

М.Н. МАРЧЕНКО

Курс
сравнительного
правоведения

Рекомендовано Советом по правоведению Учебно-методического объединения университетов Российской Федерации в качестве учебного пособия для студентов высших учебных заведений, обучающихся по специальности «Юриспруденция»

УДК 340.1 ББК 7ГБ
М25

Марченко М.Н.

М25 Курс сравнительного правоведения. — М.: ООО «Городец-издат», 2002. — 1068 с. ISBN 5-9258-0057-5

В предлагаемом «Курсе сравнительного правоведения» рассматриваются основные вопросы сравнительного правоведения, изучаемые в европейских и других зарубежных юридических вузах. Значительное внимание уделяется истории становления и развития сравнительного правоведения, его понятию, содержанию, выполняемой им роли и назначению. Центральное место в работе занимают темы, касающиеся классификации существующих в современном мире правовых систем, а также характеристик системы общего (англосаксонского) права, романо-германской правовой семьи, системы социалистического и постсоциалистического права, иудейского и мусульманского права.

Настоящий курс рассчитан на студентов, аспирантов и преподавателей юридических вузов, а также на всех, кто интересуется проблемами сравнительного права.

УДК 340.1 ББК 7ГБ

ISBN 5-9258-0057-5

©М.Н.Марченко, 2002

©ООО «Городец-издат», 2002

ОГЛАВЛЕНИЕ

Тема 1

Сравнительное правоведение: понятие, предмет, объект, метод, принципы

1. Содержание темы	9
2. Методические рекомендации к теме	10
3. Основные вопросы к теме и краткие на них ответы	14
3.1. Понятие сравнительного правоведения. Его терминологический и содержательный аспекты	14
3.2. Каковы статус сравнительного правоведения и его соотношение со сравнительным методом	17
3.3. Общеродовые признаки и черты сравнительного правоведения	21
3.4. Предмет сравнительного правоведения и его соотношение с объектом исследования	24
3.5. Основные принципы сравнительного правоведения	36
4. Рекомендуемая литература	45
5. Приложение к теме. <i>К. Цвайгерт, Х. Кётц</i> . Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. 1. Основы. М., 1998 (<i>Извлечения</i>)	46

Тема II

История формирования и развития идей сравнительного правоведения

1. Содержание темы	61
2. Методические рекомендации к теме	62
3. Основные вопросы к теме и краткие на них ответы	75
3.1. Зарождение и развитие идей сравнительного правоведения в древнем мире	75
3.2. Развитие идей сравнительного правоведения в Средние века	89
3.3. Чем отличается современный этап развития сравнительного правоведения от прежних его этапов?	104
3.4. Особенности развития идей сравнительного правоведения в дореволюционной России	117
3.5. Сравнительное правоведение в советской и постсоветской России. Особенности его становления и развития	128

4	Рекомендуемая литература	137
5	Приложение к теме <i>К Цвайгерт, Х Кетц</i> Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права Т 1 Основы М, 1998 (<i>Извлечения</i>)	138

Тема III

Роль сравнительного правоведения в жизни общества и государства

1	Содержание темы	153
2	Методические рекомендации к теме	154
3	Основные вопросы к теме и краткие на них ответы	170
3 1	Какую роль сравнительное правоведение играет в системе юридического образования"	170
3 2	В чем проявляется научная значимость сравнительного правоведения'	185
3 3	Практическая значимость сравнительного правоведения Использование его в процессе правотворчества с помощью референдума 198	
3 4	Роль сравнительного правоведения в процессе унификации и гармонизации права	215
4	Рекомендуемая литература	231
5	Приложение к теме <i>К Цвайгерт, Х Кетц</i> Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права Т 1 Основы М, 1998 (<i>Извлечения</i>)	233

Тема IV Сравнительное правоведение и национальное право

1	Содержание темы	249
2	Методические рекомендации к теме	250
3	Основные вопросы к теме и краткие на них ответы	252
3 1	Проблемы правопонимания на различных этапах развития общества	252
3 2	Основные признаки и черты национального права	270
3 3	Понятие формы национального права и его использование в сравнительном правоведении	286
3 4	Каково понятие источника права и как оно соотносится с понятием формы права ⁹	302
4	Рекомендуемая литература	321
5	Приложение к теме <i>Е Н Трубецкой</i> Энциклопедия права Издано по запискам студентов Киев, 1906, <i>ИМ Коркунов</i> Лекции по общей теории права СПб, 1898, <i>ГФ Шершеневич</i> Общая теория права Учебное пособие (по изд 1910-1912 гг) Т 2 Вып 2, 3, 4 М, 1995 (<i>Извлечения</i>)	323

Тема V Сравнительное правоведение и международное право

1	Содержание темы	348
2	Методические рекомендации к теме	349

3	Основные вопросы к теме и краткие на них ответы	359
3 1	Что есть общего и особенного у международного права и национальных правовых систем ⁷	359
3 2	Каков характер взаимосвязи и взаимодействия международного и внутригосударственного права ⁹	373
3 3	Особенности взаимоотношений международного и внутригосударственного права в современной России	387
4	Рекомендуемая литература	397
5	Приложение к теме <i>Л. Оппенгейм</i> Международное право Т I Мир Полутом 1 М, 1948, <i>Ф. Ф. Мартене</i> Современное международное право цивилизованных народов (по изд 1904 г) Т I Слово об авторе и общая редакция Л Н Шестакова М, 1996 (<i>Извлечения</i>)	398

Тема VI

Основания классификации национальных правовых систем

1	Содержание темы	433
2	Методические рекомендации к теме	433
3	Основные вопросы к теме и краткие на них ответы	436
3 1	Чем обусловлены необходимость и важность классификации правовых систем ⁹	436
3 2	Каковы критерии классификации национальных правовых систем ⁹	443
3 3	Политические, идеологические и культурные факторы, оказывающие влияние на классификацию правовых систем	451
3 4	Относительный характер процесса классификации национальных правовых систем	453
4	Рекомендуемая литература	455
5	Приложения к теме <i>К. Цвайгерт</i> , <i>Х. Кетц</i> Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права Т I Основы М, 1998, <i>Р. Давид</i> , <i>К. Жоффре-Спинози</i> Основные правовые системы современности М, 1998 (<i>Извлечения</i>)	457

Тема VII

Характерные черты и особенности романо-германской правовой семьи

1	Содержание темы	481
2	Методические рекомендации к теме	482
3	Основные вопросы к теме и краткие на них ответы	497
3 1	Правовые системы Германии и Франции — основы формирования и развития романо-германского права	497
3 2	Каковы отличительные черты и особенности романо-германского права ⁹	503
3 3	Источники романо-германского права вопросы определения и их понятия	521
3 4	Какие виды источников романо-германского права существуют и как они соотносятся между собой ⁹	528
3 5	Нормативно-правовые акты и критерии их классификации	533
3 6	Закон в системе источников романо-германского права	537

3.7. Обычай в системе источников романо-германского права: понятие, особенности	548
3.8. Виды обычаев в системе источников романо-германского права...	564
3.9. Прецедент: неопределенность и внутренняя противоречивость его статуса	567
3.10. Как соотносится прецедент с законом и обычаем?	578
3.11. Доктрина как источник романо-германского права.....	579
4. Рекомендуемая литература	581
5. Приложение к теме. <i>Р. Иеринг. Дух римского права на различных ступенях его развития. Часть первая. СПб., 1875; И.В. Михайловский. Очерки философии права. Т. 1. Томск, 1914 (Извлечения)</i>	584

Тема VIII

Англосаксонская правовая семья. Система общего права

1. Содержание темы	613
2. Методические рекомендации к теме	614
3. Основные вопросы к теме и краткие на них ответы	620
3.1. Какие «фундаментальные черты» и особенности общего права придают ему специфический характер?	620
3.2. Становление и развитие общего права: основные периоды	634
3.3. Экспансия общего права за пределами Англии	653
3.4. Основные источники англосаксонского права: понятие, виды	658
3.5. Прецедент как основной источник англосаксонского права	663
3.6. Место и роль законов в системе англосаксонского права	676
3.7. Делегированное законодательство в системе источников англосаксонского права	694
3.8. Обычай и правовой обычай в системе источников общего права....	703
3.9. Правовая доктрина	714
3.10. Разум как источник права	718
4. Рекомендуемая литература	719
5. Приложение к теме. <i>Р. Кросс. Прецедент в английском праве. Под общей ред. Ф.М. Решетникова. М., 1985 (Извлечения)</i>	721

Тема IX

Правовые системы социалистических и постсоциалистических стран

1. Содержание темы	746
2. Методические рекомендации к теме.....	747
3. Основные вопросы к теме и краткие на них ответы.....	763
3.1. Является ли правовая система России составной частью романо-германской правовой семьи?	763
3.2. Каковы отличительные особенности и черты социалистической государственно-правовой системы?	779
3.3. Особенности постсоциалистического государства и права как переходного типа государства и права	790
3.4. Роль и особенности конституционного законодательства в переходный период	802

3 5	Основные источники социалистического и постсоциалистического права Их сходство с источниками романо германского права	817
3 6	Ведущая роль нормативно-правовых актов в системе источников социалистического и постсоциалистического права	822
3 7	Закон в системе источников социалистического и постсоциалистического права	834
3 8	Взаимосвязь законов с другими нормативно-правовыми актами	843
3 9	Судебная практика как источник российского права	848
4	Рекомендуемая литература	866
5	Приложение к теме <i>Пр Ж Ренар</i> Проблемы социализма М , 1918, <i>А Тойнби</i> Цивилизация перед судом истории Сборник М , 1995 <i>{Извлечения}</i>	868

Тема X

Религиозные правовые системы. Иудейское право

1	Содержание темы	897
2	Методические рекомендации к теме	898
3	Основные вопросы к теме и краткие на них ответы	901
3 1	Что собой представляет иудейское право ⁹	901
3 2	Чем отличается иудейское право от других правовых систем ⁹ Чем оно выделяется среди них ⁹	904
3 3	Роль основных принципов иудейского права	918
3 4	Сочетание религиозных и национальных начал в иудейском праве	919
3 5	Несостоятельность принципа мессианства и богоизбранности иудейского народа	922
3 6	Принцип четкости и строгой последовательности в соблюдении законов, обычаев, обетов, и заповедей	925
3 7	Принцип поддержания верности своему Богу, «истинной вере» и своему народу	927
3 8	Принцип кровной мести и другие принципы иудейского права	929
3 9	Основные источники иудейского права понятие, виды	934
3 10	Талмуд как один из важнейших источников иудейского права	939
3 11	Религиозные традиции и обычаи	942
3 12	«Наследие» и доктрина в системе источников иудейского права	944
3 13	Иудейское право как подсистема общей системы израильского права	947
3 14	Основные формы взаимосвязи и взаимодействия иудейского религиозного права с современным израильским правом в процессе разрешения общих проблем	962
4	Рекомендуемая литература	981
5	Приложение к теме Толковая Библия или Комментарий на все книги Св Писания Ветхого и Нового Завета Бытие — Притчи Соломона Стокгольм, 1987 Печатается по изд 1904-1907 гг <i>{Извлечения}</i>	983

Тема XI

Мусульманское право

1	Содержание темы	1021
2	Методические рекомендации к теме	1021

Оглавление

3	Основные вопросы к теме и краткие на них ответы	1022
3 1	Коран как основной источник мусульманского права	1022
3 2	Особенности Сунны как источника мусульманского права	1026
3 3	Иджма и кияс в системе источников мусульманского права	1026
3 4	Обычай, соглашения и другие источники мусульманского права	1030
4	Рекомендуемая литература	1033
5	Приложение к теме Коран М , 1991, Хрестоматия по исламу Пер с арабского, введения и примечания М , 1994 (<i>Извлечение</i>)	1035

**СРАВНИТЕЛЬНОЕ ПРАВОВЕДЕНИЕ:
ПОНЯТИЕ, ПРЕДМЕТ, ОБЪЕКТ,
МЕТОД, ПРИНЦИПЫ**

1. СОДЕРЖАНИЕ ТЕМЫ

Этимологическое освоение «сравнительного правоведения». Разнообразие взглядов и суждений о соотношении терминов и понятий «сравнительное правоведение» и «сравнительное право». Их равнозначность.

Проблемы определения статуса «сравнительного правоведения». Различные воззрения и подходы к решению этих проблем. Попытки сведения сравнительного правоведения к сравнительному методу исследования правовой материи. Особенности методологии сравнительного правоведения.

Комплексный характер сравнительного правоведения. Метод сравнения и сравнительное правоведение. Межнациональный характер сравнительного правоведения. Ориентация его на сравнительный анализ различных правовых систем.

Понятие и определение предмета сравнительного правоведения. Различные подходы к его определению. Содержание предмета сравнительного правоведения.

Объект сравнительного правоведения. Его понятие и содержание. Соотношение предмета и объекта сравнительного правоведения.

Принципы сравнительного правоведения. Их особенности и виды. Принцип сравнимости правовых явлений, институтов и учреждений. Полное и ограниченное (частичное) сравнение. Внутритиповое, межтипное сравнение. Проведение сравнительно-правовых исследований на макро- и микроуровнях. Другие принципы и виды сравнительно-правовых исследований. Особенности «синхронного» и «бинарного» сравнительного анализа правовых явлений, институтов и учреждений.

2. МЕТОДИЧЕСКИЕ РЕКОМЕНДАЦИИ К ТЕМЕ

Исходя из того что данная тема является вводной, при раскрытии ее методически важным представляется акцентировать внимание прежде всего на характеристике самой дисциплины сравнительного правоведения и ее непреходящего значения в системе других юридических дисциплин.

Следует заметить, что сравнительному правоведению так же, как и исследованию правовых систем современного мира, рассматриваемых в сравнительно-правовом и ином планах, в отечественной и зарубежной литературе традиционно уделялось и уделяется определенное внимание. Об этом свидетельствуют, в частности, многочисленные научные издания в виде книг, брошюр, статей, материалов международных конференций, конгрессов, симпозиумов, «круглых столов» и пр.¹, учебники и учебные пособия по сравнительному правоведению², появившиеся в послевоенный период в разных странах, а также значительно обновившиеся и окончательно закрепившиеся в учебных планах юридических вузов стран Западной Европы, Канады, США, Японии и других государств курсы лекций и семинары по сравнительному праву и правовым системам современного мира и др.

Необходимость усиления внимания к данной тематике обуславливается, с одной стороны, объективными факторами: развитием экономики, науки, культуры, новых технологий, совершенствованием производственных процессов и образования, ведущих к углублению и расширению связей между народами и их правовыми системами, требующих своего познания; с другой — субъективными, субъективно-прагматическими целями и соображениями. Суть последних сводится к пониманию необходимости

¹ См.: *Гойхбарг А.С.* Сравнительное семейное право. М., 1927; *Тилле А.А., Швеков Г.В.* Сравнительный метод в юридических науках. М., 1973; *Сравнительное правоведение.* М., 1978; *Туманов В.А.* О развитии сравнительного правоведения // Советское государство и право. 1981. № 1; *Саидов А.Х.* Введение в сравнительное правоведение. М., 1988; *Тихомиров Ю.А.* Курс сравнительного правоведения. М., 1996; *Давид Р., Жвифре-Спинози К.* Основные правовые системы современности. М., 1998; *Цвайгерт К., Кётух.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. I—II. М., 1998; *Саидов А.Х.* Сравнительное правоведение. Ташкент, 1999; и др.

² *Gutteridge A.* Comparative Law: An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research. L., 1949; *Rodière R.* Introduction au droit compare. P., 1979; *Ebert K.* Rechtsvergleichung: Einführung in die Grundlagen. Bern, 1978; *Zweigert K, Kötz H.* An Introduction to Comparative Law. Amsterdam, 1977; *Menyman J.* The Civil Law Tradition. An Introduction to Legal Systems of Western Europe and America. Stanford, 1992.

и важности в своих собственных интересах развития разносторонних связей со всеми странами и народами, осознанию пагубности для экономического, социально-политического и иного развития отдельно взятой страны ее изоляции и самоизоляции от других стран.

Изучение той или иной правовой системы в сравнительном плане, возможность посмотреть на нее сквозь призму других правовых систем, как бы со стороны, позволяет глубже понять те явления и процессы, которые протекают в данной правовой системе, эффективнее, с учетом позитивного зарубежного опыта решать назревшие в ней проблемы, своевременно вносить необходимые коррективы в механизм правового регулирования общественных отношений в стране, а также в систему подготовки и переподготовки юридических кадров.

Именно поэтому наряду с другими причинами в ряде университетов Западной Европы еще около двухсот лет назад был введен специальный курс «Сравнительное право» (в отечественной интерпретации — «Сравнительное правоведение») и сопутствующий ему предмет «Правовые системы зарубежных стран».

В настоящее время изучение национальных правовых систем и правовых семей в сравнительном плане для подавляющего большинства зарубежных университетов стало традиционным. Соответствующие курсы лекций, спецкурсы, коллоквиумы и семинары по сравнительному правоведению, в рамках которых проводится сравнительный анализ различных правовых семей и систем, в юридических вузах Европы, США, Канады, Японии и других стран стали самым обычным, заурядным явлением. Что же касается России и большинства бывших соцстран, то для них эти академические дисциплины до сих пор в значительной мере остаются экзотическими, нетрадиционными. Разумеется, это явно ненормальная ситуация, требующая, как представляется, своего немедленного решения.

Совершенно прав Б.Н. Топорнин, утверждая, что в настоящее время «не просто обозначилась, а самым серьезным образом выявилась настоятельная потребность в том, чтобы обновить систему высшего юридического образования в России, привести эту систему в соответствие с потребностями нашего времени. Качеству подготовки специалистов, от которых во многом будет зависеть облик государства и права России в XXI в., должно быть уделено первостепенное влияние»¹.

¹ Топорнин Б.Н. Европейское право. М., 1998. С. 5.

Для решения тех сложных и масштабных задач, которые стоят сейчас перед нашей страной, а следовательно, и перед отечественными юристами, потребуется широкий спектр знаний, «понимание глубинных закономерностей правового развития в своей стране и во всем мире, способность хорошо ориентироваться в многообразии правовых систем, существующих на земном шаре»¹.

Введение курса лекций по сравнительному правоведению в сочетании с курсами зарубежного конституционного, гражданского, уголовного и иных отраслей права, несомненно, будет способствовать преодолению известной ограниченности и провинциальной замкнутости современного высшего юридического образования в нашей стране, а вместе с тем повышению качества подготовки отечественных специалистов — юристов «широкого профиля», способных квалифицированно решать задачи, возникающие не только в рамках российского права, но и на стыке российского и зарубежного права, т.е. в пределах сравнительного анализа различных правовых семей и систем.

В рамках данного, относительно небольшого курса сравнительного правоведения невозможно охватить все существующие в современном мире правовые семьи, а тем более правовые системы. Решение этой задачи под силу лишь коллективу авторов, специализирующихся в области сравнительного права и зарубежных правовых систем. Целью курса должно стать формирование общего представления у студентов и аспирантов юридических вузов страны в сравнительном аспекте о существующих в мире правовых семьях и системах.

Сообразуясь с этой целью, в курсе необходимо на основе изучения и обобщения зарубежных и отечественных научных источников, а также соответствующего законодательства рассмотреть проблемы классификации национальных правовых систем и формирования на их основе правовых семей.

Основательному анализу следует подвергнуть основные правовые системы, такие, как романо-германская правовая семья, англосаксонская правовая семья, правовые системы социалистических и постсоциалистических стран, а также системы иудейского и мусульманского права.

В процессе изучения отдельных правовых семей и национальных правовых систем представляется весьма важным

¹Топорнин Б.Н. Европейское право. М., 1998. С. 5.

сосредоточить внимание (в отступление от традиционно сложившегося в отечественной юридической науке представления о праве лишь как о системе норм, установленных или санкционированных государством) не только на анализе отдельных правовых норм или институтов, но и на рассмотрении других компонентов правовых систем и семей, таких, как общие принципы права, правовая культура, правовая доктрина, правовые традиции, санкционированные и несанкционированные обычаи и т.п. Именно они прежде всего составляют основу любой правовой системы и семьи. Именно они создают фундамент и наполняют собой содержание каждой национальной правовой системы и правовой семьи¹.

Если же говорить о конкретных правовых нормах и институтах, то, не принижая их роли и значимости в жизни каждого конкретного общества и государства, следует обратить внимание на их весьма подвижный, изменчивый характер в структуре тех или иных правовых систем и семей, на их, скорее, эмпирическую, прикладную, нежели фундаментальную, академическую значимость.

Несомненно, прав был один из западных авторов Кирхманн, который утверждал, что сведение правовой системы к совокупности норм, а юридической науки — к их комментаторству в теоретическом и практическом плане зачастую означало бы создание такой ситуации, когда «три слова законодателя» превращали бы «целые библиотеки в груды макулатуры».

Кроме того, сведение правовой системы к совокупности норм, а юридической науки к их комментаторству с неизбежностью означало бы допустимость существования в каждой стране своей собственной «юридической науки», «обслуживающей» лишь те или иные конкретные нормы и каждый раз меняющейся с полной отменой или частичным изменением старых и установлением новых правовых норм. Это явно противоречило бы сложившемуся в течение многих веков представлению о науке вообще и юридической науке, в частности, и шло бы в разрез со здравым смыслом и действительностью.

Наряду с названными существует также ряд других теоретически и практически значимых проблем, успешное разрешение которых с неизбежностью предполагает их рассмотрение в рамках сравнительного правоведения.

См.: Саидов Ф.Х. Сравнительное правоведение. С.157-171.

3. ОСНОВНЫЕ ВОПРОСЫ К ТЕМЕ И КРАТКИЕ НА НИХ ОТВЕТЫ

3.1. Понятие сравнительного правоведения. Его терминологический и содержательный аспекты

Несмотря на то что сравнительное правоведение имеет довольно длительную историю своего развития, в нем по-прежнему, как и на ранних этапах эволюции, значительное место занимают традиционные, до конца не решенные вопросы. Среди них вопросы понятия, содержания, внутреннего строения, форм проявления, методологии, терминологии и др. Даже само название «сравнительное право», укоренившееся в западной юриспруденции, воспринимается далеко не однозначно в отечественной и зарубежной литературе. Одни из авторов находят его вполне приемлемым и адекватно отражающим охватываемую им сравнительно-правовую реальность; другие, наоборот, стараются избегать употребления этого термина, считая его неточным.

Среди сторонников использования термина «сравнительное право» следует назвать известного западного компаративиста П. Круза, который хотя и выделяет его в системе других юридических терминов в качестве «уникального по сценарию правовых исследований и учебных программ», тем не менее находит его употребление вполне возможным для обозначения сравнительно-правовой материи. Данный термин приемлем, по мнению ученого, во всех смыслах, в том числе «содержательном» и «описательном». Если рассматривать его как неотъемлемую часть действующего права, пишет П. Круз, то он окажется пригодным прежде всего в содержательном смысле, «в смысле охвата и отражения всех правовых систем», а также в «описательном» смысле, как «описание метода проведения научных исследований и реализации учебных программ»¹.

При этом в процессе использования термина «сравнительное право» П. Круза в отличие от других авторов вовсе не смущает то обстоятельство, что по природе своей оно не является обычным правом — системой правил поведения или системой норм, составляющих институт или отрасль права, наподобие семейного, гражданского права или права собственности².

Аналогичного мнения относительно термина «сравнительное право» придерживаются и другие авторы. Например, по мнению М. Богдана, хотя данный термин и является в некоторой

¹ Cruz P. de. A Modern Approach to Comparative Law. Boston, 1993. P. 1.

² Cruz P. de. Comparative Law in a Changing World. L., 1995. P. 3.

степени двусмысленным и вводящим в заблуждение, поскольку не отражает собой «никакой самостоятельной части правовой системы», тем не менее он имеет полное право на существование уже в силу неких исторических причин, а именно в силу того, что был воспринят юристами разных стран и широко использовался в течение очень длительного времени¹.

Термином «сравнительное право» для обозначения сравнительно-правовой материи широко пользуются также К. Цвай-герт, Х. Кётц, Ф. Лаусон, О. Кхан-Фрейд и другие западные компаративисты. Характерно, что для многих из них он считается как нечто само собою разумеющееся. Основное внимание при этом фокусируется не на самом термине или названии, а на его содержании. В качестве примера можно сослаться на рассуждение К. Цвайгерта и Х. Кетца о том, что, прежде чем попытаться раскрыть суть, функции и цели сравнительного права, следует уяснить значение самого словосочетания «сравнительное право». Под этим термином, по мнению авторов, понимается «применение сравнительного метода при изучении права как объекта интеллектуальной деятельности»².

Среди ученых-компаративистов, сомневающих в целесообразности и обоснованности использования термина «сравнительное право» или выступающих против него, следует назвать американского юриста, бывшего президента Международной академии сравнительного права Р. Паунда. В своей вступительной речи на открытии IV конгресса Международной академии сравнительного права (Париж, 1954 г.) он сказал: «Когда я размышляю о сравнительном праве, то всегда думаю о чем-то более широком и емком, чем это обозначается соответствующим английским словосочетанием comparative law. Я думаю не только и даже не столько о сравнительном праве как таковом, сколько о науке сравнительного права»³.

Подобным образом рассуждают и некоторые другие западные и отечественные авторы. Они вообще предпочитают говорить не о «сравнительном праве» как таковом, а о «сравнительном правоведении» как о науке или о соответствующей отрасли знаний.

«Сравнительное правоведение», пишет в связи с этим Ю.А. Тихомиров, является теорией или научной дисциплиной в ряду отраслей юридической науки. Ее цель — изучать и сопоставлять

¹ Bogdan M. Comparative Law. Kluwer, 1994. P. 17.

² Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. С. 8.

³ Pound R. Comparative Law in Space and Time // The American Journal of Comparative Law. 1955. Vol. 4. P. 70.

различные правовые массивы и системы между собой и с нормами международного права, выявлять сходство и различие, определять тенденции общеправового развития.

По мнению данного автора, термин и понятие «сравнительное правоведение» является более предпочтительным, чем «сравнительное право». Кроме того, их нельзя отождествлять. Первое гораздо богаче и объемнее по содержанию и обладает комплексным характером. Второе же понятие «вообще вызывает сомнения, поскольку трудно представить подобную новую разновидность права». Исходя из триединого представления о праве национальном, международном и надгосударственном, нелегко находить место «сравнительному праву». Сравнительное правоведение в нашем понимании и предназначено для сопоставления вышеуказанных разновидностей права, не претендуя на новый вид права¹.

Ю.А. Тихомиров считает, что «в научном отношении» к термину и понятию «сравнительное правоведение» ближе других стоит «компаративистика»². С этим трудно спорить, поскольку данным термином, происшедшим от англ. compare «сравнение», обозначается слишком широкий круг вопросов, в том числе не относящихся к юриспруденции. Однако в отечественном научном обиходе термин «компаративистика» довольно регулярно и активно используется для обозначения сравнительно-правовой материи и, несомненно, имеет все основания для своего существования. Аналогично обстоит дело и с укоренившимся в сознании правоведов термином «компаративист», применяющимся к лицам, занимающимся сравнительным правоведением.

Наряду с названными для обозначения сравнительно-правовой материи используются также и другие термины и понятия, такие, как «сравнительная юриспруденция», «сравнительное изучение права», «сравнительный анализ правовых актов и систем», «сравнительное исследование законодательства» и др. Каждый из них, несомненно, отражает определенные стороны сравнительно-правовой материи и происходящих в ней процессов и в этом смысле без претензий на всеобъемлемость имеет право на существование.

Что же касается общего названия сравнительно-правовой материи и процессов, то здесь наиболее подходящими представляются термины «сравнительное право» и «сравнительное правоведение» как адекватно отражающие действительность.

¹ См.: Тихомиров Ю.А. Указ. соч. М., 1996. С. 30.

² Там же.

Первый из них исторически сложился и закрепился в основном в западной юридической литературе. Еще А. Гуттеридж в своей книге «Сравнительное право», вышедшей в 1946 г., писал, что термин «сравнительное право» широко признан на Западе, хотя в нем и содержится элемент двусмысленности¹.

Термин же «сравнительное правоведение» хотя периодически и использовался в «западной» литературе, но наибольшее распространение и закрепление он получил все же в «восточной», социалистической и постсоциалистической литературе.

В силу исторически сложившихся обстоятельств представляется, что в настоящее время нет никакой необходимости менять одни термины и названия на другие, спорить об адекватности или неадекватности того или иного термина. **Целесообразным будет использовать как равнозначные оба термина и названия — «сравнительное право» и «сравнительное правоведение».**

К тому же, и это самое главное, дело заключается не в самом термине или названии, а в опосредуемом им **содержании**, а именно в том, какой смысл вкладывается в тот или иной термин, каково его непосредственное содержание и назначение.

3.2. Каковы статус сравнительного правоведения и его соотношение со сравнительным методом?

В отношении статуса и содержания сравнительного правоведения так же, как и в отношении его названия, в отечественной и зарубежной литературе нет единого мнения. Среди множества высказываемых мнений наиболее четко выщеляются три точки зрения.

Суть первой из них, появившейся почти одновременно с процессом становления и развития сравнительного правоведения, заключается в том, что **сравнительное правоведение отождествляется со сравнительным методом, целиком и полностью сводится к сравнительному методу**. Подобный, традиционный для ранней отечественной и зарубежной компаративистики, подход, разделялся и отчасти разделяется в настоящее время целым рядом известных исследователей, таких, как Э. Паттерсон (рассматривавший сравнительное правоведение, скорее, как «метод исследования», чем как юридический институт), Поллок, Дэвид, Гуттеридж и др.²

¹ *Gutteridge H. Comparative Law. L., 1946. P. 3-12.*

² Подробнее об этом см.: *Cruz P. de. A Modern Approach to Comparative Law. P. 3.*

При этом сравнительный метод, нередко отождествляясь с теорией сравнительного метода, анализируется под разными углами зрения. Например, он рассматривается как «универсальный способ интерпретации юридических актов», принадлежащих к различным правовым системам; как один из методов адаптации одних правовых и социальных систем к другим; как одно из наиболее важных средств конструктивного решения теоретически и практически важных для развития сравнительного правоведения проблем¹.

Споры о том, отождествляется ли сравнительное правоведение со сравнительным методом или не отождествляется, сводится ли оно к нему и к теории сравнительного метода или не сводится, нашли довольно широкое отражение не только в западной, но и в отечественной литературе. Обращая внимание на этот факт, А.А. Тилле и Г.В. Швеков писали в 70-е годы, что «основной спор в вопросе о природе сравнительного правоведения в настоящее время ведется вокруг того, есть ли сравнительное правоведение наука или это — специфический метод, присущий всем юридическим наукам <...> Подавляющее большинство в Советском Союзе и за рубежом отрицают наличие науки сравнительного правоведения». Некоторые же юристы считают сравнительное правоведение особой юридической наукой, но ведут спор по поводу того, что же составляет ее предмет .

Суть второй точки зрения заключается в том, что авторами-компаративистами **отрицается правомерность сведения сравнительного правоведения к сравнительному методу. Сравнительное правоведение рассматривается при этом как относительно самостоятельная отрасль знаний, как самостоятельная научная и учебная дисциплина.**

Данная точка зрения, разделявшаяся раньше лишь немногими исследователями, в настоящее время доминирует в научной литературе. Рассмотрение сравнительного правоведения в качестве отдельной социальной науки, инициированное такими известными компаративистами, как Салей, Рабэль, Райнштайн и Холл, привело к определенному оживлению сравнительно-правовых исследований, к формированию взгляда на сравнительное правоведение не как на метод или составную часть сравнительного метода, а как на отдельную отрасль научных знаний³.

¹ Grossfeld B. The Strength and Weakness of Comparative Law. Oxford, 1990. P. 5, 13.

² См.: Тилле А.А., Швеков Г.В. Указ. соч. С. 17.

³ Cruz P- de. Comparative Law in a Changing World. P. 4.

Однако в данном подходе к определению статуса сравнительного правоведения есть довольно значительные моменты. Это связано с тем, что не все авторы, разделяющие взгляд на сравнительное правоведение как на отдельную отрасль знаний, придают ему статус самостоятельной дисциплины. Сравнительное правоведение нередко рассматривается лишь как «самостоятельное направление правовых исследований», как «формирование новых направлений научного поиска» и т.д.¹ Что же касается полной самостоятельности сравнительного правоведения как научной и учебной дисциплины, то в этом отношении в отечественной и зарубежной литературе проявляется скептицизм.

По мнению М. Богдана, не подлежит сомнению, что исследовательская работа, проводимая в области сравнительного правоведения, имеет в высшей степени квалифицированный, научный характер. Однако вопрос заключается в том, может ли сравнительное правоведение исходя только из этого рассматриваться как самостоятельная дисциплина, «формирующая собой независимую отрасль знаний»². Ведь до сих пор не выработано достаточно четких и общепризнанных критериев определения того, что составляет «независимую сферу научных исследований», до сих пор нет четкого представления о том, чем определяются «границы между сложившимися, традиционными правовыми дисциплинами». Нет достаточно ясного понимания того, что должно лежать в основе разграничения различных правовых дисциплин: практические потребности, академические («педагогические») или какие-то иные соображения³.

В результате своих научных поисков и рассуждений М. Богдан приходит к выводу о том, что сравнительное правоведение с «общетеоретической и методологической точек зрения» следует рассматривать как самостоятельную дисциплину под более точным названием «сравнительная юриспруденция». Тем не менее некоторые сомнения, судя по высказываниям автора, все же остаются⁴.

Остаются они и у некоторых отечественных авторов, занимающихся проблемами сравнительного правоведения, что видно из их общих выводов и отдельных рассуждений. В качестве

¹ См.: *Казимирчук В.П.* Теоретические вопросы социально-правовых исследований// *Право и социология.* М., 1973. С. 8-25; *Саидов А.Х.* Сравнительное правоведение. С. 20.

² *Bogdan M.* Op. cit. P. 24-25.

³ *Ibid.* P. 25.

⁴ *Ibidem.*

примера можно сослаться на суждение А.Х. Саидова о том, что при определении статуса сравнительного правоведения речь, по-видимому, должна идти не об «институциональном признании некой новой научной дисциплины, а об осознании ряда относительно новых проблем, которые возникли перед правовой наукой»¹. Такого же мнения придерживаются и другие авторы, рассматривающие сравнительное правоведение как «особое направление научных исследований»².

Суть третьего подхода к определению статуса сравнительного правоведения — своеобразного компромиссного варианта, заключается в том, что оно **рассматривается и «как научная дисциплина со своими собственными правами, и как метод»**³.

Если, рассуждают авторы — сторонники данного подхода, в пределах сравнительного правоведения решаются вопросы, «лежащие на высоком уровне абстракции» (например, такие, которые касаются сравнительно-правового анализа, иерархии источников права, выявления общей основы различных правовых систем, попыток группирования различных правовых систем в единые правовые семьи т.д.), то можно говорить о сравнительном праве как о «независимой отрасли научных знаний», самостоятельной юридической дисциплине. Во всех же остальных случаях сравнительное правоведение следует рассматривать лишь как «особую область научных исследований в рамках общей теории права, предполагающую широкое применение сравнительного метода»⁴.

Наряду с названными существуют и другие представления о природе и статусе сравнительного правоведения, которые, однако, при всей своей важности и значимости имеют, по мнению ряда авторов, вовлеченных в дискуссию по данному вопросу, «скорее, теоретический, нежели практический характер»⁵. Это вовсе не означает, что проблема определения природы и статуса сравнительного правоведения вообще не играет никакой практической роли. Практическая значимость ее предопределяется перспективами развития и применения сравнительного

¹ Саидов А.Х. Введение в сравнительное правоведение. С. 24.

² Ансель М. Методологические проблемы сравнительного права // Очерки сравнительного права. М., 1981. С. 72-78.

³ Winterton M. Comparative Law Teaching // American Journal of Comparative Law. 1975. P. 71.

⁴ Bogdan M. Op. cit. P. 25.

⁵ Kamba J. Comparative Law: A Theoretical Framework // International and Comparative Law Quarterly. 1974. Vol. 23. P. 480-496.

правоведения для решения не только общетеоретических задач, касающихся всех сфер сравнительно-правовых исследований, но и сугубо практических, имеющих отношение лишь к отдельным правовым нормам, актам и институтам или отраслям права вопросов.

Исследуя проблему определения природы и статуса сравнительного правоведения на современном этапе, можно с уверенностью сказать, что в структурном и функциональном плане она выступает как вполне сложившаяся, относительно самостоятельная и обособленная от всех других гуманитарных наук юридическая научная и учебная дисциплина, имеющая свой собственный предмет, метод, сферу применения, выполняющая свою собственную роль в системе юридических знаний и юридического образования и имеющая свое особое социальное назначение.

3.3. Общеродовые признаки и черты сравнительного правоведения

Независимо от того, как понимается и как воспринимается сравнительное правоведение применительно к его природе, статусу, происхождению, выполняемым им функциям и пр., во всех вариантах его понимания и толкования у него есть общеродовые признаки и черты.

Среди них следует указать прежде всего на те, которые **связаны методологически и этимологически с понятием и термином «сравнение»**. Сравнение является той исходной основой, базой, на которой и строится весь сравнительно-правовой анализ.

Раскрывая содержание и назначение данного термина и понятия, философ А.В. Савинов писал: «В своем общем значении сравнение есть действие, которым мы устанавливаем тождество (сходство) и различие в предметах и явлениях действительности, в их (этих предметов и явлений) отражении в нашем уме. Сравнить — значит отличить нечто как равное себе от другого, а также, с другой стороны, — найти в другом то же самое, что нам известно, или сходное с ним»¹.

Другой отечественный ученый, Н.И. Кондаков, отмечал, что в широком смысле слова «сравнение» есть прежде всего один из основных логических приемов познания внешнего мира. Познание любого предмета и явления, подчеркивал автор, начинается с того, что мы отличаем его от других предметов и устанавливаем сходство его с родственными предметами. «Познание

¹ Савинов А.В. Логические законы мышления (о структуре и закономерностях логического процесса). Л., 1958. С. 162.

есть процесс, в котором различие и сходство находятся в неразрывном единстве»¹.

Следует напомнить, что понятие и термин «сравнение» имеет не локальный, а глобальный, универсальный характер. Он распространяется на все без исключения сферы деятельности человека, области научного познания и обучения. Однако применительно к государственно-правовой так же, как и к любой иной сфере исследования, он имеет специфический характер. Специфичность эта обусловлена как самой природой, так и другими особенностями исследуемой государственно-правовой материи. Об этом будет сказано ниже.

Среди других общеродовых признаков и черт сравнительного правоведения следует указать на его **комплексный характер**. Суть комплексности заключается в том, что сравнительное правоведение по общему признанию не сводится только к сравнению «чисто» правовых норм, отраслей и институтов, принадлежащих к разным правовым системам, а охватывает собой и окружающую их историческую, национальную, культурную и иную среду.

Сравнительное правоведение, рассуждает в связи с этим П. Круз, имеет своеобразный «эkleктический характер»² в том смысле, что черпает свои основные черты и особенности в целом ряде юридических и неюридических дисциплин. Оно признает «важность взаимоотношений между правом и составляющими его нормами, с одной стороны, и историей, философией и культурой — с другой. Исследователи сравнительного правоведения исходят из того, что каждая сопоставляемая правовая система представляет собой «особое выражение (отражение) породившего ее духа народа и вместе с тем результат влияния на него многочисленных исторических событий, формирующих национальный характер, амбиции и менталитет» .

В связи с комплексным характером сравнительного правоведения в научной литературе вполне резонно отмечается, что теоретически и практически невозможно глубоко и всесторонне познать сравниваемые правовые нормы, отрасли или институты, возникшие и развившиеся в различных исторических, национальных, культурных, политических и идеологических условиях, без глубокого понимания и учета особенностей данной окружающей их среды.

¹ Кондаков Н.И. Введение в логику. М., 1967. С. 359.

² Cruz P. de. A Modern Approach to Comparative Law. P. 4.

³ Ibidem.

Это положение стало общепризнанным лишь в последние годы. Что же касается прежних лет, то в тот период доминировал, как правило, или «чисто» юридический подход, ориентированный на изучение сравниваемых правовых норм и институтов самих по себе, в «чистом» виде, или же историко-юридический.

Последний был свойствен в особенности XIX столетию. По утверждению Р. Паунда, XIX век стал «веком доминирования исторического подхода» к проведению сравнительно-правовых исследований. Суть его заключалась в том, что в процессе проведения сравнительных исследований в области государства и права основное внимание акцентировалось в первую очередь на рассмотрении «исторической природы и особенностей процесса развития правовых систем и институтов», характера их теорий, правил и доктрин, на попытках «выявления основных принципов права с помощью глубокого и всестороннего анализа права прошлого»¹.

В более поздний период, в конце XIX — первой половине XX в., исторический подход к проведению сравнительно-правовых исследований был расширен и дополнен социологическим, культурологическим и другими подходами.

Важной особенностью сравнительного правоведения является **не внутринациональный, а межнациональный характер, оно сориентировано на изучение не только и даже не столько внутрисистемных (внутри каждой национальной системы права) проблем, сколько на анализ проблем, лежащих в плоскости сравнительного анализа различных систем права.**

Разумеется, существование сравнительного правоведения невозможно без опоры на национальное право. Глубокое и разностороннее знание сравниваемых систем права является основой, первым и весьма важным шагом на пути развития сравнительного правоведения. Без этого нет и не может быть даже речи о проведении сравнительно-правовых исследований и соответственно о применении сравнительного правоведения.

Однако это не означает, что сравнительное правоведение имеет преимущественно национальный или внутрисистемный характер. Оно сориентировано на получение и применение правовых знаний, имеющих преимущественно межсистемный (между различными системами права) и межнациональный характер. По своей природе и характеру это прежде всего межсистемная и

¹ Pound R. Op. cit. P. 70-71.

межнациональная, но отнюдь не внутрисистемная, внутринациональная или наднациональная научная и учебная дисциплина.

Кроме названных существуют и другие, свойственные лишь сравнительному правоведению признаки и черты. Они характеризуют его с самых различных сторон: с точки зрения статичности и динамики, соотношения с национальным и международным правом, под углом зрения его теоретической и практической значимости. Выявлению и раскрытию их будут посвящены последующие главы, а сейчас представляется важным обратить внимание на особенности взаимоотношения «сравнительного права» с «правом»; на то, что понимание и толкование «сравнительного права» находятся в прямой зависимости от того, как понимается и каким представляется само «право».

3.4. Предмет сравнительного правоведения и его соотношение с объектом исследования

Определение предмета сравнительного правоведения, равно как и любой иной учебной и научной дисциплины, означает установление круга правовых и иных явлений, институтов и учреждений, которые оно изучает. Наличие четко определенного предмета, отграниченного от сферы и приложения смежных дисциплин, свидетельствует о научной зрелости, относительной самостоятельности и потенциальной эффективности рассматриваемой отрасли знаний и академической дисциплины.

Что изучает сравнительное правоведение как учебная дисциплина и что исследуется в рамках ее как самостоятельной отрасли знаний? Иными словами, что составляет **предмет** сравнительного правоведения? Отвечая на этот вопрос, необходимо обратить внимание на название данной науки и учебной дисциплины. Частично оно дает ответ на поставленный вопрос, указывая на то, что сравнительное правоведение имеет дело прежде всего с такими явлениями, процессами и понятиями, как, с одной стороны, процесс сравнения, сравнительный метод, сопоставление и противопоставление, а с другой — право: правовые явления, многочисленные и разносторонние правовые институты и учреждения.

Не будет преувеличением сказать, что сравнительное правоведение в значительной степени доминирует в правовом массиве различных государств, рассматриваемом в сравнительном плане. С помощью сравнительного правоведения правовые системы

одних государств соотносятся — сопоставляются или противопоставляются — с правовыми системами других государств.

При этом не следует забывать, что вопросами права в сравнительном плане могут заниматься и фактически занимаются специалисты в области истории государства и права зарубежных стран, философии права, социологии права и ряда других юридических наук и учебных дисциплин. Кроме того, сравнительно-правовые исследования довольно широко проводятся не только на общетеоретическом уровне, но и в рамках различных отраслевых юридических наук. Свидетельством тому являются монографии, учебники и учебные пособия по сравнительному семейному праву, сравнительному конституционному праву, сравнительному трудовому и контрактному праву и др.

Каждая из названных юридических дисциплин изучает правовые семьи или правовые системы различных стран под определенным углом зрения, рассматривает лишь ту или иную их сторону. А вместе они создают цельную картину, дают разностороннее представление о сравниваемых правовых массивах, о правовой картине мира в целом¹.

Сказанное подтверждает широко известный факт: **теоретически и практически важным** является то, что, **рассматривая вопрос о предмете** сравнительного правоведения, необходимо также **иметь ввиду и вопрос об объекте его исследования**.

Что подразумевается под объектом сравнительного правоведения? Не осложняется ли процесс выявления и рассмотрения предмета сравнительного правоведения введением в научный оборот понятия «объект»? Не создаются ли при этом дополнительные трудности?

Отвечая на последние два вопроса, следует, безусловно, сказать «нет». Во-первых, использование при рассмотрении сферы «приложения» той или иной науки или учебной дисциплины понятий «объект» и «предмет» не является открытием. Данные дефиниции давно и успешно применяются, причем не только в юридических, но и в других гуманитарных науках. Сравнительное правоведение при этом не является исключением². А, во-вторых, понятие «объект» логически вписывается в систему категорий сравнительного правоведения и органически сочетается с понятием «предмет». Введение его в научный оборот и активное использование не прибавляет и не уменьшает традиционных

¹ Foreign Legal Systems: A Comparative Analysis / Ed. by N. Liebesny. Wash., 1981.

² Lawson Fr. The Field of Comparative Law// Judicial Review. 1949. Vol. LXI. P. 16-36.

трудностей в определении предмета сравнительного правоведения, но вместе с тем значительно проясняет вопрос и тем самым облегчает решение проблемы.

Преодоление традиционных трудностей, ассоциирующихся, как правило, в одних случаях с множественностью подходов к определению предмета сравнительного правоведения, с «противоречивым многообразием идей и представлений о концепции сравнительного правоведения»¹, а в других — с наличием огромного эмпирического материала, который должен быть охвачен при определении предмета сравнительного правоведения², облегчается уже тем, что используется дифференцированный подход к анализу различных идей и исходного материала при определении предмета сравнительного правоведения, тем, что данный процесс становится более логичным.

При таком взгляде на существующую проблему заранее резюмируется то, что объекты исследования сравнительного правоведения и других дисциплин, имеющих дело со сравнительно-правовым анализом, могут совпадать друг с другом. Если же говорить о предметах в каждой из них, то они всегда являются строго индивидуальными и служат основным критерием отграничения одних дисциплин от других. В силу этого, решая вопрос о специфике сравнительного правоведения, весьма важным представляется исходить из раздвоения процесса познания исследуемой материи, направленного на выделение, с одной стороны, объекта той или иной науки и учебной дисциплины, а с другой — ее предмета.

Обращаясь к представлению об объекте сравнительного правоведения, сложившемуся в отечественной и зарубежной литературе, к его понятию и содержанию, необходимо прежде всего отметить, что в качестве такового всегда выступает **объективно существующая в разных странах сравнительно-правовая реальность**. Объект сравнительного правоведения никем не придумывается и не выводится из ничего. Он существует в жизни, реальной действительности.

Ю.А. Тихомиров верно отмечает, что «объекты сравнительного правоведения — не умозрительные задачи кабинетных ученых, а реальные общеправовые явления и процессы, требующие анализа, оценки и принятия адекватных государственно-правовых мер и осуществления необходимых действий». Вполне

¹ Bogdan M. Op. cit. P. 18.

² Lav/son H. Op. cit. P. 16-18.

естественно по этой причине, рассуждает автор, что такие объекты возникают не эпизодически, не спонтанно. Скорее всего, можно вести речь о непрерывном процессе движения, возникновения и изменения объектов сравнительного правоведения, который требует систематических наблюдений, сбора, использования информации. Необходимость в правильном осмыслении общеправовых явлений обуславливает потребность в организации серьезной работы в данном направлении¹.

Соглашаясь с мнением Ю.А. Тихомирова, обратим внимание на то, что исследователь говорит **не об объекте, а об объектах сравнительного правоведения**. Кроме того, он не только допускает, но даже предполагает **возможность выбора исследователем объектов сравнительного правоведения**². Данная, в целом не вызывающая принципиальных возражений постановка вопроса тем не менее нуждается в дополнительной аргументации и разъяснении. Она вполне приемлема, если речь идет не только об общей теории сравнительного правоведения, в научном обиходе чаще называемой просто сравнительным правоведением, но и об отраслевых сравнительно-правовых дисциплинах: сравнительном гражданском праве, сравнительном уголовном праве и др. В этом случае вполне логично и оправданно говорить не только о множественности и возможности выбора объектов, но и множественности предметов.

Когда же имеется ввиду лишь одна «обобщающая» дисциплина — сравнительное правоведение, говорить о множественности объектов данной дисциплины и о возможности их выбора даже в зависимости от «постановки целей и выборе средств их достижения», по нашему мнению, не приходится. В этом случае нарушается логика рассмотрения и изложения исследуемого материала.

Ведь если допустить, что у такой дисциплины, как общая теория сравнительного правоведения, есть несколько объектов «приложения», то логично предположить, что наряду с ними у каждой из этих дисциплин имеется одновременно и несколько соотносящихся с ними предметов исследования. А это уже нонсенс, поскольку у каждой научной и учебной дисциплины существует, как известно, лишь один предмет. Множественность же объектов и предметов исследования совместима лишь с множественностью соотносящихся с ними дисциплин.

¹ См.: Тихомиров Ю.А. Указ. соч. С. 41.

² Там же.

С учетом сказанного можно полностью согласиться с характеристикой и перечнем различных объектов сравнительного правоведения, предлагаемых Ю.А. Тихомировым.

Среди различных объектов сравнительного правоведения называется прежде всего такой «наиболее широкий по масштабам и наиболее подвижный объект», как сама **«правовая действительность, правовая реальность»**. Вместе с тем в область исследования, по мнению Ю.А. Тихомирова, «включается и такой феномен, как государство», хотя и не в полном объеме.

Содержание данного объекта складывается из процессов развития иностранных государств, их политики, особенно в правовой сфере, государственных институтов, политического режима. Для сравнительно-правового анализа важным является также изучение отношения к праву как явлению и фактору общественной жизни, к законотворчеству и роли закона, к эволюции системы законодательства и его отраслей. «Нельзя упускать из виду также состояние правообеспечивающих институтов — юстиции, судов, прокуратуры, органов внутренних дел, адвокатуры, правозащитных процедур»¹.

В числе других объектов сравнительного правоведения рассматриваются и такие правовые явления, институты и учреждения, как правовые учения, концепции и правовые взгляды; вопросы принадлежности правовых явлений и институтов к той или иной правовой семье; правовые системы различных государств; правовые массивы и комплексы, регулирующие деятельность межгосударственных объединений; национальное законодательство: различные отрасли, подотрасли законодательства и нормативные массивы; правовые институты «как комплексы правовых актов, регулирующих однородные общественные отношения»; законы и другие нормативно-правовые акты; отдельные правовые нормы; юридическая техника, представляющая собой совокупность приемов и правил структурирования и выражения правовых норм².

П. Круз и некоторые другие западные ученые, не проводя различия между объектами и предметами исследования, выделяют пять основных групп проблем, решением которых необходимо заниматься: а) сравнение зарубежных правовых систем со «своими», национальными правовыми системами «с целью установления их общих черт и особенностей», сходства и различия;

¹ Тихомиров Ю.А. Указ. соч. С. 42.

² Там же. С. 42-47.

б) анализ «объективных и систематически принимаемых решений» в различных правовых системах по сходным проблемам; в) изучение причинно-следственных связей между различными правовыми системами; г) сравнительное исследование основных стадий развития различных правовых систем и д) раскрытие характера эволюционных изменений, происходящих в различных правовых системах на протяжении как всей истории, так и отдельных этапов их развития¹.

Кроме названных групп вопросов, относящихся к сравнительному правоведению, различными авторами особо среди его объектов выделяются также правовые доктрины и правовые идеалы. Сравнительный анализ их во взаимосвязи с традиционными для той или иной страны политическими, экономическими и этическими идеалами, по мнению Р. Паунда, имеет огромное не только теоретическое, но и политико-практическое значение². Приоритетная роль при рассмотрении объектов сравнительного правоведения отдается некоторыми авторами правовой культуре, правовым традициям, законодательной и правоприменительной технике³. В число объектов сравнительного правоведения наряду с правовыми явлениями, институтами и учреждениями иногда включаются и неправовые явления, а именно урегулированные с помощью норм права общественные отношения⁴.

Как показывает анализ отечественной и зарубежной научной литературы, спектр мнений о понятии и содержании объекта сравнительного правоведения весьма широк, представление о нем весьма разнообразно. Это вполне понятно и естественно, если иметь в виду всю сложность, многоаспектность и противоречивость рассматриваемой материи, а также субъективную неоднозначность ее восприятия.

Учитывая многообразие точек зрения, можно сделать вывод о том, что в процессе определения объекта сравнительного правоведения авторы в своем подавляющем большинстве: а) за основу брали не отдельные воззрения или доктрины, а реально существующую правовую материю; б) не ограничились отдельными нормами, институтами или отраслями права, а в той или иной степени охватывали все многообразие правовой жизни и

¹ *Cruz P. de. A. Modern Approach to Comparative Law. P. 5.*

² *Pound R. Op. cit. P. 76.*

³ *Lawson Fr. Op. cit. P. 187-191; Pound R. Op. cit. P. 76-77.*

⁴ *Petrulakova J. K poimu parovnavasia pravoveda // Pravny obzor. 1970. N 6. P. 711-712.*

в) иногда в качестве объектов сравнительного правоведения рассматривали не только правовую, но и неправовую действительность (государство в целом, отдельные государственные органы, общественные отношения).

Анализируя различные точки зрения по данному вопросу и соотнося их с реальной правовой жизнью, следует прийти к общему выводу: **в качестве объекта общей теории сравнительного правоведения следует рассматривать не отдельные составные части (нормы, правосознание, правоотношения и пр.) или фрагменты правовой жизни, а всю реально существующую в различных странах правовую действительность.** Таковой можно назвать юридическую надстройку или **юридическую структуру общества, включающую в себя все без исключения правовые явления, институты и учреждения,** в том числе правовые нормы как основу любой юридической надстройки, правовую культуру и идеологию, правосознание, правовые отношения, правовую практику, правовую психологию и т.д.

В теории государства и права и философии права подобный «целостный комплекс правовых явлений», складывающийся в результате взаимосвязи и взаимодействия всех компонентов юридической надстройки, нередко именуют правовой системой общества. При этом совершенно справедливо подчеркивается, что правовая система не является случайным набором юридических элементов, существующих в том или ином обществе. Она представляет собой органическое целое, комплекс, «обусловленный объективными закономерностями развития общества, осознанный и постоянно воспроизводимый людьми и их организациями (государством) и используемый ими для достижения своих целей»¹.

Правовые системы общества разных стран как объект исследования общей теории сравнительного правоведения, с одной стороны, объединяются в более общие правовые комплексы, называемые правовыми семьями, а с другой — вбирают в себя менее общие правовые комплексы, именуемые системами права и системами законодательства.

Система права, согласно сложившемуся представлению, выступает как целостное образование — единство правовых норм, распределенных по институтам и отраслям права в соответствии с предметом и методом правового регулирования, связанных между собой иерархическими и координационными отношениями и

¹ Теория государства и права / Отв. ред. В.М. Корельский и В.Д. Перевалов. Екатеринбург, 1998.

имеющих своим центром правовые принципы. В концентрированном виде система права отражает социально-классовую сущность, основные цели и задачи, а также функции права на том или ином этапе его развития¹. Система законодательства представляет собой совокупность нормативно-правовых актов, в которых объективируются основные характеристики права.

Говоря о правовых системах разных стран как об объекте исследования сравнительного правоведения, не следует упускать из виду специфику данной дисциплины, а именно тот факт, что общая теория сравнительного правоведения имеет дело с правовыми системами разных стран не в традиционном, общепринятом плане, как «обычные» правовые дисциплины, занимающиеся различными аспектами права, а исключительно в сравнительном плане. Правовые системы разных стран интересуют сравнительное правоведение лишь в одном — сравнительном плане, как исходная база, основа сравнительно-правовых исследований. Все иные исследования, проводимые в пределах отдельных правовых систем, или же изучение самих по себе национальных и иностранных правовых систем не будут относиться к сравнительному правоведению.

М. Богдан верно подмечает, что, согласно сложившемуся в юридическом мире представлению о сравнительном правоведении, ни у кого не вызывает сомнения, что само по себе изучение «своего» или зарубежного права в отдельности еще не означает прямой причастности к сравнительному правоведению². Это лишь подготовительная стадия изучения сравнительного права, тот исходный материал, из которого строится все здание сравнительно-правовых исследований.

Сказанное в полной мере относится как к общей теории сравнительного правоведения так и к отдельным сравнительно-правовым дисциплинам. Изучение каждого в отдельности «своего» (национального) или зарубежного конституционного, гражданского, коммерческого, финансового права еще не означает их исследования в сравнительно-правовом плане. Это означает лишь подготовку объективно необходимых для проведения сравнительно-правовых исследований условий; выявление всего того правового массива, на основе и с использованием которого в дальнейшем будет вестись сравнительно-правовой анализ; наконец, определение **объектов исследования различных отраслевых сравнительно-правовых дисциплин.**

¹ Теория государства и права/ Под. ред. М.Н. Марченко. М., 1987. С. 343.

² Bogdan M. Op. cit. P. 19.

По аналогии с процессом определения объекта общей теории сравнительного правоведения можно сказать, что если он охватывает собой всю реально существующую в разных странах правовую действительность, то **объектами изучения отраслевых сравнительно-правовых дисциплин выступают соответствующие ее части.**

Каждый из этих объектов является целостным правовым комплексом, складывающимся из системы соответствующих норм: конституционного, административного, гражданского и других отраслей права, — а также соотносящихся с ними правовых идей, взглядов, юридической практики, правоотношений и др.

Данный подход к определению **общего объекта сравнительного правоведения** и входящих в его состав **частных объектов отдельных сравнительно-правовых дисциплин** обусловлен закономерностями развития сравнительно-правовой материи и вытекает из самой логики научных сравнительно-правовых исследований.

Вопрос о предмете сравнительного правоведения так же, как и вопрос о его объекте, в отечественной и зарубежной научной литературе **не имеет одинакового решения.**

В одних случаях, отождествляя предмет сравнительного правоведения с его целью, в качестве предмета-цели называется **выяснение общих черт развития права.** Такой точки зрения придерживался еще Г.Ф. Шершеневич. В своем «Учебнике русского гражданского права», изданном в 1907 г., он писал: «Сравнительное изучение современных законодательств с целью сопоставления их с отечественным правом в видах выяснения и улучшения последнего не следует смешивать со сравнительным правоведением, которое ставит своей целью, путем сравнения права различных народов на разных ступенях культуры, **выяснить общие законы развития права**»¹.

В других случаях под предметом сравнительного правоведения подразумевается **процесс выявления и анализа общих принципов, заложенных в различных системах права.** В связи с этим Р. Паунд подчеркивал, что сравнение существующих в различных правовых системах норм так же, как и юридической практики разных стран, — это всего лишь первый шаг на пути сравнительно-правового познания. Следующим и наиболее важным этапом на этом пути является проведение глубокого анализа сравниваемого нормативно-правового материала и **определение** («формулирование») **общих принципов права**².

¹ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. СПб., 1907. С. 16.

² Pound R. Op. cit. P. 70.

Об определении общих принципов права как предмете сравнительного правоведения говорят и другие авторы. Простое толкование закона, как это традиционно практикуется юристами, вряд ли может быть отнесено к сфере научных исследований. По-видимому, правовое исследование приобретает по-настоящему научный характер только тогда, когда оно поднимается выше исследования норм любой национальной системы, как это имеет место в философии права, истории права, социологии права и в сравнительном правоведении.

В настоящее время сравнительное правоведение позволяет опереться именно на общие принципы. Оно может помочь юристу, раскрывая перед ним социальные предпосылки какой-либо конкретной нормы права, а путем сравнения различных эпох — и историю права¹.

Наконец, предмет сравнительного правоведения рассматривается в развернутом виде и формулируется как: а) сравнительный анализ различных правовых систем с целью выявления их сходных черт и различий; б) оперирование этими сходными чертами и различиями с целью группирования правовых систем в правовые семьи, выявления общих основ различных правовых систем и пр. и в) решение методологических проблем, возникающих в связи с изучением зарубежного права и его сравнительного изучения в сопоставлении с национальным правом.

Разделяющий данное определение предмета сравнительного правоведения М. Богдан замечает, что при таком подходе становится особенно ясным, что «в принципе сравнительное право фактически не имеет границ и что оно не может рассматриваться как обычная дисциплина. Ведь «весьма трудно себе представить все возможные двусторонние и многосторонние варианты сравнения, которые могут возникать между различными правовыми системами». В силу этого конкретный научный анализ, проводимый в рамках сравнительного правоведения, обычно ограничивается определенной группой вопросов и правовыми системами нескольких стран².

Развернутого видения предмета сравнительного правоведения придерживаются и некоторые другие авторы.

Подчеркивая, что сравнительное правоведение многоаспектно и многофункционально и что оно «призвано и может давать как собственно научные (теоретико-познавательные), так и практические прикладные результаты», отечественные компаративисты

¹ Цвайгерт К., Кёту Х. Указ. соч. С. 11.

² Bogdan M. Op. cit. P. 18.

исходят из того, что предмет сравнительного правоведения как научного направления «правовых исследований в целом» включает в себя: методологические проблемы сравнительно-правового исследования (при этом значительное место занимает теория сравнительно-правового метода); сопоставительное изучение основных правовых систем современности, или, другими словами, систематизированное изучение зарубежного права; обобщение и систематизацию результатов конкретных сравнительно-правовых исследований; разработку конкретных методических правил и процедур сравнительно-правовых исследований; исследование историко-сравнительных правовых проблем; и др. К предмету сравнительного правоведения относят также такой «большой и сложный вопрос», как вопрос «о рецепции иностранного права»¹.

Кроме обозначенных представлений о предмете сравнительного правоведения существуют и иные мнения. Отечественный компаративист В.А. Туманов в качестве предмета сравнительного правоведения как самостоятельного направления правовых исследований берет «специализированное изучение зарубежного (иностранного) права»². Другие авторы рассматривают содержание предмета сравнительного правоведения дифференцированно, в зависимости от того, какой смысл вкладывается в понятие этой научной и учебной дисциплины (сравнительное правоведение как метод, как самостоятельная научная и учебная дисциплина и пр.) и на каком уровне оно было исследовано (микро- или макроуровень)³.

Не вдаваясь в анализ высказанных точек зрения, обратим внимание лишь на следующие два обстоятельства: во-первых, при развернутом определении предмета сравнительного правоведения невольно допускается его полное или частичное отождествление с объектом данной научной и учебной дисциплины; во-вторых, предмет сравнительного правоведения иногда приравнивается к стоящим перед ним целям, задачам, к его назначению.

Разумеется, предмет данной научной и учебной дисциплины не является изолированным ни от ее объекта, ни и от стоящих перед ней целей, ее функций и задач. Как отражение реальной действительности он находится в постоянной взаимосвязи с этими правовыми явлениями. Однако это не

¹ Саидов А.Х. Введение в сравнительное правоведение. С. 28-29.

² Туманов В.А. О развитии сравнительного правоведения // Сравнительное правоведение. М., 1978. С. 44.

³ A Socialist Approach to Comparative Law. Budapest, 1977. P. 42-42.

означает, что предмет сравнительного правоведения может подменяться или отождествляться с его объектом или же с его целевым и функциональным назначением. Между ними существуют определенные различия.

Предмет сравнительного правоведения характеризует эту дисциплину не только с содержательной (функциональной), но и с сущностной стороны. Он позволяет выявить специфику сравнительного правоведения, его основное отличие от других правовых наук. Точное определение предмета сравнительного правоведения — необходимое условие эффективности данной дисциплины, залог упорядоченности и успешности проведения сравнительно-правовых исследований.

В процессе определения предмета и объекта сравнительного правоведения необходимо исходить из того, что нет единой науки и учебной дисциплины под таким названием. В реальной действительности формируется общая теория сравнительного правоведения, именуемая просто сравнительным правоведением, и есть отраслевые сравнительно-правовые дисциплины. У каждой из них имеются свои собственные объект и предмет исследования.

Если объектом общей теории сравнительного правоведения является реально существующая в разных странах правовая действительность, правовые системы разных стран, **то в качестве предмета ее исследования выступают общие принципы и закономерности возникновения, становления и развития различных правовых систем.**

На основе изучения и обобщения огромного и весьма разнообразного эмпирического материала, касающегося отдельных норм, институтов и отраслей права, в рамках сравнительного правоведения определяются общие традиции, направления, закономерности и перспективы их развития.

Выявляя общие принципы и закономерности возникновения, становления и развития различных правовых систем, определяя в их развитии и функционировании **общее**, не представляется возможным избежать проблем, касающихся **особенного** в их развитии и функционировании, а также **единичного**. И не только потому, что данные философские категории, применяемые в рамках сравнительного правоведения, неразрывно связаны между собой и взаимодополняемы. Но еще и потому, что самой логикой исследования различных правовых систем выявление у них общего (общих черт, принципов, закономерностей развития) с неизбежностью влечет за собой необходимость и

потребность выявления у них также особенного (присущих каждой из них особенностей) и единичного (неповторимого и присущего только данной правовой системе).

В свете сказанного следует согласиться с утверждением, что проведение сравнительно-правовых исследований предполагает **«не простое сопоставление правовых систем, а исследование закономерностей их развития», выявление у них общего, особенного и единичного**¹. Оно в полной мере отражает специфику сравнительного правоведения как научной и учебной дисциплины и особенности его предмета.

3.5. Основные принципы сравнительного правоведения

Под принципами как таковыми понимаются основные начала, положения, руководящие идеи, которые лежат в основе возникновения, становления, внутреннего строения и развития различных явлений, социальных, политических и иных систем, институтов и учреждений. В философских и социологических словарях разъясняется, что в логическом смысле «принцип» есть центральное звено, основание любой системы, «представляющее обобщение и распространение какого-либо положения на все явления той области, из которой данный принцип абстрагирован»².

Применительно к сравнительному правоведению принципы выступают как основные идеи и положения, которые пронизывают собой всю сравнительно-правовую материю. В зависимости от того, какие стороны и аспекты сравнительного правоведения берутся для рассмотрения, в нем следует выделять **группы принципов, касающиеся процессов становления и развития сравнительного правоведения, его внутреннего строения, функционирования, а также самого процесса сравнения как основы возникновения сравнительного правоведения.**

Не касаясь всех принципов сравнительного правоведения, остановимся лишь на **принципах, лежащих в основе процесса сравнения как исходного начала фундамента, на котором возникает и развивается сравнительное правоведение.** Среди них следует выделить прежде всего **принцип сравнимости рассматриваемых явлений, институтов и учреждений.** Суть его сводится к тому, что в процессе подготовки и проведения сравнительно-правовых

¹ См.: Саидов А.Х. Введение в сравнительное правоведение. С. 24.

² Философский словарь. М., 1988. С. 289; Dictionary of Sociology and Related Sciences. Totowa: New Jersey, 1988. P. 231.

исследований следует строго соблюдать требование, согласно которому «объекты сравнения должны быть сравнимыми», иначе говоря, между ними в обязательном порядке должна существовать прямая связь¹. Данное требование не всегда легко выполнить, так как «связь может оказаться скрытой для поверхностного наблюдателя» или, наоборот, кажущаяся очевидной, на самом деле она может отсутствовать².

Вопрос о сравнимости различных явлений, институтов и учреждений решается в зависимости от наличия у них общих черт, признаков принадлежности их к одному и тому же роду или виду, сходных структур и функций, общей сферы приложения, сходных задач и целевых установок.

Отвечая на вопрос, что можно сравнивать, а что нельзя, мы нередко прибегаем к простым иллюстрациям. Например, можно ли сравнивать яблоко и грушу? камень и обезьяну? Есть ли у них нечто общее, которое дает нам основание сказать, что они сравнимы, или же между ними нет ничего общего и в силу этого они несравнимы?

В частности, сравнивая камень и обезьяну, можно с уверенностью сказать, что это совершенно разнородные объекты и сравнение их заканчивается там, где начинается³. При сравнении яблока и груши дело обстоит совсем иначе, ибо это однородные и вполне сравнимые объекты, и в отношении их вопрос должен ставиться так: они сравнимы полностью или частично? По каким параметрам их можно сравнивать, а по каким нет⁴?

Аналогичным образом должен стоять вопрос и в отношении других однородных явлений, институтов и учреждений, в частности правовых систем. Все правовые системы относятся к одному и тому же роду институтов и учреждений, явлений, которые не только можно, но и нужно сравнивать между собой, преследуя как научно-познавательные, так и практические цели.

Несостоятельным представляется мнение (довольно широко освещавшееся в марксистской и отчасти немарксистской литературе в послевоенный период), согласно которому в качестве сравнимых правовых систем рассматривались лишь те, которые

¹ См.: *Тилле А.А., Швеков Г.В.* Сравнительный метод в юридических дисциплинах. М., 1973. С. 13.

² Там же.

³ *Sartory J.* Compare Why and How // *Comparing Nations, Concepts, Strategies, Substance* / Ed. by M. Dogan, A. Kazancigil. Oxford, 1995. P. 16.

⁴ *Sartory J.* Op. cit. P. 16-17.

существовали и функционировали только в рамках одного и того же типа государства и права, в частности капиталистического или социалистического. Разнотипные же правовые системы, несмотря на то, что они принадлежали к одному и тому же роду явлений, рассматривались в принципе как несравнимые.

В основе такого подхода лежало утверждение, что сравнимость правовых систем предполагает их общность не только в структуре, формах, но и в сущности, содержании, социальной роли и назначении. А поскольку правовые системы капиталистических и социалистических стран представлялись как несовместимые друг с другом в социально-классовом отношении — по своей сущности, содержанию, социальной роли и назначению, то и возможность (допустимость) их сравнительного анализа подвергалась сомнению.

В более поздний период позиция авторов, отрицавших возможность сравнения разнотипных (социалистических и капиталистических) правовых систем несколько смягчилась. **От полного и безоговорочного отрицания возможности сопоставления этих систем она изменилась в сторону допустимости их частичного сравнительно-правового анализа**

Разумеется, политические и идеологические позиции авторов относительно противоположности, а значит, и несравнимости социально-классовой сущности, содержания и назначения разнотипных правовых систем практически оставались неизменными. По-прежнему доминировала точка зрения, согласно которой, «несмотря на определенное сходство форм и правовых институтов, содержание, функции и сущность социалистического права, а также его природа остаются глубоко специфическими и отличными от западного права»¹. Весьма расхожим было мнение, что «независимо от наличия ряда общих с капиталистической правовой системой черт социалистическое право отличается от него важнейшими, определяющими элементами»².

Однако, несмотря на все эти характерные для периода холодной войны точки зрения и подходы, отношение к процессу сравнения социалистического и капиталистического права, к его допустимости и полезности значительно изменилось. Как мы уже сказали, полное отрицание возможности и целесообразности в ряде случаев проведения сравнительного анализа противостоящих друг другу систем сменилось частичным его допущением. Свидетельством этого стали, в частности, развиваемые

¹ Revue internationale de droit compare. 1973. № 1. P. 5.

² Ibid. P. 10.

некоторыми марксистскими авторами идеи о наличии в каждой из сравниваемых систем **доминирующих (определяющих) и преходящих (второстепенных) черт**. Согласно этим воззрениям, определяющие каждую из противоположных систем черты не могут быть общими для них всех. Таковыми могут быть только второстепенные, формально-юридические черты.

Различие между доминирующими и преходящими элементами «служит критерием, на котором должно основываться сравнение двух различных правовых систем для получения правильных и интересных с научной точки зрения выводов». Сравнивая такие системы права, компаративист должен учитывать как наличие определяющих элементов, так и влияние, неизбежно оказываемое ими на другие элементы системы права, на структуру и элементарные правовые частицы. «Соблюдение этих условий исключает риск ошибочных выводов, основанных исключительно на формальном сходстве, а различие в политической, идеологической и экономической структуре перестает быть препятствием на пути сравнения»¹.

Наряду с появлением идей об определяющих и второстепенных чертах противоположных правовых систем в научной юридической литературе стала развиваться доктрина так называемого «внутритипového» и «межтипového» сравнения. Она также свидетельствовала о смягчении позиций авторов, ранее не допускавших возможности сравнения социалистической и капиталистической правовых систем как несовместимых и противоположных друг другу.

Внутритипového сравнение рассматривалось как процесс сравнения однотипных по своей социальной сущности систем. В то же время **межтипového сравнение** представлялось как процесс сравнения принадлежащих к различным типам государства и права систем. Существование внутритипového и межтипového сравнения призвано было подчеркнуть специфическую особенность современной стадии развития сравнительного правоведения, характеризующуюся существованием не только разных по своим основным параметрам, но и противоборствующих друг с другом систем, по сравнению со всеми ее прежними стадиями развития².

¹ Эминеску Л. К вопросу о сравнимости различных правовых систем // Сравнительное право / Отв. ред. В.А. Туманов. М., 1978. С. 189.

² Tumanov V. On Comparing Various Types of Legal Systems // Comparative Law and Legal System: Historical and Socio-Legal Perspectives / Ed. by W. Butler and V. Kudriavtsev. L., 1985. P. 70.

Важным принципом сравнения как основы возникновения и развития сравнительного правоведения является **принцип строгого соответствия друг другу различных уровней, форм и видов элементов сравнительных систем**. Суть и содержание данного принципа сводятся к тому, что в процессе сравнения правовых систем должно строго выдерживаться правило, согласно которому сравнению подлежат лишь однопорядковые явления, институты и учреждения, взятые в их соответствующих формах и рассматриваемые на соответствующих уровнях.

Весьма трудно было бы ожидать каких-либо позитивных результатов, если бы сравнивались, например, не нормы с нормами, институты с институтами или отрасли с отраслями права, а, скажем, правовые нормы с правовыми доктринами, институты права с правовыми отношениями и правосознанием, отрасли права с правовыми идеями или правовыми проблемами. Невозможно было бы ожидать ощутимых позитивных результатов и в том случае, если бы сравниваемые элементы рассматривались на разных уровнях, в различных формах и видах.

Во избежание подобной ситуации в научной сравнительно-правовой литературе значительное внимание в процессе сравнения уделяется вопросам строгого соответствия не только природы и характера сравниваемых элементов (однопорядковые или разнопорядковые явления, институты и учреждения), но и уровней, на которых проводится сравнение, а также их видов и форм. Например, **довольно традиционным для отечественной и зарубежной литературы стало выделение в процессе проведения сравнительно-правовых исследований макро- и микроуровней**.

При проведении сравнительных исследований **на макроуровне** акцент делается не на конкретных проблемах и их решении, а «на исследовании методов обращения с правовым материалом, процедурах решения споров или роли отдельных элементов права»¹. Так, на макроуровне можно сравнивать различную законодательную технику, стиль кодификации, способы толкования различных законодательных актов, а также обсуждать правовую роль прецедентов, значение методологии для развития права, методику подготовки судебных решений. На этом же уровне внимание может быть сконцентрировано на общих вопросах судопроизводства в разных странах, на проблемах правотворчества, законности и конституционности, на вопросах правоприменения.

¹ Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. С. 12.

Проведением сравнительно-правовых исследований на макроуровне решаются в основном общетеоретические задачи, касающиеся в целом правовой карты мира, развития основных правовых семей, изменений, происходящих в рамках отдельных национальных правовых систем¹.

В отличие от макроуровня **сравнительное правоведение на микроуровне имеет дело не с общими проблемами, а «со специальными институтами или проблемами, т.е. с правилами, используемыми для решения повседневных конкретных проблем и конфликтов интересов»²**.

Невозможно перечислить круг всех тех конкретных сравнительно-правовых вопросов, которые решаются на микроуровне. Однако в качестве примера можно назвать такие вопросы, которые касаются ответственности производителя перед потребителем за ущерб, причиненный ему поставкой некачественного товара; ответственности виновного лица за ущерб, нанесенный другому лицу в случае дорожно-транспортного происшествия; признания отцовства при рождении внебрачного ребенка и т.д.

Из вышесказанного можно сделать следующий вывод: если на макроуровне в основном решаются общетеоретические проблемы, то на микроуровне, как правило, — прикладные, практические вопросы. Микросравнение зачастую ведет к решению чисто практических задач, в частности к возможному использованию зарубежного опыта³.

Необходимо подчеркнуть, что выделение различных уровней сравнительно-правового исследования является весьма относительным по своему характеру. Граница между сравнительным правоведением на макро- и микроуровнях не является жесткой. Действительно, в отдельных случаях можно проводить сравнение одновременно на макро- и микроуровнях, ибо, лишь выяснив, как правовой механизм создавался, развивался законодательной властью и судами, определив условия его применения на практике, можно понять, почему в иностранных правовых системах данные проблемы решаются так, а не иначе⁴.

Например, при описании норм права, устанавливающих ответственность производителей товаров в США, недостаточно ограничиться перечислением условий и предпосылок, при которых пострадавший в соответствии с действующим в этой стране

¹ *Tumanov V. Op. cit. P. 69.*

² См.: *Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. С. 13.*

³ *Tumanov V. Op. cit. P. 75.*

⁴ См.: *Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. С. 13.*

законодательством может подать иск. Следует одновременно указать и на то, что иск удовлетворяется путем судебного разбирательства в присутствии присяжных заседателей. Важно показать также ту роль, какую играют в подобного рода судебных разбирательствах все участники судебного процесса, и как это влияет на действующее право, в частности на то, что в таких исках адвокат истца обычно требует себе гонорар в размере 30-50% от суммы возмещаемого ущерба и что присяжные заседатели учитывают этот факт при исчислении суммы причиненного ущерба¹.

Наряду с выделением в процессе сравнительно-правового исследования макро- и микроуровней в отечественной и зарубежной юридической литературе иногда оперируют понятием «**средний уровень**». Первоначально оно появилось в западной сравнительной политологии². В научный оборот это понятие было введено после того, как зарубежными исследователями различных политических систем стало ясно, что многие теоретически и практически важные вопросы, касающиеся рассматриваемой материи, невозможно успешно решать ни на глобальном (макро-), ни на эмпирическом (микро-) уровнях. Глубокое и всестороннее их рассмотрение возможно лишь на третьем — среднем уровне.

Понятие среднего уровня низменно сводилось и сводится к решению проблем, рассматривающих отдельные политические институты³. В переносе с политической на правовую систему это означает, что на среднем уровне решаются в основном «комплексные» проблемы, касающиеся различных правовых институтов в целом.

В процессе сравнительного анализа кроме выделения и использования различных уровней исследования многими авторами-компаративистами выделяются также формы, виды и стороны этого процесса, равно как и самих сравниваемых систем, такие, например, как так называемые «**нормативно-правовое сравнение**» и «**проблемно-правовое сравнение**». Первое основывается на сравнительно-правовом анализе сходных правовых проблем⁴.

В зависимости «от уровня относительной самостоятельности» выделяются и берутся в расчет такие «типы сравнительно-

¹ Цвайгерт К., Кёту Х. Указ. соч. С. 13-14.

² Lapalombara J. Parsimony and Empiricism in Comparative Politics// The Methodology of Comparative Research/ Ed. by R. Holt and J. Turner. N.Y., 1970. P. 125-149.

³ Blondel J. The Discipline of Politics. L., 1981. P. 163.

⁴ Tumanov V. Op. cit. P. 75.

правового анализа» (виды), как **сравнительный анализ правовых систем в целом, их отдельных отраслей и отдельных институтов права**¹.

Широко используются в процессе сравнительного анализа различные формы сравнения, которые нередко отождествляются с целевыми установками сравнительного правоведения. Среди них: а) **описательное сравнение**, заключающееся в исследовании порядка разрешения конкретных проблем в праве не менее двух стран; б) **прикладное, или «законоведческое», сравнение**, при котором целью изучения зарубежного права является поиск подходов и решений для совершенствования национального права; в) **контрастирующее сравнение**, призванное способствовать выявлению «кардинально отличающихся концепций методов регулирования», присущих различным правовым системам, с целью их более глубокого понимания и эффективного использования².

Кроме названных форм, уровней и видов сравнительного анализа в научной литературе называются также **синхронное, асинхронное и бинарное сравнение**.

Синхронное сравнение ассоциируется со сравнительным анализом политических и правовых систем «сходных наций» и народов, проживающих в сходных исторических, экономических, культурных, географических и иных условиях³. Примером становяся политические и правовые системы стран Латинской Америки. Критики данного подхода вполне справедливо указывают на аморфность и неопределенность, особенно в географическом плане, понятия «сходных наций» и понятия соответствующих им «сходных» правовых и политических систем⁴.

Асинхронное сравнение рассматривается как сравнительный анализ отличных друг от друга, но имеющих определенные черты сходства политических и правовых систем. В качестве одного из примеров асинхронного сравнения берется сравнительный анализ политических и правовых систем стран постколониальной Африки и средневековой Европы. На основе исследования таких общих в формально-юридическом смысле черт, как слабость государственных и правовых институтов рассматриваемых

¹ A Socialist Approach to Comparative Law / Ed. by I. Szabo and Z. Peteri. Budapest, 1977. P. 43.

² Rabels zeitschrift fiir auslandisches und internationales Privatrecht. 1961. Heft 2. S. 202-230.

³ Martz J. Comparing Similar Countries // Comparing Nations. Concepts, Strategies, Substance / Ed. by M. Dogan, A. Kazansicil. Oxford, 1995. P. 7.

⁴ Rostov/D. Modernization and Comparative Politics: Prospects in Research and Theory// Comparative Politics. N 1. 1968.

стран, доминирование в них неформальных правил, неспособность государственной власти охватить собой все сферы экономической и политической жизни общества, огромная роль армии в государственном механизме и зачастую в совершаемых государственных переворотах и др., авторы-компаративисты стремятся проследить динамику политической и правовой жизни в этих странах¹.

Широкое распространение в политической и юридической науке получило так называемое «бинарное сравнение», когда сравнительному анализу подвергается не множество сосуществующих политических и правовых систем, а только две параллельно развивающиеся системы. В качестве наиболее яркой иллюстрации бинарного сравнения нередко приводится сравнительный анализ японской и американской политических и правовых систем. В процессе данного сравнительно-правового исследования вопрос довольно часто ставится таким образом: как, в силу каких причин Япония и США достигли огромных «индустриальных успехов» в современном мире, хотя и избрали для их достижения различные пути? Какие факторы и условия оказали решающее влияние на их технический прогресс? Какую роль при этом сыграло право?

Отвечая на данные вопросы, исследователи далеко выходят за рамки правового анализа. На первый план выдвигаются, с одной стороны, «американская исключительность»², формирующаяся под влиянием пяти основных факторов: свобода, эгалитаризм, индивидуализм, невмешательство государства в экономические и общественные дела, популизм; с другой — «японская уникальность», развивающаяся на основе многовековых японских ценностей «групповой ориентации» населения, исторических, национальных и культурных традиций, обычаев, на базе строгих иерархических отношений, сложившихся между людьми.

Разумеется, в процессе реализации «американской исключительности» и «японской уникальности» значительная роль отводится праву³.

¹ *Forrest J.* Assynchronous Comparisons // *Comparing Nations. Concepts, Strategies. Substance* / Ed. by M. Dogan, A. Kazansicil. P. 260-295.

² *Greeley A.* American Exceptionalism: the religious phenomem // *Is America Different?* / Ed. by A. Shafer. N.Y., 1988. P. 98-100.

³ *Lipset S.* Binary Comparisons. American Exeptionalism — Japanese Uniqueness // *Comparing Nations. Concepts. Strategies. Substance* / Ed. by M. Dogan, A. Kazansicil. P. 153-211.

Названные принципы процесса сравнения как основа возникновения и развития сравнительного правоведения дополняются рядом других принципов. Среди них принцип всестороннего учета исторических, национальных, экономических, социально-политических и иных условий, в которых возникают и развиваются сравниваемые правовые нормы, институты, отрасли и системы права; установления не только общих черт и признаков сравниваемых правовых систем, но и их особенностей, а также специфических признаков, свойственных отдельным системам; выделения главных и второстепенных признаков и черт сравниваемых систем; сравнительное исследование правовой материи не только в статике, но и в динамике и др.

4. РЕКОМЕНДУЕМАЯ ЛИТЕРАТУРА

Аннерс Э. История европейского права. М., 1994. *Давид Р.* Основные правовые системы современности (Сравнительное право). М., 1967.

Давид Р., Жоффре-Спинозы И. Основные правовые системы современности. М., 1998.

Марченко М.Н. Сравнительное правоведение. Общая часть. М., 2001.

Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (Основные правовые системы современности). М., 2000.

Тилле А.А., Швеков Г.В. Сравнительный метод в юридических науках. М., 1973.

Тихомиров Ю.А. Курс сравнительного правоведения. М., 1996.

Топорнин Б.Н. Европейское право. М., 1998.

Comparing Nations, Concepts, Strategies, Substance / Ed. by M. Dogan, A. Kazancil. Oxford, 1995.

Cruz P. de. Comparative Law in a Changing World. L., 1995.

Ebert K. Rechtsvergleichung: Einführung in die Grundlagen. Bern, 1978.

Gutteridge H. Comparative Law. An introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research. L., 1949.

Zweigert K., Kötz H. An introduction to Comparative Law. Amsterdam, 1977.

Zweigert K. und Kötz H. Rechtsvergleichung. Darmstadt, 1978.

5. ПРИЛОЖЕНИЕ К ТЕМЕ

К. ЦВАЙГЕРТ, Х. КЁТЦ. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права:

В 2 т. Т. I. Основы / Пер. с нем. Ю.М. Юмашева. М.: Международные отношения, 1998

(Извлечения)

А. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ § 1. Понятие сравнительного права <...>

I

1 Прежде чем попытаться раскрыть

суть, функции и цели сравнительного права, следует прежде всего уяснить значение самого словосочетания «сравнительное право». Предполагается, что под этим термином имеется в виду применение сравнительного метода при изучении права как объекта интеллектуальной деятельности.

В сравнительном плане могут быть рассмотрены различные аспекты или части одной правовой системы, например различные параграфы Германского гражданского уложения (ГГУ). Если содержание сравнительного права ограничивалось бы лишь этим, то было бы трудно отличить сравнительное право от обычной деятельности юристов, которые постоянно сопоставляют и приводят в соответствие нормы своих национальных правовых систем, то есть сравнительный анализ этих норм служит основой для принятия практических решений или теоретических выводов. Но поскольку подобные сравнения являются характерной чертой каждой национальной правовой системы, термин «сравнительное право» должен означать нечто большее, чем это может показаться с первого взгляда. Действительно, помимо национального существует и международный аспект данной проблемы. Так что словосочетание «сравнительное право» есть не что иное, как сравнение различных правовых систем, существующих в государствах мирового сообщества.

Как известно, сравнительное право «зародилось» в Париже в 1900 году в период проведения там Всемирной выставки. Этот блестящий смотр человеческих достижений, естественно, сопровождался многочисленными конгрессами, что дало возможность ученым Эдуарду Ламберу и

Раймону Салею провести Международный конгресс сравнительного права. Конгресс стал серьезным стимулом для развития науки сравнительного права или, по крайней мере, метода сравнительного права, а развернувшаяся на нем дискуссия дала толчок для продуктивных исследований в этой новой сфере правоведения.

Настроение, царившее на конгрессе, соответствовало духу того времени, которое благодаря растущему благосостоянию порождало у всех, включая и ученых, веру в непрерывность прогресса. Человечество, уверенное в своих силах и убежденное в успехе, стремилось выйти за национальные границы и мирным путем покорить окружающий его мир. Вполне естественно, что юристы были также под влиянием этого духа времени. Их больше не устраивали простое толкование и разработка норм национального права. И не случайно все публикации конгресса были проникнуты обезоруживающей верой в победную поступь человеческого прогресса, а Ламбер и Салей задумали разработать ни больше ни меньше как «вселенское право», единое для всего человечества.

Разумеется, они считали, что это дело не сегодняшнего дня и даже не ближайшего будущего. Но начать эту работу было необходимо. И ее основным инструментом должно было стать сравнительное право. По мнению Ламбера, оно должно было помочь постепенно устранить непринципиальные различия в законодательствах народов, стоящих на одинаковых ступенях культурного и экономического развития, и свести к минимуму те из них, в основе которых лежат не политические или социальные и моральные условия жизненного уклада разных стран, а обусловленные данной, конкретной эпохой преходящие обстоятельства.

С тех пор сравнительное право продолжает постоянно развиваться, несмотря на существенные изменения во взглядах человечества на суть исторического процесса. Вера в непрерывную поступательность прогресса, столь характерная для начала нынешнего века, умерла. В лучшем случае мы верим, что поступательное движение истории осуществляется волнами, причем гребень последней из них чуть выше предыдущей. Мировые войны значительно ослабили, если не похоронили, веру в возможность создать «вселенское право». Но, несмотря на объявивший мир скепсис, сравнительное право продолжало развиваться и обогащаться новыми идеями. Юристы, занимавшиеся исследованиями в этой области, стали лучше ориентироваться в своем предмете, улучшили методы исследования и перестали витать в облаках. Их убежденность в полезности и необходимости сравнительного права оставалась непоколебимой. Ученые не столь подвержены вирусу пессимизма по сравнению с представителями других профессий, ибо их задача заключается не в решении сиюминутных, повседневных проблем, а прежде всего в поисках научной истины. Но даже с утилитарной точки зрения в наши дни практическая польза сравнительного права остается столь же неоспоримой, как и прежде, особенно если учесть, что с 1900 года технический прогресс сделал мир еще теснее и все свидетельствует о том, что идет процесс размывания национального изоляционизма. Более

того, благодаря усилению интенсивности международных обменов в сравнительном праве происходит постепенное сближение различных воззрений, сопровождающееся отказом от убеждения в непогрешимости собственных взглядов и более гибким подходом к устоявшимся догмам. Как следствие этого появляется возможность изучить формы и процесс формирования правовых институтов, которые развиваются параллельно и, судя по всему, по своим внутренним законам. Эти законы еще предстоит определить, затем выявить путем детального сопоставления различий степень их схожести и тем самым укрепить веру в существование единого для всех чувства справедливости.

Но, несмотря на все это, сравнительное право до сих пор занимает довольно скромное место в университетских программах юридического образования. Хотя далеко идущие в этом отношении идеи Ламбера (судя по его докладу 1900 г.) были гораздо реалистичнее его мечты о «вселенском праве» для человечества, они до сих пор нигде в мире не реализованы. Он полагал, что, поскольку сравнительное частное право является квинтэссенцией всего сравнительного права, оно должно занимать видное место в университетских учебных программах. Это вполне отвечает возросшим общественным потребностям, так как если бы были установлены ясные и содержательные принципы права, то это стимулировало бы международную торговлю и способствовало бы в целом повышению жизненного уровня. Ну а если бы у юристов в связи с этим появился стимул заглядывать дальше собственных границ, то международные обмены расширились бы еще более.

Предпосылкой для использования такой возможности для юриста-практика должно было бы стать изучение еще в университете сравнительного законодательства и права. Другой побудительной причиной для включения сравнительного права в учебные программы является то, что изучение сравнительного права позволяет по-новому, нетрадиционно подходить к изучению действующих норм национального права, которое страдает от ограниченности, навязываемой необходимостью их толкования в угоду национальной доктрине.

Действительно, простое толкование закона, как это традиционно практикуется юристами, вряд ли может быть отнесено к сфере гуманитарных или социальных наук. По-видимому, правовое исследование приобретает по-настоящему научный характер только тогда, когда поднимается выше исследования норм любой национальной системы, как это имеет место в философии права, истории права, социологии права и в сравнительном праве.

В настоящее время сравнительное право позволяет опереться именно на общие принципы. Оно может помочь экономисту, раскрывая перед ним социальные предпосылки какой-либо конкретной нормы права, а путем сравнения различных эпох — и историку права. Современным студентам часто навязывают обсуждение текстов, сухие упражнения в формальной логике и в доказательствах, что мешает

им увидеть живые проблемы, которые скрываются за этими техническими формулами.

По этой причине Ламбер призывал предоставить в учебных программах сравнительному праву место, равное изучению национального права, — четыре лекции в неделю по сравнительному праву в течение трех семестров. Эти слова, сказанные в 1900 году, актуальны и поныне. Но, хотя за прошедшие 90 с лишним лет во многих странах произошли существенные улучшения в этой области, радикальные изменения учебных программ, на необходимость которых указывал Ламбер, еще ждут своего часа.

II

Компаративисты в своих исследованиях проводят сравнение правовых систем разных стран. Это сравнение может носить как самый широкий, так и более узкий характер. Так, сравнения отдельных свойств различных правовых систем, понятий и процедур, которые в них применяются, иногда проистекают из более общих сравнений, из сравнений на макроуровне. В этом случае акцент делается не на конкретных проблемах и их решении, а на исследовании методов обращения с правовым материалом, процедурах решения споров или на роли отдельных элементов права. Например, можно сравнивать различную законодательную технику, стиль кодификации и методы толкования законодательных актов, а также обсуждать правовую роль прецедентов, значение науки для развития права, методику подготовки судебных решений. Внимание может быть сконцентрировано и на вопросах судопроизводства в различных странах, а именно: каким образом распределяется между адвокатами и судьями бремя доказательства фактов, поиска законодательной нормы, применяемой к данному случаю; какая роль отводится в гражданских или уголовных делах непрофессиональным судьям; существует ли особая процедура при рассмотрении мелких исков. Однако нельзя ограничивать исследование вопросами судопроизводства. Изучение различных задач и функций лиц, вовлеченных в сферу действия права, выявление того, что, как и почему они делают, — весьма перспективное поле деятельности для юристов-компаративистов. Прежде всего перед ними стоит цель рассмотреть деятельность судей и юристов, всех тех, кто непосредственно применяет закон или советует, как его применять в любой системе. Полезно сравнивать также деятельность юристов в правительствах и парламентах, тех, кто занимается разработкой будущего законодательства; нотариусов, судебных экспертов, представителей страховых компаний, специализирующихся на исках; наконец, правоведов, преподающих юридические дисциплины в высшей школе.

Сравнительное право на микроуровне, наоборот, имеет дело со специальными правовыми институтами или проблемами, то есть с правилами,

используемыми для решения повседневных конкретных проблем и конфликтов интересов: когда наступает ответственность производителя перед потребителем за ущерб, причиненный последнему некачественным товаром; какие правила определяют установление нанесенного ущерба в случае дорожных происшествий; какие факторы имеют решающее значение при определении родительских прав разведенных супругов; какими правами обладает незаконнорожденный ребенок, если отец или мать не упоминают его в завещании, — вот далеко не полный перечень проблем, который можно продолжать бесконечно.

Граница между сравнительным правом на макро- и микроуровнях не является жесткой. Действительно, можно проводить сравнение одновременно на макро- и микроуровнях, ибо, лишь выяснив, как правовой механизм создавался и развивался законодательной властью и судами, определив условия его применения на практике, можно понять, почему в иностранных правовых системах данные проблемы решаются так, а не иначе.

Так, при описании норм, регулирующих ответственность производителей в США, недостаточно ограничиться перечислением предпосылок, при которых пострадавший в соответствии с материальным правом может подать соответствующий иск. Следует одновременно указать, что иск удовлетворяется путем судебного разбирательства в присутствии присяжных заседателей, и показать, какую роль играют судьи, адвокаты и присяжные в подобного рода разбирательствах и как это влияет на действующее право, указывая, например, что в таких исках адвокат истца обычно требует себе гонорар в размере 30-50% суммы возмещаемого ущерба и что присяжные учитывают этот факт при исчислении суммы ущерба. Или, например, возьмем иск пациента врачу за ущерб, нанесенный неквалифицированным лечением. Никакое исследование не может быть полным или точным без констатации того, что отсутствие должной квалификации врача доказано в суде. Причем особенно важно установить, были ли эксперты назначены судом или отобраны тяжущимися сторонами, чтобы выиграть дело в судебном разбирательстве, как это имеет место в странах общего права. Во многих аспектах поэтому сравнение на микроуровне имеет смысл проводить лишь в том случае, когда принимается во внимание общий институциональный аспект, в котором сравниваемые нормы иностранных правовых систем разработаны и находят практическое применение.

III

Чтобы понять, что же в действительности представляет собой сравнительное право, необходимо также ограничить его от сопредельных сфер правовой науки.

Поскольку сравнительное право неизбежно имеет дело с иностранным правом, прежде всего его следует отграничить от тех сфер правоведения, в которых в той или иной мере исследуются иностранные правовые системы. Как уже отмечалось, простое изучение иностранного права не попадает в сферу действия сравнительного права. Например, в 1937 году Лига Наций осуществила исследование о положении женщин в мире, состоящее лишь из национальных докладов различных стран на эту тему. В них не было действительного сравнения представленных решений, так что в лучшем случае представленное исследование можно было бы назвать описательным сравнительным правом. О сравнительном праве в точном смысле этого слова можно было бы говорить, лишь если выводы исследования по данной проблеме строятся на основе сравнения представленных в нем конкретных материалов различных стран. Опыт показывает, что сравнительный метод действует наиболее эффективно, когда автор, во-первых, излагает наиболее существенные материалы, касающиеся национального права по каждой стране, во-вторых, использует их как основу для углубленного критического анализа и, в-третьих, предлагает собственные выводы, имеющие значение для толкования своего национального права.

Смежными сферами правовой науки, которые также имеют дело с иностранным правом и от которых сравнительное право должно быть отграничено, являются международное частное право, международное публичное право, история права, этнология права и, наконец, социология права.

1) Сравнительное право и международное частное право (МЧП)

На первый взгляд эти дисциплины кардинально отличаются друг от друга. Однако они находятся во взаимодействии. МЧП, или коллизионное право, — часть действующего национального права, в то время как сравнительное право само по себе — «чистая наука». МЧП указывает, какая из различных правовых систем должна применяться в данном конкретном случае с иностранным элементом. Оно содержит коллизионные нормы, которые определяют, как и какой национальный закон в данном конкретном случае следует применять. Поэтому можно сказать, что МЧП в большей степени селективно, чем сравнительное право. Сравнительное право в свою очередь имеет дело с правопорядками разных стран одновременно, не преследуя при этом какой-либо определенной сугубо практической конкретной цели. Однако оно имеет огромную ценность для МЧП. При нынешнем высоком уровне развития международных отношений применение методов МЧП возможно в наши дни лишь с учетом выводов сравнительного права.

Убедительным примером сказанного служит хорошо известная теория конфликта квалификаций. Эта теория связывает толкование таких,

например, понятий, как брак, договор, правонарушение и т.д., с применением национальных норм МЧП. Согласно одной точке зрения (квалификация по праву суда — *lex fori*), эти понятия толкуются, как в действующем национальном праве. Согласно другой точке зрения, которую развил Эрнст Рабель (см.: Rabel. *Das Problem der Qualifikation*, Z., 1931, 241), эти понятия следует толковать в свете сравнительного права независимо от *lex fori*. Сравнительное право следует также использовать при применении иностранного права, если это предписывается национальными коллизионными нормами МЧП. Предположим, что в завещании по английскому праву вдова назначается единственной наследницей или третья сторона назначается доверительным собственником. Соответственно эти понятия должны быть каким-то образом выражены на языке той правовой системы, в сфере действия которой находится завещанное имущество. Единственным способом достичь этого служит сравнение английских правовых институтов со схожими институтами соответствующей правовой системы: немецкий юрист поэтому будет рассматривать прежде всего понятие свободной от долгов части наследственного имущества, подлежащей переходу к наследникам, usufructa, исполнения завещания. В настоящее время по английскому праву имущество переходит не прямо к наследникам, а к лицу, управляющему этим имуществом от имени наследников. Это лицо и должно разделить имущество между ними после уплаты долгов.

В Германии регулирование по английскому праву вызовет трудности со свидетельством о праве наследования, которое наследники могут потребовать, и эти трудности могут быть преодолены только путем интенсивных исследований в области сравнительного права. Например, если лицо умирает, не оставив завещания вдове и взрослым детям, в свидетельстве должно быть отмечено, что движимое имущество в наследственной массе переходит по английскому праву к управляющему, назначенному судом по делам о наследстве. Управляющий распоряжается имуществом на правах доверительной собственности в интересах наследников и использует чистые доходы от наследственной массы после уплаты долгов, чтобы обеспечить вдову личным движимым имуществом и определенной суммой денег. После чего одна часть оставшегося делится в равных долях между детьми, а другая управляется на правах доверительной собственности в интересах вдовы. Дети же наделяются правом после ее смерти на получение равных долей этой части (см.: Gottheiner. *Zur Anwendung Englischen Erbsrechts auf Nachlass in Deutschland*. - Rabels, Z., 21, 1956, 33 ff., 71).

Сравнительное право также имеет важное значение для правильного применения понятия «публичный порядок» в МЧП. Иногда иностранная норма, применение которой предписано коллизионной нормой в соответствии с правом суда (*lex fori*), имеет столь отрицательные последствия для национального «публичного порядка», что это препятствует его применению. Но, чтобы выяснить, так это или нет, необходимо провести сравнение между иностранной нормой и ближайшим аналогом национальной системы права. Наконец, существует проблема

обратной отсылки. Вопрос о том, служит ли применение или неприменение коллизионных норм иностранной правовой системы, которая отсылает к национальному праву, объективным критерием для принятия правильного решения (что является основной целью МЧП), также может быть решен с помощью сравнительно-правового метода. И с этой точки зрения именно компаративистская работа Э. Рабеля «Конфликт иконов» отчетливо показала, сколь абсурдным является безоглядное применение национальных методов проверки в областях, подобных МЧП, которые регулируют международные отношения.

2) Сравнительное право и международное публичное право

Как и в случае с МЧП, на первый взгляд кажется, что существует мало общего между сравнительным правом и международным публичным правом, так как международное публичное право по своей сути является наднациональной и глобальной системой права.

Сравнительное право играет существенную роль для понимания «общих принципов права, признанных цивилизованными нациями» (ст. 38(1) (с) Устава Международного Суда), являющихся одним из источников международного права. Трудность заключается в том, чтобы определить, о каких принципах идет речь: о принципах права, признаваемых всеми нациями без исключения (тогда число принципов ограничивается лишь несколькими малозначащими трюизмами), или, скорее, о принципах права, признаваемых значительным большинством государств. Признание таких общих принципов существенно затруднено из-за противоречий, лежащих в основе позиции капиталистических стран Запада и бывших социалистических стран Востока, с одной стороны, и развитых и развивающихся стран Севера и Юга — с другой. И если одна из целей сравнительного права — поиск и отыскание оптимальных решений правовых проблем, то, вероятно, суть термина «общие принципы права» в смысле ст. 38 Устава Международного Суда можно было бы понимать также как достижение оптимального решения конкретной проблемы, основанного на правильной оценке сравниваемого материала. Такой подход позволил бы избежать узкого толкования содержания столь важного понятия, как «общие принципы права», лишь небольшим числом общепризнанных норм и открыл бы возможность для постепенного принятия оптимальных решений, которые служили бы примером таких общих принципов.

Методы сравнительного права могут быть также исключительно полезны как при толковании договоров, так и для понимания некоторых концепций и институтов, связанных с обычаем в международном праве. Принцип *acta sunt servanda*, идея, лежащая в основе оговорки *rebus sic standibus*, и теория обхода права (*abus de droit*) имеют свои корни в национальных институтах частного права каждого из государств. И лишь благодаря сравнительному праву их потенциал может быть полностью реализован в международном публичном праве.

3) Сравнительное право, история права и этнология права

Отношения между сравнительным правом и историей права на удивление сложны. На первый взгляд возникает соблазн ограничиться констатацией того, что сравнительное право изучает правовые системы, сосуществующие в пространстве, а история права — во времени. Но такая констатация была бы неполной. Во-первых, история права использует сравнительный метод: историк права не может не привести в изучаемую им систему (например, римское право) различные элементы концептуального подхода, который он применяет к собственной современной правовой системе. Таким образом, он неосознанно или чаще всего сознательно осуществляет свое исследование на основе сравнительно-правового метода. Во-вторых, широкое толкование понятия «сравнительное право» включает в себя и сравнительную историю права. Это стало особенно продуктивным при использовании научных публикаций по римскому праву как инструмента исследований права древнего мира в целом. Причем в сферу этих исследований были включены все области права: публичное и частное право, международное и гражданское, различные законы Древней Греции, выявление общей для них правовой идеи справедливости, ближневосточные правовые системы и недавно открытое право древних народов средиземноморской цивилизации (см.: Wenger. *Rechtsgeschichte u. Rechtsvergleichung* in: *Mem. De l'Acad. Int. de droit contr.* III, 1, 1953, p. 149, 157).

Если при этом помнить, что почти все основатели современного сравнительного права были крупными историками права, что без знания истории даже современные компаративисты не могут понять иностранные судебные решения, что «история права делает актуальным прошлое, соединяя эпохи» (Н. **Mittels**), и что нам свойственно чувство «относительности» времени и пространства в большей степени, чем нашим предкам, то различия между историей права и сравнительным правом почти исчезают. Практически различия остаются лишь между теми компаративистами, которые в основном исследуют прошлое, и теми, кто специализируется на изучении настоящего и будущего. Современные историки права «не верят больше, что история и право развиваются независимо друг от друга. Они признают ныне, что история и право теснейшим образом взаимопереплетены, и стремятся высветить неправовые аспекты и скрытые стимулы развития права. Роль истории права не ограничивается поэтому рамками собственного предмета. Она вносит свой вклад в критическую оценку правовой политики, что в конечном счете является основной целью сравнительно-правовой науки» (**Grenzner**, p. 334). Различия между сравнительным правом и историей права, таким образом, существенно уменьшились. Так что историю права можно квалифицировать как «вертикальное сравнительное право», а сравнение современных правовых систем — как «горизонтальное сравнительное право».

Основатели этнологии сравнительного права Иоганн Бахофен (в работе «Das Mutterrecht» 1861) и сэр Генри Мэйн ставили перед собой цель, существенно отличающуюся от той, которая стоит перед компаративистами в прямом смысле этого слова, а именно воспроизвести историю права как часть всеобщей истории цивилизации.

В основу этнологических правовых исследований был положен вполне определенный постулат, научная обоснованность которого ныне поколеблена. Этот постулат основывался на позитивизме Огюста Кон-та, гегелевской философии истории и учении Адольфа Бастиана о так называемых первичных и народных идеях. Суть его заключалась в том, что развитие человечества благодаря одинаковому душевному складу индивидов в конечном счете повсюду в мире осуществляется по одинаковым законам независимо от расового происхождения. Следствием такого подхода стало сосредоточение усилий исследователей исключительно на изучении так называемого «первобытного права», то есть правопорядков (если их таковыми вообще можно назвать), которые необходимо было выявлять у народностей, все еще находившихся в первобытном состоянии. На основе изучения действующих правовых обычаев этих племен они делали выводы о том, как могло выглядеть право высокоразвитых народов в доисторическую эпоху, о которой не сохранилось каких-либо правовых памятников или свидетельств. Именно с этой целью проводились исследования А.Г. Постом в его «Einleitung in das Studium der ethnologischen Jurisprudenz» (1886) и Джозефом Колером в его «Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft». Основному постулату этнологических правовых исследований о параллельном развитии всех первобытных племен противостояло прежде всего так называемое учение «цивилизации этноса» (англ. cultural groups; нем. Kulturkreislehre). Согласно этому учению, всемирный процесс развития цивилизации у каждого народа и племени протекает как исторически обусловленное событие и поэтому приобретает у них характер индивидуальной неповторимости. Тем не менее даже сторонники этого учения не могут отрицать поразительного сходства правовых институтов народов, находящихся на одинаковой стадии культурного развития.

Однако они пытаются объяснить данный феномен последствиями рецепции права и миграции населения. И хотя подобные процессы имели место, вряд ли они могли бы объяснить все случаи параллельного развития. Согласно более современным взглядам, становление права на национальном уровне происходит благодаря взаимодействию как «типичных факторов», повторяющихся повсеместно, так и нетипичных. По мнению Кошакера, «типичные факторы» находят объяснение не в «первичных идеях» Бастиана, не в естественном гармоническом развитии, а в исторически обусловленных обстоятельствах. Группа людей, проживающих в определенной географической, социальной и экономической среде, развивается строго определенным образом, в том числе и в области развития права. Это типичное развитие

может быть подвержено влиянию «нетипичных факторов» (таких, как раса, особые способности этой группы, специфика ее исторического развития). Цель этнологии права должна поэтому заключаться прежде всего в том, чтобы разграничить типичные и нетипичные факторы. И только в том случае, если это удастся, правильными окажутся выводы, сделанные на основании правовых обычаев ныне живущих первобытных народов, о некогда существовавшем праправе.

В современных условиях этнология права в значительной мере утратила те свойства, которые связывали ее со всемирной историей, и стала отраслью этнологии и сравнительного права. И в качестве таковой она служит инструментом исследования при изучении правовой жизни до сих пор существующих «примитивных народов», вернее, народов, еще не в полной мере овладевших всем арсеналом средств современной цивилизации.

Она остается исторической дисциплиной лишь в той мере, в какой стремится изучать «истоки и разные стадии становления права» во взаимосвязи с определенной культурной средой <...>. Но поскольку сфера модернизирующего воздействия промышленной революции за пределами западного мира постоянно расширяется, до сих пор сохраняющиеся архаические сообщества все в большей степени включаются в процесс становления единой человеческой цивилизации.

Поэтому в настоящее время современная правовая этнология понимает сферу своих исследований не просто как изучение изменений у народов на более ранних стадиях развития, а лишь тех изменений, которые происходят в результате вторжения более высокой культуры или приспособления к ней. Таким образом, правовая этнология сегодня стала в значительной степени отраслью современного сравнительного права. Тем более что современное сравнительное право видит одну из своих первоочередных задач именно в том, чтобы оказывать помощь в правовом образовании развивающихся народов посредством обобщения результатов своих сравнительно-правовых исследований. Правовая этнология вносит свой специфический вклад в реализацию этой задачи.

4) Сравнительное право и социология права

После частых дискуссий последних лет о взаимосвязи между сравнительным правом и социологией права в настоящее время стало, по-видимому, общепризнанным, что не только обе отрасли правовой науки могут и должны многое почерпнуть друг у друга, но что и методы исследований, используемые ими, в значительной степени идентичны.

Социология права занимается выявлением причинно-следственных связей между правом и обществом. Она стремится вскрыть закономерность, на основании которой можно сделать вывод о возможности и предпосылках правового воздействия на человеческое поведение и о том, как право в свою очередь реагирует на социальные,

политические, психологические или демографические изменения в обществе. С одной стороны, в этой области трудно строить гипотезы, но, с другой — совершенно очевидно, что их убедительность значительно возрастет, если в них будут использованы данные о различных культурах и народах, полученные благодаря применению сравнительной методологии.

Метод социологии права в целом совпадает с хорошо известным в естественных науках экспериментальным методом «контрольных групп». Если в результате эксперимента, проводимого в определенной сфере жизни общества двух стран, имеющих различный правопорядок, будет установлено, что основные социальные факторы в этой сфере также различаются, то при определенных предпосылках это может привести к выдвижению гипотезы о наличии причинно-следственных связей между социальной действительностью и правовой нормой.

Аналогичным образом может быть исследован и временной аспект подобных причинно-следственных связей и доказано, что сближение или усиление различий в социальном развитии отдельных стран ведет к сближению или усилению различий в их правовом регулировании.

Если люди, подчиненные различным правопорядкам, которые по-разному регулируют их поведение в определенных ситуациях, ведут себя одинаково в этих ситуациях или, наоборот, ведут себя по-разному, в то время как нормы требуют одинакового поведения, то можно сделать предположение о неэффективности подобных норм. По этому вопросу в целом Мартини показал наличие взаимосвязи между социологией права и сравнительным правом, а также механизм ее возможного использования. При этом он отметил и трудности, о которых не должны забывать социологи права, специализирующиеся в области международных социокультурных связей.

И если сравнительная социология права может использовать опыт и материал, накопленные сравнительно-правовыми исследованиями, то и специалисты в области сравнительного права могли бы, в свою очередь, взять много полезного у социологии права. Это относится прежде всего к тому, что можно назвать «определением проблемы». Давно признано, что сравнимы лишь те нормы, которые в условиях различных правовых систем выполняют одинаковые функции и направлены на регулирование проблем, связанных с различными жизненными обстоятельствами и конфликтами интересов. Считается непреложным также, что компаративист при рассмотрении этих проблем должен абстрагироваться от собственных доктринальных и правовых взглядов и культурной среды и использовать «нейтральные понятия» (подробнее см. § 3, II). Этот же постулат служит исходным пунктом и для социологов права, которые, однако, используют его на практике гораздо шире, что часто служит неудобством для компаративиста, хотя должно давать ему дополнительный материал для обобщений. Социология права нередко может установить, что понятия, рассматриваемые компаративистами в качестве «нейтральных», в

действительности имеют или предполагают существование определенного, но завуалированного социального контекста в одной из двух сравниваемых стран.

То же самое можно сказать о ситуации, когда проблема определена и речь идет уже о выявлении норм, регулирующих ее в данной правовой системе. Но и в этом случае компаративисты едины во мнении, что поведение человека формируют не только правовые нормы (законодательство и судебные прецеденты) и даже не только общие условия хозяйствования, привычки и обычаи, а непосредственно вся совокупность факторов, действующих в соответствующей ситуации (см. § 3, II и III). Для социолога права такой подход к исследованию является само собой разумеющимся, так как он изначально исходит из предпосылки, что поведение человека регулируется правом лишь частично. Юристам (а компаративисты, как правило, юристы) подобный подход дается сложнее. Они вынуждены с трудом заставлять себя отказаться от предубеждений, связанных с неприятием неправовых норм регулирования отношений в обществе. И в этом смысле социологи права, обладающие более широким взглядом на общественные отношения, могли бы их многому научить. Это справедливо и для случаев, когда речь идет об объяснении результатов исследования, в частности также, когда компаративисту необходимо описать причины обнаруженных им правовых факторов. Разумеется, он признает, что при этом должна приниматься во внимание вся совокупность взаимодействующих социальных факторов. Но часто лишь социология права будет указывать ему пределы исследования проблемы с учетом влияния на нее самых разнообразных факторов: баланса политических сил экономической системы, религиозных и этических ценностей, состава семьи, состояния аграрных отношений и степени индустриализации, структуры власти и общественных организаций и др.

Разумеется, сравнительно-правовое исследование может преследовать и иные научные цели. В теоретико-описательном плане речь идет в первую очередь о выявлении и объяснении общего и особенного в правопорядке увеличивающегося числа стран мирового сообщества. С этой точки зрения в сравнительно-правовых исследованиях должны быть использованы теоретические модели и эмпирические данные, имеющиеся у социологии права. Однако довольно часто сравнительное право видит свою задачу лишь в том, чтобы давать рекомендации при осуществлении правовой политики. Что же касается прикладного использования сравнительного права, то в первую очередь имеется в виду его применение для решения конкретных проблем.

В подобных случаях исследователь в области сравнительного права вынужден действовать под давлением разнонаправленных влияний: от него требуют ответить на вопрос, следует ли, и если да, то каким образом, изменить какую-либо норму действующего законодательства, как следует восполнить данный пробел в законе или в чем должно заключаться международное единообразное регулирование. И на все эти

вопросы он должен в кратчайшие сроки дать конкретные предложения. В этих экстремальных условиях у него нет другого выхода, кроме как оперировать хорошо обоснованными гипотезами, которые социологи права вполне справедливо могут высмеять как «теории на каждый день», хотя совсем не обязательно они должны быть по этой причине непременно ошибочными. Это не означает, что для специалиста по прикладному сравнительному праву не обязательно ознакомление с сутью и результатами социологии права. Как раз наоборот. Однако в ряде случаев при прикладном применении сравнительного права оказывается неизбежным, что в основу исследований, как правило, бывают положены гипотезы, которые социология права считает недостаточно обоснованными. Но при этом тщательность их разработки такова, что позволяет сделать убедительной дискуссию по вопросам правовой политики и стимулировать практическую деятельность в конкретных ситуациях, требующих принятия решений. <•••>

§ 3. МЕТОД СРАВНИТЕЛЬНОГО ПРАВА <•■•>

I

<■••> По словам Густава Радбруха, «науки, вынужденные заниматься собственной методологией, — больные науки».

По нашему мнению, сравнительное правоведение не заслужило подобной оценки. Во-первых, компаративисты всего мира находятся еще в стадии экспериментаторства и не чувствуют себя связанными собственной методологией. Во-вторых, до сих пор мало что написано о сравнительно-правовом методе. Так что симптомы болезни отсутствуют. То же самое можно сказать о давно существующем «законодательном» правоведении, которое успешно развивается со времен великих западноевропейских кодификаций. Однако, несмотря на это, вместо того чтобы задуматься над созданием метода, мы пользуемся сравнительно-критическими обзорами при подготовке как национальных законов, так и различных международных регулирующих актов. Это справедливо и по отношению к современному правоведению как критическому методу правовой науки в том смысле, как его понимал и применял Э. Рабель. Правда, сегодня действуют другие причины. Эта наука и сегодня столь млада, что не смогла еще выработать канонического метода. И сейчас правильный метод отыскивается для каждого конкретного случая с помощью проб и ошибок. По собственному опыту компаративист знает, что у него нет точно разработанного плана и что он может быть сформулирован лишь в виде рабочей гипотезы, которая еще должна доказать свою практическую применимость в отношении результатов сравнительно-правового исследования.

В предыдущей главе уже приводились примеры основной ошибки ранних теоретических построений. Она заключалась в телеологическом подходе, согласно которому основания, цели и методы сравнительного правоведения выводились из заранее данного философско-правового

или доктринального постулата. Даже сегодня вызывает сомнение возможность создания теоретически обоснованного, логического и самодостаточного метода сравнительного правоведения, который мог бы претендовать на безошибочность. Более того, создается впечатление, что в сравнительном правоведении, как, впрочем, и в правоведении в целом (о практике применения права речь не идет), вспомогательная роль трезвого расчета, здравого суждения и даже интуиции всегда сохранится. Ну а если речь идет о критической оценке, выборе оптимального решения, решающим критерием часто становится лишь практическое доказательство, которое одно лишь будет в состоянии пролить свет на истинное положение вещей.

«Больной наукой», в смысле выражения Радбруха, сегодня является, по-видимому, не сравнительное правоведение, а правовая наука в целом. Хотя традиционный неререфлектирующий и самоуверенный догматизм оказался на удивление поразительно живучим, стало совершенно очевидным, что цепляться за него означает обманывать самого себя.

Считать, что новые, более реалистические методы, основанные на данных экспериментальной социологии и потому учитывающие многократно усложнившуюся действительность, реально отражают современное правовое мышление, означало бы принимать желаемое за действительное. Один из этих новых методов — сравнительное право — в наибольшей степени подходит, чтобы поставить правовую науку на новую реальную основу. Оно не только вскрывает пустоту догматического системного правового мышления прошлого, но и развивает, будучи не связанным с национальной доктриной и непосредственно обращенным к потребностям правового регулирования в жизни общества, собственную новую систему, связанную с нуждами людей и потому способную эффективно функционировать. Сравнительное право не ограничивается исключительно практикой. Оно создает условия для более глубокого изучения правового материала, чтобы добиться его адекватного осмысления и в конечном счете поднять право на более высокий качественный уровень. Поэтому представляется целесообразным более подробно остановиться на сравнительно-правовом методе. И не потому, что сравнительное правоведение якобы больно, а потому, что правовая наука в целом больна, а сравнительное правоведение — хорошее лекарство от болезни.

Наконец, сравнительно-правовой метод — это не только определенная система мышления — сумма критериев, которая должна обеспечить достижение правильного результата, но и рабочий метод.

Как на практике подступиться к сравнительно-правовому исследованию? Вступление, подобное данному, должно ввести начинающего в курс дела; оно должно показать, что уже достигнуто в этой области, чтобы новичок не приступал к работе впопыхах и не терял времени на поиски правильного пути <...>

ИСТОРИЯ ФОРМИРОВАНИЯ И РАЗВИТИЯ ИДЕЙ СРАВНИТЕЛЬНОГО ПРАВОВЕДЕНИЯ

1. СОДЕРЖАНИЕ ТЕМЫ

(^ложность, противоречивость и многомерность процесса становления и развития сравнительного правоведения. Объективный характер его становления и развития. Необходимость сравнительного правоведения и потребность в нем общества. Основные предпосылки его возникновения и развития. Неразрывная связь и зависимость процесса развития сравнительного правоведения с процессами развития экономики и общества. Основные принципы развития сравнительного правоведения. Цели и задачи, стоящие перед сравнительным правоведением. Р. Иеринг о сравнительном правоведении.

Зарождение и развитие идей сравнительного правоведения в древнем мире. Идеи сравнительного правоведения в Древней Греции и Древнем Риме. Использование сравнительного метода в Законе XII таблиц, Институциях Гая, при написании Платоном работы «Законы», Аристотелем — «Политика», Гаем Сал-люстием Крипом — «Война с Югортой».

Развитие идей сравнительного правоведения в Древнем Китае, Индии, странах Ближнего и Среднего Востока.

Эволюция идей сравнительного правоведения в Средние века. Роль рецепции римского права в развитии сравнительного правоведения в странах Западной Европы. Факторы, способствовавшие усилению влияния римского права на развитие западноевропейского права. Препятствия на пути рецепции римского права и развития сравнительно-правовых идей в Англии, Франции и Германии в Средние века. Развитие идей сравнительного права на базе национальных правовых систем западноевропейских стран в XV—XVIII вв. Отражение

сравнительно-правовых идей в правовых актах и научных трудах в рассматриваемый период.

Эволюция идей сравнительного правоведения в XIX—XX вв. Первый Международный конгресс сравнительного правоведения (Париж, 1900). Основные стадии развития сравнительного правоведения. Начало формирования самостоятельной отрасли знаний и учебной дисциплины сравнительного правоведения. Расширение географии применения и развития сравнительного правоведения. Институционализация сравнительного правоведения. Особенности развития сравнительного правоведения в Англии, Франции и Германии в рассматриваемый период. Формирование единой концепции развития сравнительного правоведения.

Развитие идей сравнительного правоведения в России до Октябрьской революции 1917 г. Большая значимость трудов Н.М. Коркунова, Ф.Н. Кистяковского, Г.Ф. Шершеневича и других русских авторов для развития сравнительного правоведения.

Сравнительное правоведение в советской и постсоветской России. Политизация и идеологизация сравнительного правоведения западными авторами и авторами из социалистических стран. Непризнание западными юристами, вплоть до победы СССР над фашистской Германией, за социалистической правовой семьей равного статуса по отношению к другим правовым семьям. Представление советских авторов о сравнительном правоведении как порождении буржуазной идеологии. Основные этапы (стадии) развития сравнительного правоведения в советской и постсоветской России. Особенности каждого этапа. Состояние сравнительного правоведения в России в настоящий период. Основные направления его развития. Подготовка отечественных учебников, учебных пособий и программ по сравнительному правоведению.

2. МЕТОДИЧЕСКИЕ РЕКОМЕНДАЦИИ К ТЕМЕ

Изучение данной темы имеет своей целью формирование общего представления об основных путях становления и развития идей сравнительного правоведения, начиная с древнего мира и вплоть до наших дней. Весьма важным представляется обратить внимание прежде всего на далеко не простой и противоречивый характер истории развития сравнительного правоведения, обусловленный самыми различными, возникающими на его эволюционном пути объективными и субъективными факторами.

Движущим мотивом процесса формирования и развития сравнительного правоведения было осознание того, что глубокое и всестороннее познание любой национальной правовой системы предполагает изучение ее не только самой по себе, но и в сравнении с другими существующими или ранее существовавшими правовыми системами. Обиходное утверждение о том, что «все познается в сравнении», в полной мере может быть распространено и на право.

Эта истина, ставшая доступной самому широкому кругу юристов-теоретиков и практиков лишь во второй половине XIX — начале XX в., когда сравнительное правоведение получило весьма бурное развитие, в значительной мере признавалась и раньше. Как утверждает французский правовед Р. Давид, изучение зарубежных правовых систем с использованием сравнительного метода осуществлялось всегда¹. Это значит, что юристы разных стран всегда рассматривали свои собственные правовые системы не только с точки зрения их внутренних черт и особенностей, но и сквозь призму других правовых систем.

С этим утверждением можно соглашаться или не соглашаться, но историческим фактом является, например, то, что тексты законов Солона в Древней Греции и Законов XII таблиц в Древнем Риме были написаны с широким использованием метода сравнительного правоведения. Не вызывает сомнений также и тот факт, что сравнение правовых обычаев во Франции позволило выделить принципы общего обычного права, а в Германии — немецкого частного права. В Англии метод сравнительного анализа использовался при сопоставлении общего и канонического права.

Процесс становления и развития сравнительного правоведения, как и любого иного сложного и многогранного явления, далеко не всегда проходил гладко. Сказывалось явное или кажущееся превосходство одних правовых систем над другими, прямое навязывание юридического мышления и правовых стереотипов одних стран (в частности, «великих» колониальных держав) другим странам, наконец, недооценка роли и значения правовых систем, сложившихся у одних наций и народов, других ими нациями и народами.

Западные авторы при этом отмечают, что подобного рода недооценки имели место в разные исторические периоды, как в древнем мире, так и на более поздних этапах развития человечества.

¹ Давид Р. Основные правовые системы современности (Сравнительное пра-по). М., 1967. С. 25-26.

Считается, например, что в Римской империи на ранних стадиях ее развития сравнительный метод вообще не использовался, так как римские юристы, являвшиеся творцами права в тот период, слишком высоко оценивали свою правовую систему. Они признавали свою правовую и политическую систему наилучшей, и это лишало их возможности уделять внимание зарубежным правовым и политическим системам. По мнению Цицерона, разделявшего подобные взгляды, все правовые акты и нормы, которые не относились к римскому праву, являлись «беспорядочными, запутанными и довольно абсурдными». Встречавшиеся же в этот период ссылки на зарубежное законодательство имели, скорее, случайный, нежели систематический характер. Нередко их рассматривали не иначе, как в качестве некоего «теоретического развлечения».

Обстоятельные исследования в области сравнительного правоведения появились в Риме гораздо позднее, а именно в так называемую «постклассическую эру», примерно в III—IV столетии нашей эры¹.

Недооценка роли и значения правовых систем одних стран и переоценка значимости правовых систем других стран случалась в более поздний период и в других государствах. В частности, это имело место в Англии в период расцвета абсолютизма (конец XV—XVIII в.), когда правовые обычаи, нормы, традиции, судебная практика и правовые статуты рассматривались сторонниками английской абсолютной монархии едва ли не как самые совершенные и неповторимые.

Определенная недооценка правовых систем других стран прослеживается в высказываниях некоторых британских авторов и до сих пор. В одних случаях такие высказывания адресуются правовым системам, отдельным юридическим актам, традициям и обычаям бывших британских колоний; в других — правовым доктринам и концепциям, исторически сложившимся еще в Средние века в Шотландии. При этом критика традиционно направляется против попыток их инкорпорации в существующую правовую систему Великобритании.

Мы не должны способствовать введению в нашу правовую систему тех правовых концепций и доктрин, свойственных идеологическим и правовым системам других стран, которые «до сих пор не признавались английским общим правом», заявлял сравнительно недавно один из сторонников сохранения «чистоты»

¹ *Zweigert K., Kötz H. Introduction to Comparative Law. Oxford, 1992. P. 48.*

английского общего права лорд Диплок. Правда, при этом автор открыто не говорит о «несомненных преимуществах» правовой системы Англии перед правовыми системами других стран, не абсолютизирует ее. Более того, он склонен отрицать даже ниолне очевидные в его рассуждениях проявления британского «юридического шовинизма» в пользу «юридической терпимости и вежливости»¹. Однако смысл его высказываний предельно ясен. Автор далеко не всегда жалуется идущий полным ходом естественный процесс взаимного проникновения и влияния пра-иовых систем одних стран на другие, процесс развития сравнительного правоведения.

Аналогичное отношение к процессам взаимного влияния правовых систем друг на друга, а следовательно, и к проблемам развития сравнительного права в разные годы проявлялось и в других странах. Так, в земельном законодательстве Пруссии конца XVIII в. содержались запреты при решении возникающих споров ссылаться как на мнения ученых-юристов самой Пруссии, так и на правовые доктрины и взгляды ученых-юристов из других стран². В параграфе шестом Общего закона о земле Пруссии, принятом в 1794 г., предписывалось, в частности, чтобы «впредь любые решения по спорам, возникающим в области земельных отношений, решались без учета мнения (толкования) юристов или прежних юридических доктрин».

В гражданском законодательстве некоторых кантонов Швейцарии прошлого столетия содержались также весьма сходные положения, имеющие своей целью защиту национального законодательства от чрезмерного влияния на него извне и сохраняющие в нем первоначальную национальную чистоту. Так, например, Основной кодекс (General Code) законов кантона Аргау 1856 г. предусматривает, что «ни один суд Швейцарии не может выносить свои решения, используя при этом простую интерпретацию или широкое толкование положений, содержащихся к настоящему кодексе, и опираясь на нормы, традиции или доктрины любого зарубежного права».

Подобные положения содержались также до недавнего времени в законодательстве (особенно гражданском) других кантонов Швейцарии и в правовых системах некоторых других стран³.

¹ Цит. по: *McShanon v. Rockware Glass Ltd* (1978). A C, 795, 811.

² *Grossfeld B. The Strength and Weakness of Comparative Law*. Oxford, 1990. P. 4-5.

³ *Meier-Haywz A. Bemer Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht*. Beme, 1962.

Борьба за так называемую «чистоту» некоторых национальных правовых систем, с одной стороны, и недооценка роли одних и переоценка значимости других правовых систем — с другой — все это вместе взятое наряду с иными правовыми, социальными, экономическими и политическими причинами не могло способствовать сближению социально-политических, экономических и правовых систем различных стран, установлению и укреплению связей между ними, а следовательно, и возникновению потребности в сравнительном исследовании различных правовых систем и развитию сравнительного правоведения.

Однако современный мир, как справедливо замечает Р. Давид, уже не тот, каким он был в прошлом веке, «когда признавалось превосходство Западной Европы и когда казалось ясным, что международные связи должны быть организованы в формах, выработанных юристами романской традиции», доминирующей в прошлом и сейчас в Западной Европе¹. Это же касается правовых систем и традиций любых других стран и регионов.

Сравнительное правоведение должно базироваться на признании принципов равного статуса правовых систем, их паритета и взаимного уважения.

Развитие сравнительного правоведения — это объективный по своей сути, естественный по своему характеру и эволюционный по своей форме процесс. Это процесс познания с помощью сравнительного метода существующей в различных странах, частях мира и регионах правовой материи. История развития сравнительного правоведения, справедливо отмечается в западной литературе, это весьма значимая составная часть общей истории развития идей. В отличие от истории развития права как таковой, представляющей собой адекватное отражение процесса естественного развития правовых институтов во времени, история развития сравнительного правоведения выступает главным образом как история развития сравнительно-правовых идей, продуцируемых в основном отдельными индивидуумами или их группами. Правда, при этом делается оговорка, свидетельствующая о коренном изменении положения дел, происшедшем за последнее столетие, о том, что эти идеи сравнительно недавно получили широкое распространение и вполне реальное воплощение в явлениях окружающего нас мира².

Говоря об объективности и естественности процесса развития сравнительного правоведения, следует обратить внимание,

¹ Давид Р. Указ. соч. С. 31.

² Zweigert K., Kötz H. Op. cit. P. 48.

по крайней мере, на три немаловажных для его общей характеристики и более глубокого понимания истории его развития момента.

Во-первых, развитие сравнительного правоведения — это не стихийный, а вполне осознанный и целенаправленный процесс, обусловленный необходимостью и потребностью отдельных людей и всего общества в глубоком и разностороннем познании не только своей собственной, но и существующей за пределами своей страны правовой материи. Элементы стихийности в развитии сравнительного правоведения значительно уменьшились, а соответственно осознанности и целенаправленности — увеличились, особенно за последнее столетие, когда в различных странах мира, как и на уровне мирового сообщества, были созданы институты и учреждения, занимающиеся проблемами сравнительного правоведения.

По вполне обоснованному мнению отечественного ученого В.А. Туманова, сравнительное правоведение оказалось в центре внимания в силу множества причин. Как отмечал автор еще в 80-е гг., в методологическом, теоретическом и практико-прикладном аспектах неоднократно указывалось на необходимость его развития¹. Данные вопросы активно обсуждаются и сейчас во многих работах, на конгрессах, в научных учреждениях.

В самом общем плане объективные предпосылки всего этого могут быть сформулированы следующим образом: сложность и многообразие правовой карты современного мира; появление на ней ряда новых правовых систем; динамика уже сложившихся правовых систем в результате их приспособления к изменяющимся условиям; «важная роль правовой проблематики в соревновании двух противостоящих общественно-политических систем, в идеологической борьбе современности»; широкое развитие международных экономических, научно-технических, культурных и иных связей. «Применительно к сравнению в рамках государств одного и того же типа важным стимулирующим фактором являются интеграционные процессы, широкое взаимное использование опыта»².

Указанные объективные предпосылки усиления внимания к сравнительному правоведению имели место более 15 лет назад. В настоящее же время представляется более правильным указать вместо идеологической борьбы двух противостоящих друг

¹ См.: Туманов В.А. О развитии сравнительного правоведения // Советское государство и право. 1982. № 11. С. 41.

² Там же.

другу систем на несовпадение, а в ряде случаев и противопоставление экономических, социальных, идеологических и иных объективно присущих каждому отдельно взятому государству интересов.

Вместо интеграционных процессов, которые имели место лишь в пределах государств и общественно-политических систем одного типа, в настоящее время все больше обращается внимание на интеграционные процессы, происходящие между государствами и общественно-политическими системами разных типов. Справедливости ради следует сказать, что нередко эти процессы существуют лишь в умах масштабно мыслящих, а точнее — космополитически настроенных исследователей, т.е. теоретически, а не в реальной жизни. Но это уже другой вопрос, который требует особого рассмотрения.

Во-вторых, процесс развития сравнительного правоведения не изолирован от других происходящих в обществе экономических, политических, идеологических событий и явлений. Право и сравнительное правоведение как социальный феномен не могут существовать и развиваться сами по себе, не будучи взаимосвязанными и взаимно обусловленными другими социальными феноменами.

Это — аксиома, многократно подтвержденная не только и даже не столько теоретически, сколько практически. Очевидным является тот факт, что, чем выше уровень развития экономики, материальной сферы жизни общества, тем выше должен быть и уровень обслуживающей ее идеологии, права и политики. И наоборот. Соответствующим образом должна определяться необходимость и потребность во взаимодействии друг с другом экономических, государственно-правовых и общественно-политических институтов различных стран, а вместе с тем — необходимость и потребность в их сравнительном исследовании и использовании совместного опыта, накопленного в процессе их взаимодействия, а также правового и иного опыта отдельных стран.

Из факта взаимосвязи процесса развития сравнительного правоведения с процессами развития других общественно-политических и государственно-правовых явлений, институтов и учреждений следует, что история и закономерности развития первого в значительной степени обуславливаются историей и закономерностями развития последних. История же и закономерности развития неправовых явлений, институтов и учреждений в свою очередь подвергаются определенному, порой весьма

сильному влиянию со стороны процесса эволюции правовых и сравнительно-правовых явлений, институтов и учреждений.

В равной мере это относится и к соответствующим идеям, предшествующим возникновению или же сопутствующим процессу развития правовых и сравнительно-правовых явлений, институтов и учреждений. Они также не существуют сами по себе. Правовые, равно как и сравнительно-правовые, идеи возникают и развиваются, как правило, в тесной связи с политическими, национальными, расовыми, экономическими и иными идеями¹, возникающими и развивающимися в рамках того или иного отдельно взятого общества или же на основе всего мирового сообщества.

И, в-третьих, процесс развития сравнительного права — это многомерный (многоаспектный), сложный, далеко не прямолинейный и весьма противоречивый процесс.

На основе ранее приведенных примеров прямого и косвенного противодействия сравнительному правоведению в разные времена можно сделать вывод о том, что его формирование и развитие проходило достаточно сложно. Вплоть до конца XIX — начала XX в., а в некоторых странах и гораздо позднее доминировало стойкое предубеждение против идеи развития сравнительного правоведения, сопровождавшееся негативным к нему отношением, а также полным или частичным его неприятием.

Разумеется, это не могло не сказаться отрицательно на процессе становления и развития сравнительного правоведения. Такое отношение к процессу развития сравнительного правоведения, равно как и к самому сравнительному правоведению, его полное или частичное отрицание — это, несомненно, крайность. Однако это лишь одна сторона процесса развития сравнительного правоведения, порожденная непониманием учеными и политическими деятелями, неодобрительно относившимися к сравнительному правоведению, своих собственных национальных интересов, а также природы и закономерностей его становления и развития. Государственный и правовой изоляционизм, ассоциирующийся с национальным и общественно-политическим провинциализмом, никогда еще не приводил ни один народ даже к среднему уровню развития.

Но в истории формирования и развития сравнительного правоведения есть и другая, не менее **пагубная** для его успешной эволюции **сторона, а именно искусственное форсирование процесса**

¹ *AbelR. Comparative Law and Social Theory// The American Journal of Comparative Law. 1978. Vol. 26. P. 219-224.*

развития сравнительного правоведения, готовность ускорить его наряду с интеграцией различных наций и народов чуть ли не насильственным путем.

Характерны в этом отношении рассуждения известного немецкого юриста второй половины XIX в. Р. Иеринга. Автор в принципе правильно ставил вопрос о необходимости и целесообразности заимствования лучших правовых и иных институтов одних народов у других, о важности международного культурного, научного и торгового обмена и как следствие этого — о необходимости развития сравнительного права. Об этом обстоятельно говорится во многих отечественных и зарубежных источниках, в частности в материалах, посвященных 150-летию со дня рождения Р. Иеринга¹.

В своей не утратившей и поныне актуальности работе «Дух римского права на различных ступенях его развития» Р. Иеринг писал: «Кто хочет удержать нас от принятия чужих законов и учреждений, пусть также запретит нам заимствовать что бы то ни было из чужой культуры, пусть прикажет, чтобы влияние, которое оказало изучение древности на новую культуру, получило обратный ход. **Вопрос об усвоении чужих учреждений права не есть вопрос национальности, но просто вопрос пользы и нужды.** Никто не будет доставать издалека то, что у него дома так же хорошо или лучше. Но только глупец отвергнет хинную кору на том основании, что она выросла не на его капустнике»².

Выступая против исторической школы права, проповедовавшей тезис о том, что право должно развиваться только на основе «сущности национальности», автор резонно замечал, что в таком случае мы не должны были бы вводить судов присяжных, поскольку они произрастали не на нашей почве. Конституционную же форму правления как чужеземное явление следовало бы нам не применять, что мы и делаем, а осуждать. Как будто мы сомневаемся, ввозить ли чужое вино только потому, что не мы его выжимали из винограда³.

В данных рассуждениях Иеринга есть огромная доля правды и убедительности. С ними трудно спорить. В принципе нельзя не согласиться с тезисом о том, что «преуспеяние народа, точно так же, как и преуспеяние единичной личности», есть непрерывное заимствование извне. Что его язык, искусство, право,

¹ Iherings Erbe. Gottinger Symposion zur 150. Wiederkehr des Geburtstags von Rudolph von Ihering. Gottingen, 1970.

² Иеринг Р. Дух римского права на различных ступенях его развития. Ч. I. СПб., 1875. С. 7.

³ См. там же.

нравы, вся его культура — одним словом, вся его индивидуальность и национальность являются, «как и телесный и душевный организм единичной личности, продуктом бесчисленных влияний и взаимодействий из внешнего мира»¹.

Однако нельзя согласиться с утверждением Иеринга о том, что торговля, обмен материальными и духовными ценностями между народами «не есть только дело интереса и свободной воли народов, но есть право и обязанность» и что «сопротивление исполнению этой обязанности есть возмущение против порядка природы, против заповеди истории».

Ученый явно разделял имперские, колониалистские по своему духу и характеру устремления и идеи великих, «цивилизованных» держав того времени, когда писал, что если какой-нибудь народ оказывается неспособным пользоваться землей, вверенной ему природой, то он должен уступить ее другому народу. Земля принадлежит руке, умеющей ее возделывать. В силу этого, по мнению автора, кажущаяся несправедливость, оказываемая англосаксонской нацией в Америке туземным индейцам, «с точки зрения всемирной истории есть право». И не менее правы, считает он, те европейские народы, которые, открывая силой реки и гавани Небесной Империи и Японии, принуждают эти земли и населяющие их народы к торговле².

Разумеется, подобное «сближение народов, сводящееся, по сути, к насильственному насаждению торговых обычаев и порядков одних народов другим, правовых предписаний и традиций одних наций другим, ничего общего не имеет с объективным, естественно-историческим процессом обмена материальными и культурными ценностями, включая правовые, с процессом сносного, чуждого какому бы то ни было насилию развития сравнительного правоведения»³.

Также спорным является тезис автора, согласно которому народы должны принуждаться к взаимному общению, поскольку «высший закон истории есть общение». Народ, который замыкается в себе, рассуждает Иеринг, совершает не только грех против самого себя, лишая себя средства воспитания, но и то же время допускает несправедливость против других народов и. Такой народ, не выносящий соприкосновения с чуждой ему

¹ См.: Иеринг Р. Указ. соч. С. 6.

² Там же. С. 6.

³ В западной, особенно немецкой, литературе роль Р. Иеринга в развитии сравнительного права зачастую искусственно преувеличивается (см., например: *Zweigert K., Kötz H. Comparative Legal Method// American Journal of Comparative Law. 1971. Vol. 19).*

культурой, не терпящий «воспитания путем истории», теряет «свое право на дальнейшее существование, его погибель приносит пользу миру»¹.

Подобные радикальные выводы и суждения, противоречащие современному здравому смыслу, не только не способствуют, а, наоборот, в максимальной степени препятствуют как материальному и духовному сближению народов, так и дальнейшему развитию на этой основе сравнительного правоведения.

Развитие последнего не имеет ничего общего ни с насилием, ни даже с самыми легкими и кажущимися на первый взгляд безобидными формами принуждения. Это с объективной стороны самый обычный для нормального развития человеческого сообщества естественный процесс, а с субъективной стороны — **процесс сугубо добровольный, не терпящий никаких форм давления, а тем более принуждения и насилия**. Таким он был в течение всего периода своего развития — в прошлом и настоящем. Таким же он должен оставаться и в будущем. Это — один из основных принципов процесса становления и всего последующего развития сравнительного правоведения. В этом — залог его жизнестойкости, долговечности и эффективности.

Из сказанного следует, что, изучая историю развития сравнительного правоведения, рассматривая его сложную и противоречивую эволюцию, для глубокого и разностороннего понимания исследуемой материи необходимо держать в поле зрения как традиционные для такого случая вопросы, касающиеся движущих сил, мотивов, условий, основных этапов развития и факторов торможения или ускорения, так и принципы формирования и развития сравнительного правоведения. Это поможет глубже понять не только историю развития сравнительного правоведения, но и его сущность, содержание, задачи, стоящие перед ним, пределы его применения, роль и назначение; точнее определить особенности, специфику сравнительного правоведения по отношению к другим институтам и отраслям права.

Например, теоретически и практически важным представляется понять, ради чего, для решения каких задач и достижения каких целей формируется и развивается сравнительное правоведение; каковы формы и методы их разрешения; существуют ли какие-либо ограничения или пределы применения этих форм и методов и т.д. Эти и другие подобные вопросы на первый взгляд могут показаться простыми, даже тривиальными. На самом же деле все гораздо сложнее. Не случайно, что по каждому из них, как правило, предлагается не одно, а два и более решений.

Там же.

В частности, в отношении метода сравнительного правоведения, пределов его применения следует отметить, что одни авторы склонны рассматривать данный метод как не имеющий никаких ограничений ни во времени, ни в пространстве. Другие же, наоборот, полагают, что он эффективен лишь до определенной степени. Такого мнения придерживается, например, видный английский ученый-историк А. Тойнби, использующий сравнительный метод при изучении различных цивилизаций. В своей широко известной работе «Цивилизация перед судом истории», а точнее, в ее фрагменте под названием «Греко-римская цивилизация», написанном в послевоенный период, автор делал следующее заключение. Итак, писал он, покончим с нашими сравнениями. Это образный метод, позволяющий несколько ярче представить себе историю различных цивилизаций, но он эффективен только до определенной степени. Если отнестись к этому методу слишком серьезно и не отставить его своевременно в сторону, он может стать препятствием к более глубокому проникновению в историю. «Метафорическое приложение законов и процессов мира неживой природы к описанию жизненных процессов, в особенности человеческой жизни, сейчас, видимо, особенно опасно, хотя бы из-за того, что стало чересчур модным»¹.

Неоднозначно решаются и другие вопросы, такие, например, как определение целей и задач сравнительного правоведения, вопросы изучения его весьма непростой и противоречивой истории. Здесь также нет единства мнений, ибо если одни авторы склонны акцентировать внимание на их академической значимости, то другие — на их прикладном, практическом значении. Третья же группа исследователей исходит из необходимости и важности их рассмотрения как в академическом, так и в прикладном, прагматическом плане.

Не касаясь сейчас данных вопросов по существу, заметим, что **методологически важным, адекватно отражающим реальную действительность переставляется их решение по аналогии. Необходимо исходить из того, что история развития сравнительного правоведения — это не только часть истории развития правовых идей, но и неотъемлемая составная часть всеобщей истории.**

Из этого следует, что если не все, то, по крайней мере, некоторые стороны и аспекты всеобщей истории, **включая ее основные цели и задачи**, в определенной мере отражаются и на истории развития сравнительного правоведения. Смысл использования

¹ Тойнби А. Цивилизация перед судом истории. М., 1995. С. 48.

аналогии при этом заключается в том, что история развития сравнительного правоведения **условно приравнивается** по отношению ко всеобщей истории как история отдельно взятого государства, права (правовой системы), народа, нации, общества.

Аналогия эта весьма несовершенна, условная. Но она помогает лучше понять рассматриваемую проблему. По аналогии с целями и задачами изучения общей (национальной) и всеобщей истории с учетом специфики исследуемой материи можно глубже и обстоятельнее понять цели и задачи изучения сравнительного правоведения.

«Начиная курс русской истории, — обращался к студентам Московского университета историк В.О. Ключевский, — я предположил ему несколько самых общих элементарных соображений, цель которых — связать сделанные вами **наблюдения** и вынесенные **впечатления по всеобщей истории с задачами и приемами изучения истории России**».

Преломляя цели и задачи изучения всеобщей истории применительно к задачам и приемам изучения истории России, автор утверждал: «Понятен **практический интерес**, побуждающий нас изучать историю России, особо выделяя ее из состава всеобщей истории: ведь это история нашего отечества». Но этот практический, **он же — воспитательный интерес** не только не исключает, а, наоборот, всячески **предполагает и научный интерес**. Благодаря практическому интересу последнему придается по мере развития общества «все более дидактической силы»¹.

Вдумаемся в суть рассуждений ученого и попытаемся, используя, с известными оговорками и исключениями, аналогию, мысленно перенести его умозаключения со всеобщей истории и истории развития российского общества, государства и права на историю развития сравнительного правоведения.

Если смысл и содержание, основные цели и задачи изучения всеобщей истории так же, как, впрочем, и истории России, в конечном счете сводятся к научному, практическому и воспитательному интересам, то не в этом ли заключается основной смысл, цели и задачи развития и изучения истории сравнительного правоведения? Ведь история развития последнего является хотя и не основной, но тем не менее неотъемлемой составной частью первых.

Ответ на эти и другие вопросы, касающиеся сравнительного правоведения, будет дан в следующих главах.

¹ Ключевский В.О. Курс русской истории. Ч. I. М., 1987. С. 33.

3. ОСНОВНЫЕ ВОПРОСЫ К ТЕМЕ И КРАТКИЕ НА НИХ ОТВЕТЫ

3.1. Зарождение и развитие идей сравнительного правоведения в древнем мире

Сравнительное правоведение имеет весьма длительную и противоречивую историю, берущую начало еще в древнем мире. Ввиду отсутствия достоверных документальных источников и соответствующих научных работ невозможно пока точно установить, где именно и когда впервые возникли идеи сравнительного правоведения, в каких странах и регионах впервые появилась необходимость и потребность в сравнительном исследовании.

Говоря о существовании сравнительного правоведения «всегда», на протяжении всего периода функционирования государства и права, как это делает, например, Р. Давид и некоторые другие авторы¹, мы тем самым **допускаем известную условность**, выдаем желаемое за действительное, ибо не всегда наши догадки и предположения в достаточной мере, **прямо и основательно подкрепляются** достоверными источниками.

Выводы иногда строятся на исторических догадках, аналогиях, логических рассуждениях, косвенных доказательствах и предположениях. Это естественно в таких обстоятельствах, и в этом есть свой резон, но при одном непереносимом условии, что все эти умственные операции и логические приемы носят не умозрительный характер, а основываются на достоверных исторических фактах.

Трудно, например, предположить, что правовая жизнь Древнего Китая знала сравнительное правоведение в том виде, в каком оно представляется ныне. Изучая китайские источники того времени, мы не найдем ни специальных исследований в области сравнительного правоведения, ни тем более указаний на правовые акты, построенные на основе сравнительного анализа и прямого заимствования норм или принципов других правовых систем. Однако на основе изучения и логического анализа дошедших до наших дней многочисленных философских, политических и юридических произведений того времени достаточно легко можно обнаружить признаки зарождения и существования в этой стране в тот период идей сравнительного правоведения. Например, явные признаки существования и применения идей сравнительного правоведения прослеживаются в одном из

¹ См.: Давид Р. Основные правовые системы современности... С. 25.

таких широко известных памятников общественно-политической мысли Древнего Китая (IV в. до н. э.), как «Книга правителя области Шан».

В этом произведении, посвященном изложению учения основателя китайской школы легистов Ян Шаня, отстаивавшего деспотическую форму правления, **явно в сравнительном плане** высказывались нравоучительные по своему характеру суждения. Одно из таких суждений состоит, в частности, в том, что **«в одних государствах** поощряют порядок, **в других — смуту**. Если наверху умный государь, он будет выдвигать на должности лишь способных людей и поручать им соблюдение законов. Когда законы будут соблюдать способные люди, они будут восприняты теми, кто находится внизу, и недостойные не осмелятся совершать дурные дела». Вот какой смысл, делал вывод автор, я вкладываю в слова «поощрять порядок». И далее продолжал: если же наверху какого-либо государства окажется неумный правитель, то он станет выдвигать на должности глупых людишек. В результате «в стране не будет ясного закона» и недостойные осмелятся творить дурные дела. «Вот какой смысл я вкладываю в слова — "поощрять службу"»¹.

В таком же сравнительно-правовом ключе построены и другие рассуждения — предостережения автора. Например, о том, какими должны быть законы в разных странах. Там, где закон извращается, пишет автор, нарушается порядок. «Когда во всем исходят лишь из добродетели, то множатся пустые речи, коль распоряжения правителя многочисленны, в стране воцаряется беспорядок. Там, где множатся пустые речи, армия бессильна. Когда закон ясен, сокращаются распоряжения правителя, когда во всем полагаются лишь на силу, исчезают пустые речи; коль распоряжения правителя сокращаются, в стране воцаряется хорошее правление»².

Подобные нравоучения и выводы, сделанные в результате сравнения одних государственно-правовых систем с другими, нередко встречаются и в работах других авторов того периода различных стран и регионов мира. Помимо всего прочего они свидетельствуют о том, что идеи применения сравнительного метода в изучении государства, права, различных общественно-политических явлений, институтов и учреждений были на вооружении исследователей, теоретиков и практиков **не только всегда, но и везде**. Разница заключалась лишь в том, что в одних

¹ Книга правителя области Шан (Шан Дзюнь Шу). М., 1993. С. 212-213.

² Там же.

странах и регионах древнего мира, согласно имеющимся данным, использование сравнительного метода имело более открытый и систематический характер, а в других — носило случайный и не всегда прямо проявляющийся, условный характер.

Наиболее наглядно идеи сравнительного правоведения проявлялись, например, в странах, прилегающих к побережью Средиземного моря. Среди них в особенности выделяются государства Древней Греции и Древнего Рима. По мнению западных исследователей, именно здесь впервые появились не только сравнительно-правовые идеи, но и первый практический опыт проведения сравнительных исследований в области государства и права. Этот опыт начался, по-видимому, с того, пишет В. Хуг, что представители одних народов и государств тщательно изучали оправдавшие себя или показавшиеся им более совершенными, чем свои собственные, правовые нормы, принципы и институты, функционировавшие в пределах границ других государств, с целью их полного или частичного принятия, приспособления и использования¹.

Менее зримо, зачастую косвенно и далеко не всегда систематически идеи сравнительного правоведения проявлялись в других странах и регионах древнего мира: в странах Ближнего и Среднего Востока, Индии, Китае и др. В силу этого ученые всего мира уже длительное время спорят, например, о том, является ли факт сходства правовой культуры Месопотамии — одного из древнейших очагов цивилизации с другими цивилизациями элементом случайности, независимого друг от друга развития различных культур, или же это результат взаимного переплетения и влияния различных правовых культур, проявление некоей закономерности.

Спектр мнений, высказываемых в научной литературе по этому вопросу, весьма широк и разнообразен. Он колеблется от полного признания факта существования и влияния сравнительно-правовых идей на процесс зарождения сходных институтов в различных правовых системах данного региона до его полного отрицания².

Однако, как бы там ни было, установленным считается то, что широко известные законы Хаммурапи — царя Вавилона, правившего в XVIII в. до н. э., имеют много общего с законами

¹ Hug W. The History of Comparative Law // Zweigert K., Kötz H. Rechtsvergleichung. Darmstadt, 1978. P. 110.

² Hicks St. Comparative Law in Ancient Times: The Legal Process // The American Journal of Comparative Law. 1986. Vol. XXXIV. P. 81-82.

царства Эшнунны, располагавшегося в одном и том же географическом и отчасти культурном регионе¹. Предполагается при этом, что данная общность явилась результатом взаимного воздействия различных правовых систем, отдельных юридических норм, актов и институтов.

По мере развития общества и государственно-правовых систем данного региона общность законов, издаваемых в различных государствах Месопотамии, не только не уменьшилась, а, наоборот, еще больше возросла. Как отмечалось в связи с этим в отечественной литературе, для законов и других источников права, функционировавших в различных государствах Месопотамии, в том числе и для законов Хаммурапи, характерной была примитивная правовая техника, казуистичность норм права, их формализм, символический характер. В них нельзя было найти ни четкого понятия преступления, ни абстрактно сформулированной нормы, касающейся убийства, кражи и пр.

Символической была ответственность за ряд преступлений, например отрезание груди у кормилицы, подменившей ребенка. Формальный и символический характер имела также клятва.

Нет в источниках права различных царств Месопотамии и обоснованной системы изложения норм: нормы уголовного права чередуются с нормами процессуального права, регулируемыми имущественные отношения и пр. Однако внутренняя логика изложения правового материала присутствует и здесь².

Элементы сходства законов, правовых обычаев, отдельных юридических норм, институтов и в целом правовых систем прослеживаются в древнем мире не только у государств, расположенных в одном и том же географическом регионе, но и в самых отдаленных по стандартам того времени друг от друга частях мира. Они возникали в результате торгового обмена между народами или в результате завоевания и покорения одних государств другими.

Читая, например, сочинения знаменитых римских историков Квинта Курция Руфа, Юстина, Диодора или Плутарха о походах и завоеваниях Александра Македонского, нельзя не обратить внимания на то, что завоевателями (в изложении авторов) не только приобретались и присваивались города, земли и другие несметные богатства, но и перенимались у завоеванных народов отдельные правовые акты и обычаи.

¹ Hicks St. Op. cit. P. 81.

² История государства и права зарубежных стран. Ч. I / Под ред. О.А. Жидкова и Н.А. Крашенинниковой. М., 1996. С. 62.

Плутарх в сочинении «Александр» с осуждением повествует о том, как, покорив Персию и проведя приятные две недели с Минитией — царицей амазонок, македонский царь совсем потерял голову: «стал носить одежду персидских царей и диадему, чего не было принято ранее у македонских царей», «как будто заимствовал законы у тех, кого победил», «стал подражать персам в распущенности нравов не менее, чем в одежде»¹. Когда же в его военном лагере «в эту пору», пишет автор, стали возмущаться тем, что Александр «оказался таким вырожденком по сравнению с отцом своим Филиппом, что даже отрекся от своей родины и перенял те самые персидские нравы, вследствие которых персы были побеждены», и, «чтобы не показалось, что только он один опустился до порочной жизни тех, кто был побежден его оружием», Александр позволил и своим воинам перенимать персидские обычаи и вести соответствующий образ жизни². 1

Приказав именовать себя «царем всех стран мира», Александр распорядился также «по обычаю персов, порожденному царской надменностью», чтобы его «не приветствовали обычным образом, а поклонялись ему, как богу». Тех же, кто сопротивлялся этому и не следовал перенятым у персов нововведениям македонского царя, последний объявлял заговорщиками и казнил. Среди сопротивлявшихся этому обычаю, заключает автор, «самым ярким был Каллисфен, что привело его и многих виднейших македонян к гибели»³.

Согласно историческим данным, аналогичные ситуации, когда правовые институты, нормы, обычаи и нравы в силу завоеваний или иных самых различных причин переходили в древности целиком или частично, добровольно или принудительно от одних народов к другим, встречаются практически во всех регионах мира. Это, несомненно, свидетельствует не только о зарождении и широком распространении, но и о применении идей сравнительного правоведения в данный период.

Разумеется, **пути и формы проявления идей сравнительного правоведения** в разных странах и у различных народов далеко не одинаковы. Это в значительной степени зависит как от уровня развития и широты распространения идей сравнительного правоведения в той или иной стране и регионе, так и от ряда других факторов. Согласно имеющимся историческим данным, у

¹ Плутарх. Александр // Квинт Курций Руф. История Александра Македонского. М., 1993. С. 362.

² Там же.

³ Там же. С. 365, 373.

одних народов эти пути и формы проявления идеи сравнительного правоведения имели прямой, открытый и непосредственный характер, в то время как у других — опосредованный и скрытый.

Наиболее полно и всесторонне идеи сравнительного правоведения, как уже отмечалось, проявились в Древней Греции и Древнем Риме. И это естественно, поскольку именно здесь в I тыс. до н. э. — первой половине I тыс. н. э. развитие античной цивилизации достигло своего апогея. Данный процесс начал свое движение с Древнего Востока и продолжил его на гораздо более высоком уровне на юге Европейского континента, в бассейне Средиземного моря.

Именно к этому времени относятся впечатляющие успехи греков и римлян во всех сферах человеческой деятельности, в том числе и в политико-правовой. Именно античности человечество обязано многими шедеврами литературы и искусства, достижениями науки и философии, уникальными образцами демократической государственности и права¹.

В чем же выразалось развитие идей сравнительного правоведения в Древней Греции и Древнем Риме и как оно конкретно проявлялось? Что свидетельствовало о развитии идей сравнительного правоведения в этих странах и о наличии различных форм или способов их выражения? Отвечая на эти вопросы, необходимо обратить внимание прежде всего на то, что идеи сравнительного правоведения нашли свое прямое воплощение в ряде законов, обычаев, правовых институтов и даже отдельных норм, регулирующих отношения внутри каждой отдельно взятой страны, отношения между различными слоями населения и государственными учреждениями Древней Греции и Древнего Рима.

И хотя в западной юридической и исторической литературе давно и резонно обращается внимание на то, что не следует переоценивать процесс развития сравнительного правоведения ни в Древней Греции, ни в Древнем Риме и что необходимо расширить научные исследования в этой области для того, чтобы выявить реальное состояние дел в данной сфере², тем не менее никто не оспаривает того общеизвестного факта, что ряд дошедших до нас источников права является результатом воздействия на них сравнительно-правовых идей.

¹ См. подробнее: История государства и права зарубежных стран. Ч. I. С. 99.

² Weiss K. Griechisches Privatrecht auf Rechtsvergleichender Grundlage. Berlin, 1923. S. 7-8.

К числу таковых относятся в первую очередь широко известные Законы XII таблиц. Это важнейший источник древнеримского права, восходящий к 451—450 гг. до н. э. и вобравший в себя нормы и отрывки из сочинений как римских, так и греческих авторов. По мнению некоторых западных исследователей, в Законах XII таблиц обнаружилось самое яркое проявление того огромного влияния, которое оказывалось греческим правом на римское.

Как отмечали, в частности, немецкие ученые еще в начале XX в., независимо от того, когда появился данный источник права¹, остается бесспорным то, что как само его появление, так и его долговременное функционирование явились результатом огромного воздействия на него со стороны греческих правовых идей и институтов².

Примеры такого воздействия встречаются в Законах XII таблиц буквально в каждой их составной части — таблице (главе). Но особенно отчетливо это прослеживается в таблице I, устанавливающей сходный с греческими судебными процедурами, точнее, их принципами, порядок «судоговорения», а также в таблице VII, закрепляющей, со ссылкой на содержание законов Солона в Афинах, порядок и принципы размежевания границ земельных участков между соседями.

В таблице I, подготовленной под сильным влиянием греческих процессуальных принципов и норм, в частности, устанавливаются следующие правила «судоговорения». «1. Если вызывают (кого-нибудь) на судоговорение, пусть (вызванный) идет. Если он не идет, то пусть (тот, кто вызвал) подтвердит (свой вызов) при свидетелях, а потом ведет его насильно. 2. Если (вызванный) измышляет отговорки (для неявки) или пытается скрыться, пусть (тот, кто вызвал) наложит на него руку. 3. Если препятствием (для явки вызванного на судоговорение) будет его болезнь или старость, пусть (сделавший вызов) даст ему выючное животное...»³

Эти правила охватывали собой не только весь процесс подготовки дела к рассмотрению в суде, но и собственно сам процесс «судоговорения». «Привилегий, т.е. отступлений в свою пользу от закона, пусть не испрашивают, — говорилось в связи

¹ Оригинал Законов XII таблиц не сохранился. Среди западных историков идет длительный спор о точной дате появления на свет этого документа.

² Kruger K. *Geschichte und Quellen des Römischen Rechts*. Berlin, 1912.

³ История государства и права зарубежных стран. Ч. II. Кн. 1 / Сост. Н.А. Крашенинникова. М., 1994. С. 52.

с этим в таблице IX. — Приговоры о смертной казни римского гражданина пусть не выносятся иначе, как в центуриатных комициях». И далее: «Преславные Законы XII таблиц содержали два постановления, из которых одно уничтожало всякие отступления от закона в пользу отдельных лиц, а другое запрещало выносить приговоры о смертной казни римского гражданина иначе, как в центуриатных комициях»¹.

Аналогичные принципы и процедурные правила содержались и в древнегреческом праве.

Влияние греческого права на римское прослеживалось не только в Законах XII таблиц, но и в других источниках римского права, в частности в Институциях **Гая**. В книге первой этих Институций, которые одновременно выступали и в качестве учебника римского права, написанного отчасти в сравнительно-правовом плане, говорилось в связи с этим: «Все народы, которые управляются законами и обычаями, пользуются частью своим собственным правом, частью общим правом всех людей». То право, которое каждый народ сам для себя установил, является его собственным правом и называется правом гражданским. А то право, которое «между всеми людьми установил естественный разум, применяется и защищается одинаково у всех народов и называется правом, которым пользуются все народы». Таким образом, делался вывод, римский народ «пользуется отчасти своим собственным правом, отчасти же правом, общим всем людям»².

В рассматриваемый период влияние идей сравнительного правоведения сказывалось не только на взаимосвязи и взаимодействии правовых систем Древней Греции и Древнего Рима, но и на взаимоотношениях **правовых систем самих греческих городов-полисов**.

Возникнув под воздействием целого ряда факторов, и в том числе природных, в силу того что горные хребты и заливы, рассекавшие морское побережье, где проживала значительная часть населения, оказались труднопреодолимыми препятствиями для политического объединения страны и создания в ней единого, централизованного управления, греческие города-государства в подавляющем большинстве своем обладали полной политической самостоятельностью, имели свои собственные законодательные, исполнительные и судебные органы, свои самостоятельные правовые системы.

¹ История государства и права зарубежных стран. Ч. II. Кн. 1. С. 61—62.

² Там же. С. 63-64.

С точки зрения внутренней организации античный полис представлял собой закрытое государство, за бортом которого оставались не только рабы, но и чужаки-иностранцы, даже выходцы из других греческих полисов. Для самих же граждан полис являлся своего рода политическим микрокосмосом со своими формами правления, традициями, обычаями, со своим правом¹.

Разумеется, политическая самостоятельность этих городов-государств вовсе не означала их изолированности друг от друга и от иных государств. Не означала она, (естественно, и изолированности их правовых систем. Последние были не только взаимосвязаны между собой, но и оказывали активное воздействие друг на друга. Это в первую очередь касалось таких выделяющихся из множества других городов-полисов государств, как Афины и Спарта. Будучи наиболее крупными и развитыми в военном, политическом и ином отношении городами-государствами, они притягивали к себе как к противостоящим друг другу и противоборствующим друг с другом полисам другие города-государства.

Под знаком антагонизма этих двух полисов, как отмечалось в исторической литературе, развертывалась вся последующая история государственности Древней Греции. **В Афинах**, где наиболее полное развитие получили частная собственность, рабство, рыночные отношения, где сложилась гражданская община, связывавшая ее членов при всем различии их имущественных и политических интересов в единое целое, античная демократия достигает своей вершины и становится, как свидетельствует последующая история, огромной созидательной силой.

В противоположность Афинам Спарта вошла в историю как образец аристократического военно-лагерного государства, которое ради подавления огромной массы подневольного населения (илотов) искусственно сдерживало развитие частной собственности и безуспешно пыталось сохранить равенство среди самих граждан государства².

Общие черты и особенности экономического, политического и общественного строя Афин и Спарты не могли не сказаться на их правовой культуре и правовых системах. В процессе взаимосвязи и взаимодействия, тесного сотрудничества и противоборства происходил своеобразный «взаимообмен» правовыми идеями и институтами различных городов-государств, их взаимопроникновение в правовые системы друг друга.

¹ История государства и права зарубежных стран. Ч. I. С. 101—105.

² Там же. С. 102-103.

Анализируя данный процесс и особенности воспринимаемых различными греческими городами-полисами правовых институтов и идей друг от друга, современные зарубежные авторы по-разному оценивают их характер. Одни из них считают, например, что в данном случае имеет место обмен идеями и институтами, принадлежащими хотя и близким друг другу, но тем не менее значительно отличающимся друг от друга, вполне самостоятельным правовым системам. Другие же, наоборот, рассматривают данный процесс как процесс развития правовых идей, явлений, институтов и учреждений, происходящий в рамках одной и той же правовой системы, а именно некоего единого правового пространства, вбирающего в себя общность и особенности правовых систем различных греческих городов-полисов.

Как пишет в связи с этим В. Хуг, несмотря на то что сейчас общепризнанным считается тот факт, что греческие города-государства весьма активно воспринимали друг у друга правовые идеи, институты и учреждения, причем иногда — полностью, нередко — частично, тем не менее нельзя преувеличивать данный процесс. А кроме того, его нельзя рассматривать как обмен сравнительно-правовыми идеями и учреждениями, происходящий между правовыми системами разных стран. По мнению автора, это процесс, происходящий в рамках одной и той же правовой системы; процесс поиска и восприятия правовой системой и ее отдельными институтами своих собственных, но более совершенных форм¹.

Не вдаваясь в подробности данного вопроса, тем не менее следует отметить, что рассмотрение правовых систем разных городов-полисов в качестве единой системы неоправданно игнорирует их порой весьма существенные особенности, а также их вполне реальную, хотя и относительно самостоятельную жизнь. Кроме того, при этом не учитывается тот факт, как верно подмечено в отечественной литературе, что полисная система была одной из самых значительных, «практически уникальных черт государственности, характерных не только для Греции, но и для всего античного мира». Практически это может означать, что развитие сравнительно-правовых идей происходило в результате взаимосвязи и взаимодействия не только греческих городов-полисов, но и городов-полисов других регионов античного мира.

¹HugW. Op. cit. P. 110.

²История государства и права зарубежных стран. 4.1. С. 101.

В связи с этим нельзя не обратить внимания еще на одно **свидетельство существования и широкого применения идей сравнительного правоведения в Древней Греции и Древнем Риме, заключающееся в непрерывном влиянии греческого права на такую составную часть римского права, как право народов, или *jus gentium*.**

Право народов (лат. *jus gentium* «международное право») предел гавляло собой систему норм или правил поведения, регулировавших взаимоотношения, возникавшие между всеми слоями свободного римского населения.

Известный исследователь римского праpa И.Б. Новицкий отмечал в связи с этим, что *jus gentium* как составная часть римского права в определенном смысле противостояла другой его составной части — *jus civile* — «исконному национальному древнеримскому праву», распространявшему свое действие исключительно на римских граждан — квиритов, поэтому его еще называли квиритским правом.

Что же касается *jus gentium*, отмечал автор, то с помощью этой «разновидности» римского права регулировались прежде всего имущественные отношения, возникавшие и между пере-гринами (иностранцами), и между римскими гражданами, и между теми и другими. Термином *jus gentium* римские юристы обозначали также и представлявшуюся им более широкой философскую категорию — «право, общее для всех народов»¹.

С помощью права народов римлянами были введены также такие установления, которые касались вопросов войны и мира, рабства, международной торговли, «оснований царства» и др.

Влияние греческого права на *jus gentium* осуществлялось разными путями: через восприятие правом народов отдельных греческих правовых институтов и норм; через восприятие им греческих правовых идей и доктрин и т.д. Но наиболее распространенным и влиятельным был второй путь, что особенно проявилось, согласно выводам немецких исследователей, на ранних стадиях формирования и развития римского права. Именно в этот период в наибольшей степени заявили о себе и оказывали влияние на *jus gentium* правовые идеи и доктрины греков, нежели какие бы то ни было их правовые институты или нормы².

По мере развития римского общества и государства влияние греческих правовых идей и доктрин не только сохранялось, но и усиливалось. Расширялась сфера воздействия греческого права

¹ Новицкий И.Б. Римское право. М., 1993. С. 6.

² Ancient Law/ Ed. by A. Pollock. L., 1906; *MitteisK*. Romisches Privatrecht. Berlin, 1908.

на римское, совершенствовались его формы. Римские юристы, по замечанию исследователей, будучи в области права в гораздо большей степени прагматиками, чем теоретиками, умеющими гораздо лучше приспособить существующее право к нуждам повседневной действительности, применить его практически, чем теоретически его обосновать и объяснить, тем не менее весьма сильно тяготели к греческому праву, и в первую очередь к греческим правовым теориям и доктринам¹.

В связи с этим в западной учебной литературе по сравнительному правоведению (компаративистике) для подтверждения тезиса о сильном влиянии греческого права на римское, особенно в так называемый «классический период» его развития, указывается на то, что для изучения и использования греческого опыта в правотворческом процессе римляне посылали в Афины даже свою особую «законодательную комиссию» или «законодательный комитет».

Справедливости ради заметим, что не все историки и юристы, занимающиеся римским правом, разделяют это мнение. В. Хуг, например, видит в этом не что иное, как придуманную легенду². Такого же взгляда, судя по всему, придерживаются К. Цвайгерт и Х. Кётц, считающие, что римское право «вообще не дает примеров сравнительно-правовых "исследований", ибо для римских юристов превосходство их права и государственного устройства, как позже для английских юристов, — было столь очевидным, что право других народов они оценивали очень низко»³.

Однако, как бы там ни было, широко признанным фактом является то, что римское право в той его составной части, которая называлась *jus gentium*, постоянно подвергалось влиянию со стороны греческого права и не в последнюю очередь под его воздействием постепенно превращалось из сугубо национального в наднациональное, или, как замечают некоторые авторы, «в максимальной степени денационализированное», «широко доступное многим народам мира право»⁴.

Такая эволюция *jus gentium*, по мнению одного из экспертов в области римского права А. Мюирх-эда, стала возможной благодаря органическому сочетанию двух основных факторов: с

¹ Enzyklopadie der Rechtswissenschaft. Hamburg, 1915. S. 304-318.

² Hug W. Op. cit. P. 130.

³ Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. 1. Основы М., 1995. С. 78.

⁴ Ibid. P. 111.

одной стороны, активного развития в этот период «сравнительной юриспруденции», а с другой — «разумной эволюции самого римского права»¹.

Важным свидетельством зарождения и развития сравнительно-правовых идей в Древней Греции и Древнем Риме наряду с названными проявлениями следует рассматривать также научные труды античных философов, юристов, историков, при написании которых использовался сравнительно-правовой метод или же сравнительно-правовые идеи, принципы, наконец, сам сравнительно-правовой материал.

Наиболее ранние сравнительно-правовые исследования, замечают по этому поводу К. Цвайгерт и Х. Кётц, были обнаружены в Древней Греции. Они были связаны с особым интересом древнегреческих мыслителей к формам политико-правового устройства античного государства². В своих знаменитых «Законах» Платон сравнивает законы различных греческих полисов и на основании этого сравнения предлагает конструкцию идеального государства, в котором действуют подходящие, с его точки зрения, для такого государства законы из числа всех им рассмотренных.

В результате сравнительно-правового анализа законов различных городов-государств Платон приходит к выводу, что близка гибель такого государства, где закон не имеет силы и «находится под чьей-либо властью». Там же, где закон действует, где он является «владыкой над правителями, а они — его рабы», философ усматривает «спасение государства и все его блага, какие только могут даровать государствам боги».

На основе огромного сравнительно-правового материала написана широко известная **работа Аристотеля «Политика»**. В ней, по свидетельству исследователей, использован сравнительно-правовой анализ конституционного законодательства 153 древнегреческих городов-государств. Приведем некоторые примеры использования сравнительного метода Аристотелем в данном труде.

«Критский государственный строй, — пишет философ, — близок к лакедемонскому. Некоторые его черты не хуже, в большей же своей части он все же оказывается менее искусно созданным».

Вероятно, лакедемонское государственное устройство «во многих своих частях явилось подражанием критскому...»

¹ Muirhead A. Historical Introduction to the Private Law of Rome. L., 1916. P. 216.

² Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. С. 77-78.

«Сходство между критским и лакедемонскими порядками заключается в следующем: для спартиатов земли обрабатывают илоты, для критян — периеки».

«В законодательстве Харонда нет нечего своеобразного, за исключением закона о судебном преследовании за лжесвидетельство.... У Фалея своеобразен закон об уравнивании собственности. У Платона — общность жен, детей и имущества, женские сесситии, а также закон о попойках <...> Есть законы Драконта, но он дал их для уже существовавшего государственного устройства»¹.

Путем применения сравнительно-правового метода Аристотель делает свои выводы относительно лучших законов и нравов, лучшей («правильной») формы государственного устройства, судебной системы, соотношения законного и справедливого и др.²

Кроме Платона и Аристотеля сравнительно-правовой метод использовался и другими авторами. Среди них — древнегреческий философ и естествоиспытатель Теофраст. Судя по дошедшим до нас фрагментам его сочинения «О законах», автор широко использовал этот метод в сфере применения частного права. По мнению К. Цвайгерта и Х. Кётца, научный подход Теофраста к исследованию государственно-правовых явлений имеет «весьма современный характер».

Он выявляет общие принципы, лежащие в основе правопорядков различных греческих полисов, и противопоставляет им отклоняющиеся от них нормы, сгруппировав их в особый раздел. Этот метод в новое время применил в отношении немецкого частного права в XIX в. Гирке. Но особенно наглядно продемонстрировал этот метод Е. Хубер в отношении кантонального частного права Швейцарии³.

Среди древнеримских авторов сравнительно-правовые идеи развивались и использовались, например, Гаем Юлием Цезарем в его «Записках о галльской войне», Гаем Саллюстием Криспом в его исторических произведениях «Заговор Катилины», «Война с Югуртой», в отрывках его сочинений под общим названием «История» и др.

Используя сравнительно-правовой подход, Юлий Цезарь, в частности, анализирует не только общественный и политический строй галлов, но и характер существующих в разных частях

¹ Аристотель. Соч.: В 4т. Т. 4. М., 1984. С. 434, 435, 442.

² Там же. С. 455, 481, 484, 506 и др.

³ Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. С. 78.

Галлии обычаев, нравов и законов. Галлия, пишет он в работе «Галльская война», «по всей своей совокупности» разделяется на три части. В одной из них живут белый, в другой — аквитаны, в третьей — те племена, которые на их собственном языке называются кельтами, а на нашем — галлами. «Все они отличаются друг от друга особым языком, учреждениями и законами»¹.

Сравнительно-правовые идеи развивались также и другими древнеримскими и древнегреческими авторами. /

3.2. Развитие идей сравнительного правоведения в Средние века

С падением Западной Римской империи в V в. ушла в прошлое античная цивилизация, представлявшая собой высшее достижение древнего мира, а вместе с ней политические и государственно-правовые институты, господствовавшие в тот период. На смену данной эпохе пришли Средние века, когда западноевропейское общество, по справедливому замечанию исследователей, «надолго было отброшено назад и вынуждено было проделать новый виток развития от примитивных протогосударств к крупным конгломеративным «варварским» королевствам, а в конечном счете — к централизованным национальным государствам»².

Однако падение Западной Римской империи хотя и повлекло за собой на долгое время утрату богатейших духовных ценностей античного мира, тем не менее не следует рассматривать его как регресс в истории развития государственно-правовых идей, включая сравнительно-правовые, институтов и человечества в целом. Развал Римской империи сделал возможным выход на политическую арену Западной Европы новых человеческих сообществ, этносов и народов, которые, несмотря на то что уступали римлянам в политике и правовой культуре, сумели создать в Средние века «свои неизвестные странам Востока и античному миру, исторически более перспективные формы организации экономической, социальной, политической жизни»³.

Сказанное в полной мере относится и к сравнительному правоведению — его идеям, методологии, институтам и учреждениям. Многие из его ранних проявлений, такие, например, как

¹ Античная литература. Рим: Хрестоматия. М., 1981. С. 212.

² История государства и права зарубежных стран. Ч. I. С. 187.

³ Там же.

существование и функционирование в Древнем Риме права народов (*jus gentium*) или проведение сравнительно правовых исследований греческих государств-городов с окончанием античной эры, несомненно, остались в прошлом. Но на смену им, а нередко и в их развитие пришли новые, ранее неизвестные формы и проявления сравнительного правоведения, сформировались новые идеи в области сравнительно-правовых исследований, расширилась сфера и география активного применения сравнительного метода.

Сравнительно-правовые исследования на протяжении последовавших за крушением Римской империи веков хотя и с различной степенью интенсивности, но активно проводились и довольно широко использовались не только в государствах, примыкающих к бассейну Средиземного моря, но и во многих других странах Европы, Азии, а позднее и Северной Америки.

Одной из важнейших особенностей развития сравнительно-правовых идей, явлений, институтов и учреждений в указанный период является то, что они **формировались и развивались не только на своей собственной, порожденной на данном отрезке времени основе, но и на основе рецепции, или, иными словами, приспособления, адаптации римского права к новым историческим условиям, к новой государственно-правовой среде.**

Подчеркивая важность рецепции римского права для развития сравнительного правоведения в Средние века, И. Иеринг писал в своей работе «Дух римского права на различных ступенях его развития»: «Три раза Рим диктовал миру законы, три раза приводил народы к единству». В первый раз, когда римский народ был еще в полной своей силе, — к единству государства. Во второй раз, после того как этот народ уже исчез, — к единству церкви. В третий же раз — «вследствие усвоения римского права в Средние века — к единству права». В первый раз Риму это удалось сделать внешним принуждением — силой оружия, два другие раза — силой духа.

Всемирно-историческое значение и признание Рима, «схваченные одним словом», пояснял автор, «составляют преодоление принципа национальности идеей всеобщности»¹.

Плодом первой борьбы, отмечал Иеринг, которую Рим победоносно выдержал, было установление единства древнего мира. В Риме должны были встретиться все нити древней культуры для того, чтобы история могла прикрепить к этому узлу нити

¹ Иеринг Р. Указ. соч. С. 1.

новой христианской культуры. Всемирное владычество Рима нашло свое оправдание в христианстве, которому оно проложило путь. Без централизирующего языческого Рима не возник бы и христианский Рим¹.

Плодом второго всемирного владычества Рима было религиозное и нравственное воспитание новых народов. Римский народ уже давно исчез. «Это было лишь то самое место, из которого мир во второй раз получил свои законы, сами же законы не имели ничего общего с древним Римом»².

Когда же в третий раз новые народы приняли свои законы от Рима, то их дал им Древний Рим. Странное явление! — восклицал в связи с этим Иеринг. Мертвое право, пробуждающееся к новой жизни, право на чужом языке, доступное только ученым, наталкивающееся всюду в жизни на противодействие и все-таки завоевывающее себе доступ и победу! То, что не удалось во времена его существования, процветания и силы «переродить права чуждых народов», — ему удалось совершить полтысячелетия спустя. Оно должно было сначала умереть для того, чтобы развернуться во всей своей силе. И в каких размерах оно развернулось! В начале — не более как юридическая грамматика в руках ученых, оно вскоре подымается «на степень уложения для того, чтобы в конце концов после того, как внешний авторитет у него был оспорен и большей частью отнят, променять его на несравненно высший авторитет канона нашего юридического мышления»³.

Не в том заключается значение римского права для нового мира, делал окончательный вывод автор, что оно временно считалось источником права, а в том, что «оно произвело полный внутренний переворот, преобразило все наше юридическое мышление. Римское право сделалось так же, как христианство, культурным элементом нового мира»⁴. Для многих государств, существовавших в Средние века, оно стало неотъемлемой составной частью их правовой системы⁵. Хотя необходимо отметить, что **проникновение римского права в национальные правовые системы и соответственно его влияние на процесс развития сравнительно-правовых идей в разных странах Европейского континента происходили далеко не всегда безболезненно и равномерно.**

¹ Иеринг Р. Указ. соч. С. 2.

³ Там же.

² Там же.

⁴ Там же.

⁵ HugW. Op. cit. P. 113.

Например, на ранних стадиях развития средневекового общества после падения Западной Римской империи и образования на ее территории новых, варварских государств сфера применения римского права в этой части Европы резко уменьшилась. Римское право, согласно исследованиям отечественных и зарубежных историков, напротив, стало еще шире использоваться на территории восточной части империи и на юге, где проживало испано-романское и галло-романское население.

На территории Восточной Римской империи, отмечает В. Хуг, римское право оставалось весьма длительное время доминирующим. При Юстиниане оно было кодифицировано и впоследствии стало предметом интенсивного научного исследования и обсуждения с точки зрения его влияния на законодательство других регионов и стран¹.

Сужение сферы применения римского права на территории бывшей Западной Римской империи, а затем и во многих других регионах, находившихся некогда под властью римлян, **объясняется многими причинами. Среди них на первом плане стоит низкий уровень материальной и духовной культуры новых народов и племен**, которые были не готовы и неспособны не только перенять, но и по-настоящему понять дух, принципы, сущность и самоценность римского права.

Во времена жизни римского народа, вполне резонно замечал по этому поводу Р. Иеринг, «грядущее племя народов не было еще настолько зрело, чтобы принять из его рук ценный подарок, ему предназначенный». Требовалось еще много времени, чтобы оно выросло до той высоты культуры и зрелости, когда появилась надобность в нем и понимание его. «Римское право ждало»². Той формой, продолжал автор, в которой вновь появившиеся в результате передвижения по европейской территории и завоевательных войн племена им сперва овладели, «было принятие его как действующего уложения». Этот период «внешнего значения римского права был временем школьным, неудобным и нездоровым, но необходимым и полноправным, как переходная ступень»³.

Однако далее, во время падения римского права, умаления его «высшего значения», оно полностью не утрачивало своего влияния на другие правовые системы и институты права. Верным является утверждение о том, что, несмотря на то что **на**

¹ Hug W. Op. cit. P. 113.

² Иеринг Р. Указ. соч. С. 10.

³ Там же. С. 11.

данном историческом этапе собственно римские, классические источники права в значительной степени вышли из употребления и оказались невостребованными, тем не менее римское право в его новых, «упрощенных и варваризованных формах» продолжало по-прежнему жить и оказывать воздействие на другие системы права¹.

В таком виде римское право, например, переплеталось и использовалось наряду с правовыми обычаями у франков, вестготов и остготов, а также у других германских народов и племен. По свидетельству историков, в соответствии с приказами королей создавались даже специальные кодексы, вбиравшие в себя различные источники «варваризованного» римского права. Одним из таких кодексов был, в частности, широко известный Кодекс короля вестготов Аларика II, составленный еще в начале VI в. В его основу были положены некоторые взятые в усеченном виде статьи и параграфы Кодекса Феодосия, действовавшего в Восточной Римской империи с 15 февраля 438 г., а в Западной — с 1 января 439 г., а также законодательство других римских императоров, Институции Гая, Сентенции Павла и др.

Для укрепления королевской власти использовались также иные источники римского права (Институции Ульпиана, Дигесты Юстиниана и др.), в которых власть императора рассматривалась в качестве высшего юридического авторитета, непререкаемой юридической силы и воли. «То, что угодно принцип-су, — говорилось, например, в Дигестах Юстиниана, — имеет силу закона. А именно, с тех пор как царским законом, который был дан в отношении его империя, народ предоставил свой империй и власть ему и всему в нем»².

Настоящее возрождение римского права во многих странах Западной Европы, его активное использование, причем не столько в его ранних, «древних», сколько в его более поздних, «классических», формах, **начинается с середины XI — начала XII в. Соответственно с этого времени заметно усиливается его влияние и на сравнительно-правовой процесс.**

¹ История государства и права зарубежных стран. Ч. II. С. 196.

² Цит. по: *Контев А.В.* Кодификация Феодосия и ее предпосылки // Древнее общество. 1996. № 1. С. 48.

³ В западной литературе термины «древний» и «классический» иногда не только сопоставляются, но и противопоставляются, и не без оснований, ибо «классические» формы римского права, не в пример «древним», оказали «решающее влияние на становление и развитие наших западных правовых традиций» (*Hicks St. Op. cit. P. 83*).

Каковы причины этого явления? Чем была вызвана необходимость расширения и углубления процесса сравнительного изучения «мертвого» римского права и «живого», действующего права? Какие факторы лежали в основе усиления рецепции римского права в данный период?

Причин и факторов много, и все они весьма разнообразны. Наряду, например, с материальными факторами, ассоциировавшимися с оживлением экономической жизни европейского общества в этот период, в особенности торговли, и необходимостью опосредствования вновь возникавших отношений с помощью приспособленных для этих целей норм и институтов римского права, важное значение имели также духовные и социальные факторы.

В силу того что европейское общество в это время, как правильно отмечается в исторической литературе, особенно остро нуждалось в правовой стабильности, правовом порядке и соответственно в распространении юридического образования и мышления, рецепция римского права, проявившего себя как наиболее разработанное, универсальное и рациональное право, содержащее в себе все необходимые регуляторы как для общества в целом, так и для отдельных его групп, стала объективной необходимостью и неизбежностью. Тем более что в рецепции римского права и ее поддержке были заинтересованы господствовавшие в тот период в Европе институты, а именно католическая церковь и королевская власть¹.

Католическая церковь рассматривала рецепцию римского права как средство поддержания канонического права и обоснования притязаний римских пап на мировое господство. Что же касается королевской власти, то она санкционировала в конечном счете рецепцию римского права с надеждой на то, что последняя будет служить централизации государственной власти, а также юридизации и подчинению ее влиянию всей общественной и политической жизни каждой отдельной страны.

Как показал исторический опыт, усилия католической церкви по поддержанию рецепции римского права и надежда королевской власти на ее положительный исход в полной мере оправдались.

Римское право в его адаптированном к новым условиям виде в огромной мере способствовало укреплению позиций католической церкви и усилению роли канонического права. Вобрав в себя целый ряд институтов и норм римского права, каноническое

¹ История государства и права зарубежных стран. Ч. II. С. 197.

право неизменно провозглашалось как своего рода «преемник» римского права, как право, уходящее своими корнями в глубину веков римской истории, наконец, как право, согласно духу и предписаниям которого осуществлялась внутренняя жизнедеятельность католической церкви¹. «Церковь живет по римским законам» — таковой была формула, отражавшая отношение католической церкви к «модернизированному» римскому праву и к его рецепции.

В период Средневековья наряду с укреплением позиций католической церкви через каноническое право рецепция римского права в значительной степени способствовала также усилению королевской власти в Европе, преодолению государственных и иных территориальных границ, становлению и развитию общей для многих европейских стран правовой культуры, традиций, системы юридического образования.

Однако, несмотря на это, отношение к реципированному римскому праву в некоторых странах Западной Европы как в раннее Средневековье, так и в последующие века было неоднозначным. Двойственное отношение к нему имело место, например, во Франции. Королевская власть для укрепления своих позиций, с одной стороны, ссылалась на ряд положений римского публичного права, использовала легистов в своем государственном аппарате, а с другой — весьма подозрительно относилась к тем его положениям, которые могли бы свидетельствовать о непроизвольном признании верховенства власти римско-германских императоров над властью французских королей.

Исходя из этого, французские короли поступали следующим образом: признавали доктринальное значение римского права и одновременно ограничивали его практическое применение. Так, в XIII в. Людовик Святой прямо заявил в одном из своих постановлений, что римское право не должно рассматриваться во французском королевстве как обязательное, действующее право. Филипп Смелый запрещал практикующим юристам использовать римское право наряду с обычным правом. Король Август специальным актом даже ограничил преподавание римского права и других зарождающихся отраслей права в Парижском университете наряду с другими институтами. Преподавание римского права в Парижском университете было возобновлено лишь в 1679 г. с разрешения Людовика XIV².

¹ *Hazeltine J. Roman and Canon Law in the Middle Ages // Cambridge Medieval History. 1926. N 51. P. 697-704.*

² См. подробнее: *История государства и права зарубежных стран. Ч. II. С. 304.*

В рассматриваемый период были и иные препятствия на пути рецепции римского права и соответственно на пути развития идей сравнительного правоведения. Они имели как официальный характер (официальные запреты и ограничения), так и не официальный (борьба научных школ, социально-политических течений и пр.); проявлялись в той или иной мере как во Франции, так и в других европейских государствах.

Например, в раннее Средневековье в Англии ее весьма сложная, запутанная, казуистичная правовая система не только не испытывала на себе действительного влияния римского права, но, напротив, длительное время всячески препятствовала проникновению в нее даже римского правового духа. Одна из причин этого заключалась в том, что сложившиеся в конце XIII в. замкнутые корпорации официально назначаемых судей, монополизировавших правоприменительную деятельность по всей стране, выступали как ярые защитники создаваемого ими же самими общего права и как противники римского права.

В последующие годы ситуация в этой стране, по свидетельству исследователей, несколько изменилась. Римское право начало выступать как один из важнейших источников английского права наряду с каноническим правом. Однако вплоть до XV в. оно так и не стало объектом научного, сравнительно-правового исследования и в силу этого не способствовало развитию в Англии в данный период сравнительно-правовых идей¹.

Значительные препятствия на пути рецепции римского права и соответственно развития сравнительно-правовых идей были не только в Англии и во Франции, но и в Германии. Помимо официальных ограничений, имевших место в отдельных частях (землях) Германской империи на различных этапах ее развития, **рецепция римского права в значительной мере сдерживалась также в силу борьбы различных общественно-политических течений и научных школ. В качестве одного из примеров можно сослаться на историческую школу права**, зародившуюся в Германии в конце XVIII в. и исходившую из того, что любое национальное право есть не что иное, как порождение народного духа, что это — всегда ограниченное рамками «национальной идеи» и народного духа право. Это право, согласно такому представлению, свободно от какого бы то ни было влияния извне, в том числе и со стороны римского права, и, по сути, чуждо идеям сравнительного правоведения.

¹ Holdsworth Th. History of English Law. L., 1923. P. 175-206.

Критикуя подобную позицию, Р. Иеринг резонно замечал, что, когда историческая школа права выставляет на первый план «идею национальности права как исключительно верную и руководящую», она искусственно изолирует одну правовую систему от другой. А кроме того, она вступает в «вечно неразрешимое» противоречие с «усвоением римского права», имея ввиду, что римское право никогда не войдет в нашу науку и практику «через дверь национальности»¹.

Жизнь народов, рассуждал автор, не есть изолированное стояние друг подле друга. Она, как и жизнь отдельных личностей, «есть общение, система взаимных соприкосновений и влияний». Она выступает как «громкий обмен, охватывающий все стороны человеческого бытия». Тот же самый закон, который имеет силу для мира материального, существует и для духовного, ибо жизнь есть «заимствование извне и внутреннее присвоение». Заимствование и ассимиляция — вот те две основные функции, на существовании и равновесии которых основываются бытие и здоровье всякого живущего организма. Прекратить заимствование извне и «присудить организм к развитию изнутри — значит умертвить его», ибо «развитие изнутри начинается только у трупа»².

Перенося эти свои рассуждения на право, автор не без оснований настаивает на том, что живое, динамичное развитие любой национальной системы права единственно возможно лишь во взаимосвязи и взаимодействии с другими системами права, в том числе с широким использованием рецепированного римского права.

Потеряло ли римское право свое значение в связи с принятием многочисленных законодательных актов в той или иной стране и развитием национального права? — спрашивает Иеринг, полемизируя со своими оппонентами — сторонниками исторической школы права. И отвечает: нельзя при рассмотрении данной проблемы забывать, что «все эти новые законодательства как материально, так и формально основываются на римском праве». «Римское право так же, как и христианство, греческая и римская литература и искусство, сделалось элементом нового мира, влияние которого отнюдь не ограничивается теми учреждениями, которые мы заимствовали из римского права»³.

Наше юридическое мышление, продолжал автор, наш метод, наша манера созерцания, все наше юридическое образование

¹ Иеринг Р. Указ. соч. С. 4.

² Там же. С. 5.

³ Там же. С. 11-12.

«сделалось римским», если только выражение «римское» может быть приемлемо к чему-либо «всеобщественному». Следует иметь в виду, констатирует Иеринг, что римляне «имели лишь ту заслугу, что довели его развитие до высшего совершенства».

Означает ли проникновение римского права во всю нашу правовую жизнь, в юридическую практику, задается вопросом ученый, что мы достигли вершин в его изучении и соответственно в его сравнительно-правовом применении? Так ли мы уверены в его постижении, что можем отказаться от его дальнейшего изучения и овладения им? Вряд ли. «Было время, что так думали, и в странах с новыми уложениями разорвали научную связь с римским правом». Опыт доказал поспешность этого предположения. Сомневаться в том, что изучение римского права может оказаться излишним, способен только тот, подчеркивал автор, кто считает «новые народы осужденными на вечное научное несовершеннолетие в области права». Путем римского права, **но превзойдя его**, сформулировал свой окончательный вывод Иеринг, «**вон от него** — вот девиз, в котором для меня заключается значение римского права для нового мира»¹.

Это означает, что как для раннего Средневековья, так и для более поздних столетий постижение римского права никогда не было самоцелью. По своей природе и характеру оно никогда не противопоставлялось ни общему, ни каноническому, ни обычному, ни национальному (на более поздних этапах развития общества) праву. Несмотря на явные или мнимые препятствия и трудности, которые встречались на его пути, оно всегда пробивало себе дорогу и в качестве своеобразного, широко признанного образца для подражания и непрямого преодоления в новых условиях, как средство совершенствования государственно-правовой и общественно-политической жизни, отдельных правовых институтов и систем.

Римское право независимо от того, воспринималось ли оно в его первоначальном («древнем») или классическом варианте, вульгаризованном или цивилизованном виде, всегда выступало как способ преодоления узконационального юридического изоляционизма и провинциализма, как средство для стимулирования и применения сравнительно-правовых идей. Решая проблемы рецепции римского права, думая над тем, какие его принципы, нормы и институты могут оказаться полезными для той или иной национальной системы права, приемлемыми для нее, а какие не являются таковыми, любой исследователь или законодатель

¹ Иеринг Р. Указ. соч. С. 12.

неизбежно сталкивается с необходимостью сравнения римского права (его сопоставления или противопоставления) с действующим в данный момент правом. Таким образом, осознанно или неосознанно, он вовлекается в сферу сравнительного правоведения. В силу этого следует особо подчеркнуть, что **история развития рецепции римского права является неотъемлемой составной частью истории развития всего сравнительного правоведения.** Данный тезис представляется верным не только для средневекового периода развития сравнительного правоведения, но и для всей истории государства и права.

I

Однако история развития идей, как и самого сравнительного правоведения, в Средние века и в последующие годы отнюдь не сводится только к рецепции римского права. **Сравнительно-правовые идеи развивались одновременно и апробировались также на базе самих национальных систем права.** В процессе развития общества, государства и права, в ходе расширения торговых и иных отношений между странами неизбежно возникала необходимость и потребность не только в использовании доведенных до своего совершенства различных институтов, принципов и норм «мертвого» римского права, но и во взаимодействии отдельных положений и институтов живого, действующего в различных государствах средневекового и более позднего периода права.

Такая необходимость и потребность особенно остро ощущались в связи с кодификацией и унификацией различных отраслей права, и прежде всего гражданского. Яркой иллюстрацией влияния одних правовых систем или их отдельных актов и институтов на другие может служить Гражданский кодекс Франции 1804 г., или, как его чаще называют, Кодекс Наполеона. Принятие и введение в действие этого фундаментального по своей природе и характеру акта оказало огромное влияние не только на дальнейшее развитие законодательства Франции, но и **на правовые системы других стран.** Причин для этого, согласно мнению западных экспертов, было несколько.

Во-первых, гибкость и универсальность Кодекса Наполеона, вобравшего в себя, с одной стороны, широкие права и свободы граждан, провозглашенные Французской революцией, и ее «просвещенный энтузиазм», а с другой — принципы права, которые постепенно формировались судами еще с древних времен, а затем тщательно разрабатывались и совершенствовались юристами **XVII и XVIII вв.**¹

¹ *ZweigertK, KotzH. Op. cit. P. 101-102.*

Во-вторых, реализм и прагматизм Гражданского кодекса Франции, отвечавшего нуждам и интересам господствовавшей в XIX в. буржуазии и в то же время оставлявшего широкий простор «для различных вариантов его прогрессивного толкования»¹.

И, в-третьих, обеспечение положений, содержащихся в данном нормативно-правовом акте, реальной политической, культурной и интеллектуальной силой (властью). По мнению западного исследователя П. Кошейкера, Кодекс Наполеона, как и любой иной нормативный акт, воспринимался в других странах не только и даже не столько в силу своей простоты и высокопрофессиональной разработанности, сколько благодаря своей политической и иной обеспеченности.

Рецепция зарубежного права, пишет автор, это вопрос не столько его качества, сколько его реальной власти, возможности воздействия на общественные отношения. Рецепция становится возможной лишь тогда, когда воспринимаемое право «находится в силе» и обеспечивается или политическими средствами реально существующей и действующей власти, или же, в крайнем случае, интеллектуальными и культурными средствами как право государства, обладающего в настоящее время или обладавшего до недавнего времени политическим и иным влиянием, наложившим свой заметный отпечаток на законодательство других стран².

Существуют и иные версии причин огромной популярности и широкой распространенности Кодекса Наполеона в различных странах. Однако каковыми бы они ни были, спорными или бесспорными, обоснованными или необоснованными, неопровержимым доказательством является то, что данный юридический акт, будучи весьма заметным памятником правовой культуры, оказал огромное влияние на развитие сравнительного правоведения и законодательствоведения многих стран.

Так, вскоре после вступления в силу Кодекса Наполеона во Франции он распространил свое влияние на ряд земель Германии, на значительную часть зависимой от Франции территории Италии, на некоторые кантоны Швейцарии .

В период между 1804 и 1812 гг., по мнению исследователей, Гражданский кодекс Франции был воспринят многими странами, находившимися под властью Франции в результате их оккупации. Идеи, заложенные в Кодексе Наполеона, продолжали

¹ ZweigertK., KotzH. Op. cit. P. 102.

² KoschakerP. Europa imd das Romische Recht Berlin, 1953. S. 132-138.

³ ZweigertK., KotzH. Op. cit. P. 106-109.

доминировать в этих государствах, особенно в сфере частного права, даже после того, как они освободились от господства Франции и добились восстановления своего суверенитета.

Влияние Гражданского кодекса Франции в первой половине XIX в. и в последующие годы распространилось и на законодательство Дании, Нидерландов, Португалии, а также ряда стран Северной Африки (Алжир, Тунис, Египет, Марокко), Ближнего Востока (Сирия, Ливан), Центральной и Южной Америки.

После завоевания своей независимости от Испании многие вновь образованные государства Латинской Америки, нуждаясь в собственных гражданских кодексах, обратились прежде всего к Гражданскому кодексу Франции. Это считалось вполне естественным и понятным, поскольку по своей природе он был продуктом Великой Французской революции, базировавшейся на тех же принципах, которые вдохновляли и латиноамериканских борцов за свободу, справедливость и независимость.

Что же касается правовой системы Испании как государства-метрополии, которая по логике вещей, казалось бы, должна была по-прежнему доминировать в освободившихся странах, то она получила резкое отторжение прежде всего в силу политических и идеологических причин как правовая система колонизаторов. К тому же право средневековой Испании, по заключению историков и юристов, в тот период не было еще ни кодифицированным, ни унифицированным. В нем значительное место занимали местные правовые обычаи¹.

Идеи сравнительного правоведения в рассматриваемый период **нашли свое отражение** и развитие не только в рецепции римского права и практическом развитии законодательства ряда стран, но и в многочисленных научных исследованиях.

Хрестоматийными для истории развития сравнительного правоведения в Средние века в Европе явились работы английского исследователя-компаративиста XV в. Фортескью, который впервые провел сравнение ряда законов Англии и Франции. По мнению специалистов в области истории государства и права, труды автора, в особенности такие, как «Управление Англией» и «О похвале английским законам», грешат ничем не прикрытой тенденциозностью и необъективностью по отношению к французскому законодательству. В них предпринимается попытка доказать превосходство английской государственно-правовой системы над французской². И все

¹ Zweigert K., Kotz H. Op. cit. P. 117.

² Ibid. P. 49.

же это был опыт сравнительного анализа двух наиболее развитых в тот период правовых систем.

В XV-XVI вв. в Англии сравнительному анализу правовых систем и институтов посвящались также работы и других авторов. В частности, определенную известность в свое время получила книга Х. Гермейна «Доктор и студент», в которой предпринималась попытка сравнительного изучения общего и канонического права¹. Известны работы В. Фулбеке, связанные со сравнительным анализом общего, канонического и гражданского права². Опубликованы были произведения и других авторов, посвященные сравнительному анализу различных правовых систем.

Несмотря на это, не без оснований отмечает В. Хуг, весьма мало сомнений было и остается в том, что даже в начале XVII в. «средний европейский юрист был хорошо осведомлен лишь о правовой системе, действовавшей в его собственной стране, но отнюдь не за ее пределами». Юрист, имевший дело с правовыми актами западной части европейского континента, не был знаком ни с действовавшими за пределами его собственной страны германскими правовыми обычаями, ни с английским общим правом. В свою очередь английский юрист не имел никакого представления ни о германских обычаях, имевших место на континенте, ни о современном ему римском праве³.

Сравнительно-правовые исследования проводились на протяжении всего средневекового периода. Но наиболее четко сравнительно-правовые тенденции в юридической науке стали проявляться в период позднего Средневековья. Именно в это время, как отмечают К. Цвайгерт и Х. Кётц, «юриспруденцию стремились сделать элегантно». В связи с этим упоминаются работы юристов второй половины XVII в. Струве и Стрика, в которых проводилось сравнение и противопоставление римского и немецкого частного права.

В эпоху Просвещения обычно давались ссылки на работы ученых Вольфа и Неттельбладта, которые, будучи сторонниками господствовавшей в Европе в тот период теории естественного права, занимались также проблемами сравнительного правоведения. От этих авторов, как полагают современные компаративисты, трудно было ожидать полной поддержки идей

¹ Holdsworth J. Op. cit. P. 226.

² Fulbecke W. Parallele or Conference of Civil Law, the Common Law of this Realme of England. L., 1601.

³ Hug W. Op. cit. P. 118.

сравнительного правоведения, так как разделявшаяся ими доктрина естественного права не во всем согласовывалась с начавшей складываться теорией сравнительного правоведения.

Поскольку доктрина естественного права, отмечали в связи с этим Цвайгерт и Кётц, имела «чисто спекулятивный характер и была выдвинута без привлечения каких-либо юридических материалов», то остается лишь гадать, в какой мере априорные выводы этих авторов были плодом «подразумеваемого или сравнительного правоведения»¹.

Сомнения Цвайгерта и Кётца относительно позитивного вклада сторонников естественного права в процесс развития сравнительного правоведения в данный период разделялись и другими авторами. Однако не следует забывать, что изучение проблем сравнительного правоведения не только с позитивной, но и с негативной целью его «разоблачения» и отторжения также является своеобразным вкладом в данный процесс. По крайней мере, такой подход стимулирует разностороннее исследование проблем сравнительного правоведения.

Кроме того, необходимо напомнить, что следующее поколение сторонников естественного права в лице таких его знаменитых приверженцев, как Монтескье, Гроций, Пуфендорф и многие другие, стремилось всячески использовать сравнительно-правовой метод для того, чтобы обосновать доктрину естественного права и его отдельные положения. Монтескье, например, познавая природу законов, являющихся, по его мнению, не чем иным, как отношениями, вытекающими из природы вещей, провел огромную работу по сравнительному анализу не только законодательства, но и географических и климатических условий жизни разных народов и стран. Вывод, к которому пришел автор на основе использования сравнительного метода, заключался в том, что «законы очень тесно связаны с теми способами, которыми различные народы добывают себе средства к жизни».

Это, несомненно, был вывод в духе естественного права, подтверждающий правоту исследователей, которые считают, что достижением эпохи Монтескье и других видных сторонников естественного права «стало не столько намерение систематически использовать сравнительное правоведение, сколько признание теоретической ценности самого метода»².

¹ Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. 1. Основы. М., 1995. С. 79.

² Там же. С. 79.

Учитывая значительный вклад Монтескье в развитие идей сравнительного правоведения, некоторые авторы, такие, например, как Гуттеридж и Канфройд, считают его даже «вероятным основателем» или «пионером сравнительного правоведения»¹. В этом утверждении есть доля правды, но только применительно к средневековому этапу развития идей сравнительного правоведения.

При рассмотрении истории развития идей сравнительного правоведения в период Средневековья нельзя не вспомнить работы Бэкона, в частности его труд «О достоинстве и приращении наук», в котором он указывал на необходимость «освободиться от цепей» национального права для того, чтобы узнать его истинную ценность, и развивал тезис о том, что свое собственное, национальное право не может и не должно служить критерием оценки самого себя. Такого рода положения и утверждения, несомненно, выходили за рамки сложившегося в рассматриваемый период юридического мышления и способствовали развитию идей сравнительного правоведения².

Значительную роль в развитии идей сравнительного правоведения в данный период сыграли отдельные работы немецкого философа-идеалиста Г. Лейбница, в частности его трактат «Сфера применения права», а также научные труды многих других авторов.

3.3. Чем отличается современный этап развития сравнительного правоведения от прежних его этапов?

Смысл термина «современный» независимо от того, применяется ли он к государству и праву вообще или же к сравнительному государствоведению и правоведению, в частности, неизбежно сводится к двум основным параметрам: формальному и содержательному.

Формальный параметр ассоциируется с недавним по времени (датой) возникновением того или иного государственно-правового явления, основными этапами и стадиями его становления, формально-юридическими особенностями его настоящего («современного») развития.

Содержательный аспект термина «современный» означает «наличие» в данном явлении, институте или учреждении новых идей, доктрин, концепций, развитие их в соответствии с условиями и

¹ Gutteridge A. Comparative Law. L., 1949. P. 12; Kahn-Fruend. Comparative as an Academic Subject// Law Quarterly Review. 1966. P. 40.

² См. об этом: Cruz P. de. A Modern Approach to Comparative Law. Boston, 1993. P. 9-10.

традициями нового времени, готовность и способность положительно реагировать на повседневные запросы и вновь возникающие потребности данного времени.

При рассмотрении современного этапа развития сравнительного правоведения для более полного и глубокого его изучения целесообразно использовать все аспекты и смысловые значения термина «современный». Важно при этом, однако, отметить, что с формально-юридической точки зрения, а точнее, по времени своего возникновения и развития «современный» и «настоящий» (нынешний) этап эволюции идей сравнительного правоведения, по существу, не совпадают.

Дело в том, что когда специалисты в области сравнительного правоведения говорят о его современном этапе, о современности, то вовсе не имеют ввиду только его нынешнюю, последнюю по времени стадию эволюции. Под современным сравнительным правоведением чаще всего понимают его содержательную сторону, отвечающую современному духу времени, — наиболее актуальные идеи и принципы, активно «работающие» в системе компонентов сравнительного правоведения, независимо от времени их возникновения; его сложившуюся к настоящему времени внутреннюю структуру (состав, строение); характер отношений с внешним миром; наконец, отвечающую нынешним академическим и практическим потребностям методологию.

Что же касается времени возникновения *современного сравнительного правоведения*, времени, с которого начинается его «современный» отсчет, то в этом случае будет иное положение дел.

Одни авторы склонны считать датой его возникновения 1900 год — год проведения первого в мире Международного конгресса сравнительного правоведения, что, по их мнению, само собой разумеется. Как известно, пишут, например, К. Цвайгерт и Х. Кётц, сравнительное правоведение зародилось в Париже в 1900 году, в период проведения там Всемирной выставки. Этот блестящий смотр человеческих достижений, естественно, сопровождался многочисленными конгрессами. Это дало возможность французским ученым Э. Ламберту и Р. Салею как организаторам успешно провести Международный конгресс сравнительного правоведения. Конгресс стал серьезным стимулом для развития науки сравнительного правоведения и метода сравнительного правоведения. Развернувшаяся на нем дискуссия дала толчок для современных продуктивных исследований в этой новой сфере правоведения¹.

¹ См.: Цвайгерт К, Кётц Х. Указ. соч. С. 9.

Другие авторы исходят из того, что современное сравнительное правоведение ведет свой «отсчет» со второй половины XIX в. Датой его рождения признается 1869 год — год возникновения Общества по изучению сравнительного законодательства во Франции и появления первых в мире кафедр по изучению и преподаванию «сравнительной юриспруденции» в Кембридже и Оксфорде — в Англии¹.

Возникновение сравнительного правоведения в 1869 г. так же, как и в первом случае, считается чем-то само собой разумеющимся. Правда, при этом делаются оговорки — разъяснения в духе того, что речь идет о полном признании сравнительного правоведения лишь как «новой отрасли знаний, зародившейся в недрах правовой науки»², как «отдельной академической дисциплины» и т.д.

Настаивая на возникновении современного сравнительного правоведения именно во второй половине XIX в., а не раньше и не позднее, некоторые ученые связывают его не столько с формальными датами или локальными событиями (создание Общества, открытие кафедры и т.п.), сколько с глобальными компаративистскими процессами, происходившими в данный период в науке и академическом мире.

Пройдя длительный путь своего становления и развития, пишет в связи с этим известный исследователь-компаративист П. Круз, сравнительное правоведение в том виде, в каком оно существует и поныне, возникло примерно в середине XIX в. по целому ряду причин. Одной из них является бурное развитие того «интеллектуального движения, которое мы обычно ассоциируем с великой Эволюцией и Дарвинизмом»⁴. Сравнительное правоведение стало неотъемлемой составной частью этого движения. Завершение процесса его формирования, а затем и его ускоренное развитие стимулировались прежде всего процессом совершенствования самого метода сравнительного исследования, который в данный период уже широко применялся не только в юриспруденции, но и в аналогии (сравнительная аналогия), филологии (сравнительная филология) и религиоведении (сравнительное религиоведение)⁵.

¹ *Brown L.A.* Century of Comparative Law in England: 1869-1969 // *The American Journal of Comparative Law*. 1979. Vol. 19. P. 232.

² *Pollok F.* History of Comparative Jurisprudence // *Journal of Society of Comparative Legislation*. L., 1903. P. 86.

³ *Rudden B.* Comparative Law in England // *Historical and Socio-Legal Perspectives*/ Ed. by W. Butler, V. Kudriavtzen. L., 1985. P. 84.

⁴ *Cruz P.de.* Op. cit. P. 11.

⁵ *Ibidem.*

Столь широкое и интенсивное применение сравнительного метода в рассматриваемый период было, по словам одного из исследователей-компаративистов XIX в., «величайшим временем», важнейшей стадией развития человеческого ума¹.

Разумеется, что для глубокого и разностороннего понимания современного сравнительного правоведения так же, как и любого иного этапа его развития, **установление точной даты** его возникновения и завершения **не имеет принципиального значения**. Далеко не всегда принципиально важным является также определение абсолютно точных временных пределов существования тех или иных стадий (в рамках отдельных этапов) развития сравнительного правоведения². Гораздо важнее применительно к предмету нашего исследования установление того, чем современный этап развития сравнительного правоведения (независимо от того, датируется ли его возникновение 1869-м или же 1900-м годом) отличается от предыдущих этапов и чем соответственно каждая предыдущая стадия его развития отличается от каждой из последующих.

Выделяя, например, **четыре условные стадии развития современного сравнительного правоведения** и констатируя, что каждая из них «представляет собой в его развитии значительный прогресс», один из специалистов в области сравнительно-правовых исследований Дж. Майда вполне оправданно акцентирует внимание на содержании этих стадий, а не их детальной хронологии и тем более названии.

Так, отличительная особенность **первой стадии** развития современного сравнительного правоведения, которая хронологически определяется примерно второй половиной XIX — началом XX в., состоит, по мнению автора, в том, что именно в это время получили широкое распространение идеи Ламберта и Салея о так называемом «*droit commun legislatif*», послужившие своеобразным импульсом для «международной унификации права».

Вторая стадия, охватывающая собой 20—40-е гг. XX столетия, характеризуется автором как стадия развития и довольно широкого распространения среди ученых-компаративистов мнения о том, что сравнительное правоведение — это не отдельная наука, не самостоятельная отрасль знаний, а лишь особый, сравнительно-правовой метод исследования.

Характерной особенностью **третьей стадии** развития современного сравнительного правоведения, хронологически

¹ Freeman A. Comparative Politics. L., 1873. P. 1-3.

² Zweigert K., Kötz H. Rechtsvergleichung. Darmstadt, 1978. S. 124-129.

ограниченной рамками конца 40-50-х гг., является то, что именно в это время предпринимаются усиленные попытки исследования его в практическом плане, как «инструмента» решения повседневных практических задач, и одновременно уделяется повышенное внимание сравнительно-правовому образованию, в особенности в Европе и Америке.

Наконец, **четвертая стадия** развития современного сравнительного правоведения, начавшаяся в 60-х гг., отличается прежде всего тем, что напрямую ассоциируется с целенаправленной разработкой компаративистами разных стран, и в первую очередь известным французским ученым Р. Давидом, доктрины «великих систем» — правовых семей¹.

Выделяя и рассматривая какую-либо определенную стадию развития современного сравнительного правоведения, мы сознательно или интуитивно сопоставляем ее со всеми другими стадиями. Аналогично обстоит дело и с каждым этапом или периодом развития сравнительного правоведения, включая современный.

Проводя таким образом сравнение, мы выясняем, что у них общего и что особенного, определяем, в чем заключается специфичность рассматриваемого этапа. Исследуя под данным углом зрения современный период развития сравнительного правоведения, обратим внимание прежде всего на следующие его основные особенности и черты.

Современный этап развития сравнительного правоведения характеризуется **завершением процесса становления сравнительного правоведения и государствоведения как относительно самостоятельной отрасли знаний и академической дисциплины.**

Несмотря на затянувшиеся до настоящего времени нередко весьма острые академические споры, ведущиеся в отечественной и зарубежной литературе относительно места и роли сравнительного правоведения в системе других юридических и не-юридических наук, а также его реального статуса как отрасли знаний, вполне очевидным и бесспорным фактом стало то обстоятельство, что **за последнее столетие сравнительные исследования в области государства и правоведения превратились из эпизодических в систематические.**

Это свидетельствует о том, что сравнительное правоведение независимо от того, рассматривается ли оно как реальная или же пока лишь как потенциальная академическая дисциплина,

¹ *Mayda J. Some Critical Reflections on contemporary comparative Law // Zweigert K. und Kötz H. Rechtsvergleichung. Darmstadt, 1978. S. 367.*

постепенно набирает силу, превращается в относительно самостоятельный академический феномен.

Разумеется, данный процесс не происходит гладко и безболезненно, но он непрерывно идет. Описывая его развитие с 1900 г., со времени проведения первого Международного конгресса сравнительного правоведения, К. Цвайгерт и Х. Кётц правильно подмечают, что он так же, как и само поступательное движение истории, в настоящее время «осуществляется волнами, причем гребень последней из них чуть выше предыдущей»¹.

Известно, что во время проведения конгресса в юридическом мире так же, как и на самом конгрессе, царило весьма оптимистичное настроение в отношении будущего сравнительного правоведения. По свидетельству авторов, это настроение соответствовало духу того времени, которое «благодаря растущему благосостоянию порождало у всех, включая и ученых, веру в непрерывность прогресса». Человечество, уверенное в своих силах и убежденное в успехе, стремилось выйти за национальные границы и «мирным путем покорить окружающий его мир»².

Юристы также находились под влиянием этого духа времени, что вполне понятно и естественно. Их больше не устраивали простое толкование и разработка норм национального права. Поэтому не случайно почти все материалы и публикации конгресса были проникнуты обезоруживающей верой в победное шествие человеческого прогресса, а некоторые, наиболее оптимистичные, а точнее, сверхоптимистичные из них (например, предложения Ламбера и Салея) даже были направлены на разработку так называемого «вселенского» права, т.е. права, единого для всего человечества.

Однако все последующее развитие человеческого общества, в особенности две разразившиеся мировые войны, положило конец многим юридическим грезам. К. Цвайгерт и Х. Кётц не без оснований констатируют, что вера в неправильную поступательность человеческого прогресса, столь характерная для начала нынешнего века, несколько десятилетий спустя окончательно угасла³.

И тем не менее, несмотря на охвативший мир повсеместный скепсис, несмотря на существенные изменения во взглядах человечества на суть исторического процесса, сравнительное правоведение все же продолжало развиваться и обогащаться новыми идеями.

¹ Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. С. 10.

² Там же. С. 9.

³ Там же. С. 10.

Юристы, занимавшиеся исследованиями в этой области, по наблюдениям авторов, стали лучше ориентироваться в своем предмете, усовершенствовали методы своих исследований и перестали витать в облаках. Их убежденность в полезности и необходимости сравнительного правоведения осталась непоколебимой. Ученые не столь подвержены вирусу пессимизма по сравнению с представителями других профессий, ибо их основная задача заключается не в решении сиюминутных, повседневных проблем, а прежде всего в поисках научной истины.

Но даже с утилитарной точки зрения в настоящее время практическая польза сравнительного правоведения остается столь же неоспоримой, как и прежде, особенно если учесть, что с 1900 г. технический прогресс сделал мир еще теснее и еще резче поставил вопрос о необходимости преодоления в различных сферах жизни общества, и прежде всего в государственно-правовой, национального изоляционизма. Более того, благодаря расширению международного сотрудничества в сравнительном правоведении наблюдается постепенное сближение различных воззрений, сопровождающееся «отказом от убеждения в непогрешимости собственных взглядов и более гибким подходом к устоявшимся догмам»¹.

Характерной особенностью современного этапа развития сравнительного правоведения является **беспрецедентное за все годы его существования расширение сферы и географии его распространения и влияния**².

Если раньше сравнительно-правовые исследования и практика применения сравнительного правоведения ограничивались главным образом сферой коммерческих, торговых и иных по сути своей гражданско-правовых отношений, то на нынешнем этапе сравнительное правоведение в той или иной степени распространяет свое влияние фактически **на все сферы** общественных отношений, опосредуемых нормами правоведения.

Радикально расширилась и география применения сравнительного правоведения. В настоящее время уже невозможно утверждать, как это было раньше, что основным регионом и центром генерирования, или же научно-практического культивирования, идей сравнительного правоведения является континентальная Европа или Англия. Сейчас в мире практически нет такого государства или региона, где бы не развивались или не использовались его идеи.

¹ Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. С. 10.

² См.: Тихомиров Ю.А. Курс сравнительного правоведения. М., 1996. С. 2—29.

Следует заметить, что и в самой Европе в плане развития идей сравнительного правоведения произошли огромные изменения. Так, если в «эру кодификаций законодательства», начало которой было положено во второй половине XVIII в., в силу разных причин (таких, как отказ от ранее общего для всех европейских юридических школ латинского языка, подготовка и издание кодексов в каждой стране только на основе своей «национальной индивидуальности» и только на своем национальном языке и др.) между правовыми системами европейских государств возникли «новые интеллектуальные барьеры», то по мере развития европейского общества, особенно после Второй мировой войны, они были полностью устранены. Одновременно были созданы необходимые условия для объединения всех западноевропейских стран и их правовых систем в единое государственно-правовое сообщество.

В противоположность тому времени, констатирует американский исследователь Р. Шлезинджер в своей работе «Прошлое и будущее сравнительного права»¹, когда практикующие юристы и профессора права одних европейских стран вынуждены были в условиях «сугубо национальной кодификации» рассматривать правовые системы других европейских стран как по-настоящему «чужеродные» правовые системы, во второй половине XX в. ситуация стала коренным образом меняться. За последние два-три десятилетия маятник опять качнулся в другую сторону. Под влиянием огромного, охватившего весь мир транснационального обмена товарами, капиталами, различными техническими, технологическими и иными услугами, а также перемещений по всему миру огромных масс людей произошла неизбежная в таких случаях глобализация всех видов юридической деятельности. Если раньше в процессе разработки сравнительного правоведения внимание акцентировалось на различиях и особенностях сравниваемых правовых систем, то в настоящее время юристами-теоретиками и практиками все большее значение придается поиску их общих основ и корней, первостепенному выявлению их общностей, нежели особенностей².

Важной чертой современного этапа развития сравнительного правоведения является также его **глобализация, повсеместная институционализация, его институциональное оформление.**

¹ *Schlesinger R. The Past and Future of Comparative Law // The American Journal of Comparative Law. 1995. Vol. 43. P. 477-486.*

² *Ibid. P. 479.*

Это проявляется, в частности, в том, что именно на современном этапе в ряде стран создаются ассоциации или общества по изучению проблем сравнительного правоведения, открываются новые специализированные кафедры и институты, выпускаются специализированные периодические издания. В университетских учебных планах и программах предлагаются многочисленные спецкурсы по сравнительному праву. Периодически проводятся международные конгрессы, конференции и симпозиумы по сравнительному правоведению.

Было бы неверным утверждать, что элементы институционализации сравнительного правоведения не проявлялись и раньше. Они выражались, например, в наличии в некоторых западных университетах периода раннего Средневековья специальных учебных курсов по изучению римского, канонического или общего права, в подготовке специальных программ и пр. Однако они носили локальный и эпизодический характер.

В настоящее время институционализация сравнительного правоведения охватила практически все без исключения европейские и неевропейские страны и приобрела постоянный характер. Убедиться в этом можно на примере ряда стран. Так, в Англии процесс институционализации сравнительного правоведения исследователи обычно связывают с самым началом современного этапа его развития (1869) и прослеживают вплоть до наших дней. Столетие развития сравнительного правоведения в этой стране зачастую разбивается на относительно самостоятельные стадии, и в рамках каждой из них анализируется его не только институциональная, но и содержательная стороны.

Для первой стадии развития сравнительного правоведения в Англии, охватывающей, по мнению Л. Брауна¹, 1869—1918 гг., было характерно создание кафедр сравнительного правоведения в ряде ведущих вузов страны. В Кембридже и Оксфорде они были созданы в 1869 г., хотя рекомендация по их созданию (наряду с кафедрами международного, административного и английского права) была принята Специальным Комитетом (Select Committee) Палаты Общин еще в 1848 г.²

Примерно в это же время при Тайном Совете — высшей судебной инстанции Британской империи — был создан специальный Юридический Комитет, занимавшийся, по существу, вопросами сравнительного правоведения, а именно рассматривавший апелляции, поступавшие в Комитет из Индии, где

¹ *Brown L.* Op. cit. P. 232.

² *CruikP.de.* Op. cit. P. 13.

действовало индусское и исламское право, из Цейлона, где применялось тамильское право, из Гонконга, Малайских островов, Саравака и Борнео, где доминировало китайское право, из Южной Африки и Родезии, где применялось «римско-датское право», из Квебека, где широко использовался Французский гражданский кодекс, и из других британских колоний и полукolonий, где применялись не только различные (английские и зарубежные) законодательные акты, но и многочисленные местные правовые обычаи¹.

В конце 1894 г. в Англии было создано Общество сравнительного законодательства, основной целью которого было накопление и распространение знаний о сравнительном правоведении. В этом же году в университетском колледже в Лондоне открывается кафедра истории права и сравнительного правоведения. С 1895 г. на базе Общества сравнительного законодательства стал издаваться ежеквартальный «Журнал общества сравнительного законодательства». Начиная с первых же выпусков этого издания, значительное место в нем занимали материалы, посвященные не только законодательству британской империи, но и законодательству других стран — Германии, Франции, Японии, США, Италии и др.

В 1928 г. под влиянием процесса расширения международных связей Общество сравнительного законодательства Англии изменило свое название и стало именоваться Обществом сравнительного законодательства и международного права. Соответственно изменил свое название и издаваемый на его основе журнал — он стал называться «Международное и сравнительное правоведение». Под такими названиями Общество и журнал существуют и поныне².

Институционализация сравнительного правоведения в Англии активно продолжалась и в последующие годы. Об этом свидетельствует, в частности, создание ряда специализированных комитетов, комиссий и институтов, имеющих дело со сравнительным правоведением. Среди них Институт совершенствования юридического образования (1948), Британский институт международного и сравнительного правоведения (1958), Парламентская правовая комиссия (1965) и др.³ Об активной институционализации сравнительного правоведения в Англии свидетельствует также появление в послевоенный период ряда новых

¹ *Cruz P. de. Op. cit. P. 13.*

² *Brown L. Op. cit. P. 233.*

³ *Ibid. P. 244-248.*

журналов, в которых затрагиваются проблемы сравнительного правоведения, разработка новых учебных курсов и программ по сравнительному правоведению во многих вузах страны, подготовка и издание соответствующих учебных пособий.

В рассматриваемый период наряду с Англией институционализация сравнительного правоведения активно проходила и в других странах¹. Во **Франции**, например, еще в 1831 г. (в Колледж де Франс, Париж) была создана кафедра сравнительного права, на которой разрабатывались курсы лекций как по общей теории сравнительного правоведения, так и по отдельным институтам и отраслям права.

В 1846 г. на юридическом факультете Парижского университета образуется кафедра сравнительного уголовного права, по которому здесь читались лекции уже с 1838 г.

В 1834 году во Франции начинает издаваться первый специализированный «Журнал иностранного законодательства». Одной из основных его целей было ознакомление с основами иностранного права французских юристов, вынужденных в силу расширения связей между европейскими и другими странами заниматься зарубежным законодательством. Другой не менее важной задачей данного издания было стимулирование юристов к дальнейшему совершенствованию отечественного законодательства.

Отмечая огромную значимость выпуска такого журнала в то время, исследователи вполне резонно замечают: «Если учесть, что это было время фанатичного обожания французскими юристами своего ГК, то можно представить отчаянную смелость предпринятого шага». И неудивительно, что уже через несколько номеров журнал, успевший несколько раз сменить свое название, вынужден был уделять французскому праву львиную долю своего внимания. Так продолжалось вплоть до 1850 г., когда он вынужден был прекратить свое существование².

В 1873 г. во Франции (в Париже) был создан Институт международного права, в котором широко проводились исследования в области международного частного права с использованием метода сравнительного правоведения. В начале XX в., а точнее в 1920 г., в г. Лионе известным ученым Э. Ламбером создается Институт сравнительного права³. Интеллектуальной основой для

¹ *Intema H.* The American Journal of Comparative Law // The American Journal of Comparative Law. 1952. Vol. 1. P. 11-23.

² *ЦвайгертК., КётуХ.* Указ. соч. С. 87.

³ Подробнее см.: *CruzP. de.* Comparative Law in a Changing World. L., 1995. P. 12-15.

его образования послужили научные разработки и курсы лекций по сравнительному правоведению, которые до этого читались в Лионском университете.

В 1924 г. была создана Международная академия сравнительного правоведения, а в 1932 г. в структуре Парижского университета — Институт сравнительного права. Во Франции так же, как и во многих других странах, в этот период стали издаваться журналы по сравнительному правоведению, которые, вне сомнения, способствовали углубленной разработке сравнительно-правовой проблематики, акцентированию внимания исследователей не только на общих вопросах сравнительного правоведения, но и на решении его частных проблем.

И хотя общие вопросы по-прежнему занимали в сравнительно-правовой тематике весьма важное место, однако внимание исследователей все больше стало фокусироваться на анализе частных вопросов и проблем. Основная задача сравнительно-правовых исследований в то время заключалась в том, чтобы не только дать общую картину исследуемого предмета, но и точно, детально изучить каждый вопрос с такой тщательностью, на которую только способен исследователь¹.

Как отмечали Цвайгерт К. и КётцХ., в тот период впервые после Международного конгресса сравнительного правоведения 1900 г., обратившего внимание его участников прежде всего на общие вопросы, постепенно стало приходить понимание того, что при значительно возросшем объеме юридического материала, требующего тщательных исследований, и «непредсказуемости по этой причине возможных научных результатов любая априорная систематизация или телеологический подход недопустимым образом ограничивали бы потенциальные возможности сравнительно-правовых исследований»².

Институционализация сравнительного правоведения в рассматриваемый период весьма активно проходила и в **Германии**, где начиная с 1878 г. стал регулярно выходить «Журнал сравнительно-правовой науки», а в 1894 г. было создано «Международное объединение сравнительно-правовой науки и экономических учений». В 1916 г. при Мюнхенском университете открывается Институт сравнительного правоведения. После войны аналогичные институты создаются при многих немецких университетах. В 1926 г. в Берлине был образован Институт

¹ См., например: *Rabel A. Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung*. Berlin, 1925. S. 22-23.

² *Цвайгерт К., КётцХ.* Указ. соч. С. 95.

иностранного и международного частного права имени императора Вильгельма. Несколько раньше — Институт иностранного публичного и международного публичного права. В послевоенный период Институт иностранного и международного частного права имени императора Вильгельма превратился в Центр сравнительного правоведения Германии. В настоящее время он находится в Гамбурге и называется Институтом иностранного и международного частного права имени М. Планка.

Кроме названных в Германии были открыты и другие научные и учебные институты, кафедры, исследовательские группы, различные учреждения по изучению сравнительного правоведения. Создание их, как правильно отмечают авторы, было «больше чем простая формальность. Еще большее значение имело сотрудничество экспертов и создание специализированных библиотек для обслуживания их нужд и осуществления начавшихся в те дни таких сравнительно-правовых исследований, без которых достигнутые темпы развития сравнительного правоведения были бы немыслимыми»¹.

Современный этап развития сравнительного правоведения отличается от предшествующих этапов его эволюции более глубокой и разносторонней разработкой проблем сравнительного правоведения и государствоведения, ярко выраженным стремлением к созданию на основе ранее собранного и обобщенного эмпирического материала цельной концепции сравнительного правоведения.

В настоящее время в силу ряда объективных обстоятельств, и в частности глобальных интегративных процессов (Западная Европа, Северная Америка и др.), происходящих в мире, как никогда раньше, возникла острая потребность в осознании и глубоком понимании всего происходящего в современном политическом и государственно-правовом мире, в стремлении не только глубоко и всесторонне осмыслить настоящее, но и попытаться предсказать ход развития событий, а главное — их последствия в будущем. Это невозможно сделать с помощью прежних эмпирических методов и подходов. Нужна четкая, хорошо разработанная теория. Нужны новые, отвечающие запросам и потребностям нового времени идеи.

Трудно не согласиться с Дж. Майдой в том, что отсутствие тщательно отработанной применительно к сравнительному правоведению «теоретической структуры» может привести как минимум к двум возможным, но весьма нежелательным последствиям. С

¹ Цвайгерт К., Кёту Х. Указ. соч. С. 94.

одной стороны, к подмене рационального, научно обоснованного подхода к оценке сравнительно-правовых явлений, институтов и учреждений, эмоциональным («импрессионистским»); а с другой — к подмене его механическим, «супертехническим», эмпирическим подходом¹.

Заслуживает также одобрения тезис автора о том, что без всесторонне разработанной теории сравнительного правоведения не может быть и эффективной практики ее применения. Если мы согласимся с ученым, что «практическая значимость любой дисциплины зависит от ее научно-теоретического фундамента» и что «нет юриспруденции как теории права национальной; она всегда транснациональна», то нам следует признать, что в практическом развитии современной юриспруденции сравнительному правоведению и его теории должна быть отведена особая, «совершенно новая роль»².

Исходя из этого в отечественной и зарубежной юридической литературе за последние десятилетия предпринимались многочисленные попытки создания «теоретической структуры» сравнительного правоведения, решения проблем определения статуса данной отрасли знаний и дисциплины, создания ее понятийного аппарата, установления выполняемых ею функций и решения стоящих перед ней академических и практических задач, определения методологии сравнительного правоведения, установления его места и роли среди других юридических и неюридических наук и др.

Наряду с названными существуют и другие особенности современного этапа развития сравнительного правоведения и го-сударствоведения. В своей совокупности они отражают позитивный характер развития данной отрасли научных знаний.

3.4. Особенности развития идей сравнительного правоведения в дореволюционной России

История науки сравнительного правоведения в России неразрывно связана с развитием ее национальных, политических и правовых институтов, состоянием экономики страны, характером формируемой и проводимой ею внутренней и внешней политики, состоянием международных отношений.

Сравнительное правоведение весьма чутко реагирует на любые изменения внешней по отношению к нему экономической,

¹ *MaydaJ.* Op. cit. P. 370-371.

² *Ibid.* P. 367.

социально-политической, идеологической и иной среды. Благоприятные внутренние и внешние условия стимулируют развитие сравнительно-правовых исследований, неблагоприятные, напротив, — тормозят.

Это аксиома. Однако применительно к России она приобретает особый смысл. В нашей стране, имеющей весьма значительные авторитарные традиции; жесткую связь права с политикой и идеологией, где последние зачастую доминируют над первым; традиции настороженного, а нередко враждебного отношения Запада к России, особенно в советский период, сопровождавшиеся неоднократными попытками блокирования и изолирования ее от внешнего мира, — все это оказывает на развитие сравнительного правоведения более глубокое и непосредственное влияние, чем в любом другом государстве.

Разумеется, к изучению истории сравнительного правоведения в России, равно как и в других странах, возможен и иной подход, а именно рассмотрение ее «самой по себе», как истории развития относительно самостоятельного явления, не пересекающегося с историей развития других, непосредственно примыкающих к нему политических, идеологических, социальных и иных явлений. Исходной посылкой, своего рода обоснованием такого подхода мог бы служить высказанный более 50 лет назад модным в то время на Западе философом К. Поппером тезис о том, что «единой истории человечества нет, а есть лишь бесконечное множество историй, связанных с различными аспектами человеческой жизни»¹.

По мнению автора, то, что называют единой или всеобщей историей, есть по существу своему не что иное, как история политической власти. Ее обычно возводят в ранг мировой истории. «Но я утверждаю, — заявляет К. Поппер, — что это оскорбительно для любой серьезной концепции развития человечества, поскольку история политической власти есть не что иное, как история международных преступлений и массовых убийств (включая, правда, некоторые попытки их пресечения)».

Итак, если нет единой или общей истории, а есть лишь «бесконечное множество историй», которые не пересекаются, не переплетаются и, следовательно, не влияют друг на друга и не взаимодействуют между собой, то и попытки рассмотрения их во взаимосвязи и взаимодействии являются не только безосновательными, но и бесплодными.

¹ Поппер К. Открытое общество и его враги. Т. II. М., 1992. С. 312.

² Там же.

Такая позиция представляется весьма спорной и неконструктивной. Она не согласуется с жизнью, с объективной реальностью, с тем вполне очевидным, не подлежащим никакому сомнению фактом, что в реальной действительности нет отдельно существующих, изолированных друг от друга явлений, институтов и учреждений, именуемых автором «различными аспектами человеческой жизни». Все социальное, правовое, политическое и иное в реальной жизни взаимосвязано, взаимозависимо и взаимообусловлено.

Применительно к разным странам и политико-правовым системам разница заключается лишь в том, что в одних из них (как, например, в России) в силу целого ряда причин степень такой обусловленности более высокая, в других же (в США, в странах Западной Европы) — менее высокая. Более того, в одних и тех же странах на разных этапах их развития степень такой зависимости и взаимообусловленности далеко не всегда бывает одинаковой.

С учетом сказанного историю развития сравнительного правоведения в России хронологически и фактически можно разделить на несколько условных стадий: досоветскую — до 1917 г.; с 1917 г. до начала 40-х гг.; с начала 40-х до середины 80-х гг. и современную стадию — со середины 80-х гг. до настоящего времени. Каждая из этих стадий отличается от других как своими формально-юридическими, так и фактическими, содержательными параметрами.

Характерными особенностями **первой стадии развития сравнительного правоведения в России** является не только ее длительность по времени, но и интенсивность сравнительно-правовых исследований, проводимых в конце XIX — начале XX в.

Анализируя состояние российского правоведения за все предшествующие годы и столетия, Г.Ф. Шершеневич отмечал отсутствие навыков и традиций сравнительно-правовых исследований в нашей стране. Однако он был весьма далек от истины, когда утверждал, что «вообще правоведение в России не имеет исторических корней в русской жизни». Следуя «модным направлениям западной юриспруденции», доказывал автор, «русские юристы предались в начале прошлого столетия естественному праву, потом углубились в исторические исследования». Только судебная реформа 1864 г. «выдвинула жизненную потребность в догматических работах»¹.

¹ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.). М., 1995. С. 20.

Трудно оспорить тезис о том, что русские юристы чрезмерно увлекались западными концепциями. Проводники и адепты западных правовых и иных идей в России были всегда. Последнее особенно ярко проявилось в целой серии научных работ, посвященных «чисто» правовой и сравнительно-правовой проблематике, которые были подготовлены и опубликованы русскими авторами в конце XIX — начале XX в.

Среди них работы Н.М. Коркунова, Ф.Ф. Кокошкина, С.А. Кот-ляревского, Ф.Н. Кистяковского, Е.Н. Трубецкого, С.А. Муромцева, И.В. Михайловского, В.М. Хвостова, Г.Ф. Шершеневича и многих других. В них наряду с разработкой государственно-правовых категорий и понятий довольно глубоко и разносторонне разрабатывались и сравнительно-правовые проблемы.

Большинство авторов, как следует из анализа их работ, исходили из посылки, сформулированной В.М. Хвостовым, о том, что «если юрист будет воспитан на одном родном праве, то кругозор его будет слишком узок» и что «лучшим средством для того, чтобы углубить познания в праве своей страны, является сравнение его с каким-либо другим; сравнение дает повод ставить вопросы о характере замеченных различий и их причинах и в связи с этим заставлять глубже вникать в изучаемый материал»¹.

Довольно типичным для российской сравнительно-правовой теории и практики данного периода было рассмотрение российского, в особенности гражданского, права **в сопоставлении его с реципированным римским правом**. При этом заслуга отечественных авторов заключалась в том, что они не смотрели на римское право как на юридическую догму, собрание неких юридических образцов; весьма характерным был творческий, критико-прагматический и академический подход. Рецепция римского права критически воспринималась ими как в теоретическом, так и в практическом плане.

На основе опыта других, преимущественно европейских, стран авторы приходили, как правило, к общему выводу о необходимости и полезности изучения римского права, о важности рассмотрения как «материального», так и «формального» его достоинства.

Материальное достоинство римского права, писал С. Муромцев, объясняет нам, почему практическое действие этого права в Европе не только не прекратилось с разрушением римского владычества на Западе, а, наоборот, «продолжаясь непрерывно, достигало по временам необыкновенного распространения и

¹ Хвостов В.М. Система римского права. Общая часть. М., 1996. С. 11.

силы». Но поскольку, продолжал автор, в настоящее время «требования гражданской жизни во всех цивилизованных странах далеко опередили потребности, об удовлетворении которых заботились юристы Древнего Рима, то материальное достоинство римского права недостаточно для оправдания ореола, окружающего этот предмет в системе современного университетского образования».

Изучение материального достоинства римского права должно дополняться также рассмотрением **его формальных достоинств**, анализом особенностей юридического мышления римских юристов, отразившегося «в оставленных ими определениях и решениях». Изучение римского права, заключает С. Муромцев, «составляет форму, в которой зародилась и из которой должна развиваться в будущем общая наука о гражданском праве»¹.

Выделяя в римском праве материальную, практическую, и формальную, теоретическую, стороны, многие юристы дореволюционного периода большое внимание уделяли все же его прагматической стороне. И это не случайно. Причина такого подхода заключается в самом римском праве.

Конечно, пояснял В.М. Хвостов, если бы римские юристы были такими же теоретиками, как греческие философы, то они могли бы увлечься абстрактной теорией и создать стройную систему норм. Право могло быть очень разумным, но не соответствующим «практическим нуждам современного им оборота» и непонятным обществу, в котором оно должно было применяться. От этой опасности классических юристов избавило то обстоятельство, что постоянные столкновения с действительной жизнью, возникавшие при разрешении отдельных практических казусов, не позволяли им забывать требования, которые предъявляла к юриспруденции сама жизнь, и «чрезмерно увлекаться проведением в действующее право начал *juris naturalis*, как они представлялись их воображению»².

О практической значимости римского права и его рецепции довольно много писал и Г.Ф. Шершеневич. В своем «Учебнике русского гражданского права» (1995) он, в частности, задавался такими практически важными вопросами, как: В чем заключаются основные причины рецепции римского права? Это — интеллектуальные теоретические или же сугубо прагматические причины? Каковы последствия рецепции римского права для национального права?

¹ Муромцев С. Определение права. Основное разделение. М., 1879. С. 3—4.

² Хвостов М. Указ. соч. С. 20.

Отвечая на первые два вопроса и отдавая должное высокому уровню развития римского права, автор вслед за многими другими исследователями склонен был считать, что подлинными причинами возрождения римского права в большинстве европейских государств, включая Германию, Италию и Францию, были в первую очередь прагматические цели, нежели сугубо теоретические. Это проявлялось прежде всего в том, что «германские государи смотрели на себя как на непосредственных преемников римских императоров», а потому считали своей обязанностью «покровительствовать римскому императорскому законодательству».

Рецепции римского права из прагматических соображений покровительствовала и западная церковь. При широкой судебной компетенции, присущей ей в Средние века, она легко могла проводить в жизнь наиболее выгодные для нее начала римского права.

Наконец, возрождение римского права, по мнению Г.Ф. Шершеневича, широко поддерживалась и на уровне рядовых чиновников и судей, ибо изучение его помимо научного имело и практический интерес, соединялось с выгодами, которые получали знающие его юристы в виде административных и судебных должностей, почестей, отличий, расположения государей¹.

Говоря о практических и академических последствиях рецепции римского права, Г.Ф. Шершеневич, а вместе с ним и другие российские юристы отнюдь не оценивали их однозначно. Наряду с позитивными сторонами рецепции, они видели и негативные ее последствия.

Признавая за римским правом факт его огромного влияния на европейскую «теоретическую и практическую юриспруденцию», Г.Ф. Шершеневич с сожалением отмечал, что в результате этого научная разработка права «не шла дальше положений, признанных римским правом». Юридическая техника была выдвинута в ущерб творчеству. Все мировоззрение юриста получило римский отпечаток. Теоретическая ценность придавалась лишь тем принципам, которые согласовывались с римскими источниками. «В критическом отношении это привело к полному игнорированию национальных основ права», которые не получили дальнейшего развития. Рецепция, приучив мысль к постоянному пользованию готовыми положениями, значительно и надолго ослабила самостоятельное творчество в области права².

¹ См.: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 24, 25.

² Там же. С. 25.

Однако вместе с тем рецепция римского права имела, по мнению автора, и «благодетельное» значение и влияние на национальное право. Это выразилось прежде всего в том, что она способствовала приобретению у юристов-практиков разных стран навыков юридической техники, привычки к стройным конструкциям и логическим выводам, которых они не приобрели бы на почве национального права.

Кроме того, рецепция наряду с признанием общих начал права «заставила забыть о национальных различиях», что воспрепятствовало во Франции и в Германии торжеству партикуляризма и способствовало выработке представления об общих началах европейского законодательства. Римское право в своем «объединяющем действии» оказало такое же влияние на юриспруденцию и законодательство европейских народов, как латинский язык на «их науку»¹.

Сравнительно-правовые исследования в России в дореволюционный период велись не только в плане сравнения российского права с римским, но и в плане сопоставления его с действующим западноевропейским законодательством, а также в плане критического анализа или позитивного рассмотрения существовавших в то время на Западе научных школ и правовых доктрин.

Сравнительному исследованию законодательства и анализу правовых школ и доктрин в нашей стране уделялось особое внимание вследствие ряда объективных и субъективных причин.

Среди объективных причин — это прежде всего расширяющиеся связи России со странами Запада и Востока, вызывавшие необходимость и потребность не только знания проводимой ими политики, их государственного и общественного строя, но и понимания действующего в них законодательства. Особенно это касалось гражданского права, овладение которым было важно в практических целях².

Один из цивилистов того времени, А.А. Юшкевич, в назидание студентам-юристам писал в связи с этим следующее: «Задачи образованного русского цивилиста чрезвычайно широки. Кроме непосредственного изучения самого предмета, каковым является действующее русское законодательство, русское право и его история, он должен считаться еще с теорией римского права и с иностранными законодательствами»³.

¹ Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 25—26.

² Там же. С. 24, 25.

³ Юшкевич А.Л. Руководящие начала к преподаванию русского гражданского права. Ярославль, 1900. С. 8—9.

Разумеется, **кроме прагматических целей** изучения зарубежного законодательства **одновременно преследовались и научные, познавательные цели**. При этом широко использовались различные аспекты и научные направления, такие, в частности, как историческое, догматическое, социологическое и критическое.

Характеризуя каждое из них применительно к гражданскому праву, Г.Ф. Шершеневич писал, что **историческое направление** гражданского права имеет своей целью исследование тех исторических фактов, на которых основывается современный гражданский правовой порядок. **«Исторический прием не ограничивается задачей выяснения исторического развития национальных институтов»**, но еще служит пособием для систематического изучения действующего законодательства других стран¹.

Догматическое направление также не ограничивается рамками изучения национальных правовых институтов, хотя и имеет своей первостепенной целью «систематическое изложение норм гражданского права известного народа в известное время»².

Социологическое направление изучает законы развития права и использует в качестве материала **не только право одного какого-либо народа** в его современном (догматическое направление) или историческом (историческое направление) виде, **но и правовые явления всех народов во все времена их жизни. Задачу собирания и разьяснения этого материала выполняет сравнительное правоведение**³.

Наконец, цель **критического направления** — выработка «соображений» о том, насколько действующие нормы права отвечают потребностям времени и места, «какие изменения следовало бы сделать в существующем гражданском порядке, в целом или отдельных его частях». Для ее достижения наряду с национальным широко используется зарубежное законодательство.

Критика может быть направлена, пояснил Г.Ф. Шершеневич, на указание «несоответствия действующего права с историческими его основами» или на несоответствие его новейшим потребностям общества или нравственному его сознанию. Богатым материалом для критики является западное законодательство «в тех частях своих, которыми оно стоит на уровне новейших правовых воззрений и которые могут служить образцом, достойным подражания»⁴.

¹ См.: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 13—14.

² Там же. С. 15.

³ Там же. С. 18.

⁴ Там же. С. 18.

Сравнительное изучение «современных законодательств» с целью сопоставления их с отечественным правом «в видах выяснения и улучшения последнего», утверждал правовед, не следует смешивать **со сравнительным правоведением, которое ставит своей целью** путем сравнения права различных народов на разных ступенях культуры **выяснить общие законы развития права**¹.

В числе объективных причин повышенного внимания в дореволюционной России к сравнительному правоведению следует указать также на **внутренние потребности Российской империи в унификации своего весьма разрозненного и противоречивого законодательства**.

Г.Ф. Шершеневич был прав, когда отмечал, что общее законодательство для всей страны составляет высшую цель государственной жизни, к которой должна стремиться верховная власть. Но тут же констатировал, что «в России в настоящее время общие гражданские законы имеют лишь сравнительно небольшую область применения ввиду многочисленных местных, особенных и специальных законов»².

К местным законам относились те нормативно-правовые акты, обладавшие высшей юридической силой на «известной территории» и в отношении ее коренных жителей и устранявшие «применение общего законодательства по тем предметам, которые были определены местным законодательством»³. В качестве местных законов на территории Финляндии — составной части Российской империи — рассматривалось, например, Шведское уложение 1734 г.; в Бессарабии — многие прежние византийские источники, такие, как Краткое собрание законов Донича; в Полтавской и Черниговской губерниях со времени соединения Малороссии с Польшей и Литвой — Литовский статут.

Особенными законами назывались те законы, которые по своей природе и характеру «давали для известного круга отношений (на какой-либо род дел) исключительные, сравнительно с общим правом, постановления»⁴. Таковыми считались, например, церковные законы, торговые и др.

Под **специальными законами** понимались законы, «дающие для известного круга лиц (для какого-либо рода людей) исключительные по сравнению с общим правом постановления». В отличие от местных и особенных законов применение специальных

¹ Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 19.

² Там же С. 42.

³ Там же. С. 43.

⁴ Там же. С. 44.

законов обуславливалось «не территориальными или предметными, а личными признаками». Сюда относились «постановления, определяющие влияние различных обстоятельств на дееспособность лица вследствие возраста, пола, звания, состояния, национальности, вероисповедания» и т.п. Одним из примеров такого рода «постановлений» может служить закон, ограничивавший свободу выбора местожительства евреев на территории Российской империи.

К специальным законам относились также законы, создающие «для известных» физических и юридических лиц (например, для акционерных товариществ) «некоторое льготное положение»¹. Так, по делам о завещаниях и о разделе наследства лицам, придерживавшимся мусульманской веры («магометанам»), дозволялось руководствоваться таким «специальным» источником права, как Коран².

Вместе с объективными причинами, вызывавшими значительное внимание в России к сравнительному правоведению, определенное место занимали и **субъективные факторы**. Суть их сводилась в основном к тому, что в России, как известно, почти до XVIII в. не было своих юридических школ и факультетов, а следовательно, и своей национальной профессуры. Для чтения лекций на первоначально образованные юридические факультеты приглашались иностранные профессора. Но поскольку они, как отмечают исследователи, не имели никакого представления о русской истории и русском праве, то изучение юриспруденции в России начиналось с изучения иностранного права. Субъективный фактор в данном случае и в последующем сыграл определенную роль³. Изучение иностранного права и в дальнейшем составляло весьма характерную черту русской юридической России. Учебники по государственному (конституционному), гражданскому, административному и другим отраслям права в большинстве случаев содержали в себе сравнительный анализ или обзор и соответствующего зарубежного законодательства⁴.

Это же касалось и монографических изданий, целый ряд которых был создан на основе сравнительного анализа российского и

¹ Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 44—45.

² О формах (источниках) права того времени см. также: Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. Т. 2 (по изданию 1910-1912 гг.). М., 1995. С. 5-91.

³ См. об этом подробнее: Тиме А.А., Швеков Г.В. Сравнительный метод в юридических дисциплинах. М., 1973. С. 38—44.

⁴ Устинов В.М., Новицкий И.Б., Гернет М.Н. Основные понятия русского государственного, гражданского и уголовного права. М., 1910; Тарановский Ф.В. Сравнительное правоведение в конце XIX века. Варшава, 1962.

зарубежного законодательства или же — сравнения законодательства одного иностранного государства с законодательством другого.

В качестве примера можно сослаться на работу С.А. Котляревского «Власть и право. Проблемы правового государства», где на основе изучения и обобщения обширного эмпирического материала, касающегося правовых систем российского и некоторых европейских государств, делаются далеко идущие выводы относительно того, что «современное государство оказывается монополистом при- нуждения», что в современную эпоху государство — организация власти мыслится как «железная грань для личной свободы», что «современное европейское государство» при всей мощи своей организации, о которой не могли и думать старые деспотии, «обнаруживает глубокую перемену в характере власти». Суть последней заключается в том, что государственная власть, во-первых, «принимает все более и более правовой облик», а во-вторых — все чаще выступает как социальная функция, как нечто, существующее не ради самой себя, а «ради тех великих заданий, которые во всех областях поставлены перед этим государством»¹.

Осуществление этих «заданий» требует сильного и авторитетного правительства, властного воздействия на жизнь нации. Государственная организация, неспособная удовлетворить этим требованиям, оказывается нежизнеспособной. Современный премьер английского кабинета — один из могущественнейших людей на земном шаре, реально несравненно более могущественный, чем Людовик XIV, но «вся его власть основана на доверии к его способности осуществлять великие национальные замыслы и на связанной с этим доверием ответственностью»².

Широко используется сравнительный метод также в «Очерках философии права» И.В. Михайловского (Томск, 1914), «Энциклопедии права» Е.Н.Трубецко (Киев, 1906), Лекциях по общей теории права Н.М. Коркунова (СПб., 1898), Лекциях по общему государственному праву Ф.Н. Кистяковского (М., 1912) и многих других.

Довольно интенсивное проведение сравнительно-правовых исследований и начало преподавания сравнительного правоведения в России в конце XIX — начале XX в. дало возможность отечественным юристам принять активное участие в работе

¹ Котляревский С.А. Власть и право. Проблема правового государства. М., 1915. С. 18-19.

² Там же. С. 20.

I Международного конгресса по сравнительному праву, а некоторым исследователям позволило сделать вывод о том, что хотя в России формально нет дисциплины сравнительного правоведения, но уже с 60-х гг. XIX в. все юридические дисциплины, «как исторические, так и догматические, преподаются в наших университетах сравнительно»¹. В этом на первый взгляд довольно спорном и противоречивом выводе содержится огромная доля правды.

3.5. Сравнительное правоведение в советской и постсоветской России. Особенности его становления и развития

С победой Октябрьской революции и установлением советской власти в России в развитии отечественного сравнительного правоведения произошли резкие изменения. Суть их заключается в том, как справедливо отмечает Ю.А. Тихомиров, что полный разрыв нарождающейся советской юриспруденции с идеями, принципами и нормами прежнего буржуазного права привел юристов-ученых и практиков к отходу от позитивного анализа зарубежных правовых систем. Если в 20-е гг. еще можно было встретить «благожелательные» оценки отдельных иностранных правовых институтов, особенно гражданского права, юридической техники, то в дальнейшем они исчезают².

На протяжении всей истории развития сравнительного правоведения в СССР над данным процессом постоянно доминировали два основных взаимосвязанных между собой обстоятельства. Они касались, с одной стороны, непримиримости фундаментальных ценностей и интересов Советского государства, материализованных в проводимой им политике и официальной идеологии, с интересами и ценностями окружавших его капиталистических государств. Сравнительное правоведение, особенно в первые годы советской власти, рассматривалось как неотъемлемая составная часть всей системы буржуазного права, и уже этим определялось негативное к нему отношение в нашей стране.

А с другой — изначально отрицательного, а зачастую и враждебного отношения капиталистических стран к Советскому государству. Иностранная интервенция «цивилизованных» государств — членов Антанты по отношению к «нецивилизованной» России, потворствование силам, развязавшим гражданскую войну в стране, Великая Отечественная война, а затем и «хо-

¹ Тарановский Ф.В. Указ. соч. С. 25. ² Тихомиров Ю.А. Указ. соч. С. 25.

лодная война» — все это отнюдь не способствовало созданию благоприятной обстановки для развития в России сравнительного правоведения, не вызывало ни особой теоретической, ни практической необходимости в его осмыслении, а тем более применении. Изучение и использование зарубежных правовых институтов, в особенности государственно-правовых, гражданско-правовых, торговых, кредитно-финансовых, имело далеко не регулярный, систематический характер и осуществлялось, как правило, лишь на эмпирическом уровне.

Последнее усугублялось также попытками западных государств установления вокруг СССР режима дипломатического и иного непризнания, изоляции нашей страны от остального мира вскоре после провала иностранной интервенции, введения всякого рода эмбарго или частичных ограничений на ведение торговли, поставок высокотехнологичного оборудования и других «запретных» товаров (например, через КОКОМ) в нашу страну.

Сочетание такого рода далеко не самых дружелюбных акций в отношении СССР со стороны западных государств с проводимой в стране вследствие этого жесткой «антиимпериалистической» политикой настраивало советских юристов-теоретиков и практиков на соответствующий политический и идеологический лад, мешало установлению контактов между ними и их западными коллегами, создавало труднопреодолимые препятствия на пути развития в нашей стране идей сравнительного правоведения.

В чрезмерно политизированной и идеологизированной отечественной юридической науке при рассмотрении зарубежного законодательства и проблем развития сравнительного правоведения нередко значительное внимание, особенно на ранних этапах существования советской власти, уделялось не столько академическим вопросам (понятия, структуры, основных функций или содержания сравнительного права), сколько его политической и идеологической роли.

При исследовании истории юридической науки, констатировал В.А. Туманов, не может не привлечь особого внимания критика буржуазных учений в трудах первых советских юристов. Эта критика выступает в качестве «одного из конструктивных факторов в процессе становления социалистической науки права». Выработка марксистских понятий и положений молодой советской юридической науки и критика буржуазных воззрений «выступали, по существу, как единый научный процесс»¹.

¹ Туманов В.А. Из истории марксистской критики буржуазией правовой идеологии// Советское государство и право. 1971. № 8. С. 115.

Критике, причем в большинстве случаев вполне обоснованной и оправданной с точки зрения защиты своих национальных интересов, подвергались такие довольно популярные в довоенный и послевоенный период западные концепции, как теории создания единого «мирового государства», «мирового правительства», «всемирной федерации», «мирового права» и др. Критическому анализу они подвергались не в силу их политической или юридической несостоятельности или же «принадлежности» к сравнительному правоведению, а в силу их определенной целевой направленности, их не всегда согласующейся с национальными интересами России установками.

В частности, эти теории, полностью отрицающие или же существенно принижающие значение государственного суверенитета, оправдывали вмешательство «сверхдержав» во внутренние дела малых стран, экспансию международных монополий и агрессию, противодействовали борьбе колониальных стран за национальную независимость и суверенитет¹.

Рассмотрение сравнительного правоведения и иных связанных с ним политических и идеологических позиций продолжалось в нашей стране и в последующие годы. Характерными в этом плане были работы С.Л. Зивса, в которых резкой критике подвергались «реакционные» тенденции «буржуазного компаративизма», расценивавшиеся как антикоммунистические и антисоветские, стремление подчинить компаративизм целям неокOLONИализма, продолжающееся муссирование идей «мирового государства», мирового правительства и права². Выделялись работы В.А. Туманова, А.А. Мишина, Л.С. Явича, И. Сабо (Венгрия), В. Кнап-па (Чехословакия), С. Розмарин (Польша) и многих других отечественных и зарубежных ученых из социалистических стран³. Некоторые труды переводились на иностранные языки и предназначались для юристов — теоретиков и практиков — не только своих, но и других стран. Среди них работа «Социалистический подход к сравнительному праву» под редакцией И. Сабо и З. Пете-ри, опубликованная на английском языке⁴, монография И. Сабо «Сравнительное правоведение. Критика современной буржуазной

¹См Тиме А А, Швекон Г В Указ соч С 44

²Зивс С Л О методе сравнительного исследования в науке и праве// Советское государство и право 1964 № 3 С 34—36

³См об этом подробнее Саидов А Х Введение в сравнительное правоведение М , 1988 С 14

⁴A Socialist Approach to Comparative Law / Ed by I Szabo, Z Peten Budapest, 1977

теории права», изданная на русском языке¹, статьи болгарского ученого Ж. Сталева, венгерского З. Петери и других авторов, вышедшие на русском языке в сборнике статей «Сравнительное правоведение»².

В них наряду с критикой западных политических и правовых теорий «капиталистической компаративистики» вырабатывалось и свое видение рассматриваемой проблемы. В частности, особое внимание уделялось определению статуса сравнительного правоведения, его месту и роли среди других общественных наук, выявлению особенностей «социалистического сравнительного правоведения» и социалистической правовой семьи.

Понимая под сравнительным правоведением «главным образом» применение сравнительного метода в изучении права и в правовой практике, а также «сравнительное изучение советского и иностранного государства и права», многие советские и зарубежные ученые, занимавшиеся проблемами сравнительного правоведения, особенно подчеркивали, что сравнительное правоведение в СССР и других социалистических странах «развивалось особым путем, отличным от буржуазной компаративистики»³.

В частности, в истории развития советского сравнительного правоведения выделялось две основные стадии: довоенная (с 1917 г. до начала Второй мировой войны) и послевоенная.

В последние годы некоторые отечественные авторы, учитывая огромные перемены, происшедшие со времени начала «перестройки» и разрушения Советского Союза, стали выделять в самостоятельную (третью) стадию процесс развития сравнительного правоведения в нашей стране с середины или конца 80-х гг. до настоящего времени.

Первая стадия развития советского сравнительного правоведения во многом была обусловлена тем, что в мире существовало одно социалистическое государство — СССР, которое находилось во враждебном капиталистическом окружении. Западный мир организовал против советской власти вооруженную интервенцию, а после ее провала — блокаду. Лишь в последние предвоенные годы изоляция СССР и блокада решительно прерываются. Хотя сложившаяся социально-экономическая и политическая обстановка, конечно же, не вызывала необходимости

¹ *Сабо И.* Сравнительное правоведение современной буржуазной теорий права. М., 1969.

² *Сравнительное правоведение/ Отв. ред. В.А.Туманов.* М., 1978.

³ *ТшьеА.А., ШвековИ.В.* Указ. соч. С. 49.

«в интенсификации изучения иностранного права и буржуазного права вообще, включая изучение права царской России», однако такие исследования все же велись¹. Свидетельство тому — научные публикации в виде монографий, брошюр, глав в учебнике и статей, появившиеся в данный период.

Среди довольно многочисленных работ, затрагивающих проблемы сравнительного правоведения, особо выделялись работы М.М. Агаркова, И.Б. Новицкого, П.И. Стучки, Е.Г. Пашукани-са, А.Н. Трайнина и многих других советских ученых — теоретиков и практиков.

Вторая стадия развития сравнительного правоведения в СССР, а соответственно и в Советской России ассоциируется с победой Советского Союза в Великой Отечественной войне и образованием мировой системы социализма.

Несмотря на то что вскоре после окончания Второй мировой войны с «подачи» западных стран (выступление У. Черчилля в американском городе Фултоне) началась не менее изнурительная и разрушительная для СССР «холодная война», все же положение нашей страны в мире и отношение к ней в корне изменились. Установить блокаду или не признать страну-победительницу, спасающую всю цивилизованную Европу и весь мир от фашизма, при всем желании было невозможно. С сильной, политически динамичной в международном плане, грамотной, набирающей темпы индустриального развития в довоенный и послевоенный периоды страной нужно было не только сосуществовать, но и развивать отношения, торговать.

К тому же новое государственное и правовое строительство в странах Восточной Европы, освободившихся от фашизма, да и в самом СССР вызывало живой, неподдельный интерес во всем мире, побуждало к изучению советского права в сравнении с зарубежным. Прежние, крайне радикальные взгляды западных специалистов в области сравнительного правоведения, отрицавших какую бы то ни было самобытность и самостоятельность социалистического права как отдельной правовой семьи, постепенно сменяются ее признанием.

Данному процессу так же, как и процессу развития всего сравнительного правоведения, в определенной мере способствовала благоприятная обстановка, сложившаяся между СССР и

¹См.: *Тилле А.А., Швеков И.В.* Указ. соч. С. 49-50; *Дурденевский В.Н.* Иностранное конституционное право. Л., 1924; *Гойбарха А.Г.* Сравнительное семейное право. М., 1927; *Флейшиш Е.А.* Личные права в гражданском праве СССР и капиталистических стран. М., 1941; и др.

союзными западными странами во время Второй мировой войны, а также созданная в 1945 г. Организация Объединенных Наций. В 1949 г. под эгидой ЮНЕСКО был образован Международный комитет сравнительного права, в задачу которого входило поощрение усилий по проведению сравнительно-правовых исследований в разных странах, создание условий для международного сотрудничества юристов-компаративистов. Позднее этот комитет был преобразован в Международную ассоциацию юридических наук (МАЮН), в которую входил также Советский Союз и другие социалистические страны.

В 1966 г. была основана Международная ассоциация сравнительного права, членами которой стали также советские юристы и юристы из других социалистических стран. Участие советских юристов в работе международных конгрессов, конференций и симпозиумов, сопровождавшееся обменом мнениями с коллегами из западных стран, несомненно, способствовало улучшению взаимопонимания между ними, содействовало проведению сравнительно-правовых исследований в нашей стране.

В центре внимания советских авторов по-прежнему оставались политико-идеологические проблемы сравнительного правоведения. Вместе с тем профессиональные, академические споры в данной области научных знаний постепенно, особенно в 60-80-е гг., выдвигались на передний план.

В ходе научных дискуссий и исследований все большее внимание уделялось вопросам социальной и юридической природы сравнительного правоведения, его целям, функциям, методологии. Ученых-юристов из СССР и других социалистических стран все больше привлекали следующие проблемы: сближается ли сравнительное правоведение с теорией права и социологией права или же оно приобретает значение самостоятельной отрасли юридической науки; каковы познавательные возможности сравнительного правоведения; ориентировано ли оно в большей степени на выявление общего и сравнимого или же правового разнообразия, специфики и несравнимости; применять ли сравнительный метод на макроуровне права или проводить правовые микросравнения¹.

Разработка теории сравнительного правоведения и сравнительно-правового метода, справедливо отмечалось А.Х. Саидовым, активно начатая в нашей стране еще в 1960-е гг., «шла в русле более широкой проблемы — системы методов, применяемых советским правоведением на основе диалектико-материалистического

¹ См.: Тихомиров Ю.А. Указ. соч. С. 26.

подхода», и во все последующие годы. Таким путем были сформулированы важные положения, характеризующие сравнительное правоведение как таковое вообще и сравнительно-правовой метод, в частности¹.

Характерно, что именно на второй стадии развития сравнительного правоведения в нашей стране были защищены первые диссертации по сравнительно-правовой проблематике², сделаны первые переводы на русский язык научных работ наиболее известных западных компаративистов³, написаны наиболее глубокие за все время существования советской власти научные труды по данной дисциплине⁴. В учебниках для юридических вузов появились отдельные главы по проблемам сравнительного правоведения и зарубежного права. В юридических журналах («Советское государство и право», «Правоведение», «Советская юстиция» и др.) и ежегодниках по сравнительному правоведению и зарубежному законодательству были опубликованы обширные аналитические материалы и статьи⁵.

Как верно отмечается в литературе, сложившиеся традиции отечественной юридической школы создали в нашей стране благоприятную почву для развития не только общей теории сравнительного правоведения, но и прикладного сравнительного анализа в рамках отдельных отраслей права и законодательства. В гражданском законодательстве эти возможности можно было использовать шире, в то время как в ряде отраслей публичного права — значительно сложнее ввиду их очевидной политизированности. Однако и в отраслевых науках обсуждались некоторые общие вопросы, касающиеся сравнительного правоведения,

¹ См.: Саидов А.Х. Указ. соч. С. 14-15.

² См., например: Краснянский В.Э. Метод сравнительного правоведения в советской юридической науке: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1971; Алей Г. Право и система методов его исследования: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Л., 1980.

³ См.: Давид Р. Указ. соч.; Он же. Основные правовые системы современности. М., 1988.

⁴ См.: Казимирчук В.П. Право и методы его изучения. М., 1965; Тилте А.А., Швеков Г.В. Указ. соч.; Тише А.А. Социалистическое сравнительное правоведение. М., 1975; Сравнительное правоведение / Отв. ред. В.А. Туманов. М., 1978; и др.

⁵ См.: Махненко А.Х. О методе сравнительного правоведения в исследовании и преподавании государственного права зарубежных социалистических стран // Правоведение. 1967. №1; Файзиев М.М. Использование классиками марксизма-ленинизма сравнительного метода при исследовании государственно-правовых явлений // Советское государство и право. 1973. № 8; Туманов В.А. О развитии сравнительного правоведения // Советское государство и право. 1982. №11; и др.

а именно о его предмете, содержании и назначении, о спектре применения его методов¹. Показательны в этом отношении плодотворные попытки сравнительного анализа законодательства Бывших союзных республик, которые в настоящее время, став независимыми государствами, широко используют прежний опыт. Работы общего характера способствовали развитию их (законодательства и проведению сравнительно-правовых исследований в данном направлении).

Третья стадия развития сравнительного правоведения в нашей стране ассоциируется с началом в 1985 г. «перестройки» и со всеми последующими за ней реформами и преобразованиями. Она связана также с тем, что СССР, блестяще выиграв самую кровавую за всю историю развития человечества войну — Великую Отечественную, бесславно проиграл в силу целого ряда объективных (в основном экономических) и субъективных (бездарность, коррумпированность и продажность новых «преобразователей» страны) факторов навязанную нам со стороны западных государств «холодную войну».

Изменения на политической карте мира в конце 80-х гг. повлекли за собой перемены в сравнительном правоведении. Политическое и экономическое сближение постсоциалистических государств с другими государствами дало мощный импульс к открытости правовых систем и их широкому взаимовлиянию. Правда, оно не стало все же взаимным, поскольку «модели западного права» в постсоветской России начали иногда неоправданно рассматриваться в качестве образцовых, непререкаемых и универсальных. «Распространение общих правовых идей, концепций сравнительного правоведения и правового государства сопровождалось копированием и механическим заимствованием юридических конструкций и правовых решений»².

К тому же, как не без оснований замечает Ю.А. Тихомиров, многим из современных российских юристов не всегда хватает корректности сопоставления, точности оценок возможного «заимствования». Пассивная информативность подчас довлеет над подлинной аналитичностью. Отдельные сравнения проводятся вне общего социального, государственного контекста и правовых систем в целом³.

В настоящее время в России в области сравнительного правоведения сохраняется такая же своеобразная ситуация, какая

¹ Тихомиров Ю.А. Указ. соч. С. 27.

² Там же. С. 27-28.

³ Там же.

была в довоенный период и в первые годы после окончания Второй мировой войны, а именно: **в практическом плане** сравнительное правоведение в силу сугубо прагматических причин (расширение торговли между Россией и другими странами, широкое использование иностранных инвестиций и кредитов и др.) не только интенсивно изучается, но и **все шире применяется**. **В теоретическом же плане** в области сравнительного правоведения **наблюдается все более углубляющийся спад, затишье**.

Правда, это не означает, что в настоящее время не ведется никаких теоретических разработок в сфере сравнительно-правовых исследований или не публикуется специальных монографий, учебников, учебных пособий или научных статей. За последние годы по сравнительному правоведению были опубликованы весьма интересные работы Ф.М. Решетникова «Правовые системы стран мира» (М., 1993), А.Х. Саидова «Введение в сравнительное правоведение» (М., 1988), Ю.А. Тихомирова «Курс сравнительного правоведения» (М., 1996), А.Х. Саидова «Сравнительное правоведение и юридическая география мира» (М., 1993) и др. Наряду с новым изданием работы Р. Давида «Основные правовые системы современности» на русский язык переведена и издана книга К. Цвайгерта и Х. Кётца «Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права» (Т. 1-2. М., 1995).

Речь идет, однако, не о количестве написанных и опубликованных за последние время книг или статей по проблемам сравнительного правоведения, а об их направленности. За исключением лишь некоторых, все они или механически копируют сложившиеся на Западе сравнительно-правовые стереотипы, или же носят сугубо прикладной характер. Последнее в особенности касается сравнительно-правовых разработок, проводящихся на уровне отдельных отраслей права и институтов.

Разумеется, подобного рода работы, аккумулирующие в себе обширный эмпирический сравнительно-правовой материал, имеют важное значение для дальнейшего развития и совершенствования законодательства, правотворческой и правоприменительной практики. Но их роль в плане развития сравнительного правоведения в нашей стране не следует преувеличивать. Они представляют собой лишь первый шаг на пути становления и развития в современной России этой научной и учебной, теоретически и практически значимой дисциплины.

ЛИТЕРАТУРА

- Базедов Ю.* Возрождение процесса унификации права: европейское договорное право и его элементы. М., 1996.
- Давид Р.* Основные правовые системы современности (Сравнительное право). М., 1967.
- Давид Р., Жоффре-Спинози К.* Основные правовые системы современности. М., 1998.
- История государства и права зарубежных стран / Отв. ред. О.А. Жидков, Н.А. Крашенинникова. Ч. I—II. М., 1996.
- Новицкий И.Б.* Римское право. М., 1993.
- Памятники римского права. Законы XII таблиц. Институции Гая. Дигесты Юстиниана. М., 1997.
- Римское частное право / Отв. ред. И.Б. Новицкий, И.С. Перетерский. М., 1999.
- Сравнительное правоведение / Отв. ред. В.А. Туманов. М., 1978.
- Туманов В.А.* О развитии сравнительного правоведения // Советское государство и право. 1982. № 11.
- Хвостов В.М.* Система римского права. М., 1996.
- Цвайгерт К., Кёту Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. I. Основы. М., 1998.
- Bogdan M.* Comparative Law. Kluwer, 1994.
- Hicks St.* Comparative Law in Ancient Times: The legal Process // The American Journal of Comparative Law. 1986. Vol. XXXIV. Supplement.
- Japanese Reports for the XIV International Congress of Comparative Law (Athens, July 31st — August 6th 1994)// Publications of the International Center for Comparative Law and Politics. 1995. N 4.
- Roebuck D.* The Past is Another Country: Legal History As Comparative Law// Asia Pacific Law Review. 1994. N 1.
- ZweigertK., KötzH.* Rechtsvergleichung. Darmstadt, 1978.

Тема III

РОЛЬ СРАВНИТЕЛЬНОГО ПРАВОВЕДЕНИЯ В ЖИЗНИ ОБЩЕСТВА И ГОСУДАРСТВА

1. СОДЕРЖАНИЕ ТЕМЫ

Основные цели и функции сравнительного правоведения. Их роль и значение. Наиболее распространенные подходы к определению понятия функций сравнительного правоведения и их классификации. Виды функций сравнительного правоведения и основные тенденции в стимулировании процессов конвергенции различных правовых и политических систем. Несостоятельность идей о допустимости механического переноса «рыночных» отраслей и институтов права во вне рыночные правовые системы. Критика взглядов К. Полпера по этому вопросу. Соотношение функций сравнительного правоведения с функциями национальных правовых систем.

Место и роль сравнительного правоведения в системе юридического образования. Понятия и содержание «образовательных» функций. Р. Паунд о важности сравнительного правоведения в процессе изучения правовой культуры, правовых традиций и обычаев, правовых актов и правовых институтов других стран. Важность сравнительного правоведения для изучения и более глубокого понимания мирового правопорядка, различных правовых семей и национальных правовых систем. Современное состояние сравнительного правоведения как учебной дисциплины в странах Западной Европы, США и в России. «Страсбургский эксперимент» в сфере изучения сравнительного правоведения. Особенности современных учебных программ по сравнительному правоведению во Франции, Голландии и других западноевропейских странах. Три основных цикла изучения сравнительного правоведения.

Научная значимость сравнительного правоведения. Соотношение фундаментальных и прикладных сравнительно-правовых

исследований. Усиление тенденций комплексного познания сравнительно-правовой материи. Проблема координации и систематизации сравнительно-правовых исследований, проводящихся в разных странах. Проблема оптимального сочетания сравнительно-правовой теории и практики.

Практическая значимость сравнительного правоведения. Роль сравнительного правоведения в процессе совершенствования правотворческой деятельности в разных странах. Влияние сравнительного правоведения на совершенствование процессов правоприменения и правоохранительную деятельность государственных органов разных стран.

Роль сравнительного правоведения в процессе унификации и гармонизации права. Формирование реальной базы для унификации и гармонизации права путем выявления общего и особенного в различных правовых семьях и национальных правовых системах. Выработка наиболее оптимальных форм и методов унификации и гармонизации права. Использование сравнительного правоведения для определения практически значимого уровня и допустимых пределов унификации и гармонизации права. Роль модельных законодательных актов в процессе унификации и гармонизации права.

2. МЕТОДИЧЕСКИЕ РЕКОМЕНДАЦИИ К ТЕМЕ

Академическая и прагматическая значимость данной темы, являющейся логическим продолжением предшествующих тем, заключается в том, чтобы показать не только теоретическую и сугубо познавательную роль сравнительного правоведения, но и его определенную практическую роль.

Одним из наиболее оптимальных путей для этого, как представляется, может служить выявление и рассмотрение основных целей и функций сравнительного правоведения. В качестве исходного положения при этом может быть использован тот очевидный факт, что сравнительное правоведение в современном его виде никогда не развивалось и не может развиваться спонтанно, неупорядоченно, не преследуя никаких интересов и целей и не выполняя никаких функций.

В данном случае меньше всего подходит притча, бытующая в западной компаративистике о человеке, который, путешествуя по земле, на каждом новом месте только- тем и занимался, что собирал кирпичи и сравнивал их между собой. Наблюдая за ним,

одни люди думали, что этот чудака хочет найти самый лучший из кирпичей. Другие полагали, что он изучает их для того, чтобы затем описать все свойственные им качественные особенности. Третьи же, более прагматичные, считали, что этот человек просто ищет подходящие ему по форме и цвету камни для того, чтобы заложить их в стену своего дома. Когда же наконец спросили этого чудака о цели его столь странного занятия, то он неожиданно для всех ответил: «У меня вообще нет никаких целей. Мне это занятие просто нравится»¹.

Сравнительное правоведение не могло бы возникнуть и развиваться из поколения в поколение лишь в силу того, что оно кому-то «просто нравилось». За его становлением и развитием стояли и стоят вполне определенные жизненные, прагматические и академические, цели и интересы. Оно всегда предназначалось для решения вполне определенных задач, стоящих перед мировым сообществом на том или ином этапе его развития, для выполнения довольно конкретных функций.

Пытаясь определить, ради достижения каких целей зарождалось и развивалось сравнительное правоведение, какие задачи оно решает и какие функции выполняет, компаративисты разных стран едины во мнении о том, что **при решении данного вопроса необходимо исходить из его сложности, многоаспектности и многофункциональности.**

С тех пор как в начале XX в. сравнительное правоведение было признано «в своих правах» в качестве самостоятельной дисциплины, и в особенности начиная с 20-х годов нашего столетия, компаративисты разных стран рассматривают сравнительное правоведение не иначе, как только в разных аспектах и проявлениях, предлагая при этом самые различные варианты его применения. Одни авторы, в частности, считают, что «в реальном и потенциальном плане» оно может быть использовано само по себе как «в чисто интеллектуальном» смысле, так и «в контексте других социальных наук», применительно как к национальному, так и к международному праву. Другие полагают, что сравнительное правоведение способно выполнять как «законодательные» функции, так и образовательные. Однако, чтобы прийти к такому, казалось бы, вполне очевидному выводу, дискуссий было проведено очень много².

¹ Stone F. The End to be Served by Comparative Law // Zweigert K., Puttfarcken H. Rechtsvergleichung. Darmstadt, 1978. S. 211.

² Cruz P. de. Comparative Law in a Changing World. L., 1995. P. 17.

Аналогичного мнения о многоаспектностTM и многофункциональности сравнительного правоведения придерживаются также К. Цвайгерт и Х. Кетц, констатирующие, что в наши дни многофункциональность сравнительного правоведения практически уже никем не оспаривается, ибо «совершенно очевидно, что наука никакой страны не может развиваться лишь на основе информации, полученной в рамках собственной правовой системы»¹.

Конечно, иные ученые-юристы, специализирующиеся на вопросах внутреннего права, продолжают до сих пор удовлетворяться «внутринациональными дискуссиями». Сравнительное же правоведение выводит правовую науку из архаического состояния, препятствующего ее развитию, на международный уровень.

Международный обмен результатами научных исследований в области естественных наук и медицины — факт столь очевидный, что не требует дальнейших объяснений. Не существует более немецкой физики, бельгийской химии или американской медицины. Благодаря интернационализации этих наук их национальная принадлежность выражается главным образом лишь в констатации того, насколько значительны достижения различных стран в каждой из них.

Как ни странно, по-иному обстоит дело с правовой наукой. Транснациональное единство права и правовой науки на Европейском континенте сохранялось до тех пор, пока римское право служило основным источником права всех образовавшихся там государств. Этому правовому единству соответствовало аналогичное правовое единство «общего права» англоязычного мира, в котором английское и североамериканское право не подвергалось столь сильному влиянию римского права, как право стран континентальной Европы. Единство правовой науки в англо-американском мире сохраняется в значительной степени до сих пор. На Европейском же континенте, наоборот, правовое единство в XVII в. было нарушено. Это произошло в связи с начавшимся процессом кодификации действующего права, основу которого составляли по преимуществу источники римского права².

Во второй половине XX столетия правовое единство на Европейском континенте было не только восстановлено, но и поднялось на невиданный до тех пор уровень своего развития. Это создало все необходимые предпосылки для повышения роли и

¹ Цвайгерт К, Кетц Х Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права Т 1 Основы М, 1995 С 26

² См там же С 26-27

более полной реализации функций соответствующих национальных правовых систем и развивающегося на их основе сравнительного правоведения.

Исходя из одной и той же общей посылки о многогранности и многофункциональности сравнительного правоведения, компаративисты разных стран тем не менее решают вопрос о его конкретных функциях и целях по-разному. Одни из них, например, не вдаваясь в подробности понятия функций сравнительного правоведения и определения его причинно-следственных связей и целей, ограничиваются лишь их простым перечислением. Американский теоретик права Ф. Стоун среди причин, побуждающих авторов из разных стран заниматься исследованием проблем не только национального, но и сравнительного права, называет такие, как: а) желание знать и понимать правовую систему не только своей страны, но и других стран; б) стремление в процессе сравнения различных правовых систем узнать, как решаются сходные юридические проблемы своей страны в других странах; в) теоретическая и практическая необходимость сравнительного анализа методов решения сходных проблем в разных странах и г) стремление выявить и раскрыть основные принципы построения и функционирования различных правовых систем¹.

Западный компаративист Х. Гутгеридж, рассматривая вопрос об основных целях сравнительного правоведения, считает, что они заключаются «в первую очередь в установлении того, в какой мере существующие различия правовых систем имеют причинно-следственный, постоянный, а в какой — случайный характер; во вторую очередь — в определении самих причин, лежащих в основе этих различий, и их соотношения с общей структурой систем, в которых они проявляются; и, наконец, в третьих, когда речь идет о нормах и институтах права, — в формировании мнения об их позитивных и негативных сторонах с учетом специфических условий их существования и применения²».

П. Круз, по существу, не проводя различий между функциями и целями сравнительного правоведения, в качестве их своеобразного симбиоза выделяет их функции и цели в области науки и образования, в процессе законодательной и правоприменительной деятельности, а также — проведения правовых реформ; в процессе формирования, толкования и глубокого

¹ Stone F. Op. cit. P. 212.

² Introduction a L'etude du droit Compare Recueil d'etudes en L'honneur d'Edonard Lambert. 1938. Vol. II. P. 295-296.

понимания правовых норм. Наконец, он особо рассматривает функции и цели сравнительного правоведения в такой весьма сложной и противоречивой сфере деятельности, как «систематическая унификация и гармонизация права»¹.

Другие авторы, определяя цели и функции сравнительного правоведения, не только не ограничиваются их простым выявлением и перечислением, но и анализируют цели и функции сравнительного правоведения применительно к его различным сторонам и проявлениям (как метода, самостоятельной отрасли знаний и т.п.), пытаются классифицировать их по природе, характеру, реальной значимости в жизни мирового сообщества и каждого отдельно взятого государства.

Первостепенной функцией сравнительного правоведения, отмечают в связи с этим К. Цвайгерт и Х. Кётц, является расширение сферы познания. Если под правовой наукой понимать не только толкование национальных законов, правовых принципов и норм, но и исследование моделей для предотвращения и урегулирования социальных конфликтов, то становится очевидным, что **сравнительное правоведение как метод** обладает более широким спектром типовых решений, чем национально замкнутая правовая наука. И прежде всего потому, что решения, содержащиеся в правовых системах мира, уже в силу объективной необходимости более разнообразны и богаче по содержанию, чем те, которые может разработать за время своей короткой жизни ограниченный рамками своей национальной системы юрист, пусть даже обладающий богатым воображением. Сравнительное правоведение, подобно «школе правды», расширяет и обогащает «набор решений» и предоставляет критически настроенному исследователю возможности найти более оптимальное решение для данного времени и места².

Что же касается других функций **сравнительного правоведения как самостоятельной отрасли знания** и «вызванного ими к жизни международного диалога о проблемах правовой науки», то К. Цвайгерт и Х. Кётц, во-первых, считают, что это «осознанное проникновение в различные социумы и культуры нашей планеты» с целью стимулирования процессов отмирания «закоренелых национальных предрассудков» и улучшения взаимопонимания между народами. Во-вторых, они отмечают исключительную полезность сравнительно-правовых исследований для правовых реформ в развивающихся странах. И, в третьих,

¹ CruzPde Op cit. P 17.

² См Цвайгерт К, КетцХ Указ соч С 28

обращают внимание на своеобразное стимулирование «посредством сравнительно-правовых исследований постоянной критики собственного порядка» с целью преодоления национально ограниченной «догматической дискуссии» и дальнейшего развития национального права¹.

Среди функций, имеющих «особое практическое значение», авторы называют «результаты сравнительно-правовых исследований как материал для законодателя, как инструмент для толкования законодательства, значение сравнительного правоведения для юридического образования и его роль в унификации права»².

Наконец, некоторые авторы, изучающие цели и функции сравнительного правоведения, сосредоточивают свое основное внимание не столько на выявлении, перечислении или классификации функций, сколько на определении основных тенденций их развития. Характерными в этом отношении являются рассуждения компаративиста Эд. Вайса о том, что по мере своего становления и развития сравнительное правоведение играет все более активную и разностороннюю роль в обеспечении прав человека и гражданина³.

Не менее примечательными являются также выводы Д. Хен-дэрсона, согласно которым за последние годы сравнительное правоведение стало не только «более профессиональным», развиваясь на более глубокой профессиональной основе и привлекая на свою сторону более широкий круг специалистов, занимающихся исключительно его проблемами, но и «более коммерциализованным и индустриализованным»⁴.

Сравнительное правоведение теперь все активнее проникает из чисто интеллектуальной сферы приложения в сугубо прикладную, практическую. Из области науки и образования, где оно преимущественно обитало долгие годы, сравнительное правоведение, особенно в послевоенный период, уверенно вошло в правовые офисы, фирмы, «влилось в основной поток коммерции и индустрии»⁵.

Примеров практического применения сравнительного правоведения в настоящее время существует бесчисленное множество.

¹ См.: Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. С. 28.

² Там же.

³ *Wise Ed. Comparative Law and the Protection of Human Rights // The American Journal of Comparative Law. 1982. Supplement. Vol. XXX. P. 365-375.*

⁴ *Henderson D. Comparative Law in Perspective // Pacific Law and Policy Association. 1992. Vol. 1. P. 9.*

⁵ *Ibidem.*

Сейчас стало вполне обычным явлением, рассуждает по этому поводу Ф. Стоун¹, когда американскому юристу, имеющему дело с французскими фирмами, нужно довольно-таки профессионально знать французское гражданское и коммерческое право. Государственному департаменту США для эффективной защиты своих граждан в Италии или других странах Западной Европы полезно иметь исчерпывающее представление о гражданских правах и о процедурах их судебной защиты в этих странах. Американскому бизнесмену, начинающему свое дело в Бразилии, необходимо в совершенстве знать законодательство этой страны.

Впрочем, замечает автор, это важно в отношении законодательства не только зарубежных государств, но и своего собственного, американского, различающегося по своей форме и содержанию в разных штатах. Далеко не каждый американский юрист, работающий в сфере своего национального права, считает себя компаративистом, хотя в силу объективных обстоятельств он таковым должен быть.

В отличие от своего английского коллеги, чья профессиональная деятельность внутри страны обычно протекает в рамках общего права, создаваемого и контролируемого британскими судами, или же французского, который, по крайней мере, теоретически получает ответы на все возникающие перед ним юридические вопросы из одного и того же источника права — кодекса, независимо от того, занимается ли он юридической практикой в Париже или Лионе, юрист Соединенных Штатов Америки постоянно сталкивается с тем, что в каждом штате существует свое собственное, значительно отличающееся от других штатов законодательство, что каждый из сорока семи штатов, где функционирует общее право, весьма по-разному приспособливает его к решению своих собственных проблем и к своим весьма специфическим условиям².

Наряду с названными существуют и иные представления о функциях сравнительного правоведения, их видах и тенденциях развития, они изучаются и в других планах.

Например, **нередко функции сравнительного правоведения рассматриваются в прогностическом плане (прогностическая функция)**, в качестве своеобразного средства сближения законодательства разных стран, с точки зрения «общего связующего звена между юристами разных стран, стремящимися понять и быть понятыми,

¹ Stone F. Op. cit. P. 212.

² Ibid. P 214.

а также способствовать укреплению и развитию мирных отношений между народами»¹.

Довольно распространенными являются попытки функционального анализа сравнительного правоведения как **средства развития национального права**, своеобразного «**инструмента национальной юридической техники**», в потенциальном плане — весьма эффективного **фактора преобразования права**².

В научной литературе нередко указывается также на то, что сравнительное правоведение выступает как **средство познания различных правовых систем**, как своеобразная **основа «теоретической юриспруденции»**, наконец, как **фактор, помогающий**, по убеждению Р. Давида, «**понять мировоззрение других и объяснить другим наши собственные взгляды**, организовать в области права то мирное и по возможности гармоничное сосуществование, которое является необходимым условием сосуществования и прогресса нашей цивилизации»³.

Определенную роль сравнительное правоведение призвано сыграть **в стимулировании процессов конвергенции различных правовых и политических систем**. Теория конвергенции, будучи весьма популярной в 60—80-е гг. в академических и либерально настроенных политических кругах, была ориентирована на сближение различных по своему типу и характеру политических и правовых систем. В основе такого сближения должны были лежать расширяющиеся связи между различными странами (и прежде всего капиталистическими и социалистическими).

В западной политологии, социологии и отчасти юриспруденции ей придавалось особое значение. Предполагалось, что в результате сближения противоположных по своей социально-классовой природе и характеру систем постепенно будет складываться некая гибридная система, вбирающая в себя лучшие черты социально-политической, экономической и правовой систем социализма и капитализма.

Западные теоретики и практики, разделявшие основные положения данной концепции, исходили из того, что по мере сближения социалистической и капиталистической систем роль сравнительного правоведения в этом процессе не только не уменьшается, а, наоборот, неизбежно возрастает. С развалом СССР и

¹ Melanges Offerts a Jacques Maury. Vol. II. P., 1960. P. 199.

² См. об этом: Эминеску П. К вопросу о сравнимости различных правовых систем // Сравнительное правоведение / Отв. ред. В.А. Туманов. М., 1978. С. 183.

³ Давид Р. Основные правовые системы современности (Сравнительное право). М., 1967. С. 31.

той системы, которую называли социалистической, ситуация в мире, а вместе с ней и ориентация теорий конвергенции в сфере права и в других областях коренным образом изменились. Это проявилось прежде всего в том, что вместо положений о возможности сближения разнотипных систем все большее место стали занимать положения, акцентирующие внимание на возможности сближения однотипных, но принадлежащих к различным правовым «семьям» систем. Например, довольно обычным в западной юридической литературе становится вопрос о возможности и даже практической необходимости сближения системы общего права с системой гражданского права, или, иными словами, — англосаксонской правовой семьи с романо-германской правовой семьей¹.

Отношение сторонников теории конвергенции в новых условиях к постперестроечным системам, возникшим на территории прежних социалистических стран, также коренным образом изменилось. Попав в устойчивую зависимость от более развитых в промышленном отношении западных государств, самим ходом событий они были «выведены» за пределы процессов конвергенции. Из субъектов — мнимых или действительных участников процессов конвергенции — они превратились по существу своему в объекты одностороннего воздействия, нередко — манипуляции и навязывания западных стандартов этим странам. Теория конвергенции, сближения различных политических и правовых систем в отношении этих стран фактически была заменена «демократической» практикой одностороннего насаждения, внедрения западных институтов и представлений в этих странах².

В этом плане показательны рассуждения одного из современных философов о том, каким образом в правовом отношении обустроить Россию. В своем письме «Моим русским читателям» (1992) К. Поппер, высказывая «глубочайшую» мысль о том, что «уголовное законодательство отличается от гражданского» и что «в противоположность уголовному законодательству, которое воистину — необходимое зло, гражданское законодательство — великое благо»³, пишет о том, что ему «кажется очевидным», что для правового обустройства России «кратчайшим

¹ Cruz P de A Modern Approach to Comparative Law Boston, 1993 P 329

² См Симонов В И Российская правовая система Введение в общую теорию Саратов, 1994. С 173-174

³ Поппер К Открытое общество и его врага Т I Чары Платона М, 1992 С 8, 9

путем» в рыночных условиях необходимо использовать опыт создания утвердившихся правовых систем на Западе¹. Хотя это, конечно, «не вполне совершенный путь», тем не менее он его нам довольно настойчиво предлагает. Более того, известный ученый весьма смело конкретизирует свое предложение. В частности, он полагает, что «двумя наиболее очевидными возможностями для России являются германское и французское законодательства». По его мнению, «это обусловлено историческими причинами: в Великобритании никогда не существовало кодекса законов, который можно было бы перенять **целиком**, а многочисленные американские правовые системы, разные в разных штатах США, развивались постепенно иммигрантами из Великобритании в соответствии с их специфическим опытом индустриализации. Поэтому, подобно британцам, американцы не создали законодательной системы, которую можно было бы позаимствовать целиком»².

Конечно, заключает автор, «если какую-то систему перенять **целиком**, то она может пробуксовать. Российскому парламенту предстоит корректировать ее по мере необходимости, такая корректировка и составляет большую часть парламентской работы во всех современных государствах»³.

Не будем касаться рассуждений и предложений К. Поппера в сфере правового развития России по существу — это отдельная тема. К тому же трудно сказать, дабы не обидеть ученого, чего больше в его рассуждениях — политико-правовой наивности или же «правовой» некомпетентности. Многовековой опыт попыток адаптации отдельных правовых актов, не говоря уже — «законодательных систем», которые можно было бы «позаимствовать целиком», со всей очевидностью свидетельствует о том, что это далеко не всегда надежное и реальное дело, а тем более — «кратчайший путь» создания новой правовой системы в России или в любой другой стране.

Обратим внимание лишь на назидательную форму и манеру рассуждений и заявлений автора. Это, в частности, беспелляционные заявления о том, что России не удастся быстро восстановить традиции и свободный рынок, «если основываться на одном лишь российском опыте». Это формулирование очередных задач Российского государства по изданию «хороших» законов и установлению власти закона. Это своеобразные указания-

¹ Поппер К. Указ. соч. С. 9.

² Там же. С. 10.

³ Там же.

рекомендации о необходимости «воспитания юристов, принимающих законодательство всерьез»¹. Это, наконец, нравоучительные рассуждения автора по поводу того, что наиболее важными работниками являются «работники судебных органов, особенно судьи и частные адвокаты»; глубокомысленные суждения о «частных адвокатах», которые должны быть «по-настоящему частными», ибо «это единственная гарантия, что они будут служить Закону, а не только интересам находящегося у власти правительства»².

Эти рассуждения западного философа со всей очевидностью свидетельствуют о радикальном изменении характера отношений ведущих западных государств, а вместе с тем и политически обслуживающих их идеологов к постсоветской России и ко всем другим государствам, возникшим на развалинах бывшего социалистического лагеря.

Если ранее функционировавшая в системе западной политологии и идеологии теория конвергенции а priori исходила из необходимости развития отношений **равноправного партнерства и сотрудничества** взаимосвязанных между собой и взаимодействующих друг с другом систем, то изменившиеся в начале 90-х гг. в бывших социалистических государствах политические, экономические и другие реалии послужили основой для возникновения совсем иных отношений.

Несомненно прав В.Н. Синюков, констатируя тот факт, что в современных условиях фактическая политика западных стран, на словах ратующих за равноправное сотрудничество и партнерство с Россией и другими «вновь образованными демократиями» за скорейшее их «возвращение» в Европейское сообщество, на деле направлена на политическую и культурную ассимиляцию этих государств, выражающуюся «в лучшем случае в стратегии покровительства, вразумления или просто игнорирования России, а в худшем — давления, дискриминации и грубого политического, экономического и даже военного диктата»³.

Означает ли все сказанное, что в новых условиях теория конвергенции, а вместе с ней и соответствующая функция сравнительного правоведения, направленная на объективное стимулирование лежащих в ее основе процессов, ушли в прошлое, стали достоянием прежней истории? В отношении современной России и других бывших социалистических государств, порвавших

¹ *Поппер К.* Указ. соч. С. 10.

² Там же.

³ *Синюков В.Н.* Указ. соч. С. 173.

со своим политическим и идеологическим прошлым, — да. В настоящее время эти страны прочно находятся в орбите западного влияния, и в отношениях с ними отпала всякая политическая и идеологическая необходимость использования либеральных по своему характеру постулатов теории конвергенции.

Что же касается других государств, официально стоящих на позициях социализма, таких, как Китай, Северная Корея, Вьетнам и Куба, то в отношении их вовсе не исключается в будущем возможность реанимации основных положений теории конвергенции. В этом случае также не исключается возможность усиления роли и функциональной значимости сравнительного правоведения в создании благоприятных условий (например, путем форсированной унификации или взаимной адаптации отдельных норм и институтов, принадлежащих к различным правовым системам) и в стимулировании процессов конвергенции или аналогичных им процессов.

Особого внимания при рассмотрении функций сравнительного правоведения, проблем их классификации, «привязывания» их к различным теориям и сторонам сравнительного правоведения так же, как и выявления тенденций их развития, заслуживает вопрос о соотношении функций сравнительного правоведения и национального права.

Вопрос этот довольно сложный, противоречивый, неоднократно поднимавшийся в литературе и требующий к себе особого подхода. Он с неизбежностью затрагивает такие весьма непростые проблемы, как вопрос о соотношении международного и национального (внутригосударственного) права, где первое далеко не всегда и не бесспорно занимало приоритетное место по сравнению со вторым¹; о соотношении государства и права, государства и сравнительного правоведения; об иерархии взаимоотношений сравнительного правоведения и национального права и др.

В научной литературе существуют разные мнения относительно того, как взаимосвязаны и взаимодействуют между собой сравнительное правоведение и национальное право, **каков характер их взаимоотношений**. Одни авторы утверждают, например, что сравнительное правоведение и национальное право имеют одинаковый статус, что сравнительное правоведение является такой же полноценной и вполне самостоятельной дисциплиной, как и национальное право. **Соответственно признается, что**

Международное право / Под ред. Г.И. Тункина. М., 1994. С. 128-130.

выполняемые ими функции имеют совершенно равнозначный характер¹. Другие же полагают, что в одних своих функциональных проявлениях сравнительное правоведение по отношению к национальному праву имеет вполне самостоятельный, равнозначный характер, тогда как в других — оно носит вспомогательный характер.

Самостоятельный характер сравнительного правоведения дает о себе знать, в частности, тогда, когда осуществляются такие присущие ему функции, как **функция выявления и исследования сходства и различия сравниваемых правовых норм, систем и институтов, а также функция «рассмотрения общих тенденций правовой жизни тех народов, правовые системы которых стали предметом исследования»**². Во всех остальных случаях сравнительное правоведение в функциональном плане выступает по отношению к национальному праву как вспомогательная дисциплина.

Не касаясь всех сторон и аспектов взаимосвязи и взаимодействия сравнительного правоведения и национального права, выскажем, однако, предположение, что в функциональном плане сама постановка вопроса о том, являются ли функции сравнительного правоведения по отношению к функциям национального права главными или вспомогательными, второстепенными, имеет, скорее, риторический, нежели рациональный, прагматический характер.

Оснований для такого предположения немало. Наиболее значимые из них сводятся к тому, что на современном этапе развития сравнительного правоведения, когда еще не сложилось устойчивого представления о понятии и видах его функций, практически невозможно определить, хотя бы со средней долей уверенности и достоверности, ни собственную градацию функций сравнительного правоведения в зависимости от степени их социальной значимости и политико-правовой важности, ни их иерархию, если таковая имеет место во взаимоотношениях с функциями национального права.

В отечественной и зарубежной научной литературе по компаративистике позиция по данному вопросу еще не выработана. Нет пока и достаточно четкого критерия, с помощью которого можно было бы не только установить, насколько важны и необходимы те или иные функции сравнительного правоведения, но и определить иерархию в их взаимоотношениях с функциями

¹ См. об этом: Эминеску П. К вопросу о сравнимости различных правовых систем // Сравнительное право. С. 179—185.

² Там же. С. 173, 185-186.

национального права. Более того, компаративистами разных стран даже не поставлен вопрос **о критериях определения степени сравнимости и сопоставимости функций сравнительного правоведения и национального права.**

Ни у кого не вызывает сомнения тот факт, что функции сами по себе как общеродовые явления и понятия не только формально сравнимы между собой, но и, по существу, сопоставимы. Однако вопрос заключается в том, в какой мере они являются таковыми, что у них общего и особенного, каковы степень их общности и «мера» особенности. А главное — как и с помощью какого объективного основания определяется уровень и характер их общности и особенности.

Данные вопросы не покажутся тривиальными, если учесть, с одной стороны, весьма значительную специфику национального и сравнительного правоведения, а с другой — различный подход, обусловленный этой спецификой, к определению и раскрытию характера и содержания выполняемых ими функций. Чтобы убедиться в этом, **обратимся** вначале **к функциям национального права** — их понятию, социально-классовому характеру и содержанию.

Какой смысл вкладывается в понятие и термин «функция национального (внутригосударственно-го) права»? С чем ассоциируется прежде всего ее содержание? Отвечая на эти вопросы с учетом специфики национального права по отношению к сравнительному правоведению, необходимо иметь в виду следующее. *Во-первых*, функции национального права, выступая в формально-юридическом смысле в виде основных направлений его воздействия на общественные отношения и общественную жизнь, имеют в своей основе не некие абстрактные в социальном плане, общечеловеческие, глобальные, своего рода вселенские ценности, а определенные национальные (в пределах конкретного общества или государства) или же региональные (в пределах нескольких объединившихся между собой стран) ценности. Разумеется, ни одна национальная система права не может не отражать в себе наряду с национальными и межнациональные, более глобальные по своей природе ценности. Они всегда очень тесно связаны и переплетены между собой. Однако доминирующую роль в этом соединении неизменно выполняют первые.

Во-вторых, в основе функций национального права в отличие от функций сравнительного правоведения всегда лежат не общие по своей природе и характеру межнациональные цели и интересы, а конкретные национальные цели и интересы.

Вполне понятно, что национальные цели и интересы «закладываются» не только в сущность, содержание и социальное назначение функций национального права. Они находят свое определенное отражение и в функциях сравнительного правоведения. Не будь этого, практическая значимость сравнительного правоведения для каждого отдельного общества и государства потеряла бы всякий смысл. Однако при этом они не играют определяющей роли.

И, в-третьих, функции национального права самым непосредственным образом связаны со своим национальным обществом и государством, имеют прямое воздействие на это общество и государство.

Важно отметить, что данная связь и прямое воздействие национального права на «свое» общество и государство носят не временный, а постоянный характер. Они не меняются по своей юридической природе и характеру в зависимости от изменения формы или иных особенностей государства и права.

Следует отметить также, что государство и право взаимозависимы, но в то же время они относительно самостоятельны. Если государство издает правовые акты, обеспечивает их соблюдение и в случае неисполнения содержащихся в них требований применяет принудительную силу, то право в свою очередь активно воздействует на государство путем установления общеобязательных для всех его органов, должностных лиц и организаций правил поведения. С помощью норм права закрепляется их статус, определяются рамки их деятельности, устанавливается их структура, порядок деятельности и взаимоотношений.

Но это не означает, что такая взаимосвязь и взаимозависимость относятся лишь к определенному типу государства и права и не имеют **общего, фундаментального характера**, так же, как и функции национального права по отношению к государству и обществу.

По отношению к государству и обществу национальное право всегда выступает прежде всего как **регулятор общественных отношений** — экономических, политических и др. Право **закрепляет** существующий в той или иной стране государственный и общественный строй. В этом заключается одна из его функций и назначение. Устанавливая конкретные права и обязанности сторон (граждан, должностных лиц, общественных и государственных организаций), национальное право вносит определенный порядок в общество и государство, создает юридические предпосылки для его деятельности и эффективности. Именно поэтому каждое государство стремится не только к изданию

отвечающих его интересам законов и других правовых актов (постановлений, декретов, распоряжений и т.п.), но и к их точному осуществлению.

Не случайно в таких фундаментальных юридических актах, как, например, Кодекс Наполеона, особо указывается на то, что «законы являются подлежащими исполнению на всей французской территории», что «нельзя нарушать частными соглашениями законов, затрагивающих общественный порядок и добрые нравы», и что судья, который откажется судить «под предлогом молчания, темноты или недостаточности закона», может подлежать преследованию по обвинению в отказе в правосудии».

Наряду с функциями закрепления и регулирования общественных отношений национальное право в любом обществе и государстве выполняет также **воспитательную роль**. Она проявляется в том, что закон опирается не только на государственное принуждение, но и на убеждение, и это положение имеет общее, фундаментальное значение. Небезынтересно отметить, что еще римские юристы придавали огромное нравственное и воспитательное значение праву. Цицерон, например, считал, что «закону свойственно также и стремление кое в чем убеждать, а не ко всему принуждать силой и угрозами». По его мнению, каждому закону должно сопутствовать введение (преамбула), цель которого — укрепить «Божественный авторитет закона» и использовать страх Божьего наказания для предотвращения его нарушения.

На авторитет, воспитательную роль закона и на Божью кару уповали не только римские юристы и философы, но и многие мыслители более поздних времен. «Величие и ничтожность человека настолько зримы, — писал великий французский философ Вольтер, — что истинной религией необходимо поучать нас тому, что в человеке заложен некий огромный принцип величия и одновременно — некий огромный принцип ничтожества».

Воспитательная роль права заключается и в том, что оно призвано развивать в людях чувство справедливости, правды, добра, гуманности. Закон есть «царь всех Божественных и человеческих дел», с пафосом провозглашали римские юристы. Нужно только, чтобы он стоял «во главе как добрых, так и злых», служил «мерилом справедливого и несправедливого», приказывал делать то, что «должно быть совершаемо».

Помимо названных национальное право по отношению к любому обществу и государству выполняет и иные функции. Данный вывод имеет общий, универсальный, неподверженный сиюминутным политическим или иным влияниям характер.

Рассмотрев особенности и некоторые из функций национального права, обратимся к конкретным функциям сравнительного правоведения. Среди них выделим прежде всего основные, бесспорные, наиболее устоявшиеся и не вызывающие никакого сомнения в своей значимости направления воздействия сравнительного правоведения на общественную и межгосударственную жизнь.

3. ОСНОВНЫЕ ВОПРОСЫ К ТЕМЕ И КРАТКИЕ НА НИХ ОТВЕТЫ

3.1. Какую роль сравнительное правоведение играет в системе юридического образования?

Среди разнообразных функций сравнительного правоведения значительное место и роль в западной юридической литературе отводится его образовательным функциям. Им, как правило, не дается какого-либо определенного названия. Более того, в научных источниках имеет место некоторая путаница, когда, например, в одних случаях говорится об одном и том же функциональном явлении во множественном числе, как о функциях сравнительного правоведения применительно к юридическому образованию, а в других — в единственном, как о соответствующей его функции.

Однако, как бы там ни было, дело заключается не в названии, а в его сути и содержании. А суть вопроса состоит в следующем. Как «вписывается» сравнительное правоведение в систему юридических наук и юридического образования? Какое место оно занимает в этой системе и какую роль при этом играет? Какое влияние оказывает сравнительное правоведение на уровень подготовки юридических кадров и всю систему юридического образования?

Вопросы для представителей зарубежной системы юридического образования далеко не новые, а тем более не оригинальные. Они обсуждаются ими и с разной степенью успешности решаются уже на протяжении более чем полутора столетия, с тех пор, как первые курсы сравнительного правоведения появились сначала в вузах Франции, Великобритании, а затем и ряда других западных стран.

Однако, несмотря на столь долгую историю развития образовательных функций сравнительного правоведения, многие вопросы, касающиеся не столько их названия, сколько роли и содержания, важности сравнительного правоведения как учебной

дисциплины, по-прежнему остаются спорными и до конца не решенными.

Такowymi они являются и для отечественной системы юридического образования, практически не имеющей традиций изучения сравнительного правоведения.

Сейчас нередко возникают и обсуждаются вопросы о необходимости введения новых курсов лекций по сравнительному правоведению, о важности знаний по этой научной дисциплине для студентов и др. В постановке и обсуждении этих проблем видна своеобразная историческая последовательность.

Так, расширение связей между различными странами в конце XIX — начале XX в. и накопление к этому времени первого позитивного опыта в преподавании и изучении сравнительного правоведения стимулировали компаративистов этих стран к дальнейшему расширению и углублению процесса изучения сравнительного правоведения. Их активность в этом направлении особенно была заметна после Первого Международного конгресса сравнительного правоведения, проведенного в Париже в 1900 г.

Первая мировая война и связанная с ней враждебность по отношению друг к другу многих государств, естественно, не прибавили энтузиазма сторонникам введения в университетские учебные планы курсов сравнительного правоведения. Однако уже в 20-30-е гг. ситуация в этом отношении стала довольно быстро меняться.

Это дало возможность известному американскому юристу Р. Паунду, основателю социологической (гарвардской) школы права, опирающейся на философию прагматизма и рассматривающей право как режим упорядочения человеческих отношений, уже в 1934 г. с полным основанием заявить, что изучение сравнительного правоведения становится все более эффективным при условии, что «преподаватели четко представляют себе возможности этого предмета и умеют их реализовать». По мнению автора, в будущем преподавание права «будет основано на сравнительно-правовом методе». В процессе обучения преподаватель будет постоянно на конкретных примерах показывать студенту, что «ни одна из национальных правовых систем, никакая доктрина, концепция, норма или конструкция не могут предложить адекватного решения проблем, постоянно возникающих в повседневной жизни»¹.

¹ Цит. по: Цвайгерт К., Кёту Х. Указ. соч. С. 40.

Вторая мировая война, несомненно, наложила свой негативный отпечаток на развитие сравнительного правоведения и его образовательных функций, в значительной мере затормозила их развитие. Однако уже вскоре после окончания войны тенденция последовательного развития сравнительного правоведения и его функций, их естественной эволюции, обусловленной объективными потребностями самой жизни, была в значительной степени восстановлена. Так, в 1948 г. на конференции юристов-профессоров и преподавателей США и ряда других стран, посвященной проблемам изучения международного и сравнительного права, указывалось на необходимость усиления внимания к этим дисциплинам и констатировалось, что преподавание международного и сравнительного права является «весьма важной составной частью современного юридического образования»¹.

Во многих научных работах того времени последовательно проводилась мысль о том, что введение курса сравнительного правоведения в вузовские учебные программы, а там, где оно преподается, развитие и совершенствование процесса обучения сравнительному правоведению являются не прихотью какого-либо отдельного лица или группы лиц — специалистов в области юридического образования, а **настоятельной потребностью самой жизни**, самого процесса совершенствования юридического образования.

Отсутствие в учебных планах вузов такой дисциплины, как сравнительное право, писал в 1952 г. в статье «Курсы сравнительного права в учебных планах, юридических школ» американский профессор Э. Рэ, подобно недостаткам детской диеты, может сказаться не сразу, а с годами, по истечении ряда лет. Но оно все равно рано или поздно скажется².

Чаще всего этот пробел в учебных планах проявляется, как только выпускник юридического вуза приступает к профессиональной деятельности, где требуются знание по сравнительному правоведению. Реже — гораздо позднее, когда юрист, специализирующийся в одной из отраслей национального права, «намеревается завоевать лидерство в региональных, национальных или же международных делах»³. Ведь призвание настоящего

¹ Thayer N. The Teaching of International and Comparative Law // Journal of Legal Education. 1949. N 1. P. 449-451.

² Re Ed. Comparative Law Courses in the Law School Curriculum // The American Journal of Comparative Law. 1952. Vol. 1. P. 233.

³ Papale J. Why Comparative Law? // Journal of Legal Education. 1951. N3. P. 384-386.

юриста, по глубокому убеждению многих известных профессоров права и не менее известных государственных деятелей, состоит в лидерстве. Но если это так, рассуждают сторонники данного взгляда, «если из среды юристов должны формироваться лидеры будущего мира, то им, естественно, нужны настоящие знания и кругозор». В этом должны преуспеть юридические школы и колледжи, предусматривающие в своих учебных планах и программах широкий круг общих и специальных дисциплин, включая курсы лекций и семинары по сравнительному правоведению¹.

Изучение сравнительного правоведения, обобщают опыт его преподавания в европейских университетах К. Цвайгерт и Х. Кётц, **не только расширяет кругозор, но и обогащает знания студентов-юристов. Они учатся «уважать самостоятельную правовую культуру других народов», начинают понимать, как использовать «критические идеи для улучшения правовых конструкций», получают знания «о социальной обусловленности правовых норм» и глубже вникают в процесс формирования правовых институтов.** Применимость сравнительного правоведения на практике вытекает из самой природы научного знания, эффективность которого проявляется некоторое время спустя. В этой связи можно лишь упомянуть о полезности сравнительного правоведения для международного частного права, толкования международных договоров в деятельности международных судов и арбитражей, международных властных структур, а также для унификации права².

Уже подрастающее поколение юристов (а вероятнее всего, следующие за ним) столкнется с беспрецедентной интернационализацией правовой жизни. Ослабление угрозы войны приведет к идеологическому сближению капиталистических и социалистических стран, то же самое произойдет в отношениях между Севером и Югом. При этом развитые страны больше внимания будут уделять оказанию помощи в правовом образовании развивающимся странам. Серьезная ответственность ложится на юристов и в отношении других главных проблем, таких, как улучшение окружающей среды, устранение расовой розни, усиление социальной справедливости. Эти вопросы могут быть успешно решены лишь при сотрудничестве народов и государств друг с другом, а не в условиях национальной изолированности³.

¹ The Conference Report// Journal of Legal Education. 1948. N 1. P. 73-96.

² См.: Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. С. 36.

³ См. там же. С. 36.

В силу этого «наиболее важное значение» приобретает ценность «повсеместного изучения сравнительного правоведения». Последнее в противоположность позитивизму, догматизму и ограниченному национализму **указывает на «всеобъемлющую ценность права и универсальность правовой науки», помогает преодолевать узкую специализацию** «с помощью более широких категорий эффективного обобщающего правового мышления», вооружающего критический ум широким «набором решений», в которых сконцентрирован опыт всего мира¹.

Значение изучения сравнительного правоведения обуславливается и другими факторами-причинами. Так, например, многие зарубежные и отечественные авторы указывают на то, что **изучение сравнительного правоведения помогает глубже понять свою собственную правовую систему**², дает возможность юристу по-новому взглянуть на свою собственную правовую систему и оценить ее как бы со стороны, «с определенной дистанции». В результате такого рассмотрения может выявиться, в частности, что те из многочисленных правовых норм и институтов, которые раньше воспринимались как присущие всем цивилизованным обществам и правовым системам, в действительности возникли в силу исторических причин или географических факторов лишь в пределах одной, своей собственной правовой системы и что все остальные правовые системы мира или большинство из них прекрасно существуют и функционируют без них. Из этого следует, что сходные проблемы, которые возникают в обществе или правовой системе и решаются с помощью этих норм и институтов, возможно, могут решаться гораздо проще и эффективнее другим путем, на основе иных норм и институтов.

С другой стороны, при изучении сравнительного правоведения может обнаружиться, что те из теоретически и практически важных правовых институтов и норм, которые традиционно считались сугубо местными, локальными, присущими только одной правовой системе, на самом деле своими корнями уходят в другие правовые системы⁴.

Среди причин, вызывающих необходимость введения курсов сравнительного правоведения в учебные планы юридических вузов, в научной и учебной литературе указывается также на то, что его изучение **способствует углублению понимания национального и международного правопорядка**, взятого «в самом широком

¹ Цвайгерт К., Кётух Х. Указ. соч. С. 36.

² David R., Brierly A. Major Legal Systems. N.Y., 1979. P. 5-9.

³ Bogdan M. Comparative Law. Kluwer, 1994. P. 28.

⁴ Ibidem.

философском, историческом и социологическом смысле» и рассматриваемого как с позиций сегодняшнего дня, так и в плане ближайшей и отдаленной перспективы¹.

Изучение сравнительного правоведения способствует не только **расширению общего кругозора студентов-юристов, но и помогает выработке у них критического подхода к праву и различным явлениям правовой жизни, развитию чувства ответственности** за все то, что происходит в мире и в своей стране, **накоплению высоких духовных ценностей и усвоению ими подлинных человеческих идеалов.**

Система юридического образования, предполагающая изучение и узкоспециальных, и тесно связанных с ними исторических, философских, сравнительно-правовых и иных дисциплин, способна подготовить высокопрофессионального, широко эрудированного, самостоятельно политически и юридически мыслящего специалиста. В противном случае продуктом юридического образования может стать профессиональная несостоятельность, узость мышления, духовная нищета.

Поучительны в этом отношении наблюдения и размышления К. Цвайгерта и Х. Кётца по поводу системы юридического образования в Германии конца XIX — начала XX в. Поколению юристов Германии 1900 г., пишут авторы, наряду со многими другими дисциплинами преподавали преимущественно частное право. Студентов обучали ориентироваться в стандартных типах решений, которые были разработаны классическим римским правом, пандектным правом XIX в. и в значительно меньшей степени старогерманским частным правом. Эти решения сравнивались с решениями Германского гражданского уложения. В сравнительном плане преподавалась история права. Такое образование, по мнению авторов, «воспитывало хороших юристов, в чем можно убедиться, прочитав работы лучших из них — судей имперского Верховного суда»².

Иная ситуация сложилась в этой стране после 1918 г., когда новое поколение юристов начало, в частности, «изучать исторический аспект права, все более сокращающийся в объеме». Акцент делался на преподавании догматики и толковании позитивного немецкого права, а также судебной практики. Изучение лишь национального позитивного материала ограничивало представление о всей полноте и многообразии возможностей,

¹ Mehren A. An Academic Tradition for Comparative Law? // The American Journal of Comparative Law. 1971. Vol. 19. P. 626.

² Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. С. 38.

которые могут быть использованы для решения «почти любой правовой проблемы». В результате у юристов этого поколения не развивалось чувство личной ответственности и критический подход к праву. В целом позитивистская школа породила специалистов, высококлассных по юридической технике, но неспособных к самостоятельному мышлению. «Духовная нищета привела это поколение к сотрудничеству с нацистами. Не обладая высокими духовными ценностями, они ничего не смогли противопоставить национал-социализму»¹.

Аналогичная ситуация, когда система юридического образования способна порождать лишь «высококласных специалистов по юридической технике, неспособных к самостоятельному мышлению», потенциально могла возникнуть не только в Германии, но и в любой другой стране, где все внимание сконцентрировано на узкопрофессиональных, специальных дисциплинах и не остается места таким предметам, как сравнительное правоведение.

К. Цвайгерт и Х. Кётц совершенно справедливо указывают на ту «значительную роль» и на ту «важную функцию», которую играет сравнительное правоведение и другие «неспециальные дисциплины» в юридическом образовании. По их мнению, разделяемому многими зарубежными и отечественными специалистами в области юридического образования, «как для правовой науки, так и для университетов и школ права акцент на самодостаточности национального права в учебном процессе свидетельствует о поразительном отставании от духа времени»².

Каково же состояние преподавания сравнительного права на современном этапе? Какое место занимает эта дисциплина в учебном процессе?

Отвечая на эти вопросы в целом, можно сослаться на адекватно отражающую действительность заявление американского профессора права Дж. Винтертона о том, что «в настоящее время курсы лекций по сравнительному правоведению читаются практически во всех юридических вузах, факультетах и университетах мира» и что внедрение их в учебные планы и программы юридических вузов подавляющего большинства стран мира является, вероятно, самым существенным признаком «поэтапного развития всей системы юридического образования после Второй мировой войны»³. Это выглядит тем более значимо, если

¹ Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. С. 38-39.

² Там же. С. 35-36.

³ Winterton G. Comparative Law Teaching // The American Journal of Comparative Law. 1975. Vol. 23. P. 69.

иметь в виду «трудности в подготовке высококвалифицированных преподавателей по сравнительному праву и довольно высокие финансовые затраты на формирование соответствующих библиотечных фондов»¹.

Мнение о том, что широкое распространение сравнительного правоведения и введение его в учебные планы и программы большинства юридических вузов многих стран выступают как одна из существенных черт системы юридического образования за послевоенный период, поддерживается также многими другими учеными. Среди них можно сослаться на опыт и авторитет профессора Д. Хэндersona, который на примере юридических вузов США (law schools) свидетельствует о том, что если в довоенный и даже в первые годы послевоенного периода сравнительное правоведение в этой стране хотя и считалось весьма «перспективным», важным и нужным, но имело ограниченный характер — преподавалось в немногих вузах, сводилось в основном к сравнению системы общего права с системой гражданского (континентального) права, имело, скорее, теоретический, нежели практический, характер, — то в настоящее время оно преподается во всех ведущих юридических вузах страны. Его изучение имеет не только теоретическую, но и практическую значимость. Фактически сравнительное правоведение стало «повседневным орудием для наших юристов и бизнесменов»².

Аналогично обстоит дело с изучением сравнительного правоведения и в других странах, в частности в Великобритании, Германии, Франции, Испании, Японии и др.

В Германии, по свидетельству немецких ученых, «существуют самые различные учебные заведения, где преподается сравнительное правоведение». Курс «Введение в сравнительное правоведение», в котором излагается материал, касающийся предмета, метода и задач этой дисциплины, ее места и роли среди других международно-правовых дисциплин, дается обзор основных правовых институтов, «преподается почти во всех университетах» страны³.

В Голландии курсы сравнительного правоведения в различных сочетаниях с курсами других, «прилегающих» к нему юридических дисциплин преподаются также практически во всех юридических учебных заведениях страны. На юридическом факультете Лейденского университета, например, наряду со

¹ Winterton G. Op. cit. P. 69.

² Henderson D. Op. cit. P. 2.

³ См.: ЦвайтертК., КётцХ. Указ. соч. С. 37.

специальными курсами лекций по немецкому частному праву, международному частному праву, англо-американскому частному праву, элементарному русскому праву, праву и администрации в Индонезии и другим дисциплинам читаются общие курсы лекций по сравнительному уголовному процессу, сравнительному частному праву и др. В аннотации к курсу лекций по сравнительному частному праву говорится, что в нем предусматривается изложение материала, касающегося структуры и основных характеристик различных правовых систем, истории их становления и развития, роли сравнительного правоведения в процессе унификации и модернизации национальных систем права европейских и других стран¹.

Особое внимание при этом уделяется изучению в сравнительно-правовом плане законодательства отдельных европейских стран, а также права всего Европейского сообщества. Среди дисциплин, которые изучались на юридическом факультете Лейденского университета в весеннем семестре 1997 г., значились такие, например, как «Основной курс европейского права конкуренции», «Юридическая защита в Европейском сообществе», «Равноправие и проблема равенства полов в Европе», «Экономический анализ европейского рынка занятости и социальный аспект государства всеобщего благосостояния» и др. В течение 1997/98 учебного года, согласно учебному плану, здесь читались курсы лекций по таким сравнительно-правовым дисциплинам, как «Европейская интеграция и международное частное право», «Внешние связи Европейского сообщества», «Коммерческое право Европейского сообщества», «Налоговое право Европейского сообщества», «Права человека», «Права интеллектуальной собственности Европейского сообщества» и др.²

Курсы лекций по сравнительному правоведению вообще и сравнительно-правовым дисциплинам Европейского сообщества, в частности, читаются также во всех остальных западноевропейских государствах — в школах права, юридических колледжах, на юридических факультетах университетов. Среди последних особо следует выделить Международный факультет по преподаванию сравнительного права, созданный во Франции в 1961 г. при Страсбургском университете. За годы существования в его стенах было прочитано «бесчисленное количество лекций»

¹ Faculty of Law. Leiden Law Courses (LLC). 1996/97. Leiden University, 1996. P. 17-27.

² Faculty of Law. Master of Laws (L.L.M.), 1997/98. European Community Law. Leiden University, 1997. P. 15-19.

по сравнительному правоведению, защищено несколько сотен кандидатских и докторских диссертаций. Уже в первую декаду его деятельности, согласно официальным отчетам, в нем обучалось около 7 тыс. студентов и аспирантов из университетов более 50 стран.

Отмечая десятилетие «Страсбургского эксперимента» в 1971 г., американский профессор Дж. Хазард писал в статье «Десять лет интернационального обучения сравнительному праву: Страсбургский эксперимент»: «...создание данного факультета олицетворяет собой первую массовую попытку объединения усилий профессоров, специализирующихся в области сравнительного права, с целью доведения знаний по этой дисциплине до студентов из разных стран»¹. Десять лет работы этого факультета показали, как «нелегко воплотить в жизнь мечту, разделявшуюся многими из тех, кто усматривал в создании и деятельности подобных международных факультетов и университетов ближайший путь к гармонизации мира»².

Однако изучение отчетов и других материалов о деятельности данного, уникального в своем роде факультета так же, как и других западных университетов, где все в большем объеме читаются курсы лекций по сравнительному правоведению, свидетельствует о том, что **далеко не все обстоит гладко с преподаванием данной дисциплины. И** дело заключается не только в дороговизне этого курса по сравнению со всеми другими курсами, где не требуется знания иностранных языков и привлечения значительного количества дорогостоящих самих по себе иностранных источников.

И даже не в традиционной для ряда стран и отдельных вузов **недооценке роли сравнительного правоведения в системе высшего юридического образования**. Такая недооценка типична не только для современной России и государств Восточной Европы, но и для некоторых других стран, имеющих опыт преподавания данной дисциплины. Она свойственна, например, ряду университетов США, где лишь в «усеченном» виде читаются курсы лекций по сравнительному правоведению. В результате, по свидетельству самих же американских авторов, «среди современных американских специалистов по праву» имеются, конечно, прекрасно подготовленные компаративисты, однако гораздо большее их

¹ Hazard J. Ten Years of International Teaching of Comparative Law: The Strasbourg Experiment// The American Journal of Comparative Law. 1971. Vol. 19. P. 253.

² Ibidem.

число, хотя и имеет дело с зарубежным законодательством, обладает тем не менее лишь отрывочными и весьма поверхностными знаниями в области сравнительного правоведения¹.

Недооценка роли и значения сравнительного правоведения в общей системе юридического образования присуща также и некоторым юридическим вузам Германии, в учебных планах которых все еще редки лекционные курсы, излагающие основы определенных правовых систем, где весьма слабо представлен «сравнительный анализ институтов права» и где даже нет специального экзамена по данному предмету².

Кроме того, в ряде земель ФРГ сравнительное правоведение и международное частное право «очень неудачно объединены в одну группу с семейным и наследственным правом и даже с арбитражным, а в одной из них данный предмет вообще отсутствует среди изучаемых дисциплин. Все это дало возможность многим исследователям на протяжении ряда лет с полным основанием говорить о «провинциализме немецкого юридического образования». Этот диагноз «верен и поныне, и мало утешительного в том, что в других странах дела обстоят ничуть не лучше»³.

Несомненно, авторы правы, акцентируя внимание на недооценке курса сравнительного правоведения как на одной из проблем преподавания данного предмета. Но это, как представляется, не самая главная проблема. Она является, скорее, следствием другой, более существенной проблемы, касающейся структуры, содержания и назначения курса сравнительного правоведения, его места и роли в системе других юридических наук, степени важности и, главное, —" необходимости для развития политико-правовой теории и совершенствования юридической практики⁴. Ведь именно от решения этой проблемы в первую очередь зависит отношение к данной дисциплине.

Эффективность курса сравнительного правоведения и как следствие характер отношения к нему в немалой степени зависят также от ряда других факторов, таких, как четкость и логичность его построения, значимость и конкретность содержания, точность и определенность целевого назначения и других, по поводу которых в научной и учебной литературе идут нескончаемые споры.

Дискуссионным, в частности, остается вопрос о том, **как должен строиться курс сравнительного правоведения** и на какую

¹ Mehren A. Op. cit. P. 625.

² Цвайгерт К., Кётух Х. Указ. соч. С. 37.

³ Там же.

⁴ Re Ed. Op. cit. P. 234-242.

студенческую аудиторию должен быть рассчитан. **Будет ли он массовым, или же его следует адресовать только студентам, специализирующимся по определенным отраслям права, и в этом смысле он будет элитарным? Должен ли он быть обязательным или факультативным?**

Однозначных ответов на эти вопросы нет. И это естественно, если учесть не только сложность сравнительного правоведения как учебной и научной дисциплины, но и его внутреннюю и внешнюю противоречивость.

Р. Давид исходит из того, что изучение сравнительного правоведения — это своего рода удел и привилегия лишь отдельных, претендующих на высший уровень профессионализма и правовой культуры студентов. Говоря о юридическом образовании во Франции, он заявляет: «Мы не требуем, чтобы все те, кто предполагает работать в области права, получали образование в плане сравнительного права». Преподавание права во Франции должно вестись, понятно, лишь на основе действующего права, что вполне достаточно для желающих изучить на факультете права просто юридическую технику, т.е. для большинства студентов — будущих юристов. Однако, заключает Р. Давид, среди студентов, изучающих право, есть немало таких, которые хотят не только овладеть «юридической техникой, но и приобрести общую юридическую культуру». Для таких студентов «сравнительное право, как и история права, необходимы, ибо без них невозможна общая культура юриста в наше время»¹.

К. Цвайгерт и Х. Кётц не исключают, что в будущем сравнительное правоведение, как и история и социология права, «приобретет значение только для узких специалистов», а в остальном «юридическое образование будет сведено к уровню специализированных юридических школ, выпускники которых обучаются лишь юридической технике». К такому неутешительному для себя выводу они приходят в силу того, что повсеместно в академических планах и программах юридических вузов Германии наблюдается быстрое увеличение объема учебного материала, способного в скором времени превысить возможности его восприятия. В связи с этим сравнительное правоведение может постигнуть та же судьба, «что и историю и социологию права, а именно — **судьба элитарного предмета для интеллектуалов, который среднему студенту невозможно было бы осилить**»².

¹ Давид Р. Указ. соч. С. 33-34.

² Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. С. 38.

Тем не менее, учитывая теоретическую и практическую значимость сравнительного правоведения и исходя из того, что современное сравнительное правоведение «аккумулирует опыт действующих правопорядков стран мирового сообщества», позволяет не только использовать различные варианты решения конкретной юридической проблемы, но и рассматривать их в историческом аспекте, предоставляя тем самым возможность объективно оценить эффективность решения, принимаемого на национальном уровне, К. Цвайгерт и Х. Кётц убедительно доказывают «необходимость включения сравнительного правоведения в число обязательных для изучения предметов». Причем речь идет об изучении данной дисциплины всеми без исключения студентами юридических вузов, а не только некоторыми, наиболее подготовленными или наиболее одаренными из них².

Оценивая высказанные в западной литературе позиции и формулируя свое собственное видение проблемы, необходимо обратить внимание прежде всего на неодинаковые возможности различных вузов в преподавании такой весьма неординарной дисциплины, как сравнительное правоведение. Далеко не каждый западный или российский юридический вуз в силу целого ряда объективных причин может обеспечить чтение курса лекций по сравнительному правоведению на хорошем академическом уровне. Поэтому вопрос должен ставиться, в особенности применительно к российским юридическим вузам, не только и даже не столько в плане того, включать или не включать в учебный процесс вуза данную дисциплину, считать ее обязательной или факультативной, рассчитанной на всех или только на «элитных» студентов, сколько прежде всего в плане того, способен ли вуз обеспечить высококачественное преподавание данной дисциплины наряду с другими многочисленными общими и специальными предметами. А это, как показывает опыт преподавания сравнительного правоведения в западноевропейских университетах, под силу далеко не каждому юридическому вузу³.

На наш взгляд, не подлежит сомнению необходимость включения сравнительного правоведения в учебные планы вузов России или любой иной страны в качестве обязательной для всех студентов дисциплины. Это обусловлено как теоретической, так и практической ее значимостью. Однако весьма сомнительно, чтобы все вузы, особенно в современных условиях развития

¹ Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. С. 39.

² Там же. С. 39-40.

³ Mehren A. Op. cit. P. 624-632.

нашей страны и плачевного состояния системы юридического образования, смогли бы достойно справиться с преподаванием этого предмета.

Что же касается программы обучения — ее структуры и содержания, как и самого предмета сравнительного правоведения, на описание которых в разных университетах мира, по замечанию Дж. Винтертона, было истрачено множество страниц бумаги¹, то дело здесь обстоит следующим образом. Высшее юридическое образование на современном этапе его развития, несомненно, должно включать в себя изучение **не только общей части** (введения, начального курса и т.п.), **но и особенной части сравнительного правоведения**. Если первая часть, как это следует из ее названия, призвана сформулировать лишь общее представление о сравнительном правоведении — его понятии, структуре, предмете, методе, содержании и т.п., то особенная — дать конкретные знания об изучаемых в сравнительном плане отдельных нормах, институтах, отраслях или даже системах права.

В западной научной и учебной литературе издавна велись споры по поводу необходимости преподавания всех отраслей национального права в сравнительно-правовом плане. Некоторые авторы даже предлагали, чтобы «национальные» учебники были «заново переписаны с учетом сравнительно-правового метода» и чтобы все преподаватели «в долгосрочной перспективе в обязательном порядке овладели им и с его помощью самостоятельно добывали необходимую информацию»². Однако, как справедливо заметил американский профессор Р. Шлезинджер еще в 1971 г., предложение, чтобы «каждый базовый курс по национальным отраслям права читался в сравнительно-правовом плане, нереально», а аргументация, которая приводится на этот счет, неубедительна³. Она не учитывает довольно узких рамок деятельности и ограниченных возможностей как отдельных юридических вузов, так и системы юридического образования отдельно взятых стран в целом. Это в первую очередь касается современной России.

Нереальной в силу сказанного представляется также и предлагаемая некоторыми авторами чуть ли не в качестве образцовой или «типовой» полная программа обучения сравнительному праву на Международном факультете сравнительного права в

¹ *Winterton G.* Op. cit. P. 69.

² См.: *ЦвайгертК., КёмуХ.* Указ. соч. С. 39.

³ *Schlesinger R.* The Role of the «Basic Course» in the Teaching of Foreign and Comparative Law // *The American Journal of Comparative Law.* 1971. Vol. 19. P. 616.

Страсбурге, которая предусматривает **три относительно самостоятельных цикла обучения.**

Первый цикл является вводным. Он называется «Введение в изучение сравнительного метода и основных правовых семей мира». В его рамках преподаются такие дисциплины, как «Общее введение в международное частное право», а также «Общее введение: а) в англо-саксонское (общее) право; б) в романо-германское (континентальную систему) право; в) в социалистическое право; г) в исламскую систему права; д) в скандинавские правовые системы и д) в израильскую систему права». На этом же цикле читается курс лекций по общему введению в сравнительное изучение юридических процедур¹.

Второй цикл посвящен изучению основных тенденций развития отраслей права различных правовых семей. Он распадается на две основные части: секцию публичного и частного права.

В пределах первой секции преподается сравнительное изучение проблем, связанных с «административными контрактами», государственной ответственностью в сфере торговли, административными процедурами (на примере ряда дел), исполнительной государственной властью, гражданскими правами и свободами в разных странах, с методами конституционного контроля, деятельностью профсоюзов в разных странах и др.

В пределах второй секции изучаются в сравнительном плане право наследования в разных странах, право частной собственности, контрактное право, корпоративное право, практика применения иностранного законодательства в разных странах и др.

Третий цикл обучения сравнительному правоведению концентрирует внимание студентов на детальном и более глубоком изучении отдельных (сходных между собой) правовых проблем, возникающих в разных странах. Обучение проводится, как правило, в форме заседаний «круглого стола» и на примере взятых из практики конкретных дел.

Повестка заседаний «круглого стола» варьируется от сессии к сессии. Довольно регулярно обсуждается круг правовых вопросов, касающихся, например, порядка создания корпораций, юридической ответственности фирм, порядка наследования по международному частному праву, взимания налогов частных фондов, правового статуса частных фондов, порядка разрешения трудовых споров в законодательстве разных стран и др.²

¹ Hazard J. Op. cit. P. 255.

² Ibid. 254-255.

Разумеется, данная программа в силу своей масштабности и поистине необозримости требуемого для ее реализации учебного, научного и методического материала, а также потребности в довольно многочисленном и высококвалифицированном профессорско-преподавательском составе, необходимом для ее реализации, не может рассматриваться в качестве некой типовой программы, рассчитанной на усредненный, типичный для любой страны вуз. Это — программа максимум, успешное выполнение которой под силу лишь отдельным, элитным юридическим вузам. Если же говорить о всех остальных юридических вузах, то здесь, сообразуясь с их реальными возможностями, можно для начала ограничиться лишь общей частью сравнительного правоведения и хотя бы отдельными фрагментами особенной части.

3.2. В чем проявляется научная значимость сравнительного правоведения?

Сравнительное правоведение выполняет значительные по своей социальной роли функции не только в сфере юридического образования, но и в области государственно-правовых научных исследований. Как междисциплинарная и одновременно многодисциплинарная юридическая наука она способна оказывать огромное позитивное влияние не только на общетеоретические или исторические исследования, но и на научные разработки в области отраслевых юридических наук. Об этом свидетельствуют, в частности, многочисленные монографии, учебники и учебные пособия по сравнительному правоведению, издаваемые в разных странах специальные журналы, а также бесчисленные научные статьи.

По мере развития данной отрасли знаний поток научных публикаций по сравнительному правоведению становился не только шире, но и глубже. Все большее количество работ, опубликованных по сравнительно-правовой тематике, носило не только научно-информационный, сугубо познавательный, но и ярко выраженный академический, исследовательский характер.

Выделяя три стадии развития сравнительного правоведения как относительно самостоятельной отрасли знаний, один из членов редколлегии «Американского журнала сравнительного права» Б. Козлчук писал по этому поводу еще в середине 70-х гг., что для большинства работ по компаративистике, подготовленных на первой стадии развития сравнительного правоведения как научной дисциплины (с конца прошлого века и до окончания

Второй мировой войны), был свойствен в основном «таксономический», познавательный характер. От компаративистов требовалось отличать лишь в самых общих чертах «континентальное право» от «общего», религиозные нормы от нерелигиозных, а также проводить различие между правовыми институтами, именуемыми капиталистическими и социалистическими¹.

На второй стадии, охватывающей период с середины 40-х гг., со времени окончания Второй мировой войны, и вплоть до настоящего времени, ситуация коренным образом изменилась. Работы стали носить главным образом сугубо академический, исследовательский характер. В отличие от первой стадии развития сравнительного правоведения, когда авторы-компаративисты в своих научных изысканиях «очень редко выходили за рамки законодательных и доктринальных текстов и очень редко поднимались до уровня сравнительного анализа конкретной материи — отдельных отраслей, норм права и институтов», на второй стадии многие из них сосредоточили внимание на таких сферах реализации права в разных странах, как торговля, финансы, банковское дело, инвестиции².

Одна из причин такой эволюции научных сравнительно-правовых исследований и проявления такого внимания прежде всего к указанным сферам заключается в материальных стимулах. Именно эти сферы «приложения» права в разных странах, их сравнительное изучение и изложение дают возможность исследователям иметь не только глубокое моральное, но и материальное удовлетворение. По общему мнению западных авторов, они позволяют работающим в них компаративистам «зарабатывать не только на хлеб, но и на масло».

Эти же причины побудили исследователей-компаративистов заняться поисками научной истины и в других жизненно важных сферах, а также сравнительным анализом основных правовых институтов в области как частного, так и публичного права³.

В связи с усилившимися за послевоенный период экономическими, финансовыми, торговыми и иными взаимосвязями между различными, и прежде всего западными, странами резко

¹ Kozolchuk B. Trends in Comparative Legal Research: Apropos Dainow's the Role of Judicial Decisions and Doctrine in Civil Law and in Mixed Jurisdictions // The American Journal of Comparative Law. 1976. Vol. 24. P. 109-110.

² Ibid. P. 110.

³ Rabel N. The Conflict of Laws. A Comparative Study. L., 1942; Formation of Contracts / Ed. by J. Schlesinger // A Study of the Common Core of Legal Systems. N.Y., 1968.

возросла потребность в сравнительном анализе судебной и административной практики этих стран, возрос спрос на сравнительное исследование нормативного материала.

На современном этапе развития сравнительного правоведения как научной дисциплины западные авторы-компаративисты вновь основное внимание концентрируют не только на сравнительном анализе эмпирического материала в виде конкретных норм, отраслей права и институтов, но и на теоретических — концептуальных и доктринальных аспектах ее развития.

Органическое сочетание разнородного эмпирического материала, включающего в себя общие («глобальные») и корпоративные (локальные) нормы, составляющие систему норм муниципального и других, находящихся в поле зрения исследователей в настоящее время отраслей и подотраслей права, с фундаментальным теоретическим материалом позволяет составить полное представление как о характере, так и о тенденциях развития на современном этапе сравнительного правоведения.

В отличие от своих зарубежных коллег советские ученые со времени победы Октябрьской революции в 1917 г. и вплоть до так называемой «хрущевской оттепели» 60-х гг. при рассмотрении сравнительно-правовых проблем сосредоточивали внимание «в основном на идентификации специфических признаков советского права». Они исходили из того, что советское право в процессе своего возникновения и развития неизменно проявлялось как право нового типа по сравнению с западным правом — «правом старого мира».

В этот период, отмечалось в западных источниках, советские компаративисты даже не предпринимали попыток создания каких-либо теорий, касающихся сравнительного анализа правовых систем. «Их основная миссия сводилась лишь к демонстрации уникальности советского права»².

На более поздней стадии развития компаративистики в СССР, начиная с 1960 г., советские ученые, по мнению их западных коллег, «значительно расширили горизонт своих сравнительно-правовых исследований», уделив значительное внимание также проблемам методологии и применения сравнительного метода в процессе научного познания различных правовых систем. В этот же период широко обсуждались вопросы сравнимости систем права различных социально-экономических и политических

¹ Kozolchik B. Op. cit. P. 111.

² Clenton M., Gordon M., Osakwe Ch. Comparative Legal Traditions. N.Y., 1985. P. 9.

систем, а также вопросам места и роли сравнительного правоведения в системе юридических наук и высшего юридического образования¹.

Несмотря на разницу в подходах к рассмотрению проблем сравнительного правоведения как научной дисциплины и различный спектр исследуемых при этом компаративистами разных стран вопросов, в развитии данной отрасли знаний наметилось в конечном счете, особенно в последние десятилетия, больше сходства, чем различия, определились многие общие цели научных исследований и направления, четче выделились общие тенденции научных изысканий².

Среди последних особо следует выделить **тенденцию комплексного познания** сравнительно-правовой материи, исследования ее не самой по себе, а во взаимосвязи и взаимодействии с процессом изучения неправовой материи. В качестве исходного положения вполне обоснованно при этом берется тезис о невозможности глубокого и всестороннего исследования сложной, многоаспектной и многоуровневой сравнительно-правовой материи вне контекста социологической, исторической, политологической и иной материи.

Сравнительное правоведение, справедливо отмечалось в научной литературе, по самой своей природе как комплексная, междисциплинарная отрасль знаний требует к себе соответствующего подхода.

Идеальным в процессе проведения сравнительно-правовых исследований является такое положение, когда компаративист, владея иностранными языками, хорошо знает не только правовые системы рассматриваемых стран, но и их историю, культуру, экономику, политику, разбирается в национальных и иных традициях, функционирующих на территории этих стран, понимает их обычаи³.

Среди **других тенденций научного познания сравнительно-правовой материи** на современном этапе следует указать на такие, как: а) выделение в качестве предмета исследования общих черт и особенностей не только норм права различных, сравниваемых между собой правовых систем, но и других компонентов правовой материи (правосознания, правопонимания, правовой

¹ Clenton M., Gordon M., Osakwe Ch. Comparative Legal Traditions. N.Y., 1985. P. 9.

² Bogdan M. Op. cit. P. 27-39.

³ Gordley Y. Comparative Legal Research: its Function in the Development of Harmonized Law// The American Journal Comparative Law. 1995. Vol. 43. P. 555-562.

культуры, правовой политики и идеологии); б) исследование нормативно-правового массива сравниваемых стран не только и даже не столько в целостном виде, как такового, а социально-дифференцированно, в зависимости от иерархии норм и их принадлежности к различным отраслям и институтам права; в) учет сложности, множественности и разнообразия источников права различных правовых семей и систем права, выявление их сходства и различия; г) принятие во внимание того неоспоримого факта, что на современном этапе развития общества различные правовые семьи и системы в силу нарастающих экономических, политических, торговых и иных связей между странами не только сближаются друг с другом, но и отдельными своими сторонами взаимопроникают друг в друга; д) учет относительности характера деления всего правового массива на различные составные части или группы правовых систем — семей, выделение различных уровней сравнительно-правового исследования и др.¹

Кроме названных тенденций, прослеживающихся в процессе сравнительно-правового исследования на современном этапе, следует указать также на тенденцию органического сочетания концептуального (доктринального) анализа рассматриваемой материи с эмпирико-прагматическим подходом или анализом. В результате этого в поле зрения компаративистов попадают не только правовые системы как целостные образования, но и их отдельные составные части — компоненты. В их числе: правовая культура; правовые институты; роли, выполняемые сторонами — участницами правового процесса; сам уголовно-правовой, административно-правовой и гражданско-правовой процесс; «первичные» (общие, глобальные) и «вторичные» (локальные) нормы права и др.²

Говоря об **общности целей и направлений** научных сравнительно-правовых исследований, проводимых в настоящее время компаративистами разных стран, необходимо указать на относительный характер их классификации и выделения их среди всех других свойственных сравнительному правоведению целей и направлений. В особенности это касается образовательной сферы, где цели, задачи и главные направления развития

¹ Kozolchik B. Op. cit. P. 100—109; Menyman Y. Comparative Law and Scientific Explanation // Law in the United States of America in Social and Technological Revolution/ Ed. by J. Hazard, W. Wagner. Brussels, 1974. P. 88-97.

² Comparing Nations. Concepts, Strategies, Substance / Ed. by M. Dogan, A. Kazancigil. Oxford, 1995. P. 7-11; Law in the United States of America in Social and Technological Revolution/ Ed. by J. Hazard, W. Wagner. P. 87.

сравнительного правоведения во многом совпадают с основными параметрами его функционирования в научной сфере.

Среди них можно выделить такие, например, «научно-образовательные» цели и основные направления «приложения» сравнительного правоведения, как получение новых, имеющих не только теоретическое, но и практическое значение знаний в процессе сравнения различных правовых систем; раскрытие общих принципов их существования и функционирования; формирование более глубокого и разностороннего видения «своей собственной», равно как и других правовых систем; использование сравнительно-правовых исследований в целях совершенствования национальных правовых систем и повышения их эффективности; применение этих исследований «в качестве средства» формирования и развития научной теории государства и права¹.

Отмечая относительный характер целей сравнительного правоведения как самостоятельной отрасли знаний и аналогичный характер основных направлений развития, следует обратить внимание и на другие их особенности, а именно на то, что относительная самостоятельность сравнительно-правовых целей и направлений компаративных исследований проявляется по отношению не только к образовательной среде, но и к другим сферам применения сравнительного правоведения.

Более того, некоторыми учеными, в особенности компаративистами, работавшими на ранних стадиях развития сравнительного правоведения, вообще отрицалась какая-либо самостоятельность этой научной дисциплины, а следовательно, — ее целей и направлений развития и приложения. Известны в связи с этим предположения видного немецкого юриста-теоретика конца XIX в. Р. Штаммлера о том, что путем сравнения двух различных правовых систем вряд ли можно получить о них новое, самостоятельное знание².

Справедливости ради следует сказать, что даже в тот период далеко не все авторы-компаративисты придерживались данной точки зрения. В настоящее время она стала достоянием прошлого. Однако такое мнение существовало, и с ним нельзя было не считаться.

Невозможно было не замечать и того факта, что на ранних стадиях развития сравнительного правоведения в процессе проведения научных исследований путем сопоставления одной

¹ *Menyman Y.* Op. cit. P. 85-36; *Clenton M., Gordon M., Osakwe Ch.* Op. cit. P. 10.

² *Stammler R.* *Wirtschaft und Recht.* Leipzig, 1896. S. 9-11.

правовой системы с другой иногда игнорировался принцип паритетности правовых систем, допускалась абсолютизация одной из сторон, провозглашалось бесспорное доминирование одной правовой системы над другой.

Все это вело к искажению научных целей и задач правового исследования, утрачивалась возможность взаимного раскрытия и обогащения правовых систем, подменялось само стремление к объективному изучению и раскрытию правовых систем навязыванием черт и особенностей одной правовой системы другой.

Нарушение паритета в процессе сравнительного изучения правовых систем можно было наблюдать на примере сравнительно-правового исследования социалистического и капиталистического права.

Авторы, стоявшие на марксистских позициях, неизменно придерживались того мнения, что социалистическая система права обладает несомненным превосходством над капиталистическим и другими типами права, что социалистическое право является высшим типом права. В научных исследованиях, посвященных сравнительно-правовому анализу социалистической и капиталистической правовых систем, в связи с этим постоянно проводился тезис о том, что «общее сравнение» данных правовых систем означает лишь не что иное, как их конфронтацию, не имеющую ничего общего со сравнительным анализом каждой из них¹.

В свою очередь многие западные авторы-компаративисты по вопросу о паритетности социалистической и капиталистической правовых систем, как правило, придерживались противоположного мнения².

В результате такого конфронтационного подхода к сравнительным правовым системам, когда одна из них а priori объявлялась высшей, а другая низшей, утрачивалась всякая возможность объективного исследования каждой из них, обоюдного познания и раскрытия одной правовой системы через другую. Традиционные академические направления исследования различных правовых систем при этом неизбежно подменялись политическими, идеологическими и иными целями.

В настоящее время, после развала СССР, а вместе с ним и восточноевропейских социалистических стран ситуация в сравнительно-правовой сфере коренным образом изменилась. Затяжной

¹ A Socialist Approach to Comparative Law / Ed. by I. Szabo, Z. Peteri. Leiden, 1977. P. 20.

² CruzP- de. Comparative Law in a Changing World. P. 183-192.

спор о паритетности и характере конфронтации сравнивавшихся между собой правовых систем закончился.

Западные модели и концепции права полностью вытеснили собой (по крайней мере, на уровне государственно-правового официоза) все восточные (марксистские и псевдомарксистские) модели и концепции. Первые аргументы были объявлены наиболее приемлемыми для «новых демократий» и прогрессивными, а вторые — соответственно неподходящими больше для них, недемократическими и регрессивными.

В отношении «новых демократий» все отчетливее проявляется тенденция ассимиляции, а точнее, интеллектуального и иного поглощения их «старыми», западными демократиями. В результате этого одна, прежняя, крайность в сравнительно-правовых исследованиях, заключавшаяся в противопоставлении восточных правовых систем западным, сменяется другой, новой, крайностью, сводящейся к фактическому поглощению в концептуальном и иных отношениях восточных систем западными, к полной утрате первыми в пользу вторых даже видимых признаков реальной самостоятельности и самобытности.

При таком развитии событий в будущем сами собой могут исчезнуть в отношениях между восточноевропейскими и западными правовыми системами те традиционные академические и иные проблемы, которые обычно существуют в сравнительно-правовом процессе.

Однако в настоящее время они не только сохраняются, но по мере развития сравнительного правоведения, в процессе сравнительного исследования всех других существующих и функционирующих в современном мире правовых систем могут обостряться.

О каких проблемах в области сравнительно-правовых исследований идет речь? Назовем лишь некоторые из них, а именно те, которые лежат на поверхности и о которых много говорят и пишут.

Во-первых, это проблемы планирования, координации и систематизации научных сравнительно-правовых исследований, проводимых на международном уровне и в различных странах. В тех из них, где существуют и функционируют ассоциации сравнительного правоведения, эта работа проводится в основном силами данных объединений. Определенную роль при этом играют ведущие западные университеты (Сорбонна — во Франции, Лейденский университет — в Голландии, Оксфорд и Кембридж — в Англии и др.), а также специализированные академические институты.

На международном уровне значительные усилия в плане координации и систематизации сравнительно-правовых исследований в течение последних десятилетий прилагаются Международной академией сравнительного права, под эгидой которой регулярно проводятся конгрессы и другие научные форумы. Огромную роль при этом играет также Международный факультет сравнительного права в Страсбурге¹.

Однако, несмотря на все старания названных и других им подобных учреждений, проблема планирования, координации и систематизации сравнительно-правовых исследований по мере их расширения и углубления в различных странах не только не исчезает, а, наоборот, еще больше актуализируется и обостряется.

Во-вторых, это проблемы разработки и совершенствования понятийного аппарата научной и учебной дисциплины сравнительного правоведения. В отечественной и зарубежной литературе еще в 80-е гг. справедливо указывалось на то, что «глубокое уяснение и освоение, а также научное обоснование» понятийного аппарата сравнительного правоведения является весьма актуальной проблемой, требующей к себе особого внимания и специального рассмотрения².

Нельзя всерьез говорить о становлении и развитии любой отрасли знаний и академической дисциплины, включая сравнительное правоведение, если она не имеет своего собственного научного и методологического инструментария и не опирается на категории и понятия, выработанные в рамках смежных отраслей знаний.

Понятийный аппарат сравнительного правоведения складывается из двух видов категорий и понятий: а) свойственных самому сравнительному правоведению и б) заимствованных им из других юридических наук.

К первой группе категорий и понятий относятся само понятие сравнительного правоведения, понятия правовой семьи, правовой карты мира, правовой географии, национальной правовой системы, понятия сравнения, сравнительного метода и др.

Вторая группа категорий и понятий включает в себя все те из них, которые вырабатываются в рамках отраслевых и иных юридических наук и которые «обслуживают» прежде всего данные юридические дисциплины. Это понятия права, закона, правовой культуры, правового обычая, правовой нормы, правового института и многие другие.

¹ *Mayda J.* Some Critical Reflections on Contemporary Comparative Law. P. 379-381.

² *Саидов А.Х.* Введение в сравнительное правоведение. М., 1988. С. 8.

Понятийный аппарат сравнительного правоведения формируется вместе с данной академической дисциплиной и по мере ее становления и совершенствования постоянно развивается. В процессе его развития и практического применения неизбежно возникают различные проблемы. Одни из них возникают в силу несовершенства категорий и понятий, разработанных в рамках самого сравнительного правоведения. Таковыми являются, например, понятия правовой семьи, сравнительного права, сравнительного правоведения и др. Другие — по причине нестыковки, неоднозначного понимания и противоречивого толкования категорий и понятий, сформировавшихся на базе различных правовых систем. В качестве примера можно сослаться на различное понимание и толкование самого понятия или категории права, выступающей как исходная ступень в процессе сравнения различных правовых систем.

Ученые-юристы разных стран неоднократно указывали на то, что понятие права — сложное и противоречивое понятие и дать ему точное определение — задача нелегкая. Право, писал американский профессор Л. Фридмэн, имеет «большое количество значений, хрупких, как стекло, неустойчивых, как мыльный пузырь, неуловимых, как время. Невозможно говорить о точном значении слова "право" как если бы право было конкретным объектом в окружающем нас мире, чем-то, что мы могли бы потрогать, как стул или собаку»¹.

В зависимости от разделяемых воззрений в одних случаях право жестко «привязывается» к государству, неизменно ассоциируется с государством, с государственной властью и государственной силой, определяется через связь с государством.

По мнению Р. Иеринга, право «есть хорошо понимаемая политика силы»². Оно, писал в начале XX в. Г.Ф. Шершеневич, «есть произведение государства», «право держится только государством»³. Право, констатировалось отечественными авторами на исходе XX в., есть «система общеобязательных социальных норм, охраняемых силой государства»⁴.

В других случаях право ассоциируется не только и даже не столько с государством, сколько с социальной сферой жизни человека, с обществом, с его формальной (официальной) и неформальной, нормотворческой деятельностью.

¹ Фридмэн Л. Введение в американское право. М., 1992. С. 8.

² Ihering R. Der Zweck im Recht. Berlin, 1893. S. 378.

³ Шершеневич Г.Ф. Общая теория права (по изданию 1910—1912гг.). Т. I. Вып. 1. Вступит, ст. М.Н. Марченко. М., 1995. С. 258.

⁴ Юридический энциклопедический словарь. М., 1984. С. 272.

Есть право, писал в связи с этим Л. Фридмэн, «являющееся одновременно формальным и публичным (например, акты Конгресса); право, являющееся публичным (или правительственным), но не формальным ("реальное", "живое" правило, например об ограничении скорости движения по автодорогам); право, которое является формальным и одновременно частным (процедура рассмотрения исков и жалоб), и, наконец, право одновременно частное и неформальное (правила жизни в семье)»¹. Последнее, по мнению автора, включает в себя «правила и приемы, при помощи которых отцы и матери управляют своими семьями»².

Наряду с названными существует множество других представлений и определений права³. Наличие и применение их вполне понятно и оправданно, имея в виду то обстоятельство, что они отражают различные стороны правовой материи и выражают различные взгляды и суждения о праве.

Однако вместе с тем нельзя не видеть, что эта множественность, а нередко и противоречивость представлений и определений права как одной из важнейших составных частей понятийного аппарата науки сравнительного правоведения далеко не всегда играет позитивную роль. Она создает большие трудности и проблемы в проведении сравнительно-правовых исследований. Различное понимание и толкование права как исходной категории понятийного аппарата сравнительного правоведения неизбежно влечет за собой аналогичное понимание и толкование других его, неразрывно связанных с понятием права категорий: правовой системы, правовой культуры, правовой семьи и пр.

Для того чтобы добиться действенности, а тем более высокой эффективности проведения сравнительно-правовых исследований, необходимо прежде всего прийти к неоднозначному, но хотя бы сходному, лежащему в одной и той же плоскости пониманию и толкованию правовых явлений и отражающих их понятий. В противном случае эффективность проведения сравнительно-правовых исследований, если таковые вообще будут возможны, неизбежно приблизится к нулю.

В-третьих, это проблемы определения наиболее оптимального уровня сравнительно-правовых исследований, установления их характера и видов.

¹ Фридмэн Л. Указ. соч. С. 26.

² Там же. С. 23.

³ Подробнее об этом см. тему IV.

Говоря о важности правильного выбора уровня проведения сравнительно-правовых исследований, в первую очередь следует иметь в виду **микроуровень**, ассоциирующийся с изучением и разрешением конкретных, касающихся отдельных составных частей правовой системы проблем, и **макроуровень**, предполагающий разрешение той или иной общей проблемы на уровне правовой системы в целом. Смещение их в процессе проведения сравнительно-правовых исследований чревато негативными последствиями как для самого процесса, так и для результатов его проведения.

Аналогично обстоит дело также с выбором в каждом конкретном случае в соответствии с решаемыми задачами характера и видов сравнительно-правовых исследований. Когда речь идет о **характере** исследований, то имеется в виду прежде всего необходимость различения и недопустимость смешения **эмпирического уровня** исследования различных правовых систем, связанного со сбором и первичной обработкой касающихся их информации, и **теоретического уровня**, ассоциирующегося с научным анализом и обобщением собранного материала¹.

Эмпирический и теоретический характер сравнительно-правовых исследований в равной мере распространяется как на целостные правовые системы, так и на их отдельные составные части: нормы права, правовую культуру, правовую идеологию и др.

При рассмотрении вопроса о **видах сравнительно-правовых исследований** в соответствии со сложившимся представлением обычно обращают внимание на необходимость разграничения и недопустимость смешения так называемого «**бинарного сравнения**», когда сравниваются две находящиеся на одном и том же историческом уровне развития правовые системы, и **многостороннего сравнения**, когда объектом сравнительно-правового анализа является более двух «равнозначных» правовых систем.

Кроме того, выделяются и различаются так называемые «**синхронные виды**» сравнения правовых систем и «**асинхронные**». Задача первых сводится к сравнительному анализу однопорядковых по своей сущности, содержанию, времени возникновения и существования правовых систем. Суть вторых заключается в разнопорядковости сравниваемых правовых систем. В качестве примера асинхронного вида сравнения в западной литературе указывается, в частности, на допустимость сравнения государственно-правовых систем современной Африки с государственно-правовыми системами средневековой Европы.

¹ Merryman Y. Op. cit. P. 84-89.

По мнению авторов, допускающих возможность такого сравнения, у сравниваемых систем наряду с отдаляющими их друг от друга особенностями (различная правовая культура, традиции, обычаи, временные рамки существования и функционирования) имеется довольно много общих черт, сближающих их, друг с другом. Среди них существование множества неформальных правил поведения; доминирование в ряде случаев локальных норм над общенациональными, глобальными нормами; широкое использование принудительных мер по сравнению со всеми другими мерами в процессе правоприменения и др.¹

В-четвертых, это традиционные для любой юридической науки вопросы органического сочетания разрабатываемой теории и практики, а также специфические проблемы, касающиеся пределов допустимости (без ущерба для качества) исследования национальных правовых систем вне связи и взаимодействия их с другими параллельно существующими системами.

На ранних стадиях развития общества, когда экономические, финансовые и иные связи между странами, включая опосредствующие их правовые отношения, не достигли современного уровня их развития, проблемы самодостаточности и изолированности исследования той или иной правовой системы не стояли так остро, как они стоят сейчас.

Еще в конце XIX в. известный американский юрист О. Холмс выражал сомнение по поводу того, стоит ли американцам вообще изучать гражданское право в том виде, как оно сложилось в других странах и в самих США. Такое изучение, по мнению автора, порождает лишь опасную тенденцию к «красочным обобщениям» и отвлекает от настоящего «цивилистского анализа», суть которого заключается в рассмотрении «конкретных дел, с которых начинается и которыми заканчивается общее право»².

В настоящее время, несмотря на то что в США так же, как и в Великобритании, нет своего гражданского кодекса в общепринятом смысле, а есть лишь «кодифицированные гражданские дела»³, тем не менее подобных сомнений больше не возникает. Сама жизнь заставляет юристов изучать в сравнительном плане не только свое собственное, но и зарубежное право.

¹ Comparing Nations. Concepts, Strategies, Substance / Ed. by M. Dogan, A. Kazancigil. Oxford, 1995. P. 9.

² Holmes O. Misunderstandings of the Civil Law// American Law Review. 1871. Vol. 37. P. 49.

³ Gordley J. Op. cit. P. 557.

По мнению американского юриста Дж. Гордли, в конце XX в., для глубокого понимания правовой материи той или иной страны недостаточно лишь самого его изучения. Для этого «необходимо обязательно выйти за его собственные границы, взглянуть на него с исторической точки зрения, со стороны прошедшего времени»¹.

Кроме названных проблем в процессе сравнительно-правовых исследований возникают и другие, в частности это проблемы соотношения сравнительного правоведения как науки со сравнительным методом, места и роли сравнительного правоведения как самостоятельной отрасли знаний в структуре правовой теории, ценностного подхода в процессе сравнительно-правовых исследований и др.

3.3. Практическая значимость сравнительного правоведения. Использование его в процессе правотворчества с помощью референдума

Наряду с академическими, образовательными целями сравнительное правоведение решает также сугубо прагматические, прикладные задачи.

В некоторых отечественных изданиях по конституционному праву последние сводят, по вполне понятным для современной России причинам, к возможности заимствования отдельных норм, актов, принципов, положений и институтов из правовых систем других западных стран.

«Конституционная реформа в Российской Федерации, — отмечается в связи с этим в одном из учебных пособий по государственному праву зарубежных стран, — во многом представляет собой процесс и результат заимствования положений и институтов из государственно-правовых систем США, Франции, Германии, Скандинавии». Следовательно, «знания о государственном праве этих и других стран способны принести реальную пользу, дают возможность применять сложившуюся за рубежом и подтвержденную временем практику». Так, «российская модель правовой охраны Конституции» близка к немецкой и потому заставляет «внимательно отнестись к опыту работы Конституционного суда ФРГ»².

Заимствование норм, принципов, положений и институтов из государственно-правовых систем других стран, несомненно,

¹ *Gordley J.* Op. cit. P. 555.

² *Арановский К.В.* Курс лекций по государственному праву зарубежных стран. Сравнительное государственное право. Владивосток, 1996. С. 4.

представляет собой весьма важный аспект содержания прикладной функции сравнительного правоведения. Но все же это лишь один из аспектов, одна из сторон той огромной и разносторонней практической роли, которую играет сравнительное правоведение в жизни международного и национального сообщества и государства¹. К рассмотрению этого аспекта мы вернемся ниже. А сейчас обратим внимание на другие, не менее важные ее стороны. Ими являются: воздействие сравнительного правоведения и процесса правотворчества одних стран на аналогичные процессы, происходящие в других странах; влияние сравнительного правоведения на правоприменительный, в особенности судебный, процесс; все возрастающее воздействие сравнительного правоведения на правоохранный процесс; усиление его роли и влияния на процесс унификации и гармонизации права.

Анализируя современное состояние сравнительного правоведения, компаративисты многих стран указывают на то, что в конце XX столетия по сравнению с довоенными годами своего развития сравнительное правоведение как самостоятельная отрасль знаний укрепилось не только в академическом плане, но и в практическом.

В течение длительного времени, подчеркивает голландский исследователь Т. Коопманс в статье «Сравнительное право и суды», данная дисциплина рассматривалась в основном с академических позиций. Это было хотя и трудное, но, несомненно, интересное занятие: ведь каждому юристу всегда хочется узнать что-то новое о праве, «пусть и не относящееся к его повседневной жизни». В этот период практикующие юристы, безусловно понимая важность сравнительного правоведения теоретически, не придавали ему подобающего значения практически.

За последние десятилетия «правовой климат во всем мире существенно изменился». Все чаще сравнительно-правовой материал стал использоваться как источник не только законодательных, но и судебных решений. Причин для этого много: и европейская интеграция; и сближающая все страны мира экономическая кооперация; и просто практическая потребность юристов каждой страны при разрешении новых правовых проблем иметь представление о том, как решаются они в других странах².

¹ *Kojima T.* The Second Task of Comparative Law to Transplant Foreign Laws // *Asia Pacific Law Review*. 1994. N 1. P. 53-60.

² *Koopmans T.* Cooperative Law and the Courts // *International and Comparative Law Quarterly*. 1996. N 3. P. 545.

Укрепление и расширение «нашей глобальной деревни», развивает данные идеи об усилении практической значимости в настоящее время сравнительного правоведения английский юрист Ф. Мостэрт, раскрыло перед нами, «гражданами мира», невиданные до сих пор перспективы не только экономического, политического и финансового взаимодействия, но и правового кооперирования,

Возрастание теоретической и практической значимости сравнительного правоведения, констатирует китайский исследователь В. Ченгуанг, позволило юристам из разных стран в последние годы не только лучше понимать свою собственную, действующую правовую систему, но и намного удачнее подыскивать модели для ее совершенствования². На это же нередко обращают внимание и американские авторы, подчеркивая, что рост практической значимости сравнительного правоведения должен послужить также защите национальных интересов США³.

Говоря о конкретных проявлениях практической значимости сравнительного правоведения для жизнедеятельности каждого в отдельности национального сообщества и мирового сообщества в целом, остановимся прежде всего на **усилении его роли и влияния на процесс правотворчества**.

Не случайно известные немецкие компаративисты К. Цвай-герт и Х. Кётц в процессе анализа функций сравнительного правоведения и основных направлений его воздействия на окружающую правовую среду обращали внимание в первую очередь на «законотворческую» направленность его деятельности. Рассматривая сравнительное правоведение в качестве «инструмента законотворчества», они не без оснований указывали на то, что по сравнению с другими направлениями его воздействия, такими, например, как «научное», для применения сравнительного правоведения «в законотворческой практике» характерной всегда была непрерывность его проявления⁴.

Это выражалось, в частности, в том, что в процессе правотворчества одних стран нередко использовались **законодательные процедуры, принципы, формы и приемы правотворчества** других

¹ Mostert F. Well-known and Famous Marks is Harmony Possible in the Global Village? // The Trademark Reporter. 1996. N 2. P. 103-104.

² Chenguang W. Learning from and Absorbing the Laws of Different Countries. An Important Subject in Comparative Law Research // Asia Pacific Law Review. 1994. N 1. P. 63.

³ Baade H. Comparative Law and the Practitioner // The American Journal of Comparative Law. 1983. Vol. 31. P. 499-510.

⁴ Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. С. 83.

стран. Широко применялись различные методы законодательной деятельности. Со сферы законодательства одних стран на законодательную сферу деятельности других стран периодически переносились **различные теории, доктрины, представления и видения наиболее оптимального правотворческого процесса**, наиболее эффективного использования в правотворчестве различных стран **институтов и форм представительной и непосредственной демократии**. Причем, как справедливо отмечает американский компаративист Дж. Зафирион в статье под красноречивым названием «Использование сравнительного права законодателем», практика взаимного использования опыта правотворческой деятельности вовсе не ограничивается пределами отдельных государств или регионов. Она носит повсеместный, массовый характер и к тому же распространяется, в случаях с федерациями и конфедерациями, на составляющие их государства и государственные образования¹.

Сравнительное правоведение «имеет дело» не только с правовыми системами и законодательным процессом на уровне отдельных стран. Не в меньшей степени оно касается правовых систем и законодательных процессов внутри их самих на уровне отдельных земель, провинций или штатов².

В качестве одного из многочисленных примеров использования законотворческого опыта одних стран, государств и государственных образований другими можно сослаться на опыт проведения **референдума** в разных странах. **Референдум**, как известно, **является** не только широко признанной формой выражения общественного мнения, «высшим непосредственным выражением власти народа»³, но и **одной из важнейших форм, способов принятия принципиально важных нормативно-правовых актов и политических решений**.

Согласно научным источникам, впервые он был проведен в 1439 г. в Швейцарии, а затем, отчасти благодаря сравнительным государственно-правовым изысканиям, распространился и на другие страны⁴.

Референдумы неоднократно проводились во Франции, Италии, Дании, Норвегии, Ирландии, Бразилии, Уругвае и ряде

¹ Zaphirion G. Use of Comparative Law by the Legislator/ Ed. by Y. Hazard, W. Wagner// Law in USA for the 1980's. The American Journal of Comparative Law. 1982. Vol. XXX. P. 71-95.

² Ibid. P. 71.

³ Конституция Российской Федерации. М., 1993. Ст. 3, п. 3.

⁴ См.: Коток В.Ф. Референдум в системе социалистической демократии. М., 1964. С. 20-22.

других стран. Среди наиболее известных, имевших место перед началом Первой мировой войны и привлекавших к себе внимание международной общественности можно было бы назвать референдум 1905 г. в Норвегии. Его особенность заключалась, во-первых, в том, что с его помощью решался немаловажный для судьбы данного государства вопрос о его дальнейшем пребывании в реальной унии со Швецией. А во-вторых, в том, что решение данного вопроса было заранее предопределено общественным мнением, явно сложившимся в пользу выхода Норвегии из этой унии. Оценивая результаты проведенного референдума, В.И. Ленин писал в статье «Итоги дискуссии о самоопределении»: при капитализме «удалось одной маленькой стране, в виде исключения, в эру самого разнузданного империализма осуществить неосуществленное самоопределение и даже без войны и революции (Норвегия, 1905)»¹.

Периодическое проведение референдумов на основе взаимного использования опыта практиковалось в западных странах не только в предшествовавшие Первой мировой войне годы, но и во все последующие. На основе сложившейся практики в конце XIX — начале XX в. и под ее влиянием в конституциях некоторых капиталистических стран появились статьи, предусматривавшие возможность обращения к референдуму при решении не только сугубо внутренних, но и отдельных внешнеполитических и правовых вопросов.

Так, в Конституции Швейцарии (п. 3 ст. 789) еще в 1912 г. было зафиксировано положение, в соответствии с которым требовалось проведение общенационального референдума для утверждения международных договоров на неопределенный срок свыше 15 лет.

Начиная с 1898 г. институт референдума нашел свое законодательное закрепление и в конституционных актах ряда штатов США. Отдельные штаты стали законодательно позволять населению принимать непосредственное участие в процессе правотворчества путем использования таких форм, как «инициатива и референдум»².

Следует заметить, что время законодательного закрепления и начала использования референдума в политической и правотворческой практике США иногда оспаривается самими же американскими социологами и юристами. По словам Л. Липситса, истоки референдума в стране восходят к американской революции,

¹ Ленин В.И. Поли. собр. соч. Т. 30. С. 23.

² Magruder's American Government. Boston, 1980. P. 631.

когда несколько штатов предоставили своим гражданам проекты конституции на рассмотрение и утверждение¹. Бытует мнение, что «идея народных консультаций» в виде референдумов, проводившихся в связи и по поводу основных конституционных вопросов, появилась несколько позднее².

Однако не в конкретных датах или периодах заключается суть вопроса. Важно другое, а именно то, что институт референдума законодательно закреплялся уже на ранних стадиях развития капитализма, и делалось это не в последнюю очередь благодаря влиянию сравнительного правоведения.

Нельзя не согласиться с утверждением отечественных ученых-юристов, что в начале нынешнего века референдум практиковался лишь в Швейцарии на всех уровнях, а также в США (на уровне штатов и местном уровне) и в Австралии. После Первой мировой войны институт референдума под внешним воздействием вошел в конституции целого ряда европейских государств. При этом помимо своего традиционного назначения, заключающегося в утверждении или отклонении предложенных правовых и политических актов, он получил «новую функцию — роль арбитра в конфликте между конституционными органами государства». Впервые это назначение референдума закрепила Веймарская конституция³.

В последующий период, и особенно после Второй мировой войны, практика использования института референдума в политической жизни и правотворческой деятельности западных стран дала толчок сравнительно-правовому процессу его дальнейшего развития и совершенствования практически во всех западных странах. В настоящее время трудно назвать страну, где референдум в той или иной степени не применялся бы или, по крайней мере, не рассматривался. Причем заметно возросла интенсивность использования данного института, особенно в 60-80-е гг. Например, в США, где законодательством предусматривается проведение референдумов на уровне почти каждого штата (кроме Делавера) и на местном уровне, количество обращений к данному институту ежегодно насчитывает от 12 до 15 тыс. В странах Западной Европы (исключая Швейцарию) число референдумов, проведенных только на национальном

¹ *Lipsitz L.* American Demarcate. N.Y., 1986. P. 303.

² *Gordon G., Magleby D.* Pre-Election Judicial Review of initiatives and Referendum// Notre Dame Law Review. 1989. N 3. P. 303.

³ Современное буржуазное государственное право. Критические очерки. Основные институты. Т. 2. / Под ред. В.А. Гуманов. М, 1987. С. 203.

уровне за время их конституционного закрепления, превышает 100. В Швейцарии, стоящей на первом месте по использованию референдумов на федеральном или общенациональном уровне, по подсчетам швейцарских государствоведов и правоведов начиная с 1843 г. их было проведено более 240¹.

Каждый референдум представляет собой уникальное в своем роде явление, и каждый по-своему вызывает общественный интерес. В послевоенной Франции, например, значительной резонанс получили референдумы, затрагивающие вопросы принятия конституции страны (1958), прекращения войны в Алжире (1961), изменения положения конституции относительно порядка избрания президента республики (1962), реформы сената и учреждения регионов (1969), расширения Европейского экономического сообщества за счет принятия в него Великобритании, Дании, Ирландии и Норвегии (1972) и др.

В Англии мировое общественное внимание привлекли референдумы, касающиеся вступления, а затем пребывания (в 1975 г.) этой страны в Европейском экономическом сообществе, а также проводившийся в 1979 г. в Шотландии и Уэльсе референдум, на котором рассматривался вопрос о расширении местной автономии.

В Испании в последние годы огромный общественный резонанс получил проводимый в 1986 г. общенациональный референдум об участии этой страны в структуре НАТО; в Швейцарии — референдум 1985 г. о вступлении этого нейтрального государства в ООН и др.²

Особый интерес мировой общественности в 80—90-е гг. вызывали референдумы, проводившиеся в Канаде. Они касались политического и правового статуса провинции Квебек. Вопрос, по существу, затрагивал будущее всей федерации, поскольку на повестку дня правительством провинции в очередной раз была поставлена проблема предоставления субъектам канадской федерации реального, а не только формального права на самоопределение вплоть до отделения.

Другими примерами использования опыта проведения референдумов в зарубежных странах могут служить всенародные голосования, проводившиеся в 1945 г. в Монголии (в виде плебисцита)

¹ *Lipsitz L.* Op. cit. P. 303; *Referendums: A Comparative Study of Practice and Theory* / Ed. by L. Butler and A. Ranney. Wash., 1978. P. 14-16; *Zeitschrift für Schweizerisches Recht.* 1972. N 5. S. 492-494.

² Подробнее об этом см.: Современное буржуазное государственное право. С. 203-211.

по вопросу сохранения независимого государственного существования; в 1946 г. в Болгарии о выборе (точнее, закреплении) формы государственного правления; в 1946 г. в Польше по комплексу проблем, связанных с утверждением западных границ страны на Балтийском море, Одере и Нейсе, сохранением или упразднением сената и др. Институт референдума был закреплён законодательно и проводился на практике в Восточной Германии, Венгрии, Кубе, Румынии, Югославии и других странах. Причем конституционная теория и политическая практика некоторых из них (например, Югославии) знает не один, а несколько видов или разновидностей референдума.

В Советском Союзе и его составной части — России референдум так же, как и само сравнительное правоведение и государствоведение в их «классическом» виде, вплоть до конца 80-х — начала 90-х гг. официально не признавался, хотя проекты законов о «всенародном голосовании» — референдуме — разрабатывались еще в 70—80-е гг.

Первый закон о референдуме СССР был принят 27 декабря 1990 г., а в России — 16 октября 1990 г. Ныне в Российской Федерации действует Федеральный конституционный закон «О референдуме Российской Федерации», принятый 3 октября 1995 г. Среди проведенных с этого времени референдумов наиболее значимыми были референдум о сохранении СССР как единого государства (март 1991 г.), на котором в пользу СССР как единого союзного государства высказалось подавляющее число избирателей, и референдум о принятии Конституции РФ (декабрь 1993 г.).

Широкое использование материала, полученного в процессе сравнительно-правовых исследований, а также опыта проведения референдумов в разных странах позволило отечественным и зарубежным компаративистам решить ряд теоретически и практически значимых проблем, касающихся данной формы непосредственной демократии и законотворческого института. В чем это проявляется?

Во-первых, с помощью сравнительно-правового материала и сравнительного метода были созданы возможности для выработки единого понятия и общего представления о референдуме. Известно, что в мировой политической и государственно-правовой теории и практике референдум трактуется не всегда одинаково. Нередко, например, он отождествляется со всенародным опросом и плебисцитом и понимается как «утверждение того или иного государственного решения путем

народного голосования, придающего ему окончательный и обязательный характер»¹.

Во многих монографиях и словарях, напротив, подчеркивается различие между референдумом и плебисцитом, с одной стороны, и **всеобщими выборами** — с другой. Референдум при этом рассматривается как «обращение к избирательному корпусу с целью принятия окончательного решения по конституционным, законодательным или иным внутривнутриполитическим и внешнеполитическим вопросам», а плебисцит (лат. plebiscitum, от plebs «народ» и scitum «решение, постановление») — как опрос населения с целью установления судьбы определенной территории, как метод решения территориальных споров в международной практике, когда населению предоставляется возможность путем прямого голосования определять, к какому государству или государствам должна принадлежать территория, на которой оно проживает².

Что же касается различий между референдумом и всеобщими выборами, то они чаще всего сводятся: а) к тому, что в процессе выборов избираются выборщики или кандидаты, а в ходе референдума избиратель отвечает «да» или «нет» на поставленный вопрос; и б) если выборы непосредственно связаны с представительной демократией, то референдум выступает как институт прямой и непосредственной демократии.

Сравнивая между собой референдум, плебисцит и всеобщие выборы, эти сходные, но не идентичные явления и понятия, и используя при этом опыт применения их в разных странах, исследователи данной материи тем самым создают все необходимые предпосылки для выработки общего понятия и представления о референдуме.

Во-вторых, с помощью сравнительно-правового анализа практики проведения референдумов в разных странах были установлены основные виды и разновидности данных институтов. Например, **в зависимости от характера принимаемых в ходе проведения референдумов решений** их подразделяют на законодательные и консультативные.

Законодательный референдум отличается тем, что в ходе его проведения решается вопрос о принятии, отмене или изменении конституционного или обычного, но принципиально важного нормативно-правового акта. Речь может идти о самой

¹ Коток В.Ф. Указ. соч. С. 5.

² Юридический энциклопедический словарь. С. 252, 320; Dictionary of Sociology and Related Sciences. Fotowa, 1968. P. 222.

конституции, о законах, издание которых предусмотрено самой конституцией (конституционных законов), или же о других нормативно-правовых актах. Законодательный референдум — это, собственно, и есть правотворческий, или, что одно и то же в данном случае, нормотворческий, референдум.

Основной особенностью консультативного референдума, о чем свидетельствует уже его название, является то, что он проводится лишь с целью выявления общественного мнения по тому или иному аспекту внутренней или внешней политики государства, с целью определения отношения общества к различным структурным или функциональным изменениям в государственном или общественном механизме, к наиболее важным вопросам государственно-правовой и общественной жизни.

В качестве примеров законодательного закрепления и проведения консультативных референдумов можно сослаться на Конституцию Испании (ст. 92.1), предусматривающую ситуацию, когда политические и иные решения, имеющие особую важность, могут быть вынесены на всенародный консультативный референдум¹. В специальном Законе от 18 января 1980 г. «О регулировании различных видов референдума» (ч. II ст. 6) в связи с этим разъясняется, что консультативный референдум проводится «с предварительного разрешения Конгресса депутатов, принятого абсолютным большинством, по ходатайству Председателя Правительства» и что «указанное ходатайство должно содержать сформулированный в точных выражениях выносимый на консультацию вопрос». Указываются также принципы и условия проведения референдумов. Статья V, п. 1, данного закона гласит, что референдум проводится «на основе всеобщего, свободного, равного, прямого избирательного права при тайном голосовании на территории, объявленной для опроса»².

Примером нормативного закрепления законодательного референдума может служить ст. 138 конституции Италии, в которой говорится, что законы, изменяющие конституцию и другие конституционные законы, «принимаются каждой из Палат после двух последовательных обсуждений с промежутком не менее трех месяцев и одобряются абсолютным большинством членов каждой Палаты при втором голосовании. Эти законы вносятся на народный референдум, если в течение трех месяцев после их опубликования этого потребует пятая часть членов одной Палаты, или пятьсот тысяч избирателей, или пять Областных

¹ Испания. Конституция и законодательные акты. М., 1982. С. 617.

² Там же. С. 102.

советов». Закон, вынесенный на референдум, «не считается принятым, если он не одобрен большинством признанных действительными голосов». Референдум не проводится, если при повторном голосовании в каждой из Палат парламента закон был одобрен большинством в две трети голосов их членов¹.

Для выяснения специфических особенностей референдумов важно не замыкаться на одном из каких-либо его видов, а учитывать все их многообразие. В приведенных примерах с подразделением референдумов на конституционные, законодательные и консультативные за основу классификации берутся только их предмет и содержание. Однако вместе с данным подходом возможна и иная классификация².

В частности, в соответствии с государственно-правовой теорией и политической практикой по способу проведения референдумы подразделяются на обязательные (императивные), без которых не могут быть решены вопросы, предусмотренные в конституции или в специальном законе, и факультативные, которые проводятся лишь по усмотрению законодательного или любого иного компетентного органа.

Наконец, по сфере применения референдумы классифицируются на общенациональные, проводимые в масштабе всей страны или нации, и местные, осуществляемые в пределах одного или нескольких регионов или же отдельных административно-территориальных единиц (краев, областей, провинций и т.п.).

В-третьих, с помощью сравнительно-правового материала, накопленного в разных странах, появляется возможность более четко определить место и роль референдума как формы демократии и правотворческого института в политической системе общества, более обстоятельно исследовать его сильные и слабые стороны.

Референдум как форма выражения общественного мнения и как способ принятия принципиально важных нормативно-правовых актов и политических решений, несомненно, является достоянием не только одной нации или народа, а всего прогрессивного человечества. Это общечеловеческая, а не узкоклассовая или тем более какая-либо групповая ценность. В силу этого представляется не только возможным, но и жизненно необходимым широкое использование международного позитивного опыта специального законодательного закрепления и проведения референдумов как в нашей стране, так и за рубежом.

¹ Италия. Конституция и законодательные акты. М., 1988. С. 57.

² Gordon G., Magleby D. Op. cit. P. 298-320.

Разумеется, место и роль института референдума в политической системе любого общества не следует преувеличивать, а тем более абсолютизировать. Нельзя, к примеру, забывать, что, несмотря на широкое использование референдумов в практике политической и правовой жизни Испании, Италии, США и других западных государств, отношение к ним со стороны как господствующего класса или слоя, так и пролетарских слоев общества всегда было и остается далеко на однозначным. Противоречивость отношения к референдумам, особенно после Второй мировой войны, объясняется, в частности, тем, что существовала возможность использования их помимо воли и желания господствующего класса в интересах эксплуатируемых слоев общества. Кроме того, не следует сбрасывать со счетов и то, что институт референдума в значительной мере дискредитировал себя в глазах мировой общественности, когда он использовался для обслуживания интересов правящей верхушки фашистской Германии в 30-е гг. В настоящее время референдумы нередко проводятся в сепаратистских и иных весьма неблагоприятных целях.

Существуют и другие причины неоднозначного отношения различных социальных групп к референдуму. Сравнительно-правовое исследование данного института, используемого в разных странах, позволяет выделить прежде всего следующие из таких причин.

А. Недооценка роли и значения референдума как законотворческого института, нередко обусловленная факультативным характером принимаемых им решений, а также отсутствием механизма, гарантирующего проведение всех требований содержащихся в принимаемых путем референдума нормативно-правовых и иных актах в жизнь.

Типичным примером возникающих при этом противоречий между правотворческой, правоохранительной и правоприменительной деятельностью, между правовой теорией и юридической, а также общественно-политической практикой могут служить решения Всесоюзного референдума о сохранении Союза ССР¹ (17 марта 1991 г.). Реальная судьба этих решений, как известно, оказалась незавидной. Вопреки воле подавляющего большинства населения, принявшего участие в референдуме и твердо высказывавшегося за сохранение СССР, последний был разрушен в декабре 1991 г. так называемыми «Беловежскими

¹ См.: *Шаблинский И.Г.* Пределы власти. Борьба за российскую конституционную реформу (1989-1995 гг.). М., 1997.

соглашениями», подписанными руководителями России, Белоруссии и Украины.

Б. Утвердившееся среди различных слоев населения, социальных групп и институтов мнение о том, что референдум неизбежно выступает как дестабилизирующий фактор в обществе, способствует ускоренному расслоению и противопоставлению различных составных частей общества друг другу, порождает дополнительную нагрузку и ограничения на сложившуюся парламентскую систему. Для многих политических партий, отмечают в связи с этим западные ученые Ст. Бергланд и Дж. Боард, проведение или участие в референдумах является с политической точки зрения «гораздо более рискованным и дорогостоящим мероприятием, чем проведение или участие в регулярно проводимых всеобщих выборах»¹.

Учитывая дестабилизирующий потенциал, заложенный в референдумах, западный законодатель вполне осознанно и целенаправленно ограничивает их проведение в ряде случаев. Яркой иллюстрацией в этом отношении может быть ст. 4 Закона «О регулировании различных видов референдума» в Испании. Она, в частности, гласит, что «референдум не проводится в любом его виде ни в одной из территориальных единиц, в которых должен осуществляться опрос, во время действия чрезвычайного и осадного положения, а также в течение девяноста дней после их отмены. Если в день объявления упомянутых положений проведение референдума назначено, то он отменяется и назначается новый день его проведения»². Эта же статья «запрещает проведение референдумов в течение девяноста предшествовавших и девяноста дней, следующих за днем проведения на той же территории всеобщих парламентских выборов в местные органы или проведения другого референдума»³.

В. Сложившееся среди интеллектуальных слоев западного общества представление о различных формах и институтах непосредственной демократии, и прежде всего о референдумах как о средстве обычного, «повседневного усовершенствования», но не радикального изменения существующей политической системы, подготовки и проведения радикальных политических или иных реформ.

¹ Berglund St., Board J. Managing Public Opinion//The Referendum in Sweden, manuscript. Arhus. 1982. P. 1.

² Испания. Конституция и законодательные акты. С. 101.

³ Там же.

Отдавая должное прямой демократии в США и других западных странах (можно считать, что она способствует «восстановлению подлинного смысла и значения настоящей демократии», «вовлечению большого количества людей в избирательный процесс» и «обогащению института гражданства»), некоторые западные политологи и социологи в то же время настоятельно подчеркивают, в частности применительно к США, что большинство американцев рассматривают прямые демократические процессы отнюдь не как радикальные меры, направленные на глубинные изменения основного или базового характера американской формы правления, а как рутинные, «умеренные меры, направленные на совершенствование системы представительных институтов, на создание и укрепление того, чтобы они постоянно оставались и представительными, и подотчетными»¹.

Г. Характерное для значительных слоев населения западных стран, и особенно США, мнение, согласно которому политикой обязаны заниматься не любители, а профессионалы и на первом месте должен стоять не популизм, а профессионализм.

В то время как многие американцы, пишет политолог из Колорадо Т. Кронин, стремятся ко все большему участию в процессе принятия решений на национальном уровне и на уровне отдельных штатов, не меньшее их число «проявляет» озабоченность по поводу своей слишком глубокой и непосредственной вовлеченности в политику. Так, 43% из числа опрошенных по этому поводу высказали опасение, что в случае разрешения гражданам США принимать федеральные законы путем референдума «некоторые из них могли бы быть не только весьма слабыми, но и несправедливыми». Именно поэтому 58% (при 29% против) из опрошенных на национальном уровне в 1987 г. американцев высказывались лишь за совещательный (на федеральном уровне), но не общеобязательный референдум². Эту категорию людей вполне устроило бы, если бы периодически они имели возможность высказывать свое мнение по проектам некоторых законов, не претендуя при этом на строгую обязательность своих суждений и решений для Конгресса³.

Д. Традиционные для населения ряда западных стран представления о силе и приоритетах институтов представительной

¹ *Cronin Th.* Direct Democracy: The Politics of the Initiative Referendum and Recall. Cambridge, 1989. P. 1-24.

² *Cronin Th.* Public Opinion and Direct Democracy // Political Science and Politics. 1990. N3 P. 612, 614, 616.

³ *Ibid.* P. 614.

демократии перед институтами прямой непосредственной демократии. В США, например, как об этом свидетельствуют опросы различных слоев населения, довольно значительная часть общества предпочитает направлять свои усилия на совершенствование системы представительных органов, включая Конгресс и legislatures штатов, чем на установление и законодательное закрепление общенациональных референдумов.

По мнению 67% из числа опрошенных, в целях усиления роли и ответственности Конгресса и его палат следовало бы внести изменения в Конституцию США, закрепив за избирателями право отзыва не оправдавших доверия или допустивших аморальные поступки выборных лиц на уровне не только отдельных штатов, но и федерации в целом; 55% считают, что такое же право (наряду с импичментом) должно быть закреплено и в отношении президента страны¹.

Иными словами, согласно опросам и сложившемуся общественному мнению, большая часть населения США отдает предпочтение на федеральном уровне представительным органам и представительной демократии перед референдумом и другими формами непосредственной демократии.

Совсем иная картина складывается на уровне штатов. Здесь подавляющая часть граждан выражает желание и готовность непосредственно участвовать в решении политических, социальных и экономических проблем, нежели передоверить и отдавать их на откуп представительным органам.

Подобный настрой в целом сохраняется и в настоящее время. Более того, как своевременное предостережение от законодательного закрепления референдума на национальном уровне в США в некоторых научных публикациях высказываются призывы и предложения не спешить с решением данного вопроса в масштабе федерации, предварительно не разрешив все противоречия, связанные с использованием института референдума на уровне отдельных штатов. До тех пор, пишет Т. Кронин, пока мы окончательно не убедимся в том, что демократические институты и «приспособления», именуемые референдумами, хорошо срабатывают на уровне отдельных штатов и на локальном уровне, мы «должны быть очень осторожны в своих действиях, направленных на их инкорпорацию и закрепление в национальной конституции»².

¹ Cronin Th. Direct Democracy: The Politics of the Initiative Referendum and Recall. P. 9.

² Cronin Th. Public Opinion and Direct Democracy. P. 618.

Е. Укоренившееся в сознании различных слоев западного, особенно американского, общества опасение, что в условиях расширения прямой демократии и периодического проведения референдумов значительно возрастет роль денег, а вместе с тем и влияние весьма состоятельных индивидов или отдельных их групп на результаты голосования и на сам избирательный процесс. 86% из числа опрошенных в 1992 г. американцев были уверены в том, что самостоятельные группы давления или группы интересов в случае установления общенационального референдума обязательно используют открывшиеся возможности для проведения в жизнь своих интересов и усиления своей «неофициальной» власти. Причем 82% выразили убеждение в том, что эта власть и интересы не будут иметь ничего общего ни с властью, ни с интересами всего населения. Это будет власть большого бизнеса и огромных денежных вкладов.

Наряду с названными есть и другие общесоциальные причины противоречивого или сдержанного отношения граждан некоторых западных государств к референдуму. В их числе, в частности, понимание сложности и противоречивости правотворческого и иных процессов на национальном уровне, требующих от их участников специальных знаний и подготовки; высокая стоимость для налогоплательщиков референдумов и плебисцитов; недостаточная компетентность и информированность рядовых граждан в политических и иных делах для того, чтобы быть активными участниками протекающих на национальном уровне процессов; и др.¹

Сравнительный анализ причин и факторов, обуславливающих весьма неоднозначное и противоречивое отношение различных слоев западного общества к референдуму, позволяет глубже понять не только его социальную природу и характер, но и его место и роль в системе демократии, реальные возможности воздействия института референдума на конкретную политическую и социальную среду. Кроме того, он позволяет избежать в равной мере пагубных для политической теории и практики крайностей в оценке значимости референдумов, дает возможность со значительной долей достоверности определить факторы, способствующие или препятствующие повышению их эффективности в политической системе того или иного общества. Это имеет огромное не только теоретическое и методологическое, но и практическое значение.

¹ Alderson St. Yea or Nay? Referenda in the United Kingdom. L., 1975. P. 89-105; Magleby D. Taking the initiative: Direct Legislation and Direct Democracy in the 1980 // Political Science and Politics. 1988. N 3. P. 600-611.

Референдум в любой стране будет политически и идеологически эффективным с точки зрения интересов прогрессивных социальных сил и классов лишь в том случае, если он (по природе своей как весьма демократический институт) будет правильно понят и поддержан широкими слоями населения, при решении правовых и политических вопросов будет иметь четко выраженную гуманную цель; если общественное мнение не будет увлечено и дезориентировано псевдодемократическими лозунгами и призывами, а также ложными социальными ценностями и, наконец, если будут созданы все необходимые организационно-технические и иные условия для подготовки и проведения всенародных опросов.

И, в-четвертых, с помощью сравнительно-правового анализа теории и практики применения референдума в разных странах в законодательном порядке решается вопрос об оптимальности его нормативно-правового закрепления и развития.

В настоящее время институт референдума законодательно закреплен в конституциях, декретах и других нормативно-правовых актах значительного числа западных стран, включая в первую очередь ФРГ, Францию, США, Данию, Италию, Испанию, Норвегию, Швецию, Швейцарию и др. Причем имеет место не только одноразовое закрепление (например, в конституциях более чем 20 западных стран), но и многократное, чаще всего двойное закрепление референдума в конституциях и в текущем законодательстве этих стран — в отдельных, специально принятых законах и положениях.[^] Последние издаются, как правило, на основе и в развитие соответствующих конституционных положений. В качестве иллюстрации может служить законодательство Италии, Испании и ФРГ, где конституционные акты дополняются и развиваются обычными юридическими актами.

Так, в ныне действующем законодательстве Италии наряду с тремя статьями (75, 132 и 138) Конституции о референдуме с 1970 г. действует и специальный закон, посвященный данному институту, под названием «Положения о референдумах, предусмотренных конституцией, и законодательной инициативе народа».

В конституции закрепляются условия проведения референдума, его предмет и ряд других принципиальных положений. Например, ст. 75 устанавливает, что референдум «назначается для **полной или частичной отмены закона**, когда того потребуют пятьсот тысяч избирателей или пять областных советов». Эта

же статья предусматривает **недопущение референдума в отношении законов о налогах и бюджете, об амнистии и помиловании, о полномочиях на ратификацию международных договоров**. Ст. 132

оговаривает возможность решения посредством референдума территориальных вопросов, возникающих между различными провинциями и коммуна́ми страны; ст. 138 предопределяет условия и возможности **окончательного принятия с помощью референдума законов, изменяющих конституцию или другие конституционные акты**.

Что же касается Положения о референдумах, то в нем предусматривается решение, скорее, организационно-технических, нежели принципиальных социально-политических вопросов, — о подготовке и порядке проведения референдумов, формулировке вопросов, выносимых на их рассмотрение, подведение итогов референдума и др.

Аналогично обстоит дело с двойным законодательным закреплением референдума и в Испании, где параллельно с соответствующими статьями конституции (92, 151 и 168), в которых рассматривается возможность проведения референдума по вопросам автономии национальностей и районов, ее составляющих, полного или частичного пересмотра конституции, а также политических решений, имеющих особую важность, с 1980 г. действует специальный Закон «О регулировании различных видов референдума». В нем кроме организационно-технических вопросов предусматривается решение проблем, связанных с финансированием референдумов, проведением наряду с ними опросов общественности, с подчинением процедуры референдума «общим принципам избирательного права» и др.

Двойное законодательное закрепление референдума существует также во Франции и в других странах.

3.4. Роль сравнительного правоведения в процессе унификации и гармонизации права

Практическая значимость сравнительного правоведения, как было отмечено, имеет многообразные проявления. Одним из них является повышение его роли в процессе **унификации и гармонизации** права.

В отечественной и зарубежной литературе понятия «унификация» и «гармонизация» трактуются не всегда одинаково. В словаре русского языка «унификация» определяется как «приведение к единообразию», а «гармонизация» — как «стройное

сочетание, взаимное соответствие» предметов, явления, частей целого, качеств и т.п.¹

Применительно к правовой материи — правовым системам, отраслям права, нормам и институтам права, наконец, к законодательству — унификация рассматривается в виде разработки и введения в действие «общеобязательных единообразных юридических норм». В свою очередь гармонизация представляется как согласование «общих подходов, концепций развития национальных законодательств», а также как процесс выработки «общих правовых принципов и отдельных решений»².

Сравнивая между собой трактовки данных понятий, нетрудно заметить, что если смысл первого из них усматривается в **разработке** и введении в действие единообразных правовых норм, то смысл второго, «гармонизации», видится **лишь в согласовании общих подходов, концепций**, а также **в выработке общих правовых принципов и отдельных решений**.

В отечественной литературе понятия «унификация» и «гармонизация» наряду со «сближением законодательства» и принятием модельных правовых актов рассматриваются иногда как основные направления и формы проведения «согласованного правового развития государств»³. Такое или ему подобное понимание и толкование унификации и гармонизации, несомненно, заслуживает внимания и имеет полное право на существование. Однако оно далеко не всеми поддерживается и разделяется.

В западной литературе бытует иное представление об унификации и гармонизации права. Подчеркивая сложность и многоаспектность данных явления и отражающих их понятий, западные компаративисты в одних случаях исходят из того, что унификация вовсе не обязательно должна ограничиваться разработкой и применением новых норм права, «состоять из соглашений» по поводу создания этих правовых норм.

Под унификацией права, писал Р. Давид в начале 70-х гг. в «Международной энциклопедии сравнительного права», мы обычно понимаем не только и даже не столько те процессы, которые имеют своей целью воздействие на отдельные нормы, сколько те, которые воздействуют на целые правовые системы в направлении их сближения между собой.

Аналогичного мнения придерживался автор и раньше, подчеркивая, что «формула законодательной (читай: нормативной). —

¹ Словарь русского языка. Т. I. М., 1984. С. 301; Т. II; С. 498.

² Тихомиров Ю.А. Курс сравнительного правоведения. М., 1996. С. 75.

³ International Encyclopedia of Comparative Law. Vol. II. Ch. 5. N.Y., 1973. P. 6.

М.М.) унификации, которая в свое время преобладала, ныне не кажется нам ни единственно приемлемой, ни наилучшей. Наряду с такой унификацией стало модным говорить о «гармонии правовых систем»¹. Труды в данной области, добавлял автор, позволяют уточнить, что можно понимать под этим термином. Здесь же достаточно отметить, что «поиски этой гармонии так же, как и унификация, — одна из актуальных задач сравнительного права»².

Подобной точки зрения в отношении унификации придерживаются и некоторые другие авторы. П. Круз отмечает, в частности, что унификация права — это не что иное, как процесс сближения двух или более правовых систем, процесс, направленный на «замену двух или более правовых систем одной единственной правовой системой»³. В то же время «гармонизация права», появившаяся, по мнению автора, «исключительно в научной литературе по сравнительному праву», выступает в виде процесса «координации или сближения **отдельных правовых положений**» различных правовых систем, достигаемых путем устранения основных противоречий или различий, а также путем формирования «хотя бы минимальных общих требований и стандартов»⁴.

В других случаях западные компаративисты в вопросах определения унификации и гармонизации права исходят из того, что разница между ними имеет лишь сугубо теоретический, а точнее, лишь лингвистический, но отнюдь не практический характер.

Будучи убеждены в том, что в настоящее время уже невозможно, как это было раньше, продолжать сводить унификацию права только «к стандартизации правовых норм», они считают, что «гармонизация» права так же, как и «стандартизация», «сближение правовых систем» (approximation) и «координация», — это лишь не что иное, как различные термины и понятия, обозначающие «новые формы унификации»⁵.

С лингвистической точки зрения вполне возможно установить «различное значение каждого из этих терминов и выражений». Однако в смысловом плане практически невозможно добиться их четкого разграничения. «Все они выражают одну и ту

¹ Давид Р. Указ. соч. С. 31.

² Там же.

³ Cruz P. de. Comparative Law in a Changing World. L., 1995. P. 23.

⁴ Ibid.

⁵ International Encyclopedia of Comparative Law. Vol. II. Ch. 5. P. 34.

же, общую идею» и имеют одно и то же, в конечном счете смысловое, содержание¹.

Не вдаваясь в подробности рассмотрения содержания данных понятий и споров по поводу их разграничения в процессе дальнейшего анализа сравнительно-правовой материи вообще и роли сравнительного правоведения в процессе унификации права, в частности, вполне оправданным в практическом плане представляется исходить из представления об унификации «в широком смысле». Это означает, что унификацией охватываются не только нормы права («законодательные тексты»), но и правовые принципы, традиции, различные правовые теории и доктрины, правовые обычаи и т.п.

Для компаративистов разных стран вполне очевидно, что существенные различия между правовыми системами, являющимися объектом унификации, заключаются не только и даже не столько в различии составляющих их правовых норм, сколько в различии путей классификации этих норм, в разнообразии правовых теорий и доктрин, обслуживающих различные правовые системы, в своеобразии методов разрешения одинаковых правовых проблем, возникающих в разных странах².

В чем заключается практическая значимость сравнительного правоведения в отношении процесса унификации различных правовых систем? Как она проявляется?

Отвечая на эти вопросы, следует иметь в виду, что унификация права **как процесс**, связанный с попытками приведения различных правовых систем и отдельных их составных частей к некоему общему знаменателю, и **как результат данного процесса** имеет весьма длинную и богатую историю. На национальном и региональном уровнях идея унификации, как свидетельствуют научные исследования, уходит своими корнями в глубокую древность. На мировом же уровне унификация стала особенно широко применяться лишь в конце XVIII и в первой половине XIX в. под прямым воздействием быстро расширяющихся между различными странами торговых, финансовых и иных связей.

Если раньше об унификации права на мировом уровне можно было вести речь лишь преимущественно в теоретическом плане, то на данном и на всех последующих этапах развития сравнительного правоведения и института унификации о последнем следует уже говорить прежде всего в практическом плане. Именно потребности юридической практики, справедливо

¹ International Encyclopedia of Comparative Law. Vol. II. Ch. 5. P. 34.

² Ibid. P. 33-34.

замечает П. Круз, вызванные бурным развитием международной торговли в XIX в., обусловили появление «унифицированных международно-правовых конвенций», касающихся международного частного права, коммерческого права, трудового и торгового права, права интеллектуальной и «индустриальной» собственности, транспортного и некоторых других институтов и отраслей материального и отчасти процессуального права¹.

Практическая значимость и потребность в унификации права на международном национальном и региональном уровнях сохраняет свой приоритет перед всеми иными факторами и на современном этапе развития общества и государства. Она же в решающей мере обуславливает в настоящее время и характер взаимосвязей и взаимодействий между унификацией права, с одной стороны, и сравнительным правоведением — с другой.

Разумеется, что на всех предшествующих этапах развития института унификации и сравнительного правоведения так же, как и на всех последующих этапах, характер этих отношений в теоретическом и практическом плане никогда не оставался неизменным. Однако основные параметры этих взаимоотношений, основные пути и направления их взаимодействия остаются постоянными. Конкретное проявление это находит в следующем.

Во-первых, с помощью сравнительно-правовых исследований, путем выявления общего и особенного в сравниваемых правовых системах **создается реальная база для унификации** содержащихся в них правовых норм, принципов, идей, подходов к разрешению спорных вопросов, отдельных правовых институтов.

На эту сторону взаимоотношений между такими явлениями, как унификация и сравнительное правоведение, в настоящее время имеются указания во многих источниках². Впервые же на это обратил внимание известный французский компаративист Ламберт в 1900 г. в своем докладе на Международном конгрессе сравнительного права. Одна из особенностей его подхода к сравнению национальных правовых систем, к созданию реальной базы для их унификации состояла в том, что в расчет брались не все существовавшие в тот период правовые системы, а лишь те, которые находились «на одном и том же уровне развития или цивилизации»³.

¹ Cruz P. de. Comparative Law in a Changing World. P. 23.

² HugJ. The History of Comparative Law// Harvard Law Review. 1932. Vol. 45; CoingH. Rechtsvergleichung als Grundlage von Gesetzgebung in 19. Jahrhundert jus commune. Bonn, 1978.

³ Cruz P- de. Comparative Law in a Changing World. P. 23.

Во-вторых, сравнительно-правовые исследования, а точнее, материал, полученный в результате этих исследований, **позволяет найти наиболее оптимальные формы проведения унификации права, наиболее эффективные методы и средства ее осуществления.**

В научной и учебной литературе по сравнительному правоведению этой стороне вопроса обычно уделяется особое внимание. В частности, отмечается, что существующее многообразие методов и средств унификации права — это тот факт, который не должен в какой бы то ни было мере игнорироваться, ибо он может не только сыграть позитивную роль, но и послужить преградой на пути унификации материального и процессуального права¹.

При этом поясняется, что выбор наиболее оптимальной формы и наиболее эффективного средства или метода унификации права зависит от конкретных обстоятельств. Однако в любом случае унификация не должна идентифицироваться «лишь с такой формой, как стандартизация норм». Она должна осуществляться в более гибких формах, касающихся не только и не столько содержания самих норм, сколько путей их формирования в рамках тех или иных избранных систем, методов и приемов их толкования, одинакового понимания и применения юридических терминов, используемых в разных странах².

В настоящее время унификация права в зависимости от конкретных условий может проводиться в таких формах, как заключение **международных договоров** по тем или иным вопросам, принятие **модельных законодательных актов**, применение так называемых «**примерных договоров международных организаций**», использование **международных обычаев** и др.³

Большое значение для унификации права в рассматриваемый период имеют также **решения судебных органов** (Конституционные суды, Верховный суд США и др.) по вопросам о соотношении федерального права и права субъектов федерации внутри страны⁴, а на международной арене — решения Международного Суда ООН, образованного в 1945 г. (местонахождение — Гаага; данный судебный орган разрешает на основе норм международного права межгосударственные споры, дает заключения по юридическим вопросам по запросу Генеральной Ассамблеи ООН

¹ International Encyclopedia of Comparative Law. P. 34.

² Ibid.

³ Тихомиров Ю.А. Указ. соч. С. 98-103.

⁴ Hay P. Unification of Law in the United States Uniform state Laws, Treaties and Judicially Declared Federal Common Law // Legal Thought in the United States of America Under Contemporary Pressures. Brussels, 1970. P. 273-293.

и др.)¹- В своей деятельности Международный Суд, согласно Статуту, определяющему его место, роль и назначение в системе других международных органов и организаций, применяет: международные конвенции, «как общие, так и специальные, устанавливающие правила, определенно признанные спорящими государствами»; международные обычаи «как доказательство всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы»; общие принципы права, «признанные цивилизованными нациями»; с определенными оговорками — судебные решения и доктрины «наиболее квалифицированных наций в качестве вспомогательного средства для определения правовых норм».

Решая возложенные на него задачи, Международный Суд ООН тем самым не только способствует устранению противоречий между спорящими сторонами — государствами, но и создает условия для устранения коллизий, существующих в данной сфере между различными правовыми системами.

Труднопереоценимую роль в процессе унификации права играют создаваемые по решению ООН комиссии, наподобие Комиссии по праву международной торговли (1966), основной целью которых является содействие согласованному развитию и унификации норм права международной торговли, кредитования, научного и культурного обмена и т.п. В результате деятельности таких комиссий вырабатываются рекомендации, касающиеся унификации права в той или иной сфере межгосударственных взаимоотношений, заключаются конвенции.

Так, в результате деятельности Комиссии по праву международной торговли была разработана и принята в 1980 г. Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров².

Большую роль в деле унификации норм права, регулирующих общественные отношения в различных сферах жизни международного сообщества, играют также Женевские конвенции о защите жертв войны (1949), Международная конвенция о ликвидации всех форм расовой дискриминации (1965), Международная конвенция о пресечении преступления апартеида и наказании за него (1973), Конвенция ООН по морскому праву (1982), Венские конвенции по дипломатическому договорному праву и др.

В свете современных российских реалий, а именно катастрофического падения жизненного уровня населения страны,

¹См.: *Кожевников Ф.И., Шармазашивили Г.В.* Международный Суд ООН. М., 1971.

² *Schlechtriem K.* Einheitsliches UN Kaufrecht. Bonn, 1981.

беззащитности русскоязычного населения за пределами своего государства, резкого падения рождаемости и роста смертности и т.д., особую значимость для реальной оценки такого официального курса, который привел к подобным последствиям, приобретает Конвенция о предупреждении преступления геноцида и наказании за него, принятая по инициативе и при активном содействии СССР Генеральной Ассамблеей ООН 9 декабря 1948 г.¹

Под геноцидом, согласно данному международному правовому документу, понимаются такие действия, «совершаемые с намерением уничтожить полностью или частично какую-либо национальную, этническую, расовую или религиозную группу как таковую», как: а) убийство членов такой группы; б) причинение серьезных телесных повреждений или умственного расстройства членам такой группы; в) предумышленное создание для какой-либо группы таких жизненных условий, которые рассчитаны на полное или частичное физическое уничтожение ее; г) меры, направленные на предотвращение деторождения в сфере такой группы; и д) насильственная передача детей из одной человеческой группы в другую².

Унифицирующее воздействие данной конвенции состоит в том, что она предлагает каждому государству, разделяющему и поддерживающему основные ее положения, внести соответствующие, унифицированные по своему характеру, изменения или дополнения в свое внутреннее, национальное законодательство и «предусмотреть эффективные меры наказания» лиц, виновных в совершении геноцида и других тесно связанных с ним уголовно-наказуемых деяний. Речь идет о таких деяниях, как «заговор с целью совершения геноцида», прямое и публичное подстрекательство к совершению геноцида; покушение на совершение геноцида и соучастие в нем³.

Большое значение для процесса унификации права в последние десятилетия имеют модельные законодательные акты, или модельные законы, как их называют. Согласно сложившимся в научной литературе представлениям, законодательные акты модельного типа имеют рекомендательный характер, содержат в себе типовые нормы, выступают в качестве нормативной ориентации для разрабатываемого с их помощью национального

¹ Права человека. Сборник международных документов / Сост. и автор вступит, ст. Л.Н. Шестаков. М., 1986. С. 11-12.

² Там же. С. 83.

³ Там же.

законодательства. Они не являются обязательными для законодательных или иных органов того или иного государства, хотя в некоторых случаях и не исключают из своего содержания императивных норм, признаваемых, например, государствами — участницами межпарламентских ассамблей в порядке добровольных самообязательств¹.

Модельные законы нередко рассматриваются как своеобразные нормативно-ориентирующие стандарты для законодательных органов различных стран, как некие «примерные» законы. Такого рода модельные законодательные акты получили большое распространение в США. С конца XIX в. здесь действует Национальная конференция уполномоченных по унификации законодательства штатов, под эгидой и при содействии которой был разработан ряд проектов подобных актов. Среди них модельный Торговый кодекс (1954), модельный Примерный уголовный кодекс (1962), модельный Закон о предпринимательских корпорациях (1980) и др.

В США так же, как и в любой иной стране, модельные законодательные акты приобретают юридическую силу лишь после того, как они будут признаны и одобрены национальными законодательными органами государств или государственных образований в лице конгресса, легислатур отдельных штатов, законодательных органов земель и т.д.

Будучи однопорядковыми по своему характеру, они тем не менее различаются по разным параметрам: по видам, субъектам и пр. Например, среди различных модельных законов выделяются акты, которые принимаются **законодательными органами федерации** для субъектов федерации; которые разрабатываются и принимаются **межгосударственными объединениями** для государств — членов этих объединений; которые исходят от международных организаций в качестве правовых ориентиров или образцов; и, наконец, акты, которые **разрабатываются учеными-юристами и специалистами** и выступают в качестве доктринальных по своему характеру актов².

Модельные законы, равно как и другие формы и способы унификации права, имеют огромное значение для России и для всех стран — членов Содружества Независимых Государств (СНГ).

В отношении Российской Федерации в научной литературе высказывается мнение, согласно которому модельные законы были бы не только уместны, но и крайне необходимы прежде

¹См.: Тихомиров Ю.А. Указ. соч. С. 88-91. ² Там же. С. 88-91.

всего в областях совместного ведения, определяемых Конституцией страны (ст. 72).

В совместном ведении Российской Федерации и ее субъектов по Конституции находятся такие вопросы, как: обеспечение соответствия конституций и законов республик, уставов, законов и иных нормативных правовых актов краев, областей, городов федерального значения, автономной области и автономных округов Конституции Российской Федерации и федеральным законам; защита прав и свобод человека и гражданина; обеспечение законности, правопорядка и общественной безопасности; режим пограничных зон; вопросы владения, пользования и распоряжения землей, недрами, водными и иными природными ресурсами; разграничение государственной собственности и др.¹

В отношении государств — членов СНГ модельные законодательные акты могут быть весьма полезны во всех без исключения сферах их совместной деятельности. При этом под модельным законодательным актом вполне оправданно предлагается понимать «типовой законодательный акт, принимаемый институтами Содружества Независимых Государств в сфере их общих интересов, имеющий рекомендательный характер и направляемый парламентам» государств — членов СНГ для использования в их законодательной деятельности. Основными видами модельных законодательных актов могут быть общие принципы, основные начала, примерные законы, модели кодексов, основные условия и основные положения.

Разумеется, что для повышения значимости и эффективности модельные законодательные акты целесообразно принимать с учетом норм международного права, актов межгосударственных и негосударственных международных организаций.

Одним из примеров типичного рекомендательного законодательного акта может служить акт «Об основных принципах сотрудничества государств — участников СНГ в сфере науки и научно-технической деятельности», принятый Межпарламентской Ассамблеей государств — участников Содружества Независимых Государств в 1995 г. Он принят с учетом опыта международного сотрудничества в данной сфере и в соответствии с интересами и существующими законодательными актами всех участвующих в научно-техническом сотрудничестве государств.

По структуре и содержанию он состоит из 4 разделов (общие положения; цели, принципы и направления сотрудничества);

¹ Конституция Российской Федерации. Ст. 72.

² См.: Тихомиров ЮЛ. Указ. соч. С. 91.

формы и методы сотрудничества; правовые основы и механизм сотрудничества) и 14 статей. Унифицирующее воздействие этого рекомендательного законодательного акта проявляется в разных направлениях. Наиболее ярко оно выражается в рекомендуемых **формах** и методах сотрудничества государств в области науки и научно-технической деятельности.

В перечне *форм* сотрудничества государств в данной сфере указывается, в частности, на такие, как: международная двусторонняя и многосторонняя кооперация в проведении научных исследований и подготовке кадров; создание на государственной и негосударственной основах международных фондов, ассоциаций, исследовательских институтов и т.п.; обмен научно-технической информацией, результатами исследований и разработок, новыми прогрессивными технологиями; проведение льготной таможенной политики в отношении товаров, сырья, материалов, финансовых ресурсов, перемещаемых через границы государств — участников СНГ при осуществлении инновационной деятельности, обмен специалистами по государственной и негосударственной линиям и др.

В числе *методов* сотрудничества государств в сфере науки и научно-технической деятельности в данном рекомендательном законе называются следующие: заключение договоров и соглашений между государственными и негосударственными организациями разных стран; координация научной и научно-технической деятельности; реализация совместных научных и научно-технических программ; совместное финансирование государственных и международных научных проектов и программ и др.

В-третьих, сравнительно-правовые исследования позволяют определить и в каждом конкретном случае обстоятельно раскрыть различные **виды унификации права**, ее **уровни** и **стадии**.

Так, в зависимости от предмета унификации можно говорить, например, об **унификации материального и процессуального права**. Первая имеет дело с единообразным регулированием отношений, опосредуемых нормами конституционного, гражданского, трудового, семейного и других отраслей и подотраслей материального права. В то же время другая, процессуальная, унификация непосредственно ассоциируется с нормами процессуального права, «с введением единых правил рассмотрения в судах и внешнеторговых арбитражных споров с иностранным элементом»¹.

¹ См.: Тихомиров Ю.А. Указ. соч. С. 97. 8—2524

В зависимости от объема и масштабов унификации права сравнительно-правовые исследования позволяют выделять и анализировать такие относительно самостоятельные уровни унификации, как федеральный (в рамках отдельных федераций), **конфедеральный** (в пределах различных конфедераций), **региональный** (в пределах европейских, латиноамериканских, африканских и других географически примыкающих друг к другу стран) и **мировой** (в масштабе всех существующих в мировом сообществе государств)¹.

Примерами унификации права на федеральном и конфедеральном уровнях могут служить договоры, соглашения, модельные законодательные акты и иные формы и методы, направленные на унификацию законодательства, порождаемого высшими органами государственной власти и управления, с одной стороны, федерации (конфедерации), а с другой — субъектов федерации (конфедерации). Унифицированные по своей природе акты существуют в Австралии, Канаде, Германии, США и других странах.

В качестве примеров унификации права на региональном уровне можно назвать многочисленные конвенции и модельные законодательные акты, подготовленные в рамках одного из первых региональных объединений — Пан-Американского Союза, созданного в 1889 г. и после Второй мировой войны (1948 г.) преобразованного в Организацию Американских государств².

Множество примеров унификации права на региональном уровне в настоящее время дает Европейский Союз, возникший в 1992 г. на основе трансформации трех ранее существовавших европейских сообществ — Европейского объединения угля и стали (1951), Европейского экономического сообщества (1957) и Евроатома (1957). В результате нормотворческой деятельности различных органов Европейского Союза на территории данного объединения сложилось унифицированное по своей изначальной природе и характеру право, какого еще не знала вся государственно-правовая история.

Европейское право, справедливо отмечал Б.Н. Топорнин, — это совершенно новое явление в мире. Оно возникло и сложилось во второй половине XX в. буквально на глазах у живущих ныне людей и «потому не может конкурировать не только с традиционными отраслями права, такими, как гражданское

¹ См.: Решетников Ф.М. Правовые системы стран мира: Справочник. М., 1993.

² International Encyclopedia of Comparative Law. Vol. II. Ch. 5. P. 196.

или конституционное право, известными еще со времен Древнего Рима, но и с появившимися значительно позже». Европа и весь мир длительное время развивались, не испытывая потребности в праве, которое сегодня называется европейским¹. Лишь послевоенные жизненно важные, практические потребности европейских стран вызвали необходимость их интеграции, а вместе с ней — и правовой унификации.

Такого же рода факторы должны лежать и в основе более широких процессов — мировой интеграции, если таковая вообще возможна, а также в основе соответствующей правовой унификации.

Идеи унификации права в масштабе всего мирового сообщества, идеи ^создания мирового права были, как известно, особенно популярны на рубеже XIX—XX вв. Для их возникновения и развития имелись определенные основания в виде расширения и углубления связей между государствами — членами мирового сообщества, длительного сохранения мира и т.п. Однако не было и нет вплоть до настоящего времени достаточных, практически значимых оснований для реализации этих идей. «Уже давно, — резонно замечали по этому поводу К. Цвайгерт и Х. Кётц, — на смену далеко идущим планам о разработке унифицированного мирового права пришло трезвое понимание того, что лишь потребности международного правового регулирования могут служить стимулом для успешной реализации проектов унификации»².

В-четвертых, сравнительно-правовые исследования позволяют четче установить **возможности и пределы унификации** права, точнее определить **наиболее оптимальные условия** ее проведения, полнее выявить **совокупность факторов**, способствующих или, наоборот, препятствующих унификации права.

Унификация права, проводимая на любом уровне и в любой форме, — это не самоцель, а, скорее, средство, точнее, — одно из многочисленных средств решения стоящих перед тем или иным сообществом экономических, социальных и иных проблем.

Европейское право, являясь по своему характеру унифицированным правом, как отмечает Б.Н. Топорнин, выступает одновременно и как продукт, и как «инструмент интеграции, развернувшейся в Западной Европе»³. Аналогично обстоит дело и в других регионах, с той, однако, разницей, что зачастую правовая

¹См.: Топорнин Б.Н. Европейское право. М., 1998. С. 12.

²Цвайгерт К, Кётц Х. Указ. соч. С. 44.

³См.: Топорнин Б.Н. Указ. соч. С. 12.

унификация не столько обуславливается, сколько предшествует экономической, политической, социальной и иной интеграции или же, по крайней мере, расширению связей и взаимодействия государств в данных сферах.

Будучи одним из средств решения стоящих перед региональным или любым иным сообществом проблем, унификация как явление и социально-правовой институт, естественно, имеет свои **обусловленные объективными и субъективными факторами пределы**.

Среди объективных факторов, оказывающих значительное влияние на процесс унификации права и предопределяющих его пределы, необходимо назвать **экономические** (уровень развития экономики в разных странах и интенсивность межгосударственных экономических связей), **политические** (характер политических отношений между различными государствами и стремление к их развитию или, наоборот, к свертыванию торговых, финансовых или иных отношений), **географические** (степень близости или удаленности друг от друга государств, что имело немаловажное значение особенно в XIX — начале XX в.), **психологические** (степень сходства национальных и иных традиций, привычек, «уровней стандартизации жизни») и др.¹

К субъективным факторам следует отнести степень стремления законодателей разных стран к установлению и развитию долгосрочных экономических и иных связей, а вместе с тем и к развитию обусловленного данным стремлением процесса унификации права. Ибо даже при огромном желании невозможно установить на длительное время стабильные экономические и иные межгосударственные связи, не унифицировав или хотя бы в минимальной степени не согласовав между собой действующее в данных сферах законодательство.

На самых первых стадиях становления и развития торговых, финансовых и иных связей между странами речь обычно идет лишь о согласовании действующих норм права. На более поздних — об унификации правовых концепций, юридических методов и стандартов².

Объективные и субъективные факторы, оказывающие непосредственное влияние на процесс унификации права и предопределяющие пределы развития данного процесса, никогда не существуют изолированно, а тем более независимо друг от друга. В реальной жизни они всегда взаимосвязаны, взаимодействуют друг с другом и взаимозависимы.

¹ *Irakeson R. Comparative Conflict of Laws. Oxford, 1974. P. 217-223.*

² *International Encyclopedia of Comparative Law. Vol. II. Ch. 5. P. 34.*

Это подтверждается многочисленными примерами, взятыми из самых различных сфер и уровней унификации права. Так, в настоящее время многими авторами, теоретиками и практиками, продолжают развиваться идеи создания мирового, глобального, наднационального права, идеи унификации права в мировом масштабе. Однако на пути реализации этих субъективно развиваемых идей стоят реально существующие объективные факторы. Они определяют собой условия реализации этих идей, указывают на возможности и пределы мировой унификации права.

В Международной энциклопедии сравнительного права в связи с этим совершенно справедливо отмечалось, что поскольку унификация права в мировом масштабе, если бы таковая проводилась, неизбежно была бы направлена на вытеснение и замену воображаемой правовой системой мира реально существующих национальных правовых систем, то самой логикой своего развития она натолкнулась бы на противодействие со стороны национальных государств — обладателей реальной власти и носителей суверенитета. А так как последние никогда не были готовы добровольно «уступить хотя бы незначительную часть своего суверенитета», то и идею мировой унификации права, исходящую из необходимости ограничения или упразднения государственного суверенитета, следует признать искусственной, нереальной¹.

Взаимосвязь и взаимодействие объективных и субъективных факторов в процессе унификации права достаточно ярко проявляется и на других уровнях, например на уровне национальных правовых систем, на уровне различных «религиозных сообществ» или же на уровне «затронутых унификацией» отдельных сфер жизни общества².

В них так же, как и на мировом уровне, субъективные факторы в виде развиваемых теоретиками и практиками, государственными и общественными деятелями идей сплошной (в пределах соответствующего сообщества) или ускоренной унификации права неизбежно сталкиваются с целой системой объективных факторов в виде трудно совместимых друг с другом исторических и правовых традиций, национальных обычаев, религиозных догм и пр.

Именно этим не в последнюю очередь объясняется, например, тот факт, что в некоторых унитарных по своему характеру

¹ International Encyclopedia of Comparative Law. Vol. II. Ch. 5. P. 4. ²См.: ЦвайгертК., КётуХ. Указ. соч. С. 44.

и официально провозглашенных таковыми по форме государственного устройства странах, таких, как Великобритания, существует не одна, а несколько относительно самостоятельных правовых систем (правовые системы Англии, Шотландии, Уэльса, Северной Ирландии, о-ва Мэн и Нормандских островов)¹.

В Испании и Иране наряду с гражданскими кодексами, закрепляющими основы общего права на территории этих стран, в отдельных регионах (Арагон, Каталония, Наварра) и сообществах (ортодоксальных армян, суннитских мусульман, иудеев и др.) действуют свои собственные, не поддающиеся унификации правовые обычаи, традиции, установления.

Подобным образом обстоит дело и в различных религиозных сообществах. Римская католическая церковь, например, несмотря на жесткие дисциплинарные и иные требования, которые она предъявляет ко всем своим последователям, «до сих пор не имеет единого канонического права»². Наиболее известная кодификация канонического права — Свод канонического права (*Corpus Iuris Canonici*), принятый еще в 1582 г. и проммульгированный в последний раз в 1917 г., распространяется лишь на тех верующих, которые являются последователями латинских церковных обрядов, ритуалов и церемоний. Что же касается «множества аспектов и нюансов восточных обрядов, ритуалов и церемоний, то они, как отмечается в научных источниках, устанавливаются и регулируются совсем иными правилами»³.

В-пятых, сравнительные исследования помогают выработать способствующие развитию процесса унификации права общую **понятийную и терминологическую систему, общую или хотя бы сходную для всех государств правовую идеологию, выявить особенности унификации различных правовых семей и систем.**

Общая понятийная и терминологическая системы так же, как и правовая идеология, имеют весьма важное для унификации права не только теоретическое, но и практическое значение⁴. Они важны прежде всего для правоприменительной, и в особенности для судебной и арбитражной деятельности различных стран.

Исключительную значимость при этом приобретают не только и даже не столько одинаковые термины и понятия, используемые

¹ См.: Решетников Ф.М. Указ. соч. С. 26-29.

² International Encyclopedia of Comparative Law. Vol. II. Ch. 5. P. 3.

³ Ibidem.

⁴ См.: Cappelletti M., Seccombe M., Wetter J. Integration Through Law. N.Y., 1986. P. 74-79.

в той или иной правовой системе, сколько вкладываемый в них смысл, их содержание. Как справедливо отмечают некоторые компаративисты, одинаковые термины и «формулировки» различных понятий в правовых системах многих стран могут породить иллюзию легкости их использования в практических целях. «Однако национальная судебная практика свидетельствует о существенных различиях в понимании сути этих понятий, скрываемой за внешне одинаковой словесной формой»¹.

Глубоко понимаемая понятийная и терминологическая унификация, включающая в себя наряду со словесным, формально-юридическим аспектом и содержательный аспект, в реальной действительности выступает не иначе, как составная часть общей унификации права, вбирающей в себя также нормативный, концептуальный, доктринальный и иные ее аспекты.

Помимо названных путей и направлений взаимодействия, а точнее, воздействия сравнительного правоведения на процесс унификации права есть и иные пути и средства его влияния. Создавая необходимые условия и предпосылки для унификации права и активно влияя на сам процесс, сравнительное правоведение тем самым способствует расширению товарооборота между различными странами, усилению экономических, политических и иных связей между ними. В этом — одна из практически значимых функций сравнительного правоведения.

4. РЕКОМЕНДУЕМАЯ ЛИТЕРАТУРА

Арановский К.В. Курс лекций по государственному праву зарубежных стран. Сравнительное государственное право. Владивосток, 1996.

Боботов С.В. Конституционная юстиция (Сравнительный анализ). М., 1994.

Бартоле С. Организация судебной власти в Центральной и Восточной Европе. Конституционное право: восточноевропейское обозрение // Государство и право. 2000. № 2.

Гунель М. Введение в публичное право. Институты. Основы. Источники. М., 1995.

Международная унификация коллизионных норм семейного права. М., 1993.

Очерки сравнительного права/ Отв. ред. В.А. Туманов. М., 1981.

Решетников Ф.М. Правовые системы стран мира. М., 1993.

Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (Основные правовые системы современности). М., 2000.

¹ Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. С. 45.

- Цвайгерт К., Кёту Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. 1. М., 1998.
- Cappelletti M., Seccombe M., Weiler J.* Integration Through Law. N.Y., 1986.
- Ebert K.-H.* Rechtsvergleichung: Einföhrung in die Grundlagen. Bern, 1978.
- Kotz H.* The Function of Comparative Law in the Development of European Common Law // Asia Pacific Law Review. 1994. № 1.
- Mehren A.* An Academic Tradition for Comparative Law? // The American Journal of Comparative Law. 1971. Vol. 19.
- Re Ed.* Comparative Law Courses in the Law School Curriculum // The American Journal of Comparative Law. 1953. Vol. 1.
- Seroma L.* Use of Comparative Law by Legislator. L., 1981.

СРАВНИТЕЛЬНОЕ ПРАВОВЕДЕНИЕ И НАЦИОНАЛЬНОЕ ПРАВО

1. СОДЕРЖАНИЕ ТЕМЫ

Не

Неразрывная связь сравнительного правоведения с национальными правовыми системами. Важность решения проблемы правопонимания для развития национального права и сравнительного правоведения. И. Кант, Р. Иеринг и другие философы и юристы о нерешенности проблемы правопонимания. Вопросы правопонимания на современном этапе. Обусловленность правовых категорий и понятий сложившимся в рамках различных правовых семей и систем представлением о самом праве.

Попытки решения проблем правопонимания в дореволюционной (до октября 1917 г.) России и в советский период. Основные направления и подходы к разрешению проблем право-понимания на современном этапе. Проблема определения общего «универсального» понятия права.

Общепризнанные в различных правовых системах признаки и особенности права. Системность, упорядоченность, нормативность, формальная определенность, общеобязательность и общедоступность права. Императивный и регулятивный характер права. Проявление права в качестве всеобщего масштаба и равной меры по отношению ко всем лицам и создаваемым ими организациям. Возникновение основной массы правовых норм в результате правотворческой деятельности государства. Выражение государственной воли в системе нормативно-правовых актов. Всесторонняя (с помощью государственных и негосударственных институтов) обеспеченность и гарантированность норм права.

Использование в сравнительном правоведении понятийного аппарата национальных правовых систем. Разработка понятий

«форма права» и «источник права» в национальном праве и применение их в сравнительном правоведении. Основные смысловые значения формы права. Эволюция взглядов отечественных и зарубежных авторов на понятие и содержание формы права. Классификация форм права.

Понятие источника права. Различное смысловое содержание термина и понятия «источник права». Классификация источников права по различным критериям. Материальные, социальные и иные источники права. Соотношение форм и источников права. Общее и особенное у форм и источников права. Совпадение «формы права» с «источником права» на формально-юридическом уровне. Формы (источники) права различных правовых систем и правовых семей.

2. МЕТОДИЧЕСКИЕ РЕКОМЕНДАЦИИ К ТЕМЕ

Основная цель данной темы — показать органическую связь сравнительного правоведения или сравнительного права с национальным правом: с его понятием, формами, источниками, назначением (точнее — с его отдельными функциями), содержанием.

В юридической литературе, посвященной сравнительно-правовым исследованиям, вопросам взаимосвязи и зависимости «сравнительного права» от понятия и термина самого «права», равно как и другим, связанным с ними вопросам, уделяется значительное внимание.

Для того чтобы ответить на вопрос о том, что собой представляет сравнительное право, пишет в связи с этим, например, немецкий ученый Б. Гроссфельд, необходимо прежде всего четко определить, **что собой представляет его исходное — право**. Помимо тех проблем, которые возникают перед исследователем сравнительного правоведения в силу того, что не полностью определены и не всеми компаративистами признаны общие «теоретические рамки его исследования», его концепция, цели, предмет, объект и метод, весьма важная проблема появляется в связи с соотношением сравнительного правоведения с национальным, существующим в пределах одной страны, правом, а также общим понятием «права»¹.

Как отмечают английские юристы Р. Сим и П. Пэйс, эта проблема усложняется тем, что неоднозначность понимания и

¹ Grossfeld. B. The Strength and Weakness of Comparative Law. Oxford, 1990. P. 7-8.

толкования «права» порождает неопределенность и неоднозначность представления о «сравнительном праве». Ведь не секрет, что «право», как таковое, используется в мире в самых различных смыслах, каждый из которых содержит в себе, однако, «общий компонент того, что называется правом, а именно — общее правило поведения».

О праве, среди всего прочего, говорят, например, в отношении науки — «право науки», морали — «моральное право», наконец, в отношении Бога — «божественное право». Это — широкое понимание права¹.

Для юристов же, рассуждают авторы, право (в узком, сугубо юридическом смысле) означает не что иное, как «совокупность принципов, признаваемых и применяемых государством с помощью административной юстиции». Это, другими словами, есть «система правил поведения, признаваемых и применяемых судами»².

Аналогичного мнения о понятии и определении права придерживаются и многие другие авторы³. Однако наряду с ними существуют и иные подходы. Определиться в них весьма важно, поскольку от этого зависит возникающее на их основе представление о сравнительном правоведении.

Взяв, например, за исходное широкое понимание права, мы неизбежно придем к выводу, что сравнительное право охватывает не только юридические принципы и нормы (правила поведения), но и «моральное», «божественное» и другие разновидности того, что некоторые западные и отечественные авторы называют правом.

Ограничившись же только узким представлением о праве, мы с необходимостью ограничим область распространения сравнительного права лишь сферой применения принципов и норм национального права.

В существующей отечественной и зарубежной научной литературе в попытках преодоления такого расхождения довольно четко прослеживается стремление к выработке общего понятия права и на этой основе — общего определения сравнительного правоведения. Однако на этом пути встречаются труднопреодолимые препятствия и изъяды. Главные из них заключаются в сложностях, порождаемых различными, порой взаимоисключающими друг

¹ *Sim R., Pace P.* A Level of English Law. L., 1991. P. 3-4.

² *Ibid.* P. 4.

³ *Meriyman /., Clark D.* Comparative Law: Western European and Latin American Legal Systems. Cases and Materials. N.Y., 1978. P. 27-29.

друга подходами, отсутствием единого, концентрированного, целенаправленного процесса познания права и его практического использования. Диалектика данного процесса состоит в том, что множественность определений понятия права в целом как положительное явление выступает в то же время и как отрицательный феномен.

Возможно ли успешное преодоление негативных сторон множественности, а точнее, известной разрозненности или даже противоречивости определений понятий о праве? В значительной мере «да». Для того чтобы определить наиболее оптимальный и приемлемый путь решения данной проблемы, необходимо вначале более обстоятельно рассмотреть эволюцию процесса правопонимания.

3. ОСНОВНЫЕ ВОПРОСЫ К ТЕМЕ И КРАТКИЕ НА НИХ ОТВЕТЫ

3.1. Проблемы правопонимания на различных этапах развития общества

1. Весьма странным для людей, не имеющих отношения к юридической профессии, и не менее тривиальным для лиц, профессионально занимающихся вопросами государства и права, является утверждение, а точнее, констатация того непреложного факта, что к настоящему времени в отечественной и зарубежной юридической науке еще не выработано единого представления о праве и что многие проблемы, касающиеся право-понимания, едва ли не стали вечными и неизменными¹. Об этом со всей очевидностью свидетельствует государственно-правовой опыт многих стран, а также многочисленные исследования, проводившиеся по данной тематике в течение ряда последних столетий в юридической науке.

Так, еще в конце XVIII столетия основоположник немецкой классической философии И. Кант в своей работе «*Метафизика нравов*» (1797) не без оснований констатировал, что вопрос о том, что такое право может «смутить правоведа — если только он не захочет впасть в тавтологию или вместо общего решения сослаться на то, что утверждали когда-либо законы какой-нибудь страны». И далее: «Что следует по праву (*quid sit juris*), т.е. что

¹ *Danes H. and Holdcroft. Jurisprudence: Text and Commentary. L., 1991; Harris J. Legal Philosophies. N.Y., 1997; Morrison W. Jurisprudence. N.Y., 1998; etc.*

говорят или говорили законы в том или ином месте, в то или другое время, он (правовед. — М.М.) еще может указать; но право (*recht*) ли то, чего они требуют, и каков всеобщий критерий, на основании которого можно вообще различать правое и неправое (*justum et iniustum*), — это остается для него тайной, если он хоть на время не оставляет указанные эмпирические принципы и не ищет источник этих суждений в одном лишь разуме...»¹.

Столетие спустя, в конце XIX — начале XX в., другой немецкий ученый, известный юрист Р. Иеринг, касаясь проблем правопонимания, также акцентировал внимание на их нерешенности и недостаточной ясности в отношении того, что обычно именуется правом. Как известно, писал он в своей небольшой по объему, но весьма содержательной работе «Борьба за право» (1908), термин «право» является довольно неопределенным и обычно употребляется «в двух значениях: в объективном и в субъективном». В первом смысле право означает «совокупность всех защищаемых государством правовых положений, законный порядок жизни». А во втором — под правом понимают «конкретное проявление абстрактных правил в конкретном правомочии личности»².

Аналогичные суждения о неопределенности понятия права и отражаемого им явления, а также о нерешенности проблем правопонимания высказывали как отечественные, так и зарубежные авторы и в более поздний период. В частности, в первой половине XX в. об этом многократно говорил один из крупнейших теоретиков права, австрийский юрист Г. Кельзен. В своей известной работе «Чистая теория права» (1934) он особо акцентировал внимание на том, что «теория права должна прежде всего определить понятие о своем предмете». Чтобы дать определение права, подчеркивал ученый, «следует начать со словоупотребления, т.е. установить, что означает слово "право" в немецком языке и его эквиваленты в других языках (*law, droit, diritto* и т.д.). Следует выяснить, имеют ли социальные явления, обозначаемые этим словом, сходные признаки, отличающие их от других сходных явлений, и достаточно ли значимы эти признаки для того, чтобы служить элементами понятия социальной науки». В результате такого исследования, заключал автор, «могло бы выясниться, что словом "право" и его иноязычными эквивалентами обозначаются столь различные предметы, что никакое общее понятие не может охватить их все».³

¹ Кант И. Метафизика нравов // История политических и правовых учений. Хрестоматия / Под ред. О.Э. Лейста. М., 2000. С. 251.

² Иеринг Р. Борьба за право. СПб., 1908. С. 5-6.

³ Кельзен Г. Чистое учение о праве // История политических и правовых учений. Хрестоматия / Под ред. О.Э. Лейста. С. 480-481.

Наконец, следует заметить, что вопросы, касающиеся неопределенности понятия права и нерешенности проблем право-понимания, вызывали бесконечные споры на протяжении всей второй половины XX в. и что они остаются спорными и вместе с тем весьма актуальными как в российской, так и в зарубежной юриспруденции и поныне. Об этом свидетельствуют, в частности, многочисленные монографии, брошюры и статьи, опубликованные в данный период¹, а также проводившиеся по проблемам правопонимания дискуссии.

Одной из таких дискуссий, состоявшихся в рассматриваемый период, была дискуссия «О понимании советского права». Она проводилась в конце 70-х гг. под эгидой журнала «Советское государство и право» и получила весьма широкий резонанс не только среди советских, но и среди зарубежных исследователей права. Из вопросов, предлагавшихся для обсуждения ее участниками, были, в частности, такие, как о различных подходах к пониманию права, о возможности и «принципиальной допустимости» существования одного или нескольких определений права, о соотношении права с другими элементами правовой надстройки и др.²

Анализируя характер поставленных вопросов и содержание выступлений участников упомянутой дискуссии, нетрудно заметить, что исходным положением практически во всех выступлениях была констатация факта нерешенности проблем правопонимания и определения понятия права в отечественной и зарубежной юридической литературе, а основной целью их была попытка сделать если не прорыв, то хотя бы еще один шаг в решении проблем правопонимания.

Однако, несмотря на прилагаемые в данный и в более поздний период усилия юристов, традиционные проблемы, связанные с выработкой приемлемого для всех определения понятия права и проблемы правопонимания так и остаются по сей день весьма острыми и нерешенными.

Совершенно прав был Г.В. Мальцев, когда констатировал, что «известное замечание Канта о том, что юристы все еще ищут определение права, остается справедливым и в наши дни»³.

¹ См. об этом: *Lomen H. Evolution de's Rechts.* Wien, 1983; *Freeman M. Lloyd's Introduction to Jurisprudence.* N.Y., 1994; *McLeod I. Legal Theory.* L., 1999.

² Советское государство и право. 1979. № 7. С. 56-74; № 8. С. 48-78.

³ *Мальцев Г.В. Понимание права. Подходы и проблемы.* М., 1999. С. 3.

Юридическая мысль, отмечал автор, «судя по всему, обречена на бесконечный поиск определения права, побуждаемая к этому практической необходимостью построить правопорядок на фундаменте как можно более надежных, четких и полных знаний о его сущности, предмете правового регулирования». С одной стороны, постоянная неудовлетворенность достигнутым уровнем юридических знаний, вечно актуальное ощущение неполноты права, желание его усовершенствовать, а с другой — возрастающее вместе с опытом понимание относительности результатов, добываемых юридической мыслью, ограниченного и преходящего характера выводов, в «истинность которых люди уже успели поверить»¹.

2. Говоря о проблемах правопонимания, необходимо отметить, что успешное решение их весьма важно не только само по себе как правовая самоценность и самодостаточность, но и в связи с рассмотрением ряда вопросов сравнительного правоведения, а также познанием других, неразрывно связанных с понятием права явлений и отражающих их категорий и понятий.

Речь идет, в частности, о таких «производных» от того или иного представления о праве явлениях и понятиях, как сущность и содержание права, его роль (функции) и назначение, механизм правового регулирования, система права и правовая система, и др. Особую значимость при этом имеет разработка проблем, касающихся форм, или источников права, которая целиком и полностью зависит от решения проблем, непосредственно связанных с представлением о праве как таковом и определением понятия права.

Сравнивая между собой такие, например, весьма контрастные правовые системы как, с одной стороны, светские, а с другой — религиозные правовые системы, нетрудно видеть, что каждая их разновидность связана с вполне определенным представлением не только о самом праве, но и об источниках права.

Светские правовые системы независимо от их особенностей и принадлежности к тем или иным правовым семьям ориентируют, в частности, на такие же по своей природе и характеру, «светские» формы, или источники права, как закон, декрет, постановление, указ и пр. Помимо всего прочего, они свидетельствуют о том, что светское по своей природе и характеру право имеет и должно иметь только аналогичные по своей природе и характеру формы, или источники права, и наоборот.

¹ Мальцев Г.В. Указ. соч. С. 3.

В свою очередь религиозные правовые системы самой своей природой, характером и логикой своего существования и функционирования ориентируют исследователя соответственно на поиски и познание не светских, а религиозных форм, или источников права, таких, как Библия, Коран, Талмуд и др. Тем самым они утверждают вполне очевидные истины, суть которых заключается в том, что мусульманское, иудейское или любое иное религиозное право имеет и должно иметь только соответствующие их природе и характеру религиозные формы, или источники права. В основу последних приверженцами религиозных правовых систем закладывается не земная воля в виде воли царей, императоров, народов и пр., а божественная воля.

Следует отметить, что данное положение применительно к религиозным правовым системам имеет отнюдь не локальный или случайный, а глобальный и закономерный характер. Оно распространяется на все без исключения религиозные правовые системы независимо от их специфических особенностей, а также от времени их возникновения, широты охвата тех или иных слоев общества и длительности их существования.

Идея божьей воли, пронизывающая собой сущность, содержание и формы выражения религиозного права, лежала и лежит не только в основе всех широко известных, дошедших до нас религиозных правовых систем, но и в основе всех аналогичных по своей природе и характеру малоизвестных правовых систем.

Так, например, идея божьей воли лежала, как отмечают специалисты в области римского права, в основе возникновения и развития на территории Древнего Рима в VIII-VI вв. до н.э. архаического сакрального права. Это право представляло собой систему норм, или правил поведения, призванных «упорядочить отношения между людьми и богами» и связанных с обязательствами строгого соблюдения ритуалов, жертвоприношений и культов¹. Согласно сакральному праву, «именно у бога следовало брать землю и любое другое имущество в пользование, именно у него надо было просить хорошего урожая, обильного приплода или значительных доходов»². Нарушение сакрального права рассматривалось римлянами как нарушение божественной воли, как неправомерное деяние, требующее от нарушителей соответствующего искупления³.

¹ См.: Кофанов Л.Л. Возникновение и развитие римского права в VIII-VI вв. до н.э.: Автореф. дис. ... докт. юрид. наук. М., 2001. С. 18-19.

² Жреческие коллегии в Древнем Риме. К вопросу о становлении римского сакрального и публичного права / Отв. ред. Л.Л. Кофанов М., 2001. С. 14.

³ Кофанов Л.Л. Указ.соч. С. 19.

Идея божьей воли пронизывала собой и все другие религиозные правовые системы, включая их сущность, содержание и самые различные формы их организации и самовыражения.

Помимо всего прочего, она недвусмысленно указывала на то, что природа и характер религиозного права всегда предопределяли и предопределяют собой природу и характер всех свойственных ему форм и источников права.

Аналогично обстоит дело, как было уже отмечено, не только с религиозным, но и со светским правом. Указывая на это обстоятельство, известный русский ученый-юрист Н.М. Коркунов еще в конце XIX в. обращал внимание на то, что не только с помощью природы и характера, а также — представления о праве можно судить о природе и характере его источников, но и, наоборот, на основе специфических особенностей тех или иных форм, или источников права, можно судить в свою очередь о природе и характере самого права.

В своих «Лекциях по общей теории права», в разделе «Определение права по источнику», он, в частности, подмечал, что «определения юридических норм по их источнику более объективны, нежели определения по содержанию. Они не переходят в суждения о праве, не указывают, чем должно бы быть право, а имеют в виду указать отличительный признак действительно существующих юридических норм». Этим, продолжал автор, и объясняется «популярность их среди юристов того направления, которое служит реакцией против идеалистических увлечений прежнего времени. Особенно распространившееся за последнее время в Германии направление это отсюда перешло и к нам»¹.

И в заключение: «Определения такого рода представляют, так сказать, две разновидности». Одни из них определяют юридические нормы «как нормы, устанавливаемые органами государственной власти». Другие, «более общим образом признают источником права общество в его целом»².

3. Рассматривая проблемы правопонимания в связи с исследованием форм, или источников права, следует выделить применительно к изучению светских правовых систем и их источников несколько имевших место в отечественной и зарубежной юридической литературе направлений и подходов, часть из которых используется и поныне.

В дореволюционной (до Октябрьской революции 1917 г.) России довольно распространенными направлениями и подходами

¹ Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. СПб., 1898. С. 62.

² Там же.

к решению проблем правопонимания наряду с психологической теорией¹ были такие, которые ассоциировались с попытками их разрешения исключительно с позиции позитивного права или же — с позиции позитивного и естественного права.

В первом случае акцент ставился исключительно на взаимосвязи и взаимодействии государства и права вне каких бы то ни было взаимоотношений последнего с обществом или иными явлениями, институтами и учреждениями. Возникавшие при этом время от времени споры касались лишь таких вопросов, как «Есть ли право произведение государства или, наоборот, его основание?» Подчинено ли государство праву или, напротив, «стоит над ним в качестве его высшего источника?» и т.п.²

Ответы на данные и им подобные вопросы содержались в соответствующих, развивавшихся в данный период отечественными и зарубежными правоведами теориях. Среди них были такие, как теория «первенства права», приписывающая, по словам Ф. Кистяковского, «первенствующее значение праву и выводящее из него государство; теория «первенства государства», ставящая на первое место государство и рассматривающая право как «производное от него явление»; и теория «параллелизма права и государства», ставящая право и государство «рядом друг с другом, как две самостоятельные, хотя и связанные между собой силы»³.

Во втором случае, когда проблемы правопонимания пытались одновременно решать с позиций позитивного и естественного, точнее, обновленного естественного права, основной акцент ставился не только на взаимоотношениях права и государства, но и на характере взаимосвязей права и общества.

В зависимости от того, писал в связи с этим Е.Н. Трубецкой, «чем обуславливается обязательность правовых норм», все они подразделяются на две различные группы, «причисленные к двум основным формам права». Все те правовые нормы, пояснял автор, «коих обязательность обуславливается санкцией того или другого внешнего авторитета (например, государства, церкви), суть нормы права позитивного, или положительного». Напротив того, «все те правовые нормы, коих обязательность не

¹ Кистяковский Ф. Лекции по общему государственному праву. М., 1912. С. 137.

² См.: Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. СПб., 1909.

³ Кистяковский Ф. Указ. соч. С. 138.

обусловливается каким-либо внешним авторитетом, а требованиями разума, суть нормы права естественного»¹.

Наряду с названными направлениями и подходами к разрешению проблем правопонимания в рассматриваемый период в отечественной и зарубежной литературе нередко использовались также идеи, лежащие в основе исторической школы права.

Комментируя этот факт, И.В. Михайловский писал еще в самом начале XX в., что право, как оно понимается основателями и последователями исторической школы права, будучи одним из проявлений народного духа, всегда подчинялось и подчиняется «общему закону органического развития». Вследствие этого оно получает высший авторитет. Как «органический продукт народного духа, создающийся помимо сознательной деятельности человека, оно не может подлежать никакой нравственной критике»². Оно одинаково обязательно как для подданных, так и для власти: ведь «законодательство не участвует в его образовании, он лишь выжидает течения народной жизни и санкционирует нормы, возникшие уже из этой жизни, записывает, формулирует их». Законодатель, с точки зрения сторонников исторической школы права, есть не кто иной, как «выразитель народного духа, а обычаи и законы — это формы для распознавания права, таящегося в глубине народного духа»³.

4. В советский период, охватывающий более чем 70-летний отрезок времени, начиная с 1917 г. и кончая 90-ми гг. XX в., проблемы правопонимания решались, как правило, с «нормативистско-позитивистских» позиций. В основе данного подхода и направления лежало известное определение понятия права, принятое по докладу А. Вышинского Первым совещанием научных работников права в 1938 г.

Понятие права при этом рассматривалось как «совокупность правил поведения, выражающих волю господствующего класса, установленных в законодательном порядке, а также обычаев и правил общежития, санкционированных государственной властью, применение которых обеспечивается принудительной силой государства в целях охраны, закрепления и развития общественных отношений и порядков, выгодных и угодных господствующему классу»⁴.

¹ Трубецкой Е.Н. Энциклопедия права. СПб., 1998. С. 73-74 (изд. по запискам студентов. Киев, 1906).

² Михайловский И.В. Очерки философии права. Т. 1. Томск, 1914. С. 228.

³ Там же.

⁴ Основные задачи науки советского права. М., 1978. С. 67.

На базе данного представления о праве отечественными и зарубежными исследователями из соцстран были выработаны два весьма отличающихся друг от друга по своему логическому объему и содержанию, но весьма близко примыкающих друг к другу по своей сути понятия права: «узконормативное» и «широкое» понимание права¹.

Узконормативный подход к определению понятия права сводился к выработке представления о праве как о системе норм, установленных или санкционированных государством, выражающих волю государства и обеспеченных государством.

Весьма типичными для сторонников данного подхода и представления о праве были его определения, согласно которым право — это «система норм, выполнение которых обеспечивается принудительной силой государства»²; «право — это «совокупность правил поведения (норм), установленных или санкционированных государством, выражающих волю господствующего класса, применение которых обеспечивается принудительной силой государства в целях охраны, закрепления и развития общественных отношений и порядков, угодных и выгодных господствующему классу»³. Или же: «Право есть государственная воля господствующего класса, выраженная в совокупности норм, которые охраняются государством как классовый регулятор общественных отношений»⁴.

Следует отметить, что подобное, «узконормативное» понятие права с модификацией некоторых его положений, касающихся, в частности, «воли господствующего класса», замененной в духе времени «общечеловеческим» характером права, довольно широко используется в отечественной юридической литературе и поныне.

В качестве примера можно сослаться на «общее определение понятия права», выработанное М.И. Байтиным в его весьма содержательной работе «Сущность права». Право здесь определяется как «система общеобязательных, формально-определенных норм, которые выражают государственную волю общества, ее

¹ См. об этом подробнее: Керимов Д.А. *Философские основания политико-правовых исследований*. М., 1986; *Он же*. *Методология права. Предмет, функции, проблемы философии права*. М., 2000; Байтин М.И. *Сущность права (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков)*. Саратов, 2001; и др.

² Труды первой научной сессии ВИЮН. М., 1940. С. 9

³ Карева М.П., Кечекьян С.Ф., Федосеев А. С, Федькин Г.И. *Теория государства и права*. М., 1955. С. 70.

⁴ Иоффе О.С., Шаргородский М.Д. *Вопросы теории права*. М., 1961. С. 59.

общечеловеческий и классовый характер; издаются или санкционируются государством и охраняются от нарушений возможностью государственного принуждения; являются властно-официальным регулятором общественных отношений»¹.

В 60-е и особенно в 70-е и 80-е гг. узконормативный подход к правопониманию, именуемый *post factum* некоторыми авторами как «официальный», постепенно вытесняется так называемым «широким» подходом. Суть его, как известно, сводилась к тому, что в общее понятие права наряду с нормами права предлагалось включать также в разных вариациях — в зависимости от позиции того или иного автора — правосознание, правоотношения, правовые принципы и т.п.³

Обращение к «широкому» пониманию права свидетельствовало, с одной стороны, о полном или частичном (в зависимости от авторского восприятия) несоответствии узконормативного правопонимания реальной действительности и соответственно — о неудовлетворенности существующим представлением о праве, а с другой — о продолжении, по сути, никогда не прекращавшихся попыток, как об этом свидетельствует история правоведения, поиска все новых, наиболее адекватно отражающих реальную правовую действительность представлений о праве и выработке его соответствующих определений.

Анализ многочисленных в той или иной степени отличавшихся друг от друга точек зрения и подходов, возникших за относительно короткий период времени в рамках «широкого» правопонимания, со всей очевидностью свидетельствовал о том, что предлагавшиеся «широкие» представления о праве и его соответствующие определения отнюдь не носили некоего радикального характера и по существу своему фактически не выходили за пределы официального «узконормативного» представления о праве⁴.

Несомненно прав был В.С. Нерсисянц, когда писал, что в целом полемика представителей «широкого» понимания права против сторонников «узконормативного» подхода носит «непринципиальный характер, поскольку в фактически неправовой ситуации оба направления в одинаковой мере базируются на априорной

¹ Байтин М.И. Указ. соч. С. 81-82.

² См.: Нерсисянц В.С. Наш путь к праву. От социализма к цивилизму. М., 1992. С. 288.

³ См. об этом подробнее: О понимании советского права // Советское государство и право. 1979. № 7. С. 56-71; № 8. С. 48-77.

⁴ См.: Керимов Д.А., Недбайло П.Е., Самощенко И.С., Явич Л.С. К вопросу об определении понятия социалистического права // Правоведение. 1966. № 2.

предпосылке о наличии советского социалистического права, которое по существу отождествляется с советским законодательством». Под «нормой права» в обоих случаях имеется в виду норма законодательства, производными от которой являются и компоненты более «широкого» понимания права («правоотношение» и «правосознание»)¹.

Наряду с «узконормативным» и «широким» подходами к пониманию и выработке понятия права в рассматриваемый период некоторыми авторами особо выделялся также и третий подход, согласно которому понимание права базируется на концепции, а точнее, на принципе различения права и закона².

Однако, как свидетельствует опыт отечественного и зарубежного правоведения, данный подход, несмотря на традиционность проблемы соотношения права и закона³, широкого признания и распространения не получил.

Больше того, в научной литературе высказывалось мнение о том, что «нет сколь-нибудь убедительных оснований наряду с нормативным и широким подходами выделять в качестве самостоятельного еще и третий подход»⁴. Основная причина такого умозаключения, по мнению одного из его приверженцев М.И. Байтина, состоит в том, что «сторонники различения права и закона используют данную концепцию в качестве одного из основных доказательств того или иного варианта широкого понимания права». В силу этого названный подход фактически рассматривается как неотъемлемая составная часть другого, а именно «широкого» подхода к пониманию и определению права и выделять его в самостоятельное направление исследования процесса понимания права нет никаких оснований и резона⁵.

5. Говоря о проблемах понимания и путях (подходах и направлениях) их разрешения в советский период, следует заметить, что подавляющее большинство тех и других сохраняется, хотя и в несколько измененном, «демократизированном» виде, и в настоящий, постсоветский период.

Сохранение их дало основание некоторым авторам высказывать вполне справедливые упреки в адрес теоретиков права

¹ Нерсесянц В.С. Указ. соч. С. 286.

² См.: Нерсесянц В.С. Право и закон. М., 1983. С. 351-380.

³ Общая теория государства и права. Академический курс: В 3 т. Т. 2 / Отв. ред. М.Н.Марченко. М., 2001. С. 19-23.

⁴ Байтин М.И. Указ. соч. С. 44.

⁵ Там же.

относительно нерешенности не только общих проблем право-понимания, но и относительно менее общих вопросов, касающихся, в частности, происхождения государства и права, источников права и др.

После того как «были сняты идеологические барьеры, — пишет в связи с этим Т.В. Кашанина, — ученые-юристы не спешили продвинуться в изучении происхождения государства и права». Вместо этого «многие из них впали в бескомпромиссную критику энгельской концепции, не предлагая ничего нового от себя»¹.

Другим авторам нерешенность проблем правопонимания в современный период послужила основанием для вывода о «симптомах кризиса современного российского теоретического сознания». Истоки этого кризиса они связывают прежде всего с «"дезавуацией" марксистской школы объяснения политико-правовых феноменов и образовавшейся вследствие этого "черной дырой" в теории государства и права, заделывать которую предстоит не одному поколению ученых»².

Авторы несомненно придерживаются максималистских принципов, самокритично считая, что «постсоветская юридическая наука ничего нового в проблему понимания права не внесла»³. Они чрезмерно упрощают ситуацию, говоря о симптомах кризиса лишь в отношении современного российского теоретического сознания, к тому же связывая их появление исключительно с «дезавуацией» марксистского правопонимания.

Если говорить о «симптомах кризиса», то следовало бы, во-первых, иметь в виду, что в отношении решения проблем правопонимания эти «симптомы», появившиеся многие сотни лет назад, когда впервые возник спор между сторонниками различных правовых теорий и представлений о праве, остаются до сих пор. Во-вторых, было бы весьма смело и опрометчиво относить эти «симптомы кризиса» лишь к «российскому теоретическому сознанию», а тем более связывать их появление только с «"дезавуацией" марксистской школы объяснения политико-правовых феноменов».

Ведь для этого нужно иметь мужество, будучи специалистом в своей области, не знать или знать, но не замечать того, что

¹ Кашанина Т.В. Происхождение государства и права. Современные трактовки и новые подходы. М., 1999. С. 9.

² Поляков А.В. Петербургская школа философии права и задачи современного правоведения // Правоведение. 2000. № 2. С. 4.

³ Черданцев А.Ф. Теория государства и права. М., 1999. С. 26.

аналогичные российским проблемы правопонимания традиционно существовали и существуют не только в пределах советского и постсоветского пространства, но и в других, именующих себя цивилизованными, странах. Разница заключается лишь в остроте этих проблем, степени внимания, которое уделялось и уделяется решению проблем правопонимания, а также — в различных подходах и направлениях их разрешения.

«Никто не знает, — писал в связи с поисками оптимальных вариантов решения проблем правопонимания западными авторами американец Ст. Форд, — сколько чернил было изведено и сколько времени было затрачено на то, чтобы хотя бы приблизительно понять и удовлетворительно определить то, что именуется правом»¹. В результате интеллектуальной деятельности многих поколений юристов, продолжал автор, был «создан весьма внушительный список дефиниций права», но ни одна из них до сих пор не является «вполне дефинитивной», адекватно отражающей правовую реальность и всех устраивающей².

Подобно современным российским ученым-юристам, их западные коллеги-правоведы в настоящее время усматривают, как правило, наиболее оптимальные пути решения проблем правопонимания нередко в сведении «воедино» традиционных политико-правовых школ³ в виде позитивизма, теории естественного права и «исторической юриспруденции» и создании на этой основе некой «интегрированной, единой, юриспруденции»⁴. Такой подход к решению проблем правопонимания, предлагаемый также и некоторыми отечественными авторами, не без оснований характеризуется как «эkleктическое сочетание разнородных начал и идей, плохо согласующихся между собой и хотя бы в силу этого не удовлетворяющих элементарным требованиям, предъявляемым к научным теориям»⁵.

Другой, не менее распространенный путь решения проблем правопонимания усматривается рядом западных, равно как и некоторых российских авторов, в дальнейшем развитии и совершенствовании традиционных для современной юриспруденции теорий права и выработке на этой основе если не общего,

¹ Ford St. The American Legal System. Its Dynamics and Limits. St. Paul. Minn., 1984. P. 1.

² Ibidem.

³ См.: Берман Т.Д. Западная традиция права. Эпоха формирования. М., 1998. С. 56-57.

⁴ Там же. С. 57.

⁵ Поляков А.В. Указ. соч. С. 4-5.

удовлетворяющего многообразные потребности современного общества, то хотя бы «приблизительно» к решению данной задачи представления о праве и его источниках.

Довольно типичными для данного случая являются предпринимающиеся в зарубежном правоведении попытки концентрации внимания и усилий авторов на развитии и совершенствовании теорий, которые возникают на основе и в пределах традиций естественного права, на базе традиций юридического позитивизма, а также на основе «функционального» анализа права¹.

Разумеется, наряду с названными подходами и направлениями исследования права и разрешения проблем правопонимания в зарубежной юридической литературе существуют и другие подходы и направления правовых исследований. Они находят свое отражение в самых различных правовых или, точнее, политико-правовых теориях, таких, как социологическая и антропологическая теории права и др.² Однако они не имеют широкого признания и не играют той весьма значительной роли, которую выполняют ранее названные теории.

6. Пытаясь решить проблемы правопонимания в современной постсоветской России, мы неизбежно и вполне естественно сталкиваемся, как и зарубежные правоведы, не только с множеством соответствующих теорий и взглядов на право³, но и с «вечным» вопросом, касающимся возможности (или, наоборот, невозможности) выработки общего, «универсального» представления о праве и его соответствующего, адекватно отражающего потребности современного общества и отвечающего на основные вызовы жизни определения понятия.

Одновременно с этим, как естественное и логичное продолжение вопроса об общем понятии и представлении о праве в целом, неизбежно встает ряд аналогичных вопросов, касающихся его отдельных составных частей, основных черт и признаков права, его сущности и содержания, основных форм его существования и выражения.

Нет необходимости в виду очевидности доказывать, что удовлетворительное решение данных и других аналогичных им вопросов имеет не только и даже не столько теоретическое, сколько практическое значение. Четкое представление о том, что такое право, каковы его формы, или источники, что следует

¹ *McLeod I. Legal Theory. L., 1999. P. 12.*

² *Ibidem; Harris J. Legal Philosophies. N.Y., 1997.*

³ См.: *Лейст О.Э. Три концепции права // Государство и право. 1991. № 12; Алексеев С.С. Философия права. М., 1997; Нерсесянц В.С. Философия права. М., 1997; Мальцев Г.В. Указ. соч.; и др.*

рассматривать в качестве правового, а что таковым не является, имеет непреходящее и трудно переоцененное значение как для правотворческой, так и для правоохранительной и правореализующей, в особенности для правоприменительной деятельности.

7. Анализируя современные отечественные издания, нетрудно заметить, что спектр мнений, касающихся выработки общего определения понятия права и «универсального» представления о нем, довольно широк и весьма разнообразен. Он охватывает как самые крайние, противоположные друг другу, так и «промежуточные» мнения.

К числу крайних, со знаком «плюс», можно отнести мнения ученых-юристов, которые стоят на позиции не только допустимости и необходимости, но и реальности выработки «общего определения понятия права»¹. Правда, при этом следует оговорка, что речь идет об определении понятия права с позиции одного только нормативного подхода².

Противоположного мнения (мнения со знаком «минус») придерживаются авторы, которые а priori считают, что «стремление выработать единое, универсальное как понятие, так и определение права, используемое теорией и практикой, обречено на неудачу»³. С точки зрения авторов, разделяющих данное мнение, речь может идти лишь «о некоторых вариантах определения и понятия права, которые имеют значение как для теории, так и для юридической практики»⁴.

В самом деле, задаются они вопросом, «что значит для юриста-практика, непосредственно формулирующего закон или применяющего нормы права, сказать, что право — это масштаб, мера свободы либо правоотношения?» И отвечают: «Право для него — это всегда нормы, и не важно, кем они установлены — или органами государственной власти, либо судом»⁵.

Легко заметить, что в данном случае речь идет, во-первых, о трудностях в процессе выработки общего понятия права, связанных не с преодолением традиционных противоречий между различными подходами и направлениями исследования права, а с преодолением элементарного разрыва между правовой теорией и юридической практикой. Во-вторых, речь идет о таких

¹ Байтин М.И. О современном нормативном понимании права // Журнал российского права. 1999. № 1. С. 103.

² Там же. С. 98.

³ Попов В.И. Правопонимание в советской юридической науке: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2001. С. 17.

⁴ Там же. С. 17-18.

⁵ Попов В.И. Указ. соч. С. 18.

юристах-практиках «непосредственно формулирующих» или применяющих закон, которые действуют на уровне юридического ремесла, «складывая» — «вычитая» существующие нормы права и глубоко не вникая в их социальный смысл и содержание, в правовую культуру, на основе которой они формируются и применяются, а также на уровень соотносящегося с ними правового сознания¹.

Наконец, к числу «промежуточных» (между приведенными точками зрения) по вопросу о возможности выработки общего понятия права и «универсального» о нем представления можно отнести мнение, согласно которому такая возможность допускается лишь на национальном уровне — на уровне отдельного государства, в пределах «одной эпохи и одной страны», но не в масштабе всего мирового сообщества.

Рассуждая на эту тему, Г.В. Мальцев, не без оснований, замечает, что «если общемировое понимание и определение права практически невозможны, то в пределах отдельного государства и контролируемого им единого правового пространства поиски общего для всех участников правоотношений понимания права имеют определенный упорядочивающий смысл»².

8. С данным утверждением, равно как и с общим методологическим подходом Г.В. Мальцева к решению проблем право-понимания, в принципе нельзя не согласиться, исходя из существующих в современном мире тенденций развития правовой теории и юридической практики. Однако это можно сделать лишь с двумя незначительными оговорками-уточнениями.

Первое уточнение касается авторского тезиса о том, что поиски общего понятия права имеют «определенный упорядочивающий смысл» лишь в пределах отдельного государства или страны. Это верно, но ведь они имеют не меньшую «упорядочивающую» значимость и в масштабе мировой общности и отдельной правовой семьи. Из этого собственно и исходит все сравнительное правоведение.

Вторая оговорка-уточнение касается самого общего понятия права — «общемирового понимания и определения права», которые, по мнению автора, «практически невозможны». Это, как показывает соответствующий отечественный и зарубежный опыт, не совсем так. В мире существует довольно много определений

¹ Scharffs B. Law as Craft // Vanderbilt Law Review. 2001. Vol. 54. N 6. P. 2245-2347.

² Мальцев Г.В. Указ. соч. С. 4

и понятий права, которые претендуют или могут претендовать на общезначимость и универсальность. В качестве примеров можно указать на такие краткие характеристики, своего рода общие определения понятия права, как «право — это формальное равенство», «право — это всеобщая и необходимая форма свободы в общественных отношениях людей», «право — это всеобщая справедливость» и др.¹ Другое дело, такого рода «понимания» права и его определения весьма односторонни, абстрактны и чрезвычайно общи.

Однако они существуют и при этом широко и успешно используются на самом высоком уровне — на метауровне, по крайней мере, в двух своих ипостасях: как первые, изначальные во всем процессе познания правовой материи шаги и как своего рода общесоциальные ориентиры в дальнейшем ее исследовании.

Использование такого рода общесоциальных и общеправовых определений и подходов к праву и правопониманию как процессу, несомненно, имеет «определенный упорядочивающий смысл». Однако лишь на самом высоком уровне обобщения правовых знаний и соответствующего их применения в масштабе всей правовой географии мира, на уровне некой, весьма относительной правовой целостности, образуемой однородной (правовой) материей в результате взаимосвязи и взаимодействия различных правовых систем и семей.

9. Формирование общего понятия права и решение проблем правопонимания не ограничивается, как представляется, только названным уровнем и обозначенной сферой его «приложения». Данный процесс с неизбежностью совершается и на других, более низких (в смысле обобщения правовой материи) и менее масштабных по ее охвату и отражению в формируемом понятии права, уровнях. А именно **на среднем уровне** — на уровне отдельных правовых семей и **на микроуровне** — на уровне отдельных правовых систем.

На каждом из них по мере уменьшения степени обобщения правовой материи и сокращения масштабов, а вместе с тем и массы отражаемой в общем понятии права правовой материи (правовая семья, национальная правовая система), общее понятие права становится более глубоким и содержательным.

Если на метауровне общее понятие права «вбирает» из последнего и отражает в себе только **самые общие, родовые** признаки и черты, свойственные всему правовому массиву, существующему

¹ См.: *Нерсесянц В.С.* Философия права. С. 35-39.

или когда-либо существовавшему в мире, то общее понятие права, вырабатываемое на среднем уровне, кроме общих, родовых признаков и черт, проявляющихся у правовой материи и отражающихся в понятии права на метауровне, «вбирает» в себя также аналогичные признаки и черты, проявляющиеся у него и на данном, среднем уровне.

Аналогично обстоит дело и с общим понятием права, точнее, с его содержанием также на уровне национальных правовых систем, на микроуровне. Содержание общего понятия права, вырабатываемое на этом уровне, складывается не только из своих собственных признаков и черт, но и из компонентов, формирующих общее понятие права на среднем уровне и на макроуровне. В силу этого общее понятие права, выработанное на данном уровне, является по сравнению с ним проявляющимся на других уровнях, в теоретическом плане — наиболее глубоким и содержательным, а в практическом — наиболее часто применяемым.

10. Обладая весьма общим, абстрактным характером на макроуровне, «универсальное» понятие права приобретает более конкретные в формально-юридическом и фактическом, точнее, социально-политическом плане признаки и черты на среднем и в особенности на нижнем уровне познания правовой материи и соответственно — в рамках отдельных правовых семей и национальных правовых систем.

Выявление и изучение этих общих для различных правовых семей и национальных правовых систем признаков и черт имеет принципиально важное значение как для решения проблем правопонимания, так и для выработки общего представления о праве и определения основных параметров сравнительного правоведения.

В отечественной и зарубежной юридической литературе вопросам выявления и анализа общих для различных правовых систем и права как социального явления в целом традиционно уделяется значительное внимание¹. Поэтому нет необходимости особо останавливаться на рассмотрении данной проблемы.

Однако весьма важным представляется выделить широко признанные в отечественной и зарубежной литературе признаки и черты права и рассмотреть некоторые, наиболее типичные и значимые из них.

¹ См.: *Алексеев С.С.* Философия права. М., 1997. С. 25-27; *Байтин М.И.* Сущность права (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков). Саратов, 2001. С. 59-82; *Мальцев Г.В.* Понимание права. Подходы и проблемы. М., 1999. С. 3-34; 393-409; *Maciver R.* The Modern State. L., 1994. P. 250-281; *McLeod I.* Op. cit. P. 1-24; и др.

3.2. Основные признаки и черты национального права

Среди широко признанных особенностей и черт национального права отечественными и зарубежными авторами выделяются такие, как: а) системность и упорядоченность; б) нормативность; в) императивный, чаще — государственно-волевой, властный характер; г) общеобязательность и общедоступность; д) формальная определенность; е) проявление в качестве всеобщего масштаба и равной меры по отношению ко всем индивидам; ж) обладание регулятивным характером и з) всесторонняя (с помощью государственных и негосударственных институтов) обеспеченность и гарантированность.

Разумеется, исходя из сложности, многослойноеTM и противоречивости такого явления, как право, трудно говорить об исчерпаемости и бесспорности названных признаков и черт. Однако тем не менее они дают общее и вместе с тем довольно четкое представление о праве и помогают решать традиционные проблемы правопонимания и связанные с ними проблемы сравнительного правоведения.

Не имея возможности обстоятельно рассмотреть названные признаки и черты национального права, ограничимся анализом только некоторых из них.

1. Обратим внимание в первую очередь на то, что любое национальное право — это прежде всего совокупность, а точнее, **система норм** или правил поведения. Это не случайный набор случайных норм, а строго выверенная, **упорядоченная совокупность** вполне определенных правил поведения, это — система.

Как и любая иная система, она складывается из однопорядковых, взаимосвязанных между собой и взаимодействующих друг с другом элементов. Таковыми являются нормы права или правила поведения. Система должна быть внутренне единой и непротиворечивой. Возникающие между ее отдельными структурными элементами связи, как и сами нормы, должны быть направлены на выполнение строго определенных — регулятивных и иных — функций, на достижение единых целей. Для того чтобы стать действенной и эффективной, любая правовая система должна сложиться как целостная, органическая система. Это является одним из неперемennых требований и одновременно одним из признаков реальной, действующей, а не формальной правовой системы.

В основе любой системы норм или правил поведения лежат как объективные, так и субъективные факторы. В числе

объективных факторов выделяются однотипные экономические, политические, социальные, идеологические и иные условия, способствующие созданию и функционированию системы правовых норм в той или иной стране. Как отдельные нормы, так и их система в целом не создаются стихийно, произвольно, по желанию и усмотрению отдельных лиц. Они отражают объективные потребности общества и государства и «проецируются» на реально существующие экономические, политические и иные отношения. В этом плане, несомненно, прав был К. Маркс, когда, подчеркивая объективно обусловленный процесс нормотворчества, писал, что «законодательная власть не создает закона, — она лишь открывает и формулирует его»¹.

Попытки произвольного, умозрительного «конструирования» отдельных правовых актов или системы норм неизбежно ведут к негативным или же к непредсказуемым последствиям. Такого рода оторванные от реальной действительности системы, а точнее, псевдосистемы можно охарактеризовать известным изречением Гёте из «Фауста»: «Словами диспуты ведутся, из слов системы создаются».

Разумеется, процесс создания и функционирования системы норм не только не отрицает, а, наоборот, всячески предполагает существование наряду с объективными и **субъективных факторов**. Речь при этом идет о разработке и осуществлении в той или иной стране научно обоснованной правовой политики, о подготовке и реализации планов законодательных работ, об активном участии специалистов-юристов в процессе правотворчества, правоприменения, в правоохранительной деятельности государственных органов.

Говоря о системе норм, нормативности права как об одной из важнейших его особенностей и черт, следует отметить, что нормативность вовсе не означает, по мнению ряда авторов, ограниченности или «замкнутости» права одними только нормами — правилами поведения. Помимо норм право должно включать в себя, с их точки зрения, также и другие структурные элементы в виде правоотношений, правовых взглядов и идей, правосознания, субъективных прав граждан.

Спор между сторонниками строго нормативного понимания права, когда оно рассматривается лишь как система норм или правил поведения, и расширительного его толкования имеет длительную историю в отечественном и зарубежном правоведении.

¹ Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 1. С. 285.

Однако при всей длительности и периодической обостренности споров, каждая из сторон не только не отрицает, а, наоборот, заведомо предполагает существование системы норм как основного звена «узко» или «широко» понимаемого права. Более того, в некоторых случаях «нормативистское» понимание права чуть ли не возводится в абсолют. Г. Кельзен — основоположник нормативистской теории права склонен, например, рассматривать сквозь призму норм не только само право, но и правовой порядок («правовой порядок представляет собой систему норм»), государство как «установившийся порядок», другие государственно-правовые явления¹.

2. Право — это не простая система норм, а система норм, подавляющее большинство которых **установлено или санкционировано государством**. В мире существует множество систем различных социальных норм. Но только система правовых норм в большинстве своем исходит от государства². Все остальные создаются и развиваются различными негосударственными организациями — общественными, партийными и иными органами.

Создавая нормы права, государство действует непосредственно через свои уполномоченные на то органы или же путем передачи отдельных своих полномочий на издание некоторых нормативно-правовых актов негосударственными органами или организациями. В последнем случае говорят о «санкционировании», т.е. даже разрешения государством на осуществление ограниченной правотворческой деятельности этими негосударственными институтами.

Означает ли факт издания или санкционирования государством большинства из системы норм их полную зависимость от государства и подчинение государству? Является ли право лишь средством в руках государства, одним из его признаков, атрибутов или же оно выступает по отношению к нему как один из относительно самостоятельных институтов?

В отечественной и зарубежной юридической литературе имеется три различных подхода к определению характера взаимоотношений государства и права.

Суть первого состоит в том, как верно подмечал известный российский правовед Г. Шершеневич, что нормы права рассматриваются в виде «требований государства». Государство при этом,

¹ Kelsen H. General Theory of Law and State. L., 1964. P. 110-113, 182.

² Кроме того, нормы права содержатся, например, в «обычаях старины» (Великобритания), в официально признаваемых рядом стран в качестве источника права в правовых доктринах и т.д.

«являясь источником права, очевидно, не может быть само обусловлено правом. Государственная власть оказывается над правом, а не под правом» Государство в свете такого суждения рассматривается как явление первичное, а право — вторичное¹.

Смысл второго, противоположного подхода заключается в том, что само государство и государственная власть должны носить правовой характер. В основе государственной власти должен лежать «не факт, а право». Государство, хотя оно издает правовые акты, «не может быть источником права», «потому что оно само вытекает из права». Над государством находится право, а не наоборот. Оно его сдерживает и ограничивает.

Наконец, третий подход состоит в том, что не следует вообще заострять внимание на данном вопросе. Спор о том, что логически предшествует другому — государство или право, пишет в связи с этим венгерский государствовед и правовед И. Сабо, «столь же бесплоден, как и спор о том, что исторически появилось раньше — государство или право». С его точки зрения тезис, согласно которому «право — это просто лишь государственный приказ, представляет собой такое же одностороннее упрощение», как и суждение о том, что государство является «слугой права»².

По мнению автора, государство и право «настолько соответствуют друг другу, настолько едины», что вопрос о том, что из них первично, а что — вторично, «порожден не столько реальной действительностью (и в этом не является вопросом факта), сколько специфически априорным подходом к соотношению этих двух явлений. Этот априорный подход характеризуется либо подчеркиванием государственного волюнтаризма, либо выделением абстрактной идеи права как самоцели»³. Вывод, к которому приходит автор, заключается в том, что «обе эти крайние точки зрения игнорируют действительные взаимосвязи», что на самом деле «государство и право находятся друг с другом в функциональном единстве: одно предполагает другое, одно является элементом другого»⁴. И. Сабо и другие авторы, разделяющие подобные взгляды, несомненно правы в том, что в теоретическом, а тем более в практическом плане в значительной мере бессмысленно вести спор о том, что из двух явлений — государство или право — исторически первично, а что — вторично.

¹ Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. Вып.1. М., 1910. С. 300.

² Сабо И. Основные теории права. М., 1974. С. 169.

³ Там же.

⁴ Там же.

Однако они не правы, когда речь идет об установлении характера взаимоотношений государства и права. Это уже далеко не бессмысленное занятие — определить, в каком соотношении находятся государство и право теоретически и практически. Важно установить, действует ли государственная власть в рамках закона и является ли «законной властью», или же она нарушает ей же самой установленные правовые требования и ставит себя таким образом в положение «незаконной (нелегитимной) власти».

Вопрос о «связанности» государства правом, о правовых пределах деятельности государства всегда находил живой отклик у многих поколений юристов и неизменно вызывал среди них горячие споры.

Признавая чрезвычайно важную роль государства в процессе создания и реализации норм права, многие юристы исходили из того, что государственная власть не есть «воля, могущая делать, что угодно и как угодно», «опираясь на силу» и что «важнейшим служением общему благу со стороны государственной власти... является служение праву»¹. В частности, такой позиции наряду с российским профессором Л. Петражицким придерживается известный юрист, основатель теории «солидаризма» («синдикалистского» государства) Л. Дюги. «Вполне возможно доказать, — писал он, — что, помимо своего создания государством, право имеет прочное основание, предшествует государству, возвышается над последним и, как таковое, обязательно для него»². Государство, доказывал Дюги, должно быть «подчинено норме права», которая находит «свое первое проявление в совести людей, более полное выражение в обычае, в законе и свое осуществление в физическом принуждении государства, которое таким образом оказывается не чем иным, как силой, служащей праву».

Идеи подчинения государства праву, его самоограничения, в том числе и с помощью права, разделял также видный немецкий социолог и правовед Г. Еллинек. Создавая теорию параллелизма, в соответствии с которой государство и право развиваются параллельно, «идут нога в ногу», и отождествляя государственный порядок с правовым порядком, автор в то же время исходил из того, что создаваемое государством право обязывает не только подвластных индивидов, но и само государство³.

¹ *Петражицкий Л.* Теория государства и права в связи с теорией нравственности. СПб., 1908. С. 209.

² *Дюги Л.* Конституционное право. СПб., 1908. С. 3

³ *Еллинек Г.* Общее учение о государстве. М., 1908. С. 248-285.

Своеобразную позицию в вопросах соотношения государства и права занимал Л. Гумплович. Последовательно отстаивая мнение о том, что «с высшей исторической точки зрения право и правопорядок являются для государства лишь средством» для решения стоящих перед ним задач, он вместе с тем считал, что «праву присуща тенденция все больше и больше эмансипироваться от своего творца, от государства, тенденция освобождаться от его влияний и выступать против него в виде самостоятельной силы, в виде правовой идеи»¹. Если такие отрасли права, как административное право, «всецело находятся под влиянием государства», то такие институты («сферы») права, как право собственности, по мере развития общества все меньше становятся подверженными влиянию государства и «существуют отдельно и самостоятельно от него».

Вывод, к которому приходит Гумплович, заключается в следующем: «Природа отношения права к государству основывается на том, что государство силой своей определенной деятельности ... создает все новые и новые сферы нравственности, из которых вытекает право. Но это последнее стремится к самостоятельности и независимости от государства. И вот, достигнув этого, данное стремление идет еще дальше. Оно направляется к господствованию над государством. Право хочет стать выше государства. Право не желает уже признавать своим творцом того, кому оно обязано своим существованием. Напротив, оно само старается занять отцовское по отношению к государству положение»².

Помимо вышеприведенных примеров, существуют и иные точки зрения и суждения о характере взаимоотношений государства и права. При всей их сложности и противоречивости большинство из них основывается на одном и том же исходном тезисе, согласно которому нормы права в основном обуславливаются правотворческой деятельностью государства, издаются им или санкционируются.

3. Право всегда выражает государственную волю, которая в свою очередь, согласно различным существующим в отечественной и зарубежной юридической литературе концепциям, воплощает в себе волю класса, правящей группы, народа, общества или нации.

Мировой опыт существования и функционирования государства и права говорит о том, что в праве выражается прежде всего

¹ Гумплович Л. Общее учение о государстве. СПб., 1910. С. 445, 448.

² Там же. С. 446-447.

воля властвующих. Вместе с тем неопровержимым фактом является и то, что она, опасаясь социальных взрывов и утраты своего привилегированного положения, зачастую вынуждена считаться с волей и интересами подвластных.

Как соотносится воля тех и других? Как она отражается в государственной воле и в праве? Эти вопросы издавна находились в поле зрения государствоведов и правоведов. Один из наиболее обстоятельных ответов на них дал еще в начале XX в. Г.Ф. Шершеневич. «Если государственная власть есть основанная на силе воля властвующих, — писал он, — то выдвигаемые ею нормы права должны прежде всего отражать интересы самих властвующих. Те, в чьих руках власть, вводят поведение подвластных в те нормы, которые наиболее отвечают интересам властвующих. Нормами права поведение подвластных приспособляется к интересам властвующих». Чем уже круг властвующих, «тем резче выступает противоположность их интересов интересам остальной части государства. Чем шире круг, например, в республике, тем сильнее затушевывается это значение права»¹.

Воля и интересы властвующих групп, слоев или классов, однако, не являются безграничными. Как справедливо подмечал Г.Ф. Шершеневич, их эгоизм должен подсказывать им «благоразумие и умеренность в правовом творчестве». Помимо использования силовых средств, они могут охранять свои интересы также с помощью права, «тесно сплетая» свои интересы с интересами подвластных, «по возможности, не доводя последних до сознания противоположности»².

4. Право представляет собой систему норм или правил поведения, **имеющих общеобязательный характер**. Общеобязательность означает непременность выполнения всеми членами общества требований, содержащихся в нормах права. Она возникает вместе с нормой права. Вместе с ней развивается и изменяется. И одновременно с отменой акта, содержащего нормы права, прекращается.

Подчеркивая неразрывную связь нормы права и общеобязательности, Г. Кельзен вполне резонно считал, что «норма права представляет собой правило поведения, согласно которому то или иное лицо (группа лиц) должно действовать в каком-то определенном направлении независимо от того, желает ли оно вести себя таким образом или нет»³. Общеобязательность как

¹ Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 310.

² Там же.

³ Kelsen H. Op. at. P. 35.

специфическая черта и требование права распространяется не только на рядовых граждан, должностных лиц, различные негосударственные органы и организации, но и на государство. Цивилизованное, правовое государство, если оно не на словах, а на деле является таковым, непременно самоограничивает, «связывает» само себя и все свои органы общеобязательностью требований норм права, организует всю деятельность строго в рамках требований закона и следует им до тех пор, пока они вместе с содержащими их нормами в установленном порядке не будут изменены или отменены.

Обязательность соблюдения правовых требований государством и его органами наряду со всеми иными субъектами права не подвергалась сомнению видными юристами ни в прошлом, ни в настоящем.

Общепризнанным считается тезис, согласно которому право есть обязательное для всех правило поведения. Оно «должно быть соблюдено и самою властью его устанавливающей, пока оно не будет заменено новым правилом. Если же власть, установившая правило, не считает нужным его соблюдать, а действует в каждом конкретном случае по своему усмотрению, то право сменяется произволом»¹. Возникающие при этом споры касаются чаще всего лишь степени и характера «правового самоограничения» государства.

По мнению М. Ориу, весь вопрос заключается в том, является ли такое самоограничение «актом или решением субъективной воли государства, или же это есть результат объективной государственной организации»?² Ответы на данный вопрос предлагаются самые разноречивые: от утверждения о том, что государство добровольно ограничивает само себя, до заявления о том, что оно вынуждено это делать под давлением со стороны «гражданского общества».

5. Право **охраняется и обеспечивается прежде всего государством**, а в случае нарушения требований, содержащихся в нормах права, применяется **государственное принуждение**. Государство не может безразлично относиться к актам, им издаваемым или санкционируемым. Оно прилагает огромные усилия для их реализации, охраняет их от нарушений и их гарантирует. Одним из широко используемых методов при этом является государственное принуждение. Оно должно применяться только

¹ Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 313; Штаммлер Р. Хозяйство и право с точки зрения материалистического понимания истории. Т. II. СПб., 1905. С. 155-160.

² Ориу М. Основы публичного права. М., 1929. С. 46.

уполномоченными на то организациями, действующими строго в рамках закона, на основе закона, а также в соответствии с предусмотренными законом процессуальными правилами.

В юридической литературе издавна ведется спор о месте и роли государственного принуждения в правовой жизни общества. Высказываются два противоположных мнения.

Согласно мнению одних авторов, «государственное принуждение» не является неотъемлемым признаком права. При этом оно или полностью отрицается или же его предлагается заменить менее жестким и более широким понятием «государственная охрана». «Понятие государственного принуждения, — писали в связи с этим советские правоведы О.С. Иоффе, М.Д. Шаргородский, — заменено нами понятием государственной охраны потому, что речь идет о формулировании общего определения, способного охватить все исторические типы права, между тем как понятие принуждения не предусматривает всех возможных мер охраны правовых норм. Оно не предусматривает, в частности, таких специфических мер, которыми обеспечивается соблюдение норм социалистического права»¹. Речь при этом шла о том, что социалистическое право обеспечивается не только и даже не столько методами принуждения, сколько методами воспитательного характера, методами убеждения.

Противоположной точки зрения придерживаются другие авторы. Немецкий ученый Р. Иеринг полагал, например, что без принуждения нет даже смысла говорить о праве, ибо право есть не что иное, как «обеспечение жизненных условий общества в форме принуждения», «система социальных целей, гарантируемых принуждением».

Смысл «утверждаемой связи между нормами права и принуждением, — пояснял Л. Петражицкий, — сводится к тому, что не-исполняющий добровольно свои юридические обязанности по праву может и должен быть подвергнут принудительным мерам»². Л. Петражицкий, а также и другие авторы особое внимание обращают на два вида государственного принуждения: физическое и психическое. Под физическим принуждением понимаются «всякие предусматриваемые правом меры, состоящие в применении физической силы, например, заключение в тюрьму, смертная казнь и т.п.»³ Что же касается **психического принуждения**, то здесь

¹ Иоффе О.С., Шаргородский М.Д. Вопросы теории права. М., 1961. С. 60.

² Петражицкий Л. Указ. соч. С. 260.

³ Там же.

на первом плане, по мнению авторов, стоит страх «подвергнуться тем мерам, которые предусмотрены правом на случай неповиновения». Именно страх «психически принуждает граждан соотносить свое поведение с требованиями права»¹.

Государственное принуждение активно используется лишь в случаях применения норм права. Во всех остальных случаях постоянно сохраняется лишь потенциальная возможность его использования.

Обобщая все сказанное о типичных чертах и особенностях права, а также о его понятии как исходном при определении сравнительного правоведения нельзя не обратить внимания на то, что в данном случае **речь идет в основном все же о «нормативном» взгляде на право, об общем в пределах нормативного подхода понятии права.** Сравнительное правоведение при таком подходе ограничивается соответственно в основном нормативностью, а именно — сравнительным анализом только норм права, институтов и отраслей права.

Как справедливо отмечали некоторые авторы, это, несомненно, обедняет сравнительно-правовой процесс и само сравнительное правоведение, не в меру упрощает его и сводит в значительной степени этот творческий по своей природе и характеру процесс к механистической деятельности².

Кроме того, в рамках нормативного подхода возникают проблемы и иного порядка. А именно — **проблемы определения сравнительного правоведения, связанные с попытками разграничения права и закона.**

Следует заметить, что проблема соотношения права и закона существовала практически всегда, с тех пор как появилось право. Рассматривалась эта проблема множество раз и в рамках зарубежного, и отечественного права. Последние, весьма острые и бесплодные по своим результатам споры имели место в нашей стране в 60-80-е гг. XX в. Каждая из спорящих сторон приводила аргументы, стремилась склонить на свои позиции как можно большее число последователей, однако в практическом плане все оставалось без изменений.

Актуальность проблемы соотношения права и закона, а в то же время определения на их основе сравнительного правоведения сохраняется и поныне. Более того, она не только сохраняется, но периодически значительно обостряется, особенно в

¹ Петражицкий Л. Указ. соч. С. 269.

² См. например: *Schlesinger R. The Past and Future of Comparative Law // The American Journal of Comparative Law. 1995. Vol. 43. P. 478-480.*

переходные периоды, сопровождаемые усилением социальной напряженности в обществе. Причина такого усиления внимания заключается в том, что эта, на первый взгляд сугубо «кабинетная», академическая проблема имеет не столько теоретическое, сколько прикладное, практическое значение.

Разумеется, эта значимость обусловлена прежде всего характером и особенностями самой проблемы, суть которой кратко сводится к тому, что **не все нормативные акты-законы** исходят от государства (издаются или санкционируются) и **являются правовыми** законами.

Существуют законы, соответствующие правовым критериям, которые следует считать правовыми. Здесь право и закон совпадают. Но есть и **такие законы**, которые не отвечают правовым критериям и, следовательно, **с правом не совпадают**.

Нетрудно заметить, что в данном случае, в разрешении проблемы соотношения права и закона, как и в случаях решения вопроса о соотношении государства и права, сталкиваются два различных подхода. Один из них сориентирован на то, что государство является единственным и исключительным источником права, что все то, о чем говорит государство через свои законы — это и есть право.

Другой же подход к разрешению проблемы соотношения государства и права, а также — права и закона основывается на том, что право как регулятор общественных отношений считается «по меньшей мере относительно независимым от государства и закона или даже предшествующим закону, например, в качестве надысторичного естественного права или в качестве права общественного, социально-исторически обусловленного, распадающегося в объективных общественных отношениях»¹.

В данном случае, как нетрудно понять, мы имеем дело с совершенно иным правопониманием и с другим представлением о соотношении государства и права, а также — права и закона. Государство и право признаются не только относительно самостоятельными друг к другу институтами, но и в равной мере производными от объективных отношений и условий, складывающихся в пределах гражданского общества.

Право при этом определяется не иначе, как форма выражения свободы в общественных отношениях, как мера этой свободы, форма бытия свободы, «формальная свобода»². В развернутом виде

¹ Четвернин В.А. Демократическое конституционное государство: введение в теорию. М., 1993. С. 13.

² Нерсесянц В.С. Право и закон. С. 342.

оно представляется как «претендующий на всеобщность и общеобязательность социальный институт нормативного регулирования общественных отношений в целях разумного устройства человеческого общежития путем определения меры свободы, прав и обязанностей и представляющий собой воплощение в обычаях, традициях, прецедентах, решениях форумов, канонических, корпоративных, государственных и международных нормах правового идеала, основанного на принципах добра, справедливости и гуманизма и сохранения окружающей природной среды»¹. Что же касается государства, то оно при таком правопонимании не только не рассматривается в качестве творца или источника права, а, наоборот, само представляется повсеместно связанным или, по крайней мере, значительно ограниченным в своих действиях правом. Иначе говоря, оно представляется в качестве института, который не столько устанавливает, сколько **формулирует** или **выводит право** благодаря законотворческой деятельности из объективно существующей экономической, социально-политической и иной действительности.

Государство мыслится исключительным творцом и источником законов, но отнюдь не права. Оно монополизирует законотворческую, но вовсе не правотворческую деятельность, ибо законотворчество и правотворчество, а вместе с тем закон как результат процесса законотворчества и право как продукт процесса правотворчества, согласно развиваемым при таком подходе воззрениям, отнюдь не всегда совпадают.

Каков же **критерий «правовых законов»**? Какие законы можно рассматривать как совпадающие с правом, а какие нельзя? Наконец, какие существуют **объективные основания** для отнесения одних законов к разряду правовых, а других — к разряду неправовых? Что делает одни законы правовыми, а другие — неправовыми?

Эти и подобные вопросы издавна занимали внимание отечественных и зарубежных юристов и философов. Однако удовлетворительного ответа на них до сих пор не найдено. Учеными-юристами и философами предлагались различные критерии для разграничения права и закона, правовых законов и неправовых, но все они вызвали лишь дальнейшие вопросы и дискуссии.

Еще в конце XIX-начале XX в. в отечественной и зарубежной литературе в качестве такого критерия предлагалось, например, считать **«общую волю»**, т.е. волю всего общества, нации

¹ Емельянов С.А. Право: определение понятия. М., 1992. С. 3-4.

или народа. По логике подобных предложений следовало считать правовыми лишь такие законы или иные нормативные акты, которые адекватно отражают эту волю. Все же остальные законодательные акты следовало причислить к разряду неправовых.

Подобная постановка вопроса, как и сам предложенный критерий разграничения правовых и неправовых законов в зависимости от наличия в них «общей воли», несомненно заслуживает полного одобрения и внимания. Однако возникает и ряд вопросов, ставящих под сомнение целесообразность, а главное — обоснованность и эффективность использования такого критерия. Среди них, в частности, такие вопросы, как: кто и каким образом может определить — содержится ли в том или ином законе «общая воля» или ее там нет? Почему парламент как высший законодательный и представительный орган, призванный выражать волю и интересы всех слоев общества, в одних случаях издает законы, отражающие «общую волю», а в других — не отражающие ее?

Возникают и иные подобные вопросы, на которые не всегда можно найти убедительные ответы. Один из них, очевидно, может заключаться в том, что «закон есть выражение не общей воли, которой не существует, и не воли государства, которой также нет, а воли нескольких голосующих человек. Во Франции закон есть воля 350 депутатов и 200 сенаторов, образующих обычное большинство в палате депутатов и в сенате. Вот факт. Вне этого имеются лишь фикции и пустые формулы. Мы не желаем их»¹. «Если закон есть выражение индивидуальной воли депутатов и сенаторов, то он не может быть обязательным для других волей. Он может быть обязательным только **как формулирование нормы права** или как применение ее и лишь в этих пределах. В действительности все законы делятся на две большие категории: на законы, **формулирующие норму права**, и на законы, **принимающие меры к ее исполнению**. Я называю первые нормативными законами, а вторые — конструктивными законами»².

Подобные рассуждения и государственно-правовые идеи Л.Дюги всегда вызывали интерес у юристов. Однако они не дают ответа на вопрос о том, что есть правовой закон, а что не является таковым, каково соотношение права и закона.

Не дают также удовлетворительного ответа на поставленный вопрос и другие критерии и подходы, выдвигавшиеся в более

¹ Дюги Л. Общество, личность и государство. СПб., 1901. С. 22.

² Там же.

поздний период, вплоть до настоящего времени. Пытаясь решить эту проблему и хотя бы в приближенном виде обозначить грань между правом и законом, авторы нередко обращаются, в частности, к различным **моральным категориям** — **справедливости, добру, гуманности**, злу и др. Право при этом определяется не иначе, как «нормативно закреплённая справедливость».

С целью решения проблемы соотношения права и закона иногда используется такая категория, как правовой идеал. В научной литературе он определяется как «порождение индивидуального, общественного, научного сознания о разумном устройстве общежития на принципах добра, справедливости, гуманизма и сохранения природной среды». Со ссылкой на известное высказывание римлян о том, что «справедливость и благо есть закон законов», делается вывод, что правовой идеал как раз и составляет содержание правовых законов, что это и есть не что иное, как «закон законов»¹. Следовательно, все другие законы, которые не содержат в себе правового идеала, соответствующего с принципами добра, справедливости и им подобным, не являются правовыми.

Стремление подвести моральную основу под законодательство в целом и отдельные законы, несомненно, является весьма благородным делом. Человечество может только мечтать о том, чтобы под каждым законом имелаась солидная моральная база. К сожалению, это не всегда и не в каждой стране случается. Ярким подтверждением этому может служить законодательство фашистской Германии, фашистской Италии и ряда других тоталитарных государств.

Однако нельзя не заметить, что, стремясь подвести моральную базу под закон и назвав правовым отделить его от всех иных неправовых законов, авторы невольно допускают смешение моральных категорий с правовыми. В отечественной юридической литературе правильно отмечалось в связи с попытками определения права как «нормативно закреплённой справедливости», что ссылки при этом на моральные категории справедливости, добра и зла важны при определении понятия и характеристики морали, но не самого права².

Так, использование этих категорий при определении права, а тем самым — и правового закона отнюдь не способствует решению проблемы соотношения права и закона. Более того, оно

¹ Емельянов С.А. Указ. соч. С. 6.

² Четвернин В.А. Указ. соч. С. 24.

непроизвольно усложняет проблему, ведет к смещению категорий права и морали.

Проблема соотношения права и закона остается, таким образом, не только нерешенной, но и еще более усугубленной. Это самым негативным образом отражается на решении всех других, производных от нее проблем, включая проблему определения сравнительного правоведения. В отношении последнего при этом неизбежно возникает двусмысленность и неопределенность.

Дело в том, что действуя в рамках нормативного подхода и считая национальным правом **всю ту совокупность общеобязательных норм**, которые содержатся в актах, издаваемых и санкционируемых государством, мы должны будем рассматривать **в качестве первоосновы, на которой возникает и развивается сравнительное правоведение, весь нормативно-правовой массив, существующий в разных странах**. В данном случае в силу нечеткости критериев при определении сравнительного правоведения не будет проводиться никаких различий между правом и законом, между правовым законом и неправовым, между правом и неправом.

Во всех же остальных случаях, когда вопрос ставится о необходимости разграничения права и закона, подразделения законов на две категории — правовые и неправовые, нормативная база, первооснова возникновения и развития сравнительного правоведения заметно сужается. Исходя из того, что сравнительное правоведение — это все же право, точнее, как поясняют некоторые авторы, — это компонент права¹, это — **правоведение**, а не, скажем, моралевведение, то оно должно опираться именно на право в его весьма узком «истинном» понимании. **В качестве исходной базы, первоосновы возникновения и развития сравнительного правоведения будет выступать теперь не весь нормативный массив, порождаемый или санкционируемый государством, а только та его часть — система норм, которая содержится в «правовых законах»**.

Для того чтобы избежать упрощенного подхода к пониманию сравнительного правоведения, а вместе с тем двусмысленности и неопределенности в его толковании, **представляется вполне оправданным и целесообразным выйти за рамки нормативного рассмотрения права и исследовать его** не само по себе как совокупность норм, установленных или санкционированных государством, а в системе других явлений, институтов и учреждений, которые формируют собой юридический базис общества и государства.

¹ Grossfeld B. Strength and Weakness of Comparative Law. Oxford, 1990. P. 7

Такой подход нередко применяется западными авторами, стремящимися познать национальное право, а также и сравнительное правоведение не только с точки зрения его нормативности или императивности, но и с точки зрения его взаимосвязи с другими явлениями, институтами и учреждениями, его места и роли в окружающей юридической среде.

Когда мы говорим о французском, итальянском или любом ином национальном праве, то обращаем внимание прежде всего на составляющие его нормы. Большинство исследователей, включая компаративистов, именно так, в нормативном плане, и рассматривают право. Основное внимание и усилия они направляют в первую очередь на «описание содержания и анализ эволюции правовых норм»¹.

Однако не следует при этом забывать два следующих обстоятельства. Во-первых, не во всех правовых семьях «фиксации норм права» придается одинаковое значение. Например, в системе общего (англосаксонского) права нормам права, содержащимся в юридических актах, уделяется гораздо меньше внимания, чем в романо-германской правовой семье. Это обусловлено многими обстоятельствами и в первую очередь особенностями характера и истории развития правовых семей. На характер и содержание романо-германской правовой семьи огромное влияние оказала, в частности, французская кодификация, имевшая дело с нормами права, и немецкая правовая наука XIX в., бывшая по существу наукой о нормах права.

Во-вторых, не следует упускать из виду то обстоятельство, что за последние годы специалисты в области сравнительного правоведения все более скептически относятся к ориентации исследований только на нормы права².

В силу этого авторы, оставаясь в целом на нормативистских позициях, приходят к вполне оправданному и аргументированному выводу о том, что для глубокого и разностороннего понимания сравнительного правоведения нужно принимать во внимание не только нормы национального права, но и «множество сопутствующих им, дополнительных компонентов». К таковым они относят правовую культуру, правовую структуру, правовую сферу, правовой процесс, правовые отношения, субъектов правовых отношений, правовую идеологию и пр.³

¹ Mezzuman /., Clark D. Op. cit. P. 27.

² Ibidem.

³ Ibidem.

Рассмотрение сравнительного правоведения с таких глобальных позиций, охватывающих практически всю юридическую надстройку общества, позволяет, как представляется, получить наиболее полную и адекватно отражающую действительность картину о происходящих в правовой сфере различных стран процессах и о самой сравнительно-правовой материи.

3.3. Понятие формы национального права и его использование в сравнительном правоведении

1. Несмотря на то, что сравнительное правоведение, зачастую называемое западными авторами сравнительным правом, не является аналогом системы правовых норм или национальной правовой системы, оно тем не менее широко использует их понятийный аппарат. Это касается, в частности, таких терминов и понятий, как «право», «правоотношение», «правотворчество», «правоприменение» и др. Являясь неотъемлемыми составными частями понятийного аппарата национальных правовых систем, эти термины и понятия в значительной мере обслуживают также и сравнительное правоведение.

Это не означает, однако, что сравнительное правоведение индифферентно к понятийному аппарату той или иной национальной правовой системы или системы права. Все обстоит далеко не так. Ведь от того, как понимается и как применяется тот или иной юридический термин и понятие, какой смысл вкладывается в них, во многом зависит успех отдельных сравнительно-правовых исследований и самого сравнительного правоведения в целом.

Сказанное в полной мере касается не только отдельных терминов и понятий, но и всего понятийного аппарата национальных правовых систем. Не в последнюю очередь это относится к содержанию термина и понятия «форма» или «источник права».

От того, какой смысл вкладывается в данный термин и понятие в той или иной правовой системе, от того, совпадает ли представление об источниках права и их видах в одной правовой системе или правовой семье с соответствующими представлениями, господствующими в других правовых системах или правовых семьях, наконец, отождествляется ли или нет «форма» и «источник права» — во многом зависит сама возможность, а также и успешность их сравнительного исследования правовых систем и правовых семей под данным углом зрения.

Отмечая высокую значимость источников права не только для характеристики национального права, но и для более глубокого понимания сравнительного правоведения, некоторые авторы не без оснований рассматривают их в качестве «весьма важных составляющих частей концепции сравнительного права»¹. При этом они вполне резонно замечают, что система источников права, присущая каждой из существующих правовых систем и семей, может указывать на их общность, основывающуюся на однородности ряда источников права и их различном понимании и толковании².

Черты общие и особенные черты сходства и различия, объединяющие правовые системы и разделяющие их — это, как верно подметил М. Богдан, две стороны одной медали. Наличие большого сходства между источниками права или любыми иными компонентами правовых систем свидетельствует о незначительности существующих между ними в данных сферах различий и, наоборот, наличие значительных различий между этими же компонентами указывает на слабость (неразвитость) сходных черт в данных сферах.

Однако, констатирует автор, и черты сходства и черты различия, общее и особенное в различных правовых системах зачастую подвергаются воздействию со стороны одних и тех же факторов, хотя их воздействие на те или иные стороны правовых систем может быть прямо противоположным.

Взяв в качестве примера экономические факторы, М. Богдан отмечает, что сходство в экономических системах разных стран может порождать сходные черты в их правовых системах, а различия в экономических системах соответствующим образом могут отражаться и на различиях их правовых систем. Иными словами, одни и те же по своему экономическому характеру факторы способны породить как черты сходства, так и черты различия в правовых системах³.

Данное положение не следует, однако, абсолютизировать, ибо черты сходства и различия в правовых системах, включая и их источники, определяются не только экономическими, но и многими другими факторами, среди которых — исторические, социальные, религиозные, политические и иные факторы.

¹ Cruz P. de. *Comparative Law in a Changing World*. P. 28.

² *Socialist Approach to Comparative Law* / Ed. by I. Szabo and Z. Peter. Budapest, 1978. P. 12.

³ Bogdan M. *Comparative Law*. Kluwer, 1994. P. 68.

Под воздействием этих и многих других факторов возникают и функционируют как общие для различных правовых систем источники права, так и особенные, свойственные лишь отдельным правовым системам. Однако для сравнительного правоведения большое значение имеют не сама по себе общность и особенность различных видов источников права, а однозначность их понимания и толкования. Разночтения в понимании и толковании любых форм и источников права значительно затрудняют проведение сравнительно-правовых исследований, а порой делают их невозможными. В силу этого отечественными и зарубежными компаративистами значительное внимание уделяется не только исследованию проблем возможной унификации отдельных институтов, норм, отраслей или даже систем права, но и изучению возможности их одинакового или сходного понимания, интерпретации и толкования.

К настоящему времени ситуация относительно рассматриваемого вопроса такова, что среди ученых, занимающихся проблемами источников права, нет единого мнения даже по такому, казалось бы, второстепенному вопросу, как соотношение терминов и понятий «форма права» и «источник права».

2. Для того чтобы определиться с данными терминами и понятиями и избежать путаницы при рассмотрении форм и источников права относительно конкретных правовых систем и правовых семей, остановимся вначале на анализе понятия «форма права», а затем на рассмотрении понятия «источник права» и его соотношении с понятием «форма права».

Предварительно заметим, что решение вопросов, касающихся понятия «форма права» и его соотношения с понятием «источник права», является производным от решения проблем пра-вопонимания и определения самого понятия права¹. От того, на каких методологических позициях находится исследователь, придерживается ли он, скажем, позитивистских воззрений или же разрешает проблемы правопонимания с позиций естественного права, в полной мере зависят и его представления о формах и источниках права. Поэтому более рациональным и оправданным на первый взгляд было бы рассмотрение форм и источников права в отдельности, с точки зрения позитивного и естественного права. Однако, *во-первых*, несмотря на то что данные теории права в настоящее время в России и зарубежных

¹ *Kantorowich H.* The Definition of Law. Cambridge, 1958. P. 8-15; *Marcic R.* Rechtsphilosophie Eine Einfuhrung. Freiburg, 1979. S. 186-225; *McLeod I.* Op. cit. P. 4-11; etc.

странах остаются наиболее распространенными и наиболее широко признаваемыми юристами-теоретиками и практиками, они тем не менее не являются общепризнанными. Более того, некоторыми современными отечественными авторами эти традиционные концепции права не только не воспринимаются, но и весьма резко отвергаются.

Стремление сохранить в современном российском правоведении «этатистский подход к праву в сочетании с инъекциями лошадиных доз естественно-правовой идеологии, — элегантно замечает А.В. Поляков, — не сулит российской теоретико-правовой мысли ничего хорошего». По нашему мнению, заключает автор, «более плодотворным может быть обращение к реалистическим концепциям правопонимания, сложившимся в дореволюционной российской юридической науке. Особого внимания заслуживает феноменологическое направление в теории права...»¹.

Во-вторых, в целях более глубокого и разностороннего познания правовой материи нельзя обойтись без рассмотрения вопросов, касающихся общего понятия формы и общего понятия источника права². Ибо не имея четкого представления об общих понятиях формы и источника, отражающих в себе общие признаки и черты, свойственные формам и источникам всех без исключения правовых систем и семей, трудно будет квалифицированно судить о формах и источниках конкретных правовых систем и семей. Весьма затруднительно будет также иметь дело с квалифицированной оценкой взглядов и представлений о формах и источниках права, вырабатываемых в пределах различных правовых теорий, включая концепцию юридического позитивизма и теорию естественного права.

Изучение форм права, совершенно справедливо замечает Д.А. Керимов, «имеет чрезвычайно важное теоретическое и практическое значение не только потому, что организует и выражает во вне сущность и содержание права, но также и потому, что от их особенностей зависят многие факторы правовой жизни: общеобязательность, нормативность, степень юридической силы правовых актов, методы и способы правового регулирования общественных отношений и т.д. Много-

¹ Поляков А.В. Петербургская школа философии права и задачи современного правоведения // Правоведение. 2000. № 12. С. 13.

² См.: Шебанов А.Ф. Форма советского права. М., 1968; Зивс С.Л. Источники права. М., 1981; Рябко А.И., Василенко О.Н. Актуальные проблемы онтологии форм права // Философия права. 2000. № 2; и др.

образии форм права предполагает определение их общего понятия, на основе которого окажется возможным вскрыть особенности и назначение каждого из них»¹.

Исходя из вышесказанного, при рассмотрении конкретных форм и источников права представляется целесообразным в начале обратить внимание на их общие понятия и на соотношение этих понятий между собой, а затем рассмотреть сложившиеся представления о формах и источниках права в рамках наиболее распространенных правовых теорий и различных правовых семей и систем.

3. Решая вопросы, непосредственно связанные с разработкой **общего понятия формы права**, которое было бы применимо в пределах любой правовой системы и правовой семьи, надо, как представляется, исходить из следующих, выработанных правовой теорией и многократно подтвержденных юридической практикой, постулатов.

Первое. Необходимо иметь в виду, что **форма права, как и само право, весьма многогранна, многослойна и многозначна**.

Каждая форма права непременно имеет свой философский аспект, отражая в себе и широко используя признаки и черты, присущие ей не только как юридической, но в определенном смысле и философской категории. Следует заметить, что форма права как юридическая категория берет свое логическое начало и весьма тесно переплетается с формой как общефилософской категорией. При этом последняя определяется как «способ существования и выражения содержания» рассматриваемой материи, как способ организации, выражения внутренней связи и способ взаимодействия элементов и процессов между собой и с внешними условиями, окружающим миром и т.д.²

Кроме того, каждая форма права, помимо философского аспекта, имеет также **социологический аспект**, отражает в себе те или иные, сложившиеся в данном обществе социальные реалии. Каждой из них присущ одновременно также определенный, **формально-юридический, «филологический»** и ряд других аспектов.

Формально-юридический и «филологический» аспекты могут проявляться, в частности, в особенностях внешнего выражения той или иной формы права. Например, в писанном или

¹ Керимов ДА. Методология права. Предмет, функции, проблемы философии права. М., 2000. С. 113.

² Философский энциклопедический словарь. М., 1993. С. 621.

неписанном характере того или иного юридического акта и его соответствующей формы. Если применительно к континентальному праву, замечает по этому поводу английский правовед Ф. Джеймс, «общий объем писанного права имеет тенденцию к преобладанию над объемом неписанного права, то в Англии все обстоит как раз наоборот». Это происходит потому, поясняет автор, что «большую часть нашего законодательства составляют судебные прецеденты, а не акты, исходящие от законодательных органов»¹.

Второе. Следует исходить из того, что **форма права**, также как и форма любого иного явления или процесса, **не существует сама по себе, в отрыве от его социально-классовой сущности и содержания.** Она приобретает только тогда определенный социальный смысл и становится социально значимым феноменом, когда отражает конкретную, строго определенную социально-классовую сущность и наполняется соответствующим социально-классовым содержанием. Без этого форма права выступает лишь как голая, в социальном плане ничего не значащая абстракция.

Закон, правовой обычай, равно как и любая иная форма права, только тогда становятся социально значимыми, действенными, активно функционирующими формами, когда они рассматриваются не вообще, абстрактно, независимо от опосредуемой ими социально-политической и иной среды, а когда отражают в себе и формально-юридически организуют конкретную социально-классовую реальность.

Третье. В процессе определения понятия формы права важно учитывать, что она, будучи в методологическом плане неразрывно связанной, «производной» от «формы» как философской категории, в теоретическом и практическом плане выступает **в качестве парной категории по отношению к «содержанию».**

Это означает, что по сравнению с другими философскими и правовыми категориями, форма и содержание, во-первых, находятся в наиболее тесной, диалектической связи и взаимодействии друг с другом, дополняют друг друга. Хорошо известен в связи с этим постулат Гегеля о том, что при рассмотрении характера отношений между формой и содержанием крайне важно «не упускать из виду, что содержание не бесформенно, а форма в одно и то же время содержится в самом содержании и представляет собой нечто внешнее ему»².

¹ James Ph. Introduction to English Law. L., 1989. P. 7-8.

² Гегель Г.В. Энциклопедия философских наук. Т. 1. М., 1974. С. 298.

Во-вторых, форма права и его содержание независимо от того, какой своей стороной — ценностной, волевой, социальной, материальной или любой иной, — оно проявляется, выступают как две различных плоскости, два разных среза одного и того же явления, именуемого правом¹.

Бесспорным в этом отношении является утверждение о том, что как любая субстанция, включая правовую, не может быть отделена от содержания, так и «содержание не может быть отделено от формы». Такое отделение может существовать лишь в мышлении, в понятии, но никак не в реальности. «Субстанция только тогда становится содержательной, если она оформлена. Форма не только соотносится с тем, что она оформляет, но и является необходимым атрибутом субстанции как ее целостность и тотальность, как ее тождественность самой субстанции, как ее определенность, ее энергия, как условия возможности и направленности развития»².

И, в-третьих, форма права и его содержание как парные категории находятся не только во взаимной связи и взаимодействии друг с другом, но одновременно они также проникают друг в друга, переходят друг в друга. В переводе с философского на прагматический язык это означает, что одна и та же форма права в одних случаях, точнее, по отношению к одним явлениям правового характера может выступать и в действительности выступает в качестве своего изначального назначения — формы, а по отношению к другим — в качестве содержания. И наоборот.

В подтверждение сказанного можно сослаться, например, на норму права, которая, будучи в структурном плане (гипотеза, диспозиция, санкция) внутренне организованным правилом поведения, выступает одновременно и как форма — по отношению к последнему, и как часть содержания — по отношению к содержащему ее наряду с другими нормами нормативно-правовому акту, отдельному институту права, отрасли права и даже — к самому праву в целом.

В качестве примера можно привести также любой институт права, который, с одной стороны, по отношению к совокупности формирующих его норм, является формой права, а с другой — по отношению к соответствующей отрасли права и к самому праву в целом на среднем структурном уровне выступает в виде одного из элементов их «структурного» содержания.

¹ Васильев А.М. Правовые категории и их место среди категорий обществоведения. ВЮЗИ. Труды. Т. XXXII. М., 1973. С. 76-199.

² Керимов Д.А. Указ. соч. С. 476.

Анализ формы и содержания права дает массу и других, аналогичных примеров.

Четвертое. При рассмотрении формы права весьма важным представляется иметь в виду, что **форма права**, также как и все иные его компоненты, не исключая содержания, **является постоянно развивающимся, динамичным явлением.**

В принципе форма права, равно как и любая иная форма, по своей природе, характеру и назначению, по сравнению с содержанием и иными компонентами права, тяготеет к стабильности, консерватизму и застою. Однако под воздействием постоянно изменяющегося содержания права и под влиянием окружающей его экономической, социально-политической и иной среды форма права также не остается неизменной, а постоянно развивается, видоизменяется и совершенствуется.

При этом, как неоднократно отмечалось исследователями, если в содержании права окружающая среда находит свое непосредственное отражение, то в форме она отражается в основном через его содержание, опосредствованно¹. Изменения, происходящие в экономике, политике, социальной и других сферах жизни общества и государства оказывают как прямое воздействие на сущность и содержание права, так и косвенное — на формы права.

Различия, а нередко и противоречия, возникающие по мере развития экономики, общества и государства между более динамичным содержанием права и менее динамичными формами права, вызывают настоятельную необходимость, в целях разрешения противоречий, приведения в соответствие форм права с содержанием права. Это достигается либо путем совершенствования старых форм, либо создания на их основе новых форм.

Особо следует отметить, что процесс взаимосвязи и взаимодействия формы права и содержания права — это, отнюдь, не односторонний, а **взаимный, двусторонний процесс.** В философской литературе по этому поводу постулируется, что «противоречия формы и содержания не являются противоречиями пассивной и активной сторон. Действительный процесс происходит в результате их взаимодействия как противоположностей, активно влияющих на развитие»².

Применительно к праву это означает, что не только его содержание, подвергающееся и формирующееся под постоянным

¹ См.: Керимов Д.А. Указ. соч. С. 182-185.

² Философский словарь. М., 1988. С. 383.

воздействием окружающей его экономической, социально-политической и иной среды, оказывает активное влияние на форму права — на процесс ее возникновения и развития, но и форма права оказывает обратное активное воздействие на содержание права.

Организуя и «оформляя» тем или иным образом систему правил поведения, составляющих содержание права, форма права тем самым создает условия для его стабилизации, закрепления и соответственно — для его дальнейшего совершенствования и развития.

4. В отечественной и зарубежной литературе по вопросу о понятии формы права, так же как и по проблемам определения понятия самого права, высказано множество различных точек зрения и суждений. Причем, если одни из них касались формы права в целом, то другие — форм отдельных его составных частей — норм, отраслей, институтов.

Некоторые авторы рассматривали, например, в качестве «двух основных форм права», к которым «причислялись» и с помощью которых упорядочивались нормы права, основные направления (теории) и подходы к праву, такие, как позитивное право и естественное право¹. В данном случае термин «форма права» явно использовался слишком широко, не по прямому назначению. При этом вполне справедливо подчеркивалось, что форма («источник») права не должна смешиваться с «источниками правоправедения», или «источниками нашего познания о праве»².

Другие авторы высказывали мнение о том, что «в качестве формы выражения права выступает юридическая норма». При этом они поясняли, что юридическая норма появляется как внутренняя форма права, «сообщающая ему общеобязательность». В качестве внешней формы права выступают «нормативные акты государства». Эта форма определяет «место данной нормы в общей системе их соподчинения»³.

Данная точка зрения о норме как о внутренней форме права, высказанная еще в 60-е гг., обоснованно критиковалась рядом авторов как в момент ее обнародования, так и во все последующие годы. Еще задолго до появления этой точки зрения было высказано весьма обоснованное, разделявшееся и разделяемое поныне многими теоретиками права положение, согласно которому правовая норма — «это не форма права, а самое право»⁴.

¹ Трубецкой Е.Н. Энциклопедия права. СПб., 1998. С. 73-74.

² Там же. С. 76.

³ Иоффе О.С., Шаргородский М.Д. Указ. соч. С. 134.

⁴ Александров Н.Г. К критике пережитков буржуазной идеологии и определения права // Советское государство и право. 1948. № 10. С. 48.

Подвергая критическому анализу суждение о норме права как его форме, А.Ф. Шебанов в конце 60-х гг. резонно замечал, что «если согласиться с утверждением, что юридическая норма — форма права, то, логически рассуждая, нужно признать, что право по отношению к норме выполняет функции содержания. Но право есть совокупность норм. Тем самым выходит, что целое выступает как содержание по отношению к своей части». Наконец, заключает автор, если признать правовую норму формой права, то «надо сделать вывод, что право как совокупность норм включает в себя только формы...».

Рассматривая в плане выяснения понятия «форма права» мнение о норме права как о его (внутренней) форме, следует заметить, во-первых, что норма права как одна из его многочисленных микрочастей ни теоретически, ни тем более практически не может выступать в качестве формы всего права в целом. Как было уже отмечено, она может рассматриваться (на структурно-организационном уровне) лишь в качестве формы «заложенной» в нее правила поведения, а точнее, конкретной модели требуемого от юридических и физических лиц поведения.

Во-вторых, никакая, отдельно взятая норма не может претендовать на внутреннюю организацию всего права и называться его внутренней формой. В качестве таковой может считаться лишь (чтобы быть точным) система норм, рассматриваемых **в структурно-организационном аспекте** и подразделяемых в зависимости от выработанных в юридической науке критериев на правовые институты, отрасли права, подотрасли и т.д.

Система же норм, рассматриваемых под углом зрения «заложенных» в них правил поведения и составляющих их внутреннее содержание, может и должна одновременно рассматриваться в **качестве содержания всего права**.

Подобно тому, как в отдельно взятой правовой норме «следует различать, какое в ней установлено правило поведения (содержание) и как это правило поведения структурно организовано (внутренняя форма)»², так и в праве, выступающем в виде единого целого, образованного в результате взаимосвязи и взаимодействия существующих в той или иной стране (национальная правовая система) норм, **следует различать систему правил поведения — содержание права и структурную организацию**

¹ Шебанов А.Ф. Форма советского права. М., 1968. С. 30-31

² Керимов Д.А. Указ. соч. С. 178.

этой системы правил — внутреннюю форму права, или, что одно и то же, согласно общепринятой терминологии — систему права.

Наряду с названными подходами к определению понятия формы права в научной литературе по данному вопросу высказывались и многие другие суждения. Одним из наиболее распространенных и устоявшихся среди них в советский период было мнение, согласно которому под формой права понимается: 1) внутренняя организация права «порождаемая в конечном счете отражением в волевом содержании права экономического строя общества на данном этапе его развития» и 2) «принятая в данном обществе форма выражения нормативной государственной воли правящего класса (а в социалистическом обществе — всего народа)»¹. Вполне понятно, что в первом случае речь шла о внутренней форме права, а во втором — о внешней форме.

5. К настоящему времени в концепции, касающейся форм права, и в подходах к определению понятия формы права в концептуальном плане мало что изменилось, да и вряд ли могло так быстро в исторически короткий промежуток времени, в течение постсоветского десятилетия и радикально измениться, если говорить всерьез о фундаментальной, а не о политически конъюнктурной теории права, как это иногда бывает.

Среди авторов, занимающихся проблемами определения понятия права и его форм, по-прежнему дискутируется вопрос о норме как о форме или — содержании права, о соотношении формы права с сущностью и содержанием права, о подразделении форм права на внутренние и внешние формы, о значимости такого деления и др.

Подчеркивая важность ряда традиционных подходов к исследованию права и его форм, Д.А. Керимов верно констатирует, что проводимое различие «между сущностью и содержанием права, между внутренней и внешней формами права позволяет более глубоко уяснить единство содержания и формы права, их соотношение и взаимодействие». Это различие имеет «и непосредственное практическое действие». Так, если сущность права указывает на то, «волю какого именно государства право выражает и закрепляет, то содержание права определяет, какие именно требования эта воля предписывает. Если, далее, внутренняя

¹ Шебанов А. Ф. Указ. соч.

² Общая теория государства и права / Под ред. В.В. Лазарева. М., 1999. С. 175-196; Общая теория права / Под ред. А.С. Пиголкина. М., 1995. С. 164-179; Теория государства и права. Курс лекций / Отв. ред. Н.И. Матузов, А.В. Малыш. М., 1997. С. 329-347; Общая теория государства и права. Академический курс: В 3-х т. Т. 2. 2-е изд. / Отв. ред. М.Н. Марченко М., 2001. С.229-253; и др.

форма придает всем правовым нормам обязательную силу, то внешняя форма определяет степень юридической силы каждой правовой нормы по отношению к другим правовым нормам»¹.

Отдельные изменения, произошедшие в постсоветский период в теории источников права и в определении их понятия, носили в основном или косметический, применительно к прежним, строго позитивистским подходам к праву и его формам, или же — весьма общий, философско-поисковый характер, применительно, в частности, к активно развиваемой в последние годы «общей теории различения и соотношения права и закона»².

Суть этих поисков к настоящему времени сводилась в основном лишь к тому, что в рамках развиваемой концепции различения и соотношения права и закона обращалось внимание на то, что «формы существования антиправового закона не могут быть признаны формами существования права»; что «подмена правового неправовым законом означает, что место правовых форм и явлений занимают соответствующие фабрикация произвольного закона»; что «такая подмена искажает как логику соотношения сущности права с формами ее проявления (осуществления), так и характер взаимосвязей между самими этими правовыми формами (правовыми явлениями)» и что «без понимания права как всеобщей формы и равной меры свободы индивидов» нельзя глубоко осмыслить проблематику, касающуюся «творческой, правосознательной направленности либеральной концепции правопонимания»³.

Следует заметить, что такого рода воззрения на право и его формы, впрочем, как и все новое, до конца не познанное, вызвали со стороны некоторых авторов довольно резкую и не всегда, как представляется, оправданную критику.

Так одни из них сетовали и сетуют на то, что концепция различения права и закона в вопросах правопонимания и соответственно в вопросах, касающихся форм права, страдает явным преувеличением своего значения, что она дезориентирует юридическую практику, страдает «оторванностью от реальной жизни, схоластическим методом научного спора» и т.д.⁴

¹ Керимов Д.П. Указ. соч. С. 183.

² Нерсесянц В.С. Философия права. М., 1997. С. 34.

³ Нерсесянц В.С. Наш путь к праву. От социализма к цивилизму. М., 1992. С. 294; *Он же*. Философия права. С. 49, 50.

⁴ Байтин М.И. Сущность права. (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков). Саратов, 2001. С. 96.

Другие авторы, практически оценивая идею различения права и закона, считают, что при таком подходе право «оказывается, скорее всего, идеологией, нежели действительностью», что такое право «скорее всего, существует в сознании представителей этого течения, нежели в реальном государстве».

Помимо названных, высказывались и другие критические мнения данного представления о праве и о формах права. Однако не в них сейчас дело, а в том, чтобы как можно более глубоко изучить данный подход к праву и соответственно к определению понятия форм права, и более адекватно его оценить. Ведь в нем, как и в любом ином научном подходе, есть не только негативные стороны, но и позитивные, не только иррациональные моменты, но и несомненные рациональные моменты.

Кроме того, весьма важным представляется в свете тех радикальных изменений, которые произошли за последние годы не только в российском государственном и общественном строе, но и во всем мире и соответствующим образом отразились на сознании и восприятии людьми окружающего мира, не упустить из поля зрения эти изменения и своевременно внести обусловленные самой жизнью, объективно необходимые коррективы в наши прежние государственно-правовые представления. Речь идет, разумеется, не в последнюю очередь о наших прежних представлениях о праве и формах права — их понятии, роли, значимости в жизни общества и государства и т.д.

б. В частности, исходя из общей, официально декларированной (в виде принципа *rule of law*, теории правового государства, призывов к установлению «диктатуры закона» и т.п.) тенденции на повышение роли права в жизни общества и государства, вполне оправданным и целесообразным представляется акцентировать внимание в процессе исследования права и его форм не только на формах собственно самой правовой материи — формах права, но и на формах организации неправовых — экономической, социальной, политической и других сфер жизни общества с помощью права — **правовых формах**.

В юридической литературе издавна указывалось на то, что следует разграничивать два внешне сходных, но, по существу, далеко не одинаковых понятия: понятие «форма права» и понятие «правовая форма»². Однако во многих научных исследованиях,

¹ Раянов Ф.М. Юридическое право: время разобраться по существу. Уфа, 2001. С. 15.

² Иоффе О.С., Шаргородский М.Д. Указ. соч. С. 131.

как показывает их анализ, такое разграничение далеко не всегда последовательно проводилось.

Говоря о данных разновидностях форм по существу, необходимо отметить, что сходство этих форм заключается в том, что они: 1) являются однопорядковыми явлениями и категориями, а именно формами и 2) соотносятся с одним и тем же видом материи — правовой.

Что же касается их различий, то они проявляются прежде всего в том, что «форма права» и «правовая форма» имеют разный объект воздействия и «организации». Форма права имеет дело непосредственно с самим правом, с правовой материей, организует правовую материю. В то же время как правовая форма опосредует и организует неправовую материю. В повседневной жизни она выступает в виде правовой формы экономических, политических и иных отношений¹.

Соответственно **форма права может быть определена как способ (прием, средство) внутренней организации и внешнего выражения права, а точнее, выражения содержащихся в нормах права правил поведения.** В то же время как правовая форма выступает в виде способа (приема, средства) опосредования и соответствующего воздействия права на экономику, политику, социальную сферу жизни общества и другие сферы².

Далее. Говоря о различиях между формой права и правовой формой необходимо также обратить внимание на то, что они как общеправовые и одновременно общефилософские понятия и категории — «формы» — соотносятся с разным «содержанием». Форма права выступает как парная категория **сугубо юридического содержания**, тогда как правовая форма опосредует и соотносится с иным, **неюридическим содержанием.**

По поводу последнего утверждения вполне возможны критические замечания о том, что в соотношении правовой по своему характеру формы и неюридического содержания нарушается «закон тождества» и «единства категорий формы и содержания», в соответствии с которым «содержание права должно быть таким же идеальным как и само право»³ и, разумеется, — его форма.

Упреждая их, следует сказать, что упрек был бы справедлив, если бы речь шла о соотношении формы права, а не правовой

¹ Harris J. Legal Philosophies. L., 1997. P. 245-246.

² См.: Керимов Д.А. Указ. соч. С. 174.

³ Рябко А.И., Василенко О.Н. Актуальные проблемы онтологии форм права // Философия права. 2000. № 2. С. 61.

формы с материальным или иным неюридическим содержанием. Дело в том, что «закон тождества» и «единства категорий» относится лишь к форме и содержанию одной и той же — правовой или любой иной материи. В данном случае эти категории выступают как однопарные и однопорядковые, и форма здесь не только организует, но и проявляет, а точнее, выражает во вне содержание. Это имеет место в соотношении формы права и содержания права.

Что же касается соотношения правовой формы и опосредуемого ею материального или любого иного неправового содержания, то в этом случае **форме и содержанию придается несколько иной смысл**. А именно: правовая форма рассматривается не только и даже не столько как средство и прием опосредования и организации неправовой материи, сколько как **способ воздействия на нее**. И содержание при этом рассматривается преимущественно не как соотносящаяся с формой категория, а как объект или предмет воздействия со стороны правовой формы, точнее, со стороны всего права.

Совершенно справедливым в связи с этим следует признать утверждение о том, что когда говорят о правовых формах, то непременно имеют в виду «право как определенное социальное явление, отличающееся от иных идеологических форм, таких, как: политика, нравственность, религия и т.п.» и что понятие «правовая форма» ориентируется «на право в целом, его место среди других идеологических явлений, его роль по отношению к экономическому базису общества»¹.

В отличие от «правовой формы» «форма права» ориентируется не столько на право в целом (хотя это также имеет место, ибо право по своей природе и характеру формально), сколько на его различные составные части в виде норм, институтов, субъективных прав и обязанностей, процессуальных форм и т.д.

В результате такой «ориентации» у любого национального права складывается не одна, а **целая система взаимосвязанных между собой, взаимодействующих друг с другом и дополняющих друг друга форм**. Каждая из них занимает свое, строго определенное место в системе форм, опосредующих содержание различных правовых компонентов и права в целом, и играет определенную роль в их организационном оформлении и внешнем проявлении. Пребывая именно в таком «организационно-оформленном» виде, со своими внутренними и внешними формами,

¹ Иоффе О.С., Шаргородский М.Д. Указ. соч. С. 133.

опосредующими все его юридическое содержание, право выступает как относительно самостоятельное явление, «накладывающееся» на другие — экономические, политические и иные неправовые явления (институты, отношения и пр.) и оказывающее на них регулятивное воздействие. Именно в таком срезе право проявляется как форма (правовая форма) по отношению к любым неправовым объектам (неюридическому содержанию), полностью опосредуя их и активно воздействуя на них.

7. Вместе с тем не следует упускать из виду, что право, имея собственные формы и свое особое содержание как относительно самостоятельное, самоценностное явление может выступать и выступает не только как форма экономических и других неюридических явлений, институтов и отношений.

Одновременно оно проявляется и как форма духовного освоения действительности, как одна из форм не только отражения, но и освоения общественного бытия. Не требует доказательств тот очевидный факт, что окружающий нас многообразный мир познается не только через эстетическое, этическое и иное восприятие, но и сквозь призму существующих в том или ином обществе моральных стандартов, правовых институтов и норм¹.

Разумеется, речь при этом идет об отражении и освоении действительности не только через правовые нормы, играющие в данном процессе немаловажную роль, но и через другие, неразрывно связанные с ними правовые компоненты, такие, в частности, как сущность права, содержание права и др.

Особую значимость в рассматриваемом процессе имеют формы права. Внешние формы дают представление о том, как, каким способом отражаются в праве окружающая его материальная и иная среда и вместе с тем, в самом общем виде — какая это среда. Вполне понятно, например, что рыночная среда порождает одни формы права и консолидирующие правовой массив принципы. В то же время как нерыночная государственно-организованная экономическая среда порождает совсем другие внешние формы права и принципы.

Аналогично обстоит дело и с внутренними формами — организационными структурами права и его отдельных составных частей. Так же, как и внешние формы, они не только формируют общее представление о том, как отражается в структуре и

¹ См.: Стефанов Н. Теория и метод в общественных науках. М., 1967. С. 47-48; Иванец Г.И. Право как нормативное выражение согласованных интересов: Авто-реф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2001. С. 22-24; и др.

содержании права окружающая и влияющая на него среда, но и позволяют в определенной мере узнать, какая это среда.

Разница между этими видами форм права с точки зрения их влияния на процесс освоения действительности (общественного бытия) заключается в том, что если внешние формы способствуют созданию определенного представления о ней, отражая эту действительность в себе и выражая различные правовые веления во вне, то внутренние формы делают то же самое, отражая эту действительность через содержание права и одновременно «организуя» само право.

3.4. Каково понятие источника права и как оно соотносится с понятием формы права?

1. Вопрос о понятии источника права и его соотношении с формой права возник у отечественных и зарубежных авторов не вчера, а тем более — не сегодня. Еще в начале XX в. И.В. Михайловский писал, что термин «источник права» «до сих пор еще понимается различно, по поводу его ведутся споры». И добавлял: «... между тем споры основаны на недоразумении: нет ничего проще устранить эти недоразумения и согласиться на счет общего понимания термина, которым столь часто пользуется наука»¹.

По мнению автора «в сущности почти все ученые» одинаково понимают «источники права» как «факторы, творящие право», а «разногласия начинаются только при решении вопроса, что должно считаться правотворящими факторами».

При этом, продолжал И.В. Михайловский, «одни говорят, что это — объективные условия данной среды, другие, что это высший этический закон, третьи, — что это психические переживания личности, четвертые, — что это те формы (обычай, закон и т.д.), в которые облекается высшим внешним авторитетом известное содержание»².

Говоря о спорах по поводу понятия источника права, «основанных на недоразумении», И.В. Михайловский полагал, что они неизбежны и к тому же весьма скоро будут успешно решены. Однако автор ошибался, ибо история распорядилась по-иному.

Дискуссии, касающиеся проблемы понятия источников права, проходили и в 40-е гг. XX в., когда под источником права понимался «тот способ, которым правилу поведения придается государственной властью общеобязательная сила»³ или когда под

¹ Михайловский И.В. Очерки философии права. Т. 1. Томск, 1914. С. 237.

² Там же.

³ Голунский С.А., Строговж М.С. Теория государства и права. М., 1940. С. 173.

источником права в широком смысле понималась «диктатура рабочего класса, т.е. советская власть», а в специальном смысле — «законодательные нормы»¹.

Споры о понятии источника права периодически возникали и во все последующие годы. Констатируя данный факт, С.Ф. Ке-чекьян писал, что данное понятие «принадлежит к числу наиболее неясных в теории права. Не только нет общепринятого определения этого понятия, но даже спорным является самый смысл в котором определяются слова "источник права"»².

На это же указывалось и указывается не только в ранней, но и в современной отечественной литературе. И по сей день некоторые российские авторы утверждают, что «в отечественной юридической науке отсутствует общепринятое понятие источника права. Вместе с тем реализация концепции правового государства в целях обеспечения устойчивого развития российского общества в целом предполагает наличие научнообоснованной концепции источников права»³.

Аналогичные по своему характеру утверждения относительно неразработанности и спорности понятия источника права имеют место и в современной западной литературе. Разумеется, они не могут соответствующим образом не сказаться как на процессе познания национальных правовых систем, так и на решении проблем, касающихся сравнительного правоведения.

Весьма характерны в этом плане рассуждения известного французского теоретика права Ж.-Л. Бержеля о том, что неопределенность понятия и термина «источник права» нередко возникает потому, что этим термином «принято одновременно обозначать и содержательные и формальные источники права»⁴. Юридические правила, замечает автор, «отнюдь не лишены причин, и их происхождение связано с некоторыми скрытыми от внешнего взора данностями». Это и «самые разнообразные принципы: моральные, религиозные, философские, политические, социальные, идеологические — те, которые управляют позитивными правилами, служат их идеологической основой, и те, которые восходят к философии права». Это в равной мере и

¹ Гражданский процесс: Учебник для юридических высших учебных заведений. М., 1946. С. 15.

² Ке-чекьян С.Ф. О понятии источника права // Учен. зап. МГУ. Вып. 116. Кн. 2. М., 1946.

³ Гурова Т.В. Источники российского права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 1998. С. 5.

⁴ Бержель Ж.-Л. Общая теория права. М., 2000. С. 97.

факты социальной действительности, и «требования ситуации», складывающейся во времени, в пространстве, в «области технических средств права, определяющих его ориентацию и содержание»¹. Одним словом, заключает Ж.-Л. Бержель, это прежде всего «созидательные силы права», составляющие его «содержательные (сущностные) источники», и называются они так «потому, что обеспечивают нормы материальной основой»².

2. Целый ряд аналогичных по своему характеру констатации, касающихся неопределенности и спорности понятия и термина «источник права», можно найти и во многих других зарубежных источниках³. Существование их говорит, помимо всего прочего, о том, что мы имеем дело со сложным, многосторонним и весьма неоднозначным явлением, обозначаемым термином «источник права».

Анализируя сложившиеся в отечественной и зарубежной научной литературе представления об источнике права — его понятии, сущности, содержании и назначении, нельзя не прийти к выводу о том, что «источник права», как и само право, непозволительно определять лишь с одной какой-либо отдельно взятой стороны, однозначно. Это будет неполное, одностороннее его определение и несколько искаженное о нем представление.

Источник права как явление и отражающее его понятие следует рассматривать, как традиционно это делается в юридической литературе, одновременно с разных сторон и в разных аспектах.

Во-первых, с этимологической стороны, с точки зрения общепринятого «расхожего» представления об источнике — его понятии и содержании как таковом.

Обратившись к отечественным и зарубежным толковым словарям, можно констатировать, что источник в этимологическом смысле понимается как: а) «то, из чего берется, черпается что-либо; то, что дает начало чему-либо, служит основой для чего-либо»; б) «письменный памятник, документ, на основе которого строится научное исследование»⁴ и в) «исходное место или позиция, служащие основой для развития чего-либо»⁵.

¹ Бержель Ж.-Л. Общая теория права. М., 2000. С. 97.

² Там же.

³ Ford St. The American Legal System. Its Dynamics and Limits. St. Paul. Minn., 1984. P. 2-33; An Introduction to Swedish Law / Ed. by St. Stromholm. Stockholm, 1988. P. 30-33; Harris J. Legal Philosophies. L., 1997. P. 156-185.

⁴ Словарь русского языка. Т. 1. М., 1991. С. 691.

⁵ Webster's New Universal Unabridged Dictionary. N.Y., 1993. P. 1734.

Данное представление об источнике, несмотря на то что оно является весьма общим и всеохватывающим, тем не менее позволяет определить дальнейшее направление процесса познания исследуемой материи в виде источников как таковых вообще и источников вполне конкретных явлений, институтов и учреждений в виде политики, экономики, культуры, идеологии и, естественно, права, в частности.

Во-вторых, под углом зрения источника права как естественного — географического, климатического, биологического и иного фактора, оказывающего непосредственное влияние на процесс правообразования и опосредственное — на процесс правотворчества и соответственно на само право. Это — своего рода естественный источник права.

В научной литературе неоднократно в связи с этим акцентировалось внимание на том, что «естественные факторы играют роль силы, воздействующей на правовое регулирование» и это — «более чем очевидно»¹.

Еще в XVIII в. Ш. Монтескье, исследуя процесс влияния климатических условий на право, писал в своем знаменитом труде «О духе законов»: «Если справедливо, что характер ума и страсти сердца чрезвычайно различны в различных климатах, то законы должны соответствовать и различию этих страстей, и различию этих характеров»².

Разумеется, что данное положение маститого правоведа и философа остается актуальным и по сей день.

В-третьих, с точки зрения источника права как социального, политического, идеологического, культурологического и иных подобных факторов, оказывающих прямое воздействие на процесс правотворчества, а через него, опосредственно, — и на само право. Этот источник права можно назвать, исходя из его природы и назначения, социальным источником права.

Существование его столь же естественно и очевидно, сколь закономерно возникновение и развитие самого социально обусловленного права. Причем речь идет о социальной обусловленности права не только на каком-либо одном отдельно взятом его уровне или срезе, а на всех без исключения уровнях и срезах, начиная с макроуровня — правовой системы и правовой

¹ *Нашиц А.* Правотворчество. Теория и законодательная техника. М., 1974. С. 39.

² *Монтескье Ш.* О духе законов // История политических и правовых учений. Хрестоматия. Белгород, 1999. С. 272.

семьи в целом и кончая средним уровнем (отдельные отрасли и институты) и микроуровнем — многочисленные нормы права.

Исходя из факта обусловленности права социальной, культурной и иной средой, некоторые авторы склонны даже определять источник права исключительно сквозь призму данных факторов, а именно как «процесс селективной эволюции культуры, аккумулирующей в своих нормах поведения социальный опыт человечества (или опыт того общества, в котором они действуют)»¹.

Правда, данное, явно одностороннее определение источника права в научной литературе подвергалось вполне обоснованной, как представляется, критике, поскольку в нем преувеличивается роль культуры в правообразующем процессе, а сам источник представлен как некий «селективный процесс». Однако фактом остается, во-первых, то, что подобное определение источника права существует и, во-вторых, что оно возникает не на пустом месте и не без основания, а отражает степень определенного влияния культуры как одного из социальных факторов на процесс правообразования.

В-четвертых, с материальной, точнее, экономической стороны, **с точки зрения восприятия в качестве источника права экономических факторов,** существующих в том или ином обществе и оказывающих на процесс правообразования наряду с другими факторами определенное влияние. Исходя из природы и характера данного источника права, его обычно называют материальным источником права.

В отечественной и зарубежной литературе экономическим факторам традиционно уделялось повышенное внимание. Их роль и влияние на развитие государства и права не только всесторонне рассматривались и оценивались, но часто также переоценивались и даже абсолютизировались. Это в первую очередь касалось марксистской литературы.

Чтобы убедиться в этом достаточно вспомнить высказывания И. Сталина о том, что «источник формирования духовной жизни общества, источник происхождения общественных идей, общественных теорий, политических взглядов, политических убеждений нужно искать не в самих идеях, теориях, взглядах, политических убеждениях, а в условиях материальной жизни общества, в общественном бытии, отражением которого являются эти идеи, теории, взгляды и т.п.»².

¹ Спиридонов Л.К. Теория государства и права. М., 1995. С. 138.

² Сталин И.В. Вопросы ленинизма. 11-е изд. М., 1939. С. 545.

Этим высказываниям предшествовали многочисленные, аналогичные им положения и высказывания со стороны других авторов — «основоположников марксизма-ленинизма» и простых сторонников развиваемой ими доктрины¹.

Тезис о существовании материальных источников права как составной части широко известной и в советский период общепринятой концепции о соотношении базиса и надстройки, точнее, об определяющей роли базиса, неотъемлемой частью которого является бытие — материальные условия жизни общества, по отношению к надстройке, составной частью которой является право со всеми его атрибутами и институтами, включая источники права, несомненно, имеет под собой весьма солидную основу и заслуживает, как впрочем и раньше, весьма серьезного внимания. Правильность его многократно была подтверждена не только с научной точки зрения, теоретически, но и самой повседневной жизнью, практически.

В силу сказанного весьма спорными и довольно двусмысленными представляются высказываемые время от времени в современной отечественной литературе мнения о том, что для того чтобы Россия «наконец-то твердо встала на подлинно правильный путь развития» необходимо наряду с другими шагами и мерами «преодолеть марксистские представления» о приоритете и обусловленности базиса и надстройки², поскольку, «как показывает история, политико-правовые идеи всегда возникают как реакция на реальные общественные (в том числе и производственные) отношения и направлены на их совершенствование»³.

Подобного рода суждения о «подлинно-правильном пути развития» современной России и «критические» замечания в адрес прежних «неправильных» положений являются в настоящее время довольно модными и распространенными. Но от этого они не становятся, как правило, более аргументированными и менее спорными. «Критический» пафос, как свидетельствует практика, далеко не всегда заменяет собой или возмещает отсутствие новых рациональных идей и глубоко обоснованных научных положений.

Иное дело, когда критическому анализу подвергается не сам «материальный» подход как таковой к рассмотрению проблем права и его источников, а допускаемая некоторыми авторами

¹ См.: Маркс К. и Энгельс Ф. Соч. Т. 12. С. 714-717; Ленин В.И. Поли. собр. соч. Т. 1. С. 428-430; и др.

² Раянов Ф.М. Юриспруденция. Курс лекций. Уфа, 2001. С. 324.

³ Там же.

абсолютизация этого подхода в ущерб другим подходам, преувеличение его роли и значения. В таком случае критика его не только возможна, но необходима и вполне обоснованна.

Однако справедливости ради следует заметить, что разрабатывая положение о роли и значении материального фактора, об обусловленности надстроечных явлений, включая право, базисными явлениями «классики марксизма-ленинизма» и их идейные последователи постоянно имели в виду и обращали внимание на следующие два обстоятельства.

Первое из них связано с тем, что материальный базис, экономика, не прямо и однозначно, а лишь косвенно, только в **конечном счете** определяет надстроечные явления, в том числе право и политику. «Объективная обусловленность государственной и правовой надстройки экономическим базисом, — подчеркивается в связи с этим в научной литературе, — не является прямой и однозначной. Она опосредствована рядом субъективных факторов, оказывающих влияние на те конкретные формы, в которых выражается эта объективная обусловленность»¹. Следует добавить, что помимо субъективных и объективных экономических факторов на развитие правовых и иных надстроечных явлений постоянное влияние оказывают также политические, идеологические, национальные, этнические, религиозные и другие многочисленные факторы.

Второе обстоятельство, на которое постоянно обращалось внимание при выработке положения о приоритетной роли экономического базиса по отношению к правовой и иной надстройке, заключается в том, что при этом имелись в виду не только прямые связи и воздействия базиса на надстройку, но и обратные связи и воздействия надстройки на базис.

Примечательно в этом плане замечание К. Маркса о том, что «экономическое движение в общем и целом проложит себе путь, но оно будет испытывать на себе также и обратное действие политического движения, которое оно само создало и которое обладает относительной самостоятельностью»².

3. Помимо названных видов и выражений источник права выступает и в других своих проявлениях.

Подчеркивая многозначность и вместе с тем «неудачность» термина «источник права», который, по мнению некоторых исследователей был введен в научный оборот еще Титом Ливием³,

¹ Марксистско-ленинская общая теория государства и права. Основные институты и понятия. М., 1970. С. 422.

² Маркс К. и Энгельс Ф. Соч. Т. 37. С. 417.

³ Heaen K. The Theory of Legal Duties and Rights. L., 1883. P. 31-32.

Г.Ф. Шершеневич писал, что «под этим именем» источника понимаются также: а) силы, творящие право. Например, когда утверждают, что источником права следует считать волю Бога, волю народную, правосознание, идею справедливости, государственную власть; б) материалы, «положенные в основу того или иного законодательства». Например, когда говорят, что римское право послужило источником для германского гражданского кодекса, труды ученого Потье для французского кодекса Наполеона, Литовский Статут для Уложения Алексея Михайловича; в) исторические памятники, «которые когда-то имели значение действующего права». Например, когда говорят о работе по источникам права, в частности, по работе с *Corpus juris civilis*, с «Русской Правдой» и т.п.; г) средства познания действующего права. Например, когда говорят, что «право можно узнать из закона»¹.

Наряду с данными, весьма многозначными представлениями об источнике права последний рассматривается также в философском плане (**философский источник**) и **формально-юридическом** плане.

При рассмотрении источника права с философской точки зрения, в философском плане, основное внимание обращается прежде всего на то, какие по своему характеру (либеральные, консервативные и пр.) философские идеи легли в основу той или иной правовой системы, того или иного источника права, на базе каких философских конструкций создается та или иная правовая система и соответственно система права.

Когда же речь идет об источнике права, рассматриваемом в формально-юридическом плане, то основное внимание исследователей концентрируется на средствах или способах внутренней организации правовой материи, а также на формах ее выражения во вне.

В подобных случаях иногда говорят об источнике права, выступающем «в специально-юридическом значении». При этом источник права понимается не иначе, как «способ выражения (оформления) и закрепления нормы права как идей о должном или допустимом в объективной действительности» или как «то, где содержится норма права, то, откуда юристы-практики черпают знания о нормах позитивного права»².

¹ Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. Учебное пособие. Т. 2. Вып. 2, 3, 4. М., 1995. С. 5.

² Денисов С.А., Смирнов П.П. Теория государства и права. Конспект авторских лекций. Ч. 1. Тюмень, 2000. С. 52.

Следует заметить, что «формально-юридическое» представление об источниках права в отечественной и зарубежной юридической литературе является в настоящее время, пожалуй, наиболее распространенным и наиболее часто употребляемым. При этом, очевидно, сказывается своеобразная, издавна сложившаяся в юридической науке и практике традиция сведения реального (материального, духовного и иного) источника права к формальному. Кроме того (и это, по-видимому, главное), широкая доступность формального понимания источника права, его гораздо большая по сравнению с другими видами и представлениями об источниках права определенность и в силу этого неизмеримо большая по сравнению с ними возможность его практического применения и его практическая значимость.

Однако «выдвижение» на первый план формально-юридического понимания источников права вовсе не означает принижения роли, а тем более забвения других представлений об источниках права и их значения.

В научной литературе, например, начиная еще с конца XIX-начала XX в. периодически рассматривался вопрос об источниках не только объективного, но и субъективного права. При этом субъективное право определялось «с подачи» Б. Чичерина («Философия права», 1900) «как нравственная возможность, или иначе, как законная свобода что-то делать или требовать», а объективное право рассматривалось как «самый закон, определяющий эту свободу»¹. В настоящее время эта «традиция» в значительной степени сохранилась.

В отечественной и зарубежной юридической литературе в настоящее время по-прежнему остается также и другая своеобразная «традиция» — рассмотрения материальных, социальных, естественных и иных им подобных (реальных) источников права преимущественно в теоретическом плане, а формально-юридических источников, как правило, преимущественно в практическом плане.

Применительно к позитивному, а отчасти, и к естественному праву в настоящее время, как и раньше, предпринимаются попытки не только многопланового, разностороннего рассмотрения источников права, но и попытки классификации их по самым различным критериям. В частности, в зависимости от природы, характера, содержания, степени определенности и

¹ Чичерин Б. Философия права. М., 1900 // История политических и правовых учений. Хрестоматия. Белгород, 1999. С. 766.

формы выражения все источники права подразделяются на реальные и формальные, на первичные (материальные и иные) и вторичные (формально-юридические)¹, и др.

4. Однако независимо от критериев классификации источников права, от их видов, понятия и их содержания все они выступают в рамках той или иной правовой системы как некое единое целое, формирующее данную правовую систему и наполняющее ее конкретным нормативным содержанием.

С определенной долей условности можно утверждать, что каждой национальной правовой системе и соответственно системе права свойственна своя система источников права и наоборот. Оговорка о «некоторой доле условности» данного утверждения обусловлена тем, что в ряде случаев одни и те же источники права выходят за рамки отдельных национальных правовых систем и «обслуживают» целые их общности — различные правовые семьи. Это касается в первую очередь формально-юридических источников права, выступающих в виде законов, декретов, статутов и многих других нормативно-правовых актов.

Отмечая системный, упорядоченный характер источников права в рамках отдельных правовых систем и семей, необходимо вместе с тем иметь в виду и их, в определенной степени, «субординационный», «иерархический» характер. Последний проявляется не только в фактически существующем подразделении источников права на первичные (материальные, социальные и иные) и вторичные (формально-юридические) источники, где первые обуславливают само существование и содержание вторых, но он выступает и в других формах и проявлениях. В частности, в «иерархическом» или «субординационном» характере отношений, существующих между отдельно взятыми материальными, социальными и иными первичными источниками права, с одной стороны, и формально-юридическими, вторичными источниками права — с другой.

Общеизвестным является тот факт, что вторичные — формально-юридические источники в виде законов, издаваемых высшими законодательными органами, постановлений правительства, приказов министров и других нормативно-правовых актов никогда не находились и не могут находиться на одном и

¹ О классификации фактов — источников права на первичные и вторичные см.: *Алексеев Н.Н.* Основы философии права. СПб., 1999. С. 143-168; *Рябка А.К., Василенко О.Н.* Указ. соч. С. 63-64.

том же формально-юридическом и фактическом уровне. В зависимости от свойственной каждому из них, причем далеко не одинаковой, юридической силы все формально-юридические источники располагаются друг по отношению к другу строго в иерархическом, субординационном порядке, соподчиняются друг другу и соответственно дополняют и детализируют друг друга.

Определенная взаимозависимость и взаимообусловленность, ассоциирующаяся с субординацией и иерархичностью, существуют не только в подсистеме вторичных источников права, но и первичных. Одно из своих проявлений субординационный характер последних находит, в частности, в том, что выступая в качестве материального, социального и иного содержания конкретных формально-юридических источников права, первичные — фактические источники права «выстраиваются» в тот же самый субординационный ряд и располагаются в той же самой иерархической последовательности, что и вторичные, формально-юридические источники.

Другим проявлением субординационных отношений первичных источников права может служить также взаимозависимость и взаимообусловленность друг другом, с одной стороны, материальных и социальных факторов, выступающих в качестве первичных источников права, а с другой — исторически изначальная обусловленность материальных, социальных и иных факторов географическими, климатическими и иными естественными (природными) факторами. Разумеется, что в данном случае говорить о «чистых», ярко выраженных субординационных отношениях, как это имеет место в подсистеме вторичных — формально-юридических источников права, не приходится. Субординационный характер отношений, существующих между первичными источниками права, носит, скорее, скрытый, нежели открытый характер. И «вычисляется» он исходя из практики взаимоотношений друг с другом первичных источников права и здравого смысла, скорее, теоретически, нежели эмпирически.

Аналогично обстоит дело также с определением субординационного характера источников права и во всех тех случаях, когда речь идет не только об источниках — первичных и вторичных, непосредственно связанных с процессом правообразования, охватывающим собой практически всю правовую и неправовую сферу жизни общества и экономику, но и с процессами **правотворчества и законотворчества**.

Процесс правотворчества, являющийся, по существу, составной частью процесса правообразования, как известно, охватывает

гораздо меньшую сферу жизни общества и экономики, нежели процесс правообразования, и ограничивается лишь процессом разработки и принятия нормативно-правовых актов. В свою очередь процесс законотворчества, выступающий одновременно как важнейшая составная часть, «продолжение» процесса правообразования и процесса правотворчества включает еще меньшую по сравнению с ними сферу жизнедеятельности общества и экономики и ограничивается только областью разработки и принятия законов.

Рассматривая функциональную (содержательную) и сущностную взаимосвязь и взаимодействие процессов правообразования, правотворчества и законотворчества, нельзя не заметить, что все эти явления и соответствующие им категории и понятия, несмотря на свою общность и однородность, отнюдь не выступают как равнозначные по своему логическому объему и содержанию феномены. В реальной действительности в зависимости от данных и других им подобных особенностей они объективно обуславливаются и располагаются в таком логически «субординационном» ряду, который отражает процесс формирования, становления и развития как самого права, так и его различных составных частей, включая источники права. Начиная со стадии правообразования, данный процесс с неизбежностью охватывает стадию правотворчества и завершается, по общему правилу, процессом законотворчества. Аналогичный эволюционный путь проходит и формирующееся в пределах той или иной правовой системы представление об источниках права в целом и различных стадиях его становления и развития в отдельности.

5. Рассматривая вопрос о понятии, содержании и системе источников права, нельзя не затронуть теоретически и практически важную проблему соотношения понятия источника права с понятием формы права. В современной научной литературе вполне обоснованно подчеркивается, что несмотря на то, что в настоящее время термины «форма права» и «источник права» считаются «традиционно устоявшимися, а противоречия — преодоленными», тем не менее «проблема форм и источников права продолжает оставаться актуальной, поскольку она имеет не только терминологическую, семантическую сторону, но и содержательную»¹.

Вопрос о соотношении «формы права» и «источника права» отечественными и зарубежными авторами всегда решался и ныне

¹ Рябко А.И., Василенко О.Н. Указ. соч. С. 60.

решается далеко не одинаково¹. Традиционно существуют два значительно отличающихся друг от друга и несовместимых друг с другом варианта решения данного вопроса и подхода.

Суть первого из них заключается в полном отождествлении источника права с формой права, в сведении источника права к форме права и, наоборот, формы права — к источнику права. Во избежание недопонимания в подобных случаях при рассмотрении формы права, после написания данного термина «форма права», как правило, в скобках, в виде констатации тождественности и равнозначности искомых терминов следует термин «источник права».

В качестве одного из многочисленных примеров можно сослаться на работу М.И. Байтина «Сущность права (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков)», где понятие «форма права» полностью отождествляется с «источником права», а обозначающие их термины считаются равнозначными. «Под формой (источником) права, — пишет автор, понимаются определенные способы (приемы, средства) выражения государственной воли общества». К исторически сложившимся «разновидностям формы выражения права (источником права в юридическом смысле) относятся правовая обычай, судебный прецедент, договор с нормативным содержанием, нормативный акт»².

Суть второго подхода к решению проблем соотношения источников и форм права состоит в том, что их понятия рассматриваются как полностью несовпадающие друг с другом, а отражающие их термины — как далеко не равнозначные друг другу. В научной литературе отмечается в связи с этим: несмотря на то что понятия «форма права» и «источник права» тесно взаимосвязаны между собой, однако они не совпадают друг с другом. Если «форма права» показывает, как организовано и выражено вове содержание права, то понятие «источник права» охватывает «источники формирования права, систему факторов, предопределяющих его содержание и формы выражения».

Анализируя данные варианты и подходы к решению вопроса о соотношении формы права и источника права и сравнивая их

¹ Cotterrell R. *The Politics of Jurisprudence: A Critical Introduction to Legal Philosophy*. L., 1989; Freeman M. *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*. 6th ed. L., 1994; McLeod I. *Op. cit.*

² Байтин М.И. *Сущность права (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков)*. С. 67.

³ Луцин В.О., Мазуров А.В. *Указы Президента РФ. Основные социальные и правовые характеристики*. М., 2000. С. 11.

с реальной действительностью, нетрудно заметить, что они грешат, как представляется, односторонностью в оценке рассматриваемых явлений и чрезмерной прямолинейностью. Формула «или-или», сводящаяся лишь к одному из двух умозаключений в отношении формы и источника права, а именно или к тому, что они полностью совпадают друг с другом, тождественны друг другу, или же, наоборот, что они не тождественны и не совпадают друг с другом, не соответствует реальному положению вещей.

Разностороннее изучение понятия и содержания форм и источников права, а также анализ характера их взаимоотношений недвусмысленно указывают на то, что в одних отношениях форма и источник права могут совпадать друг с другом и рассматриваться как тождественные, в то время как в других отношениях они могут значительно отличаться друг от друга и не могут считаться тождественными.

Совпадение формы и источника права имеет место тогда, когда речь идет о вторичных, формально-юридических источниках права. Последние нередко называют в научной литературе просто формальными источниками права¹. Тем самым подчеркивается, помимо всего прочего, идентичность формы и источника права, где форма указывает на то, как, каким образом организовано и выражено во вне юридическое (нормативное) содержание, а источник — на то, каковы те юридические и иные истоки, факторы, предопределяющие рассматриваемую форму права и ее содержание².

Что же касается первичных источников права, рассматриваемых самих по себе, в виде материальных, социальных и иных факторов, оказывающих постоянное влияние и предопределяющих процессы правообразования, правотворчества и законотворчества, то здесь совпадения источников права с формами права нет и не может быть. Одна из причин этого заключается в том, что рассматриваемые феномены находятся на разных уровнях и «обслуживают» разные сферы. Материальные, социальные и иные **источники** — факторы воздействия на процессы правообразования, правотворчества и законотворчества относятся к соответствующим — материальным и иным **реальным сферам** жизни.

¹ См., например: *Гурова Т.В.* Источники российского права: Автореф. дис. канд. юрид. наук. Саратов, 1998. С. 23.

² *Марченко М.Н.* Теория государства и права. М., 2001. С. 349-350.

Что же касается форм права, равно как и самого права в целом, то они неизменно ассоциируются с формальными (формально-юридическими) сферами жизни общества, а точнее, с формально-юридическими аспектами материальной, социальной и других реальных сфер жизни общества.

Исходя из сказанного, можно сделать вывод о том, что при совпадении понятий формы и источника права, обозначающие их термины следует рассматривать как идентичные по своему смысловому значению и содержанию, как взаимозаменяемые. Во всех же других случаях подобная взаимозаменяемость данных терминов в силу неадекватности рассматриваемых явлений и отражающих их понятий исключается.

6. Следует заметить, что в процессе познания правовой материи на уровне национальных правовых систем формы и источники права часто различаются друг от друга. В то же время на уровне правовых семей в процессе проведения соответствующих сравнительно-правовых исследований формы и источники права, как правило, друг с другом отождествляются.

Среди источников права, отождествляемых с формами права, с которыми имеют дело исследователи национальных систем права и компаративисты, следует назвать правовые обычаи, нормативно-правовые акты государственных органов (законы, декреты, статуты, постановления и пр.), нормативно-правовые акты, принимаемые с санкции государства негосударственными организациями, правовые договоры, прецеденты. Важными источниками римского права были деловые обыкновения — правила, выработывавшиеся повседневной, деловой практикой консулов, преторов и других должностных лиц. Для романо-германского права характерным источником в течение длительного времени (XIII-XIX вв.) считалась правовая доктрина. В качестве важнейших форм (источников) мусульманского права выступают: Коран — священная книга ислама, Сунна, или традиции, связанные с посланием Аллаха, Иджма, или «единое соглашение мусульманского общества», и Кияс, или суждение по аналогии¹.

Следует особо отметить, что представления об источниках права, так же как и их виды, *никогда* не оставались неизменными. Одни из них (правовой обычай, закон, прецедент), совершив значительную эволюцию с древнейших времен, сохранились

¹ См.: РенеД. Основные правовые системы современности (сравнительное право). М., 1967. С. 388.

в правовых системах и поныне, другие бесследно исчезли. Третьи же, утратив свою какую-либо практическую значимость, сохранили лишь историческую ценность. Среди последних можно выделить, например, сочинения римских юристов, имевших обязательную силу для судей и фактически выступавших в качестве закона; правовые акты, принимавшиеся в Древнем Риме народными собраниями и сенатом (сенатусконсульты), и др. Для национальных систем права, равно как и для сравнительного правоведения, они имеют лишь историческую ценность.

Разумеется, формы (источники) права варьируются не только в зависимости от этапов развития общества, государства и права, но и в зависимости от особенностей самих правовых систем. Так, например, при анализе современной правовой системы Великобритании исследователями называются, как правило, три основных источника права. Это — прежде всего «статутное право», возникающее в результате законодательной деятельности парламента; «делегированное законодательство», исходящее от «всех трех государственных органов», которым частично делегируется законодательная власть со стороны парламента; «обычное право», которое появляется в результате «правотворческой деятельности различных судебных инстанций»¹.

Необходимо подчеркнуть, что значимость каждого из этих источников права в различных частях Великобритании не одинакова. Ведь нельзя забывать, что современная Великобритания, состоящая из Англии, Уэльса, Шотландии и Северной Ирландии, хотя и считается единым политическим образованием, но отнюдь не является таковым в правовом смысле. Каждая из этих составных частей имеет далеко не одинаковую по своей значимости систему норм и источников права. Если правовые системы Северной Ирландии и Уэльса, весьма сходные по своей природе и характеру с правовой системой Англии, лишь в незначительной степени были подвержены влиянию римского права, то в отношении правовой системы Шотландии все обстоит как раз наоборот. Это — «совершенно иная правовая система, которая сложилась под огромным влиянием со стороны древнеримского права»².

Несомненно, у всех трех правовых систем существует общее связующее звено в виде актов (статутов) британского парламента, которые «имеют одинаковую юридическую силу на территории всех составных частей Великобритании, и решений палаты

¹ *Rutherford L., Todd I., Woodly M.* Introduction to Law. L., 5982. P.3.

² *Sim R. Pace P.* A Level English Law. L., 1991. P. 3.

лордов, выступающей в качестве высшей апелляционной инстанции для всех трех территорий по некоторым делам»¹.

Применительно к правовой системе Австралии выделяются четыре основных источника права. Среди них в первую очередь называется «обычное право», затем — «статутное право», делегированное законодательство и обычаи. В австралийских научных исследованиях нередко поясняется, что наиболее распространенный в данной стране источник — это обычное право. Оно представляет собой совокупность правил, устанавливаемых решениями отдельных судей и судебных органов, принимаемых ими при рассмотрении конкретных дел. При этом добавляется, что то, из чего складывается обычное право, есть не только и даже не столько «решения по каждому делу, сколько принципы, на основе которых выносятся эти решения».

Некоторые пояснения даются и в отношении статутного права — продукта правотворческой деятельности представительных государственных органов страны. Обращается внимание, в частности, на то, что статутное право может исходить как от парламента всей страны, так и от парламента отдельных штатов. В силу этого термины «акт парламента» и «статутное право» взаимозаменяемы².

Относительно правовой системы Японии зарубежные авторы указывают на такие источники права, как Конституция 1947 г., заменившая собой Конституцию японской империи 1889 г., известную под названием Конституции Мейджи; акты парламента, принимаемые в большинстве своем «по инициативе кабинета и его отдельных органов»; правительственные указы, издаваемые кабинетом и его различными ведомствами в целях «проведения в жизнь положений, содержащихся в Конституции страны и в текущих законах»; ордонансы, принимаемые местными представительными органами, имеющими право на установление санкций за их нарушение в виде тюремного заключения или штрафа; «правила и процедуры судопроизводства, работы адвокатов, внутреннего распорядка в судах, а также правила управления судебными делами», устанавливаемые в соответствии со ст. 77 Конституции Японии, Верховным судом этой страны; правовые обычаи и «юридические» прецеденты³.

Анализ юридической литературы и правовой жизни различных стран показывает, что в каждой правовой системе существует

¹ *Sim R. Pace P. A Level English Law. L., 1991. P. 3.*

² *Gifford D., Gifford K. Our Legal System. Sydney, 1983. P. 5, 8.*

³ *The Japanese Legal System / Ed. by H. Tanaka, Tokyo, 1984. P. 55-60.*

огромное разнообразие форм или источников права. И, естественно, не все они имеют равную значимость и выполняют одинаковую регулятивную роль.

Сравнивая между собой романо-германскую правовую семью и правовую семью общего или обычного права, известный французский юрист — теоретик права Р. Давид отмечает, что если в странах романо-германской правовой семьи «стремятся найти справедливые юридические решения, используя правовую технику, в основе которой находится Закон», т.е. в системе правовых регулятивных средств выделяются прежде всего акты высших законодательных органов — парламентов, то в странах, относящихся к семье общего права, «стремятся к тому же результату, основываясь в первую очередь на судебных решениях»¹. Прецеденты, судебные решения как источник права и регулятивные средства осуществления политической власти выступают при этом на первый план.

Известная иерархия форм или источников права юридически и фактически прослеживается не только в правовых семьях, охватывающих многие страны, но и в правовых системах отдельных стран. Небезынтересны в связи с этим рассуждения австралийских авторов Д. и К. Гиффордов о том, что, хотя «статутное право» Австралии в представлении большинства граждан этой страны занимает «очень важное место» среди других источников права и весьма распространено, тем не менее в практическом плане оно как источник занимает лишь третье место после «общего права» и «делегированного законодательства»².

Аналогично обстоит дело относительно представления о месте и роли статутов среди основных источников права и в других странах. Принцип верховенства статутного права, говорится в связи с этим в «Международной энциклопедии сравнительного права», не везде в мире признавался в одинаковой мере. Используя старую терминологию, следует проводить различие между странами с писанным правом, где статуты как источники права «стремятся представлять всю систему права», и странами с неписанным правом, где вовсе не разделяется идея о том, что законодательные органы, от которых исходят статуты, как и сами статуты, должны играть приоритетную роль.

В основе подобного деления стран на две условные группы лежат не случайные факторы, а очень древние традиции.

¹ Давид Р. Основные правовые системы современности. М., 1967. С. 121-122.

² Gifford D., Gifford K. Op. cit. P. 8.

Согласно им, первая группа стран, которые называются также странами кодифицированного права, исторически ориентировалась и базировалась на ценностях римского права. Тогда как другая группа стран в развитии своего национального права использовала в основном собственный исторический опыт, свою, выработанную веками, «казуистическую манеру»¹.

Таким образом, в формально-юридическом плане, согласно классической теории парламентаризма, «статутное право» как продукт деятельности высших органов государственной власти — парламентов должно иметь несомненный приоритет и занимать ведущее место во всех странах, практически же оно не имеет таких приоритетов в ряде стран. Приоритет же отдается актам, принимаемым судебными органами, на базе правотворческой деятельности которых формируется общее право, и актам органов государственного управления, которые формируют массив делегированного законодательства.

Подобная картина наблюдается не только в правовой системе Англии, Австралии, но и в правовых системах ряда других современных стран. Основная разница при этом заключается лишь в том, что в правовых системах одних стран ведущее положение вместо актов высших органов государственной власти фактически занимают акты органов управления, изданные в порядке делегирования правотворческих функций парламента. В то время как в правовых системах других стран ведущее положение занимает «судебное» или «общее право».

Типичными примерами ярко выраженного доминирования власти той или иной страны могут служить правовые системы Франции, ФРГ, Швейцарии, Италии и других стран.

Наиболее характерным примером доминирования общего (обычного или прецедентного) права в системе регулятивных средств осуществления власти является правовая система Великобритании. С формально-юридической точки зрения высшей юридической силой и непререкаемым приоритетом в ней обладают акты парламента. Это обусловлено тем, что теоретически парламента по сравнению со всеми остальными правотворческими органами обладает «полным или неограниченным суверенитетом внутри страны», является «высшим творцом» всего действующего права. Однако в практическом плане дело обстоит далеко не так. Как в количественном отношении (удельный вес

¹ International Encyclopedia of Comparative Law. Vol. II. The Legal Systems of the World. Their Comparison and Unification. L., 1973. P. 53.

в законодательном массиве), так и в качественном (с точки зрения иерархии различных источников права) пальма первенства в правовой системе Великобритании принадлежит обычному (прецедентному) праву. Закон же (статут) по традиции играет в английском праве второстепенную роль, «ограничиваясь лишь внесением изменений или дополнений в прецедентное право»¹.

В настоящее время, как свидетельствуют исследования в области английского права, ситуация постепенно меняется в пользу законодательства. Но тем не менее «обычное право» продолжает играть в английской правовой системе доминирующую роль. Важнейшее значение по-прежнему играют судебные прецеденты, доктрины, обычаи, традиции. Доказательством этого является уже то, что только на основе традиций и обычаев в современной Великобритании по-прежнему решаются многие важнейшие вопросы политической и социальной жизни страны, в частности, вопросы назначения и ухода в отставку премьер-министра, определения прерогатив короны, определения правительственной программы и др.²

Таким образом, в разных правовых системах различные формы (источники) права играют далеко не одинаковую роль. Однако, несмотря на это, все они являются по сравнению с неправовыми средствами весьма важными рычагами воздействия на общественные отношения и различные общественно-политические институты. Этим определяется то огромное внимание, которое уделяется источникам права не только на уровне национального права, но и сравнительного правоведения³.

4. РЕКОМЕНДУЕМАЯ ЛИТЕРАТУРА

Байтин М.И. Сущность права. Саратов, 2001. *Богдановская И.Ю.* Прецедентное право. М., 1993. *Гойхбарг А.Г.* Сравнительное семейное право. М., 1927. *Джероза Л.* Каноническое право в католической церкви. М., 1999. *Кельзен К.* Общее учение о праве. М., 1967. *Лукашова Е.А.* Право, мораль, личность. М., 1986. *Лукашук И.И.* Нормы международного права в правовой системе России. М., 1997. *Мальцев Г.В.* Понимание права. Подходы и проблемы. М., 1999.

¹ Давид Р. Указ. соч. С. 306.

² Wade E., Phillips G. Constitutional Law. L., 1988.

³ International Encyclopedia of Comparative Law. Vol. II. P. 14-24, 53-57.

Марченко М.Н. Проблемы теории государства и права. М., 2001. *Саидов А.Х.* Сравнительное правоведение: Учебное пособие. Ташкент, 1999.

Трубецкой Е.Н. Энциклопедия права. СПб., 1998.

Cзёреан P. Comparative Law, Law Reform and Codification: National and International Perspectives. // *Asia Pacific Law Review*. 1994. N 1. *Harris J.* Legal Philosophies. L., 1997. *McLeod I.* Legal Theory. L., 1999. *Morrison* Jurisprudence. N. Y., 1998.

Posner R. The Problematics of Moral and Legal Theory. N.Y., 1999. *Scharffs B.* Law and Craft // *Vanderbilt Law Review*. 2001. Vol. 54. N 6.

СРАВНИТЕЛЬНОЕ ПРАВОВЕДЕНИЕ И МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО

1. СОДЕРЖАНИЕ ТЕМЫ

Проведение сравнительно-правовых исследований на уровне национального и международного права. Относительно самостоятельный характер систем национального и международного права. Основные черты и особенности системы международного права. Монистический и другие подходы к изучению характера отношений международного и национального права. Суть дуалистической концепции определения статуса международного права. Взгляды Л. Оппенгейма на характер международного права и его соотношение с национальным правом.

Основные черты сходства и различия систем международного и национального права. Регулятивный характер системы международного права и национальных правовых систем. Государственно-волевой характер норм международного и национального права. Общность объекта регулятивного воздействия международного и национального права. Общие черты и особенности источников международного и национального права.

Основные пути и формы влияния международного права на национальное. Обратное воздействие национального права на международное право. Социальный смысл и содержание концепции примата международного права над внутригосударственным правом. Неоднозначность восприятия данной концепции в разных странах. Характер взаимосвязи и взаимодействия современного международного права и российского внутригосударственного права.

2. МЕТОДИЧЕСКИЕ РЕКОМЕНДАЦИИ К ТЕМЕ

1. Основная цель данной темы — раскрытие с помощью сравнительного метода характера взаимосвязей и взаимодействия международного и национального (внутригосударственного права).

В качестве исходного положения при этом рассматривается тот факт, что сравнительное правоведение в качестве объекта исследования имеет не только национальные правовые системы, но и международное право (публичное и частное).

Изучение их в сравнительном плане неизбежно порождает исходный вопрос о том, **являются ли они вообще достаточно разделенными и самостоятельными правовыми системами**, чтобы можно было проводить их сравнительный анализ.

Вопрос на первый взгляд кажется тривиальным. Однако за ним стоит довольно длительная интеллектуальная борьба.

2. Говоря об историческом разночтении относительно данного вопроса и о разнообразии существующих в мире вплоть до настоящего момента точек зрения, следует упомянуть прежде всего о том общеизвестном факте, что международное право как таковое, а следовательно, и его система весьма длительное время не признавались вообще.

Констатируя данное обстоятельство, известный представитель российской школы международного права Ф.Ф. Мартене (1845-1909) писал еще в начале XX в., что далеко не все юристы «согласны в своих взглядах на значение науки международного права»¹. Если «такой замечательный публицист, — отмечал автор, — как Лоренц фон Штейн, относит ее к высшей области юрико-политических наук, то другие представители юриспруденции и преимущественно юристы-практики не находят возможным даже считать международное право за отрасль права» или «доказывают, что единственным его предметом является осуществление в международных отношениях грубой физической силы»².

Основные причины долгого непризнания международного права Ф. Мартене и другие авторы усматривают **в следующем Во-первых, в** относительной неразвитости международного права в течение длительного времени по сравнению с национальными системами права. Видный немецкий ученый-государствовед;] и правовед конца XIX — начала XX в. Г. Еллинек (1851-1911]

¹ Мартене Ф. Современное международное право цивилизованных народов Т. I / Общ. ред. и вступ. ст. Л.Н. Шестакова. М., 1996. С. 10 (по изд. 1904 г.).

² Там же.

писал в связи с этим, что «лишь в мире христианских государств, связанных друг с другом множеством культурных элементов, объединенных в Средние века единой церковью, к началу нового времени зарождаются идея и создание международного права, значительно прогрессирующие затем со времени Вестфальского мира и достигающие неожиданного развития в течение истекшего столетия». Это международное право, пояснял автор, «есть то право, которое связывает государства в их взаимных отношениях, т.е. то право, которое противостоит государству в его внешних отношениях в качестве объективного права»¹.

«Возможность и существование международного права, — резюмировал Г. Еллинек, — многократно подвергались сомнению. Оно отвергается, конечно, теми, кто приступает к решению этого вопроса со старыми цивилистическими шаблонами. Но окончательное решение вопроса о его существовании принадлежит тем образованиям, для которых оно должно служить действующим правом, — самим государствам». Если они признают себя связанными международным правом, это является прочным базисом его существования. А что такое признание со стороны членов международного общения «фактически существует — для нашего времени представляется совершенно бесспорным»².

Позднее признание международного права в качестве самостоятельной отрасли знаний и системы права вовсе не означало наличия правового вакуума в отношениях между государствами. Известно, например, что ряд институтов международного права получили свое развитие и закрепление еще в древности, в эпоху рабовладения. Это, в частности, системы норм, касающиеся посольского и договорного права, деятельности третейских судов и посредничества, защиты прав иностранцев и др.

Однако речь при этом идет о признании **не только и даже не столько отдельных институтов, сколько в целом самого международного права**. Различные институты появились и получили свое формально-юридическое и практическое признание еще на ранних стадиях развития человеческого сообщества. Что же касается международного права в целом как системы юридических принципов и норм, регулирующих отношения между государствами и

¹ Еллинек Г. Общее учение о государстве. СПб., 1908. С. 274.

² Там же.

другими участниками (субъектами) международного общения, то оно было признано гораздо позднее¹.

Во-вторых, в сильном и продолжительном влиянии римского права на правовую жизнь стран Западной Европы и на их систему юридического образования, существенно затормозившем, по мнению Ф. Мартенса и ряда других авторов, развитие и признание международного права.

В Западной Европе и в особенности в германских университетах, констатировал Ф. Мартене, «изучение римского права и пандектов до самого последнего времени составляло почти исключительный предмет образования юристов». Это «преобладающее господство римского права», по справедливому утверждению автора, «не только замедлило развитие других отделов права, но и утвердило тот ложный взгляд на юридическую науку, что только та система законов заслуживает названия науки права, которая непосредственно применяется в жизни, служит средством борьбы за повседневные интересы лица, охраняется принудительной силой, — словом — может быть основана на римском праве»².

Международное право «в глазах цивилиста» и любого иного юриста, воспитанного на традициях римского права, «часто нарушаемое на практике и в большинстве случаев имеющее лишь отдаленный интерес для частных лиц», не было частью правоведения, «потому он не находил возможным посвятить ему свои труды»³.

С удовлетворением отмечая, что современные юристы и политические деятели все чаще отказываются от этого воззрения «даже в Германии» и что римское право «постепенно сходит с того пьедестала, на который оно было поставлено в Германии силой обстоятельств прошлого времени», Ф. Мартене не без оснований заключает: при существующем строе общественной жизни, когда народ путем избрания своих представителей «призывается к участию в законодательстве и к управлению страной», знакомство лишь с *Corpus Juris* представляется далеко не достаточным, ибо «свод римского права не дает никакого ответа на многие жизненные вопросы, от которых зависит в настоящее время всестороннее развитие народов»⁴.

¹ Подробнее о становлении и развитии международного права см.: Курс международного права. Т. 1-6. М., 1967-1973.

² Мартене Ф. Указ. соч. С. 10.

³ Там же.

⁴ Там же. С. 10-11.

Более того, «было бы напрасным трудом пытаться определить международные отношения современных народов на основании принципов этого права». Римляне остаются неподражаемыми мастерами «в формулировании положения гражданского права и в приложении юридического анализа, с которым каждый юрист должен относиться к изучению права вообще». В этом отношении римское право дает науке международного права тот практический метод, те орудия анализа, «посредством которых могут быть выяснены юридические нормы или законы».

Однако в нем «нельзя искать юридического определения отношений, существующих между современными народами, потому что римляне не знали международных отношений в том смысле, который придается им в настоящее время». В своих отношениях с другими народами они исходили из принципа, прямо противоположного современному. Если теперь «международная жизнь в ее мирных проявлениях считается нормальным порядком вещей», то мирные международные отношения, в которые вынуждены были вступать римляне, рассматривались как «нарушение законного порядка отношений»¹.

Аналогичного мнения о соотношении международного и римского права придерживались и другие авторы, в частности Р. Иеринг. Правда, он считал, в отличие от других исследователей, что только в условиях Рима история права как таковая «вознеслась» от разрозненной истории прав отдельных народов до общей истории права всех народов и что *jus gentium* («право народов», «право между народами») есть если не само, то, по крайней мере, прототип современного международного права, ибо оно уже возвысилось «до новейшей идеи всеобщности и старалось осуществить ее в области международных торговых сношений»².

С такой постановкой вопроса, рассматривающей *jus gentium* в качестве синонима международного права, соглашались далеко не все авторы. Более того, данная точка зрения подвергалась резкой критике со стороны некоторых исследователей.

Прослеживая историю становления международного права, Ф. Мартене весьма критически относился к тому, что «первые представители науки международного права» довольно опрометчиво позаимствовали от римлян не только название международного

¹ Мартене Ф. Указ. соч. С. 11.

² Иеринг Р. Д.
СПб., 1875. С. 8.

² Иеринг Р. Дух римского права на различных ступенях его развития. Ч. I.

права, но и представление о том, что «*jus gentium* есть международное право»¹.

На самом же деле «это определение представляет собой полнейшее смешение разнородных понятий», ибо если *jus gentium* есть «совокупность философских начал, общих гражданских законов различных стран», предмет которого составляют «бытовые, частные отношения между отдельными лицами в сфере их личного, вещного, обязательственного и семейного права», то очевидно, что предметом международного права являются не эти отношения, а «отношения между независимыми государствами»².

В-третьих, в негативном влиянии на процесс признания международного права в качестве самостоятельной отрасли знаний и относительно самостоятельной системы права реалистической школы права, безраздельно господствовавшей на рубеже XIX-XX вв., по словам Ф. Мартенса, «не только в науке истории, но также и в различных областях юриспруденции»³.

Рассматривая господство физической силы как «единственный закон международных отношений», сторонники реалистической школы права выступали против признания «возможности осуществления и определения правовых начал и законов в области международных отношений», а следовательно, и против признания международного права.

Основным аргументом при этом был тезис «об отсутствии принудительного характера положений международного права» и, в частности, о «недостатке законодательной власти и суда, общих всему союзу государств».

Одним из активных защитников данного тезиса, фактически сводящего суть международного права к силе, был Р. Иеринг. В своей небольшой по объему, но весьма насыщенной по содержанию работе «Борьба за право», вышедшей в свет в 1908 г. и получившей широкое признание, автор утверждал: «Цель права — мир, путь к нему — борьба»; «право есть не чистая мысль только, но живая сила», «понятие права не есть понятие логическое, но чистое понятие о силе». Сила «не есть только средство для осуществления права, но она становится органической частью самого понятия о праве». Вот почему, рассуждал Иеринг, богиня справедливости, держит в одной руке весы для взвешивания права, в другой руке меч для его защиты. Меч без весов будет голой силой, весы без меча — бессилием права. «Меч и

¹ Мартене Ф. Указ. соч. С. 21.

² Там же. С. 21-22.

³ Там же. С. 11.

весы идут рука об руку, и идеал права достигается только там, где сила, с которой богиня справедливости осуществляет право, равна ловкости и умению, с которыми она управляет весами»¹.

Оспаривая данный тезис, фактически сводящий сущность права к физической силе и на этом основании подвергающий сомнению правомерность и саму возможность существования относительно самостоятельной системы международного права, Ф. Мартене отмечал: «Учение, согласно которому физическая сила и принуждение составляют существенную принадлежность права, смешивает две различные вещи». А именно — «самое право и принудительный порядок его осуществления»².

Последний «имеет применение» обычно в тех случаях, «когда право и закон нарушаются». Поэтому «сила есть более элемент неправды, чем права, которое в нормальном *его* существовании никогда не вызывает насильственного осуществления. Право перестает существовать с того момента, когда оно перестало быть побудительной причиной и мотивом людских действий, когда оно более не осознается»³.

3. Относительно самостоятельный характер международного права как системы, существующей параллельно и наряду с внутригосударственными (национальными) правовыми системами, длительное время подвергался сомнению и с других позиций. А именно — с позиции получившей широкое распространение в конце XIX — первой половине XX в. доктрины, согласно которой в мире нет разных правовых систем, а существует лишь **единый универсальный правовой порядок и соответственно единая «универсальная правовая система»**.

Одним из наиболее активных сторонников данной идеи был Г. Кельзен. Согласно его воззрениям, «между национальным и международным правом нет абсолютной границы». Различие между ними весьма относительно. Оно заключается прежде всего «в уровне централизации правовой системы или децентрализации»⁴.

Национальное право представляет собой «сравнительно высокоцентрализованный правовой порядок», поскольку оно соотносится с системой централизованных государственных органов, включая систему органов государственной власти — законодательных органов, исполнительно-распорядительных и судебных органов. По сравнению с национальным правом международное

¹ *Иеринг Р.* Борьба за право. СПб., 1908. С. 1, 3, 5-6.

² *Мартене Ф.* Указ. соч. С. 16.

Там же. С. 16-17.³

⁴ *Kelsen H.* General Theory of Law and State. N.Y., 1991. P. 325.

право выступает как «более децентрализованный правовой порядок». Оно представляет собой «самый высокий уровень децентрализации, когда-либо существовавший в пределах позитивного права»¹.

Признавая за нормами международного права юридическую природу, поскольку они непосредственно ассоциируются с государством, порождаются и обеспечиваются в случае необходимости совместными усилиями государств, Г. Кельзен в то же время воздерживался от выделения международного права в относительно самостоятельную правовую систему.

Согласно его воззрениям, международное и национальное право («международный правовой порядок» и «все национальные правовые порядки») формируют «единую, универсальную правовую систему». Они выступают как две неразрывно связанные между собой составные части этой системы.

В рамках данной системы нормы международного публичного права играют центральную роль. Они распространяют свое действие как на территорию всех ныне существующих государств, так и на территорию, где имеется лишь потенциальная возможность возникновения новых государств. Иными словами, международное право имеет глобальный характер и действует на любой территории, «где нормы этого права должны применяться»², а национальное право — только на территории «своего» отдельно взятого государства.

Согласно воззрениям Г. Кельзена, в отличие от норм международного права, имеющих глобальный характер, юридические нормы, из которых возникают национальные правовые системы, являются локальными по своему характеру. Они формируют «локальные правовые порядки», из которых затем возникает универсальный правовой порядок. Характер отношений, складывающихся при этом в рамках последнего между нормами национального права, с одной стороны, и нормами международного права — с другой, зачастую сходен с взаимоотношениями между нормами национального права и нормами морали³.

Не вдаваясь в суть данного, весьма спорного утверждения, отметим лишь, что в этом случае международное право без достаточных для того оснований не признается в качестве автономной, относительно самостоятельной системы правовых норм,

¹ *Kehen H.* Op. cit. P. 325.

² *Ibid.* P. 325, 326.

³ *Ibid.* P. 326, 328, 348.

и тем самым практически исключается возможность его сравнительного исследования с национальными системами права.

4. Такая возможность также исключается и тогда, когда международное право рассматривается лишь как отрасль права¹, а не как относительно самостоятельная система права или же когда оно трактуется как неотъемлемая часть некоего «промежуточного» (intermediary) права, существующего, по мнению некоторых авторов, между национальным правом и собственно международным правом², ибо такой подход к международному праву практически ничем не отличается от прежних, развивавшихся, в частности, Г. Кельзенем и другими авторами так называемых «**монистических** подходов», при которых оно фактически лишалось признания в качестве самостоятельной отрасли знаний и учебной дисциплины.

Подвергая критическому анализу подобные монистические воззрения на международное и национальное право, известный английский ученый-юрист, специалист в области международного права Л. Оппенгейм, не без оснований писал, что монистическая доктрина неправомерно отрицает многие вполне очевидные доводы и положения. А именно — то, что: а) субъекты обеих систем права существенно различны и что в обеих системах в конечном счете «регулируется поведение индивидуумов» с той лишь разницей, что в сфере международной жизни «последствия такого поведения приписываются государству»; б) в обеих сферах права существенным является предписание, «обязательное для субъектов права независимо от их воли».

Кроме того, данная доктрина неправомерно утверждает, что международное право и внутригосударственное право, «не имеющие между собой существенных различий, должны рассматриваться как проявления единой концепции права»³.

И это не только проблема терминологии, поясняет Оппенгейм, согласно которой было бы неправильно давать одно и то же наименование «двум существенно различным системам норм, регулирующих одно и то же поведение». Главный довод этой доктрины в пользу идентичности «в основном обеих сфер права» состоит в том, что ряд коренных понятий международного права «не может быть понят без предположения о некоем высшем правовом порядке, из которого вытекают различные системы внутригосударственного права, в известном смысле путем

¹ См.: Еллинек Г. Указ. соч. С. 273.

² Revue de droit international et de legislation comparee. 1939. Vol. 20. P. 339-408.

³ Оппенгейм Л. Международное право. Т. I. М., 1948. С. 56.

делегирования. Пределы персональной и территориальной компетенции государств определяются международным правом»¹.

5. Для определения реального статуса международного права, а вместе с тем возможности его исследования как относительно самостоятельной системы права в сравнительном плане с национальными системами права следует, как представляется, исходить из основных положений не **монистической концепции**, а так называемой **«дуалистической концепции»**. Суть ее заключается в полном признании самостоятельного характера как системы международного права, так и системы внутригосударственного или национального права.

Данная доктрина активно развивалась Оппенгеймом и другими видными экспертами в сфере международного права, исходившими из того, что «международное право и внутригосударственное право отдельных государств существенно отличаются друг от друга»².

Отстаивая «дуалистические» позиции, Оппенгейм писал, что международное право «ни в целом, ни частично не может *per se* быть частью внутригосударственного права». Точно так же, как внутригосударственное право «не обладает силой изменять или создавать нормы международного права». Последнее «ни в коей мере не обладает силой изменять или создавать нормы внутригосударственного права»³.

В тех же случаях, когда, согласно «внутригосударственному праву отдельного государства, международное право, как целое или в некоторых своих частях, признается внутригосударственным правом этого государства, то это может быть лишь в силу внутреннего обычая или закона». В этом случае соответствующие нормы международного права «путем их признания становятся одновременно и нормами внутригосударственного права».

Из этого следует один, но вполне конкретный и практический вывод, согласно которому «поскольку такое полное или частичное признание не имело места, то государственные суды не могут считаться связанными международным правом по той причине, что оно *per se* не имеет никакой власти над этими судами». Если же окажется, что норма внутригосударственного права находится «в несомненном противоречии с нормой международного права, то государственные суды обязаны применить первую»⁴.

¹ Оппенгейм Л. Указ. соч. С. 56.

² Там же. С. 55-56.

³ Там же.

⁴ Там же.

Дуалистическая концепция получила свое дальнейшее развитие и широкое распространение особенно в послевоенные (после окончания Второй мировой войны) годы. Окончательно сложившийся к этому времени двухполюсный мир, противостояние друг другу различных социально-экономических и политических систем в значительной мере сняли с повестки дня вопрос о едином и неделимом миропорядке, «универсальной правовой системе» и пр.

Монистический взгляд на реальный статус и характер их взаимоотношений международного и национального права все в большей степени вытеснялся дуалистическим подходом. В известной мере идеалистическое монистическое представление о «едином мировом правопорядке», единой «универсальной правовой системе» стало все более активно заменяться гораздо более реалистическим дуалистическим влиянием. Хотя это вовсе не исключает в настоящее время определенного влияния и монистических идей.

Однако как в отечественной, так и зарубежной литературе доминирующим все отчетливее становится дуалистический подход.

Согласно «дуалистическим» представлениям, международное право рассматривается как «особая, отличная от правовых систем конкретных государств», **относительно самостоятельная система права**. Она складывается из «совокупности международно-правовых принципов и обязательных для всех государств норм»¹.

В отечественной научной литературе особо подчеркивается, что международное право — это обширная и быстро расширяющаяся система права, включающая в себя такие отрасли, как право договоров (отрасль договорного права), право международных организаций, право международной безопасности, международное экономическое право, международное морское право, международное космическое право, международное воздушное право, права человека в международном праве и др.²

Вполне обоснованно отмечается также, что международное право как система не существует изолированно от других социально-политических и правовых явлений, от других существующих наряду с ним и влияющих на его развитие правовых и неправовых систем³.

Речь идет, с одной стороны, о **национальных правовых системах**, тесно связанных и взаимодействующих с системой принципов и

¹ Международное право / Отв. ред. Г.И. Тункин. М., 1994. С. 73.

² См.: Тункин Г.И. Право и сила в международной системе. М., 1983. С.26.

³ См.: Шестаков Л.Н. Понятие международного права // Вестн. Моск. унта. Сер. Право. 1997. № 6. С. 91.

норм, образующих международное право¹, а с другой — о **системе международных отношений**, на основе которых возникает и развивается международное право, а также о «**международной межгосударственной системе**».

Последняя, зачастую называемая просто «межгосударственной системой», включает в себя не только государства, но и «государственно подобные образования», «народы и нации, борющиеся за независимость, то есть государственные образования в процессе становления», межгосударственные международные организации, различные международные органы (например, международные суды и арбитражи, международные комиссии), «международное право и другие социальные нормы, действующие в этой системе, связи между этими компонентами»².

Таким образом, возникая на базе международно-экономических, финансовых, политических и иных отношений, международное право как относительно самостоятельная правовая система находится в тесной взаимосвязи и взаимодействии с другими, относительно самостоятельными национальными правовыми системами, а также — с межгосударственной системой. По мнению специалистов в области международного права, его следует рассматривать как подсистему межгосударственной системы, одновременно выступающую по отношению к нему в качестве окружающей среды³.

Однако в плане сравнительно-правового исследования важен лишь один момент, а именно — признание относительно самостоятельного характера систем международного и национального права⁴, а также возможности их сравнительного познания.

3. ОСНОВНЫЕ ВОПРОСЫ К ТЕМЕ И КРАТКИЕ НА НИХ ОТВЕТЫ

3.1. Что есть общего и особенного у международного права и национальных правовых систем?

Вопрос об общих чертах и особенностях международного и национального права издавна привлекал к себе внимание авторов, признающих относительно самостоятельный характер данных

¹ См.: *Сетов Р.А.* Системное взаимодействие СССР и США в биполярном мире / США и внешний мир. М., 1997. С. 3-13.

² *Тункин Г.И.* Указ. соч. С. 14.

³ *Международное право* / Отв. ред. Г.И. Тункин. С. 71.

⁴ См.: *Фельдман Д.И.* Система международного права // Советское государство и право. 1988. № 4. С. 117-126 и др.

правовых систем. Однако акцент при этом ставится чаще всего на выявлении их отличительных признаков и черт, нежели их общностей.

Так, исследуя международное право в сравнении с «внутригосударственным правом отдельных государств», Л. Оппенгейм указывал прежде всего на то, что данные правовые системы **«существенно отличаются друг от друга»**¹.

Они различны в первую очередь в отношении своих источников. Источниками внутригосударственного права являются «обычай, развившийся в пределах данного государства, и акты его законодательной власти». В то время как источники международного права — это «обычай, развившийся среди семьи народов, и правообразующие договоры, заключенные членами этой семьи».

Далее, международное право и внутригосударственное право различаются по регулируемым ими отношениям. Внутригосударственное право само регулирует «отношения между лицами, находящимися под властью определенного государства, и отношения между этим государством и данными лицами». Международное же право регулирует «отношения между государствами—членами семьи народов»².

Наконец, международное и внутригосударственное право различаются «по содержанию самого права». Если внутригосударственное право «есть право суверена над отдельными лицами, подчиненными его власти», то международное право «есть право не над суверенными государствами, а между ними». Международное право функционирует так «право более слабое» по сравнению с внутригосударственным правом³.

На акцентирование внимания сторонниками дуалистических идей («плюралистическими интерпретаторами») главным образом на отличительных чертах международного и национального права в процессе их сравнительного познания указывал также в своих критических замечаниях и Г. Кельзен.

Выступая против рассмотрения международного и национального права в качестве самостоятельных правовых систем, знаменитый ученый отмечал: когда хотят подчеркнуть «взаимную самостоятельность» международного и национального права, то чаще всего **ссылаются в качестве аргументов на их отличительные черты**. Например, на то, что «обе правовые системы имеют в

¹ Оппенгейм Л. Указ. соч. С. 55.

² Там же.

³ Там же.

качестве предмета своего регулирования различные общественные отношения». Говорится при этом, что «национальное право регулирует поведение индивидов, а международное — поведение государств»¹.

Однако этот аргумент «не срабатывает», поскольку в окружающем нас мире не было и нет поведения государств самих по себе, как таковых. Их поведение всегда «сводится к поведению индивидов, представляющих данное государство»². В силу этого трудно говорить о том, что международное и национальное право имеют разные предметы своего регулирования и отличаются друг от друга предметами регулирования³.

Уж если говорить об отличительных признаках и чертах международного и национального права, делал окончательный вывод автор, то следовало бы обратить внимание, прежде всего, на **особенности характера этих плановых систем и на специфику источников этих систем права**. Ведь, вполне очевидным является то, что «если национальное право создается всегда одним государством, то международное право — сообществом, состоящим из двух и более государств»⁴. Данное обстоятельство всегда накладывает неизгладимый отпечаток как на характер правовых систем, так и на другие их стороны⁵.

Не вдаваясь в анализ выводов Г. Кельзена и других авторов, по существу, необходимо согласиться с развиваемой ими идеей о том, что при рассмотрении взаимосвязи и взаимодействия международного и национального права не следует акцентировать внимание лишь на отличительных признаках и чертах этих правовых систем, а необходимо исходить из «сбалансированного» представления о существующих у них общностях и особенностях.

Следует также иметь в виду, что нередко в каждой общности международного и национального права заложена одновременно и их особенность, что многие особенности каждой из систем права вытекают из их общностей, являются своеобразным продолжением их общностей.

Например, «исходная» общность международного и национального права заключается в том, что все **они являются правовыми**

¹ *Kelsen H. Op. cit. P. 364.*

² *Ibidem.*

³ *Ibid. P. 364, 365.*

⁴ *Ibid. P. 365.*

⁵ *Ibidem.*

системами, а не системами норм морали или других социальных норм, что все **они выступают под единым названием права**¹.

Однако эта общность, базирующаяся на наличии у данных правовых систем таких объединяющих признаков и черт, как их волевой, социальный и регулятивный характер, не только не отрицает, а, наоборот, всячески предполагает наличие у каждой из них также и индивидуальных особенностей. Суть этих особенностей правовых систем, выступающих как продолжение их общностей, заключается, в частности, в специфическом характере форм существования и проявления этих общих признаков и черт, в наличии у различных правовых систем своих особых, отличающихся друг от друга предметов и методов регулирования, своих правотворческих процедур и процессов и также своих собственных источников права.

При более обстоятельном рассмотрении подобных общностей и особенностей национальных правовых систем и системы международного права необходимо обратить внимание и особо выделить следующие их общие и специфические черты.

Во-первых, **регулятивный характер системы международного права и национальных правовых систем**². Смысл его заключается в том, что устанавливая определенные права и обязанности сторон — участников международно-правовых или внутригосударственных отношений, обе правовые системы создают тем самым своего рода пределы, рамки их поведения, направляют их действия в строго определенное правовое русло.

Разумеется, набор регулятивных средств, находящихся в распоряжении международного и внутригосударственного права, не ограничивается лишь нормами права. Огромную роль при этом играют правовая культура, правосознание, правовые обычаи и традиции, а также другие правовые явления и факторы, оказывающие соответствующее воздействие на участников правоотношений.

Однако не в этом дело. Более важным представляется подчеркнуть два обстоятельства: а) регулятивность как свойство любого права присуща и международному, и национальному праву. В этом — их несомненная общность; б) из этой общности в процессе формирования и функционирования различных правовых систем вытекают их особенности.

¹ Шестаков Л.Н. Указ. соч. С. 92-93.

² Общая теория государства и права, ² Общая теория государства и права. Академический курс: В 3 т. Т. 2 / Отв. ред. М.Н. Марченко. М., 2001. Гл. VIII.

Сравнивая регулятивный характер данных правовых систем, нетрудно заметить, что в национальных правовых системах (особенно таких, как английская, японская и др.) по сравнению с международной правовой системой гораздо большую роль играют исторические, политические и правовые традиции¹. Несравнимо большее значение имеют правовое сознание и обычай. Намного более активную роль в процессе реализации правовых предписаний выполняют политическая и правовая идеология, правовые доктрины.

Во-вторых, **государственно-волевой характер норм международного и национального права**. Элемент общности этих двух правовых систем проявляется в том, что нормы международного и национального права не являются чем-то инородным и независимым по отношению к воле, целям, интересам и желанию их создателей. Они представляют собой продукт волевой деятельности людей, выступают как средство выражения и закрепления их социальных и материальных ценностей и интересов.

Еще в начале XX в. известный российский ученый-юрист И.В. Михайловский, рассуждая на эту тему, писал, что любое право есть не что иное, как «средство для охраны человеческих интересов; право есть интерес, защищаемый государством». Все содержание человеческой жизни состоит «в стремлении к достижению бесконечно разнообразных интересов. Вокруг этих интересов идет постоянная борьба. И вот, когда какой-нибудь интерес приобретает особо важное значение, когда он недостаточно охраняется другими этическими нормами, государство дает ему специальную охрану посредством юридических норм и превращает таким образом интерес в право»².

Аналогичные рассуждения о неразрывной связи права, независимо от того, международное оно или национальное, с человеческими (групповыми, индивидуальными, классовыми и пр.) интересами, о волевом и о целевом характере права можно найти в работах многих других авторов.

Р. Иеринг, например, данному вопросу посвятил специальное научное исследование³. Основные положения его труда «Цель в праве» и в настоящее время не утратили своего актуального значения. То же самое можно сказать о положениях, касающихся неразрывной связи международного и национального права с государственными и иными целями, интересами, а также

¹ The Japanese Legal System/ Ed. by H.Tanaka. Tokyo, 1994. P. 36-59.

² Михайловский И.В. Очерки философии права. Т. 1. Томск, 1914. С. 86-87.

³ См.: Иеринг Р. Цель в праве. СПб., 1881; *Он же*. Борьба за право. СПб., 1908.

с государственной волей, развивавшихся в работах выдающегося француза М. Ориу «Основы публичного права», немца Г. Ел-линека «Общее учение о государстве» и многих других известных авторов¹.

Адекватно отражая сложившуюся реальность, все авторы, признающие относительно самостоятельный характер международного и национального права, единодушны в том, что **данные правовые системы являются государственно-волевыми по своему характеру системами** и что в этом заключается их несомненная общность.

Что же касается их особенностей, то они сводятся к особенностям порядка формирования и специфике форм (способов) выражения в каждой из рассматриваемых систем государственной воли.

В национальном праве государственная воля, «наполняющая» в процессе правотворчества сущность и содержание издаваемых государством норм права, проявляется в наиболее полной мере и, к тому же, в «чистом» виде. Воплощаясь в систему норм, формирующих национальное право, она выступает как воля доминирующего в пределах той или иной страны суверена, как единая и неделимая государственная воля².

Иначе дело обстоит по отношению к международному праву. В процессе формирования норм и принципов международного права государственная воля проявляется иным образом. А именно — не как индивидуальная воля единого государства, а как согласованная воля нескольких государств. В силу этого в специальных научных исследованиях современное международное право вполне оправданно определяется не в виде системы юридических норм и издаваемых или санкционируемых государством и выражающих государственную волю, как в случае с национальным правом, а как система юридических норм, «создаваемых государствами (и частично другими субъектами международного права) путем согласования их волей, регулирующих определенные общественные отношения»³.

В-третьих, наличие общих черт и особенностей в объектах и предметах регулирования международного и национального права.

¹ См.: Ориу М. Основы публичного права, М., 1922; Еллинек Г. Указ. соч. 1908; Михайловский И.В. Указ. соч.; и др.

² См.: Котляревский С.А. Власть и право. Проблемы правового государства. М., 1915. С. 392-396.

³ Международное право / Отв. ред. Г.И. Тункин. С. 10.

В качестве объектов регулирования международного и национального права выступают существующие в мире, в рамках отдельных стран и за их пределами, общественные отношения, которые могут быть опосредованы и в действительности опосредуются не только нормами права, но и другими социальными нормами (нормами морали, обычаями, традициями и пр.). Весь этот массив общественных отношений теоретически и практически подлежит регулятивному воздействию как со стороны международного, так и национального права. В этом, безусловно, проявляется момент сходства данных правовых систем, а вместе с тем и общности их по объекту регулирования.

Однако сходство по объекту регулирования вовсе не отрицает, а, наоборот, всячески предполагает наличие специфических особенностей и различий в предметах регулирования международного права и национальных правовых систем. Чтобы убедиться в этом, достаточно вспомнить, что если предметом регулирования национального права являются отношения, возникающие внутри той или иной страны, в пределах того или иного «национального» общества, то предметом регулирования международного права являются общественные отношения, возникающие на уровне международного сообщества.

Международное право, писал Г.И. Тункин, имеет свой предмет регулирования, «отличный от предмета регулирования внутригосударственного права. Это отношения между авторами межгосударственной системы»¹.

Международное право, отмечал Л. Оппенгейм, есть право, «регулирующее прежде всего взаимоотношения государств, а не отдельных лиц»².

Предметом науки международного права, утверждал Ф. Мартене, является «совокупность жизненных отношений, существующих между народами». Отношения эти вызываются различными интересами и стремлениями «как целых народов, так и отдельных членов, подданных различных государств, к удовлетворению, посредством международного обмена, своих физических и духовных потребностей». Следовательно, делал вывод Ф. Мартене, наука международного права «имеет своим основанием международную жизнь и служит выражением правового общения цивилизованных народов»³.

¹ Международное право / Отв. ред. Г.И. Тункин. С. 9.

² Оппенгейм Л. Указ. соч. С. 27.

³ Мартене Ф Указ. соч. С. 10.

Несмотря на различие формулировок в определении предмета международного права, предлагаемых различными авторами, суть их в конечном счете сводится к одному и тому же. А именно—к утверждению о том, что предмет науки международного права, в отличие от предмета национального права, составляют общественные отношения, лежащие не внутри того или иного конкретного общества, а за его пределами, на уровне мирового сообщества.

Данное положение не следует, однако, абсолютизировать, имея в виду тот факт, что на современном этапе развития международных связей некоторые отношения, возникающие в рамках того или иного «национального» общества, регулируются также нормами международного права, традиционно опосредствовавшими отношения, возникавшие лишь между различными участниками международно-правовых отношений, на уровне мирового сообщества¹.

Помимо сказанного, особенность предметов регулирования международного и национального права проявляется также в том, что они опосредуют весьма различные по своему характеру отношения.

Исследуя эти отношения в целостном плане, нетрудно заметить, что если в системе отношений, составляющих предмет регулирования национального права, значительное место занимают **отношения властвования и подчинения**, то в системе отношений, образующих предмет регулирования международного права, таких отношений, по природе своей предполагающих наличие единого властвующего субъекта (суверена) и подчиненных ему субъектов, нет.

Существенное отличие международного права от государственного, писал в связи с этим Г. Еллинек, заключается в том, что «первым не регулируются отношения властвования и подчинения, ибо оно есть право между координированными элементами». Авторитетами, устанавливающими международное право и в то же время связанными им субъектами, «являются именно сами государства». В их взаимных отношениях сначала проявилось «действие исторического элемента в понятии права». Факт соблюдения правил международного оборота «вызвал представление об их юридической обязанности». Затем «присоединяются правовые нормы», вырабатываемые уже по прямому

¹ Grief N. Constitutional Law and International Law // United Kingdom Law in the Mid. 1990s. Part I. L., 1994. P. 76-104.

соглашению государств, посредством которых последние, «давая место рационалистическим требованиям *de lege ferenda* со стороны правотворящих факторов, значительно содействовали дальнейшему развитию международного правопорядка»¹.

Следует заметить, что различие в характере отношений, регулируемых с помощью норм международного и национального права, накладывает свой весьма заметный отпечаток и на сами механизмы правового регулирования, а также на процесс правотворчества и правоприменения.

В научной литературе вполне резонно отмечалось, что «сопоставляя международное право и внутригосударственное право как системы», нетрудно установить, что «связи между элементами первой системы в сфере нормотворчества и нормоприменения носят преимущественно координационный характер; в системе же национального права эти связи носят в основном субординационный характер»².

В-четвертых, наличие общих черт и особенностей, касающихся субъектов международного и национального права.

Общность рассматриваемых в «субъективном» плане систем международного и национального права появляется как минимум в двух отношениях: 1) в отношении самого факта существования субъектов права в каждой из систем и 2) в наличии общих для каждой из них субъектов права.

Существование международно-правовых и национально-правовых субъектов не только объединяет две рассматриваемые правовые системы в одну **родовую — правовую систему**, но и сближает их между собой.

Дело заключается в том, что по сравнению с другими социальными (политическими, идеологическими, моральными и др.) системами субъекты международного и национального права, несмотря на имеющиеся между ними различия, должны обладать такими общими для них всех признаками и чертами, какими не может обладать ни один из субъектов других социальных систем. Речь идет прежде всего об их правоспособности и дееспособности³. Наличие этих признаков и черт не только объединяет всех субъектов международного и национального права в единую родовую группу, но тем самым еще больше сближает между собой рассматриваемые правовые системы.

¹ Елаинек Г. Указ. соч. С. 274.

² Шестаков Л.Н. Указ. соч. С. 94.

³ См.: Фельдман Д.И. Основные тенденции развития международной правосубъектности. Казань, 1974.

Кроме того, следует иметь в виду, что помимо наличия у субъектов международного и национального права общеродовых признаков и черт современные системы международного и национального права имеют также **общие субъекты права**.

Согласно традиционному, издавна сложившемуся в отечественной и зарубежной юридической литературе мнению, субъектами национального права являются физические лица (граждане, подданные, лица без гражданства, лица с двойным гражданством и др.) и юридические лица (государство, государственные органы, общественные объединения, организации и пр.), в то время как в качестве субъектов международного права рассматриваются «главным образом суверенные государства»¹.

В учебниках по международному праву поясняется, что есть «основные субъекты международного права, к каковым относятся государства, нации, борющиеся за государственную независимость, и международные (межгосударственные) организации, а есть также «иные субъекты», в качестве которых выступают «государственноподобные образования» типа вольных городов (Новгород, Венеция, Гамбург и др.), существовавших в прошлые века, Западного Берлина (до объединения Германии в 1990 г.), Ватикана и др.»²

Л. Оппенгейм рассматривал в качестве субъектов международного права «международные лица», к которым относил «суверенные и полусуверенные государства». Суверенные государства он относил к категории «совершенных международных лиц», а полусуверенные государства — к категории «несовершенных международных лиц». Первые он рассматривал как «реальные международные лица», а вторые — как «кажущиеся международные лица».

К категории последних автор причислял такие субъекты международного права, как конфедерации государств и «повстанцев, признанных в гражданской войне в качестве воюющей стороны». По мнению Л. Оппенгейма, эти «полусуверенные государства», «несовершенные», «кажущиеся» международные лица не являются реальными субъектами международного права, «хотя в некоторых отношениях они рассматриваются так, как если бы они были международными лицами»³.

¹ Шестаков Л.Н. Указ. соч. С. 93.

² Международное право / Отв. ред. Г.И. Тункин; Международное право / Отв. ред. Г.В. Игнатенко. М., 1995; и др.

³ Оппенгейм Л. Указ. соч. С. 129-130.

Представляя в качестве «совершенных», «реальных» международных лиц государства, автор имел в виду не все и не любые суверенные или «полусуверенные» государства, а лишь «цивилизованные государства». Именно только между такими могут возникнуть взаимоотношения, которые являются юридически обязательными для всех них, и которые, следовательно, только и могут рассматриваться в качестве международно-правовых¹.

Сравнивая признаваемые современной юридической наукой субъекты международного и национального права, нетрудно заметить, что наряду с существующими в каждой из этих правовых систем «своими собственными», специфическими для них субъектами права у них имеются также и общие субъекты права.

К их числу следует отнести прежде всего **государство как целостное образование**.

Некоторые авторы полагают, что государство в целом может быть лишь субъектом международного права.

Так, Ф. Мартене пишет в своей работе «Современное международное право цивилизованных народов», что в области международных отношений государство рассматривается «как одно нераздельное целое, как юридическая личность, которая имеет относительно других государств известные права и обязанности». Государство как целое «выступает тем деятелем, который, преследуя в общении с другими государствами поставленные себе задачи, дает направление и охрану международным отношениям». Международное право есть, таким образом, «результат совокупных усилий и взаимодействия образованных государств»².

Однако государство как таковое, как целостное образование может выступать не только в качестве субъекта международного, но и внутригосударственного, национального права. Таковым оно является, например, в том случае, когда в соответствии с гражданским законодательством России или других стран оно, будучи юридическим лицом (точнее, «особым» юридическим лицом), вступает в гражданско-правовые отношения.

Разумеется, статус государства как субъекта международно-правовых и национальных, гражданско-правовых отношений далеко не одинаков. В первом случае оно неизменно (особенно в публично-правовых отношениях) выступает как суверен, а во

¹ *Оппенгейм Л.* Указ. соч. С. 129-130.

² *Мартене Ф.* Указ. соч. С. 177.

втором — как наделенный равными правами и обязанностями наряду с другими субъектами участник гражданско-правовых отношений.

Однако независимо от статуса и других особенностей государства как субъекта международно-правовых и гражданско-правовых или иных национальных правовых отношений в плане рассматриваемого вопроса принципиально важно отметить сам факт выступления государства как целостного образования не только в качестве субъекта международного права, но и субъекта национального права.

Данное обстоятельство, несомненно, сближает между собой две рассматриваемые правовые системы.

Наряду с государством **общим субъектом современного международного и национального права могут выступать также и отдельные граждане, частные лица.**

Еще относительно недавно в научной юридической литературе считалось, что гражданин, частное лицо может быть субъектом лишь внутригосударственного, национального права; что же касается международного права, то его субъектами могут быть исключительно государства.

«Ни монархи, ни частные лица, ни общества, участвующие в международных отношениях, — писал в начале XX в. Ф. Мартене, — не должны быть считаемы субъектами международного права»¹. Монархи и дипломатические агенты (посланники) действуют на международном поприще «в роли и с правами представителей или уполномоченных государства: они не имеют самостоятельных международных прав». Что касается «частных ассоциаций и отдельных лиц», то они ведут свои «международные обороты под контролем, покровительством и даже ответственностью государственной власти, в подданстве которой состоят»².

Однако по мере развития международного сообщества и изменения характера международных отношений в области международного права, в том числе международной правосубъектности, возник целый ряд новых явлений.

Самое значительное из них — появление в международном праве человека как субъекта права, «хотя и с весьма ограниченной правосубъектностью»³.

Там же.

¹ Мартене Ф. Указ. соч. С. 177-178. Международное право / Отв. ред. Г.И. Тункин. С. 85-86.

² Там же.

В современном международном праве, в отличие от классического международного права, образовалась целая отрасль права, посвященная правам человека¹. Современное международное право содержит огромный массив общепризнанных, а следовательно, обязательных для всех государств норм, определяющих основные права и свободы человека, независимо от его гражданства, пола, расы, вероисповедания, национальности и т.д. «Основные права и свободы человека все больше определяются международным правом, несмотря на то, что они реализуются в основном через внутригосударственное право»².

В-пятых, наличие общих черт и особенностей международного и национального права, «заложенных» в их источниках.

Согласно сложившейся в течение ряда столетий правовой теории и юридической практике в качестве источников национального права, как известно, рассматриваются нормативно-правовые акты (законы и подзаконные акты), правовые договоры и обычаи, правовые доктрины, судебная практика и порождаемые ею прецеденты, административные прецеденты. Данный перечень источников национального права достаточно полный, но не исчерпывающий, поскольку в религиозных и некоторых других правовых системах существуют свои специфические источники права.

Что касается источников международного права, зачастую вызывающих споры, то их основной перечень дается не только в научных исследованиях³, но и в некоторых официальных документах.

Так, например, в Статуте Международного Суда ООН (ст. 38) указывается на то, что Суд решает переданные ему на рассмотрение споры, применяя такие формирующие международное право источники, как: международные конвенции (общие и специальные), «устанавливающие правила, определенно признанные спорящими государствами»; международный обычай

¹ В современной научной литературе в связи с этим высказывается мнение, что индивиды, в силу того, что «не являются субъектами власти», наподобие государств, поэтому они «не могут обладать признаками международной личности». Индивид, с точки зрения некоторых авторов, сможет стать субъектом международного процесса, но не субъектом международного материального права (см.: *Усенко Е.Т.* Соотношение и взаимодействие международного и национального права и Российская Конституция // *Московский журнал международного права.* 1995. № 2. С. 24, 26).

² Там же. С. 86, 284-301.

³ См.: *Лукашук И.И.* Источники международного права. Киев, 1996; *Миронов Н.В.* Международное право: нормы и их юридическая сила. М., 1980; и др.

как «доказательство всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы»; общие принципы права, «признанные цивилизованными нациями»; судебные решения и «доктрины наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву различных наций в качестве вспомогательного средства для определения правовых норм».

Сравнительный анализ источников международного и национального права со всей убедительностью показывает, что между ними достаточно много как общего, так и особенного.

Общность ряда источников международного и национального права проявляется, в частности, в их природе, характере и даже в названии. Таковыми являются, например, правовые договоры, доктрины, обычаи и судебные решения.

Особенность этих источников международного и внутригосударственного права проявляется в их конкретном целевом назначении и содержании.

Вполне понятно, например, что такой источник международного права, как договор, заключенный между государствами или другими субъектами международного права¹, будучи сходным по своей юридической природе, характеру и даже названию с договором — источником национального права, весьма существенно отличается от него как по своему юридическому содержанию, так и по конкретному целевому назначению.

Данное положение полностью сохраняется и во всех тех случаях, когда в соответствии с законодательством той или иной страны международный договор признается в качестве источника национального права. Так, международный договор признается источником внутригосударственного права ряда стран — членом Содружества Независимых Государств (СНГ). Согласно законодательству этих стран, международные договоры рассматриваются как неотъемлемые составные части их правовых систем.

Аналогично дело обстоит также с обычаями и некоторыми другими источниками международного и национального права.

Так, элемент общности двух правовых систем, рассматриваемых под углом зрения действующих в них обычаев, заключается в том, что некоторые из них, в частности, обычаи, составлявшие основу старого классического международного права, со временем адаптировавшись к новым радикально изменившимся условиям, стали восприниматься не только в качестве источников

¹ См.. Талалаев А.Н. Право международных договоров. Общие вопросы. М., 1980; Коробова М.А. Расширение сферы действия норм общего многостороннего договора. М., 1983; и др.

международного права, но и в качестве источников национального права. Отмечая это обстоятельство, Ф. Мартене писал, что «морское международное право, начиная с правил о товароотправлении, морском страховании, об отношениях между шкипером и матросами и кончая правами центральной торговли, — все возникло в средние века, первоначально в виде обычаев, которые вошли затем в особые сборники и, наконец, сделались частью законодательства различных государств»¹.

Помимо названных общих черт и особенностей, характеризующих международное и национальное право, данным правовым системам присущи и иные сходные черты. Свое конкретное проявление они находят на уровне норм, составляющих основу международного и национального права, а также на уровне отдельных институтов, форм реализации, юридических и иных гарантий, различных отраслей права.

3.2. Каков характер взаимосвязи и взаимодействия международного и внутригосударственного права?

В решении вопроса о характере взаимосвязи и взаимодействия международного и внутригосударственного права исторически прослеживаются **три различных подхода** — дуалистический и монистический в двух его взаимоисключающих вариантах². Каждый из них в разное время имел и имеет определенное распространение в юридической академической литературе и прикладной среде. В этих подходах отражаются сложившиеся в том или ином обществе и государстве официальные и неофициальные представления не только о своем национальном праве, но и о характере его взаимосвязи и взаимодействия с международным правом.

Дуалистический подход, оформившийся с течением времени в одноименную концепцию, в качестве основного выдвигает тезис об одновременном существовании и развитии двух взаимосвязанных между собой, взаимозависимых и взаимодействующих друг с другом международной и национальной правовых систем. Каждая из них имеет относительно самостоятельный характер и в процессе взаимодействия друг с другом взаимодополняет друг друга. При этом исключается какое бы то ни было доминирование одной правовой системы или ее отдельных

¹ Мартене Ф. Указ. соч. С. 148.

² См.: Мюллерсон Р.А. Права человека: идеи, нормы, реальность. М., 1991.

составных частей (норм, институтов, отраслей) над другой, примат одной из них в отношении другой.

Суть дуализма заключается в том, что международное и внутригосударственное право рассматриваются как два различных, относительно самостоятельных правопорядка. Однако «это не означает, что дуалисты не видят связи международного права с внутригосударственным, абсолютируют их независимость». Они признают, что для того чтобы международное право могло выполнять свою задачу, оно «постоянно должно обращаться за помощью к внутреннему праву, без чего оно во многих отношениях совсем бессильно»¹.

Дуалистическая позиция в отношении характера взаимосвязи и взаимодействия международного и национального права, разделяемая академическими кругами и официальными лицами того или иного государства, в прямой форме, как правило, не фиксировалась в конституциях или текущем законодательстве этих государств. Однако в конституционных актах некоторых государств она явно прослеживается.

Такая позиция представлена, например, в Конституции Японии, принятой в 1947 г. В ст. 98 Основного закона страны говорится: а) «настоящая Конституция является Верховным законом страны, и никакие законы, указы, рескрипты или другие государственные акты, противоречащие в целом или в части ее положениям, не имеют законной силы» и б) «заключенные Японией договоры и установленные нормы международного права должны добросовестно соблюдаться»².

Как видно из приведенного текста, Конституция Японии закрепляет, с одной стороны, положение о том, что правовая система страны как относительно самостоятельная система в качестве акта, обладающего высшей юридической силой, считает только свой внутренний акт в виде Конституции, а не международно-правовой акт, на который в случае коллизии норм внутригосударственного и международного права следует ориентироваться. А с другой — признает и фиксирует факт одновременного существования относительно самостоятельной системы международного права, положения которой в виде «заключенных Японией договоров» и «установленных норм» должны «добросовестно соблюдаться».

Дуалистическая по своей сути позиция, зафиксированная в японской Конституции, относительно характера взаимосвязи и

¹ Международное право / Отв. ред. Г.И. Тункин. С. 128.

² Конституции буржуазных государств. М., 1982. С. 262-263.

взаимодействия международного и национального права тем более представляется очевидной, если сравнить ее с соответствующими положениями конституций некоторых других стран, например ФРГ.

В Конституции этого государства в ст. 25 особо подчеркивается: а) «общие нормы международного права являются составной частью права Федерации» и б) «они имеют преимущество перед законами и непосредственно порождают права и обязанности для жителей федеральной территории»¹.

Сравнивая данные положения Конституции ФРГ с соответствующими положениями Конституции Японии, нетрудно заметить, что если последние явно сориентированы на дуализм в отношениях между международным и внутригосударственным правом, то первые — на монизм.

Аналогичные положения о характере соотношения международного и национального права содержатся также в конституционных актах и других стран.

Рассматривая дуалистический подход к решению вопроса о соотношении международного и национального права, следует еще раз особо подчеркнуть, что он не только не отрицает, а, наоборот, всячески предполагает взаимосвязь, взаимодействие и взаимное влияние международного права и национальных правовых систем. Внутригосударственное право оказывает прямое и косвенное воздействие на международное право. И наоборот, международное право в различных формах влияет на национальное право.

Первичным в данном процессе неизменно выступает национальное (внутригосударственное) право². Именно от него изначально всегда исходили и исходят те посылы, своего рода импульсы, которые определяли суть и содержание не только самого национального, но и международного права.

Признание такой первичности, отмечалось в юридической литературе, «отнюдь не означает примата внутригосударственного права над международным». Эта первичность проистекает из того, что в процессе создания норм международного права «государства исходят из принципов и норм своего национального права и не идут на создание норм международного права, противоречащих основам их социального и политического строя, закрепленным, как правило, в конституционных

¹ Конституции буржуазных государств. М., 1982. С. 262-263.

² Международное право / Отв. ред. Г.И. Тункин. С. 134.

нормах». Государства также весьма неохотно идут на заключение международных соглашений, выполнение которых требовало бы от них внесения значительных изменений в свое внутреннее законодательство¹.

Внутригосударственное право оказывает влияние на международное право двумя основными путями². Во-первых, **путем предопределения сущности и содержания международного права**. Имеется в виду воздействие внутригосударственного права на международное право через одосредованную с помощью составляющих его норм внутреннюю и внешнюю политику государства. Последняя самым непосредственным образом сказывается на сущностной и содержательной сторонах международного права, а также на его структуре в целом и его различных составных частях — институтах и отраслях. Такого рода влияние внутригосударственного права на международное в научной литературе условно называют иногда материальным влиянием³.

Во-вторых, **путем воздействия внутригосударственного права на процесс создания и реализации норм международного права**. Свое конкретное выражение это находит в том, что через систему норм национального права, опосредствующих внутригосударственные отношения, и проводимую внутри страны и за ее пределами политику государством оказывается влияние не только на сущность и содержание принимаемых международно-правовых актов, заключаемых договоров и соглашений, но и предопределяется порядок их принятия и заключения, а вместе с тем и порядок их реализации.

Поскольку данный аспект воздействия внутригосударственного права на международное затрагивает преимущественно процессуальную сторону международного права, то его условно называют процессуальным влиянием⁴.

Как материальное, так и процессуальное воздействие национального права на международное право осуществляется через соответствующую внешнеполитическую деятельность государственных органов и организаций. В этом смысле оно выступает

¹ Международное право / Отв. ред. Г.И. Тункин. С. 134.

² Wildhaber L. Conclusion and Implementation of Treaties in Switzerland // Rapports suisses presentes au XIIIeme Congres international de droit compare. Zurich, 1990. P. 173-192.

³ См.: Мюллерсон Р.А. Соотношение международного и национального права. М., 1982. С. 30-34.

⁴ Vendross A., Simma B. Univesalles Volkerrecht: Theorie und Praxis. Bonn, 1984. S. 36-84.

лишь в косвенной форме, как опосредованное воздействие внутригосударственного права на международное.

Однако влияние внутригосударственного права на международное проявляется также и в прямой форме. Национальное право в ряде случаев может оказывать и в действительности оказывает прямое непосредственное воздействие на международное право. Это происходит тогда, когда нормы внутригосударственного права, будучи преобразованными и модернизированными применительно к внешним условиям деятельности государства и права, используются также и в международном праве.

Исторический опыт и международно-правовая практика показывают, что это могут быть **обычные нормы**, первоначально возникающие в рамках деятельности одного или нескольких государств, в пределах внутригосударственного права, а затем трансформирующиеся в нормы международного права.

Разумеется, процесс трансформации обычных норм национального права в соответствующие нормы международного права не является стихийным или механическим, не регулируемым процессом. Он опосредуется другими нормами международного права, такими, например, как нормы, содержащиеся в Статуте Международного Суда.

В данном документе (ст. 38), определяющем международный обычай как «доказательство всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы», предусматривается, что для того чтобы то или иное обыкновение, т.е. обычай, которому следуют отдельные государства (например, при решении вопросов о территориальных водах, шельфе и т.д.), получило статус международного обычая, оно должно быть признано двумя или более государствами в качестве международно-правовой нормы.

Кроме обычных норм, содержащихся в национальных правовых системах, в нормы международного права могут трансформироваться также, по мнению исследователей, нормы, касающиеся дипломатических иммунитетов и привилегий, порядка заключения международных договоров и соглашений, иммунитета государства и его собственности, правового положения иностранцев и лиц без гражданства, дипломатических и консульских представительств в стране и др.¹

В систему международного права могут также трансформироваться принципы внешней политики того или иного государства,

¹ См.: Мюллерсон Р.А. Соотношение международного и национального права. С. 31-32.

первоначально появившиеся в национальном праве и нередко закрепляющиеся в основных законах государства.

Наконец, прогрессивное национальное законодательство в области гражданских, политических, экономических, социальных и культурных прав человека во многом может служить примером при разработке соответствующих международных договоров, направленных на обеспечение и защиту прав человека¹.

Непосредственное влияние национального права на международное право прослеживается и в других направлениях. Детальное изучение его на уровне отдельных норм, институтов и отраслей права имеет весьма важное значение для глубокого и разностороннего понимания характера взаимоотношений — взаимосвязи и взаимодействия национального и международного права. Вместе с тем не меньшее значение при этом имеет также изучение и обратного воздействия международного права на внутригосударственное право. Не случайно поэтому рассмотрению данного вопроса в отечественной и зарубежной литературе уделяется повышенное внимание².

Подобно путям и формам воздействия национального права на международное право, последнее также в свою очередь оказывает влияние на первое прямым и косвенным путем.

Косвенное воздействие международного права на национальное право проявляется в том, что закрепляя в своей структуре и содержании те или иные прогрессивные принципы, нормы или положения, международное право подает тем самым своего рода пример и побуждает государства, в правовых системах которых эти принципы, нормы или положения отсутствуют, к их принятию и практическому осуществлению.

В качестве примера можно сослаться на принцип уважения прав человека, который первоначально после Второй мировой войны был зафиксирован в самой общей форме в Уставе ООН и других международно-правовых документах (во Всеобщей декларации прав человека — 1948 г., Международных пактах о правах человека — 1966 г., Заключительном акте общеевропейского Совецания — 1975 г., и др.), а затем, не в последнюю очередь, под влиянием «извне», со стороны международного права нашел свое адекватное отражение и закрепление в законодательстве большинства государств.

¹ Международное право / Отв. ред. Г.И. Тункин. С. 135.

² См.: Лукашук И.И. Международное право в судах государств. М., 1993; Он же. Нормы международного права в правовой системе России. М., 1997; и др.

В соответствии с содержанием международно-правовых документов и, в частности, с Всеобщей декларацией прав человека, где особо акцентируется внимание на том, что «все люди рождаются свободными и равными в своем достоинстве и правах» и что каждый человек должен обладать всеми правами и всеми свободами «без какого бы то ни было различия, как-то в отношении расы, цвета кожи, пола, языка, религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, имущественного, сословного или иного положения»¹, в национальном праве различных государств утверждался не только сам по себе данный принцип, но, что более важно, — его общечеловеческая сущность и содержание².

В международно-правовом и во внутригосударственном плане сущность и содержание принципа уважения прав человека в конечном счете сводятся к тому, что все государства, государственные органы и должностные лица: а) должны уважать основные права и свободы как своих граждан, так и всех других лиц, находящихся на территории данного государства; б) принимать меры к их осуществлению и недопущению какой бы то ни было дискриминации и в) содействовать всеобщему уважению прав и свобод человека и сотрудничеству в целях их осуществления.

Наряду с приведенным существует множество и других примеров, свидетельствующих о косвенном влиянии международного права на национальное. Общий смысл его состоит в том, что в послевоенные годы «внутреннее право уделяет растущее внимание решению вопросов, связанных с международным правом», и что при этом основы их взаимодействия определяются конституционным путем³.

Прямое воздействие международного права на национальное право проявляется в нескольких направлениях.

Весьма ощутимо оно выражается, например, **через объявление в конституциях ряда государств и других законодательных актах общепризнанных принципов и норм международного права, а также через провозглашение международных договоров, заключенных государством, составной частью его национальной правовой системы.**

¹ Права человека: Сб. международных документов / Сост. и автор вступ. ст. Л.Н. Шестаков. М., 1986. С. 22.

² *Grief N.* Op. cit. P. 76-104.

³ См.: *Лукашук И.И.* Нормы международного права в правовой системе России. С. 11.

Подобная практика является в настоящее время довольно распространенной как в высокоразвитых странах традиционной, «старой» демократии, так и во вновь образованных на территории бывшего СССР государствах — «новых демократиях».

Так, в действующей Конституции Испании устанавливается, что «законно заключенные и официально опубликованные в Испании международные договоры составляют часть ее внутреннего законодательства. Их положения могут быть отменены, изменены или приостановлены только в порядке, указанном в самих договорах, или в соответствии с общими нормами международного права»¹.

В Конституции Украины закрепляется, что «действующие международные договоры, согласие на обязательность которых дано Верховной Радой Украины, являются частью национального законодательства Украины»².

В Конституции Республики Таджикистан предусматривается, что «международно-правовые акты, признанные Таджикистаном, являются составной частью правовой системы республики. В случае несоответствия законов республики признанным международно-правовым актам применяются нормы международно-правовых актов»³.

Аналогичные положения, провозглашающие признаваемые государствами договоры и другие международно-правовые акты в качестве составных частей их национального права, содержатся также в конституциях и других стран.

Более того, в некоторых из них особо указывается на то, что в случае коллизии норм международного и национального права приоритет отдается международному праву.

Например, в ст. 55 Конституции Франции особо указывается на то, что «договоры или соглашения, должным образом ратифицированные или одобренные, имеют силу, превышающую силу внутренних законов, с момента опубликования, при условии применения каждого соглашения или договора другой стороной»⁴.

Подобные положения содержатся также в Конституции Грузии, провозглашающей, что «не противоречащие Конституции Грузии международные договоры или соглашения Грузии имеют преобладающую юридическую силу в отношении внутригосударственных нормативных актов»⁵.

¹ Конституции буржуазных государств. С. 301.

² Конституция Украины. Киев, 1996. Ст. 9.

³ Конституция Республики Таджикистан. Душанбе, 1994. Ст. 10.

⁴ Конституции буржуазных государств. С. 103.

⁵ Конституция Грузии. Тбилиси, 1995. Ст. 6.

Прямое воздействие международного права на внутригосударственное право проявляется не только путем конституционного закрепления положения, в соответствии с которым признаваемые тем или иным государством международно-правовые акты рассматриваются как неотъемлемая составная часть национального права, но и путем **трансформации норм, содержащихся в конкретных международных договорах и обычном международном праве, в нормы внутригосударственного национального права.**

Следует отметить, что если в первом случае при решении вопроса о проникновении международного права во внутригосударственное право создается общая конституционная норма, своего рода, правовая основа для более тесного взаимодействия двух систем права и одновременно — для оказания влияния международного права на национальное право, то во втором случае, в процессе трансформации норм обычного международного права и «договорного» права в нормы внутригосударственного права на базе общей конституционной нормы создаются более конкретные и более узкие по сфере своего регулятивного воздействия нормы.

Отмечая данное обстоятельство, некоторые авторы в то же время вполне обоснованно акцентируют внимание на том, что «внутреннее право проводит различие между существующими в форме обычая общепризнанными принципами и нормами международного права, с одной стороны, и договорами — с другой»¹. Первые содержат «общеприемлемые правила и являются объективно необходимыми для международных отношений». В силу этого они редко вступают в противоречие с внутренним правом, поэтому для них и предусматривается **общая трансформация**. Договоры же содержат много конкретных норм и могут устанавливать «далеко не общепринятые правила, способные породить коллизии с внутренним правом». По «этой причине государства для них устанавливают особый порядок трансформации»².

Такого рода трансформацию в научной литературе называют **специальной трансформацией**. В отличие от общей («генеральной») трансформации, заключающейся в установлении государством в своем внутреннем праве «общей нормы, придающей международно-правовым нормам силу внутригосударственного действия», специальная трансформация состоит в придании

¹ Лукашук И.И. Нормы международного права в правовой системе России. С. 12.

² Там же.

государством конкретным нормам международного права силы внутригосударственного действия путем их воспроизведения в законе текстуально либо в виде положений, адаптированных к национальному праву, или путем законодательного выражения согласия на их применение иным способом¹.

Не касаясь проблем трансформации норм международного права в нормы внутригосударственного права как одного из путей воздействия первого на второе, следует заметить, что не все авторы, занимающиеся вопросами взаимосвязи этих двух правовых систем, разделяют мнение о неизбежности использования трансформации как составной части государственно-правового механизма реализации международного права.

Так, например, И.П. Блищенко считает, что применительно к России в связи с изменившимся после окончания «холодной войны» характером отношений между государствами «особенно важно перейти от стереотипов трансформации международного договора во внутреннее право к прямому применению договора нашими судами, физическими и юридическими лицами и государственными учреждениями». Это потребует, по мнению автора, не только «сломать барьеры между договором и внутренним законом, но и приступить к новым исследованиям возможности договора в решении вопросов внутреннего развития»².

Однако такого рода мнение не получило широкого распространения и поддержки ни в отечественной, ни в зарубежной литературе и международно-правовой практике.

Более популярной и, как представляется, более обоснованной является точка зрения, согласно которой «рост взаимозависимости государств и народов и обусловленная этим потребность в расширении сферы и повышении интенсивности взаимодействия международного и национального права побуждают государства использовать правовые формы и методы, облегчающие и упрощающие сам механизм этого взаимодействия, что, однако, не ведет ни к «интеграции» взаимодействующих систем, ни к «стиранию граней между ними»³. Принципиальный момент, определяющий все параметры воздействия международного права на национальное, справедливо полагает Е.Т. Усенко, заключается в том, что оно осуществляется **не непосредственно**,

¹ См.: Усенко Е.Т. Указ. соч. С. 16.

² Блищенко И.П. Некоторые проблемы советской науки международного права // Советское государство и право. 1991. № 3. С. 134-135.

³ Усенко Е.Т. Указ. соч. С. 15-16.

а «опосредуется волей государства, которое одновременно является и участником международно-правового отношения, и территориальным сувереном».

В силу суверенитета государства на его территории может действовать только его воля. Суверенитет государства в принципе исключает возможность действия в пределах его территории государственной воли других государств, в том числе «согласованной воли, заключенной в норме международного права»¹.

Согласно такому видению проблемы взаимоотношений международного и национального права, прямое воздействие норм международного права на внутригосударственное, минуя процесс его адаптации к национальному праву в виде трансформации, рецепции или имплементации², либо полностью исключается, либо весьма существенно ограничивается.

При этом, в случае допущения прямого «введения» норм международного «договорного» права в национальное право, такого рода действия сопровождаются, как правило, конституционно закрепленными оговорками.

Например, в Конституции Казахстана указывается на то, что международные договоры, ратифицированные республикой, «применяются непосредственно, однако, при условии, что: а) иное не указано в самом договоре, из которого может следовать, что для его применения требуется издание специального закона и б) все договоры, участником которых является Казахстан, в обязательном порядке публикуются. В Конституции особо закрепляется, что официальное опубликование нормативных правовых актов, включая договоры, касающиеся прав, свобод и обязанностей граждан, «является обязательным условием их применения»³.

Аналогичные оговорки содержатся также в конституциях ряда других государств. Это свидетельствует о том, что хотя государства допускают прямое включение в свои правовые системы «договорных» или иных норм международного права, но тем не менее в конечном счете они руководствуются, как это следует из логики их действий, дуалистическим подходом к оценке характера взаимосвязи и взаимодействия международного права и национальных правовых систем. В основе такого подхода лежит

¹ Усенко Е.Т. Указ. соч. С. 16.

² См.: Каланда В.А. О трансформации норм международного права в правовую систему Российской Федерации (конституционно-правовой анализ) // Московский журнал международного права. 1994. № 3. С. 12-27.

³ Конституция Республики Казахстан. Алма-Ата, 1995. Ст. 4.

принцип относительной самостоятельности международного и национального права.

Наряду с дуалистическим *подходом* к оценке характера взаимоотношений международно-го и национального права в научной литературе и государственно-правовой практике широко используется также **монистический подход**.

Суть его состоит в отрицании относительно самостоятельного характера системы международного и национального права и нередко в рассмотрении их в качестве интегрированных друг в друга и составляющих некое единое целое правовых систем.

Различают **два варианта монистической теории**, которые не только противоречат друг другу, но и взаимно исключают друг друга.

Один из вариантов заключается в том, что в процессе взаимосвязи и взаимодействия международного и национального права последнее обладает приоритетом в отношении первого. Национальное право как выразитель воли и интересов определенного общества и государства рассматривается как система норм, обладающая приматом по отношению к нормам и принципам международного права.

Данный вариант монистической теории, исходящий из примата национального права, имеет две своеобразные разновидности. Сторонники одной из них, придерживаясь идеи о приоритете национального права над международным, рассматривают **международное право как неотъемлемую часть национального права**. Такой позиции первоначально придерживались, например, Англия и США. Позднее они отказались от нее ввиду ее полной теоретической и практической несостоятельности¹.

Сторонники другой разновидности данного варианта монистической теории, исходящей из примата национального права, считают **международное право как нечто несовместимое, а в некоторых отношениях даже чуждое национальному праву**.

Подобного взгляда на международное право до Второй мировой войны придерживались, например, официальные власти Германии, Японии, отчасти — СССР и некоторых других стран.

Сдержанное отношение СССР к международному праву в данный период было обусловлено тем, что международное право рассматривалось как сформировавшееся под сильным влиянием капиталистических государств и «содержащее положения, не отвечающие подходу Советского Союза». К обычным нормам

¹ См.: *Оппенгейм Л.* Указ. соч. С. 57-61.

международного права «отношение было еще более настороженное»¹. Что же касается соотношения между нормой международного и внутригосударственного права, то считалось, что «норма законодательства СССР может иметь приоритет над нормой договора»².

В послевоенный период и особенно в 60-е гг. отношение к международному праву в нашей стране значительно изменилось. В 50-е гг. советская доктрина и практика международного права в силу расширения экономических и иных связей между СССР и другими странами, а также активного участия советских ученых в кодификации и развитии международного права стали исходить из того, что в случае заключения Советским Союзом международного договора внутреннее законодательство должно быть приведено в соответствие с обязательствами, вытекающими из этого договора³.

В 60-е гг. в нашей стране был признан приоритет норм международного «договорного» права над соответствующими нормами внутреннего права в случае их коллизии. Это нашло свое отражение и закрепление в ряде фундаментальных нормативно-правовых актов, таких, в частности, как Основы гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик 1961 г., Основы гражданского судопроизводства 1961 г., Основы законодательства о браке и семье 1968 г., Кодекс торгового мореплавания 1968 г. и др.

Второй вариант монистической теории — в признании примата международного права над национальным.

В научной литературе высказывалось мнение о том, что в настоящее время концепция примата международного права над национальным правом наиболее широко распространена и приобретает все большее практическое значение и популярность⁴. По-видимому, это действительно так. Однако с одной весьма существенной оговоркой. А именно, что данное суждение распространяется не на все международное право, а в основном лишь на **международное «договорное» право**. Ведь международное право далеко не однозначно по характеру содержащихся в нем правовых норм. А следовательно, и отношение к ним, по

¹ Хлестов О.Н. Международное право и Россия // Московский журнал международного права. 1994. № 4. С.52.

² Там же. С. 53.

³ Там же. С. 53-54.

⁴ См.: Каланда В.А. Указ. соч. С. 13; Лукашук И.И. Нормы международного права в правовой системе России. С. 10-14.

крайней мере, в той части, которая касается примата международного права, не может быть по самой их природе и логике вещей однозначным.

Нельзя не согласиться с констатацией того факта, что международное право, будучи сложным социальным явлением, включает в себя «огромное число правовых норм (договорных и обычных) разной степени общности и юридической силы, которые регулируют различные стороны международных отношений и группируются в отдельные отрасли и институты»¹. И по этой уже причине «воздействие международно-правовых норм на внутреннюю правовую систему государств с точки зрения юридической силы, сферы применения и правовой формы не может быть одинаковым»².

Не все нормы международного права «признаются всеми государствами в качестве обязательных для себя». В совокупности этих норм есть региональные, партикулярные или локальные нормы, которые «являются обязательными для какой-то группы или даже для двух государств или международных организаций». Чаще всего они появляются в результате заключения региональных или двусторонних международных договоров, которые, естественно, не обязательны для государств или других субъектов международного права, не участвующих в этих договорах³.

Разумеется, в современном международном праве есть значительное число норм, которые официально признаны всеми или подавляющим большинством государств и которые считаются обязательными для них. Среди обязательных норм особое место занимают основные («общепризнанные») принципы международного права, такие, как принципы суверенного равенства государств, мирного урегулирования возникающих между государствами споров, целостности и неприкосновенности государственной территории, добросовестного выполнения международных обязательств и др.

Общепризнанные принципы, равно как и некоторые другие международно-правовые нормы, закреплены в конституциях ряда государств как часть национальной правовой системы. Нередко это делается с указанием на то, что они обладают несомненным приоритетом перед нормами внутригосударственного

¹ Талалаев А.Н. Соотношение международного и внутригосударственного права и Конституция Российской Федерации // Московский журнал международного права. 1994. №4. С. 5.

² Там же.

³ Там же.

права. Тем самым законодательно, в прямой форме закрепляется примат международного права в его отношениях с национальным правом.

Еще чаще это делается в **косвенной форме**. При этом в конституции или других нормативно-правовых актах прямо не указывается, что международно-правовые нормы являются составной частью правовой системы государства и что они обладают приоритетом перед нормами внутригосударственного права. Однако вместе с тем законодательно закрепляются положения, согласно которым государства обязуются непременно следовать международно-правовым установлениям. По логике вещей — даже в тех случаях, если они расходятся с внутренними государственно-правовыми установлениями.

В качестве примера можно сослаться на Конституцию Республики Молдова, в которой говорится, что Республика Молдова «обязуется соблюдать Устав Организации Объединенных Наций и договоры, одной из сторон которых она является, строить свои отношения с другими государствами на общепризнанных принципах и нормах международного права»¹.

Говоря о формах законодательного закрепления примата международного права по отношению к национальному праву как о частном случае или о характере взаимосвязи и взаимодействия данных правовых систем как об общей проблеме, необходимо отметить, что в каждом случае суверенные государства самостоятельно решают все вопросы, касающиеся как частных, так и общих проблем взаимоотношения своего внутреннего права с международным правом.

Прослеживаемая при этом определенная закономерность в установлении характера взаимосвязи и взаимодействия международного права с национальным заключается в том, что ведущие мировые державы в процессе определения своего отношения к международному праву твердо стояли и стоят на позициях монизма. В то время как многие другие, не мирового масштаба государства, традиционно придерживались идее дуализма.

3.3. Особенности взаимоотношений международного и внутригосударственного права в современной России

Вопрос о характере взаимосвязи и взаимодействия международного и внутригосударственного права фактически всегда находился в поле зрения отечественных исследователей. Об этом

¹ Конституция Республики Молдова. Кишинев, 1994. Ст. 8 (п. 1).

свидетельствуют как многочисленные публикации по данной тематике, так и проводившиеся научные дискуссии.

В особенности интерес к проблеме взаимоотношения международного и внутреннего права России сильно возрос после принятия Конституции 1993 г. Статья 15 Конституции России впервые за всю историю развития конституционного права в нашей стране закрепила положения, которые вызвали неоднозначную реакцию среди специалистов в области международного и внутригосударственного права России и послужили причиной многочисленных научных дискуссий¹.

Данная статья Конституции звучит так: «Общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы. Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора»².

Принятие этой статьи свидетельствовало о том, что Россия прошла огромный эволюционный путь в осознании сути международного права и в решении вопроса о характере его отношений с внутренним правом России.

Отправной точкой на этом пути было безусловное признание приоритета отечественного права над международным. Широко распространенными были суждения о том, что международное право «должно быть включено в систему советского права как его отрасль»³, а также размышления на тему, касающуюся «советского международного права»⁴ и приоритета советского права над международным правом⁵.

Промежуточной станцией на данном пути было признание в 60-е гг. приоритета норм международного «договорного» права и появление в 70-е гг. под влиянием прозападных настроений, сначала весьма робких, а позднее и более открытых суждений о необходимости признания примата международного права как такового над национальным правом. При этом подспудно, самой логикой рассуждений, некоторыми авторами методически проводилась мысль о том, что поскольку международное право

¹ См.: Усенко Е.Т. Указ. соч. С. 13.

² Конституция Российской Федерации. М., 1993. Ст. 15 (п. 4).

³ Голунский С.А., Строгович М. С. Теория государства и права. М., 1940. С. 301.

⁴ Коровин Е.А. Пролетарский интернационализм и международное право. М., 1959.

⁵ См.: Вышинский А.Я. Вопросы международного права и международной политики. М., 1949. С. 481.

не отделено от национального права «китайской стеной», постольку и нет смысла говорить об относительной самостоятельности и независимости этих двух правовых систем. Примат должен быть у международного права.

Выступая против такого рода суждений, известный ученый-международник Е.Т. Усенко вполне резонно писал, что «возражения против самостоятельности двух правовых систем научно необоснованны. Они строятся на аргументах, которые в науке логики именуется аргументами *ad hominem*, т.е. на таких доводах, которые адресованы к чувствам и впечатлениям человека, не исходят из анализа существа дела, не являются аргументами *ad rem*»¹.

Наконец, последним этапом на пути выработки представления о международном праве и характере его отношения с российским правом стало усиленное формирование во второй половине 80-х — начале 90-х гг. мнения о необходимости и важности признания безусловного примата международного права не только в сфере договорных отношений российского государства, но и в других сферах взаимодействия международного и внутригосударственного права².

Апофеозом всей этой своеобразной «кампании» по установлению приоритета международного права перед внутригосударственным правом России явилось принятие положения о включении значительной части международного права во внутригосударственное и его законодательное закрепление сначала в Конституции, а затем и в других нормативно-правовых актах.

В частности, со ссылкой на Конституцию России, Гражданский кодекс Российской Федерации почти текстуально повторил основное положение ст. 15 п. 4 Конституции. В ст. 7 п. 1 Гражданского кодекса России говорится, что «общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются в соответствии с Конституцией Российской Федерации составной частью правовой системы Российской Федерации»³.

В Гражданском кодексе вслед за Конституцией России повторилось положение, в соответствии с которым составными частями правовой системы России объявляются не только «международные договоры Российской Федерации», но и «общепризнанные

¹ См.: Усенко Е.Т. Указ. соч. С. 14.

² См.: Гинзбург Дж. Соотношение международного и внутреннего права СССР и в России // Государство и право. 1994. № 3.

³ Гражданский кодекс Российской Федерации. Ч. 1. М., 1995. Ст. 7 (п. 1).

принципы», а также «нормы международного права». Правда, в данном нормативно-правовом акте ничего не говорится о юридической силе международных договоров России по отношению к внутренним законам, как это делается в Конституции России, устанавливающей безусловный приоритет международных «договорных» норм перед нормами, содержащимися в законах. И это вполне понятно, имея в виду конституционное закрепление данного, общего для всех отраслей права положения.

Однако гражданское законодательство в решении вопроса о характере соотношения международного договорного права и внутригосударственного российского права пошло дальше конституционного права.

В развитие конституционных положений, закрепляющих примат международных договорных норм, Гражданский кодекс России установил также, что международные договоры Российской Федерации к ряду отношений, указанных в самом кодексе (п. 1-2 ст. 2), применяются **непосредственно**, «кроме случаев, когда из международного договора следует, что для его применения требуется издание внутригосударственного акта»¹.

Речь при этом идет об отношениях, возникающих при определении правового положения участников гражданского оборота, определении оснований возникновения и порядка осуществления права собственности и других вещных прав, отношений, касающихся исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности (интеллектуальной собственности), защиты неотчуждаемых прав и свобод человека и других нематериальных благ гражданским законодательством, «если иное не вытекает из существа этих нематериальных благ»², и др.

Конституционное закрепление положений, в соответствии с которыми общепризнанные принципы и нормы международного права, а также международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы, равно как и положения о безусловном признании примата международных договоров России перед ее внутренними законами, вызвали неоднозначную реакцию и оценку со стороны различных авторов — исследователей проблем соотношения международного и национального права.

Спектр мнений был и остается вплоть до настоящего времени весьма широким и неоднозначным. Им охватываются суждения

¹ Гражданский кодекс Российской Федерации. Ч. 1. Ст. 7 (п. 2).

² Там же. Ст. 2 (п. 1-2).

как традиционного плана, безусловно поддерживающие и защищающие официальную точку зрения на характер отношений международного и национального права, закрепленную в Российской Конституции, так и мнения не критического плана.

Представители первой позиции, отмечая, что объявив общепризнанные принципы, нормы международного права и международные договоры Российской Федерации составной частью внутреннего права, «Конституция отдала должное международному праву», одновременно высказывают поддержку данному, официально закрепленному положению и подвергают критике несогласных с этим авторов, своих явных или потенциальных оппонентов.

В литературе «встречаются критические замечания относительно включения в правовую систему страны общепризнанных принципов и норм международного права на том основании, что они предназначены для регулирования только межгосударственных отношений. С подобной позицией согласиться трудно прежде всего потому, что все без исключения нормы международного права, включая договорные, предназначены для регулирования только межгосударственных отношений. Другое дело, что одни нормы реализуются только в международных отношениях, а другие подлежат реализации во внутренней сфере государств, пройдя соответствующую процедуру»¹.

Позитивной оценки конституционного положения, допускающего включение общепризнанных принципов, норм международного права, а также международных договоров во внутреннее право России, придерживаются многие отечественные авторы.

Некоторые из них даже считают, что появление такого положения, как и сам факт включения Конституцией России общепризнанных принципов, норм международного права и международных договоров РФ во внутреннее право страны, «является историческим шагом огромной важности»².

Такое включение «коренным образом меняет понятие правовой системы России, ее структуру, ставит по-новому вопрос о соотношении, иерархии правовых актов по их юридической силе и содержащихся в них правовых нормах». Конституционное признание данных принципов, норм и международных договоров

¹ Лукашук И.И. Нормы международного права в правовой системе России. С. 35, 48.

² Талалаев А.Н. Соотношение международного и внутригосударственного права и Конституция Российской Федерации. С. 10.

составной частью правовой системы России «это не просто отсылка Конституции к международному праву, это нечто большее, что качественно изменяет нормативное содержание нашей правовой системы»¹.

Иного мнения по вопросу конституционного рассмотрения общепризнанных принципов, норм международного права и международных договоров России как составной части ее правовой системы придерживаются другие ученые.

Е.Т. Усенко, например, считает, что «достаточно однозначным выглядит утверждение, что весь этот конгломерат принципов, норм и договоров является составной частью правовой системы России»².

Подобное, резко критическое отношение автора к рассматриваемой конституционной новелле вызвано, во-первых, тем, что «далеко не все нормы международного права по своему существу — как регуляторы межгосударственных отношений — могут найти место во внутригосударственном праве», которое в основном направлено на регулирование не межгосударственных отношений, а отношений иного рода. А во-вторых, тем, что «не каждый международный договор может стать источником внутригосударственного права вопреки его национальному закону».

Не касаясь анализа приводимых и иных точек зрения относительно допустимости включения общепризнанных принципов, норм международного права и международных договоров России в ее правовую систему, следует, однако, констатировать, что речь, по существу, идет не столько о включении или невключении как таковом, сколько о последствиях этого процесса. А именно — о **признании или непризнании безусловного примата международного права по отношению к национальному российскому праву.**

Это следует из логики рассуждений авторов, а также из их выводов и отдельно сделанных замечаний о том, что своим нововведением «Конституция России заложила основы для утверждения в правовой системе страны приоритета норм международного права, включая договорные»; что Конституция закрепила положение о «принципиальном решении в ней вопроса о соотношении международного права и внутригосударственного права, признании приоритета международных договоров

¹ *Топалаев А.Н.* Соотношение международного и внутригосударственного права и Конституция Российской Федерации. С. 10.

² *Усенко Е.Т.* Указ. соч. С. 18.

³ Там же.

Российской Федерации над ее внутренними законами»¹; что «сегодня перед Россией возникает проблема выбора между прежней дуалистической доктриной и монистической концепцией, исходящей из признания приоритета международного права над внутригосударственным российским правом».

Следует заметить, что если в подобных суждениях звучат по преимуществу позитивные или, по крайней мере, «нейтральные» оценки самой идеи примата международного права над российским внутригосударственным правом, то в других — просматриваются совсем иные, резко критические, негативные оценки.

Пора откровенно признать, пишет по этому поводу Е.Т. Усенко, что «обнаружившиеся еще в 70-е гг. попытки внедрить в нашу международно-правовую доктрину концепцию примата международного права под флагом якобы нового слова в науке были одним из симптомов и проявлений начала разложения советской государственности». Субъективно они представляли собой реакцию на «идеологизированную выхолощенность» нашего законодательства в области политических прав человека, трудовых отношений, многих гражданских прав. Объективно же «они были направлены против государственного суверенитета страны»³.

Международное право может весьма позитивно воздействовать на развитие национального права и национальную государственность, «если это воздействие осуществляется через и при посредстве самого национального права». Но международное право (его «стандарты») может использоваться и «как идеологическое средство расшатывания и даже разрушения государственно-правовой системы страны, чему новейшая история, в том числе история нашей страны, дает убедительные примеры»⁴.

Указывая на теоретическую несостоятельность и научную бесплодность доктрины примата международного права, Е.Т. Усенко в то же время акцентирует внимание на том, что в практическом плане она может сыграть и в действительности играет негативную роль по отношению к национальному праву. Она ограничивает активность национального права «во всех тех многочисленных областях внутригосударственной жизни, куда проникает международное право»⁵, низводит его, по образному

¹ Лукашук И.И. Указ. соч. С. 55; Талалаев А.Н. Указ. соч. С. 3 и др.

² Хлестов О.Н. Указ. соч. С. 55.

³ Усенко Е.Т. Указ. соч. С. 21.

⁴ Там же.

⁵ Там же. С. 22.

выражению Я. Броунли, «до положения пенсионера международного права»¹.

Решая вопрос о характере отношений современного международного права и внутригосударственного права России вообще и о примате международного права, в частности, необходимо исходить из двух взаимосвязанных между собой, взаимодействующих и в определенной мере дополняющих друг друга факторов-посылок: а) из факта все более глубокой и разносторонней включенности российского государства и его правовой системы в мировое государственно-правовое сообщество и б) из фактора его неотчуждаемой суверенности, с учетом которой международное право, «закрепив право государства определять свою правовую систему», вместе с тем установило, что «при осуществлении суверенных прав, включая право устанавливать законы, государства соотносятся со своими обязательствами по международному праву».

При решении данного вопроса с учетом этих факторов-посылок не следует отходить от реальной, далеко не всегда согласующейся с теоретическими построениями действительности.

Это означает прежде всего необходимость избежания какой бы то ни было идеализации международно-правовой жизни и международно-правовых отношений, участником которых является Российская Федерация, а также — преувеличения, а тем более абсолютизации фактора включенности и реальной роли современной России в мировом сообществе.

Современная Россия, как это не прискорбно констатировать, — это далеко не та экономически, политически и в других отношениях мирового уровня держава, которая могла бы на равных с другими мировыми державами, и прежде всего с США, вести свои международно-правовые дела, как это было до распада советского государства. В силу этого она фактически, а не формально-юридически не может оказывать на процесс формирования и реализации норм международного права такое же влияние, как, например, Соединенные Штаты или другие экономически и финансово независимые государства. Элементарная логика подсказывает, а современная международно-правовая практика подтверждает (например, расширение в Европе «зоны ответственности» НАТО, попытки подмены миротворческих функций ООН, «гуманитарные» бомбардировки Югославии и т.д.), что в реальной жизни процесс формирования и

¹ Броунли Я. Международное право. Т. 1. М., 1977. С. 67.

² Лукашук И.И. Конституция России и международное право. С. 29.

реализации международного права — это не всегда процесс согласования действий и воля всех суверенных государств, к тому же — равноправных партнеров.

Теоретически и формально-юридически все государства—участники данного процесса выступают как равные партнеры и как носители одинаково равноценных государственных волей. Фактически же воля каждого государства, ее реальное содержание, стоящие перед ней цели и задачи, ее назначение, наконец, ее реальные возможности и ее нереализованный потенциал прямо соотносятся и предопределяются реальными возможностями и нереализованным потенциалом ее носителя — конкретного государства. Вполне понятно, что чем сильнее государство, тем тверже, масштабнее и в плане реализации своих устремлений реальнее его воля.

Исходя из этого, не будет преувеличением сказать, что процесс согласования в формально-юридическом отношении равноправных и равноценных государственных волей, лежащий в основе международного права, — это лишь некая теоретическая схема, своего рода международно-правовой идеал, который не всегда согласуется с реальной действительностью.

А действительность эта такова, что нередко в процессе формирования и реализации международного права точнее было бы говорить не о согласовании, а о прямом или косвенном (с использованием финансово-кредитных и иных рычагов при заключении стратегически важных международных договоров) давлении более сильных в финансово-экономическом и других отношениях государств на более слабые. Примеры подобного «согласования» волей государств — творцов международного права далеко не единичны. Они встречаются практически в каждой сфере жизни мирового сообщества и соответственно в каждой области межгосударственных отношений.

С учетом всего этого, а именно не только теоретических конструкций, повествующих о сути международного права как о результате согласования государственных волей, но и реальной жизни, повседневной международно-правовой действительности в современной весьма ослабленной в финансово-экономическом и других отношениях России, следует решать вопрос о характере взаимоотношений ее внутреннего права с международным правом вообще и вопрос о примате международного права в частности.

Весьма важным при этом было бы прислушаться к мнению тех специалистов в области международного права, которые совершенно справедливо утверждают, что все существующие концепции соотношения международного и внутригосударственного

права «возникли не случайно». Каждая из них несет определенную социальную нагрузку. Все они «отражают не только личные позиции тех или иных авторов, но и вполне реальные интересы тех или иных государств». Можно даже проследить сложившуюся в рассматриваемой сфере общую тенденцию, суть которой заключается в том, что «сторонники климата международного права чаще всего представляли интересы сильных держав, которые в течение длительного времени оказывали значительное влияние на развитие международного права и в силу этого в определенном смысле являлись международными законодателями»¹.

Данная тенденция в определенной степени сохраняется и в современном международном праве в период существования однополюсного мира и неизбежного при этом финансово-экономического и иного давления одних «ведущих мировых держав» на все другие, включая Россию. Как показывает современная международно-правовая, политическая и финансово-экономическая практика взаимоотношений различных государств, в том числе и России, это отнюдь не аномалии в мировом сообществе, как бы последнее не характеризовалось теми или иными политологами и идеологами, как целостное, отражающее прежде всего общечеловеческие интересы или же, наоборот, как раздробленное, отражающее в основном внутригосударственные, эгоистические интересы, а повседневные жизненные реалии.

Конечно, это не означает, что Россия как активный участник процесса международно-правового нормотворчества и как субъект международного права должна стремиться к самоизоляции от мирового сообщества и не признавать в каких бы то ни было формах и в каких бы то ни было сферах свобод граждан, международную торговлю, кредитно-финансовую и другие сферы примата международного права. Это отнюдь не отвечало бы интересам российского государства и не стимулировало бы развитие его внутригосударственного права.

Однако во избежание нарушения суверенных прав России весьма важным в плане признания примата международного права представляется следующее.

Во-первых, чтобы трактовка примата международного права заключалась не в понимании «главенствующей роли норм международного права» и, в частности договора, и возможности их прямого действия во внутреннем законодательстве, а в необходимости приведения национальных правовых норм в соответствие с международными соглашениями, обязательными для каждого

¹ Международное право / Отв. ред. Г.И. Тункин. С. 128-129.

государства, и согласовании внутригосударственного права с общепризнанными принципами международного права¹.

Во-вторых, чтобы отнесение общепризнанных принципов и норм международного права, равно как и международных договоров России к его внутреннему праву, а следовательно, и к его правовой системе, в **обязательном порядке сопровождалось их трансформацией**. На современном этапе развития российского государства и общества обязательная трансформация — это не просто пожелание, субъективно воспринимаемая необходимость, а обусловленная весьма не простыми для современной России внешнеэкономическими, внешнеполитическими и иными факторами объективная целесообразность.

4. РЕКОМЕНДУЕМАЯ ЛИТЕРАТУРА

Байтин М.И. Сущность права (Современное нормативное право-знание на грани двух веков). Саратов, 2001.

Давид Р., Жоффре-Спинозы .ST. Основные правовые системы современности. М., 1998.

Лукашук И.И. Нормы международного права в правовой системе России. М., 1997.

Мартене Ф. Ф. Современное международное право цивилизованных народов (по изд. 1904 г.). Т. I. / Общ. ред. Л.Н. Шестакова. М., 1996.

Международное право/ Отв. ред. Г.И. Тункин. М., 1994.

Миронов Н.В. Международное право: нормы и их юридическая сила. М., 1980.

Мюллерсон Р.А. Соотношение международного и национального права. М., 1982.

Оппенгейм Л. Международное право. Т. I. Мир. Полутом 1. М., 1948.

Общая теория государства и права. Академический курс: В 3 т. Т. 2 / Отв. ред. М.Н. Марченко. 2001.

Талалаев А.Н. Соотношение международного и внутригосударственного права и Конституция Российской Федерации // Московский журнал международного права. 1994. № 4.

Тункин Г.И. Теория международного права / Под общ. ред. Л.Н. Шестакова. М., 2000.

Grief N. Constitutional Law and International Law. United Kingdom Law in the Mid. 1990s. Part 1. L., 1994.

Jones J. Historical Introduction to the Theory of Law. N.Y., 1995.

Kelsen H. General Theory of Law and State. N.Y., 1991.

Simpson A. Essays in Jurisprudence. L., 1973.

Vendross A., Simma B. Universelles Volkerrecht: Theorie und Praxis. Bonn, 1984.

Каланда В. А. Указ. соч. С. 12.

относится государственная власть к разумным потребностям общества, тем больше сближаются народы и тем роскошнее развивается международная жизнь. Степенью развития социальных интересов внутри государства определяется степень его участия в международной жизни.

Широкое развитие современных международных сношений и сообщений объясняется необыкновенной силой, которую имеют в настоящее время социальные интересы и те стремления, которыми проникнуты различные общественные кружки в современных государствах. Для них территориальные границы являются лишь тормозом, препятствующим сближению народов. С другой стороны, если именно социальные интересы по преимуществу соединяют народы в стремлении к общим культурным целям, если от них зависит развитие между ними сношений, то надо признать, что развитие это мыслимо только между народами, которые стоят приблизительно на одинаковой ступени культурного и общественного развития. Там, где значение общественных сил и интересов ничтожно, не может быть и развитых международных отношений; там правительство не будет находиться под влиянием общественных классов, но и не будет обращать никакого внимания на разумные интересы и стремления общества и его представителей. С другой стороны, где общество неограниченно господствует над государством, где государство поглощается обществом и верховная власть есть слепое орудие в руках какого-нибудь отдельного общественного класса, вроде индийской касты или современной клики, там международные обороты могут быть только или запрещены под угрозой жестоких наказаний, или эксплуатируемы для чисто эгоистических сословных или корыстолюбивых целей.

Наоборот, при правильной постановке отношений общества к государству, когда государственная власть содействует нормальному развитию общественных интересов в пределах, ею поставленных, социальные стремления теряют в области международных отношений ту национальную резкость, тот узкий антагонизм, который им свойствен внутри государства. Другими словами, социальные международные сношения значительно содействуют тому, что народы вообще перестают относиться друг к другу с презрением, с тем чувством пренебрежительного высокомерия, которое господствует в отношениях между народами некультурными, неразвитыми в общественном смысле. Не самодовольная замкнутость и похвальба национальной самобытностью свидетельствуют о культурном быте и цивилизации народа, но, напротив, сознание собственных недостатков и потребностей и понимание великого значения, которое имеют для удовлетворения их международный обмен мыслей, продуктов хозяйственной и промышленной деятельности, вообще сношения с другими народами.

Тема VI

ОСНОВАНИЯ КЛАССИФИКАЦИИ НАЦИОНАЛЬНЫХ ПРАВОВЫХ СИСТЕМ

1. СОДЕРЖАНИЕ ТЕМЫ

Необходимость и важность классификации национальных правовых систем. Основания классификации. Понятие правовых семей. Особенности их формирования. Учет исторических, национальных и этнических традиций в процессе формирования правовых семей. Важность учета при этом уровня развития правовой культуры, правосознания и правового менталитета нации и народа. Недопустимость механического переноса правовых институтов, принципов и доктрин из одних правовых систем и правовых семей в другие.

Проблемы выбора критериев классификации национальных правовых систем. Теоретическая и практическая важность решения этих проблем. Факторы, оказывающие влияние на процесс формирования общих признаков и черт у различных правовых систем, а также на выбор критериев их классификации. Виды критериев классификации национальных правовых систем и образования на их основе различных правовых семей. Относительный характер классификации национальных правовых систем.

2. МЕТОДИЧЕСКИЕ РЕКОМЕНДАЦИИ К ТЕМЕ

При рассмотрении данной темы методически важным представляется сосредоточить основное внимание прежде всего на необходимости, а также теоретической и практической значимости решения проблем классификации национальных правовых систем.

Исходным при этом может и должно служить понятие содержания термина «классификация». Согласно сложившемуся в отечественной научной литературе представлению, понятие «классификация» (лат. *classic* «разряд» и *facere* «делать») рассматривается как «система распределения каких-либо однородных предметов или понятий по классам, отделам и т.п. на основе определенных общих признаков»¹. С логико-философских позиций она представляется как «особый случай применения логической операции деления объема понятия, представляющий собой некоторую совокупность делений (деление некоторого класса на виды, деление этих видов и т.д.)»².

Особое внимание обращается на то, что классификация всегда проводится лишь в определенных целях. Она фиксирует «закономерные связи между классами объектов»; способствует определению места и роли объекта в общей системе объектов; помогает установить наиболее важные, общие для всех объектов качества и свойства; «подытоживает результаты предшествующего развития» накопившихся знаний о классифицируемых объектах и их общей системе; способствует более глубокому познанию объектов и их системы. Позволяет делать обоснованные, прогнозы относительно путей дальнейшего развития и совершенствования как отдельно рассматриваемых объектов, так и всей их совокупности в целом³. Соответственно в основе искусственной классификации лежат вспомогательные признаки.

В зависимости от характера и «степени существенности оснований деления (подразделения)» объектов на виды (подвиды) или классы различают естественную и искусственную классификации⁴. В основе естественной классификации лежат наиболее важные для классифицируемых объектов признаки.

Аналогичные представления о классификации существуют и в зарубежной литературе, с той, однако, разницей, что значительное внимание в процессе классификации уделяется не только общности классифицируемых объектов, но и их особенностям⁵.

¹ Словарь русского языка. Т. II. М., 1982. С. 54.

² Философский словарь. М., 1988. С. 157.

³ Философский энциклопедический словарь. М., 1993. С. 256-257.

⁴ Там же. С. 257.

⁵ Webster's New Universal Unabridged Dictionary. N.Y., 1993. P. 334; Dictionary of Sociology and Related Sciences. Totowa: New Jersey. 1988. P. 43.

Применительно к правовой материи классификация как процесс «распределения» однородных объектов по классам, относительно самостоятельным группам, отделам и т.п. практически ничем не отличается от аналогичных действий, совершаемых применительно к любой иной — политической, социальной, физической, биологической и т.д. — материи. Различие при этом заключается лишь в том, что в качестве объектов классификации берутся не политические, социальные или любые иные институты, факторы, элементы, а правовые. В рассматриваемом случае таковыми выступают национальные (внутригосударственные) правовые системы.

Правовая картина мира, как известно, складывается из множества существующих и функционирующих на современном этапе развития общества национальных правовых систем. Все они в той или иной мере взаимосвязаны, взаимозависимы и оказывают воздействие друг на друга.

Разная степень их взаимосвязи и взаимодействия объясняется тем, что одни национальные правовые системы имеют больше общих признаков и черт, чем остальные. Другие же, наоборот, отличаются доминирующим характером специфических черт и особенностей по отношению друг к другу; имеют между собой гораздо меньше общего, чем особенного.

Среди сотен существующих в современном мире правовых систем многие из них обладают доминирующими сходными чертами. Эти сходства, как правило, обуславливаются одними и теми же или «очень близкими между собой типами общества», общими или «очень сходными историческими условиями развития общества», общей или «очень сходной религией», а также другими аналогичными им обстоятельствами¹.

Наличие общих признаков и черт у разных правовых систем позволяет классифицировать их между собой или подразделять в зависимости от тех или иных общих признаков и черт — критериев на отдельные группы или **правовые семьи**. В научной и учебной юридической литературе **правовые семьи понимаются в общем плане, как правило, в качестве совокупности национальных правовых систем, выделенных на основе общности их различных признаков и черт**². Разумеется, это не исключает других представлений о правовых семьях и группах правовых систем.

¹ Bogdan M. Comparative Law. Kluwer, 1994. P. 82.

² См.: Синюков В. И. Российская правовая система: Введение в общую теорию. Саратов, 1994. С. 166.

3. ОСНОВНЫЕ ВОПРОСЫ К ТЕМЕ И КРАТКИЕ НА НИХ ОТВЕТЫ

3.1. Чем обусловлены необходимость и важность классификации правовых систем?

Необходимость и важность классификации правовых систем вызываются следующими причинами. Во-первых, сугубо научными, **познавательными** и **«образовательными» причинами**, ибо глубокое и разностороннее познание правовой картины мира требует не только ее общего (и с неизбежностью в значительной мере поверхностного) рассмотрения, но и изучения ее по отдельным частям, вбирающим в себя сходные правовые системы. Только глубокое и всестороннее изучение последних, взятых сначала в отдельности, а затем в их взаимосвязи и взаимодействии друг с другом, позволяет дать четкую, адекватно отражающую реальную действительность правовую картину мира.

Во-вторых, это обуславливается сугубо практическими целями — унификации действующего законодательства и совершенствования национальных правовых систем. Отмечая, что сама идея группирования правовых систем в «правовые семьи» возникла в сравнительном правоведении в 1900 г. и широко была распространена уже в начале XX в., П. Круз вполне оправданно указывает на то, что одной из важнейших причин (если не самой главной) такой классификации явилось стремление юристов — теоретиков и практиков — «обеспечить если не полную, то, *по крайней мере*, хотя бы частичную, но основную, наиболее существенную часть процесса унификации всех цивилизованных правовых систем»¹.

Данное мнение разделяется и другими авторами, так как вполне очевидно, что любая — полная или частичная — унификации будет проводиться тем успешнее, чем теснее она будет связана с классификацией.

Последняя, объединяя правовые системы между собой по цивилизационному признаку (системы, находящиеся на одном уровне развития), географическому (системы, существующие на одном континенте), региональному (системы, функционирующие в одном регионе) и по иным общим для классифицируемых правовых систем внешним и внутренним чертам, несомненно, создает для процесса унификации права самые благоприятные предпосылки и условия, делает данный процесс более динамичным и целенаправленным.

¹ Cruz P. *и др.* A Modern Approach to Comparative Law. Boston, 1993. P. 28.

Классификация, а точнее, ее результаты, объединенные меж-пу собой на основе общих признаков и черт правовые системы, и (бавляют законодателей и исследователей, занимающихся про-ьпемами унификации, от необходимости предварительного анализа и выявления правовых систем, более или менее «склонных» к взаимному сближению, к глубокой унификации или лишь к внешней гармонизации своих отдельных сторон или аспектов.

Логично предположить (а реальная правовая жизнь, практика многих стран это подтверждают), что между сходными правовыми системами, относящимися к одному и тому же типу, гораздо больше предпосылок к унификации, нежели между правовыми системами, относящимися к разным группам, видам или семьям. Так, между правовыми системами мусульманских стран (Ливия, Иран, Ирак, Афганистан и др.) в силу самой их религиозной природы и характера гораздо больше сходства, а следовательно, и объективных предпосылок для унификации, чем, скажем, между ними, с одной стороны, и правовыми системами англосаксонских стран (Великобритания, Канада, Австрия, США, Новая Зеландия и др.) — с другой.

Однако классификация в практическом плане отнюдь не сводится лишь к установлению общих признаков и черт группируемых правовых систем и тем самым — к созданию или выявлению предпосылок, необходимых для унификации. В научной литературе в связи с этим совершенно справедливо отмечалось, что только исследователь-компаративист может решить в процессе классификации правовых систем, равно как и при проведении других сравнительно-правовых «операций», на какие стороны исследуемых объектов следует обращать внимание: только ли на их сходные черты и особенности или же одновременно на те и другие¹.

Выбор того или иного подхода зависит от многих факторов, и в первую очередь от разделяемых автором правовых ценностей, сходства или различия правовой идеологии, степени близости правовых систем друг к другу, наконец — непосредственных целей сравнительного исследования правовых систем.

М. Богдан замечает, что иногда, особенно когда речь идет о тесно связанных друг с другом правовых системах, таких, например, как правовые системы соседних штатов США Нью-Йорк и Нью-Джерси, больше внимания исследователями уделяется их различию, нежели сходству. В других же случаях, особенно когда сравниваются между собой различные правовые

¹ Bogdan M. Op. cit. P. 68.

системы, больший интерес могут представлять их общие или сходные черты, чем особенности. Например, при сравнении таких сходных между собой институтов, как свобода заключения контрактов, свойственных большинству правовых систем, нет необходимости говорить об очевидном — их сходстве, гораздо больший интерес представляют их особенности — содержание, механизм их заключения и осуществления, гарантии и т.д.¹

Однако не следует упускать из виду то обстоятельство, что в целях классификации правовых систем как одной из предпосылок их унификации основное внимание уделяется все же выявлению их сходства, на основе которого и группируются правовые системы, нежели рассмотрению их особенностей. Анализ последних, несомненно, имеет немаловажное значение как для классификации права, так и для его унификации, тем не менее по сравнению с анализом сходных черт и особенностей правовых систем применительно к данному случаю он неизменно уходит на второй план.

Помимо формирования необходимых предпосылок для унификации права классификация правовых систем имеет важное практическое значение и в других отношениях. Выступая как одно из проявлений функций сравнительного правоведения, она позволяет на фоне всей совокупности правовых систем глубже и разностороннее исследовать отдельные правовые системы, увидеть их достоинства и недостатки, выработать практические рекомендации и предположения по их частичному совершенствованию или же полному реформированию, способствует своеобразному «обмену опытом» между различными правовыми системами в плане их наиболее оптимального построения и функционирования, создает предпосылки для возможного заимствования наиболее оправдавших себя норм, принципов и институтов одних правовых систем другими.

Разумеется, при всех проявлениях практической значимости процесса классификации национальных правовых систем, и в особенности процесса взаимного заимствования их друг у друга, речь идет не о некоей механической «операции», а о творческом подходе и учете исторических, национальных, экономических, политических и других условий и особенностей той или иной страны. Только при таком подходе можно рассчитывать на то, что вновь вводимые или переносимые из других правовых систем институты, нормы или принципы будут не только формально

¹ Bogdan M. Op. cit. P. 68.

■итмироваться в структуре новой правовой системы, но и эффективно осуществляться.

Многовековой опыт разностороннего заимствования одних Правовых систем у других показывает, что в данном, вполне естественном для всех без исключения стран процессе наряду с подавляющим большинством положительных примеров есть немало и отрицательных или, по крайней мере, спорных моментов. В качестве последних в отечественной литературе указывается, в частности, на неоправданность введения в современной России **института президентства**. Данный конституционно-правовой институт был заимствован, как известно, сначала в СССР, а затем и в России из государственно-правовой теории и практики ряда зарубежных стран, и прежде всего Франции и США.

Оспаривая «правомерность» и обоснованность введения данного института в нашем государстве, его открытые противники или скрытые оппоненты (в основном из правящих кругов) апеллируют к позитивному опыту работы Верховных Советов СССР и союзных республик — высших представительных органов в стране, к отсутствию каких бы то ни было «президентских» традиций и обычаев в России, прямо или косвенно противопоставляют «президентализм» «парламентаризму».

Далеко не всегда это звучит убедительно, поскольку в России до установления режима «президентализма», ассоциирующегося в сознании масс нередко с авторитаризмом, многие столетия существовал авторитарный по своей природе и характеру царизм.

Институту парламентаризма в противоположность «президентализму» отдается предпочтение, как известно, и многими зарубежными авторами. Хотя следует сказать, что и у последнего немало сторонников².

Можно привести и другие примеры весьма спорного и противоречивого заимствования зарубежных государственно-правовых или сугубо правовых норм, принципов и институтов в России, в частности **институт присяжных заседателей**³, отмененный в России в 1917 г. и вновь введенный в уголовно-процессуальное законодательство РФ в 1991 г.; **институт траста**, или доверительного

¹ Pizzorusso A. Developing Trends of Parliamentarism // XIV International Congress of Comparative Law. Athens, 1994; Athens, 1996. P. 633-651.

² См.: Easter G. Preference for Presidentialism // World Politics. 1997. N2. P. 184-211.

³ Fukurai H. Race, Social Class and Jury Participation: New Dimensions for Evaluating Discrimination in Jury Service and Jury Selection // Journal of Criminal Justice. 1996. N 1. P. 57-63.

управления имуществом, введенный в гражданское законодательство России в 1995 г., и др. Спорность и противоречивость за имствования подобных институтов заключаются в том, что они механически переносятся из одних правовых систем в другие.

Институт присяжных заседателей, существовавший в рос списке законодательстве с 1864 г. до 1917 г., в «чистом виде», конечно, нельзя считать сугубо зарубежным феноменом. Однако на момент введения его в 1991 г. (под влиянием прежде всего современного американского законодательства) правовая система России, а также и экономические и все другие условия коренным образом изменились по сравнению с дореволюционным (1917) состоянием. Страна, общество и государство стали иными. Они радикально отличаются как от своих предшественников до 1917г., так и от современных зарубежных феноменов.

Неучет данных обстоятельств при введении этого института, подвергающегося довольно резкой критике со стороны западных юристов-процессуалистов, чреват его искусственностью и неэффективностью. Довольно трудно поверить, например, что институт присяжных заседателей будет эффективно «работать» на всей территории Российской Федерации, включая Чечню и другие ее субъекты, где открыто проявляются сепаратистские, националистические или экстремистские тенденции.

Как представляется, аналогично обстоит дело и с **гражданско-правовым институтом траста**. Содержание данного института раскрывается в п. 4 ст. 209 ГК РФ, которая устанавливает, что «собственник может передать свое имущество в доверительное управление другому лицу (доверительному управляющему). Передача имущества в доверительное управление не влечет перехода права собственности к доверительному управляющему, который обязан осуществлять управление имуществом в интересах собственника или указанного им третьего лица»¹.

Шначально данный институт появился в системе англосаксонского права. В этой же специфической по своей природе и характеру системе он получил свое дальнейшее развитие и весьма широкое распространение. В других правовых системах, принадлежащих к романо-германскому праву, несмотря на попытки некоторых авторов-компаративистов своими теоретическими исследованиями стимулировать процесс «рецепции» американского

¹ Гражданский кодекс Российской Федерации. М., 1995. Ст. 209, п.4.

и права в Европе¹, институт траста столь широкого распространения не получил. Перенесение его на российскую правовую и социально-экономическую почву, еще более отдаленную от англосаксонской, чем романо-германская действительность², тем более является проблематичным.

В отечественной юридической литературе по поводу введения института траста уже высказывалось мнение о том, что: а) это введение явилось выражением «недостатка осведомленности в сравнительном правоведении»; б) данный институт «некстати появился в российском гражданском законодательстве» и в) это новшество не следует рассматривать «как беду для нашего гражданского права», ибо «особых неудобств траст не причинит, но его смысл и жизнеспособность весьма сомнительны»³.

С данными выводами и оценкой траста применительно к нашей стране трудно не согласиться, как и с констатацией того очевидного факта, что траст — это «не просто иностранное, а инородное для нас явление»⁴. Не случайно «доверительная собственность или управление, даже будучи новинкой, не встречают энтузиазма и понимания ни у граждан, ни в среде юристов». Траст не имеет той почвы в виде судебной практики, которая сформировалась на его родине — в странах англосаксонского «общего» права.

Траст — это институт с обширной предысторией, которая и наполняет содержанием те несколько фраз, что образуют его определение. В странах романо-германского права траст такой основы «никогда не имел и в обозримом будущем едва ли ее когда получит»⁵.

Известно, что романо-германское право предлагает юристам целый комплекс его аналогов в виде таких институтов, как комиссия, поручение, представительство и доверенность, опекунов, перемена лиц в обязательстве, которые давно составляют неотъемлемую часть российского и западноевропейского законодательства, прошли проверку временем и довольно обстоятельно защищены судом. В системе подобных традиционных

¹ *Wiegand W.* The Reception of American Law in Europe // *The American Journal of Comparative Law.* 1991. N 2. P. 229-448; *Cruz P. de.* Op. cit. P. 335-337.

² Подробнее об этом см.: *Dainow J.* The Civil Law and the Common Law: Some Points of Comparison // *The American Journal of Comparative Law.* 1966-1967. Vol. 15. P. 419-435.

³ *Арановский К. В.* В преддверии сравнительного правоведения // *Правоведение.* 1998. № 2 (221). С. 59.

⁴ Там же.

⁵ Там же.

институтов траст, по всей вероятности, окажется малоперспективным¹.

То же самое можно сказать и о ряде других правовых институтов, искусственно вводимых в последние годы в российское законодательство извне.

Однако это не означает, что российская правовая система является неким уникальным феноменом, полностью несовместимым с зарубежными правовыми системами. С точки зрения ее способности к восприятию адекватно отражающих российскую действительность новых идей, принципов, норм и институтов, изначально «заложенных» и положительно себя проявивших в других правовых системах, она мало чем отличается от своих зарубежных аналогов². Исходя из этого можно с уверенностью сказать, что все то положительное в плане унификации, гармонизации и т.п., что получают или могут получить от классификации зарубежные правовые системы, целиком и полностью относятся и к российской правовой системе.

Более того, поскольку современная российская правовая система рассматривается как система **переходного состояния** экономики, общества и государств, ориентированных, согласно Конституции РФ, на рыночные отношения, а также на построение гражданского общества и правового, социального государства, то уже в силу самой своей «переходной» природы она должна быть более восприимчива к соответствующим правовым институтам, особенно четко выделяющимся в процессе классификации, чем другие правовые системы.

Здесь в первую очередь следует сказать о таких правовых институтах, как **институт юридических, материальных и иных гарантий прав и свобод граждан**, ставший особо актуальным в XX в. — веке бурного развития промышленной индустрии и демократии³. Имеется в виду правовой и политический институт конституционно признанной оппозиции правящей партии, классу, режиму⁴. Официальное признание прав оппозиции, выступление ее в качестве реальной альтернативы существующему режиму и правительству, закрепление за лидером оппозиции — потенциальным главой государства или правительства — и членами

¹ Арановский К. В. В преддверии сравнительного правоведения // Правоведение. 1998. № 2 (221). С. 59.

² См.: Карташов В. Н. Введение в общую теорию правовой системы общества. Ч. 1. Ярославль, 1995.

³ Wise Ed. Comparative Law and the Protection of Human Rights // The American Journal of Comparative Law. 1982. Vol. XXX (Supplement). P. 365-375.

⁴ Brazier R. Constitutional Practice. Oxford, 1994. P. 156-178.

теневого кабинета конституционных прав и свобод, наконец, создание конституционно закрепленного и гарантированного механизма преемственности власти, несомненно, способствовали бы становлению демократии в России и укреплению стабильности общества и государства.

Помимо названных институтов для становления и развития современной правовой и политической системы России большой интерес представляли бы развиваемые западными теоретиками и практиками конституционно-правовые основы обеспечения стабильности и эффективности существующих в различных странах государственно-правовых режимов; институт реального разделения и взаимного сдерживания, балансирования властей; институты, обеспечивающие эффективную борьбу с так называемой «корпоративной преступностью» (corporate crime) и политической коррупцией; и др.¹

Дальнейшей разработке и адаптации данных и подобных институтов к российской действительности в немалой степени может способствовать классификация национальных правовых систем и выделение среди них с целью последующей трансформации общих для всех, наиболее устоявшихся и оправдавших себя правовых феноменов.

3.2. Каковы критерии классификации национальных правовых систем?

Вопрос о выборе критериев классификации национальных правовых систем является теоретически и практически важным вопросом.

Каков должен быть характер этих общих признаков-критериев? Каковы их особенности и виды? Наконец, каким будет их содержание? Должны ли они быть временными или же постоянными, присущими сравниваемым системам на всех этапах развития?

Обсуждение подобных вопросов занимает довольно значительное место в научной и учебной сравнительно-правовой литературе. В силу их сложности и многоплановости нет и, по-видимому, не может быть однозначных решений данных проблем исследователями. Так, например, по вопросу о том, должен

¹ Underdal A. The Concept of Regime «Effectiveness» // *Cooperation and Conflict*. 1992. N 3. P. 227-239; FishelD., SykesA. Corporate Crime // *The Journal of Legal Studies*. 1996. Vol. XV. P. 319-349; Heywood P. Political Corruption: Problems and Perspectives // *Political Studies*. 1997. Vol. XLV. P. 417-435.

ли быть в процессе классификации правовых систем **одной или несколькими общими признаками-критериями**, некоторые умные склоняются к мнению, что это непременно должен быть **«один единственный критерий»**. В качестве такового, по их мнению, может выступать, в частности, «общность экономических систем», на базе которых возникают и развиваются соответствующие им и обусловленные ими правовые системы. Роль «одного единственного критерия» могут сыграть, с их точки зрения, также общие «исторические традиции», «общая историческая природа» сравниваемых правовых систем¹.

Другие авторы считают, что классификация правовых систем должна проводиться **на основе нескольких критериев**. Только при этом условии она будет иметь какое-либо позитивное значение. В противном случае она теряет всякий смысл. Настаивая на данном мнении, некоторые исследователи, однако, не исключают и того, что «в общем конгломерате факторов-критериев» один из них будет иметь все-таки «особый, определяющий смысл»².

Аналогичная картина складывается и при решении других вопросов, касающихся критериев классификации правовых систем, например при **решении вопроса о том, каков должен быть характер критериев (критерия) классификации**. Должны ли они (он) быть простыми, однозначными, не допускающими многозначности толкования и двусмысленности в понимании, или же они могут быть сложными, общими?

В качестве **простого критерия** предлагается рассматривать, в частности, правовую традицию или традиции, общие для всех группируемых в одну семью правовых систем. При этом под правовыми традициями в западной литературе понимается «совокупность глубоко укоренившихся в сознании людей и исторически обусловленных их отношений к роли права в обществе, природе права и политической идеологии, а также к организации и функционированию правовой системы»³. В отечественной же литературе правовыми традициями считаются «элементы социального и культурного наследия, передающиеся из поколения в поколение и сохраняющиеся в определенных обществах, классах и социальных группах в течение длительного времени». В качестве традиций могут выступать определенные

¹ Schnitzer A. Vergleichende Rechtslehre. Vol. I. Berlin, 1996. P. 132-145.

² Zando R. Juristen. Bonn, 1965. S. 48-50.

³ Merryman A. The Civil Law Tradition. N.Y., 1977. P. 18.

общественные установления, нормы поведения, ценности, обычаи, обряды и т.д.¹

К сложным критериям классификации правовых систем относят, например, «стиль» этих систем. В понятие стиля правовой системы, выступающего в виде сложного и многогранного явления, включаются такие его «составляющие» части, как «историческая природа правовых систем», особенности путей его развития, «преобладающая манера правового мышления», «основные характеристики правовых институтов», «иерархия источников права и способы их интерпретации», доминирующая «идеология правовых систем»².

Продолжительные споры ведутся и по другим вопросам, затрагивающим проблемы выбора критериев и определения их содержания. В частности, **довольно интенсивные в западной компаративистике дискуссии имеют место по поводу особенностей факторов, оказывающих прямое воздействие на формирование общих черт различных правовых систем, а следовательно, и на выбор критериев их классификации.** Нередко вопрос ставится так: должны ли при отборе этих факторов братья во внимание только объективные, основополагающие факторы или же вместе с ними и субъективные?

Ответ на него дается неоднозначный. Одни исследователи полагают, что при анализе факторов, оказывающих прямое воздействие на формирование общих черт различных правовых систем, должны учитываться лишь объективные факторы, более устойчивые и долговременные по сравнению с субъективными. Другие же вполне обоснованно, как представляется, исходят из того, что учитываться должны все без исключения объективные и субъективные факторы.

Среди них многими авторами особо выделяются экономические факторы, которые рассматриваются, и вполне справедливо, как доминирующие. «Не нужно быть марксистом, — замечает по этому поводу М. Богдан, — чтобы понять, что любая правовая система представляет собой весьма высокий уровень надстройки («суперструктуры»), которая базируется на соответствующей экономической системе общества, и что любая правовая система призвана обслуживать среди самых различных сфер общества и нужды экономики»³. Государства с одним и тем же типом экономики (плановая, рыночная экономика) имеют,

¹ Советский энциклопедический словарь. М., 1980. С. 1356.

² Bogdan M. Op. cit. P. 83.

³ Ibid.

естественно, гораздо *больше* общих черт в своих политических и правовых системах, чем страны с разным типом экономики. Однако надо иметь в виду и то обстоятельство, что в рамках одного и того же типа экономики в зависимости от *уровня* ее развития, а также уровня развития политических и правовых систем между одними правовыми системами может быть больше общностей, чем между другими¹.

В числе иных обстоятельств, оказывающих прямое воздействие на формирование общих черт правовых систем, а вместе с тем и на выбор критериев их классификации, М. Богдан называет политические, идеологические, религиозные, исторические, географические и демографические².

П. Круз указывает применительно к Европе и на военно-политические факторы. «Конфигурация всего правового мира Европы, как и отдельных правовых систем, — пишет он, — в конце XX в. в значительной мере зависит от большого числа факторов, но не в последнюю очередь от таких, зачастую не поддающихся учету обстоятельств, как развитие новой военно-политической ситуации на Европейском континенте». Они складываются по-разному, в зависимости от того, будет ли новый военный *альянс*, возникающий на базе расширения НАТО, существовать при доминирующей роли США как одного из партнеров западноевропейских стран, или же он будет функционировать на основе баланса таких государств, как вновь объединенная Германия, с одной стороны, и Россия и Франция — с другой³.

Суммируя все ранее высказанные мнения **о факторах**, оказывающих влияние на формирование общих черт различных правовых систем, а также **о требованиях**, предъявляемых к критериям их классификации, в отношении последних можно сделать следующий вывод. Для того чтобы критерии классификации правовых систем оказались состоятельными и в максимальной степени пригодными для выполнения соответствующих функций, они должны отвечать следующим требованиям: а) в основе своей иметь постоянные, фундаментальные, а не временные и случайные факторы; б) по возможности быть более определенными признаками-критериями; в) иметь устоявшийся объективный характер; г) если за основу классификации правовых систем берется не один, а несколько признаков-критериев, то один

¹ Bogdan M. Op. cit P. 71.

² Ibid. P. 70-76.

³ Cruz P. de. Op. cit. P. 342.

из них непременно должен быть основным, доминирующим; д) при исследовании общих черт правовых систем — критериев их классификации следует учитывать не только объективные, но и субъективные факторы, оказывающие прямое воздействие на процесс их формирования.

В отечественной и зарубежной сравнительно-правовой литературе данные требования, однако, далеко не всегда берутся во внимание. В результате **при определении конкретных видов критериев нет общности мнений.**

Констатируя данный факт, Р. Давид справедливо отмечает, что при определении их зачастую учитывают лишь общность и различие **в теории источников права и методах работы юристов.** Иногда предлагают **принять материально-правовой критерий,** исходящий из основных принципов права и выраженных в нем основных интересов. Есть также предложения исходить из структуры права, его деления и концепций, применяемых юристами. Эти предложения часто дополняются соображениями политического характера¹.

Сам же автор, отвергая попытки пользоваться «одним-единственным критерием» для классификации правовых систем, в качестве критериев классификации последних выдвигает два положения, которые, с его точки зрения, могут быть на равных основаниях «решающими для проведения классификации». Это — **юридическая техника,** которой пользуются юристы той или иной страны, «изучая и практикуя право». Если **методы работы юристов** разных стран, **источники права и юридический словарь различных правовых систем идентичны друг другу,** в целом или в основной своей части совпадают, **то эти правовые системы относятся** к одной и той же группе близких друг другу правовых систем, **к одной и той же правовой семье.** В противном случае они принадлежат к разным правовым семьям.

Однако, поясняет Р. Давид, названный критерий при всей его важности сам по себе еще недостаточен для идентификации правовых систем и отнесения их к тем или иным правовым семьям. Для этого требуется еще один, дополнительный критерий, заключающийся в опоре правовых систем, принадлежащих к одной и той же правовой семье, на **одинаковые философские, политические и экономические принципы** и стремящийся к созданию сходных между собой типов общества .

¹ См.: Давид Р. Основные правовые системы современности (сравнительное право). М., 1967. С. 37. ² Там же. С. 38.

Руководствуясь данными критериями, один из которых по своему существу является техническим, а другой — идеологическим, автор разделяет все существующие в мире национальные правовые системы на следующие группы — правовые семьи: романо-германскую, именуемую иногда «континентальной», или «цивильной» (Civil Law); англосаксонскую, или семью «общего» права; социалистическую; исламскую; рассматриваемые в качестве отдельных правовых семей индусское, иудейское право, а также правовые семьи стран Дальнего Востока и стран Африки.

Несколько иного мнения по вопросу о конкретных видах критериев классификации правовых систем и группирования их в отдельные правовые семьи придерживаются компаративисты Дж. Мэрримэн и Д. Кларк. Используя в качестве критерия классификации правовых систем **правовые традиции**, авторы приходят к выводу о том, что в современном мире существуют **три основные правовые семьи**: цивильное, общее и социалистическое право, а также «**все остальные**» **правовые семьи**. Последние географически располагаются в Азии, Африке и на Ближнем Востоке. В их состав входят соответственно исламское, индусское, еврейское (иудейское), китайское, корейское, японское право, а также возникающее и развивающееся на основе «различных туземных правовых обычаев народов Африки» африканское обычное, или родовое, право¹.

Исследователь сравнительного правоведения Г. Либесны оперирует в качестве конкретных критериев классификации правовых систем такими явлениями и категориями, как **правовое сознание, традиции и обычаи** народов той или иной страны. Автор правомерно исходит из того, что любая правовая система — это прежде всего «неотъемлемая составная часть культуры любой страны» и что глубокое понимание последней помогает выявить важнейшие специфические черты и особенности первой, и наоборот².

Опираясь на данный критерий, Г. Либесны выделяет только «две группы основных правовых систем», каждая из которых является «по своей природе европейской правовой семьей и каждая из которых оказывает огромное влияние на формирование и развитие правового ландшафта во всем мире». Это — континентальное (цивильное) право и общее право.

¹ *Merryman J., Clark D. Comparative Law: Western European and Latin American Systems. N.Y., 1978. P. 26.*

² *Liebesny H. Foreign Legal Systems: A Comparative Analysis. Wash., 1981. P. 1.*

Ни одна из этих правовых семей не является однородной по своему составу. Каждая из них складывается из правовых систем, в разной степени отличающихся друг от друга.

Кроме двух основных правовых семей автором выделяются также и другие правовые семьи, «находящиеся за пределами их сферы приложения». Это исламское право, индусское, китайское и другие правовые семьи, а также особые по своей природе и характеру правовые системы¹.

В западной и отчасти в отечественной сравнительно-правовой литературе предлагаются и другие критерии и варианты группирования правовых систем в правовые семьи. Еще в начале XX в. предлагалась, например, **классификация правовых систем на основе расового и языкового критериев** и соответственно объединения их в правовые семьи. На основе этого критерия выделялись такие группы правовых систем, как индоевропейская, семитская и монголоидная правовые семьи. Первая из них в свою очередь подразделялась на греко-римскую, германскую, англосаксонскую, славянскую, иранскую и другие подгруппы.

В более поздний период предпринимались попытки использования в качестве критериев классификации особенности правовой культуры, сущность и содержание права, правовую идеологию, особенности источников права и др.²

Особое внимание в послевоенный период вплоть до настоящего времени уделялось критериям классификации правовых систем, которые основываются на **общности их исторических корней, сходстве стиля или модели правового мышления, близости основных правовых институтов** и др.

На основе данных критериев, рассматриваемых в совокупности и каждый по отдельности, П. Круз подразделяет существующие национальные правовые системы на четыре основные правовые семьи, а именно: англосаксонскую (семью общего права), романо-германскую (цивильную), социалистическую и правовую семью «гибридной или смешанной юрисдикции». При этом он, в частности, показывает на примере первых двух правовых семей³, что есть у них общего и что особенного, что сближает их и что отличает их друг от друга⁴.

Рассматривая англосаксонскую правовую семью и романо-германское право с исторической точки зрения в сравнительно-

¹ *Liebesny H.* Foreign Legal Systems: A Comparative Analysis. Wash., 1981. P.2.

² *Sauser-Hall N.* Function et methode du droit compare. P., 1913. P. 101-115.

³ *Cruz P. de.* Op. cit. P. 28-34.

⁴ *Ibid.* P. 30.

правовом плане, автор справедливо указывает, в частности, на то, что для национальных правовых систем, входящих в англосаксонскую правовую семью, характерно прежде всего наличие огромного количества норм, возникших в течение ряда веков на основе неписаных обычаев. Правовую систему Великобритании отличает существование на протяжении длительного времени вместе с ярко выраженными чертами «сильного монархизма» и прагматизма также «высокоцентрализованной системы судов», неписаной конституции и конституционализма. Правовые системы, входящие в семью общего права, в значительно меньшей степени подвержены влиянию со стороны римского права и в гораздо большей мере, чем правовые системы романо-германской группы, — воздействию со стороны судебной практики.

Английское право, отмечал Р. Давид, не знало обновления «на базе римского права, ни в силу кодификации, что характерно для французского права и для других правовых систем романо-германской правовой семьи. Оно развивалось автономным путем, контакты с Европейским континентом оказали лишь незначительное на него влияние»¹.

Однако, предупреждает автор, не следует преувеличивать этот исторический характер английского, а вместе с ним и всего общего права. «Англичане любят подчеркивать его, подобно тому как французы склонны говорить о рациональности и логичности своего права. На самом деле роль традиций и рационализма в становлении и развитии того и другого права не столь уж различны, так как французское право, как и английское, должно было приспособливаться к изменениям и учитывать нужды общества, которые всегда были и остаются в общем очень сходными»².

Прислушиваясь к словам Р. Давида о том, что роль традиций в становлении и развитии английского и французского права, а вместе с ними и соответствующих семей права «не столь уж различна», не следует в то же время забывать, что наряду с отмеченными особенностями общего права существуют свои особенности и у гражданского (романо-германского) права. Они проявляются, в частности, в том, что эта правовая семья в отличие от семьи общего права в гораздо большей степени складывалась под влиянием французского гражданского кодекса (Кодекса Наполеона), а позднее и немецкого гражданского кодекса. Одна из важнейших особенностей семьи гражданского права заключается также в том, что центральное место в нем традиционно отводи-

¹ Давид Р. Указ. соч. С. 252-253.

² Там же. С. 253.

лось не «судейскому праву» как результату судов, а нормативно-правовым актам, исходящим от законодательных и исполнительно-распорядительных государственных органов¹.

3.3. Политические, идеологические и культурные факторы, оказывающие влияние на классификацию правовых систем

Говоря о критериях, на основе которых проводится группирование национальных правовых систем в данные основополагающие по своей природе и характеру правовые семьи, а также об общих чертах и различиях англосаксонской и романо-германской правовых семей, нельзя упускать из виду политические, идеологические, а главное — **культурные факторы**. Важно помнить многократно прокламировавшийся в научной литературе и постоянно подтверждавшийся в повседневной жизни факт, что каждая правовая система, а вместе с ней и правовая семья являются «уникальным продуктом» целого комплекса особых и не в последнюю очередь культурных факторов², что в «каждой культуре есть своя особая правовая жизнь, а в каждой правовой жизни есть своя особая культура»³.

Каждая правовая система, справедливо отмечал американский ученый Д. Блэк, представляет собой «уникальную индивидуальность», в значительной мере обусловленную соответствующим уровнем развития культуры, и варьируется в зависимости от ее особенностей. Право есть культура, а культура есть право — вот тот тезис, который вместе с идеей прямой обусловленности права культурными факторами возник вместе с правом и, следовательно, в той же степени стар, как и само право⁴.

Сравнивая правовую культуру, лежащую в основе двух основных правовых семей — англосаксонской и романо-германской, западные исследователи на примере США и Франции указывают на то, что если американцы как представители англосаксонской правовой семьи, будучи «прямыми наследниками древнего англосаксонского легализма и религиозного пуританизма», в большинстве своем с особым трепетом и уважением относятся к правовым догмам, непосредственно затрагивающим их интересы, отдельным правовым институтам и нормам так же, как в целом и к самому праву, то во Франции с отношением к праву дело обстоит несколько иным образом.

¹ Cruz P. de. Op. cit. P. 30-31.

² Gmssfeld B. The Strength and Weakness of Comparative Law. Oxford, 1990. P. 41.

³ Kohler N. Das Recht als Kulturerscheinung. Wurtzburg, 1885. S. 5.

⁴ Black D. The Behavior of Law. N.Y., 1976. P. 63.

Французы по сравнению с американцами, отмечается в научной литературе, «намного спокойнее (амбивалентнее — *ambivalent*) относятся к праву». Хотя они и «взывают к праву», особенно когда дело касается защиты прав частной собственности и личных интересов, хотя и «побаиваются права и юридической системы», однако они не надеются на них, когда речь идет о защите их конституционного статуса и «предоставленных им прав». Французское общество не слишком доверяет принципу «господства права» и вовсе не верит в то, что серьезные политические, экономические и социальные конфликты, возникающие между его членами, могут быть решены правовым путем. Отношение французов к праву зачастую «сочетает в себе элементы безразличия и цинизма»¹.

Элементы общей и правовой культуры, несомненно, лежат в основе не только романо-германской и англосаксонской, но и других правовых семей. И как таковые, взятые сами по себе или вместе с другими факторами, они могут выступать в качестве критериев классификации правовых систем. На основе этих критериев в сравнительно-правовой литературе наряду с ранее названными правовыми семьями или в рамках этих правовых семей иногда выделяются также следующие семьи: лагинская правовая, германская правовая, нордическая правовая², африканская правовая³ и славянская правовая⁴.

Существуют и другие многочисленные точки зрения и подходы к определению критериев классификации правовых систем и выделению различных видов правовых семей. Это вполне естественно и закономерно, имея в виду сложность, многогранность и известную противоречивость рассматриваемой материи.

Свести различные точки зрения и подходы по данному вопросу к общему знаменателю в силу этих и других причин не представляется возможным. К тому же в этом нет никакой необходимости. В данном случае сложившееся многообразие точек зрения и подходов к разрешению рассматриваемых проблем с безусловным выделением среди прочих двух основных, наиболее распространенных и влиятельных правовых семей — **англосаксонской и романо-германской** — является более полезным и конструктивным, чем некое мнимое их единообразие.

¹ *Laurent Cohen-Tanugi*. Legal Cultures Compared: The American and the French and the German // *European Legal Cultures* / Ed. by V. Gessner, A. Hofland, C Varga. Sydney, 1996. P. 269.

² *Liebesny H*, Op. cit. P. 2-3.

³ *Merryman J., Clark D*. Op. cit. P. 9.

⁴ См.: *Синюков В.Н.* Указ. соч. С. 171-177.

3.4. Относительный характер процесса классификации национальных правовых систем

В процессе классификации правовых систем весьма важным представляется учитывать, что в реальной действительности **нет и не может быть законченной правовой или любой иной классификации и что любая выделяющаяся при этом правовая семья с неизбежностью будет иметь относительный характер.** Это касается не только таких правовых семей, вызывающих до сих пор острые споры и противоречивые суждения, как, например, социалистическая (именуемая иногда славянской) правовая семья или нордическая (нередко именуемая скандинавской), но и таких вполне устоявшихся и, казалось бы, не вызывающих никаких споров и сомнений правовых семей, как англосаксонская и ро-мано-германская.

Относительный характер их проявляется в различных формах и отношениях, но наиболее четко и последовательно он выражается в следующем.

Во-первых, в наличии в правовых массивах одних семей целых институтов права, отраслей и даже правовых систем, относящихся по своей природе и характеру к другим правовым семьям. В качестве примера можно сослаться на правовую систему штата Луизиана (США), на территории которого как бывшей колонии Франции исторически сложились и в значительной мере сохраняются поныне основные признаки континентального, точнее, французского права. В то же время, как известно, правовая система США, в пределах которой существует и функционирует правовая система Луизианы, является важнейшей составной частью общего права.

Аналогичным примером может служить также правовая система провинции Квебек (Канада). Будучи по существу своему генетически связанной (в силу тех же исторических причин, как и в случае со штатом Луизианы) с континентальной правовой семьей, формально и фактически она выступает как неотъемлемая составная часть в системе общего права¹.

Приведенные примеры могут быть дополнены ссылками на правовую систему Южной Африки, сформировавшуюся и функционирующую под воздействием правовой системы Дании и др.

Во-вторых, относительный характер процесса деления правовых систем на правовые семьи так же, как и самих правовых

Bogdan M. Op. cit. P. 90.

семей, проявляется во взаимном переплетении норм, институтов, правовых традиций и культур, лежащих в основе образования и деятельности одной правовой семьи, с соответствующими нормами, институтами, правовыми и культурными традициями других правовых семей. Такое переплетение является вполне естественным и объективным особенно тогда, когда различные правовые семьи относятся непосредственно или же тяготеют к одной и той же цивилизации. Например, это касается правовых традиций общего гражданского и социалистического права, которые, по мнению ряда исследователей, «весьма близки между собой», поскольку довольно «тесно связаны с процессом развития европейской цивилизации». Все они отражают идеи и соответствующие им институты, «сформированные в историческом и культурном контексте Запада»¹.

И, в-третьих, на относительном характере процесса классификации правовых систем и соответственно на относительном характере правовых семей не может не сказаться объективный процесс конвергенции, или сближения, двух основных правовых семей², а также так называемой «рецепции американского права» в Европе.

Говоря о тенденции взаимного сближения, или конвергенции, англосаксонской и романо-германской правовых семей, исследователи оперируют такими аргументами, как общность их исторической базы, заключающейся в том, что в период до возникновения национального государства (nation-state) весь цивилизованный мир, включая страны, на территории которых позднее появились эти две основные правовые семьи, «управлялся с помощью одной и той же правовой системы, а именно романо-канонического права *jus commune*»³.

Процесс сближения системы общего права с системой континентального права обуславливается и стимулируется также тем, что между странами, в пределах которых возникали и развивались данные правовые семьи, по мере эволюции общества устанавливались и усугублялись разносторонние связи, приведшие, в частности, к созданию в Западной Европе Европейского Сообщества и к значительной унификации расположенных на ее территории национальных правовых систем.

¹ *Menyman J., Clark D.* Op. cit. P. 6.

² *Bell J.* English Law and French Law - Not So Different? // Current Legal Problems. Vol. 48. Part 2. P. 63-89.

³ *Cruz P. de.* Op. cit. P. 335-336.

Что же касается так называемой «рецепции американского права» в Западной Европе, подтверждающей тезис об относительном характере деления национальных правовых систем на правовые семьи и об относительном характере самих правовых семей, то речь в данном случае идет, по свидетельству западноевропейских авторов, об элементарной американизации некоторых отраслей и институтов европейского права, о методологическом переносе элементов американского права как одной из важнейших составных частей общего права на почву романо-германского, континентального права.

Рецепция американского права в странах Западной Европы, а отчасти и в других странах обуславливается американской индустриальной, торговой, финансовой и иной экспансией. Это, разумеется, не интеллектуальная экспансия, которая ассоциируется с рецепцией римского права как *jus commune* на территории всей Европы в XII-XIV вв. Это, скорее, материальная экспансия. Однако между нею и рецепцией римского права можно с полным основанием провести четкую параллель¹.

Об относительном характере классификации правовых систем и самих правовых семей свидетельствует также существование в современном мире смешанных, или «гибридных», правовых систем, сочетающих в себе элементы общего и гражданского права. К таковым относятся правовые системы Филиппин, Японии, Шотландии, Шри Ланки, Маврикия, Камеруна и др.²

Не пытаясь охватить все правовые семьи и уникальные правовые системы, существующие в современном мире, остановимся на рассмотрении лишь некоторых, наиболее распространенных и наиболее значимых из них.

4. РЕКОМЕНДУЕМАЯ ЛИТЕРАТУРА

Давид Р. Основные правовые системы современности (Сравнительное право). М., 1967.

Давид Р., Жоффре-Спинозы К. Основные правовые системы современности. М., 1998.

Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (Основные правовые системы современности). М., 2000.

Тихомиров Ю.А. Курс сравнительного правоведения. М., 1996.

Топорнин Б.Н. Европейское право. М., 1998.

¹ Wiegand W. The Reception of American Law in Europe // American Journal of Comparative Law. 1991. N 2. P. 229-248.

² Cruz P. de. Op. cit. P. 200.

Цвайгерт К., Кёту Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. 1. Основы. М., 1998.

CruzP- de. A Modern Approach to Comparative Law. Boston, 1993.

Gutteridge H. Comparative Law. L., 1946.

Grossfeld B. The Strength and Weakness of Comparative Law. Oxford, 1990.

Liebesny H. Foreign Legal Systems: A Comparative Analysis. Wash., 1981.

Merryman J. The Civil Law Tradition. Stanford, 1992.

Merryman J., Clark D. Comparative Law: Western European and Latin American Legal Systems. N.Y., 1978.

Schnitzer A. Vergleichende Rechtslehre. Vol. 1. Berlin, 1996.