранитель активно использует его в своей правоприменительной деятельности. Суровость мер уголовной ответственности к преступникам дает свои положительные результаты. Только так возможно сдерживать огромное население в рамках закона.

Например, включение в мае 2011 г. в Уголовный кодекс КНР состава «управление транспортным средством в состоянии алкогольного опьянения, повлекшее гибель двух и более людей» привело к резкому сокращению числа таких преступлений. За период с 1 мая по 30 декабря 2011 г. количество случаев «пьяного вождения» по сравнению с указанным периодом предыдущего года снизилось на 45 %, число погибших — на 22,3 % (205 человек)⁴¹. Согласно обнародованной Министерством общественной безопасности КНР статистики, в течение 3 лет с даты включения «пьяного вождения» в Уголовный кодекс, с 1 мая 2011 г. по 30 апреля 2014 г., общее количество преступлений в рассматриваемой сфере и связанная с этим гибель людей снизились на 25 % и 39,3 % соответственно⁴².

Властями страны активно применяется высшая мера наказания, отказ от которой в КНР вряд ли возможен. В Древнем Китае писали, что смертная казнь должна существовать «...не во вред народу, а ради пресечения зла и преступлений, ибо нет лучшего средства пресечь зло и преступления, нежели суровые наказания. Если наказания суровы и каждый неизбежно получает то, что заслужил, народ не осмелится испытывать на себе силу закона, и тогда в стране исчезнут осужденные. О государстве, где нет осужденных, говорят: “если наказания ясны, исчезнет смертная казнь”»⁴³. Китайские ученые единодушны во мнении, что отказ от смертной казни не будет способствовать построению социалистического правового государства. Они отмечают, что «большинство стран, которые в разное время по тем или иным соображениям объявляли об отмене смертной казни, впоследствии все же вновь восстанавливали действие высшей меры или же если и не восстанавливали официально, то создавали лазейки в законодательстве для обхода имеющегося запрета»⁴⁴.

Проводимая в настоящее время политика либерализации уголовной ответственности, снижение числа составов преступлений, предусматривающих смертную казнь, — вынужденные шаги китайских властей, на которые они пошли по причине серьезного давления со стороны международного сообщества. Китайское общество в своем большинстве крайне против такого гуманизма по отношению к преступникам. Отметим, что для всего азиатского региона характерны суровость наказания, смертная казнь в них — исторически долго существующее явление (Япония, Вьетнам, Северная Корея, Таиланд и др.).

3. Китайский законодатель продолжает придерживаться политики принятия разрозненных локальных актов правотворчества в противовес трудноизменяемым и объемным кодифицированным документам. Отсутствие в правовой системе КНР гражданского, административного и налогового кодексов ни сколько не обедняет ее. Власти страны опасаются появления сырых законов, настороженно относятся к желанию некоторой части общества поскорее их принять. Неторопливость в принятии важных решений — характерная особенность китайского менталитета. Все

⁴¹ URL: http://zqb.cyol.com/html/2012-03/22/nw.D110000zgqnb_20120322_1-11.htm (дата обращения: 15.11.2014) (на кит. яз.).

⁴² Жэньминь жибао. 2014. 20 октября (на кит. яз.).

⁴³ Книга правителя области Шан (Шан цзюнь шу) / пер. с кит. Л. С. Переломова. М., 1993. С. 207.

⁴⁴ Люй Цзигуй, Цянь Гояо. Сильное оружие в нанесении удара по преступности в сфере экономики // Политика и право. 1982. № 2. С. 33 (на кит. яз.).

происходит по известной пословице, которая переводится как «тише едешь, дальше будешь». Прошло уже более полувека, как китайские юристы приступили к разработке единого гражданского кодекса, однако «воз и ныне там». Большинство китайских юристов, участвовавших в разработке проектов ГК, отмечают, что в связи с «...весьма значительной сложностью, недостатком опыта в гражданской законотворческой деятельности, а также с учетом того, что Китай только-только начинает проводить реформирование экономической системы...»⁴⁵, китайское общество еще не созрело для его введения. О принятии в ближайшее время административного и налогового кодексов речь вообще не ведется.

Особое место в правовой системе КНР занимают нормативные правовые акты, принимаемые в опытном (экспериментальном порядке). Такой подход был скопирован китайскими коллегами у советской правовой науки. В отличие от России, он активно применяется китайским законодателем для регулирования социально-экономической сферы. В основе также лежит осторожный подход китайского законодателя к правовому вмешательству в важные для общества сферы. Особую эффективность законодательный эксперимент показал при создании и развитии свободных экономических зон приморских территорий, где модель регулирования деятельности хозяйствующих субъектов была впоследствии перенесена на другие китайские регионы.

В настоящее время в Китае проводится широкомасштабная административная реформа, которая вначале также проводилась экспериментально. Ее суть заключается в нескольких важных положениях:

- упрощение административных процедур, предоставление более широких полномочий административным органам на местах, сокращение дискреционных полномочий;

- искоренение бюрократизма и неповоротливости административного аппарата, повсеместное внедрение электронного правительства;

- сокращение численности административных служащих, оптимизация штатов⁴⁶.

Административная реформа уже дает свои положительные результаты в практической сфере. Открытая 29 сентября 2013 г. Шанхайская зона свободной торговли начала активно привлекать зарубежных инвесторов благодаря упрощенному порядку выполнения административных формальностей в банковско-финансовой и других областях предпринимательской деятельности. Сокращение количества министерств и штата административных работников существенно снизило финансовую нагрузку на центральные и местные бюджеты. Уменьшение количества административных барьеров, разрешительных процедур позволяет китайским предпринимателям еще активнее вовлекаться в экономическую жизнь страны, открывать и развивать свое дело, что значительно повышает уровень занятости населения, тем самым нивелируя социальную напряженность в обществе.

В заключение подчеркнем важность и актуальность китайского опыта для современной России. Его как положительные, так и отрицательные стороны следует углубленно изучать в рамках науки сравнительного правоведения для возможного последующего использования в научной, правотворческой и правоприменительной деятельности.

⁴⁵ 民法学 [Гражданское право] / под ред. Пэн Ваньлина. Пекин, 1999. С. 10.

⁴⁶ Подробнее: Бородич В. Ф., Виноградов А. В., Троцкий П. В. 1-я сессия ВСНП 12-го созыва и новая административная реформа в Китае // Проблемы Дальнего Востока. 2013. № 3. С. 59—65.



**Алексей
Владимирович
ЕГОРОВ,**

ректор
Витебского
государственного
университета
имени П.М. Машерова
(Беларусь),
кандидат
юридических наук,
доцент,
член-корреспондент
Международной
академии
сравнительного
права

БЕЛОРУССКАЯ ПРАВОВАЯ СИСТЕМА КАК ОБЪЕКТ СРАВНИТЕЛЬНОГО ПРАВОВЕДЕНИЯ

Белорусская правовая система рассматривается в качестве самостоятельного объекта сравнительного правоведения. Определяется место правовой системы на юридической карте мира. Проводится анализ основных параметров, по которым определяется принадлежность белорусской правовой системы к определенной правовой семье.

В качестве основных компонентов компаративистской характеристики белорусской правовой системы рассматриваются: источники права, система права, нормативная особенность, правовой понятийный фонд, тип юридического мышления.

Определяются основные тенденции развития белорусской правовой системы на юридической карте мира.

Ключевые слова: белорусская правовая система, правовая семья, сравнительное правоведение, юридическое мышление, источники права.

A. V. EGOROV,

Rector of P.M. Masherov Vitebsk State University (Belarus),
PhD in Law (Candidate of Legal Sciences), Associate Professor,
Associate Member (Corresponding Member)
of the International Academy of Comparative Law

BELARUSIAN LEGAL SYSTEM AS AN OBJECT OF COMPARATIVE LAW

The Belarusian legal system is seen as self-preparatory object of comparative law. National legal system of Belarus is defined on the legal world map. The main parameters which determine the status of the Belarusian legal system to the legal family were investigated.

The main components of the comparative characteristics of the Belarusian legal system are considered: sources of law, system of law, the normative peculiarity of the legal conceptual Foundation, the type of legal thinking.

The main trends in the development of the Belarusian legal system to the legal world map defined.

Keywords: Belarusian legal system, legal family, comparative law, legal thinking, sources of law.

Правовая система, как явление многоплановое и достаточно объемное по своему социальному содержанию, представляет интерес не только для юриспруденции, но и для целого ряда иных общественных наук. В связи с этим правовая система определяется в качестве категории, дающей «многомерное отражение правовой действительности конкретного государства на ее идеологическом,

нормативном, институциональном и социально-экономическом уровнях»¹. Большинство исследователей придерживается той точки зрения, что правовая система — это совокупность юридических средств, которыми оперирует государство, оказывая нормативное воздействие на общественные отношения². Исследователи в области теории права также дают достаточно широкую трактовку рассматриваемого правового понятия. Так, М. Богдан определяет правовую систему как уровень надстройки, базирующийся на соответствующей экономической системе общества и обслуживающий нужды экономики среди самых различных сфер общества³. Ж. Карбонье говорит о правовой системе как о пространственной и временной сферах существования всех правовых институтов определенного общества⁴.

Такое широкое понимание правовой системы может быть полезно при изучении конкретных нормативных компонентов их тесной связи с экономическими, социальными, культурными и другими основаниями правовой системы как организованного комплекса. Но мы ведем речь о компаративной самостоятельности данного объекта, который должен обладать собственными характеристиками в качестве самостоятельного уровня объекта сравнительно-правовой науки.

Компаративистское определение правовой системы как самостоятельного уровня компаративного правового объекта создает основу для исследования других объектов сравнения. Так, проводя сравнительный анализ норм права или элементов юридической практики, мы вначале устанавливаем, к какому типу правовых систем принадлежат данные правообразования — романскому, англосаксонскому или религиозно-общинному. Затем мы определяем внутрисистемную принадлежность исследуемых объектов, т.е. устанавливаем их национально-правовую принадлежность к определенной правовой системе, которая имеет свои специфические особенности. Среди определяемых звеньев имеется и такой элемент, как «группа правовых систем», которая, с одной стороны, аккумулирует в себе общесемейные традиции, с другой — формирует внутригрупповые признаки, отличные от общесемейных качеств. Каждое меньшее по своему правовому объему образование включает признаки большего элемента и обладает рядом собственных черт. Можно сказать, что правовая система детерминирована характером своей правовой семьи, имеет признаки группы правовых систем, в которую она входит, и обладает своими специфическими признаками. Определение правовой системы с компаративистской точки зрения представляет собой структурно-сущностную характеристику ее общесемейных, внутригрупповых и национально-специфических признаков.

Белорусская национальная правовая система традиционно относится к романо-германской правовой семье⁵. Вместе с правовыми системами России и других стран СНГ правовую систему Беларуси включают в так называемую евразийскую

¹ Проблемы общей теории права и государства : учебник для вузов / В.С. Нерсесянц [и др.] ; под общ. ред. В.С. Нерсесянца. М. : Норма, 2001. С. 282.

² Общая теория государства и права. Академический курс : в 2 т. / под ред. М. Н. Марченко. М. : Зерцало, 1998. Т. 2 : Теория права / В. В. Борисов [и др.]. 1998. С. 304.

³ *Bogdan M.* Comparative Law. Stockholm : Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994. P. 83.

⁴ *Карбонье Ж.* Юридическая социология / пер. с фр. В. А. Туманова. М. : Прогресс, 1986. С. 175—176.

⁵ Общая теория государства и права : учеб. пособие / А. Ф. Вишневский, Н. А. Горбатов, В. А. Кучинский ; под общ. ред. В. А. Кучинского. Минск : Амаффея, 2002. С. 326.



группу правовых систем⁶. Как специфическая правовая форма конкретной страны она определяется в качестве «национальной правовой системы Республики Беларусь»⁷.

Первым компонентом формально-правовой общности, определяющей континентальные традиции в национальной правовой системе Беларуси, является романо-германская однотипность *источников* права. Современное состояние континентальных форм права свидетельствует о существенных переменах во взглядах на доктринальную природу закона и иных источников права, которые воспринимались как второстепенные и подчиненные закону. Р. Давид категорично утверждает, что «абсолютный суверенитет закона в странах романо-германской правовой семьи является фикцией и что наряду с законом существуют и иные важные источники права»⁸. Данные тенденции нашли отражение в Законе «О нормативных правовых актах Республики Беларусь». Системность нормативных правовых актов, отмечает Г. А. Василевич, отражается в соответствующих сводах законов и законодательства, где обеспечивается «внутренняя согласованность актов, единство (непротиворечивость) правового регулирования общественных отношений»⁹.

Белорусская правовая система отражает общесемейный романо-германский подход в определении ведущей роли источника права в форме закона. Но в системе источников белорусского права такую форму имеет не только нормативный правовой акт, изданный законодательным органом страны, но и другие источники, а именно декреты Президента Республики Беларусь. У системы законодательных форм правового регулирования в правовой системе Беларуси есть свои специфические особенности. Конституция Республики Беларусь обладает высшей юридической силой. Конституция является ядром правовой системы, представляет собой базу для развития всей системы белорусского законодательства, поэтому «сопутствующим названием белорусской Конституции было — Основной Закон»¹⁰. Но из-за детальной регламентации положений Конституции в законах и кодексах более конкретное конституционно-правовое регулирование обеспечивают соответствующие конституционные законы и кодексы. В системе законодательных источников Беларуси отдельное место отводится так называемым программным законам, которые по своему характеру являются конституционными, т.к. принимаются в установленном Конституцией порядке и по определенным ею вопросам. В отличие от общей континентальной доктрины, согласно которой программные законы определяют цели экономической и политической деятельности государства, белорусские программные законы имеют непосредственное регулятивное значение, где соответствующие цели предполагаются, но не ставятся во главу регулятивной доктрины.

Отдельное место в системе законодательных белорусских источников отводится кодексам. Законодательное определение роли кодексов обусловлено традициями кодификационного характера, присущими всей романо-германской правовой семье. В системе источников белорусского права отсутствуют кодексы, которые бы имели длительный опыт применения. Достаточно сказать, что Гражданский и Уголовный кодексы Республики Беларусь приняты в 1999 г., новый Кодекс об административных право-

⁶ Правовые системы стран мира : энциклопедический справочник / Ф. М. Решетников [и др.] ; отв. ред. А. Я. Сухарев. М. : Норма, 2000. С. 65.

⁷ Общая теория государства и права : учеб. пособие. С. 326.

⁸ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности / пер. с фр. В. А. Туманова. М. : Междунар. отношения, 1997. С. 75.

⁹ Василевич Г. А. Комментарий к Закону «О нормативных правовых актах Республики Беларусь». Минск: Интерпрессервис, 2003. С. 22.

¹⁰ Василевич Г. А. Конституционное правосудие. Минск : Изд. центр БГУ, 2014. С. 9.

нарушениях — в 2003 г. Для национальной системы источников права характерна частая сменяемость кодифицированных актов. Доктринальная позиция национальных источников права, с одной стороны, пытается рассматривать кодекс в качестве важного источника правового регулирования, с другой — постоянно ищет в нем недостатки, отдавая предпочтение «текущему законодательству», как его определяет романо-германская доктрина. Текущее законодательство чрезвычайно широко распространено в белорусской правовой системе и в группе других славянских стран. В отличие от континентального определения данного источника права, воспринимаемого в качестве дополнительного способа правового регулирования, так называемое текущее законодательство в белорусской системе источников не имеет четкой субсидиарной цели и подчиняется общим правилам иерархии нормативных актов в законодательстве. Мы можем лишь догадываться — текущее это законодательство или нет, т.к. порог изменчивости, сменяемости основных и даже конституционных и других законов не очень чувствителен в национальной правовой общности. Как правило, текущее законодательство регулирует те сферы общественных отношений, которые являются новыми для национальной практики правового регулирования и оперативно не могут быть урегулированы традиционными кодексами и другими законами. В частности, к таким сферам относятся отношения информационного характера, долгое время находившиеся в сфере регулирования ведомственных инструкций, а также отношения миграции и труда, обеспечения кредитования и денежного обращения с помощью пластиковых карт и т.д. Но в любом случае, как замечает Р. Давид, «лучшим способом установления справедливого, соответствующего праву решения является обращение к закону»¹¹.

Система источников права Беларуси, определенная в соответствующем законодательстве, не рассматривает прецедент в любых его разновидностях в качестве официального источника национального права. Такую роль выполняют судебные решения, отличающиеся от прецедентных правил широтой и неопределенностью своего нормативного воздействия на общественные отношения. С одной стороны, судья не связан своими прежними решениями, с другой — он обязан следовать решениям, принимаемым высшими судебными инстанциями, которые содержат отдельные принципы правового регулирования. Эта двойственность судебных решений исключает возможность прецедентного принципа разрешения спора, т.к. юридический прецедент — это прежде всего принцип разрешения дела, а не его конкретное формальное определение, выраженное в судебном или административном решениях. Сами судебные решения рассматриваются в качестве самостоятельного источника белорусского права. Такое положение судебных решений закреплено в Законе «О нормативных правовых актах Республики Беларусь» (ч. 10 ст. 2), который рассматривает в качестве разновидностей нормативных правовых актов те судебные решения, которые содержат нормы права. Речь идет об актах Конституционного Суда, постановлениях Пленумов Верховного Суда и упраздненного Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь. Своеобразное положение данных форм отличает белорусскую систему источников права от современного континентального прочтения места и роли этого источника в системе национальных форм права. Белорусская система источников права занимает традиционное положение в строгом континентальном следовании кодификационным законодательным традициям, учитывая при этом возможные правотворческие проявления судебной власти как самостоятельной разновидности в системе разделения властей. При этом судебная ветвь власти не утрачивает своей основной функции правоприменения. В законодательстве о нормативных правовых актах установлена и юридическая сила судебных актов, которые должны соответствовать законам, а также декретам и указам Президента Рес-

¹¹ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 78.



публики Беларусь. Это отражает традиционные континентальные подходы, согласно которым, несмотря на возрастающее значение судебных источников права, закон находится на первом месте при одновременном сохранении его практической значимости и реального воздействия на все современное романо-германское право.

Нормативное своеобразие белорусской системы права состоит в следовании больше казуальным, нежели абстрактным традициям континентального права. Данные традиции были определены частой сменяемостью, непостоянством существования кодифицированных актов, а также более значимой, по сравнению с теми же французскими подходами, ролью судебной практики в формировании современного белорусского права. Казуальность белорусской нормы основана на ее правоприменительных традициях. Активно применяются конкретные положения декретов, указов и постановлений органов власти. Стоит отметить, что сегодня в системе национального механизма правового регулирования более распространен элемент нормативного регулирования, до издания Закона «О нормативных правовых актах Республики Беларусь» именовавшийся подзаконными актами. Причина такого отношения к закону и иным источникам права заложена в казуальных традициях белорусского права и национального правовопонимания. Соответствующее влияние на национальные системы правосудия оказывали субъекты публичной власти и в других правовых системах, особенно в период формирования нормативных звеньев и элементов правоприменительной системы государства. Но специфика публичного патронажа белорусского правосудия состояла именно в патронировании судебного элемента правоприменения, а не в надзоре за ним. Это проявлялось в принципе нормотворческого сотрудничества между судебной и исполнительной ветвями власти, что приводило к формированию нормативного компонента белорусской правовой системы через судебное нормотворчество. Как отмечает Т. И. Довнар, активизация законотворчества и реформирование судебной системы определили расширение сфер правового регулирования и внедрение новых прогрессивных принципов судопроизводства, предполагавших более казуальные подходы к формированию норм в состязательном процессе¹².

Казуальный характер нормы белорусского права обнаруживается и в ее предрасположенности к регулированию меньшего, по сравнению с континентальной практикой, числа конкретных казусов, хотя вообще это качество не делает белорусский нормативный принцип рассмотрения дел по существу казуальным. Можно сказать, что при всем стремлении нормативного правила ограничить себя от абстракции правового регулирования норма продолжает оставаться на традиционных континентальных позициях. Как отмечает Р. Давид, во всей романо-германской правовой семье «правовую норму понимают, оценивают и анализируют одинаково» и «правовая норма перестает выступать лишь как средство разрешения конкретного жизненного случая», поднимаясь на высший уровень, где «ее понимают как правило поведения, обладающее всеобщностью и имеющее более серьезное значение, чем только лишь ее применение судьями в конкретном деле»¹³.

Логическая структура нормы белорусского права также соответствует общим континентальным традициям. В национальной практике обнаруживается специфика диспозиций, гипотез и санкций, которые находят свое регулятивное выражение в нормах разной юридической силы. Как правило, гипотезы и диспозиции носят описательный характер, определяя поведение субъекта правоотношения по заданному алгоритму.

Сравнительный анализ гипотез, включенных в структуру норм белорусского права, показывает преобладание так называемых субъективных нормативно закрепляемых

¹² Доўнар Т. І. Характэрныя рысы і асаблівасці прававага развіцця Беларусі на важнейшых гістарычных этапах // Вестнік БДУ. Серыя 111. 2009. № 1. С. 10.

¹³ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 69.

условий приведения в действие правовой нормы. Субъективные гипотезы традиционно для континентальной нормативной общности делятся на личные и публичные нормативно закрепляемые условия реализации норм права. Гипотезы личного характера содержат условия, определяемые волей и предыдущим характером поведения субъектов правоотношения. Так, заключение брака требует взаимного согласия будущих супругов, отсутствия другого зарегистрированного брака у обоих супругов и т.д. Публичные гипотезы содержат условия, формулируемые субъектами публичной власти. Невозможно количественно соотнести удельный вес обеих групп гипотез в структуре белорусских правовых норм. Можно лишь, основываясь прежде всего на анализе присутствия публичных начал в традиционных частноправовых отраслях белорусского права, говорить о некоторых тенденциях по увеличению числа публичных гипотез. К числу таких отраслей, где удельный вес публичных гипотез постоянно растет, относится отрасль гражданского права. Уже с принятием Гражданского кодекса Республики Беларусь в качестве публичных договоров были определены не только традиционные договоры энергоснабжения, проката, но и отдельные разновидности договоров купли-продажи, перевозки, хранения. Кроме того, ст. 396 Гражданского кодекса РБ предоставила возможность признания в качестве публичного любого договора, если по характеру своей деятельности организация обязана выполнять работы или оказывать услуги в отношении каждого, кто к ней обратится. Публичные начала усиливают свое влияние и в других сферах частноправового регулирования. Такая закономерная тенденция присуща всем правовым системам славянского типа. Авторитет публичной власти исторически значим и проявляется прежде всего в области управления.

Гипотезы объективного содержания не имеют широкого распространения в нормативной системе белорусского права. Условия, при которых те или иные правила поведения приводятся в действие независимо от воли субъекта правоотношения, формируются и воспринимаются в традиционном континентальном понимании — в корреспондирующей зависимости от состояния другого субъекта: смерти лица, факта влияния на него стихийных сил природы, вызвавших невозможность совершения определенного действия, и т.п. Белорусские объективные гипотезы по характеру своего нормативного выражения ничем не отличаются от аналогичных романо-германских компонентов. Разнится лишь правовая сфера распространения этих элементов. Например, в нормативной системе Беларуси объективные гипотезы не нашли своего широкого применения в торговой и предпринимательской сферах правового регулирования, как это наблюдается в континентальном праве.

Сравнительный анализ диспозиций нормы белорусского права показывает их сходство с аналогичными компонентами романо-германского права. Все правила должного поведения в национальной нормативной системе имеют писанный характер, за исключением отдельных обычно-правовых норм, применение которых достаточно ограничено. Соответствующее материально-правовое закрепление национальных гипотез мы находим в широкой системе нормативных правовых актов. Данная материально-правовая выраженность правил поведения в большинстве случаев имеет кодифицированный характер.

Специфична по своей правовой природе и санкция национальной нормы права. Системы континентального права отходят от применения карательных санкций личного характера в виде лишения свободы, смертной казни и т.д. Но нужно заметить, что белорусская нормативная система традиционно придерживалась гуманных принципов воздействия на нарушителей правовых норм. Еще в «старожитном» белорусском праве основными видами наказания были имущественные неблагоприятные последствия, и даже за убийство человека предусматривалось денежное возмещение за содеянное.

Порядок создания традиционной нормы белорусского права можно определить как законодательный с элементами административного нормотворчества. Дело в том, что



белорусская правовая система, ориентируясь на традиционный способ континентального законодательного создания нормативного массива, достаточно полно восприняла и элемент административного нормотворчества, способного оперативно формировать нормы второстепенной значимости, как правило, носящие субсидиарный характер. Число таких оперативно регулирующих общественные отношения норм настолько выросло, что превратилось в самостоятельный комплексный элемент законодательства, выстраиваемый на различных уровнях местного, корпоративного, общественного нормотворчества. Административное право, непосредственно содержащее такие нормы или санкционирующее возможность издания конкретными субъектами нормативных властных предписаний, превратилось в значимый элемент национальной нормативной системы.

Структура белорусского права является следующим компонентом национально-правовых особенностей белорусской правовой общности. Конституция Республики Беларусь закрепляет унитарный принцип организации всех сфер общественной жизни, в том числе и унитарное административно-территориальное устройство правовой системы (ст. 1, 9). Это означает, что на территории Республики Беларусь действует единая система права, общая для всех административно-территориальных единиц. Эта система, по мнению отечественных исследователей, состоит из следующих основных отраслей: конституционное право, гражданское право, административное право, уголовное право, трудовое право, семейное право, земельное право, финансовое право, уголовно-исполнительное право, гражданско-процессуальное право, уголовно-процессуальное право. Одновременно исследователи указывают, что правовая система Беларуси унаследовала конструкцию системы права, которая сложилась в советский период¹⁴.

Система права Республики Беларусь не имеет четкого деления отраслей на публичное и частное право. Отсутствует и строгая отраслевая дифференциация белорусского права, которая носит не континентальный отраслевой, а комплексный характер. Ряд отраслей белорусской системы права, особенно формируемых в настоящее время, являются комплексными отраслями права, которые по причине их комплексного характера трудно определить в качестве именно отраслей права. Скорее всего, речь идет об отраслях законодательства. И даже проводимые в отдельных сферах правового регулирования, в частности в банковской и налоговой отраслях законодательства, кодификационные работы не принесли ожидаемых результатов.

Исторически строгая отраслевая дифференциация белорусского права отсутствовала. Законодательство Великого княжества Литовского основное внимание уделяло отраслевой дифференциации уголовной сферы правового регулирования. Сфера имущественного регулирования общественных отношений оставалась недифференцированной и воспринималась в качестве альтернативного способа восстановления нарушенных прав. Исключение в плане отраслевой дифференциации составляло государственное право, которое было хорошо разработано и имело авторитетные отраслевые источники в виде статутах и грамот. Исторические традиции белорусских отраслей права оказали заметное влияние на дальнейший ход развития обозначенных сфер правового регулирования. В системе национального права отрасль конституционного права также имеет достаточно строгое отраслевое обозначение. Научные исследования в данной области государственного строительства представляют собой серьезный научный задел в плане теоретического и нормативного обоснования конституционно-правовых отношений. Конституционное право Республики Беларусь рассматривается в качестве базовой отрасли права, регулирующей общественные отношения, возникающие при установлении основ общественного строя. Данная отрасль права имеет богатые исторические традиции, заложенные в период XV—XVII вв. Основными источ-

¹⁴ Общая теория государства и права : учеб. пособие. С. 287.

никами государственного права Беларуси того времени являлись Статуты 1529, 1566 и 1588 гг., которые не только закрепляли властные отношения и основы государственного строя Беларуси, но и закладывали прочные государственно-правовые традиции последующего развития конституционно-правовых отношений. Как замечают исследователи белорусской государственности, в истории белорусского права можно видеть яркую палитру специфических черт политической и социально-экономической жизни народа, благодаря чему обнаруживаются те концептуальные изменения, «которые происходили в связи с развитием и усложнением исторического процесса»¹⁵. Вся история Беларуси, по утверждению Т. И. Довнар, имеет много общего с историей развития европейских соседей, что не могло не отразиться на развитии белорусской государственности¹⁶. В европейском континентальном понимании конституционное право — это нормативный комплекс публичного типа. Причем конституционное право рассматривается здесь как «основная часть публичного права»¹⁷, где французская модель конституционного права признается наиболее развитой из всех отраслей права других стран, что объясняется ролью Франции, которую называют матерью основных демократических и правовых принципов Европы. По своему нормативному содержанию и характеру основных конституционно-правовых институтов белорусское конституционное право соответствует модели континентального понимания и содержания конституционного права.

Понятийно-категориальный аппарат национальной правовой системы предполагает оценку соотносимости правового понятийного фонда, сложившегося на уровне определенной правовой семьи, с понятийно-категориальным аппаратом данной правовой системы¹⁸. Категории и понятия, используемые в белорусском праве, мало чем отличаются от принятых определений в романо-германской правовой общности. Наличие абстрактного нормативного компонента, хотя и с некоторыми казуальными отклонениями от принятого континентального стандарта, определяет единство понятийно-категориального аппарата белорусской правовой системы с аналогичным понятийным фондом континентальных систем. Ориентируясь на определенную модель правового развития в рамках романо-германской семьи права, можно сказать, что понятийно-категориальный аппарат континентального права схож с национальным правовым восприятием процессов и явлений общественной жизни. Первое, что характеризует особенность белорусских понятий и категорий правового характера, — их свободное обиходное определение, не ориентированное на узкоспециальное употребление терминов. Национальное законодательство широко оперирует такими понятиями, как «малолетний», «человек», «родители», «умерший», «клад» и т. п. Правовые институты, реципированные из традиционного романского права, содержат и соответствующие природе заимствованного правового института понятия, которых после принятия новых кодексов обнаружилось достаточно много — «патронаж», «эмансипация», «доверительное управление», «рента» и т.д. Сложилась категория нетрадиционных для национального правосознания понятий, которые касаются определения таких процессов и объектов, которые являются относительно новыми в плане правового определения для всей романо-германской правовой общности и ее понятийного аппарата. К числу таких понятий можно отнести определения и катего-

¹⁵ Довнар Т. И. Белорусская государственность и историко-правовая наука // Государство и право. 2009. Вып. 5. С. 7.

¹⁶ Доўнар Т. І. *Ор. cit.* С. 112.

¹⁷ Чиркин В. Е. Конституционное право зарубежных стран. М. : Юрист, 1999. С. 12.

¹⁸ Егоров А. В. Теоретико-методологические основания сравнительного правоведения. Витебск : ВГУ имени П.М. Машерова, 2014. С. 63.



рии технократического порядка — «электронная подпись», «типология интегральной микросхемы», «селекционное достижение», «энергия», «тотализатор» и т.д.

Понятийно-категориальный аппарат белорусской правовой системы структурно представлен несколькими элементами: традиционным — адаптированным к условиям языковой всеобщности славянского типа в форме применения общеупотребимых понятий; рецептированным вместе с нормативным содержанием соответствующих правовых институтов не всегда континентального происхождения; модернизированным — определенным по своим технократическим характеристикам, но не апробированным правовыми системами, в том числе и традиционными системами континентальной семьи права.

Увеличилось количество понятий иностранного происхождения, которые в переведенном на русский язык, но не в измененном виде были привнесены в национальную правовую среду вместе с соответствующими правовыми институтами и нормами права. Данные понятия и явления, ими обозначаемые, в большинстве случаев стали результатом механицизма при правовой рецепции и не имеют достаточного для национально-го механизма правового регулирования доктринального или нормативного потенциала, чтобы быть реализованными в совершенно новой правовой среде. Многим из этих понятий находятся адекватные синонимы национально-правового характера, другие остаются недостаточно востребованными национальной правоприменительной практикой (наподобие «брачного договора», «франчайзинга», «факторинга» и т.п.).

Сами правовые понятия образуют структурный компонент правового понятийного фонда. Помимо структурного своеобразия и содержательной специфики понятийно-категориального аппарата, правовой понятийный фонд предполагает определенную культуру своего использования в условиях конкретной национальной правовой системы. Культурный компонент правового понятийного фонда включает системные составляющие реального функционирования понятийно-категориального аппарата в условиях конкретной правовой системы — его знание, умение применять в необходимых условиях и выработанный навык применения категорий, сложившихся в некий традиционный тип. При отсутствии заданной типологической характеристики правовой понятийный фонд рассматривается как социальная фикция, ориентированная на подмену понятий, выхолащивание их действительного содержания.

Компоненты интеллектуального восприятия правовых понятий и соответствующих им явлений в белорусской правовой системе развиты достаточно хорошо. Этому способствуют традиции европейских соседей, которые подают хороший пример знания прав и обязанностей и умения использовать правовые нормы в повседневной жизни. Данный опыт не является умозрительным, т.к. между европейскими правовыми системами, включая белорусскую систему права, происходит постоянное социально-экономическое общение. Это общение является в силу своей территориальной включенности системным. Поэтому и привитие навыка познания и применения норм поведения достаточно хорошо происходит у субъектов национального правоотношения.

Понятийно-правовой компонент национальной системы права непосредственно связан с типом правосознания, сложившимся в пределах территориальной юрисдикции белорусской правовой системы. Правовое мышление рассматривается в качестве характерного для субъекта познания способа восприятия правовой действительности, что в конечном счете обуславливает динамику общественных и правовых отношений. Национальный характер правосознания специфически отражает особенности типа континентального правового мышления, который представляет собой замкнутую систему восприятия традиционных правовых институтов и процессов. На уровне и в условиях белорусской правовой системы территориального типа реализация принципов традиционного континентального мышления происходит в пределах границ конкретного государства с присущим ему типом развитой государственной идеологии.

СОВРЕМЕННЫЕ ГЛОБАЛЬНЫЕ МОДЕЛИ ОСНОВНЫХ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА: НОВЫЙ ПОДХОД

Рассматриваются права человека в соответствии с тремя глобальными моделями правового регулирования: мусульманской (в ее фундаменталистском варианте), либерально-полусоциальной капиталистической и тоталитарно-социалистической. Отмечены разные подходы к закреплению основных прав человека в международных документах и в некоторых названных выше глобальных правовых системах, их сближение в этой сфере правового регулирования и вместе с тем сохраняющиеся элементы антагонизма.

Ключевые слова: модель прав человека, мусульманская, либерально-полусоциальная капиталистическая и тоталитарно-социалистическая модели, сближение и элементы антагонизма.



**Вениамин
Евгеньевич
ЧИРКИН,**

доктор
юридических наук,
профессор,
главный научный
сотрудник
Института
государства
и права РАН,
главный научный
сотрудник
Института
законодательства
и сравнительного
правоведения при
Правительстве РФ,
заслуженный
деятель науки РФ,
заслуженный
юрист РФ

V. E. CHIRKIN,

*LL.D., Professor, Chief research fellow, Institute of State and Law, RAS;
Chief research fellow at the Institute of legislation and comparative law under the
Government of the Russian Federation,
Honored worker of science of the Russian Federation,
Honored lawyer of Russian Federation*

MODERN GLOBAL MODELS OF FUNDAMENTAL HUMAN RIGHTS: A NEW APPROACH

Human rights are considered in accordance with the three global models of legal regulation: Muslim (in its fundamentalist variant), liberal semi-social capitalist and totalitarian-socialist. Highlighted different approaches to securing basic human rights in international instruments, and in some of the above mentioned global jurisdictions, their convergence in the field of legal regulation and, at the same time, the remaining elements of the antagonism.

Keywords: Model of human rights. Muslim, liberal semi-social capitalist and totalitarian-socialist models, convergence and antagonism.

При изучении прав человека, как и многих других явлений, необходима систематизация. Она, конечно, огрубляет разнообразие действительности, но позволяет глубже проникнуть в суть вещей. В науке существуют различные виды систематизации прав человека, свои подходы к обобщениям имеются в отдельных правовых науках и отраслях права (права абстрактно взятых продавца и покупателя в гражданском праве иные, чем в уголовном процессе у обвиняемого или защитника). Неодинаковы также объект правоотношений, субъективная и объективная стороны. Все это затрудняет классификации общего характера и сказывается на общетеоретической, межотраслевой разработке вопросов о природе различных прав человека и на разработке этих вопросов на уровне самой высокой теории. В данной статье предлагается базовый подход к такой классификации, который позволяет понять суть прав человека



в трех существующих в мире глобальных правовых системах, а также различия в социальном содержании института прав человека. Как представляется, на этой основе можно более полно анализировать возможности и пределы сближения правового регулирования данной сферы человеческих отношений, а также конкретные права и обязанности человека и гражданина в правовых системах отдельно взятых государств.

Чаще всего наиболее общая систематизация прав человека используется при изучении международного права (особенно Пактов о правах человека 1966 г.) и основных, т.е. конституционных, прав в конституционном праве, где изначально были выделены права человека и права гражданина. Помимо этой общепризнанной классификации предложены другие виды систематизации. Они не совсем одинаковы в международном, зарубежном и российском праве. Пакты о правах человека 1966 г. — это два международных пакта, которые закрепляют основные права, содержащиеся в некоторых конституциях государств до принятия этих пактов, а затем включенные в иных странах в соответствии с ними. Первый документ посвящен «гражданским и политическим» правам. В нем объединены права, относящиеся к человеку как личности (например, неприкосновенность личности, свобода передвижения), и политические права гражданина как члена государственно организованного политического сообщества (свобода объединения, избирательные права и др.). Второй закрепляет «экономические, социальные и культурные» права (право на труд, образование и т.д.).

Хотя объединение в одной классификационной единице личных и политических прав принято далеко не всеми государствами, а некоторые не принимают выделение социальных или экономических прав, принципиальные положения международного права о правах человека (Всеобщая декларация прав человека 1948 г. и др.), основы систематизации прав человека в Пактах 1966 г., перечень прав, который содержится в них, восприняты большинством государств мира, которые ратифицировали эти Пакты.

Вместе с тем правовое положение личности в конкретной стране и группах стран имеет и не может не иметь свои особенности. Зачастую такие особенности носят объективный характер, будучи обусловлены своеобразием различных стран и правовых систем. Но иногда особенности отдельных «страновых» правовых систем и определенных моделей правового регулирования в группах государств исходят из иных концепций, основаны на таких социокультурах, которые выходят за пределы общих принципов Пактов 1966 г. (такие явления имеют место и в мусульманском праве, и, например, в отдельных странах Тропической Африки). В результате отношения некоторых моделей прав человека, наряду с процессами сближения (а обычно только это отмечается в научной литературе), приобретают несовместимый и даже антагонистический характер. Это ведет к необходимости новелл в общетеоретической систематизации прав человека и принятия волевых, законодательных, конституционных решений по устранению препятствий для сближения. Не все такие препятствия могут быть устранены волевым путем. Некоторые из них имеют принципиальный характер, ибо неразрывно связаны с сущностью глобальной правовой системы, с социальной природой государств этой системы и их «страновых» правовых систем. Устранение препятствий такого рода может быть достигнуто только на базе преобразования самих правовых систем, принципиального изменения их качества. В какой-то мере это происходит, но характер развития мировых процессов свидетельствует о том, что это вряд ли случится в исторически обозримые сроки. Совершенствуя правовое регулирование прав человека, в том числе на международном уровне, важно учитывать все эти обстоятельства.

В зарубежных, наиболее часто издаваемых учебниках (некоторые выдержали более десятка, а то и более двух и даже трех десятков изданий) используется разная систематизация «прав и свобод» (иногда без оговорки, что речь идет об основных, конституционных правах, хотя это подразумевается). В английских учебниках «Консти-

туционное и административное право» (так называется учебный курс) «права человека» рассматриваются в плане отношений «гражданин и государство» (таково название соответствующих глав). Систематизация не предлагается. Поскольку в Великобритании нет цельной писаной конституции и эта страна инкорпорировала в свою неконсолидированную конституцию в 1998 г. Европейскую конвенцию о защите прав человека 1950 г., в британских учебниках рассматриваются права, зафиксированные в этой Конвенции (в российской литературе они характеризуются как личные и политические), а также пределы ограничения прав человека в связи с государственной безопасностью и терроризмом¹. В соответствии с общим подходом англосаксонской концепции социально-экономические права в учебнике не рассматриваются (хотя в стране существует развитое социальное законодательство и достаточно высокое жизнеобеспечение), ибо говорится, например, что никакой суд не даст работу безработному в результате ссылки на конституционное право на труд.

Во французских учебниках «Конституционное право и политические институты» выделяются «свободы политические и свободы физические» (последние называются также индивидуальными), а затем предлагается различие индивидуальных и коллективных прав. Среди первых названы, в частности, безопасность личности, собственность, свобода договоров и соглашений, свобода предпринимательства, среди вторых — свобода вероисповедания, слова, объединения и др. Отдельно сказано о политических правах, к которым прежде всего отнесены избирательные права².

В немецком учебнике «Государственное право. Основной курс по публичному праву» содержится специальный параграф «Разграничение и систематизация основных прав». Предлагаются две основные рубрики: разграничение по правовому источнику основных прав (закреплены в федеральном Основном законе или конституциях земель) и разграничение по значению основных прав для человека и гражданина, права урожденных и натурализованных граждан и др.). Далее следует описание основных прав в последовательности Основного закона ФРГ³.

В России четко различаются права человека и гражданина (в том числе и в конституционных формулировках), в последние годы в дискуссионном порядке в некоторых работах, помимо индивидуальных прав, выделяются коллективные права (например право наций на самоопределение) и права, осуществляемые коллективно (например право на забастовку: у человека есть такое право, но один — не забастовщик, а прогульщик)⁴. Наиболее часто в России в учебных целях используется выделение иных четырех видов основных прав человека и гражданина (взятых вместе, но затем сопровождающихся оговорками, что определенные права принадлежат только гражданину): равноправие в его различных формах (гендерное, этническое, независимо от социального положения и др.), личные права (на жизнь, неприкосновенность личности, жилища и др.), политические права (избирательные права, свобода слова, объединения и др.), социально-экономические и культурные права (право собственности, право на забастовку, свобода литературного, научного и других видов творчества и т.д.). В такой систематизации отчасти присутствует социальный элемент в связи со сферой общественной (частично не только общественной) жизни, в которой эти права действуют. Такая классификация, даже если она не вполне совершенна (ее теоретическое обоснование недостаточно), является опреде-

¹ Bradley A. W., Ewing K. D. Constitutional and Administrative Law. 15th ed. L., 2011. Pp. 395—600.

² Gicquel J., Gicquel J.-É. Droit constitutionnel et institutions politiques. 25e éd. P., 2011. Pp. 95—84.

³ Katz A. Staatsrecht. Grundkurs im öffentlichen Recht. 18. Aufl. Hamburg, 2010. Ss. 301—305.

⁴ Конституция в XXI веке. Сравнительно-правовое исследование / отв. ред. В. Е. Чиркин. М.: Норма, 2011. С. 194—204.



ленным достижением российской науки. Она обладает большей определенностью, а иногда и большей точностью, чем классификации в зарубежных изданиях, названных выше. Данная классификация появилась в России задолго до Пактов 1966 г. и оказала влияние на них (в частности, на выделение экономических и социальных прав), хотя и не была воспринята полностью.

Вместе с тем систематизация в международном праве, в зарубежных и российских изданиях ориентируется в основном на юридическую природу различных групп конституционных прав, на их фиксацию в документах — конституциях, иных актах (что необходимо в правовых исследованиях и вовсе не является недостатком). Представленная в научных работах и учебниках, такая систематизация иногда учитывает разный социальный характер индивидуальных правовых систем государств (например Китая и Саудовской Аравии), но не идет дальше, не устанавливает связей с глобальным характером мировых социально-политических общностей и их правовых систем, частью которых является не совсем одинаковое, а иногда и совсем неодинаковое регулирование прав человека (хотя большинство государств этих систем и ратифицировали Пакты 1966 г.), не учитывает разной сущности таких систем, их сближения и одновременно сохраняющейся некоторой их антагонистичности.

В условиях современного разнополярного мира одни и те же юридические формулировки о правах человека, в том числе те, которые содержатся в Пактах 1966 г. и вне их (например, положение о высшей ценности человека, которое есть в ст. 2 российской Конституции 1993 г. и в ст. 6 Конституции Исламской Республики Иран 1979 г. с существенными поправками 1989 г.), имеют вовсе не одно и то же социальное содержание (для Ирана эта ценность определяется прежде всего служением воле Аллаха). Различия в моделях прав человека определяются сущностью правовой системы. Права человека (равно как и обязанности) являются одним из элементов этой системы, которые следуют закономерностям системы в целом. Поэтому понять глубинную сущность прав человека, на наш взгляд, можно, лишь изучив суть самой правовой системы.

С одной стороны, правовые системы имеют страновой характер, они свои в каждом государстве (понятно, что правовая система Великобритании и Японии неодинаковы), но, например, сопоставление правового регулирования положения человека в Германии и Франции не дает оснований для выводов о различиях в социальных моделях регулирования прав человека в этих странах. Для установления таких различий надо брать иные явления, например правовые системы капиталистических США и социалистического Китая. Здесь отчетливо заметны не только страновые, но и более глубокие, сущностные различия. Видно, что регулирование прав человека в этих странах принадлежит к разным моделям. Поэтому наиболее полное представление о социальной природе различных способов регулирования прав человека, на наш взгляд, может дать характеристика сущности различных глобальных моделей прав человека на основе формационно-цивилизационного подхода. Он позволяет установить глобальные модели прав человека. На этой основе мы можем проникнуть в социально-культурную природу регулирования прав человека на уровне отдельных глобальных семей права (например англосаксонской или романо-германской), а затем — в причины особенностей социоправового регулирования прав человека в отдельно взятых государствах.

Сказанное — это методология исследований прав человека уже на основе имеющихся, готовых знаний. Методика поиска новых знаний может быть и обычно бывает иной. Мы начнем с изучения регулирования прав человека в множестве отдельных государств, но с позиций уже имеющегося, готового знания. Методика поиска обычно обусловлена методологией, уже заложенной в голове ученого в результате опыта и накопленных знаний.

На наш взгляд, в современном мире существуют три основные глобальные модели конституционного регулирования прав человека: мусульманская (нормами этой

системы руководствуются по разным данным до 1,6 млрд человек в мире), либерально-полусоциальная капиталистическая модель (более 4 млрд, включая развивающиеся страны) и тоталитарно-социалистическая (иного социализма пока не было) — 1,5 млрд человек в пяти государствах: Вьетнам, Китай, КНДР, Куба, Лаос. Каждая из этих моделей содержит свои подходы к регулированию равенства (равноправия), личных, политических и социально-экономических прав человека.

Мусульманская модель имеет два варианта: классический (мусульманский фундаментализм, радикализм) в Иране, Саудовской Аравии, Брунее и др. и регулирование прав человека в продвинутых мусульманских государствах, испытавших (в том числе во время колонизации), наряду с угнетением, влияние европейской культуры и продолжающих воспринимать ее некоторое влияние и теперь (Египет, Ирак, Сирия и др.). Правоведы таких стран (например ливанский профессор Ч. Маррат)⁵ констатируют даже (на наш взгляд, ошибочно), что все основные институты мусульманского и европейского права (включая и вопросы о правах человека) совместимы. В модернизированных мусульманских государствах признаются равноправие, политические права, существуют партии, выборы, парламенты и т.д. Однако нужно учесть, что и в продвинутых странах Коран (записи проповедей пророка Мухаммеда) и Сунна (жизнеописание пророка, составленное по воспоминаниям его сподвижников) являются непререкаемыми священными книгами, а, например, новая Конституция Египта 2014 г. устанавливает: «Принципы исламского шариата являются главным источником законодательства» (ст. 2).

Наиболее отчетливо принципы мусульманского права проявляются в упомянутых Коране и Сунне (они объявлены в некоторых странах конституцией государства⁶), а также в документах конституционного значения — Основных низамах, провозглашенных в 1992—1996 гг. монархами в странах мусульманского фундаментализма: в Саудовской Аравии, Омане, ОАЭ (некоторые из них были временными, затем объявлены постоянными), в конституциях других стран мусульманского фундаментализма, принятых до низамов (Кувейт) и после них (Бахрейн). В принципе в мусульманском праве права человека признаются, говорится о мусульманской концепции прав человека и даже о мусульманской справедливости. Но это относится не к каждому человеку. Основные законы стран мусульманского фундаментализма исходят из коранических установок о неравенстве граждан в связи с их верой (полными правами могут обладать только «правоверные» — мусульмане, только они могут иметь гражданство государства, занимать различные должности). Утверждается также «прирожденное» неравноправие женщин и мужчин (иногда, впрочем, в конституциях продвинутых стран говорится, что женщины и мужчины равны, но с оговоркой — «по шариату», а шариат такое равенство принципиально отвергает). Неравны лица, принадлежащие к разным племенам (благородным и иным), и даже приверженцы одного и того же ислама — сунниты и шииты.

В странах мусульманского фундаментализма нет политических партий и парламентов, нет выборов (принята идея аш-шурь — совещаний правителей разного уровня с назначенными ими в совет авторитетными мусульманами-мужчинами)⁷. Свобода слова возможна только в рамках коранического учения, т.е. на деле невозможна. Объединения запрещены: мусульманская модель признает только одно сообщество —

⁵ The Oxford Handbook of Comparative Law / ed. by M. Reimann, R. Zimmermann. Oxford, 2008. P. 631.

⁶ Статья 1 Основного низама Саудовской Аравии 1992 г. The Basic Law of Government. Riyadh, 61r.

⁷ В некоторых странах мусульманского фундаментализма (Бахрейн, Йемен, Кувейт и др.) выборы проводились, даже женщинам иногда предоставлялись избирательные права, но женщины в таких выборах по обычаю почти не участвовали, в парламентах таких стран их нет.



мусульманскую умму, которая по исламу имеет международный характер и должна привести к созданию всемирного халифата. Эта модель прав человека имеет элементы полуфеодального характера.

Коран и Сунна — основа всего мировоззрения мусульманина, мусульманской культуры. Некоторые положения Корана включены в неразвитое законодательство стран мусульманского фундаментализма или применяются непосредственно. Таковы указанные в Коране членовредительные наказания в уголовном праве (например, отсечение руки за кражу, забивание камнями до смерти неверной жены). Правда, подобные наказания применяются только шариатскими судами, в продвинутых мусульманских странах таких наказаний, как и шариатских судов, нет⁸. Они не существуют теперь даже в некоторых странах мусульманского фундаментализма, но и в продвинутых странах бывает полиция нравов (следит за исполнением заветов Корана) и при ней — мусульманский судья, который применяет наказания, в том числе порку, за нарушение религиозных канонов⁹.

Либерально-полусоциальная капиталистическая модель прав человека исходит из принципов формального, юридического равенства. Мы называем ее полусоциальной, ибо полного социального равенства в условиях господства частной собственности (а именно этот принцип является одним из главных в условиях капиталистического строя) достичь невозможно (хотя мы не знаем, возможно ли это вообще — имевшие место попытки привели лишь к созданию тоталитарного социализма). Установление правового равенства — большое завоевание буржуазно-демократических революций, сокрушивших феодальный абсолютизм. Но в наше время этого недостаточно, что видят и создатели новых конституций в капиталистических странах, особенно после Второй мировой войны. В эти конституции включены социально-экономические права, которые раньше признавались только в странах тоталитарного социализма. Объем таких прав более широк в развивающихся, а не в развитых странах, но в передовых капиталистических странах развитое социальное законодательство, высокий уровень жизни (до такого уровня еще далеко и странам тоталитарного социализма, и постсоциалистическим государствам).

Однако в данной группе стран преобладает индивидуалистический подход к правовому статусу человека и гражданина. Он проистекает из тезиса о приоритете личности перед обществом и государством. Главный акцент делается на личные (так называемые абсолютные) и политические права и свободы. Социально-экономические права или вообще не упоминаются (многие конституции стран Британского содружества наций), или сформулированы скорее как ориентир, как руководящие принципы для политики правительства (Албания, Бразилия, Индия, Филиппины и др.). Эта часть конституций нередко имеет подзаголовок «социальные цели», «принципы политики» правительства в сфере социально-экономических отношений, и положения о правах человека, размещенные в этой части, не рассматриваются как субъективные права конкретной личности, ибо считается, что их невозможно обеспечить путем судебных исков. В Конституции Албании 1988 г. ясно говорится: «Добиваться социальных целей непосредственно через суд нельзя» (ч. 2 ст. 59). Правда, в последние десятилетия индивидуалистический акцент этого подхода ослабляется, но сохраняется.

⁸ Однако такие суды появились в Северной Нигерии, эта часть страны населена в основном мусульманами.

⁹ Такие судьи даже в Индонезии и Малайзии приговаривали в 2010 г. к наказанию плетью (ударами пальмовыми ветвями) европейских женщин за нарушение ислама — ношение мужской одежды (брюк).

При данной модели права человека составляют лишь элемент общей системы правового регулирования, а главный принцип капиталистического общества — достижение максимальной прибыли. Ради этой главной цели могут быть игнорированы и права человека.

Тоталитарно-социалистическая модель прав человека исходит из коллективистского принципа, отдавая приоритет обществу, государству, коллективу перед индивидом. Ее сторонники считают, что права человека и гражданина могут быть реализованы только в «обществе трудящихся» и обеспечены социалистическим государством. Понятие прирожденных (абсолютных) прав в принципе отвергается, различаются права трудящихся и не трудящихся (первым предоставляются преимущества), права «эксплуататоров» подвергаются жестким ограничениям (особенно в политической области), «законно» нарушаются их личные права. Особое внимание уделяется социально-экономическим правам как имеющим особое значение для трудящихся, но многие важнейшие социально-экономические права отвергаются (право частной собственности, частной предпринимательской деятельности). Права человека предоставляются только в целях строительства социализма и коммунизма, иное их использование может быть наказано, в том числе в уголовном порядке. Антисоциалистическая пропаганда и агитация объявляются в уголовных кодексах преступлением. Конституциями установлена обязательная для человека идеология (марксизм-ленинизм с национальной спецификой — идеи Хосе Марти на Кубе, Мао Цзэдуна и Дэн Сяопина в Китае, идеи чучхе и Ким Ир Сена в КНДР и т.д.).

В последние десятилетия социалистический тоталитаризм в некоторых странах несколько ослабляется. В конституции вносятся поправки, признаются те или иные социально-экономические права, отвергавшиеся ранее (право частной собственности, предпринимательской деятельности). Отчетливее всего об этом свидетельствует опыт Китая. Однако регулирование политических прав остается прежним. Сохраняются руководящая роль коммунистической партии, запрет политической оппозиции, использование прав человека только в интересах социализма, обязательная идеология.

В странах Тропической Африки, небольших государствах Океании, у некоторых племен стран Востока и Латинской Америки действует *обычное право* (система почти исключительно устных правовых обычаев, сохраняемых в памяти старейшинами племен и передаваемых другим поколениям)¹⁰. В таких условиях правовой статус лица в определенной степени зависит от его принадлежности к племени (хотя конституции устанавливают принцип равенства). Согласно имеющимся в обычном праве представлениям человек — «клеточка» племени, он может реализовать свои права и обязанности, вытекающие из его племенного статуса (на долю общинной земли, выпас скота и др.), лишь в данном племени, на его территории. Сфера действия обычного права жестко ограничена законами (некоторые брачно-семейные, наследственные отношения, землепользование (но не собственность), охота, рыболовство).

Целостный статус человека обычное право не определяет, основы статуса и многие основные права установлены конституциями. Поэтому обычное право нельзя, на наш взгляд, считать особой глобальной моделью регулирования прав человека.

В современном многополярном мире существуют три глобальные правовые системы, представляющие собой принципиально различные модели регулирования прав человека и гражданина. Они различаются по своей социальной сущности. В рамках

¹⁰ Насколько известно, их пытались записать и кодифицировать лишь ученые из развитых стран.



каждой из этих систем-моделей существуют тоже глобальные семьи права. В основе их различий лежат прежде всего социокультурные характеристики. Каждая семья права включает множество правовых систем отдельных государств с их социоправовыми характеристиками. Сближение правового регулирования прав человека между правовыми системами государств осуществляется легко, если они принадлежат к одной правовой семье. Несколько сложнее протекает этот процесс между правовыми семьями, даже если они принадлежат к одной глобальной правовой системе-модели. Сближение в регулировании прав человека между глобальными системами частично происходит, но не касается существа (социальной природы основных прав человека и гражданина) и имеет элементы антагонистических противоречий. Они могут быть преодолены только при изменении сущности самих систем.

АДАПТАЦИЯ АДМИНИСТРАТИВНОГО ПРАВА В СОВРЕМЕННОМ ГОСУДАРСТВЕ

В статье автор останавливается на проблеме трансформации административного права в современных условиях, а также пределов вмешательства государства в общественную жизнь.

A. C. MARTÍNEZ,

*Assistant to the Attorney General (Chief Legal Counsel)
for the District of Bogota (Colombia),
University of Bordeaux (France)*

ADAPTATION OF ADMINISTRATIVE LAW IN THE MODERN STATE

In the present the author dwells on the problem of transformation administrative law in modern conditions, as well as the limits of state intervention in social life.



**Аура Каталлина
МАРТИНЕС,**
помощник
главного
юрисконсульта
округа Богота
(Колумбия),
Университет
Бордо (Франция)

Принцип разделения властей вызывает спор о регулировании функций государства конституционным правом и об осуществлении государственной власти. Эти вопросы заставляли задуматься в течение всей истории конституционализма, они будоражили умы философов, социологов, политологов и политиков.

Важность этого принципа в правовой системе заключается в его стимулирующем действии на реализацию государственной власти, чтобы предотвратить произвол при ее осуществлении или концентрацию власти. Формализация этого принципа является проверенным средством для борьбы со злоупотреблением властью, поэтому он был тщательно разработан в правовых системах, считающихся сбалансированными в глобальном контексте. Действительно, данный принцип был разработан как в классической континентальной системе, так и в англосаксонской системе, где был назван системой сдержек и противовесов.

Принцип разделения властей был обоснован в работах таких великих теоретиков права, как Дж. Локк и Ш. Монтескье, причем их обоснование до сих пор актуально, ведь именно описанное ими осуществление принципа является основой демократии. Джон Локк в работе «Опыт о гражданском правлении» определил три ветви государственной власти и назвал разделение властей условием равновесия при осуществлении функций государственной власти. Позднее в своей работе «О духе законов» Шарль Монтескье более глубоко анализирует политическую и правовую необходимость разделения властей в качестве гарантии против любого произвола и защиты прав и свобод граждан. Согласно Монтескье, всего ветвей власти три: законодательная, исполнительная и судебная, и он наделяет их теми же характеристиками, которые присущи им сегодня¹.

Выделение некоторых функций государства в особую ветвь власти диктуется потребностями общества и, следовательно, осуществлением важнейших целей механизма государства. Каждая из ветвей государственной власти обладает своими характер-



¹ López G. A. Une nouvelle approche au principe de la séparation des pouvoirs publics dans la perspective de l'État contemporain // Revista Jurídica Piélagus. 12(1). 196. Consulté le 2014.

ными чертами и призвана осуществлять деятельность, необходимую для исполнения функции государства, возложенной на нее, т.е. разрабатывать законы — для законодательной ветви, исполнять законы — для исполнительной ветви и отправлять правосудие — для судебной ветви. Весь процесс в целом должен поддерживаться системой институтов, соответствующей уровню сложности исполняемой функции. По той же причине система институтов должна обладать высокой степенью координированности и взаимной поддержки для защиты общественного интереса и достижения общего блага. Именно исходя из понимания общегосударственного блага, в теории права всегда одним из наиболее сложных вопросов было четкое определение каждой из функций и обозначение границ между каждой сферой государственной власти.

Очевидно, что при делимитации возникает достаточно много двусмысленных моментов, что негативно сказывается на деятельности государства, как в теории, так и на практике, из-за чего появляются коллизии и конфликты между ветвями власти, которые в конечном счете вредят правовой безопасности и твердости правовой системы.

Целью этой статьи является размышление о пределах административных функций в современном государстве, основанное на тесной взаимосвязи между моделью государственного участия и соответствующей административной функцией, взаимосвязи, которая на современном этапе порождает перестройку административных функций и, следовательно, административного права. В первой части статьи мы обсудим, как в рамках современного государства изменяется понимание административного права. Во второй части проанализируем комплексные моменты, возникающие при рассмотрении административной роли в современном государстве.

I. Административное право на современном этапе

Постулат о том, что «общество постоянно изменяется», является естественным и реальным, если говорить с социологической и правовой точек зрения, притом что изменения в современном мире происходят головокружительными темпами, в результате чего появляются глубокие размышления во всех научных областях и особенно в сфере права, которая определяет правила, по которым развивается любое общество. По словам профессора Жана Риверо², эти изменения имеют такие элементы, как:

- а) переход от сельской и ремесленной цивилизации к городскому и промышленному обществу;
- б) быстрое развитие науки и ее техническое приложение;
- с) развитие государственного участия, вне зависимости от направленности — социалистической или либеральной (например, охрана окружающей среды, экономическое планирование, землеустройство, городское планирование и т.д.) — такое участие имеет непосредственное воздействие на повседневную жизнь общества.

Тем не менее первым институтом, затронутым такими изменениями, стало государство, т.к. именно оно имеет основополагающее значение для общества, и модель государственного участия должна отвечать изменениям, происходящим в обществе. Очевидно, что это развитие оказывает непосредственное влияние на правовую сферу, т.е. право также должно адаптироваться к изменениям; конкретные области права тесно связаны с ними, например административное право, регулирующее отношения между государством в его административной функции и индивидом (обществом), где модель институционального вмешательства государства имеет наибольшее значение, потому что именно она непосредственно влияет на задачи и административные структуры, выполняющие свою функцию.

В области административного права одним из наиболее проблематичных вопросов является понимание интенсивности и глубины изменений, происходящих в нем в связи с трансформацией модели участия государства. При этом возникают вопросы, являющиеся предметом изучения теоретиков административного права, связанные с анализом реакции административного права на такие изменения и его адаптации к ним.

А. Новая модель участия государства

Модель участия государства имеет свою историю развития. На первом этапе (XVIII—XIX вв.), когда участие государства было минимальным, возникла идея разработать особую нормативную базу, применимую по отношению к государству. Именно тогда и появилось право элиты, которое представляло собой совокупность норм, направленных исключительно на защиту интересов властей и отстаивание их привилегий по отношению к гражданам или членам общества. Такое право было ничем иным, как наследием монархического строя, в котором король обладал абсолютной, неоспоримой властью. Раннее административное право как ветвь публичного права несомненно имеет свое начало в намерении защитить интересы короля, иными словами — интересы, основанные на неравенстве и власти. Стоит особо отметить, что на этом этапе, хотя мы и говорим о разделении властей, существовала исполнительная власть (монархия), обладающая очень сильным влиянием на другие ветви, которые находились в подчиненном положении. Например, говорилось об администрации-судье, т.е. правительство одновременно выступало в качестве администрации и в качестве судьи, что очевидно нарушало равновесие и независимость, которые являются смыслом разделения властей. По этим причинам модель участия государства в указанную эпоху получила название жандармского государства, потому что деятельность государства была незначительной и в основном сводилась к нотариату.

Второй этап начинается в XX в. Участие государства проявляется на максимальном уровне. Государство берет на себя роль главного благодетеля, взваливая на себя заботу о гражданах от рождения до смерти² посредством социального регулирования, что является наследием классического либерализма, уходящего своими корнями к Великой французской революции. Участие выражается в стремительном росте административной деятельности со стороны государства для исполнения его наивысших целей, таких как строительство государства, основанного на демократических ценностях, и уважение конституционных принципов. С точки зрения административной функции³ это можно выразить в двух критериях: 1) защита общего блага и 2) степень централизации и децентрализации при осуществлении административной функции. Именно эту эпоху считают временем действительной консолидации административного права⁴ в качестве отдельной отрасли юридической науки, т.к. теория этой отрасли концентрировалась на определении критерия применения административного права, что вызвало появление двух великих школ административного права во Франции. Первая школа называлась Школой государственной власти и возглавлялась деканом Морисом Ориу, обосновавшим критерий применения административного права исключительно как исполнения и проявления государственной власти. Вторая школа носила название Школы государственной службы и воз-

² Pontier J. M. Recuperado el 2014. URL: www.unjf.com.

³ Rivero J. (s.f.).

⁴ Rivero J. Existe-t-il un critere de droit administratif? // Revue de droit public et de la science politique (2), 279—296.



главлялась деканом Леоном Дюги, который определял критерий административного права как административную деятельность по предоставлению государственных услуг в качестве гарантии обеспечения потребностей граждан⁵.

На развитие третьего этапа повлияло развитие неолиберализма конца XX в.⁶ Этот этап отмечен кризисом монополии участия государства, т.к. в целом рост государственного участия стал восприниматься как неоправданное вмешательство в сферу деятельности частных лиц и рыночных законов, т.е. там, где участие государства не является полностью самостоятельным. Таким образом, становится очевидной неспособность государственного аппарата предоставлять услуги, из-за чего возникает угроза защиты прав, признаваемых в социальном государстве, и нарушения социальных и экономических обязательств при применении модели участия государства.

В связи с этим кризисом государство поставило под сомнение собственно смысл своего существования, и была тщательно пересмотрена деятельность, которую оно на самом деле должно осуществлять для исполнения роли гаранта защиты общественных интересов и прав граждан.

В постоянном поиске баланса своего участия государство решило сделать ставку на модель промежуточного вмешательства, называемую *регулированием*. В этой модели государство призывает частных лиц для исполнения конкретных государственных и в особенности административных функций. Государство требует от регулятора осуществлять контроль над участием частных лиц в управленческой деятельности. Сегодня государство подчеркивает свою роль в качестве регулятора, т.е. государство, понимая свою неспособность действовать за пределами своей основной области, стимулирует участие физических лиц в деятельности, которая, по сути, является государственной, но может выполняться частными лицами, особенно это касается сектора предоставления государственных услуг. В этом случае государство оставляет за собой полномочия по нормативному регулированию предоставления таких услуг частными лицами, контролю монополистической деятельности и защиты прав потребителей.

Структура административного права должна дополнять новую модель участия государства, а также учитывать влияние и последствия, которые вызывают такие правовые явления, как конституционализация и глобализация, для того чтобы нормы права отвечали действительным обстоятельствам, возникающим в отношениях между государством и гражданином.

В. Конституционализация административного права

В контексте современного административного права нельзя упускать из виду взаимодействие между административным правом и другими отраслями публичного и конституционного права. Именно эта связь позволила теоретизировать такое правовое явление, как конституционализация, которую породил новый взгляд на конституционализм, возникший в послевоенный период.

С точки зрения нового взгляда на конституционализм конституция наделяется не только политическим значением, которым она и так обладала, но и новым значением правового характера, т.е. текст конституции является сам по себе нормой права непосредственного применения, не нуждающейся в каком-либо дополнительном законе.

Таким образом, основной функцией исполнительных органов государственной власти является создание социального правового государства. Провозглашая этот

⁵ Pontier J. M. Op. cit.

⁶ Rodríguez L. Las viscositudes del derecho administrativo y sus desafíos del siglo XXI. UNAM, pág. 12.

принцип, государство сосредоточивает свое внимание на индивиде и защите его прав, а органы государственного управления становятся гарантом соблюдения основных прав граждан.

Следовательно, если сущностью правового государства является подчинение государственной власти закону, такое подчинение также подразумевает и законодателя, и тогда правоприменительные органы будут применять Конституцию посредством ее толкования, а не через законодателя⁷.

В административном праве конституционализация может выражаться в следующем⁸:

Постепенное уменьшение сферы административного права, пропорционально интенсивности конституционализации, по мере того как закон как источник административного права замещается конституцией, а судебная практика явно приобретает все большее значение в качестве нормы, занимая место, ранее отводимое закону.

С момента своего создания структура административного права определялась судебной практикой административных судов; при конституционализации структуру административного права определяет уже конституционный суд, т.к. при прямом применении конституции ее толкование является компетенцией конституционного суда.

Исполнительные органы государственной власти и административная функция перестали быть основным направлением административного права, их заменила защита основных прав человека.

С. Глобальное административное право

Глобализация как комплексное явление пронизывает все сферы общества, в том числе на правовом уровне, в частности в рамках административного права, где это явление породило тенденцию к нормативной унификации, т.е. создание административной нормы обусловлено глобальными экономическими процессами, такими как интернационализация и интеграция. Результатом влияния этих процессов является появление административных норм, носящих глобальный характер.

Кроме того, оказывает свое влияние судебная практика, т.к. имеются судебные постановления международных судебных органов, которые в содержательной части поставили под сомнение административную функцию государства, а также вводят серьезные обязательства по исполнению соответствующих решений.

Сегодня административное право переживает особый период, поскольку его формирование происходит при применении другой процедуры, при участии наднациональных структур, которые выносят рекомендации касательно содержания норм административного права.

Значительным достижением создания глобального административного права является то, что государства должны принимать законы об административных процедурах, в которых признаются общие принципы действия исполнительных органов государственной власти (обязательные обоснование, соразмерность, право выступления в суде и право на защиту). Другим достижением, как будет показано ниже, стало принятие норм частного права в качестве норм регулирования деятельности исполнительных органов государства⁹.

⁷ Bastidas P. El modelo constitucional del Estado Social y democrático de derecho, sus desafíos y la constitucionalización del proceso. Via Iuris (7), 45

⁸ Restrepo M. La respuesta del derecho administrativo a las transformaciones recientes del estado social de derecho // Saberes Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales, 5, separata, 3—20. Madrid, España: Universidad Alfonso X el Sabio. Recuperado el 2012. URL: <http://www.uax.es/publicacion/la-respuesta-del-derecho-administrativo-a-las-transformaciones-recientes.pdf>.

⁹ Restrepo M. Op. cit.



Актуальной задачей для административного права становится синхронизировать его содержание с моделью участия государства-регулятора, не забывая о влиянии других факторов, таких как конституционализация и создание глобального административного права, которые обуславливают возможность приспособления административного права к новым видам участия государства.

II. Поле действия административной функции в современном государстве

А. Основные принципы и развитие

Различные полномочия, которыми обладают государственные органы, порождаются национальным суверенитетом, и если сравнивать с правами, обычно предоставляемыми лицам, они являют собой гораздо более широкие prerogatives¹⁰.

По этой причине государственные полномочия должны исполняться исключительно во благо общего интереса, и именно в этом случае принцип разделения властей выступает в качестве средства предупреждения концентрации власти в руках собственно представителей власти, т.е. чтобы избежать любой ценой деспотии или тирании, которые столь часто возникали в прошлом.

Итак, три обособленные ветви власти имеют конкретную функцию, а также они обладают организационной структурой для исполнения этой задачи государства, например исполнительная власть призвана исполнять закон и для этой цели у нее есть система исполнительных органов, т.е. совокупность ресурсов, определенных государством, для исполнения административной функции.

Исходя из этого основная идея слова «служить» может выражаться как «регулировать порученные вопросы», кроме того, органы власти «управляют», что в случае органов власти значит «объединять, организовывать и задействовать все средства для достижения поставленной цели». Таким образом, органы государственной власти выступают в качестве средства для достижения наиважнейших целей государства.

Как мы видели, административная функция присуща исполнительной власти и вне зависимости от степени участия государства она должна соотноситься с позиции критериев качества и количества.

Качество — характеристика, определяемая административным характером деятельности, которую органы исполнительной власти приняли в качестве своего объекта. В свою очередь, в рамках этой характеристики находится также деятельность, исполнение которой продиктовано суверенитетом, это деятельность, связанная с международными отношениями, обороной, правосудием и поддержанием общественного порядка. Для исполнения таких задач у органов исполнительной власти есть особые подразделения вооруженных сил. Кроме того, в этот тип деятельности входит исполнение задач экономического и социального характера¹¹.

Количество относится к размеру организационной структуры и количеству учреждений, созданных для исполнения административной функции (чиновники, различные виды недвижимости, нематериальных активов). Количественная оценка дает четкое представление о соотношении размера и исполнения функции.

Изменение количества и качества административной функции прямо пропорционально степени государственного участия в отношении, что можно легко проследить на примере вышеприведенных исторических этапов. Если действует принцип минимального участия, качественные и количественные характеристики административной функции будут незначительными; а при глубоком вмешательстве государства, наоборот, эти же характеристики сильно возрастут.

¹⁰ Vedel G., Devolve P. Droit administratif. Paris: Presses Universitaires de France. Consulté le 2014.

¹¹ Rivero J. L'action administrative.

В. Проблема разграничения

1. По природе

На современном этапе сфера действия административной функции ограничивается степенью государственного участия, которое, как мы говорили, на данном моменте воплощается в модели государство-регулятор, откуда берут свое начало две идеи французского административного права: управление — не единственная задача исполнительной власти; но оно является исключительно задачей исполнительной власти¹².

Определить административную функцию сложно, поэтому возникает первая мысль — отделить от общего понятия исполнительной функции специфическую административную функцию; по словам профессора Жана Риверо, государственные полномочия, которыми наделены органы власти, характеризуются положительно в случае исполнительной власти, при проведении экспроприации, в административной политике и при применении силы во имя исполнения собственных решений. Негативная оценка связана с ограничениями правоспособности, при том что это возможно только во благо общественного интереса, и, как правило, идеальным механизмом для принятия обязательств представителями органов власти и приобретения каких-либо благ являются публичные процессы¹³.

Определение административной функции с помощью материального критерия связано с последним замечанием. В этом понимании административная функция может быть разделена на две большие категории.

а) Деятельность, присущая собственно административной функции

Эта категория включает в себя все виды деятельности, которые совершены при осуществлении исполнительной функции и относятся к такой важной области административных действий, на которые государство обладает монополией:

Деятельность по поддержанию внутреннего общественного порядка и международных отношений. Для осуществления такой деятельности необходимо существование специального административного органа в виде вооруженных сил, наделенных полномочиями в связи с характером своей деятельности, а также гражданского административного органа, также осуществляющего этот вид деятельности.

Деятельности по организации предоставления основных услуг. В основном под этим понимаются услуги по предоставлению энергии, питьевой воды, газа, отоплению, а также услуги здравоохранения, образования, доступа к культуре и средствам связи.

б) Деятельность, производная от административной функции

К этой категории относятся все виды деятельности, в которых государство позволило участие частных лиц. Этот тип возникает, когда частная инициатива становится поставщиком государственных услуг, а государство осуществляет роль контролирующего или надзорного органа, что сводится к новой, регулирующей функции государства.

Первая сфера действия такой деятельности — предоставление второстепенных государственных услуг, например транспортных, железнодорожных и воздушных перевозок.

Вторая сфера включает некоторые виды экономической деятельности: банковские услуги, услуги по страхованию, кредитованию. К этой группе относятся также те услуги, которые считаются основными для государства, но которые в разном виде были переданы на осуществление частным лицам, хотя государство сохранило функцию контроля за предоставлением таких услуг.

¹² Vedel G., Devolve P. Op. cit.

¹³ Vedel G., Devolve P. Op. cit.



2. По используемым средствам

Для выполнения какой-либо деятельности государство нуждается в наборе ресурсов, которые обеспечивают ее выполнение. Что касается административных функций, в основном выделяется два вида ресурсов: человеческий и физический.

а) *Человеческий ресурс* состоит из государственных служащих, участвующих в исполнении этой деятельности, для чего обязательно нужно определить, кто именно будет служащим, исполняющим чисто государственную функцию. Для этого приводим следующую классификацию:

Государственные служащие, которые занимают должность благодаря своим заслугам и качествам, выявляемым путем конкурса или другого вида отбора. Принятие на замещение должности является правовым действием и, таким образом, узаконивает принадлежность лица к государственному аппарату. В этом случае государственные служащие подчиняются заранее установленному конституционному и правовому порядку.

Частные лица, исполняющие государственные функции, в которых имеется некая степень двойственности, потому что вначале эти лица подчиняются только частным правилам, но в исключительных случаях такой режим может заменяться смешанным, в котором задействуется государственная ответственность.

При классификации служащих, которые входят в состав исполнительных органов, основополагающей характеристикой всегда будет более тесная связь между трудом человека и исполнением административной функции государства. Следовательно, все служащие, причисляемые к государственным служащим (чиновникам) находятся в особом правовом положении.

б) *Государственные ресурсы* — это все имущество, необходимое для исполнения административной функции, т.е. служит достижению целей государства. Так как оно рассматривается как государственное, публичное, что связано с тем, что оно участвует в исполнении государственных функций, оно находится в особом правовом режиме, согласно которому выходит за пределы экономического рынка. Внутри понятия государственного имущества была разработана система категорий в зависимости от специфики функции, для исполнения которой они нужны. Таким же образом в рамках данного понятия следует выделять нематериальное имущество, которое хотя и четко не регулируется в большинстве правовых систем, входит в группу объектов, права на обладание которыми защищаются. Данный класс имущества активно развивается благодаря научному и техническому прогрессу.

С. Задачи административной функции в современном государстве

В настоящее время современное государство пришло к новым моделям действия, в которых особо выделяется выполнение функций, присущих ему, как в случае с административной функцией, где его роль регулятора неизбежно стала более важной в сравнении с остальными основными административными мероприятиями. При этом обнаруживается некий парадокс: несоответствие между динамикой изменений при осуществлении административных функций и динамикой обновления режима, которому подчиняются структуры, осуществляющие ее. Таким образом, можно выделить следующие конкретные задачи административной функции:

Содержание административного права должно найти свою точку соответствия новой модели административной функции.

Ресурсы, доступные органам власти для выполнения своей задачи, должны быть распределены более эффективно, и нужно четко обозначить режим, которым регулируется имущество, участвующее в осуществлении административной функции. При этом не следует забывать о правах частных лиц, оказывающих услуги, а также необходимо обеспечить непрерывность оказания таких услуг.

Уровни децентрализации в рамках административной функции должны быть определены законом, в соответствии с конституционными принципами, для того чтобы определить сферы деятельности и установить ответственность при исполнении административной функции по всей стране.

Роль гаранта защиты прав граждан должна быть укреплена путем консолидации административных процедур, которые обеспечивают связь между гражданином и органами государственной исполнительной власти и препятствуют возникновению разногласий.

*Перевод с испанского языка
А. С. Малышовой*



**Александр
Дмитриевич
ГУЛЯКОВ,**

кандидат юридических наук, доцент,
ректор Пензенского государственного университета



**Алексей
Юрьевич
САЛОМАТИН,**

доктор юридических наук,
доктор исторических наук, профессор,
заведующий кафедрой «Теория государства и права и политология»,
руководитель Научно-образовательного центра сравнительной правовой политики Пензенского государственного университета

ПРОБЛЕМЫ ФЕДЕРАЛИЗМА В СВЕТЕ ЮРИДИЧЕСКОЙ КОМПАРАТИВИСТИКИ (ПЕРСПЕКТИВЫ ИССЛЕДОВАНИЯ)

Последние события в Каталонии, Шотландии, на Украине демонстрируют актуализацию проблемы федерализма, которую следует решать с позиций сравнительной правовой политики. Она включает в себя не только сравнительно-правовой, но и сравнительно-государствоведческий, а также сравнительно-политологический анализ. Необходимо выявить рождение и особенности эволюции федеративных государственных форм, их политическую основу и нормативное закрепление в различных странах. Многочленное сравнение целесообразнее проводить по парам. Для базового варианта многочленного сравнения авторы предлагают взять такие федеративные государства, как США, Россия, Канада, Германия, Австрия.
Ключевые слова: сравнительный федерализм, сравнительная правовая политика, сравнительное правоведение, сравнительное государствоведение, сравнительная политология.

A. D. GULYAKOV,

*PhD in Law (Candidate of Legal Sciences), Associate Professor,
Rector of Penza State University*

A. Y. SALOMATIN,

*Sc.D. in Law (Doctor of Legal Sciences), Sc.D. in History (Doctor of History Sciences),
Professor, Chief of the Department for Theory of State and Law and Political Science,
Head of Research and Education Centre for Comparative Legal Policy,
Penza State University*

PROBLEMS OF FEDERALISM IN THE CONTEXT OF LEGAL COMPARATIVISM

The latest events in Catalonia, Scotland and Ukraine have demonstrated actual character of the federalism, which is to decide from the point of view of Comparative Legal Policy. The latter includes not only Comparative Legal Policy. The latter includes not only Comparative Legal but Comparative State Studying and Comparative Political analysis. It's necessary to find out the birth and peculiarities in evolution of federal states, their political foundation and legal confirmation. Polynomial comparison is better to conduct by pairs. The authors suggest that USA, Russia, Canada, Germany and Austria are the best choices for the basic research.

Keywords: comparative federalism; comparative legal policy; comparative law; comparative state studying; comparative political science.

События 2014 г. до предела обострили отношения в мировой политике. На фоне резко возросшей политической турбулентности чрезвычайно актуальными стали проблемы федерализма. Многие социумы чувствуют потребность в федерализации и даже конфедерализации. Недальновидное промедление с созданием федеративного (а лучше даже конфедеративного) государства на Украине привело к гражданской войне на ее территории и угрозе распада. Проведение референдума в Шотландии осенью 2014 г. по поводу сохранения ее в составе Великобритании (с минимальным преимуществом в голосах у сторонников единства) лишь отсрочило дату возможного «развода», одновременно актуализировав задачу федерализации английского государства как возможного ответа силам сепаратизма. Взрыв национального самосознания в Каталонии и нежелание центрального правительства Испании соблюдать демократические нормы о проведении референдума лишь загоняют проблему внутрь: рано или поздно за этим может последовать сецессия каталонцев, которая потенциально грозит обвалом в других частях страны. Примечательно, что сложнейшая ситуация в различных точках Европы беспокоит и относительно благополучные федерации: какие найти рецепты от политической нестабильности? Следует ли корректировать и в каком направлении федеративную политику? Каким информационно-пропагандистским зарядом ее подкреплять?

Принятие адекватных управленческих решений в сфере государства и права в условиях глобализации требует тщательной экспертной проработки на предмет соотношения с мировым опытом. К последнему следует относиться реалистично, т.е. не идеализируя и не умаляя его, понимая его конкретно-историческую и идейно-политическую обусловленность. Научно подойти к решению проблемы позволяет сравнительная правовая политика, т.е. применение сравнительного метода при анализе явлений зарубежной государственной и правовой жизни на предмет их имплементации или частичного использования или неиспользования в государственно-правовой системе собственной страны¹.

Сравнительное правоведение, обладающее многими гранями и выполняющее поз-навательные, практические и пропагандистские задачи², традиционно является основой для творческого изучения зарубежного правового опыта. Однако усложнение общественного развития в эпоху глобализации побуждает рассматривать ту или иную проблему комплексно, что, собственно говоря, уже и делают некоторые компаративисты³.

Юридическая компаративистика — новое междисциплинарное направление, развивающее концептуальные подходы сравнительного правоведения (схема 1), позволяет рассмотреть федерализм с разных точек зрения. В кластере компаративистских дисциплин сравнительное правоведение обладает наибольшей теоретической и фактологической проработанностью. Его генезис был связан с использованием сравнительного метода применительно к различным правовым ситуациям, что способствовало впоследствии формированию отраслевого и общего сравнительного правоведения, а в самое последнее время — и сравнительной правовой политики⁴.

¹ Малько А. В., Саломатин А. Ю. Теория государства и права : учеб. пособие. Изд. 2-е. М., 2013. С. 200.

² Сравнительное правоведение: национальные правовые системы / под ред. В. И. Лафитского. М., 2012. Т. 1 : Правовые системы Восточной Европы. С. 84.

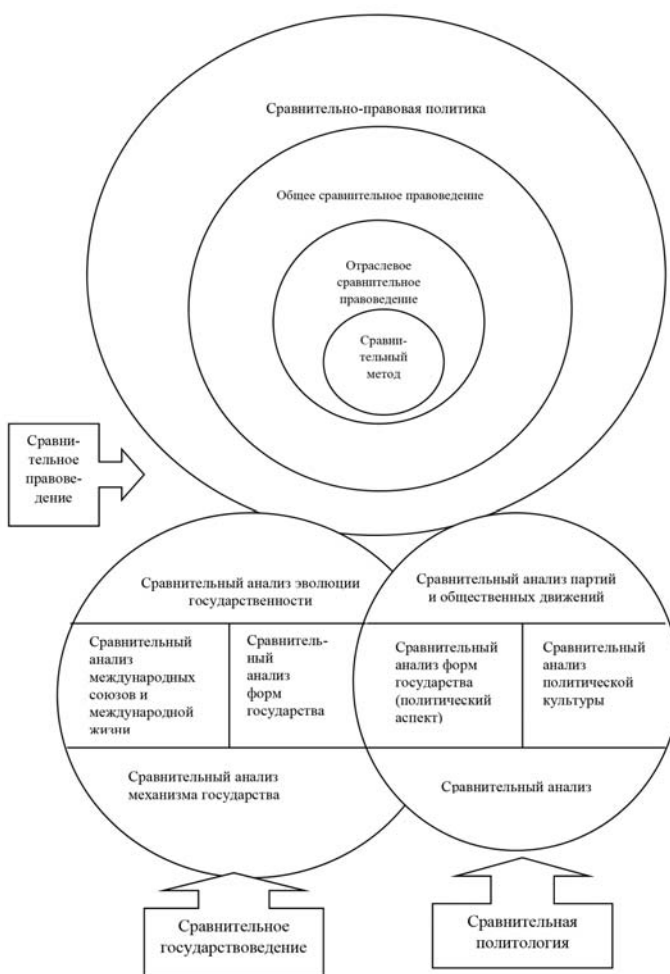
³ См.: *Peerenboom R. Show Me the Money: The Dominance of Wealth in Determining Rights Performance in Asia* // *Duke Journal of Comparative and International Law*. 2004. Vol. 15. № 1. P. 90—91.

⁴ Саломатин А. Ю. Сравнительная правовая политика как сфера исследований и образовательных программ // *Правовая политика и правовая жизнь*. 2010. № 2.



Между тем, наряду со сравнительным правоведением, логично говорить о сравнительном государствоведении, которое пока еще слабо описано наукой⁵. «Объектом сравнительного государствоведения является государственность во всех ее проявлениях (генезис, эволюция и упадок), исходя из самого определения этого научного направления — сопоставление институтов государства у различных народов...»⁶

Схема 1. Кластер компаративистских дисциплин, имеющих отношение к государственно-правовым исследованиям⁷



⁵ Чиркин В. Е. Сравнительное правоведение и сравнительное государствоведение: взаимосвязи, общее, особенное // Ежегодник сравнительного правоведения — 2001. М., 2002. С. 35.

⁶ Голубева Л. А., Черноков А. Э. Сравнительное государствоведение. СПб., 2009. С. 7.

⁷ Сравнительная правовая политика: учеб. пособие / под ред. проф. А. Ю. Саломатина. М., 2012. С. 12.

По мнению Н. Н. Онищенко, следовало бы подумать даже о преподавании «сравнительного правового государства», предмет которого охватывал бы «общие специфические закономерности возникновения, развития и функционирования государственно-правовых систем, правовых форм и направлений деятельности государств в их сравнительном познании»⁸. Основными разделами сравнительного государственного права в нашем представлении являются сравнительный анализ эволюции государственности (сравнительно-эволюционное государственное право), где используются интегративные модели государственного развития⁹, и сравнительный анализ механизма государства, дополнительными — сравнительный анализ форм государства и сравнительный анализ международных союзов и форм международной жизни.

«С правом тесно связана политология, ибо нельзя объективизировать право без учета реальной политики и деятельности государства. Политические силы в обществе, как бы их ни называли (классы, слои, олигархи, партии, объединения), всегда борются за свои интересы, используя легальные и нелегальные средства. Поэтому правовые акты всех уровней всегда, прямо или косвенно, отражают политические интересы в обществе»¹⁰.

Сравнительная политология со второй половины XIX в., как и сравнительное правовое право, имеет значительный опыт развития¹¹. Исследования в области сравнительной политологии достигли высокой степени эффективности, но при этом концептуальный плюрализм сохраняется. Для одних предметное поле ограничивается политической культурой¹², для других — значительно шире, но акцент делается преимущественно на проблеме демократии (что соответствует англо-американской научной традиции)¹³. В. В. Желтов применяет наиболее широкий подход. Определяя в качестве ведущего объекта политическую власть, он прослеживает политическую динамику в различных районах земного шара. Он анализирует политические партии, типологию заинтересованных групп, электората, парламентов, исполнительной власти. Сравнению подвергаются избирательные технологии, революции, терроризм¹⁴.

Заметим, однако, что подобный расширительный взгляд на политическую жизнь нуждается в некотором уточнении. Скажем, совершенно необходим сравнительный анализ политического процесса во всей его текучести и изменчивости¹⁵ при повышенном внимании к его главным акторам — политическим партиям и общественным движениям.

Что же касается сравнительного анализа политической культуры, то он дополняет картину, а сравнительный анализ форм государства в политологическом аспекте стыкуется со сравнительным анализом форм государства в государствоведческом аспекте.

⁸ Онищенко Н. Н. К вопросу о понятии сравнительного государственного права (некоторые подходы к анализу и изучению) // Сравнительное правоведение в российском высшем образовании / под ред. А. Ю. Саломатина. Пенза, 2009.

⁹ Малько А. В., Саломатин А. Ю. Теория государства и права. С. 33—39.

¹⁰ Тихомиров Ю. А. Правовое регулирование: теория и практика. М.: Формула права, 2010. С. 35—36.

¹¹ Сморгун Л. В. Сравнительная политология: учебник для вузов. Стандарт третьего поколения. СПб., 2012. С. 14.

¹² Василенко И. А. Сравнительная политология: учеб. пособие. М., 2009.

¹³ Сморгун Л. В. Указ. соч.

¹⁴ Желтов В. В. Сравнительная политология: учеб. пособие для вузов. М., 2008.

¹⁵ Малько А. В., Саломатин А. Ю. Политология для юристов. М., 2010. С. 202—213.



Сформированные нами методологические основы юридической компаративистики следует применить к изучению проблем федерализма. Оно должно базироваться на сопоставлении различных моделей, свойственных той или иной стране¹⁶. Каждая из них «отражает историческую, национальную, политическую и иную специфику конкретной федерации, определяя общие и особенные черты организации государственной жизни»¹⁷. Мы отчасти согласны с М. Х. Фарукшиным в делении федераций на «созданные сверху» и «созданные снизу»¹⁸, но вместе выделяем еще и класс так называемых смешанных федераций, организованных в результате встречных движений «сверху» и «снизу» (например Канада).

По логике вещей сравнительный государствоведческий анализ является основой всей процедуры. Ведь он включает в себя прежде всего вопрос о генезисе государства, об особенностях его государственного устройства, формы правления и государственно-политического режима. Применение историко-сравнительного метода дает нам возможность однозначно сказать, что в США федеративное государство сформировалось достаточно уникальным способом — «снизу», т.е. по инициативе местных элит и с согласия масс. Для этого существовало множество сопутствующих благоприятных обстоятельств: слабость административной власти при разбросанности и удаленности поселений и постоянном перемещении границы на запад, жесткий индивидуализм первопоселенцев, относительно быстрый успех в национально-освободительной борьбе против метрополии, высокая географическая мобильность и достаточно значимая социальная мобильность в обществе, относительно высокий уровень жизни (по сравнению со странами Европы), практическое отсутствие феодальных пережитков и т.д.

Изначальные преимущества американского федерализма особенно явственно предстают, когда мы сравним ситуацию в заатлантической республике с другими моделями первопоселенческого федерализма в Канаде или Австралии. Мало того что федеративные государства сложились здесь с опозданием на 80 лет в первом и на 110 лет во втором случае. Они формировались по совершенно иной — «смешанной» модели. Например, в Канаде желание элит провинций объединиться в федерацию при сохранении власти метрополии побудили последнюю дать согласие на такое объединение и предоставление статуса доминиона. Историко-сравнительный метод мы обязаны использовать и при продолжении процедуры государствоведческого анализа, когда перейдем к рассмотрению основных этапов в развитии федерализма. Какие перевороты в своей дальнейшей судьбе испытало молодое американское федеративное государство? Как эти повороты можно интерпретировать и соотнести с эволюцией федерализма в других государствах — в той же Канаде и Австралии?

Сравнительные государствоведческие изыскания следует дополнить сравнительным политологическим инструментарием. Политика вовлекает в общественную деятельность широкие народные массы, и их отношение к федерализму и участие в развитии федеративных отношений чрезвычайно важно для полноты научного поиска. Насколько прониклись американцы идеей федерализма? Благоприятствует ли структура и идеология американских политических партий федерализации страны? Возможно, в этой связи следует рассмотреть партийно-политические системы Канады и Австралии. Правовые нормы фиксируют конституционализацию федеративных отношений. Сравнительный

¹⁶ Брезгулевская Н. В. Виды федерации и модели федерализма // Известия вузов. Серия : Правоведение. 2005. № 3. С. 150—162.

¹⁷ Ившина И. Н. Создание федеративного государства. Сравнительно-правовое исследование. М., 2014. С. 28.

¹⁸ Фарукшин М. Х. Федерализм: теоретические и прикладные аспекты. М., 2004. С. 74.

анализ того, как это делается в различных странах безусловно небезынтересен, но он не должен ставиться во главу угла в процессе анализа. «...Акцент на сопоставление преимущественно законов оставляет в тени другие явления правовой жизни. Ведь правоведение не синоним права, и оно охватывает все источники права, государственные и иные институты, юридические учреждения, правоприменения, юридическое образование и науку»¹⁹. Правовая констатация без серьезной государствоведческой и политологической экспертизы не объяснит в должной мере ни прошлого, ни настоящего, ни будущего федерализма.

Таким образом, в своем анализе федеративных отношений мы должны двигаться последовательно (схема 2): от исследования стартовых возможностей федеративной формы государства через описание ее развития к политической основе функционирования и нормативному закреплению.

Схема 2. Применение инструментария юридической компаративистики при исследовании проблем федерализма



«Простая констатация сходств и различий является лишь начальной стадией применения сравнения в сравнительном правоведении, за которой должен последовать более сложный сравнительно-правовой анализ, ориентированный на: изучение реальных причин, порождающих сходства и различия, а равно выявление и объяснение наиболее глубоких и сложных из связей правовых систем — причинно-следственных отношений; установление взаимодействия и взаимовлияния правовых систем; интерпретацию специфического опыта и путей развития отдельных правовых систем; выяснение общих тенденций в функционировании и развитии правовых систем, установление закономерностей их эволюции; выявление существенных оснований, сближающих национальные правовые системы; получение глубоких обобщений, типологий, классификаций правовых систем, моделей отдельных правовых институтов, образцов правовых решений и т.д.»²⁰.

При этом без междисциплинарных процедур никак не обойтись. Известный нидерландский юрист отмечает: «Иногда я нахожусь под впечатлением, что правовые

¹⁹ Тихомиров Ю. А. Правовая теория: регулирование и практика. М., 2010. С. 40.

²⁰ Дамирли М. А. Правовое сравнение: когнитивные возможности и разновидности // Компаративистика. 2012. С. 77.



исследования больше не рассматриваются как “научные”, если они не являются частью общего междисциплинарного проекта. Правовой анализ без добавления экономического, социологического, политического или психологического аспектов считается слишком абстрактным, чтобы иметь реальное значение. Мы прошли длинный путь от того, чтобы считать “чистую теорию права”, отстаиваемую знаменитым Гансом Кельзеном, проявлением научности»²¹.

«Происходит смена векторов притяжения — наряду с “парными” сравнениями возрастает роль “многочленных сравнений”»²². Однако многочисленные сравнения можно производить последовательно по парам, добиваясь той или иной типологизации. Следует применять также как синхронные, так и диахронные сравнения. Например, добиться полной синхронности при изучении начальных точек в развитии федерализма в различных странах невозможно, поскольку федеративные государства возникли в различные моменты истории с разбросом в десятилетия и даже столетия. В то же время при анализе современных форм федерализма мы вправе применить синхронный метод.

Рассмотрим следующий возможный план действий. Поскольку долгое время главными игроками на мировой арене оставались (да и до сих пор остаются) США и Россия, небесполезно произвести парное сравнение между американским и российским федерализмом, что, несомненно, выявит их полную полярность. Выделим для анализа следующие пары объектов: 1) США и Канада; 2) Россия и Германия. В первом случае речь идет о соседних федерациях, вроде бы формировавшихся в близких геополитических (что не вполне соответствует истине), но далеко не идентичных исторических условиях. Во втором случае исходных внешних различий больше, но в генезисе федераций немало общего. Наконец, анализ можно было бы завершить рассмотрением двух других соседних, но весьма различных по размерам территорий государств — Германии и Австрии. Выбор Австрии нам представляется важным, чтобы развеять легенду, что федерациями могут быть крупные или мультиэтнические государства. Австрия в контексте современной международной ситуации является поучительным примером для Украины и свидетельством того, что федерализация «сверху» при одновременном давлении «снизу» все же лучше, чем весьма вероятный распад упорствующего в своем унитаризме идеологически и территориально-многослойного украинского государства.

Какие результаты имеет шансы дать описанный выше многочленный анализ? В познавательном плане неизбежно расширяются наши представления о плюралистичности и сложности федеративных моделей. С практической точки зрения опыт других федеративных государств в той или иной степени может быть полезен для России — необязательно в плане заимствования, но хотя бы в плане предупреждения возможных ошибок, а именно когда и как лучше принимать или, наоборот, не принимать те или иные управленческие решения. Пропагандистский (или воспитательный) итог исследования важен, поскольку он, благодаря компаративистскому поиску, способен лучше оттенить достижения и трудности российского федерализма. Таким образом, поэтапное многовариантное рассмотрение проблемы (схема 3) гарантирует качественно новый уровень понимания федеративных отношений.

²¹ *Erp van S.* The Methodological Impossibility to Create ‘Autonomous European’ Law // *Electronic Journal of Comparative Law*. Vol. 14.2 October 2010.

²² *Тихомиров Ю. А.* Правовое регулирование. С. 41.

**Схема 3. Поэтапная схема компаративистского исследования
федеративных государств**



Разумеется, мы предложили один из вариантов исследования. Но возможны и другие — например путем увеличения числа сравниваемых объектов. В частности, для дополнительного поиска можно было бы подумать об изучении опыта латиноамериканских и постколониальных федераций (Бразилии и Индии), межгосударственных объединений, чье руководство мечтает о федерализации (Евросоюз). Но расширение количества сравниваемых единиц, повышая точность выводов, не меняет методологии самого исследования, которое остается по своей сути междисциплинарным и мультикомпаративистским.



**Хашматулла
БЕХРУЗ,**
 доктор
 юридических наук,
 профессор
 кафедры права
 Европейского
 Союза
 и сравнительного
 правоведения
 Национального
 университета
 «Одесская
 юридическая
 академия»

ПРАВОВЫЕ ЦЕННОСТИ В ИСЛАМСКОЙ И ЗАПАДНОЙ ПРАВОВЫХ ТРАДИЦИЯХ: СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ РАКУРС

Исследованы цивилизационные различия в понимании смысла, предназначения и возможностей реализации ценностей, относящихся к универсальным или релятивным. Проанализированы основные ценности в соответствии с исламско-правовой традицией, находящиеся под особой защитой исламской религии и исламского права, а также основные ценности согласно западной правовой традиции. Уделено внимание выявлению соотношения правовых ценностей в рамках данных правовых культур, отражающих различные правовые традиции, которые формируются в рамках разных цивилизаций.

Ключевые слова: ценность, правовая ценность, универсальность, релятивизм, исламское право, исламская правовая традиция, западная правовая традиция.

H. BEHRUZ,

*Sc.D. in Law (Doctor of Legal Sciences),
 Professor of the Department for EU Law and Comparative Law
 at National University «Odessa Academy of Law»*

LEGAL VALUES IN ISLAMIC AND WESTERN LEGAL TRADITION: COMPARATIVE LAW PERSPECTIVE

Investigated civilizational differences in understanding of the meaning, purpose and feasibility of values related to the universal or relative. Analyzed the basic values according to the Islamic legal tradition, under the special protection of the Islamic religion and Islamic law, as well as the basic values according to Western legal tradition. Attention is paid to the identification of the ratio of legal values within these legal cultures that reflect different legal traditions, which are formed under different civilizations.

Keywords: value, legal value, versatility, relativism, Islamic law, the Islamic legal tradition, the Western legal tradition.

Предварительные замечания. Изменение представлений о государстве и праве, о философско-ценностной характеристике различных правовых традиций и культур, о правовых системах вообще сегодня во многом определяется трансформацией мировоззренческих ориентиров, что выводит на новый уровень познания правовой реальности.

Отойти от позиций методологического монизма в изучении этих сложных правовых явлений может помочь современная научная методология (в том числе методология юридической науки). Исследование различных правовых традиций и культур не должно основываться на одной отдельно взятой правовой традиций, т.к. они являются продукта-

ми различных цивилизаций. Для объективного их рассмотрения необходимо воспринимать многообразие правовых культур, правовых менталитетов и правовых ценностей. Представляется, что ведущая роль в этом принадлежит аксиологическому (ценностному) подходу, использование которого при изучении правовых явлений становится важнейшим требованием и гарантом достижения объективных результатов исследования и наиболее соответствует реалиям современного правового развития. Использование аксиологического подхода позволяет выявить различное и особенное в сравниваемых объектах — правовых системах и правовых культурах, что необходимо для адекватного их восприятия.

Как известно, аксиология включает в себя изучение ценностных аспектов всего спектра социальной, художественной и религиозной практики, человеческой цивилизации и культуры в целом¹. Правовая аксиология является одним из направлений аксиологии, т.е. теории о ценностях, теории общезначимых принципов, определяющих человеческую деятельность, мотивацию поведения людей.

Понятие ценностей, их универсальность и релятивизм. Понятие «ценности», «правовые ценности», а также их универсализм и релятивизм являются одними из важнейших направлений научных исследований многих ученых, среди которых необходимо выделить таких, как К.-О. Апель, В. А. Бачинин, М. Вебер, Хабермас, Д. Дэвидсон, А. А. Гусейнов, Р. Карнап, Б. А. Кистяковский, Н. И. Козюбра, Г. Д. Левин, А. Лукашева, С. И. Максимов, А. А. Мамчур, А. Мерешко, Ю. Н. Оборотов, К. Поппер, П. М. Рабинович, Т. Спаар, В. С. Степин, А. Дж. Тойнби, П. Фейерабен, А. Хеффе, И. Л. Честнов и др.

Среди исследователей обозначенных проблем отсутствует единство взглядов по поводу определения понятия «ценность». Так, представители идеалистической философской мысли определяют ценность как представления человека о неких идеальных состояниях, наличие которых обусловлено удовлетворением потребностей — физиологических, материальных, интеллектуальных, духовных и т.п.

Весьма распространенным является определение ценностей как обобщенных представлений людей о наиболее значимых целях и нормах поведения, которые задают приоритеты в восприятии действительности, определяют ориентации их действий и поступков во всех сферах жизни. Система или совокупность доминирующих ценностей в концентрированном виде выражает особенности культуры и исторического опыта данного общества.

Основные аспекты, определяющие человеческое бытие, его смысловое содержание, обычно составляют те или иные ценности или систему ценностей. При этом ценности, во-первых, относятся к фундаментальным основаниям человеческого общежития (во имя ценностей проживается жизнь); во-вторых, ценность, даже если она реализована, не теряет своего качества должного; в-третьих, ценность имеет всеобщий характер для данной жизни, культуры, индивида, души; в-четвертых, ценность получает свою внешнюю символическую форму в действиях, предметах, мыслях и речах; в-пятых, ценности, принятые индивидом, пронизывают собой весь его духовный мир².

Еще одним подходом в трактовке ценностей является условное деление их представителей (т.е. тех, кто является сторонником соответствующего подхода) на универсалистов (Платон, Кант, Гегель и др.), которые отмечают существование некоторых безусловных, транскультурных ценностей, универсальных моральных норм, связан-

¹ Новая философская энциклопедия : в 4 т. / Ин-т философии РАН ; Нац. общ.-науч. Фонд ; рук. проекта В. С. Степин, Г. Ю. Семигин. М. : Мысль, 2001. Т. 1. С. 62.

² Современная западная философия : словарь / сост. и отв. ред. В. С. Малахов, В. П. Филатов. 2-е изд., перераб. и доп. М. : ТОН-Острожье, 1991. С. 12.



ных с единой и неизменной, внеисторической человеческой природой, и антиуниверсалистов, для которых характерно утверждение релятивизма всех моральных норм, поскольку они должны рассматриваться в контексте целеполагания и значимости для индивидуума, а также уникальности иррационального бытия человека. Позиция последних выражена, в частности, в постницшеанской европейской философии (Фрейд, Юнг, Гуссерль, Хайдеггер и др.).

Универсализм можно охарактеризовать как направление философской мысли, согласно которому мир рассматривается как бесконечная целостность; также утверждается примат общего над единичным. Согласно философским концепциям, основанным на постулатах кантовских «всеобщих и необходимых» форм априорного сознания, диалектике Гегеля, отличие и своеобразие иного, особого должно быть нивелировано для доминирования «общего», «универсального»³.

Релятивизм является философско-методологической концепцией, согласно которой все в мире относительно, абсолютизируется изменчивость действительности и наших знаний о ней; также подчеркивается примат целостности, системности реальности по отношению к ее отдельным частям, примат развития над сохранением уже приобретенного, достигнутого. Принцип релятивизма был сформулирован еще во времена античности Протагором: «Человек есть мера всех вещей». Это означает, что истинным или ложным все оказывается только по отношению к нам⁴.

В основу права положена некая совокупность абсолютных ценностей: сохранение жизни, семьи, собственности, обеспечение безопасности, получение знаний, принятие решений и т.п. Итак, базовые ценности, которые являются общими для любой культуры в силу одинаковой значимости для любого индивида, а также их одинакового смыслового наполнения, могут претендовать на статус универсальных. Значимость базовых, первичных ценностей не зависит от принадлежности к какой-либо цивилизации или культуре.

Что касается ценностей, производных от первичных — социальных, политических, экономических, то они являются результатом социализации человека. Ценности эти — относительные, имеющие разную значимость для различных обществ. Они могут иметь разную смысловую нагрузку в контексте разных культур.

Изучение философско-ценностных ориентаций непосредственно связано характеристикой различных цивилизаций. Разное отражение идеи универсальных ценностей в системе позитивного права в рамках правовых систем различных государств обусловлено различными правовыми традициями, которые по-разному интерпретируют происхождение, назначение и высший смысл реализации этих ценностей.

На диалектике общего и особенного в правах человека неоднократно акцентировал внимание С. И. Максимов. Общее, по мнению ученого, получило проявление в том, что в XX—XXI вв. одной из общих тенденций развития института прав человека стала его глобальная универсализация. Об этом свидетельствует, например, то, что к договорным актам ООН по правам человека присоединились от 70 до 90 % всех государств мира. Так, во Всеобщей декларации прав человека закреплён минимально необходимый перечень прав и свобод как своеобразный пакет образцов, на которые должна быть ориентирована политика каждого цивилизованного, демократического государства (действительно: большинство этих прав отражено в большей части современных конституций или других фундаментальных национальных законов). Особенное в правах человека нашло воплощение в диверсификации содержания прав человека. Идеологическим отражением объективной диалектики общего и особенного (а иногда

³ Философский словарь. URL: <http://www.philosophydic.ru/relyativizm>.

⁴ Философский словарь. URL: <http://www.philosophydic.ru/relyativizm>.

и единичного) в правах человека является наличие нескольких неоднозначных философско-антропологических ее интерпретаций. Наиболее распространенными среди них являются концепции абсолютного универсализма, умеренного универсализма и культурного релятивизма⁵.

Сторонники релятивизма считают, что разные исторические традиции, психология и культура различных государств не могут не влиять на понимание прав человека, на политику и практику в этой сфере. Из этого делается вывод, что нельзя считать, что стандарты и модели прав человека, принятые некоторыми странами, являются едиными, и нельзя требовать, чтобы все страны подчинились им. Они определяют категорию «права человека» как явление, характерное только для «западных цивилизаций» и не соответствующее национальной культуре и традициям восточных обществ.

Понятие «ценность» отражает прежде всего свойство того или иного общественного феномена, направленное на удовлетворение потребностей и интересов индивида, группы людей и в целом общества. Наряду с общецивилизационными ценностными основами, каждой отдельной цивилизации и каждой отдельной правовой традиции присущи своя система, своя концепция ценностей, отражающая особенности социально-политического, культурного, нравственно-духовного и религиозно-идеологического характера. В этом плане исламская цивилизация и исламские правовые традиции не являются исключением.

Что касается понятия правовых ценностей, то это в первую очередь обобщенные правовые цели и правовые средства их достижения, выполняющие роль правовых норм. С. С. Алексеев под правовыми ценностями понимает «конкретные социально-правовые явления, правовые средства и механизмы. К ним относятся: конкретное выражение собственной ценности права в практической жизни людей — безопасность человека в конфликтных ситуациях, определенность и гарантированность прав, обеспечение истины, правды при решении юридических вопросов; фундаментальные прирожденные права человека, основополагающие демократические правовые принципы; особые правовые средства и юридические механизмы (все то, что называется юридическим инструментарием), обеспечивающие ценность права, гарантированность прав, институты, выражающие оптимальное соотношение нормативного и индивидуального регулирования, и т.д.»⁶.

Иными словами, правовые ценности — это прежде всего ценности, интегрированные правом.

Система ценностей согласно исламско-правовой традиции. В рамках аксиологического подхода в изучении исламского права особое звучание обретает соотношение права и религии. Религиозное измерение права, а также религиозная оценка правовых ценностей — важнейшие элементы, раскрывающие аксиологию исламского права.

Исламу как религии вообще и исламскому праву как его праворегулятивной составляющей в частности присуща своя система ценностей. Именно на их отстаивание, защиту и обеспечение нормативного регулирования направлены нормы исламского права.

Эта система ценностей имеет неразрывно связанные между собой материальную и духовную составляющие. К ним относятся религия и вера, человеческая жизнь, разум, продолжение рода и собственность. Они, соответственно, и являются объектами охраны исламского права.

⁵ Максимов С. Права человека: универсальность и культурное многообразие // Право Украины. 2011. № 5—6. С. 24.

⁶ Алексеев С. С. Теория права. М.: БЕК, 1995. С. 168.



Необходимо отметить, что с понятием ценностей ислама неразрывно связано понятие «цель шариата», которой является защита этих ценностей.

В системе иерархии ценностей ислама религия и вера занимают главенствующее положение, т.к. составляют основу основ ислама. Именно религия, пять ее столпов — основные постулаты ислама, закладывают и в последующем определяют отношение человека к другим важнейшим ценностям — жизни, разуму, продолжению рода и ответственности.

Основные постулаты (столпы) ислама были сформулированы пророком Мухаммадом: «Ты должен поклоняться лишь одному Богу единому — Аллаху, не придавая Ему никого в соучастники; ты должен платить очистительную милостыню (закат); ты должен соблюдать пост в священный месяц Рамадан; и, наконец, ты должен совершить паломничество в Мекку»⁷. Вера в пророческую миссию Мухаммада также является столпом ислама.

Сегодня одним из самых сложных вопросов исламского права является наказание в виде смертной казни за вероотступничество. Данная норма широко дискутируется на международном уровне в контексте проблематики прав человека.

Рассматривать данную систему необходимо не только в русле религиозно-философского дискурса о возможностях и перспективах человеческого разума в установлении норм и соотношении их с нормами религиозными. Понимание данной нормы, на наш взгляд, напрямую связано с пониманием факта, что, с точки зрения мусульман, система ценностей ислама призвана быть неизменной системой координат. На ней базируется система ислама, основанная на вечных моральных принципах, заложенных творцом в человеческой природе, а также гуманистических принципах социальной справедливости, установленных религией, которая включает в себя не только правовые нормы, но и принципы построения исламского государства, международного права, экономики, политики. Несоответствие любого из компонентов принципам ислама может повлечь за собой разрушение всей системы.

Современный исламский теолог Мухаммад аль-Газали, рассматривая вопросы вероотступничества в исламе, отмечает, что в большинстве случаев это лишь своего рода прикрытие протеста против служения, обычаев, обрядов и законов, а также против основ самого государства, его отношений с внешним врагом. Поэтому вероотступничество справедливо приравнивается к государственной измене и противодействие ему является священным долгом религии. Ни одно государство не может быть порицаемо за жесткую позицию в отношении мятежников, действия которых представляют опасность для его существования⁸.

Следующей в системе иерархии ценностей ислама, охраняемых исламским правом, является жизнь. В исламе жизнь воспринимается как божий дар, как самое ценное из всего того, чем наделил Аллах всякое живое существо. Дарование жизни и отнятие ее — исключительная привилегия Аллаха. Мусульманин никогда не должен забывать о том, что жизнь — божий дар, и для него считается священной обязанностью жить насыщенной жизнью и всегда быть готовым вернуть ее назад с легкой совестью по первому требованию Всевышнего⁹, поскольку в Коране сказано: «Он отсрочивает им до определенного предела, когда же придет их предел, они ни на час не замедлят его и не ускорят»¹⁰.

⁷ Хадисы Пророка. Дамаск, 1998 [на араб. яз.].

⁸ Аль-Газали М. Права человека в исламе. М. : Андалус, 2006.

⁹ Максуд Р. Ислам. М. : ФАИР-Пресс, 2001.

¹⁰ Коран. Сура 16 «Аль-Нахель» («Пчелы»), аят 63.

Итак, исключительная ценность жизни в исламе обусловлена тем, что она считается дарованной Богом и, соответственно, никто не имеет права притязать на нее. Подтверждением этому служат слова Пророка, что «жизнь, имущество и честь каждого человека Аллахом сделаны неприкосновенными и священными...»¹¹.

Исламское право как вид наказания предусматривает смертную казнь. При этом правосудие вершится именем Аллаха. Нормы исламского права относительно применения смертной казни установлены исключительно Кораном и Сунной и не подлежат пересмотру. Условия их применения строго регламентированы.

Наказание в виде смертной казни может применяться в рамках кисас — отмщения, что также закреплено в Коране: «И воздаянием зла — зло, подобное ему»¹². Как следует из аята, одно из требований к данному виду наказания — соразмерность наказания содеянному. Также условиями применения возмездия является наличие определенной степени родства с жертвой преступления, а также возможность ее прощения.

В Коране также закреплено следующее положение: «Не убивайте душу, которую запретил Аллах, иначе как по праву, а если кто был убит несправедливо, то Мы его близкому дали власть, но пусть он не излишествует в убийении»¹³.

Однако жизнь может быть прекращена и насильственным путем — убийством и самоубийством. В исламе самоубийство так же подпадает под строгий религиозный запрет, как и незаконное лишение жизни другого человека. Об этом свидетельствует хадис Пророка: «Убивающий себя мечом или ядом, или бросающийся вниз с горы, будет мучим тем же самым, вплоть до дня Воскресения»¹⁴.

Таким образом, нормы ислама категорически исключают возможность применения эвтаназии, допустимую в некоторых европейских странах.

Следующей ценностью является разум, который понимается как философская категория, выражающая высший тип мыслительной деятельности, противопоставляемой рассудку¹⁵. Иными словами, разум — это способность человека понимать, логически и творчески мыслить, обобщать результаты познания.

Разум — исключительный дар, которым наделен человек. «Не может быть сомнений в том, что волевые действия и поступки людей во всем их многообразии проистекают из их внутренней мотивации. Все наши усилия — суть отражения наших намерений и идей, попыток их осуществления; они подобны утвердительным ответам на наши наклонности и пожелания... Мы несем исключительную ответственность за наши поступки, ибо человек волен поступать в этой жизни, как ему заблагорассудится, не считая себя простым винтиком общества или истории»¹⁶.

В исламе разуму придается исключительное значение. Одна из причин — правильная вера считается результатом умственной деятельности, выяснения разумом истины и затем добровольного следования ей. Кроме прочего, нести обязанность, отвечать за совершенные поступки может только лицо, находящееся в здравом уме. В исламском праве есть понятие «мукалляф», что можно соотнести с понятием «дееспособность». Мукалляф — лицо, которое может управлять своими поступками. С понятиями воли и разума в исламском праве неразрывно связано понятие ответственности, а также объема прав и обязанностей человека.

¹¹ Аль-Мансури И. Мусульманские праздники и обряды. М. : Ленорм, 1998.

¹² Коран. Сура 42 «Аль-Шуры» («Свет»), аят 38.

¹³ Коран. Сура 17 «Аль-Асра» («Принес ночью»), аят 35.

¹⁴ Сахих Муслим. Бейрут: Дар Аль Арабия (без даты) [на араб. яз.].

¹⁵ Новая философская энциклопедия. Т. 3. С. 403.

¹⁶ Саййид Муджтаба Мусави Лари. Воскресение умерших. Наказание и жизнь после конца света. Лекции по мусульманской догматике. Баку : Иршад, 1994. Кн. 3. С. 20.



В исламе предусмотрены всевозможные запреты, направленные на защиту разума. В частности, существует запрет одурманивающих средств, таких как наркотики и алкоголь, основывающийся на исламской доктрине о том, что единственно Аллаху принадлежат наши тела, а потому все вещества, причиняющие им вред и зло, являются запретными.

Поначалу был введен запрет на совершение молитвы в состоянии опьянения. Впоследствии установление о полном запрете хамра (вина, а впоследствии — любого опьяняющего напитка) нашло закрепление в Коране: «Вино, игра в жребий, жертвенники, стрелы — мерзость из деяния сатаны. Сторонитесь же этого, может быть, вы окажетесь счастливыми! Сатана желает заронить среди вас вражду и ненависть вином и игрою в жребий и отклонить вас от понимания Аллаха, от молитвы...»¹⁷.

Алкоголь запрещен в любом виде и в любых количествах. За употребление алкоголя предусмотрено телесное наказание, такое же, как за ложное обвинение. Данное наказание было введено вторым Праведным Халифом — Умаром.

Следующей ценностью ислама считается продолжение рода человеческого. Продолжение рода усматривается в двух смыслах: во-первых, это продолжение жизни, дарованной Аллахом, а во-вторых — продолжение веры как основного смысла жизни. Отсюда и пристальное внимание исламского права к детальной разработке и регулированию семейно-правовых отношений. Такие явления, как искусственное прерывание беременности, т.е. аборт, эвтаназия, обеты безбрачия, распространенные на Западе, а также заключение однополых браков, запрещены в исламе. Защита продолжения человеческого рода всеми средствами, которыми располагает ислам, в том числе и правовыми, приводит к укреплению института семьи.

Исламским правом предусмотрены наказания за прелюбодеяние. При этом к лицу, состоящему в браке, применяется смертная казнь.

Необходимо отметить, что жесточайшие требования к процедуре доказывания факта прелюбодеяния фактически исключают ее широкое применение. Требования к доказыванию факта прелюбодеяния делают практически невозможным применение смертной казни, поскольку необходимы свидетельские показания четырех мужчин, своими глазами видевших факт, о котором они свидетельствуют. Отказ хотя бы одного из свидетелей от показаний либо его неуверенность в том, что он видел именно прелюбодеяние, а не просто физический контакт, влечет за собой наказание свидетелей за ложное обвинение.

Доказательством факта прелюбодеяния может являться также трехкратное, с перерывами во времени, признание самого виновного. При этом он может на любом этапе отказаться от своих слов, и даже его побег по пути к месту казни считается отказом — его запрещено преследовать.

Глубокий духовный смысл, который заложен в данной норме, заключается в том, что признание человека является одновременно его покаянием перед Аллахом и желанием принять добровольную смерть за содеянное, как искупление греха (каффара).

Ценностью, охраняемой исламским правом, также является собственность. Собственность в исламе считается священной и неприкосновенной. Данное положение зафиксировано в современных конституциях многих исламских государств. При этом основной акцент делается на всестороннем укреплении и развитии частной собственности, являющейся экономической основой этих государств и обеспечивающей возможность дальнейшего развития на пути социального прогресса.

В исламе возможны только дозволенные источники дохода. Так, существует запрет на продажу недозволенных веществ и предметов, например вина, свинины, языческих амулетов.

¹⁷ Коран. Сура 5 «Аль-Маида» («Трапеза»), аяты 92, 93.

Кроме прочего, Кораном запрещен ростовщический процент. Основопологающим принципом исламской экономики является ее функционирование на основе справедливого распределения доходов, в том числе от природных богатств, и отсутствие процентов, не основанных на реальном вложении средств либо труда.

Всяческие посягательства на любую форму собственности осуждаются исламским правом. В частности, в Коране предусмотрены строгие меры наказания в случае такого посягательства: «Вору и воровке отсекайте и их руки в воздаяние за то, что они приобрели»¹⁸. При этом существуют серьезные ограничения для применения данного наказания.

Законодательством Ирана, в частности, предусмотрено отсечение только пальцев руки. По мнению правоведов, на чьи выводы опирается законодатель, это необходимо в том числе для того, чтобы человек мог полноценно, без лишних затруднений совершать омовение, без которого молитва считается недействительной.

Ислам не отрицает и не отвергает экономическую деятельность. Его экономические принципы служат построению справедливого общества, в котором честные и ответственные люди смогли бы найти себе достойное место и заниматься праведным трудом, не основанным на коррупции, обмане, мошенничестве. Труд в исламе имеет очень большое значение. Именно результатом честного, добросовестного труда является собственность. Порицается пребывание в безделье; человек не должен быть обузой для остальных. Бесчестным поведением считается паразитирование в обществе.

В исламе осуждается попрошайничество. Согласно правилам, которые подлежат неукоснительному исполнению, просить подаяние разрешено только лишь следующим категориям людей: кто находится в безвыходной нищете, кто много задолжал и кто взял на себя долг и не может выплатить его.

Одним из принципов ислама является искренность намерений. По этой причине порицается излишняя демонстрация своей религиозности.

В заключение необходимо отметить, что принципы и методы исламского права позволяют достичь неизменных целей средствами, изменяемыми в зависимости от контекста времени и места.

Лишь осознание глубинного смысла послания человечеству, заложенного в исламских религиозно-правовых нормах, поможет, на наш взгляд, понять исламско-правовую культуру, что, в свою очередь, позволит принять исламскую концепцию прав человека в качестве равноправной с европейской.

Основные ценности в соответствии с западной правовой традицией.

Е. фон Гартман (1895), развивая концепцию ценностей в «Этике», характеризует ценности как «сущности или то, посредством чего все им причастное становится тем, что они суть сами, а именно ценным». Исследователь предложил следующий ряд ценностей: удовольствие — целеустремленность — целесообразность — красота — нравственность — религиозность¹⁹.

Более громоздкую иерархию ценностей предложил Г. Мюнстерберг в труде «Философия ценностей» (1908): «самоподдержание»; «согласие»; «деятельность»; осуществление; жизненные и культурные ценности; ценности осуществления, единства, развития (соотносимые с жизненными ценностями становления и деятельности); божественные; ценности взаимосвязи, красоты, «производства», мировоззрения²⁰.

¹⁸ Коран. Сура 2 «Аль-Нисаа» («Женщины»), аяты 276—278.

¹⁹ Hartmann N. Ethik. Berlin : De Gruyter, 1926. Т. 1—3. Р. 109.

²⁰ Новая философская энциклопедия. Т. 1. С. 63.



Ряд ценностей сформулированы европейскими просветителями XVII—XVIII вв. Равно как и вечные требования свободы, равенства, демократии, справедливости, они сохраняют огромный гуманистический потенциал и в наше время. Многие из них возведены в ранг общечеловеческих ценностей и зафиксированы в международном и внутригосударственном (или национальном) праве. Современные условия развития общества, государства и права отнюдь не требуют отказа от них, но эти условия предполагают новое прочтение одних и пересмотр других, дополнения их новыми ценностями, сочетания с ними. Нужно идти не назад к пройденному, а вперед, в XXI век, реформируя прежние идеи с позиции в определенной мере социализированного и коллективизированного, интегрированного, постиндустриального, информационного общества²¹.

Понятие «ценность» связано также с понятием «потребности», классификация которых также проводится по различным основаниям. Наиболее известной и признанной является иерархическая система потребностей, предложенная А. Маслоу, — в виде пирамиды из пяти пластов, отражающих порядок возникновения тех или иных потребностей. В обобщенном виде их можно представить следующим образом: первый слой — жизненные потребности (потребность в пище, воде и т.д.); второй — потребность в безопасности; третий — в принадлежности к определенной социальной группе; четвертый — в признании; пятый — в самовыражении²².

Важнейшей общечеловеческой ценностью выступает жизнь, ведь ее фундаментальное значение заключается в существовании отдельного человека в контексте существования общества в целом.

Западная гуманистическая традиция определения системы и иерархии ценностей права состоит: во-первых, в признании существования общечеловеческих ценностей, произведенных человеком как членом общества и в его пределах; во-вторых, в выведении на вершину иерархии ценностей права на жизнь, которое расшифровывается как существование всего общества в единстве с жизнью каждого отдельного человека²³.

Таким образом, высшей ценностью права в контексте западной гуманистической традиции следует считать сохранение жизни каждого отдельного члена общества.

Из всего многообразия категорий, применяемых при раскрытии социальной сущности человека, наиболее полными и логически обоснованными можно считать три: свободу, равенство и достоинство. Собственно, эти 3 ценности права составляют второй уровень их иерархии. В ранжировании ценностей в рамках западной правовой культуры свои места занимают ценности, система которых состоит из различных духовных и материальных благ, присущих и исламско-правовой системе (кроме религии и веры): человеческая жизнь, разум, продолжение рода и собственность.

Соотношение правовых ценностей в рамках исламской и западной правовых традиций. Для исследования и понимания философско-ценностных основ исламской и западной правовых культур принципиальное значение имеет то обстоятельство, что смысловая нагрузка данных ценностей принципиальным образом отличается в зависимости от их принадлежности к той или иной правовой культуре и, соответственно, правовой традиции.

В качестве примера можем проанализировать этимологию такой ценности, как семья и продолжение рода в рамках западной правовой традиции и сравнить ее с пониманием в рамках исламской правовой традиции (о чем уже было сказано).

²¹ Чиркин В. Е. Общечеловеческие ценности и российское право // *Общественные науки и современность*. 2001. № 2. С. 65.

²² Маслоу А. Мотивация и личность. СПб.: Питер, 2011.

²³ Бандура О. Основні цінності права як система // *Право України*. 2008. № 5. С. 14.

В современном западном обществе понятия семьи и продолжения рода трансформировались. Такие явления, как аборт, эвтаназия, заключение однополых браков, весьма распространенные во многих западных странах, изменили представление о классической семье и связанным с ней продолжением рода. Кроме того, в современном западном обществе понятия брака и развода воспринимаются как равноценные социальные явления с точки зрения современной морали и общественного мнения. Очень часто именно свободные отношения заменяют традиционную семью.

Эти распространенные явления обуславливают возникновение демографических проблем, что может стать причиной социального (демографического) кризиса.

Что касается исламской правовой культуры как примера традиционной консервативной культуры, то в ее рамках такие ценности, как семья и связанное с ней продолжение рода, занимают свое достойное место в ранжировании правовых ценностей, которые всецело находятся под защитой исламского права.

На наш взгляд, причины столь серьезных различий в смысловом наполнении понятия «ценности», в том числе «правовые ценности», заложены в исламской и христианской правовой традициях.

Несмотря на то, что западная правовая традиция сформирована как самостоятельное правовое явление, на его характеристику оказала влияние христианская культура, которой присущи отсутствие жесткой взаимосвязи между Богом, государством, церковью и рядовыми гражданами государства.

Нормы христианской религии в законодательстве европейских стран представляют собой лишь моральные императивы, на основе которых законодатель издает законы. В сознании христианина Бог и государство всегда существовали раздельно.

Таким образом, ценности христианской культуры, хотя незримо и присутствовали в законодательстве, однако были вынесены за рамки законодательных норм. Существовая лишь как общая идея, эти ценности со временем отодвигались на задний план под влиянием политической, экономической конъюнктуры, а также под влиянием различных течений западной философской мысли, подвергавшей сомнению религиозные ценности и во многом определившей направление правовой мысли.

Понятие греха и преступления, таким образом, зачастую разделены в сознании представителя западной культуры. А понятие справедливости существует в большей степени как консенсус между потребностями индивидуумов.

В исламе понятия Аллах и государство в лице правителя неразделимы.

Кроме прочего, многие неизменяемые нормы исламского права — это нормы прямого действия, т.е. коранические предписания и предписания Сунны, не подлежащие пересмотру и какой-либо редакции. Исламское право не может существовать вне предписаний религии, которые, в свою очередь, имеют форму как конкретных норм, так и ориентиров для выработки этих норм, а также оценки того или иного деяния.

Грех и преступление, нарушающее религиозные нормы, в сознании мусульманина неразделимы, а любая правовая норма берет свое начало в религиозных установлениях. Понятие справедливости также уходит своими корнями в религиозные нормы и зачастую тождественно норме религии. Консенсус индивидуумов возможен лишь в части договорных отношений, регламентирование которых оставлено на усмотрение сторон договора.

Таким образом, мы видим не только два принципиально различных подхода к трактовке понятия «ценности», но также две идеологические системы, в которых заложено воспроизведение самих себя.

В исламской правовой культуре центром является Творец, в европейской — человек.

Исламская правовая культура базируется на нерушимых религиозных нормах, западная правовая культура — на основе вечного поиска баланса между постоянными нравственными предписаниями религии и попытками их ревизии человеком.



Стремясь к бесконфликтному существованию, необходимо осознавать особенности культуры, традиций, мышления, менталитета представителей различных цивилизаций и культур.

Для прогрессивного и созидательного развития современного общества необходим поиск компромиссных решений. Что касается тезиса несопоставимости ценностей различных культур, то он должен нацеливать на тщательность отбора ценностей других правовых культур, для использования в условиях собственной правовой культуры²⁴.

Резюмируя сказанное, стоит отметить, что неизменных гуманистических целей можно достичь, лишь используя методы, гуманистический посыл которых соответствует масштабу заявленной цели.

Выводы. Несмотря на то, что главная универсальная ценность права заключается в разграничении сфер свободы и произвола, система правовых ценностей в рамках разных правовых культур различна.

В рамках разных правовых культур формируются свои системы правовых ценностей, и право осуществляет их ранжирование, которое отвечает представлениям о ценностях и об их иерархии, закрепившихся в рамках соответствующих цивилизаций и культур и распространенных в данном обществе.

Сравнение систем ценностей и их ранжирование в рамках разных правовых культур демонстрирует, что, несмотря на их частичное совпадение, их смысловая нагрузка имеет принципиальное различие, определяющее их сущность и содержание.

Причины различий в смысловом наполнении понятия «ценности», в том числе «правовые ценности», заложены в исламской и западной правовой традициях.

Западная правовая традиция, которую можно с полной уверенностью назвать «человекоцентричной», сформирована христианской культурой, которой не свойственна жесткая связь между религиозными ценностями и законодательными нормами.

В исламской теоцентричной правовой традиции любая законодательная норма основана на предписаниях религии и выполняет функцию охраны той или иной религиозной ценности.

В западной культуре понятие ценностей подразумевает их трактовку в зависимости от контекста времени. Ценности западной культуры — это не столько религиозные постулаты, закрепленные в Писании, сколько их истолкование и интерпретация в русле западной философской традиции, а также результат консенсуса общества.

В исламской культуре ценности установлены предписаниями религии. Религиозные ценности, таким образом, являются ценностями правовыми.

Из этих базовых различий проистекают разные подходы к трактовке прав человека в западной и в исламской правовых культурах.

Несмотря на наличие несопоставимых и нетождественных понятий в европейской и исламской правовых традициях, бесконфликтное существование разных цивилизаций возможно. Для этого необходимы политическая воля элит Запада и исламского мира по выработке общей стратегии развития концепции прав человека с учетом особенностей различных правовых и культурных традиций, а также на основе их равноправия.

²⁴ Общетеоретическая юриспруденция : учебник / под ред. Ю. Н. Оборотова. Одесса : Юрид. лит-ра, 2011. С. 392.

СУДЕБНЫЙ ПРЕЦЕДЕНТ КАК ИСТОЧНИК ПРАВА В ФОРМАЛЬНО-ЮРИДИЧЕСКОМ СМЫСЛЕ: СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ АНАЛИЗ АНГЛО-АМЕРИКАНСКОЙ И КОНТИНЕНТАЛЬНОЙ МОДЕЛЕЙ ПРИМЕНЕНИЯ

В статье анализируются подходы к пониманию судебного прецедента как источника позитивного права в странах-представителях различных правовых семей. Авторами доказывается необходимость детального исследования на доктринальном уровне сути прецедента как явления. Проводится детальный анализ эволюции указанной категории в различных правовых системах. В качестве вывода предлагается доктринально выделить два основных типа прецедента: континентальная модель судебной практики и англо-американский судебный прецедент и, исходя из такой дифференциации, анализировать роль прецедента как возможного или реального источника права в правовой системе конкретного государства.

Ключевые слова: судебный прецедент, судебная практика, система общего права, правотворчество.

O. I. MIROSHNICHENKO,

Senior Lecturer, Department for Theory and History of State and Law
of the School of Law at the Far Eastern Federal University

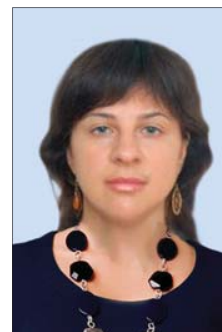
P. I. CHUGUNKOV,

Student, School of Law at the Far Eastern Federal University

JUDICIAL PRECEDENT AS A SOURCE OF LAW IN THE FORMAL LEGAL SENSE: ANALYSIS OF THE ANGLO-AMERICAN AND CONTINENTAL MODELS OF APPLICATION IN TERMS OF COMPARATIVE LAW

In this article author are analyzing different approaches to understanding of legal precedent as a source of law in formal sense. The authors think that the essence of the precedent should be deeply studied in legal science. As a conclusion authors suggest that there can be distinguished two main models of legal precedent: Anglo-American and civil models. And the role of the legal precedent in each concrete country should be analyzed according to these two models.

Keywords: legal precedent, judicial practice, common law, lawmaking



**Ольга Игоревна
МИРОШНИЧЕНКО,**
старший
преподаватель
кафедры теории
и истории
государства
и права
Юридической
школы
Дальневосточного
федерального
университета



**Петр Иванович
ЧУГУНКОВ,**
студент
Юридической школы
Дальневосточного
федерального
университета

Спор о том, можно ли считать судебный прецедент источником права с формально-юридической точки зрения, является одним из наиболее актуальных для отечественной юридической науки. На наш взгляд, многие работы, делающие попытку разобраться в этом вопросе, грешат неточностями, связанными прежде всего с нежеланием разобраться с сутью судебного прецедента как явления.



Последнее же невозможно без глубокого этимологического анализа понятия прецедента и его эволюции в государствах, которым он обязан своим появлением и развитием.

На наш взгляд, анализ судебной практики и обобщение судебной статистики в правовых системах развитых государств романо-германской правовой семьи на современном этапе показывает, что судебные решения высших судов фактически являются актами официального нормативного толкования статутного права либо и вовсе представляют собой акты нормотворчества. Вопрос лишь в том, насколько такое положение вещей, бесспорно существующее в *реальном* «романо-германском мире», соответствует классической англо-американской доктрине судебного прецедента. Иными словами, является ли анализ судебной практики и ее обобщение судебным прецедентом, как его принято понимать в странах англосаксонской правовой семьи. С нашей точки зрения, ответить на этот вопрос можно лишь после качественного сравнительного правового анализа сути и роли прецедента в современной английской и американской правовых системах.

На настоящий момент выработано множество подходов к пониманию места и роли судебного прецедента в различных правовых системах. Родиной прецедентного, или общего, права, как известно, является Англия. В «классической английской модели» прецедент как норма права формируется «сверх закона — *extra legem*» или «вопреки закону — *contra legem*»¹.

Так, английский исследователь Руперт Кросс выделяет следующие правила судебного прецедента:

1. Прецедент формируется не всеми судами, а только высшими.

2. Каждый суд обязан следовать решению более высокого по положению суда, а апелляционные суды (кроме палаты лордов) связаны своими прежними решениями. Прецедент носит сугубо принудительный характер, т.к. английские суды обязаны следовать ранее принятому решению даже в тех случаях, когда имеются достаточно убедительные доводы, которые в иных обстоятельствах позволили бы не делать этого.

3. При отправлении правосудия следует исходить из того, что сходные дела должны рассматриваться сходным образом.

4. Прецедент — это суть решения, а остальное — «попутно сказанное»².

У судебного прецедента в общем праве Англии существуют также три основных общепризнанных принципа:

— *stare decisis* — принцип, обязывающий соблюдать прецеденты;

— *ratio decidendi* — часть судебного решения или суть правовой позиции судьи, на основе которой выносится решение;

— *obiter dicta* — доводы, не обязательные для выводов суда по делу, которые и определяются понятием «попутно сказанное». К тому же степень ответственности судьи за сформулированный прецедент зависит от его обязательности в будущем, что связано с судебной иерархией судов: в одних судах вынесенное решение будет судебной практикой, а в других — судебным прецедентом³.

Описанная выше английская модель прецедента является классической и в чистом виде не реализуется сегодня ни в одной другой стране англосаксонской правовой группы.

В США федеральный Верховный суд и верховные суды штатов не связаны своими

¹ Pound R. The Spirit of the Common Law. 1999. P. 182 ; Bix B. Jurisprudence: Theory and Context. 2003. P. 145—149 ; Cross R., Harris J. W. Precedent in English Law. 1991. P. 3.

² Кросс Р. Прецедент в английском праве. М., 1985. С. 151—154.

³ Perell P. M. Stare decisis and techniques of legal reasoning and legal argument // URL: <http://legalresearch.org/writing-analysis/stare-decisis-techniques/> (дата обращения: 07.11.2014).

ранее вынесенными решениями, не обязаны следовать им⁴. Судебная система США состоит из двух частей — федеральной судебной системы и системы судов штатов, рассматривающих дела отведенных категорий. В федеральную систему входят Верховный суд США, апелляционные и окружные суды, специальные суды. При этом федеральная система не определяется как вышестоящая по отношению к судам штатов (исключение составляет Верховный суд США)⁵. Таким образом, две упомянутые системы являются независимыми друг от друга. Относительно решений высших судов штатов в 1938 г. Верховным судом США было официально определено, что федерального прецедентного права не существует, а также что штаты не связаны судебными прецедентами друг друга⁶. Однако Верховный суд США, являясь высшей судебной инстанцией, согласно Конституции, вправе аннулировать судебное решение при выявлении его противоречия конституционным нормам⁷.

Американской практике известны случаи «отмирания» того или иного прецедента, т.е. нецелесообразности его дальнейшего применения. Наиболее частым примером здесь является дело *Brown v. Education of Topeka*⁸. Рассматривая данное дело, Верховный суд США, вопреки прецеденту *Plessy v. Ferguson*⁹, закрепляющему раздельное обучение афроамериканцев и белых, постановил неконституционность данного способа обучения, дискриминирующего равноправие американских граждан. То есть прецедентные нормы в Соединенных Штатах Америки в зависимости от социальных, экономических, а, возможно, и политических изменений, могут быть заменены наиболее приемлемыми нормами, соответствующими современности.

Таким образом, заимствовав на начальном этапе классическое английское общее право, США создали свою специфическую модель законности, возведя ее в форму собственной, уникальной американской системы прецедента. Фактически американским судам параллельно с функцией правоприменения отведена функция правотворчества. В свою очередь, умаление значимости статутного права в США также является обоснованным. Во-первых, американское законодательство воплощено в Основном законе данного государства — Конституции, определяющей базисные положения функционирования американского государства, имеющие прямое действие. Это выражается в первую очередь в том, что суды при рассмотрении конкретного случая могут обратиться непосредственно к тексту Конституции¹⁰. Во-вторых, значительная роль в регулировании общественных отношений в Соединенных Штатах отведена федеральным законам и законам штатов, содержащим нормы, соблюдение которых является безусловно

⁴ Чиркин В. Е. Конституционное право зарубежных стран. М. : Юрист, 2004.

⁵ Богдановская И. Ю. Судебный прецедент как категория «общего права» // Право и политика. 2002. № 7. С. 17—21.

⁶ *Erie R. Co. v. Tompkins* 1938 // Cornell University Law School. URL: <http://www.lawschool.cornell.edu/> (дата обращения: 07.11.2014).

⁷ Жидков О. А. Верховный суд США : право и политика : учеб. пособие / О. А. Жидков. М. : Наука, 1985. С. 97—100.

⁸ *Brown v. Education of Topeka* 1954 // Cornell University Law School // URL: http://www.lawschool.cornell.edu/international/study_abroad/paris_summer/admitted-students/Comparative-Law-and-Social-Science/loader.cfm?csModule=security/getfile&PageID=69940 (дата обращения: 07.11.2014).

⁹ *Plessy v. Ferguson* 1896 // Cornell University Law School. URL: http://www.lawschool.cornell.edu/international/study_abroad/paris_summer/admitted-students/Comparative-Law-and-Social-Science/loader.cfm?csModule=security/getfile&PageID=69940 (дата обращения: 07.11.2014).

¹⁰ Кананькина Е. С. Правовая система Соединенных Штатов Америки // Международное публичное и частное право. 2009. № 1. М. : Юрист. С. 40—48.



обязательным для субъектов, подпадающих под их действие. Таким образом, в правовой системе США наблюдается дуализм основных источников права: с одной стороны, судебный прецедент, характерный для англосаксонской правовой семьи, к которой на доктринальном уровне и принадлежат США; с другой же стороны, невозможно отрицать роль нормативных правовых актов в регламентации жизни американского общества. Примечательным является также то, что при отсутствии прецедента суды основывают свое решение на научных доктринах и общих принципах права¹¹.

Отношение к прецеденту как формально-юридическому источнику права в США, по сравнению с жесткой системой судебного прецедента Англии, более упрощенное — изменение судебной практики вполне допускается.

Ярким примером фактического сосуществования полярных правовых алгоритмов в правовой системе одной страны служит Канада. Спецификой ее правовой системы является то, что она принадлежит к англо-американской семье общего права и характеризуется приверженностью судебному прецеденту как источнику права, однако правовая система Канады развивалась под преимущественным влиянием кодифицированного законодательства. Например, 1985 г. в Канаде были приняты единые общедо- федеральные Уголовный кодекс¹² и Трудовой кодекс¹³, многие вопросы в сфере гражданского права также решаются на федеральном законодательном уровне¹⁴.

И сейчас основным источником канадского права является статутное право. Наряду с ним функционирует и прецедентное (общее) право как совокупность правовых положений, создаваемых судьями в процессе судебного правоприменения (*case law*). Так, прецедент может установить новую норму общего права или истолковать закон. Однако, как указывал Р. Кросс, прецедент подчинен законодательству в том отношении, что закон всегда может его аннулировать¹⁵. Но в то же время судебные прецеденты позволяют путем толкования и разъяснения норм права разрешить конкретную ситуацию, которая не урегулирована в законе.

Приоритет статута над общим правом проявляется, в частности, в том, что в уголовном праве Канады законом запрещено привлекать к уголовной ответственности за преступления, предусмотренные общим правом¹⁶. Несмотря на сокращение сферы применения прецедента, решения высших судов Канады по-прежнему являются обязательными для нижестоящих судов, за исключением случаев, когда для отказа от следования прецеденту существуют веские основания (*compelling reasons*). Тогда ранее сформулированный прецедент может быть заменен решением вышестоящего суда или того же суда, если последний имеет соответствующую юрисдикцию. Чаще всего суды предпочитают не отменять прецедент (*overrule*), а изменять его, ссылаясь на различие в фактах (*distinguish*), т.е. прецедент приобрел гибкость (*became flexible*) и адаптируемость к изменяющимся условиям¹⁷.

¹¹ Кананькина Е. С. Указ. соч. С. 40—48.

¹² Canada Criminal Code of 1985 // Сайт министерства юстиции Канады. Justice Laws Website. URL: <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-46/index.html> (дата обращения: 07.11.2014).

¹³ Canada Labour Code of 1985 // Сайт министерства юстиции Канады. Justice Laws Website. URL: [aws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/L-2/index.html](http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/L-2/index.html) (дата обращения: 07.11.2014).

¹⁴ Civil Remedies Act of 2001 // Сайт Министерства юстиции Канады. Justice Laws Website. URL: http://www.e-laws.gov.on.ca/html/statutes/english/elaws_statutes_01r28_e.htm (дата обращения: 07.11.2014).

¹⁵ Кросс Р. Указ. соч. С. 167.

¹⁶ Ведерникова О., Сулейманова С. Роль судебного прецедента в системе источников уголовного права Канады // Уголовное право. 2013. № 6. С. 10—17.

¹⁷ Марченко М. Н. Курс сравнительного правоведения. М., 2002. С. 672—675.

В Канаде значительное место отводится анализу положений «судейского права», судебной практики, толкованию отдельных правовых норм Верховным судом Канады, что обусловлено особенностью канадской правовой модели.

Но все же, несмотря на ограниченное значение прецедента в системе правовых источников Канады, он сохраняет свою высокую значимость для функционирования судебной системы страны¹⁸.

В странах романо-германской правовой семьи, включая Россию, доминирующее положение занимает статут, или нормативный правовой акт, в котором правовые нормы доктринально обоснованы и имеют законодательное подтверждение.

Норма современного романо-германского права логически и научно обработана до сравнительно широкого обобщения с подразумеваемой целью, хотя бы туманной или фиктивной. В ней видят рациональный акт и творение правосозидающей власти, способной сообщать в норме «общую волю» народа, государства, его органов. Суд распространяет абстрактные правоположения на конкретный фактический состав, разрешая отдельные вопросы по правилам общей нормы, т.е. толкует или интерпретирует ее¹⁹. «Увеличение роли правовых позиций судов в регулировании общественных отношений все чаще обозначают термином “прецедент” — это соответствует принципам современного прецедентного права в англо-американском законодательстве»²⁰.

Мы проанализировали современные подходы к пониманию судебного прецедента как формально-юридического источника права. Мы считаем, что доминирующими на современном этапе необходимо считать английскую «жесткую» модель и американскую «мягкую». Бесспорно также фактическое функционирование судебного прецедента как источника права в формально-юридическом смысле и в странах романо-германской группы. И эта модель, на наш взгляд, является ни первой, ни второй, а совершенно индивидуальной.

Таким образом, если указанные модели объединить понятием «прецедент», то с учетом их существенной разницы условно можно различать два основных типа прецедента: континентальная модель судебной практики и англо-американский судебный прецедент.

На наш взгляд, именно с позиций четкого разграничения указанных моделей функционирования судебного прецедента и необходимо подходить к анализу его роли как возможного или реального источника права в современной российской правовой системе.

¹⁸ Gall G. L. The Canadian Legal System. 2 ed. Toronto : Carswell Legal Publications, 1983. P. 23.

¹⁹ Арановский К. В., Князев С. Д. Судьба судебного прецедента в романо-германском праве // Журнал конституционного правосудия. 2013. № 4. С. 30—39.

²⁰ Нешатаева Т. Н. Судебный прецедент и права человека // Сравнительное конституционное обозрение. 2012. № 5. С. 62.



**Ирина
Викторовна
МИННИКЕС,**

доктор
юридических
наук, доцент,
заведующий кафедрой
теории и истории
государства и права
Иркутского
юридического
института (филиала)
Российской правовой
академии
Министерства
юстиции РФ



**Оксана
Людмила
БИМБАЕВА,**
аспирантка
Сибирской
академии права,
экономики
и управления

ПРИНЯТИЕ ДЕТЕЙ В СЕМЬЮ: ИСТОРИКО-КОМПАРАТИВИСТСКОЕ ИССЛЕДОВАНИЕ

Статья посвящена сравнительно-правовому анализу различных форм принятия детей в семью в праве и практике XIX — начала XX в. В статье выделены базовые вопросы данной сферы: о бездетных семьях, незаконных детях и методах восполнения семьи. С помощью правовых норм и материала из практики выявлено отношение к указанным проблемам и способы их разрешения.

Ключевые слова: семейное право, семья, сын, усыновление, незаконно-рожденный ребенок, внебрачные дети, обычай.

I. V. MINNIKES,

Sc.D. in Law (Doctor of Legal Sciences), Associate Professor,
Chief of the Department of Theory and History of State and Law
at Irkutsk Law Institute (branch) of the Russian Law Academy
of the Ministry of Justice of the Russian Federation

O. L. BIMBAEVA,

Postgraduate Student, Siberian Academy of Law, Economics and Management

ADOPTION OF CHILDREN IN FAMILY: HISTORICAL COMPARATIVE STUDY

Article is devoted to comparative legal analysis of the various forms of adoption of children in the family in the law and practice of XIX-early XX century. The article highlights the basic issues in this sphere — to childless families, illegal children and methods of filling in the family. With the help of legal norms and factual material from the practice of this region revealed attitude to these problems and their solutions.

Keywords: family law, family, son, adoption, an illegitimate child, born out of wedlock, custom

Сегодняшняя семья — это результат длительного исторического развития человеческих отношений. Законодательство обязано проявлять особую заботу о ней, т.к. «...семья закладывает основу для государства, которую государство не в состоянии создать своими собственными действиями...»¹.

Понятие семьи в Семейном кодексе РФ отсутствует, но некоторые нормативные правовые акты более или менее раскрывают данный термин².

¹ Лееушкин А. Н. Семейное право. М., 2012. С. 6.

² Постановление Правительства РФ от 13.05.2006 № 285 «Об утверждении Правил предоставления молодым семьям социальных выплат на приобретение жилья в рамках реализации подпрограммы «Обеспечение жильем молодых семей» федеральной целевой программы «Жилище» на 2002—2010 годы» // СЗ РФ. 2006. № 21. Ст. 2262.

Следует отметить, что современный законодатель в ряде стран именует семьей даже союз двух человек. Однако если рассматривать этот вопрос в историческом контексте, становится очевидно, что под семьей чаще всего понимался союз родителей и детей. Именно таким образом оценивали понятие семьи российские цивилисты XIX — начала XX в.

По мнению К. П. Победоносцева, слово «семья» напоминает «о союзе, которым соединены супруги, как между собой, так и с детьми своими»³. М. Ф. Владимирский-Буданов называл семьей «сложный союз супругов между собою и родителей с детьми»⁴. К. Н. Анненков считал, что под семьей «следует разуметь у нас не только союз мужа и жены и рожденных в их браке детей, но и союз внебрачных детей и по крайней мере их матери, а также союз усыновителей и усыновленных»⁵. Г. Ф. Шершеневич понимал под семьей «постоянное сожительство мужа, жены и детей», т.е. семья представляет собой «союз лиц, связанных браком, и лиц, от них происходящих»⁶.

Таким образом, дореволюционные цивилисты, определяя семью, подразумевали не только союз супругов, но и союз родителей и детей, причем необязательно основанный на кровном родстве. Любая семья создается для последующего потомства, а в случае его отсутствия возможно усыновление. Отсутствие детей в таком союзе является основанием для расторжения брака.

Обязательное включение детей в понятие «семья» являлось неотъемлемой чертой права и практики не только России, но и зарубежных государств в период XIX — начала XX в. Союз супругов, не имеющих детей, считался как минимум неполноценным. Поэтому обычаями, правом и практикой было выработано несколько доступных вариантов восполнения семьи, в частности усыновление или узаконение детей.

В Российской империи (XVIII—XIX вв.) лицам православного вероисповедания было трудно официально ввести в семью ребенка, даже собственного, но рожденного вне брака. Церковь резко отрицательно относилась к внебрачным связям, и с этой точки зрения усыновление чужих детей было все-таки предпочтительнее. Однако российский законодатель довольно долго не предоставлял возможности официального узаконения и усыновления, а согласившись придать этим институтам юридическую форму, наложил существенные ограничения на применение данных институтов, особенно строго — в отношении дворян. В случае отсутствия у дворянина потомства мужского пола, если он оставался последним в своем роду, дворянин мог обратиться в Государственный совет с просьбой о высочайшем разрешении на усыновление⁷.

Комментируя законодательство того времени, Д. И. Мейер различал три вида усыновления в зависимости от социального статуса: усыновление дворянами, усыновление купцами и усыновление лицами податного состояния⁸. Каждый вид усыновления преследовал собственные цели: для дворян усыновление являлось возможностью искусственного продолжения рода (передача герба и фамилии); купеческое усыновление заключалось в приписке к семейному капиталу. Самым простым было усыновление

³ Победоносцев К. П. Курс гражданского права. Вторая часть : Права семейственные, наследственные и завещательные. СПб., 1896. С. 1.

⁴ Владимирский-Буданов М. Ф. Обзор истории русского права. М., 1900. С. 406.

⁵ Анненков К. Н. Система русского гражданского права. Т.V : Права семейные и опека. СПб., 1905. С. 3.

⁶ Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права. М., 1911. С. 594.

⁷ Шимановский В. М. О правах и обязанностях семейственных. Казань, 1870. Т. 10. Книга 1. Выпуск 1. С. 278.

⁸ Мейер Д. И. Русское гражданское право. М., 1873. С. 603.



среди лиц податных состояний. Здесь усыновление совершалось простой припиской к семейству. Так как в законодательстве особых норм, регламентирующих данный вид усыновления, не было, многое отдавалось на откуп нормам, действовавшим на конкретной территории.

Для «инородцев» законодатель в XIX в. не чинил препятствий в усыновлении и узаконении, оставив данные процедуры ведению обычного права.

Интересно отметить, что принятие детей в семью у сибирских «инородцев»-бурят и у некоторых народов, населяющих страны Азиатско-Тихоокеанского региона, имеет некоторые сходные черты, особенно если обращаться к историческим реалиям XIX — начала XX в.

Исследуя проблему бездетных семей и статус детей, принятых в семью, на примере права и практики указанных государств и народностей в период XIX — начала XX в., можно сделать ряд важных наблюдений.

1. Бездетность рассматривалась как серьезная проблема или даже позор семьи. Как гласит корейская поговорка: «Из трех тысяч сыновних грехов самый большой — не оставить потомства».

Обращаясь к обычному праву инородцев России на примере бурят, можно заключить, что бездетность не только большое несчастье, но и позор для семьи, поскольку означает «...умереть и отойти в вечную жизнь к своим предкам, запереть дверь, пустить в разорение и развеевание свою усадьбу и священный для него домашний очаг, остаться без наследника и продолжателя рода, быть забытым после смерти людьми и обществом»⁹.

Буряты верили, что после смерти предки превращаются в духов, которым обязательно нужно поклоняться, в первую очередь сохраняя домашний очаг. Очаг, по их представлениям, являлся связующим звеном между духами — предками и живыми людьми. Поддержание домашнего очага из поколения в поколение считалось священной обязанностью каждого буряты, поэтому и нужны были наследники. Поклонение предкам — святая обязанность, значит, в семье необходимы те, кто будет ее исполнять после смерти хозяина. Поэтому для буряты было неважно, каким способом — принятием в семью, покупкой чужого ребенка или иначе — он должен был приобрести наследника.

В китайской семье любой ребенок считался радостью, однако реально китаец будет иметь в виду только сыновей. Если даже у него несколько дочерей, он все равно будет сетовать на бездетность. И дело здесь опять-таки в традиции поклонения предкам. Заботиться о предках, перешедших в загробный мир, вправе только сын. Дочь считалась членом чужого рода. Поэтому в литературе много внимания уделяется страшным варварским обычаям, когда новорожденных девочек убивали или просто выбрасывали на улицу, как мусор¹⁰, а некоторые семьи приносили одну из дочерей в жертву, надеясь, что ее душа переселится в тело будущего сына¹¹. Эта традиция настолько укоренилась, что даже в современном китайском законодательстве есть статья, запрещающая детоубийство путем утопления, выбрасывания и любые другие действия, причиняющие младенцам серьезный ущерб¹².

⁹ Центр восточных рукописей и ксилографов Института монголоведения, буддологии и тибетологии СО РАН. Ф. 36. Оп. 1. Д. 810. Л. 47.

¹⁰ Корсаков В. В. Пять лет в Пекине. Из наблюдений над бытом и жизнью китайцев. СПб., 1902. С. 160.

¹¹ Гессе-Вартег Э. Китай и китайцы. Жизнь, нравы и обычаи современного Китая. СПб., 1900. С. 123.

¹² Marriage Law of the People's Republic of China // The Procedural Law Research Institutional China University of Political Science and Law. URL: <http://www.procedurallaw.cn/english/law/200807/>

В корейском обществе рождение детей рассматривалось как святая обязанность. Если женщина не могла родить, мужчина был вправе выгнать ее из дома, и, наоборот, рождение ребенка поднимало статус молодой матери в семье. Корейцы считают, что душа человека сразу после его смерти не уходит совсем, а на протяжении четырех поколений остается с потомками. Все это время умерший человек еще считается членом семьи, и корейцы проводят в честь него специальные обряды. Естественно, что продолжение традиций — обязанность наследника, т.е. мальчика, а девочка после замужества будет принадлежать уже к другой семье.

Японец не считал свою жизнь успешной, если он не мог передать свое дело сыну. Но мужчина мог усыновить чужого ребенка или завести ребенка на стороне, а вот женщина без детей не могла претендовать на какой-либо статус в семье и расположение родственников. В Японии, как и в Китае, и в Корее, почитание предков имеет огромное значение. Японская семья, в которой рождались только девочки, считалась бездетной: для поддержания культа предков каждый японец должен был иметь наследника мужского пола, т.к. только мальчик вправе наследовать имя отца. Правом почитания священного культа предков обладал старший сын, от которого образовывалась самостоятельная ветвь рода. Следовательно, необходимость иметь наследника у японцев диктуется в принципе теми же соображениями, которые относятся и к другим народам.

2. В праве рассматриваемых стран вопрос о разделении детей на законных и незаконных решался не столь однозначно, как в законодательстве Российской империи. Статус детей, рожденных вне брака, определялся в соответствии со сложившимися обычаями.

Буряты, как представляется, вообще не делали проблему из вопроса о законности детей, рожденных вне брака. Свободное поведение девушки до брака не являлось предосудительным. Наоборот, одним из достоинств невесты было наличие добрачного ребенка или даже нескольких детей. Я. П. Дубров писал, что для монголо-бурят «рождение в девичестве дитяти не позор, а желательное свидетельство несомненной пригодности девушки к брачной жизни. После такого несомненного доказательства производительной способности своей дочери родители, при выдаче ее замуж, если только она не была просватана с детства, требуют большой калым, т.к. есть уверенность, что девушка исполнит свое провиденциальное назначение...»¹³. Таким образом, наличие добрачных детей рассматривалось как доказательство способности к деторождению в дальнейшем. Детей, рожденных до брака, усыновлял либо муж, либо родители невесты.

Б. Д. Цибилов, изучив практику семейной жизни данного региона, заключил, что «обычное право бурят-монголов и законы нойонов не предусматривали так называемых «незаконнорожденных» детей»¹⁴. Правда, некоторые авторы считают, что определенные факты дают основания полагать, что понятие «незаконный ребенок» все же имело место. Это прежде всего архивные данные о том, что существовало особое обозначение «пригульных» детей (их называли зольба-оруля) и что они и в дальнейшем их потомки ущемлялись в правах посредством отведения худших мест для пастбищ и кочевий¹⁵. Но другие архивные источники неопровержимо доказывают, что ни у монголов, ни у бурят не было деления детей на законных и незаконных. Даже дети, рожденные вдовой значительно позже смерти мужа, юридически считались потомками умершего

t20080724_40987.html (дата обращения: 20.11.2014).

¹³ Дубров Я. П. Женщина у монголо-бурят. Иркутск, 1885. С. 25.

¹⁴ ЦВРК. О.Ф. 424. Цибилов Б. Д. Классовая сущность писаного права бурят-монголов. Л. 80.

¹⁵ ЦВРК.О.Ф. 145 а. Мункоев. Управление административное. Л. 8.



супруга и пользовались всеми правами, предоставленными законнорожденным детям. Упоминание Д. В. Самоквасова о «незаконнорожденных» детях, скорее всего, объясняется влиянием политики имперской администрации и неточным переводом¹⁶.

В Корее деление на законных и незаконных детей во многом зависело от положения, которое занимала семья. Дети, рожденные от наложниц и представителей высших сословий, являлись бесправными до тех пор, пока их отцы не узаконивали своих детей. А до процесса узаконения (усыновления) сын от наложницы не имел права на наследство и не допускался к жертвоприношениям, т.е. отправлению культа предков. Но такая ситуация наблюдалась только в высших сословиях. В средних или низших слоях населения к процессу узаконения относились более снисходительно. В таких семьях дети, рожденные наложницей, автоматически признавались законными детьми, причем детьми официальной жены и мужа.

В Китае незаконнорожденными признавались дети, рожденные от служанки¹⁷. Наложницы считались побочными женами, хотя и выполняли функции прислуги. Незаконные дети в наследственных правах были ограничены — им полагалась только половина от доли наследства законных детей. В случае отсутствия или утраты законного потомства отец мог узаконить незаконнорожденного сына. Если у китайца имелось многочисленное законное потомство и рождался незаконный ребенок, то от нежеланного младенца могли избавиться¹⁸.

3. Традиции, обычаи и условия жизни породили несколько вариантов восполнения семьи.

У бурят восполнение семьи проходило только посредством усыновления.

Часто буряты усыновляли детей своих родственников, покупали друг у друга и у русского населения. Стоимость детей 5—10 лет варьировалась от 100 до 150 рублей и более, в зависимости от пола. Довольно частой практикой была покупка детей-небурят. В частности, русские девушки продавали своих незаконнорожденных детей бурятам за мизерные деньги (от 3 до 5 рублей), чтобы избежать унижения и поношения со стороны сельского общества¹⁹.

Поскольку у самих бурят понятие о незаконнорожденности детей не существовало, внебрачный ребенок незамужней девушки-бурятки автоматически усыновлялся ее родителями²⁰. Более того, если этот ребенок был старше сына ее отца, то именно ему принадлежало право первородства²¹. Об этом свидетельствуют и архивные данные. Так, при благожелательном отношении со стороны семьи мужа рожденные вне брака или пришедшие в утробе матери (их называли олзо, в переводе — «найденный») пользовались среди родовой одинаковыми правами, вплоть до приобретения статуса родоначальника²².

В Корее для приобретения потомства активно использовался институт наложничества и примачества. Если наложница живет с мужчиной без проведения каких-либо обрядов, т.е. не является официальной второй женой, то для ее детей существовали определенные ограничения. Если женщина попала в наложницы девушкой и, будучи

¹⁶ ЦВРК. О.Ф. 424. Л. 80.

¹⁷ Бичурин Н. Я. Китай в гражданском и нравственном состоянии. М., 2002. С. 344.

¹⁸ Потанина А. В. Из путешествий по Восточной Сибири, Монголии, Тибету и Китаю. М., 1895. С. 202.

¹⁹ Дубров Я. П. Указ. соч. С. 27.

²⁰ ЦВРК. О.Ф. 424. Цибилов Б.Д. Классовая сущность писаного права бурят-монголов. Л. 80.

²¹ Дубров Я. П. Указ. соч. С. 26.

²² ЦВРК. 145 а. Мункоев. Л. 8.

наложницей, родила детей, их называли дети «ян — цхоп». Такие дети имели право пойти на государственную службу, но их продвижение по службе было ограничено максимум третьей ступенью служебной лестницы. Дети, рожденные от наложниц-невестенниц, назывались «чион — цхоп». Им запрещалось продвижение по государственной службе выше пятой или шестой степени²³. Институт примачества использовался, если в семье была дочь. Усыновленного мальчика впоследствии женили на ней, таким образом он приобретал все права и обязанности родного сына²⁴.

Узаконить детей в Корее было возможно только процедурой усыновления. Если усыновляемый не был незаконным ребенком, то он обязательно должен был быть родственником усыновляющего по отцовской линии и одной степенью ниже (сын родного брата, сын двоюродного брата и т.д.)²⁵. По такому же правилу должен был усыновлять отец умершего женатого, но бездетного сына: он мог усыновить не от собственного имени, а от имени умершего (для этого выбирался родственник из поколения детей своего сына, т.е. внуков своих братьев (родных, двоюродных и т.д.), который, однако, приобретал все права старшего сына).

В Корее тоже была распространена продажа детей, но в конце XIX в. это стало запрещено. Тем не менее простые крестьяне-корейцы продолжали продавать своих детей, особенно девочек — в наложницы или служанки, но обычно продажу маскировали под отдачу на усыновление²⁶.

В Китае в случае бездетности семейной пары или рождения девочек также допускался институт наложничества. Основной целью было рождение сыновей. Наложницы не имели прав на детей: матерью всех детей, рожденных от наложниц, считалась законная супруга. В соответствии с китайскими законами²⁷ законной женой признается первая жена, а количество наложниц ограничивается лишь финансовыми возможностями мужа.

Усыновление от имени умершего сына являлось общим методом восполнения семьи в Корее и Китае. Такое усыновление в Китае сопровождалось обычаем, которое носит название «брак умерших». Если сын умер, не успев жениться, то его родители для продолжения рода усыновляли постороннего человека от имени своего умершего сына. Но чтобы не пострадала семейная генеалогия, покойный должен быть женатым. Для этого находили семью, в которой умерла дочь, и за вознаграждение переносили прах умершей к посмертному супругу. Иногда в качестве жены умершего выступала бедная вдова, соглашавшаяся на такой брак за пожизненное содержание и впоследствии достойное погребение²⁸.

Усыновленные дети в Китае считались равноправными членами семьи и приобретали не только имущественные права, но и обязанности по поддержанию культа предков.

В Китае бедные крестьяне тоже могли продавать своих сыновей для усыновления, но в основном малолетних (считалось, что у ребенка нет настоящей души до 7 лет²⁹), и к этому прибегали только в крайнем случае.

В Японии имя и имущество отца наследуют только мальчики. В связи с этим млад-

²³ Описание Кореи (с картой). Сост. в Канцелярии Министра Финансов. Ч. 1. СПб., 1900. С. 380.

²⁴ Ионова Ю. В. Обряды, обычаи и их социальные функции в Корее (середина XIX — начало XX вв.). М., 1982. С. 134.

²⁵ Ионова Ю. В. Указ. соч. С. 133.

²⁶ Серошевский В. Л. Корея. Очерки. СПб., 1909. С. 241.

²⁷ Гессе-Вартег Э. Указ. соч. С. 126.

²⁸ Коростовцев И. Я. Китайцы и их цивилизация. СПб., 1896. С. 288—289.

²⁹ Корсаков В. В. Указ. соч. С. 160.



шие сыновья часто становились зятьями-примаками. В Японии таких мужчин называли йоши³⁰, а примачество — «муко-йоши». Будущего зятя-йоши усыновляли в детстве, либо искали подходящую кандидатуру, когда в семье дочь достигала пригодного для вступления в брак возраста. В Японии, как и в Корее, йоши становился членом новой семьи, теряя связи с кровными родственниками.

Для того чтобы обзавестись наследником, японцы также обращались к наложничеству. Ребенок, рожденный от наложницы (мекаке), признавался незаконнорожденным, а для приобретения им статуса законного отцу необходимо было его усыновить. После усыновления мать-мекаке теряла права на ребенка.

В начале XX столетия в Японии был издан закон, запрещающий наследовать благородный титул усыновленным детям вообще и детям, рожденным от мекаке³¹.

Подводя итоги, можно заключить, что сравнительно-исторический анализ проблемы бездетности и форм восполнения семьи в праве и практике народов стран Азиатско-Тихоокеанского региона и бурят-«инородцев» в России в XIX — начале XX в. позволяет выявить общность подходов к проблеме и ее разрешению.

Одним из основных постулатов в отношении семьи является обязательное рождение детей. Этот постулат опирается не только на естественное желание супругов или экономические соображения. Краеугольным камнем выступает то, что обязанностью любого человека в Корее, Китае, Японии и у бурят-«инородцев» в России являлось поддержание священного культа предков. Выполнение этой обязанности возлагалось на наследника и потому превращалось в проблему при его отсутствии. Для решения данной проблемы применялись самые различные методы — покупка ребенка, рождение наследника вне брака, принятие в семью. Все эти методы юридически оформлялись посредством усыновления и узаконения.

Возможно, существование сходных черт вызвано общностью региональных условий, традициями и обычаями, а также слабым влиянием религиозных воззрений диктаторского толка в отношении детей, родившихся вне семейного союза.

³⁰ Бекон А. Женщина в Японии. Перевод с 10-го американского издания (1903 года), под ред. и с «Очерком современного образования в Японии». СПб., 1904. С. 93.

³¹ Бекон А. Указ. соч. С. 101.

СРАВНИТЕЛЬНОЕ ПРАВОВЕДЕНИЕ И МЕЖДУНАРОДНОЕ ПУБЛИЧНОЕ ПРАВО: ФЕНОМЕН МЕЖДИСЦИПЛИНАРНОСТИ

В статье анализируются проблемы взаимодействия сравнительного правоведения и международного публичного права. Авторы приходят к выводу о значимости сравнительного права (метод, система знаний) для решения междисциплинарных проблем международного права.

Ключевые слова: право, зарубежный, международный, системы, юридический.



Фавер ГОТЬЕ,
студент
Университета
г. Лиона (Франция)

G. FAVRE,
University of Lyon

C. GOENS,
University of Lyon

COMPARATIVE LAW AND PUBLIC INTERNATIONAL LAW: THE PHENOMENON OF INTERDISCIPLINARITY

In article analyze interaction problems of comparative law and international public rights. The authors come to the conclusion about the importance of comparative law (method, system knowledge) to solve interdisciplinary problems of international law.

Keywords: right, foreign, international, systems, legal.



Клара ГЕНС,
студентка
Университета
г. Лиона (Франция)

Понятие научной дисциплины подразумевает упорядоченную систему знаний по определенному предмету исследования. Поскольку сферы исследования имеют тенденцию к специализации, количество подходов, встречающихся у различных исследователей и в различных дисциплинах, неуклонно растет. Тем не менее, как предостерегает Годар, неудачи в междисциплинарной сфере не должны служить оправданием обособленности, научного пуританства.

В этой связи представляется особенно целесообразным изучить продуктивные отношения между сравнительным правоведением, этой «наукой о сравнении права, целью которой является исследование и объяснение различий между разными правовыми системами в определенный период» и международным правом. С точки зрения Александра-Шарля Кисса, вклад последнего системного блока в сравнительное правоведение является особенно весомым в двух аспектах: метод и материальное право.

С одной стороны, «это действительно является своего рода техникой, которую международное право предоставляет в распоряжение сравнительного правоведения, коль скоро последнее намеревается преодолеть стадию исследования и перейти к стадии конкретных свершений». По сути, цель унификации права, имеющая огромную ценность для сравнительного правоведения, предполагает заимствование у международного права таких инструментов, как международные соглашения, техника их толкования, ведение переговоров, а также обращение в международные судебные инстанции.

научный
руководитель
М. В. ЗАХАРОВА,
кандидат
юридических наук,
Университет
имени О.Е. Кутафина
(МГЮА)

© Ф. Готье, 2015
© К. Генс, 2015



С другой стороны, вклад международного права в сравнительное правоведение обнаруживается в самом предмете сравнительного подхода, в «материальном» праве как объекте изучения. С точки зрения Кисса, при сравнительных исследованиях различных правовых систем, «относящихся к определенным вопросам, следовало бы также обращаться, помимо различных государственных правовых систем, и к международному праву. Иными словами, в данных случаях нормы международного права целесообразно было бы сравнить с нормами римских, англосаксонских, социалистических и прочих систем»¹. Помимо этого, активный рост международного сотрудничества сделал возможным формирование относительно однородных правовых систем, по образу и подобию Европейского Союза, что в еще большей степени подталкивает к их включению в предмет сравнительных исследований. Таким образом, этим дисциплинам просто суждено становиться все более и более близкими и взаимосвязанными.

Однако наше исследование посвящено прежде всего развитию сравнительного правоведения и его растущему вкладу в международное право. По сути, сравнительное правоведение часто разрабатывается как методика, как инструмент, и с этой точки зрения представляется предпочтительным исследовать его во всей его «полезности» по отношению к международному праву, в качестве внутреннего права, а также политики.

Исторический анализ сравнительного правоведения

Первым автором, проявившим интерес к сравнительному правоведению, является Солон из Греции, который считается одним из отцов афинской демократии VI в. до н. э. Будучи торговцем, во время своих поездок он сталкивался с правовыми реалиями разных регионов, чем и воспользовался, чтобы внести предложение о реформах в Афинах. Двумя веками спустя Платон в своем труде «Законы» приводит очень точное описание политических режимов других греческих городов. Цель исследования состояла в том, чтобы выявить наиболее целесообразные институты в порядке размышления об идеальной конституции. В ту же эпоху Аристотель в «Политике» выполняет сравнение конституций окрестных городов, чтобы создать модели, «типовые» конституции, позволяя сгруппировать различные конституции, классифицировать их.

Римские законы XII таблиц, ознаменовавшие приход современного права, послужили серьезным стимулом к изучению сравнительного правоведения, а точнее принципов действия афинской демократии, которые дошли до римлян из работ Платона, Аристотеля или Солона.

Несмотря на такое обнадеживающее начало, сравнительный подход в дальнейшем выходит из употребления. Средневековых работ по сравнительному правоведению не так много, и только Ломбардская школа мысли объединяет юристов, стремящихся изучить основные правовые системы своего времени. В эпоху Возрождения римское право заявляет свои претензии на универсальность, к чему привела деятельность итальянских юристов, которые в то время комментируют все нормы римского права. Итальянские юристы стремятся распространить римское право по всей Европе. И сравнительное правоведение откликается на это универсалистское движение. Течение, которое объединяет таких авторов, известно как юридический гуманизм: его основной постулат заключается в том, что римские законы не являются выражением незыблемой истины, и право необходимо адаптировать под каждое общество и каждую эпоху. Гуманисты делятся на два течения. Первое, к которому принадлежал Жак Кюжа, это

¹ La relation interdisciplinaire: problèmes et stratégies // Jollivet M. (dir.). Sciences de la nature, sciences de la société, CNRS Editions, 1992, Paris. P. 427.

исторический гуманизм, который стремится к более глубокому пониманию правовых норм в их историческом контексте. Второе гуманистическое течение — гуманизм практикующих юристов, основным предметом изысканий и интересов которых является незыблемость обычного права: сравнительный подход применяется не в исторических целях, а в целях противопоставления права обычаю.

В начале XVII в. Гроций, систематизируя доктрины естественного права, впервые обращает внимание на то, что естественное право совсем не обязательно является плодом теоретических рассуждений, а должно устанавливаться в каждом обществе, поскольку правовые нормы варьируются в зависимости от эпохи и общества. Одновременно с этим Лейбниц приступает к проекту составления списка всех прав «цивилизованного мира» с целью размышления о науке о праве как таковой. Его интересует не только право государства, в котором он живет, но и все права. Однако этому проекту не суждено было претвориться в жизнь, поскольку он был слишком амбициозным для того времени.

Безусловно, следует отметить и существенное влияние Монтескье на развитие сравнительного метода. В своем труде «О духе законов» он показывает, что законы просто не могут не различаться от страны к стране. Он приводит объективные факторы, вследствие которых суть права в разных системах варьируется. Он одним из первых проявляет неподдельный интерес к сравнительному правоведению как таковому; он делает из него полноценный объект исследования, чтобы обосновать реформы, которые он предлагает для французской правовой системы. Однако его идеи выльются в продвижение юридического национализма, приводя к результатам, прямо противоположным целям его изысканий. Французская революция еще больше усилит эту направленность в сторону юридического национализма, подчеркивая принцип самоопределения народов и, таким образом, право каждого народа формировать свое собственное право.

Несмотря на все вышеупомянутые труды, лишь в XIX в. сравнительный подход утверждается в качестве подлинной науки. Тем не менее в то время в Германии для правовой науки характерен прежде всего национальный позитивизм, ведется изучение норм немецкого права. Знаковым движением того времени является историческая школа права, лидером которой был Савиньи. В 1829 г. выходит в свет журнал «Юридическая наука и зарубежное законодательство», начало которому было положено немецкими авторами и который был посвящен исключительно зарубежному праву. Во Франции, где также царит правовой национализм и кодификация, в 1831 г. была создана кафедра истории и философии сравнительного правоведения в Коллеж де Франс. Это означало признание важности сравнительного правоведения на институциональном уровне. И, наконец, в Англии Иеремия Бентам одним из первых дает толчок движению в поддержку сравнительного правоведения.

Эпистемологический разрыв

Эпистемологический разрыв происходит в последней трети XIX в., когда в социальных и, как следствие, в юридических науках, получает широкое развитие научный подход. Это эпоха эволюционистских теорий, постулатом которых является универсальность исторического движения — идея о том, что прогресс является движущей силой всей истории. И поскольку эволюционизм тяготеет к сфере социальных наук, появляется интерес к сравнению. Это движение дает импульс в направлении сравнительного правоведения, что в 1869 г. выливается в создание во Франции Общества сравнительного правоведения. Одновременно с этим происходит объединение Германии и создается новое законодательство, в котором очень важная роль отводится сравнительному правоведению. Во Франции, в противовес школе



экзегезы, появляется новое движение свободного научного исследования. Свободное научное исследование предполагает, что прогресс в познании права невозможен, если не руководствоваться тем, что происходит за рубежом. В публичном праве особенно заметной фигурой в данной области сравнительного правоведения становится правовед Эдуард Ламбер.

Всемирная выставка 1900 г. в Париже дает возможность французским правоведам созвать первый Международный конгресс сравнительного правоведения, который часто называют чем-то вроде свидетельства о рождении данной юридической науки. Конгресс позволяет обсудить различные цели данной дисциплины, способы обеспечения мира во всем мире путем поиска норм, действительных для всех государств. Однако эти сравнительные исследования носили ограниченный характер, в том смысле, что они были полностью европеизированы: в своих исследованиях авторы ограничиваются лишь европейскими правовыми системами. Фактически, поскольку эти авторы стремились унифицировать право, им пришлось исключить системы, слишком непохожие на привычные им (англосаксонское право, азиатское право, африканское право и т.п.).

Ситуация изменилась с Первой мировой войной. Два фактора послужили толчком к новой волне сравнительных подходов: возрождение национализма, который ставит акцент на адаптации права к каждому частному случаю, и появление в России новой концепции права — марксистско-ленинской концепции, рассматривающей закон просто как следствие экономической системы.

Пытаясь найти ответ на эти аргументы, сравнительная наука выходит на новый виток бурного развития. Особенно заметны его результаты станут после Второй мировой войны, с началом преподавания сравнительного правоведения на юридических факультетах. Одновременно растет лагерь сторонников сравнительной теории. Помимо этого, появляются новые концепции, например понятие правовой семьи. Происходит попытка сгруппировать государства по этим семьям и ввести классификацию. С тех пор сравнительное правоведение становится частью научного ландшафта.

Сравнительный метод: различные подходы

Следует понимать, что сравнительное правоведение является не отраслью позитивного права, а прежде всего методом. Как подчеркивает профессор Благоевич, «сравнительное правоведение является, как правило, и чаще всего, только методом, который используется при изучении отдельных отраслей юридической науки и к которому следует как можно чаще прибегать, учитывая те результаты, которых он позволяет достичь. Тем не менее не следует считать, что сравнительное правоведение сводится только к этому, и в некоторых случаях оно этим не является; оно занимает особое место в рамках юридических наук, оно занимает место науки среди других юридических наук»².

В конце концов, сравнительное правоведение является социальной наукой, применяемой для сопоставления различных правовых систем либо их институтов, чтобы высветить их сходства и различия, а также для исследовательских целей, правовой или политической практики.

Согласно первому подходу, сравнительное правоведение используется исключительно в качестве инструмента, т.е. средства для достижения цели, которая сама по себе не относится к сравнительному правоведению. Например, для приведения

² Определение сравнительного правоведения // Encyclopaedia Universalis. URL: http://www.universalis.fr/encyclopedie/droit-droit-compare/#i_8173.

в действие той или иной нормы международного частного права необходимо сравнить системы права, поскольку каждое право будет предполагать свое решение. В данном случае сравнительное правоведение используется как инструмент. Суду Европейского Союза также требуется прибегать к сравнительному правоведению в качестве инструмента. Такое использование сравнительного правоведения зачастую является первоочередной функцией, к которой прибегают юристы, и нередко этим его использование и ограничивается. Тем не менее можно выделить еще три основные функции сравнительного правоведения.

Начнем с критической функции. Данная функция на очень раннем этапе была выявлена компаративистами, которые подчеркнули необходимость критического чтения закона. Независимо от намеченной цели использование сравнительного правоведения предполагает относительность собственных знаний, критическое отношение к своим предубеждениям. Такой подход к сравнительному правоведению также позволяет осуществить переоценку права, т.е. развенчать миф о существовании точного ответа, истины в законе. Это помогает лучше понять право как социальное явление, что можно назвать одним из следствий всех научных подходов, которые отходят от позитивизма. «Так же, как изучение иностранного языка проливает свет на неясные структуры и предвзятости родного языка, сравнительное правоведение позволяет юристу по-иному взглянуть на свое национальное право и поставить под сомнение некоторые отличительные особенности или некоторые судебные институты — естественные или базовые».

Следующая функция — объединяющая. В результате сравнения может обнаружиться сходство между различными правовыми институтами и даже между различными правовыми системами. Таким образом, это служит подтверждением тезиса о сближении прав. Можно даже сказать, что сближение прав является одной из конечных целей, присущих работе компаративиста, поскольку он стремится к гармонизации, унификации и сближению права. Типичным примером является использование сравнительного правоведения в рамках региональных интеграционных организаций, таких как Европейский Союз, целью которого является все более тесное объединение его государств, и поэтому последние идут по пути гармонизации и сближения своих законодательств. Суд Европейского Союза использует сравнительный метод в подавляющем большинстве своих постановлений — в качестве движущей силы интеграции. Например, когда ему необходимо установить общие принципы права, он опирается на общераспространенные традиции различных государств.

Данная функция обращает нас к такому явлению, как глобализация права, что парадоксальным образом выливается в движение сопротивления национальных правовых систем, которые стремятся доказать, что правовые системы не являются полностью взаимозаменяемыми и должны сохранить различия. Это движение находит не только политическое проявление во всех государствах Европейского Союза, но и юридическое, в частности в виде отказа от полного преобладания права ЕС над национальным законодательством.

И, наконец, сравнительное правоведение выполняет дифференциальную функцию. Она заключается в освещении национального аспекта права и прежде всего в подчеркивании существования правовой культуры и правовой традиции как факторов, объясняющих эти национальные различия. Данная функция привела к зарождению в Соединенных Штатах теоретического движения «закон как культура», главным представителем которого является Пьер Легран. Он доказывает, что источник различий между правовыми системами заключается в совокупности элементов неправового характера, которые он называет правовой культурой. Идея состоит в том, чтобы показать, что правоведа придерживаются разных суждений из-за того, что они относятся к разным системам права.



Помимо этого, сравнительное правоведение играет роль в определении других отраслей права, таких как международное право, что заслуживает более подробного рассмотрения.

Многочисленные взаимодействия между сравнительным правоведением и международным правом, проявления междисциплинарности

Термин «международный» впервые употребил Джереми Бентам в 1789 г. Некоторое время спустя термин получил применение в дипломатической практике, а начиная с XIX в. он стал применяться все чаще и чаще ввиду растущей важности отношений между государствами.

Речь идет о международном праве в той части, в которой ему соответствует внешняя ветвь публичного права — свод правил, призванный регулировать международное сообщество. Иными словами, это правила, охватывающие отношения между государствами и/или международными организациями. Таким образом, международное право выполняет регулирующую функцию. Эти правовые нормы накладывают ограничения таким образом, чтобы за их нарушение предполагалось наказание. Они образуют единое целое, что позволяет создать правовую систему, и по своей функции распространяются на государства, международные организации и даже на физических лиц. Международное право применяется к различным областям, связанным с международным сотрудничеством, таким как вооруженные конфликты или дипломатические отношения, чтобы обеспечивать сосуществование государств с соблюдением их взаимной независимости.

Нормы носят характер международного права при наличии внешней (иностранной) составляющей, в результате чего появляется другой любопытный тип норм международного права — международное частное право, которое занимается коллизиями законов между частными лицами.

Когда речь идет о подъеме международного публичного права, следует отметить, что улучшение технических аспектов и дипломатических отношений, а также бурное развитие торговых отношений между странами имело место в Средние века. Одновременно с этим было выполнено много исследований в области военного и морского права. Общеизвестным отцом международного права считается также Гроций с его работой «О праве войны и мира». Помимо этого, Жан Боден в работе 1576 г. «Шесть книг о государстве» систематизировал основную концепцию в области международного права — концепцию суверенитета. А заключение в 1648 г. Вестфальских мирных соглашений считается днем рождения современного государства — образовалась межгосударственная ассоциация равных по отношению друг к другу государств, обладающих одинаковым суверенитетом.

В конце XIX в. международное право вступило в стадию институционализации благодаря созданию множества международных организаций, в частности речных комиссий, таких как Европейская Дунайская комиссия (1856 г.) и иных первых международных организаций. За ними последовали административные союзы, например Международный телеграфный союз (1865 г.). Но лишь в XX в. институционализация международного публичного права приобрела наиболее широкий размах с созданием Лиги Наций в 1919 г. и Организации Объединенных Наций в 1945 г.

С тех пор международное право характеризуется нормативной экспансией, увеличением международных договоров, но также и регионализацией, свидетельством чего являются такие организации, как Совет Европы или Африканский союз.

И в данной ситуации международное право все больше и больше опирается на опыт сравнительного правоведения. Эта отрасль знания особенно часто используется международными организациями: они прибегают к сравнительному правоведению для реализации возложенных на них миссий, как в случае с

Международным Судом. В статье 38 его Статута указано, что источниками международного права являются «общие принципы права, признанные цивилизованными нациями». Во многом благодаря именно сравнительному подходу становится возможным определить подобные принципы, а также принципы императивных норм (*jus cogens*). Как подтверждает судья Танака в деле о Юго-Западной Африке, «изначально общими принципами считаются принципы частного права, выделенные методом сравнительного правоведения и применяемые по аналогии к вопросам международного права»³. По сути, речь идет о том, чтобы отличить, выделить общие принципы для различных правовых систем, и при этом никак нельзя обойтись без их сравнительного исследования. Жан-Ив де Кара, бывший судья *ad hoc* Международного Суда объясняет, что «судьям следует определить принципы, признанные во внутреннем законодательстве, которые могут стать принципами частного или публичного права... Также важно, чтобы эти принципы были достаточно общими, чтобы иметь возможность идентифицировать их в крупнейших правовых традициях мира (романо-германская, англосаксонское право, страны с религиозным правом...)».

В качестве примера также уместно отметить развитие международного уголовного права, поскольку государства, в частности, установили принцип международного сотрудничества в сфере судопроизводства, прибегнув таким образом к сравнительному правоведению в целях борьбы с преступностью на международном уровне.

Сравнительное правоведение, правовая помощь интернационалистов

Вклад сравнительного правоведения в международное право является тем более актуальным, что оно играет весомую роль в толковании международных конвенций, различных договоров, которых в наши дни становится все больше и больше. Международное публичное право действительно заинтересовано в познании внутренних систем своих субъектов, поскольку эти системы, как подчеркивает Александр-Шарль Кисс, «лежат в основании решений, касающихся международного правового порядка, или являются ареной резонанса международных актов»⁴. Как таковой метод сравнительного правоведения вносит существенный вклад в международное публичное право, позволяя, в частности, получить знания об органах, которые представляют каждое государство на международной арене. Примеры Европейского Союза и Европейской конвенции по правам человека, таким образом, являются чрезвычайно говорящими, хотя речь идет и об отдельной отрасли международного права, т.к. сравнительное правоведение во всей своей полноте присутствует и признается в рамках европейских институтов. Оно используется Европейским Судом по правам человека, который увязывает правовые решения в странах-членах, а также Европейским Союзом. Например, Раймон Леже объясняет, что «при определении источников европейского права или миссий европейских властей Римский договор ясно продемонстрировал, что коммунитарное право ЕС очень многим обязано сравнительному правоведению: в плане источников общих принципов, которые можно выделить из законодательства стран-членов; в плане миссии сближения этих национальных прав», и даже «в ходе судебных процессов в методах работы судей решающую роль неизбежно играет сравнительное правоведение».

Расширение ЕС подчеркивает важность использования сравнительного правоведения, его охват, т.к. при вступлении в Евросоюз нового члена к сравнительному

³ Kiss A. C. Droit comparé et droit international public // Revue internationale de droit comparé. Vol. 24. № 1. 1972. P. 10.

⁴ Kiss A. C. Op. cit. P. 11.

правоведению постоянно прибегают для понимания его правовой системы, а также для разъяснения функционирования Союза.

С теоретической точки зрения сравнительное правоведение позволяет постоянно рассматривать свою собственную правовую систему под критическим углом в целях ее совершенствования. Так, при введении во Франции конституционного контроля апостериори с процедурой рассмотрения приоритетных вопросов о конституционности в рамках конституционной реформы 23 июля 2008 г. за основу, в частности, была взята система конституционного контроля, уже действующая в Германии. Статья 100, п. 1, Основного закона Германии предусматривает, что немецкий судья должен приостановить вынесение решений и обратиться в Федеральный конституционный суд, когда при рассмотрении дела по существу он обнаруживает, что то или иное постановление может расходиться с Основным законом и действующим правом. Французские законодатели во многом основывались на немецкой модели при разработке процедуры рассмотрения приоритетных вопросов о конституционности; знание зарубежного права позволило усовершенствовать французскую правовую систему.

Возвращаясь к региональному уровню на международный, следует подчеркнуть ключевую роль компаративистики в развитии международной торговли, а точнее — в ведении арбитражного разбирательства. Как совершенно справедливо отмечает Рене Давид, XX век ознаменовался развитием арбитражного производства во многих областях права, что сделало исследования в области сравнительного правоведения абсолютно необходимыми. Во французском праве отсутствует традиция арбитражного производства, и поэтому специалистам в области международного права пришлось обратиться к сравнительному методу для прояснения вопросов, касающихся арбитражных оговорок и приведения в исполнение арбитражных решений. «Как выносить решение, в частности, в случае нарушения общественного порядка, если были попораны фундаментальные принципы правосудия, если отсутствует понимание общей системы зарубежного права, в рамках которого велось арбитражное производство и был вынесен приговор?»⁵ Взаимосвязь международного права и сравнительного правоведения еще раз проявила себя в качестве основополагающего и знакового аспекта развития права с XX в. Так, Рене Давид утверждает, что европейские страны склонны рассматривать арбитражное производство исключительно с точки зрения споров, тогда как в действительности эта процедура представляет собой момент переговоров: заключается соглашение, чтобы избежать кризиса. Компаративист становится юридическим консультантом⁶.

Данная роль консультанта идеально находит свое отражение в международной коммерции, где междисциплинарность позволяет управлять участниками торговли. По сути, арбитражное производство варьируется в зависимости от правовой системы, в рамках которой оно возбуждается: в Берлине, Лондоне, Москве или Париже процедура будет разной. Таким образом, коммерсант должен быть осведомлен о своих правах за рубежом, а такие знания дает изучение сравнительного правоведения. В этой связи Рене Давид делает следующий вывод: «коммерсантам, занятым в международной торговле, необходимо постоянно получать актуальную информацию и консультацию юристов, которые знают иностранное право».

⁵ *Blagojevic B. T.* Le droit comparé. Méthode ou science // *Revue internationale de droit comparé*, 1953. Vol. 5. № 4. P. 656.

⁶ *Mensbrugghes van der F.* L'Utilisation de la méthode comparative en droit européen // *Presses universitaires de Namur*, № 25, 2003, Namur, p. 13.

Размышления о будущем сравнительного правоведения

«После того как в XX веке успешно завершился ряд знаменательных объединений, наиболее яркими примерами которых являются международное вексельное право и международное торговое право, в настоящее время целесообразно осуществить по крайней мере гармонизацию прав... Одна из миссий международных организаций, включая Всемирную торговую организацию, — способствовать сближению или даже объединению»⁷. Таким образом, Раймон Леже выдвигает идею: «сравнительное правоведение на службе международного публичного права». Сначала у международного публичного права был один-единственный предмет: государство. Но постепенно на международной арене и, соответственно, в области международного публичного права утверждалось влияние международных организаций. Их возникновение становится заметным в конце XIX в., а XX в. стал по-настоящему инновационным периодом в том, что касается международных организаций и в более широком смысле — международного публичного права. На данный момент насчитывается более 300 международных организаций по всему миру, как межправительственных, так и неправительственных. И здесь правомерно возникает вопрос о будущем сравнительного правоведения как дисциплины на службе международного публичного права, поскольку сравнительное правоведение, безусловно, является основополагающим инструментом в деятельности международных организаций.

Организация, ввиду ее «международного» характера, должна объединить своих членов вокруг норм и правил, понятных для всех. Когда субъект права становится членом международной организации, он принимает ее устав, т.е. ее принципы и цели, правила работы, способы, которые будут использоваться для достижения ее целей и т.п. Таким образом, члены организации должны понимать право, действующее в ее рамках. В этой связи сравнительное правоведение позволит создать понятные всем нормы, а также объяснить, как культура того или иного государства влияет на толкование таких норм. Как создать союз между различными субъектами международного права без учета юридических особенностей каждого из них? Как построить жизнеспособную международную организацию из государств социалистического права, государств романо-германского права или государств англосаксонского права?

Учитывая значительное число международных организаций, зарегистрированных на сегодняшний день, можно сказать, что сравнительное правоведение успешно выполнило свою функцию унификации.

Но следует также обратить внимание и на обратную сторону этой унификации, поскольку глобализация не только сближает людей, но и подчеркивает их различия. Сравнительное правоведение становится инструментом скорее понимания, чем сближения: оно позволяет понять соседние правовые системы, не пытаясь при этом сразу же их объединить, т.к. различия могут быть очень глубокими. Поскольку мы как исследователи являемся выходцами из системы римского гражданского права, изучение исламского права позволяет нам мгновенно выявлять случаи отсутствия понимания, юридические различия, без необходимости заимствований из исламского права, чтобы применение новых норм в нашей собственной системе не стало ощутимым. Это можно объяснить прежде всего тем, что наши традиции, наши культуры, наша история радикально различаются. Собственно, как и сама природа этих видов права: французское право — это светское национальное право, которое действует на территории Французской Республики и распространяется на всех ее жителей, тогда как

⁷ Особое мнение М. Танака по делу о Юго-Западной Африке. URL: <http://www.icj-cij.org/docket/files/46/4945.pdf>. С. 296.

исламское право — это религиозное право, которое распространяется на всех мусульман и в этом смысле является транснациональным и религиозным. Это фундаментальное различие в природе права понятно, но неустраимо. Что бы мы ни говорили, невозможно требовать от государств, в которых действует исламское право, принять, хотя бы частично, французское право, так же как показалось бы немислимым требовать применения исламского права во Франции.

Тем не менее отношения между разными правовыми семьями позволяют понять право другой системы и лучше узнать свое собственное право. Взаимодействие между государствами на международной арене, в особенности в рамках международных организаций, являются фактором, способствующим лучшему пониманию права. В этой связи сравнительное правоведение, находясь на службе у международного публичного права, выполняет в основном функцию понимания и критического взгляда на собственное право, а не функцию гармонизации. Таким образом, представляется, что будущее сравнительного правоведения лежит в развитии «международных» дисциплин, будь то эволюция международных организаций или международная торговля.

Сравнительное правоведение и международное право связаны явно выраженной междисциплинарностью, взаимопроникновением, необходимым для этих двух дисциплин. Междисциплинарность придает смысл сравнительному правоведению и дает возможность применять международное право в различных правовых системах. XXI век не может игнорировать междисциплинарность между сравнительным правоведением и международным правом, поскольку будущее сравнительного правоведения заключается как раз в ее углублении. Базовым постулатом международных отношений является то, что международная система обязательно анархична, поскольку не существует мирового правительства, не существует правительства международной системы. Организация Объединенных Наций ни в коей мере не является наднациональным образованием, а лишь крупнейшей в мире международной организацией, служащей целям коллективной безопасности. Пока во главе международной системы не будет стоять мировое правительство, международное право — иными словами, закон, регулирующий отношения на международной арене, — всегда будет нуждаться в сравнительном правоведении, сравнительном методе, для выяснения составляющих каждой правовой системы и для понимания позиции всех субъектов международного права. Чем глубже будет это взаимопроникновение сравнительного правоведения и международного права, тем понятнее будут чужие толкования.

В конце концов, возникает вопрос о том, не станет ли сравнительное правоведение миротворческим инструментом на международной арене? Учитывая, что мира можно достичь только через понимание, терпимость к другим и здоровое критическое отношение к себе, можно представить, какой вклад может внести солидная база знаний сравнительного правоведения в дело построения мира во всем мире. Очевидно, что междисциплинарность между сравнительным правоведением и международным правом не может быть достаточным условием для установления вечного мира, но она может стать его основным элементом, если не условием. Международному праву необходимо опираться на сравнительный метод, чтобы уверенно смотреть в будущее.

*Перевод с французского языка
М. В. Захаровой, М. А. Гавриловой*

О МЕТОДЕ ИСТОРИИ СРАВНИТЕЛЬНЫХ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВ¹ (фрагменты)

...Вся думающая Европа в наши дни размышляет над двумя проблемами: она изучает историю *сравнительных религий* и историю *сравнительных законодательств*. Мы вовсе не утверждаем, что ныне существуют [хотя бы] две книги с такими названиями, но европейские исследования, безусловно, стремятся к созданию этих памятников. Таким образом, все, что мы скажем о методе истории сравнительных законодательств, может быть использовано при изучении религий.

Изучая народы, которые могут гордиться своей историей, памятники которой сохранены во множестве, мы неизменно отмечаем, что в их нравах и законах воспроизводятся важные составляющие всего человечества. Мы поражены отношениями, различиями и аналогиями в развитии этих народов и, таким образом, мы приходим к заключению об идентичности человеческой природы. Прежде всего, речь идет о чистом и простом наблюдении фактов, затем о восприятии качеств и отношений, а затем о сведении моральных особенностей к самому простейшему их выражению.

Первый результат научного сравнения законодательств — *всеобщность важных элементов человечества*.

Но эти элементы, существующие в разное время и в разных местах, развиваются неодинаково. Наш рассудок считает, что тот или иной народ превосходит другие или зауряден по одному или нескольким навыкам человечества. Более того, наше собственное положение в реальном мире определяет неизбежные предпочтения. Так, человек естественно любит и предпочитает свою родину всем другим странам, и он должен стремиться рассудительно ограничивать подобное страстное предпочтение, которое называется патриотизмом.

Таким образом, при сравнении законодательств мы должны говорить об *особенностях и первенстве проявлений в истории рода человеческого*. Данные особенности и первенство вместе взятые являются и объективным фактом, и суждением рассудка.

Это не все. Констатируя всеобщность необходимых элементов человечества и выбрав предпочтительным предметом особое в развитии, в котором, как нам кажется, проявилось первенство, разум обязательно предполагает, кроме этих двух элементов, еще дальнейшее развитие [по контексту можно предположить, что речь идет о последовательном развитии. — *Прим. науч. ред.*]. Таким образом, считаем, что силы человечества могут и должны обеспечить:

- 1) всеобщность необходимых элементов человечества;
- 2) специфику и первенство в каждом из исторических проявлений;
- 3) дальнейшее развитие.

Именно эти три элемента являются необходимыми частями *истории сравнительных законодательств*.

Это подводит нас к хронологии. Мы живем во времени и под влиянием време-

**Жан Луи Эжен
ЛЕРМИНЬЕ,**
(1803—1859) —
французский
юрист и публицист

¹ Перевод осуществлен по изданию: Lerminier J. L. E. De la méthode dans l'histoire des législations comparées // Études d'histoire et de philosophie. Paris, 1836. Т. 2. S. 273—285. Пер. с фр.: к. ю. н. М. В. Захарова ; науч. ред.: к. ю. н. А. В. Кресин.



ни. Время не только фактор, влияющий на нашу восприимчивость, оно также закон нашего разума и морального развития; более того, оно равным образом является законом истории.

Самый большой недостаток бессмертной работы Монтескье — это отсутствие хронологии. Вико вначале следует временной линии, но и он совершает нерациональные возвраты во времени. История законодательств XIX в. не совершит подобных ошибок: она должна признать хронологию, ведь это не только набор цифр и дат, но и рациональный закон.

Но наша верность прямой линии времен и веков не станет препятствием при проведении сравнений. В историю древних времен мы привнесем сравнение с современными людьми и вещами, в историю нового времени — сравнение с древними людьми и вещами; таким образом, в едином методе соединятся хронологический и сравнительный, факты и идеи соединятся в разумной гармонии...

МЕТОДОЛОГИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ СРАВНИТЕЛЬНОГО ПРАВА¹ (фрагменты)

Многие юристы подчеркивают сегодня интерес, важность и даже необходимость сравнительного изучения права. Как, однако, отнестись к этому, если в результате споров, длящихся уже более столетия, все еще остается открытым вопрос, что же, собственно говоря, следует понимать под сравнительным правом и каковы функции и методы этой дисциплины? Мы не дадим вовлечь себя в теоретическую полемику. Нам хотелось бы попытаться как можно более конкретным образом показать ту пользу, которую приносят сегодня сравнительные юридические исследования и те методы, при помощи которых они осуществляются. Мы увидим, что никогда сравнение правовых систем и институтов не было столь необходимым, как в настоящее время. И мы сможем также констатировать, что это сравнение требует не какого-то единого универсального метода, как полагала в течение долгого времени компаративистская доктрина, а использования нескольких возможных методов, причем важно не то, какой из них является лучшим, а то, какое место в процессе исследования занимает каждый из них.

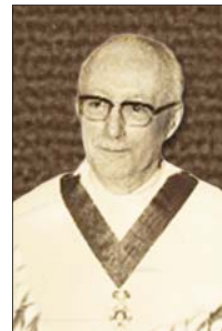
В порядке вступления мы не можем отказаться от краткого рассмотрения вопроса о легитимности сравнительного исследования как такового. Ведь до сих пор повторяются ставшие уже традиционными возражения против сравнительного права. Напомним кратко три принципиальных аргумента, выдвигаемых против него, и укажем, почему они несостоятельны.

Первый из них основан на утверждении, что национальное право само по себе достаточно сложно. Его изучение связано с такими трудностями, что лучше не обременять себя дополнительно обращением к иностранным системам, особенно в наше время, когда собственные правовые системы усложняются вследствие инфляции законов, появления новых, требующих особого внимания отраслей права и т.д.

Второй сводится к тому, что «сравнительная наука» рискует вовлечь нас в соблазнительную, но чреватую последствиями авантюру, поскольку глубоко заблуждается тот, кто полагает, что можно познать, а тем более использовать иностранное право. В попытках уяснить подлинное содержание, значение и ценность этого права нас подстерегают грубые ошибки. Открывается возможность поспешных заимствований и неконтролируемых утверждений. Сравнительное право — постоянный источник заблуждений и путаницы.

И наконец, право любой страны — это часть ее национального достояния. В определенном смысле оно — порождение традиций, наследие предков и способ самовыражения данного общества. Поэтому нужно не сближать право с другими системами, а, наоборот, обеспечить его независимость, охранить от искажений иностранного происхождения.

Этот последний, третий довод является главным, хотя он и не так часто формулируется в экстремальном виде. И именно он свидетельствует о том, насколько слабы и обветшали позиции противников сравнительного права. Юристы всегда в той или иной мере страдали ксенофобией; правопорядок своей страны всегда казался им оправданным самым фактом своего существования. Однако сегодня такая позиция не может не встречать противодействия. Артисты, писатели и представители других видов искусства постоянно и самым естественным образом обращаются к тому, что происходит за рубежами их стран. То же самое еще в большей степени делает ученый, ибо настоящая



Марк АНСЕЛЬ,
(1902—1990) —
французский юрист,
член Института
Франции,
специалист
в области
уголовного права,
криминологии,
сравнительного
правоведения,
иностраный
член АН СССР (1982).
Президент
Международной
ассоциации
юридических наук
(1965—1968)

¹ Печатается по: Ансель М. Методологические проблемы сравнительного права // Очерки сравнительного права : сборник / сост., вступ. ст., пер.: В. А. Туманов. М., 1981. С. 37—71.



наука не знает ни языковых, ни политических границ. Например, какой медик откажется от использования иностранного опыта? Почему же юридическая наука должна ограничить себя рамками одного государства?..

...Обратимся теперь к тем методам в собственном смысле слова, при помощи которых осуществляется сравнительно-правовое исследование. Напрашиваются три предварительных замечания, во многом связанных с тем, что говорилось выше.

Во-первых, следует подчеркнуть, что сейчас речь пойдет о процессе проведения конкретного сравнительного исследования. Это можно назвать «сравнением в действии», в отличие от теории сравнительного права, чему по преимуществу было посвящено предшествующее изложение. Другими словами, от методологических проблем, а точнее — от логики и эпистемологии сравнительного права как юридической дисциплины, мы переходим к рассмотрению технических приемов, используемых компаративистом при исследовании конкретных проблем действующего права.

Во-вторых, из первого замечания логически следует, что речь идет отнюдь не о конструировании какого-то единого метода, одинаково применяемого в любом сравнительном исследовании. В литературе встречается немало попыток создать такой единый метод и даже дать ему дефиницию. Мы оставляем все их в стороне, поскольку, по нашему мнению, они имеют сугубо спекулятивный, абстрактно-умозаключительный характер, зачастую даже не сопровождаясь какими-либо иллюстрациями, взятыми из практики, доказательствами эффективности применения предлагаемого метода. Следует говорить не о методе (как это часто делают), а о методах сравнительного права или сравнительного правоведения.

В-третьих, не следует забывать, что в области общественных наук сравнительный метод призван сыграть ту роль, которую в естественных науках играет экспериментирование. Выступая на конгрессе 1900 года, Г. Тард отмечал, что «сравнение законодательств, как и сравнение языков, религий, форм правления, искусств, нравов... — это первичная материя для социолога. Можно сказать, что социология — это наука сравниваемых сравнений». Понимаемый таким образом сравнительный метод дополняет и обогащает исторический метод. Французский ученый Ван-Тигем имел все основания говорить, что именно сравнение позволяет перейти от простого описания внешнего объекта к научному анализу...

НА ЗАПАДНОМ ФРОНТЕ БЕЗ ПЕРЕМЕН? 100 ЛЕТ ПАРИЖСКОМУ КОНГРЕССУ СРАВНИТЕЛЬНОГО ПРАВОВЕДЕНИЯ (РАЗМЫШЛЕНИЯ ПО ПОВОДУ ЮБИЛЕЙНОЙ КОНФЕРЕНЦИИ В НОВОМ ОРЛЕАНЕ)¹ (фрагменты)



Ральф МИХАЭЛЬС,
профессор
юридического
факультета
Университета Дьюк
(Associate Professor,
Duke University
School of Law)

«Les nouvelles sont bonnes»². Этими словами Родольфо Сакко, итальянский корифей сравнительного правоведения, открыл конференцию в Новом Орлеане, организованную местным Центром сравнительного правоведения Исон Вайнман (Eason Weinmann Center for Comparative Law) и Международной ассоциацией юридической науки (International Association of Legal Science)³. Этот съезд должен был установить ясность относительно положения дел в сравнительном правоведении, причем главным образом не по конкретным вопросам, а относительно самой дисциплины: методов, целей, функций. Практическая компаративистика редко занимается такими темами; она действует преимущественно прагматически, опираясь на конкретный материал. Принято придерживаться утверждений Цвайгерта о том, что «науки, имеющие повод заняться своей методологией, суть больные науки», сравнительно-правовой метод «не может быть определен заранее во всех деталях, а формулируется, во всяком случае, как гипотеза» и «фундаментальным методологическим принципом всего сравнительного правоведения [...] является функциональный»⁴. 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.

XX век принес с собой так много нового для правовой науки и большого числа других дисциплин, как ни один другой прежде. Политическая карта мира выглядит совершенно иначе, нежели 100 лет назад: вместо нескольких европейских колониальных держав, поделивших между собой большую часть земного шара, мы видим почти без исключений независимые государства на всех континентах. Значительные научные достижения дали новые производственные и коммуникационные технологии, которые, в свою очередь, изменили торговлю и экономику; роль права все чаще видят не в достижении уравнивающей справедливости между частными лицами или в регулировании поведения государством, а в обеспечении оптимальных рыночных условий и условий самореализации.

¹ Оригинал статьи: Michaels R. Im Westen nichts Neues? // *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. 2002. Bd. 66. S. 97—115. Пер. с нем. А. М. Ширвиндта.

² «У нас хорошие новости» (фр.). — *Прим. пер.*

³ Доклады конференции опубликованы в: *Tulane Law Review*. 2001. № 75. Pp. 859—1245.

⁴ *Zweigert K., Kötz H. Einführung in die Rechtsvergleichung*. 3. Auf. 1996. S. 31—33. Ср.: *Hill J. Comparative Law, Law Reform and Legal Theory* // *Oxford Journal of Legal Studies*. 1989. № 9. Pp. 101—115. См. также: *Großfeld B. Rechtsmethoden und Rechtsvergleichung* // *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. 1991. Bd. 55 S. 4—15; *Reimann M. Rechtsvergleichung und Rechtsgeschichte im Dialog* // *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*. 1999. S. 496—512. Ограничительно высказывается о пользе функционального метода теперь и Х. Кётц: *Kötz H. Abschied von der Rechtskreislehre?* // *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*. 1998. 493—505.



Если же в свете этих процессов взглянуть на большинство докладов и дискуссий в Новом Орлеане — не только на найденные ответы, но прежде всего на саму постановку вопросов, — может, напротив, сложиться впечатление, что последние 100 лет прошли более или менее бесследно⁵. Быть может, ветер и поменял свое направление и дует теперь с запада, но это, похоже, все тот же старый ветер. Ибо, как две красные нити, тянулись через всю конференцию две темы, которые волновали делегатов еще в Париже⁶: пригодность сравнительного правоведения для унификации права и сопоставимость *civil law* и *common law*. То, что право, насколько возможно, должно быть унифицировано и что унификация представляет собой непосредственный «успех» юридической компаративистики, едва ли ставилось под сомнение⁷. Мнения разнились только в отношении конкретного пути — особенно вопроса о методах (законодательных или незаконодательных, научных или юриспруденциальных) — и масштабов; другими словами, возможна ли всеобъемлющая унификация или же некоторые области все-таки с большим трудом поддаются унификации? По сравнению с 1900 г. можно констатировать неимоверные успехи унификации права, прежде всего в Европейском Союзе, но также и в международных конвенциях и научной разработке общих принципов права. Кажется, и во втором вопросе — о сопоставимости *common law* и *civil law* — достигнут прогресс: теперь не только сопоставимость, но даже подобие находит широкую поддержку...

⁵ См. подобный анализ состояния сравнительного правоведения: *Mattei U., Reimann M.* Introduction // *American Journal of Comparative Law*. 1998. № 46. P. 597—606.

⁶ *Clark D. S.* Nothing New in 2000? Comparative Law in 1900 and Today // *Tulane Law Review*. 2001. № 75. P. 871—912.

⁷ Критика звучала в не опубликованном, к сожалению, в *Tulane Law Review* докладе Тони Уэйра.

О СОВРЕМЕННОЙ ОБРАБОТКЕ СРАВНИТЕЛЬНОГО ПРАВОВЕДЕНИЯ (по поводу нового журнала *Revue de droit international et de législation comparé*. 1869. № 1)¹ (фрагменты)

В конце 1868 г. было объявлено об издании *Revue de droit international et de législation comparé*. В объявлении было сказано, что содержание нового *Revue* будет состоять из 2 отделов: первый будет следить за законодательствами важнейших стран Европы и Америки, сообщать в тексте или в извлечениях вновь утвержденные законы, проекты законодательных реформ, а равно — сведения и рецензии о научных трудах и самостоятельные исследования по сравнительному правоведению; для облегчения же юристов, занимающихся иностранными законодательствами, редакция назначала особое прибавление — *correspondence* — и изъявила готовность отвечать в нем на сделанные ей научные и практические юридические вопросы. Второй отдел посвящен международному праву.

Почти вслед за объявлением вышел 1-й № *Revue*, и большинство общих и даже специальных газет и журналов встретили его благоприятными отзывами. На первых страницах этого № помещена передовая статья: «*De l'étude de la législation comparée et du droit international*» (Rolin-Jacquemyns), в которой высказывается взгляд редакции на предмет и метод его обработки, — что чрезвычайно упростило знакомство с направлением *Revue* и дает возможность судить хотя приблизительно о том, чего можно ожидать от нового издания.

«Развитие сравнительного правоведения составляет одну из характеристических черт нашей эпохи, говорит автор статьи, г. Ролэн-Жекмин (он же и один из редакторов *Revue*). В настоящее время каждая нация существует со своими индивидуальными отличиями, племенными, филологическими, интеллектуальными и физическими, но вместе с тем каждая стремится подчинить их требованиям человечества и естественного права, и принимает в соображение реформы, производимые в этом направлении в других странах. Между нынешними цивилизованными народами установился род благородного соревнования, в котором каждый поочередно дает примеры и пользуется опытом других. Это соревнование сообщает самому патриотизму характер более возвышенный и серьезный, побуждая законодателей и ученых знакомиться с явлениями чужеземными и переносить в отечество все то, что есть в них отличного и полезного».

«Поставляя своей задачей сравнительное изучение законодательств, мы далеки, говорит г. Ролэн, от мысли и даже надежды — привести все законодательные нормы к одному общему типу, годному для всех народов. Единство не должно уничтожать разнообразия. Несмотря на сближение между расами и государствами, внесенное новейшей цивилизацией, — несмотря на ослабление и уничтожение многих условий прежнего разъединения, существуют и всегда будут существовать непреодолимые препятствия к полному слиянию различных законодательств. Совершенно ошибочна мысль тех, которые думают, что сравнительная разработка права может ослабить национальный дух. Она угрожает лишь национальным предрассудкам. Дух национальный, разумный и законный, лежит в условиях реальных, а не фиктивных, и не может быть заглушен; национальные же предрассудки основываются на ограниченности умственной, неразвитости отношений жизни, и без сомнения должно отказаться от мысли, что для сохранения своей оригинальности и независимости необходимы законы, возможно отличные от законов соседних государств. Многие (и даже недавние) примеры доказывают, что сходство законов нисколько не нарушает национального духа».

**Николай Карлович
РЕННЕНКАМПФ,**
(1832—1899) —
юрист, педагог,
ученый,
профессор и ректор
Киевского
императорского
университета
святого Владимира
(1883—1887),
Киевский городской
голова (1875—1879)

¹ Опубликовано: Заря. 1869. № 3. С. 177—190.

ВЕСТНИК УНИВЕРСИТЕТА имени О.Е. КУТАФИНА (МГЮА) № 5 / 2015

**Выпуск
«СРАВНИТЕЛЬНОЕ ПРАВО»**

Литературный редактор *М. В. Баукина*
Корректор *А. Б. Рыбакова*

Компьютерная верстка *А. Н. Коноплева*
Художественное оформление *Л. А. Михалевич*

Издательский центр Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
123995, Москва, Садовая-Кудринская ул., д. 9

Отпечатано в типографии Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
123995, Москва, Садовая-Кудринская ул., д. 9