

С. А. Маркова-Мурашова*

О методологии сравнения правовых явлений

Современными исследователями, особенно зарубежными, все чаще предлагается проводить типологию в области сравнительного правоведения не по правовым семьям, а по правовым культурам. Понимание этой социальной практики предполагает знание и понимание общей культуры общества, в которую вплетается правовая культура. Сравнение и различение правовых систем возможно только при их изучении в пределах более широкого контекста социальной культуры, к которой они принадлежат, и специфики правовой культуры как части социальной. Если мы хотим отличать друг от друга национальные правовые системы, даже принадлежащие к одной правовой семье, то представляется необходимым прежде всего изучать правовую культуру, господствующую в конкретном обществе. Поскольку правовая культура представляет собой определенный феномен, который свидетельствует о том, какие понятия, концепции и действия положены в основу деятельности правоприменительных и иных учреждений и каким образом интерпретируются правовые тексты в рамках правовой системы.

Учитывая это, равно как и другие аспекты усиления роли и значения правовой культуры, представляется методологически верным при исследовании правовой культуры обратить внимание не только на общность правовых культур в силу их историко-культурных факторов эволюции, но и на их значительное разнообразие.

Сегодня проблематично представить себе население государства с равномерным распространением одной культуры или, тем более, с единой правовой культурой. На текущий момент ни одно общество (и, конечно, современное, высокодифференцированное общество) не является однородным. Хотя есть исследования об общих ценностях общества в целом, но их результаты весьма ограничены по масштабу и значительно отстают от наблюдения реального поведения в конкретных поведенческих ситуациях. Тем не менее во многих обществах есть хотя бы общий язык, который дает своим членам доступ к общим культурным явлениям. В связи с революционными процессами трансформации внимание уделяется тем ценностям и отношениям, которые выступают против этих процессов. Имеются в виду традиционные ценности в развивающихся странах третьего мира, а также ценности населения в бывших социалистических обществах, стоящих на пути плюралистической модернизации.

В реальности, разделение на «свою» и «чужую» культуру, на «наших» и «не наших» существовало и существует во всех обществах и у всех народов. Конечно, такому разделению придается большее или меньшее значение у разных культур. Представляется, что такое разграничение имеет естественную природу и является даже необходимым для того, чтобы государства, народы, нации смогли бы сохранить свою специфику, иметь свой собственный путь развития и свою собственную историю. В ответ на возможные обвинения в антигуманности и нечеловечности такого деления можно привести справедливейшие слова немецкого государствоведа Карла Шмитта о том, что если некто начинает выступать от имени всего человечества, от лица абстрактной гуманности, это означает на практике,

* Профессор кафедры теории и истории государства и права Кубанского государственного университета, доктор юридических наук, профессор.

что этот некто высказывает таким образом чудовищную претензию на то, что он лишает всех своих возможных оппонентов человеческого качества вообще, объявляет их вне человечества и вне закона и потенциально предполагает войну, доведенную до самых страшных и бесчеловечных пределов¹.

В силу этого представляется целесообразным сохранять разнообразие правовых культур и правовых традиций, но все же с учетом некоторых корректировок, которые вносят современные процессы жизнедеятельности правовых систем.

Правовые культуры, существующие в мире, настолько разнообразны и красочны, что их образно можно сравнить с лоскутным одеялом. И для того, чтобы выяснить их сходство и различие и определить перспективы взаимодействия, предлагается использовать схему с четырьмя уровнями, на каждом из которых право может быть сопоставлено сквозь социальные границы. Расположение от окна к окну этой схемы предназначено для того, чтобы сделать понятным, что каждый больший прямоугольник содержит в себе все вопросы, которые охватываются меньшим прямоугольником. Увеличивающаяся сложность на каждом уровне означает, что впечатление от различий увеличивается в социальном сравнении: чем больше элементов, входящих в сравнение, тем меньше вероятность того, что сумма показывает сходство (рис 1).

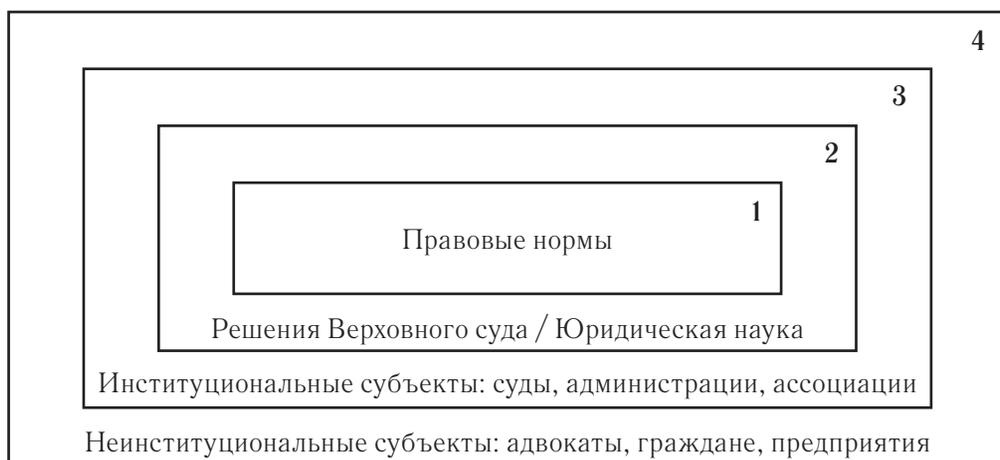


Рис. 1. Уровни сравнения правовых культур.

При этом первое поле предполагает теоретико-правовое и судебно-догматическое сравнение, второе — правовые сравнения, третье — сравнительные исследования реализации права и четвертое — сравнение правовых систем или правовой культуры.

Сама диаграмма помогает объяснить, что подразумевается под «сложностью»: включение субъектов, которые участвуют в правовой системе общества и поведение которых характеризует правовую культуру общества. Чем больше известно об их действиях, тем лучше можно понять реальность права, тем более существенным является сравнение различных правовых систем.

На первом уровне в качестве объектов изучения выбираются только правовые нормы и правовые учения, которые интерпретируются исследователями. Следует

¹ См.: *Schmitt C. Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität.* Berlin, 1934. S. 147.

заметить, что в количественном выражении они представляет собой наиболее часто выбираемую перспективу в юриспруденции. Исследования проводятся, как правило, по следующим темам:

- сходство и различие в правовом регулировании брачно-семейных отношений в правовой системе России, Германии, Англии, Франции;
- различия между административным правом в Англии и на Европейском континенте;
- регулирование родительских прав разведенных родителей при посещении ребенка во Франции и ее европейских странах-соседах.

Правовое сравнение в диаграмме находится на втором уровне сложности, т. к. наряду с правовыми нормами и правовыми догмами оно также включает в себя судебную практику и анализ полного спектра правовых школ.

Объектом правового сравнения в данном случае выступают не изолированные части конкретного закона или руководящий принцип решения, а, скорее, живое право, которое является результатом взаимодействия права, судебных решений и науки.

Национальная правовая наука в области сравнительного правоведения направлена на выявление пробелов действующего законодательства и дальнейшее его развитие путем толкования и предложения законодателю «лучшего решения». Однако правовые сравнения остаются приверженными нормативной перспективе, которая производит «правовые книги», а не «книги о законе»¹.

Определенный уровень гармонизации правовых отношений в правовых системах современности, особенно гармонизация права в Европе, не могли бы быть достигнуты в столь короткий срок без интенсивной работы компаративистов. Существующие правовые различия и сходства дают много возможностей для достижения правового единства. Примером могут служить следующие опубликованные работы:

- 1) исследование, опубликованное до принятия директивы ЕС по вопросу об ответственности производителей за дефектную продукцию, которое сравнивало национальные правила, существовавшие в то время в Европе по данному вопросу²;
- 2) объемные энциклопедии иностранного права и сравнительного правоведения, предоставляющие информацию обо всех аспектах частного права в правовых системах мира, которые, несмотря на свою универсальную ориентацию, уделяют особое внимание европейскому правовому порядку³.

Хотя юридические сравнения нередко игнорируют различия в применении закона (в конце концов, оценка решений высших судов разных стран не дает представления о формировании повседневной судебной и административной практики, не говоря уже о том, как отдельные граждане применяют закон), такие различия представляют центральный интерес для сравнительно-правовых исследований в области правоприменения.

Вопросы на третьем уровне становятся все более сложными не только из-за того, что исследуется поведение значительно большего числа субъектов (суды,

¹ Правовое исследование приобретает по-настоящему научный характер только тогда, когда поднимается выше исследования норм любой национальной системы, как в философии права, истории права, социологии права и сравнительном правоведении. В настоящее время сравнительное право позволяет опереться именно на общие принципы. См.: *Цвайгерт К., Кетц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. М., 2000. Т. 1 : Основы. С. 11.

² См.: *Tebbens H. D.* International Product Liability – A study of Comparative and International Aspects of Product Liability. Netherlands, 1979.

³ См.: International Encyclopedia of Comparative law // American Journal of Comparative Law. 626. 1966.

администрации, торговые ассоциации), но и за счет расширенной концепции контроля: прилагаются усилия для достижения политических целей с помощью правовых норм, а также с помощью других мер (например, образование и финансовая поддержка).

Поскольку меры являются взаимозаменяемыми или могут применяться одновременно, исследователи полагают, что выводы будут ложными, если анализ ограничится лишь правовыми нормами.

Право в действии можно проанализировать и понять, только если исследуется поведение тех, кто вовлечен в процесс осуществления права, т. е. правовых адресатов. Таким образом, в дополнение к правовым элементам общества, которые уже были описаны на 1-м, 2-м и 3-м уровнях, добавляется еще один компонент — правовая культура.

Адресаты, которые выполняют правовые предписания, могут положительно или отрицательно относиться к праву в целом или к конкретным мерам ответственности. Они могут преследовать противоположные цели, иметь различные ценностные ориентации или просто выработать иные поведенческие процедуры, чем те, которые предусматриваются законом. Многие национальные школы стремятся проводить такие исследования юридической эмпирической реальности, но сравнительных исследований на этом уровне сложности очень мало. Наиболее часто они выполняются международными группами исследователей, которые в состоянии описать «живой закон»¹.

Естественно, есть опасность, что увеличение социальной сложности происходит за счет юридической сложности, т. е. того, что аналитические уровни, предшествующие юриду-культурному уровню, не учитываются. Однако, как демонстрируют некоторые примеры, если вопрос исследуется должным образом, с учетом всех уровней, то результаты приобретают по-настоящему научный характер. Сравнительно-правовая работа часто достигает этого уровня сложности при обработке обширных материалов (судебные решения или случаи, которые рассматриваются в ежедневных газетах).

Подводя итоги, следует заметить, что сравнительно-правовые исследования проводятся в рамках тех четырех уровней, которые были рассмотрены. При этом существенным недостатком является отсутствие комплексных, сложных изучений, учитывающих содержание каждого уровня, прежде всего, значение правовой культуры в современном мире. В силу этого значительная часть проводимых сравнительно-правовых исследований в целом и в области правовой культуры в частности определенным образом вводит нас в заблуждение. Мы пишем о правовых системах, правовой культуре, но не о людях, которые живут в соответствии с этими системами. Более чем в любой другой области правовых исследований сравнительное право может быть красочным, интересным, сложным, заставляющим задуматься о новых методах и аспектах исследования, приводящим к действительно неожиданным, но эффективным решениям правовых проблем. Но так бывает редко.

Как можно изменить ситуацию в области исследования правовых явлений? Прежде всего, необходимо сосредоточиться, быть более избирательными. Следует выработать гипотезы и планы научных исследований, развивать собственные интеллектуальные инструменты и методы, использовать их критически.

Необходимо также сотрудничать с другими, смежными дисциплинами и учиться у них. Сравнительное правоведение предлагает уникальные возможности, чтобы

¹ См.: *Döse A., Hoeland A., Schallhöfer P., Roethe T. Neue Formen und Bedingungen der Erwerbsarbeit in Europa – Eine rechtssoziologische Untersuchung.* Baden-Baden, 1994.

больше узнать о других государствах и правовых системах (а следовательно, о наших собственных), глядя на право как зеркало социальных реалий. И все же мы до сих пор склонны рассматривать право как независимое, автономное явление, состоящее из правил и процедур, но не людей, которые манипулируют, применяют, используют или игнорируют эти правила. Наши эмпирические усилия минимальны. Исследования в сфере взаимодействия права и общества, права и экономики до сих пор не достаточны. Обсуждая их широкий контекст взаимодействия, компаративисты предпочитают общаться друг с другом в узких кругах, публикуясь в своих собственных, специализированных журналах, игнорируя то, что помимо этого происходит в разнообразном мире социальной науки. Современные исследования и их результаты — книги и статьи необходимо наполнить большим количеством жизни, реальных правоотношений. Если мы понимаем право как истинно гуманистическую дисциплину и сравнительное правоведение как дисциплину, которая смотрит на человеческие отношения через национальные и культурные границы, то мы должны выйти за границы нашего безопасного мира кодексов и доктрин, оставить наши энциклопедии и справочники, наш узкий взгляд на методологию и смежные дисциплины, обострить и конкретизировать наши вопросы и сделать решительный шаг навстречу реальным правоотношениям, действующим между людьми в конкретной право-культурной среде.