
ПРЕДМЕТ, ЦЕЛИ И ПРИНЦИПЫ СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВЫХ ИССЛЕДОВАНИЙ*

Н.В. Варламова

Кафедра теории и истории государства и права
Российского университета дружбы народов
ул. Миклухо-Маклая, 6, Москва, Россия, 117198

В статье рассматриваются методологические принципы, которые должны лежать в основе сравнительно-правовых исследований. Автор обосновывает, что сравнению подлежат только сопоставимые объекты, каковыми являются объекты единые в своей сущности. Поэтому предметом сравнительно-правовых исследований должны быть национальные правовые порядки, базирующиеся на единой системе принципов. Целью сравнительно-правовых исследований является изучение многообразия конкретных позитивно-правовых решений различных юридических проблем, предлагаемых национальными правовыми порядками в рамках единых принципиальных подходов.

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

Предмет сравнительно-правовых исследований предопределяется их целями и конституируется методологическими принципами, обеспечивающими их достижение.

Если цели сравнительно-правовых исследований сугубо познавательные, то серьезными методологическими основаниями можно пренебречь. И действительно, компаративисты редко задаются вопросами, подобными таким, как «что должно быть предметом сравнения? Что есть право и как мы можем познать его?» Чего можно достичь сравнением правовых систем различных обществ? В результате в компаративистике «господствует дух беззаботного сравнения». Сравнимым оказывается все: «право в книгах (law in the books) и право в действии (law in action), среда, окружающая право, или тексты, системы и культуры, модели поведения и мировосприятия, исторические корни, практические решения, общие функции и проявления права» [10. С. 70]. Объектами сравнительного анализа становятся common law, civil law и право Российской Федерации; деликтное право Турции и США; система федеральной исполнительной власти в Мексике, Германии и Объединенных Арабских Эмиратах. Критерии отбора материала обычно не обосновываются; по умолчанию признается, что они зависят от научных интересов и компетентности исследователей [11. С. 97].

* Статья выполнена в рамках НИР «Сравнительные исследования правовых систем, правовых культур» на период 2013–2015 гг. (тема № 090404-0000).

Если же сравнительно-правовые исследования являются практико-ориентированными и преследуют цели совершенствования национальной правовой системы посредством заимствования иностранных правовых институтов или обогащения ее опытом иностранных правоприменительных решений либо гармонизации правового регулирования на региональном или универсальном уровне и выработки наднациональных или международных правовых стандартов, то при определении предмета таких исследований необходимо придерживаться определенных методологических принципов.

Первый среди них — сопоставимость объектов, подлежащих сравнению. Традиционным критерием сопоставимости выступает выполняемая тем или иным институтом функция. «Разумеется, нельзя сравнивать несравнимое, а сравнимо в праве лишь то, что выполняет одну и ту же задачу, одну и ту же функцию», — поясняют К. Цвайгерт и Х. Кетц. Основным методологическим принципом сравнительного правоведения они считают функциональность [12. С. 50]: «Только функциональная однозначность, то есть выполнение одной и той же задачи институтами разных стран, делает возможным и целесообразным их сравнение. Функция — исходная точка и основа правового сравнения» [12. С. 68].

Функциональный метод до сих пор является в компаративистике, пожалуй, самым распространенным. Он связан с инструменталистским подходом к праву как «социальной инженерии» или «социальной технологии». Функционалисты отвергают «любую метафизическую идею о том, чем право должно было или могло бы быть» [11. С. 96]. Право здесь рассматривается сугубо утилитаристки как средство решения разнообразных неправовых задач (социальных, экономических, политических, демографических, культурных и т.п.), и основной упор делается на то, какое воздействие оказывает позитивное право на разные стороны социальной жизни [17. С. 351–355, 369–372]. При этом «весь вовлеченный в анализ нормативный материал принимается как данность: его правовой характер не оспаривается и не проверяется на соответствие основополагающим юридически принципам; допускается лишь частная критика тех или иных норм позитивного права в связи с обнаруженным невыполнением или плохим выполнением ими своих социальных функций» [8. С. 13].

Однако в рамках функционального метода происходит подмена объектов сравнения, отвечающих критерию сопоставимости. Аналогичные социально-управленческие задачи могут решаться принципиально различным образом и сопоставимыми здесь оказываются лишь сами эти задачи, а не механизмы их решения; выполняемые правом функции, а не само право. Для функционалистов «идентичность проблем порождает относительную идентичность результатов — и совершенно не важно, как при этом выглядят правовые инструменты» [11. С. 99]. Но поскольку предметом компаративистики является все же именно право — правовые средства, решения, институты, то сопоставимость объектов сравнения функциональный метод не обеспечивает.

Сопоставимыми могут быть только объекты, в общем и целом единые в своей сущности. Отсюда любое сравнительно-правовое исследование должно развиваться (и всегда развивается явно или имплицитно) в рамках определенно-

го типа правопонимания и иметь дело с правом (позитивным правом), базирующемся на единой (сущностно единой) системе принципов.

Далее, любая операция сравнения предполагает наличие так называемого третьего члена (*tertium comparationis*) — критерия, основания сравнения в зависимости от соотношения с которым сравниваемых объектов выстраиваются классификации и оценочные суждения. Важнейшим принципом здесь выступает релевантность критерия сравнения. Релевантный критерий не является произвольным; он не просто соответствует целям исследования, но и обеспечивает сопоставимость объектов сравнения, то есть отражает их сущность, те аспекты их сущности, которые являются для них общими, что, собственно, и делает их сопоставимыми.

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

Требование релевантности основания сравнения нарушается и при получающем все более широкое распространение культурологическом направлении в компаративистике (в противовес продолжающему доминировать социолого-функциональному подходу). Здесь в качестве основания сравнения выступает культура в ее широком понимании как противоположная природе и сугубо биологическому существованию сфера жизнедеятельности человека [3. С. 129–130], и в результате все внимание исследователя сосредотачивается не на праве, а на его социокультурном контексте, безусловно, влияющем на функционирование правовой системы, но все же выступающим по отношению к ней «внешней средой». Акцент на культурологической обусловленности права обычно делает невозможным различение «правового» и «неправового» и формирует представление о праве как о «повсеместно распространенном, аморфном и двусмысленном феномене» [11. С. 108].

Вместе с тем сравнение правовых культур позволяет выявить присущую каждой из них специфику доминирующей и публично-властно обеспечиваемой соционормативной системы. Таким образом происходит выделение типологически схожих и типологически различных культур в зависимости от того, на каких базовых принципах основывается их социальная организация. Именно благодаря культурологическому подходу в рамках практически любого комплексного компаративистского исследования юридической карты мира [1; 4; 7; 12] обособляются и противопоставляются западная правовая культура, где право является центральным принципом социальной организации, и иные так называемые традиционные культуры (религиозные и клановые), в доминирующей соционормативной системе которых можно найти лишь отдельные правовые компоненты, как правило, недостаточно развитые по сравнению с западными аналогами, или заимствованные из западных правовых систем и не в полной мере интериоризированные. Однако в дальнейшем сравнительно-правовое исследование, если оно стремится остаться в сфере юриспруденции, а не преобра-

зоваться в сравнительную культурологию, должно сосредоточиться именно на анализе права, точнее — специфики проявления его общих принципов в разных социокультурных контекстах. Большой частью эту будут типологически схожие культурные контексты, существующие в рамках западной правовой культуры, ибо «когда неразвитое сравнивается с развитым, нарушает требование *tertium comparationis*, релевантного основания сравнения: черты и параметры, свойственные научно определенному предмету правовой науки, подменяются культурными сторонами социальной жизни, лишенными правового значения» [5. С. 21].

Таким образом, еще одним принципом сравнительного правоведения является вовлечение в их орбиту правовых систем и правовых институтов сопоставимого уровня развития.

Базируясь на указанных методологических принципах, мы можем определить предмет сравнительно-правовых исследований. Это — единые для типологически схожих правовых систем основания правопорядка, выраженные в системе его общих принципов и абстрактных (надпозитивных) понятий, имеющих в различных национальных правовых системах разнообразные позитивные воплощения.

Сравнительное правоведение занимается изучением многообразия конкретных позитивно-правовых решений различных юридических проблем в рамках единых принципиальных подходов с целью выявления «лучшего решения». Однако указанную цель не следует абсолютизировать. Искомое «лучшее решение» невозможно в принципе. Абстрактные принципы реализуются в разнообразных нормативных конструкциях, эффективность каждой из которых зависит от целого ряда социокультурных факторов, и ни одна из них не может быть обоснована в качестве «лучшей» для всех времен и народов, но может оказаться полезной для конкретного национального правопорядка, а равно для выработки наднациональных норм и международных стандартов, уточнения смысла правовых принципов и понятий и допустимой вариативности их осуществления.

Одновременно только наличие разных позитивно-правовых решений делает возможным саму постановку проблемы выбора лучшего из них и обеспечивает постоянный поиск такого решения. Вполне обоснованно утверждение, что прогресс вообще и в праве в частности невозможен без разнообразия [18. С. 1163, 1174]. Отсюда унификаторские устремления сравнительного правоведения нельзя признать оправданными. А.М. Ширвиндт тонко подмечает, что «унификация основывается на накоплении лучших решений, найденных разными (!) правопорядками. Оказывается, метод реализации всего проекта исходит из признания тех ценностей, на отказ от которых сам этот проект направлен» [13. С. 638]. Таким образом, «унификаторские задачи объективно отрицают сравнительный подход, унификация — могильщик компаративистики» [5. С. 14].

Унификаторские тенденции в наднациональном регулировании (прежде всего не европейском уровне) выражаются в попытках создания наднациональных кодификаций частного права (его отдельных институтов), а также во все более нюансированном правовом регулировании в Европейском союзе, оставляющим минимальный простор для усмотрения национальных властей [21. С. 31].

Наднациональные кодификации противоречивы по своей сути. Претендуя на то, чтобы являться воплощением сравнительного права (которое существует в виде общих правовых принципов и разнообразии их позитивной конкретизации в рамках национальных правопорядков), кодификации на самом деле отрицают его. Кодификация на уровне принципов не выполняет своего предназначения, заключающегося в том, чтобы «обеспечить большую правовую определенность» [6. С. 214]. Кодификации, закрепляющие «лучшие решения» (решения, признанные таковыми ее разработчиками) в виде конкретных позитивных нормативных предписаний оказываются оторванными от социокультурного контекста и потому непредсказуемыми в своей реализации. Одновременно такая кодификация закрывает (по меньшей мере, препятствует) возможности дальнейшего развития права, поиска новых решений, предлагающих более эффективные ответы на постоянно обновляющиеся социальные вызовы.

Гораздо больше интенции сравнительного права соответствует идея гармонизации правового регулирования посредством взаимообогащения различных национальных правопорядков эффективными решениями, принятыми в рамках каждого из них. Наиболее эффективным правовым механизмом такого взаимообогащения является прецедентное право, создаваемое как наднациональными судебными (и квазисудебными) органами, так и национальными судами.

Очевидно, что именно суды, постоянно занятые поисками «лучших решений», в наибольшей мере осознают их вариативность в рамках принципиального единства правовых подходов и необходимость объединения усилий в процессе выявления наилучшего для данного случая варианта решения. При этом ссылки на решения иностранных судов не означают, что они используются в качестве обязывающих прецедентов. Обращение к позиции зарубежных судей может быть уподоблено знакомству со статьей профессора, содержащей обзор иностранного права [19. С. 193].

Реализация текстуально идентичных нормативных предписаний испытывает сильное влияние политических, исторических и культурных традиций (социального контекста), что может привести к различным правоприменительным решениям. Отсюда наибольшее практическое значение имеют сравнительно-правовые исследования на герменевтическом уровне, позволяющие сопоставить результаты толкования национальных конституции и законодательства с толкованием аналогичных положений конституций и законодательных актов в других странах и при необходимости внести соответствующие коррективы в национальную правоприменительную практику.

В данном случае к иностранному законодательству и практике обращаются, чтобы выявить идеи, принципы и концепции, лежащие в ее основе, и понять таким образом, почему в других странах в определенных ситуациях приходят к тому или иному решению. Эти знания способны вызвать рефлексию относительно собственной правовой системы. Иностраный опыт выступает здесь как источник идей для определения направлений, в которых должна развиваться национальная правовая система.

Знакомство с иностранным правом и особенностями его функционирования помогает осознать, что национальные социокультурные условия не столь уж специфичны, чтобы отказаться от следования общепринятым стандартам. Иностранная практика в данном случае выполняет роль внешнего стимула, побуждающего к переосмыслению собственных подходов к решению аналогичных проблем. Она срабатывает как катализатор эволюции национальной правовой системы, предполагающий адаптацию ее к особенностям принципов и доктрин, выработанных в рамках иных правопорядков. Такая тактика «взаимного обмена» [15. С. 147–148] и «диалогической интерпретации» [16. С. 863] оказывается гораздо эффективнее прямых заимствований («правовой трансплантации»), когда осуществляется перенос доктрин или даже собственно правоприменительных решений из одной правовой системы в другую [9. С. 167, 172–173, 175].

Учитывая общую направленность правового развития стран западной демократии, определяемую в том числе и международными стандартами в сфере обеспечения прав человека, целесообразно исходить из того, что значительные отклонения в правоприменительной практике отдельных государств должны быть особенно тщательно обоснованы, чтобы исключить предположение об ошибочности избранного решения. Таким образом обеспечивается гармонизация правового регулирования и достигается «гомогенизация без принуждения» посредством взаимного дискурсивного обучения [14. С. 85, 89].

Возрастающая степень европеизации и интернационализации современного права придает его сравнительному изучению все большее практическое значение. В результате выявляется и формируется то, что Дж. Уолдрон назвал «современным *jus gentium*» — совокупность принципов, которые выражают консенсус, достигнутый среди судей, юристов и законодателей всех цивилизованных стран, совместно найденные ими ответы на часто возникающие вопросы [20. С. 129, 132–133].

Вместе с тем за рамками фундаментальных принципиальных решений каждая национальная правовая система вырабатывает свои собственные правила. Такие различия между правопорядками (будь то на уровне текста конституции, законодательства или судебной практики) должны оставаться возможными. Так, обсуждая перспективы формирования общеевропейского публичного права — *jus publicum euroraem*, исследователи прогнозируют, что «конституционные порядки Евросоюза не сольются в единую систему... скорее, каждый конституционный порядок интегрирует европейские влияния в существующие тенденции развития, сохраняя свой собственный гештальт, как с формальной, так и с содержательной точек зрения» [2. С. 61].

Унификаторские устремления неприемлемы и на концептуальном уровне: «лакмусовой бумагой возникновения общеевропейского правоведения на должно считаться возникновение всеобъемлющих доктринальных схем». Напротив, должно сохраняться «разнообразие национальных научных стилей и школ» [2. С. 61, 62].

ЛИТЕРАТУРА

- [1] *Берман Г.Дж.* Западная традиция права: эпоха формирования. — М.: Изд-во МГУ: Издательская группа ИНФРА-М — НОРМА, 1998.
- [2] *Богданди А. фон* Доктринальный конструктивизм в прошлом и будущем: стратегия ответа на насущные вопросы, стоящие перед конституционно-правовой наукой в Европе // Сравнительное конституционное обозрение. — 2010. — № 1.
- [3] *Варламова Н.В.* Правовые культуры: введение в сравнительное изучение // Вопросы правоведения. — 2010. — № 3.
- [4] *Давид Р., Жоффре-Спинози К.* Основные правовые системы современности. — М.: «Международные отношения», 1996.
- [5] *Дождев Д.В.* Сравнительное право: состояние и перспективы // Российский ежегодник сравнительного права. — 2007. — № 1 / под ред. Д.В. Дождева. — СПб.: ООО «Университетский издательский консорциум «Юридическая книга», 2008.
- [6] *Кабрияк Р.* Кодификации. — М.: Статут, 2007.
- [7] *Леже Р.* Великие правовые системы современности: сравнительно-правовой подход. — М.: Волтерс Клувер, 2009.
- [8] *Слыщенков В.А.* Методы сравнительного правоведения: замечания о культурологическом подходе к сравнительному праву // Ежегодник сравнительного права, 2011. — М.: Статут, 2011.
- [9] *Тзен-Та Ли Д.* Толкование актов о правах человека: значение сравнительного подхода // Сравнительное конституционное обозрение. — 2007. — № 3.
- [10] *Франкенберг Г.* Критические сравнения. Попытка оживить сравнительное правоведение // Сравнительное конституционное обозрение. — 2004. — № 3.
- [11] *Франкенберг Г.* Критические сравнения. Попытка оживить сравнительное правоведение // Сравнительное конституционное обозрение. — 2004. — № 4.
- [12] *Цвайгерт К., Кетц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2 т. — Т. I. Основы. — М.: «Международные отношения», 2000.
- [13] *Ширвиндт А.М.* Сравнительное правоведение как научная дисциплина и унификация частного права (по поводу работы Р. Циммерманна «Европеизация частного права и сравнительное правоведение») [Zimmermann R. Die Europäisierung des Privatrechts und die Rechtsvergleichung. Berlin: De Gruyter Recht, 2006. 58 s.] // Российский ежегодник сравнительного права. — 2007. — № 1 / под ред. Д.В. Дождева. — СПб.: ООО «Университетский издательский консорциум «Юридическая книга», 2008.
- [14] *Шульце-Филиц Х.* Сравнительное конституционное право — улица с односторонним движением? На примере соблюдения принципа человеческого достоинства в биомедицинских исследованиях // Сравнительное конституционное обозрение. — 2004. — № 4.
- [15] *Bell J.* Mechanisms for Cross-Fertilisation of Administrative Law in Europe // New Directions in European Public Law / ed. by J. Beatson, T. Tridimas. — Oxford, 1998.
- [16] *Choudhry S.* Globalization in Search of Jurisdiction: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation // Indiana Law Journal. — 1999. — Vol. 74. — No. 3.
- [17] *Michaels R.* The Functional Method of Comparative Law // The Oxford Handbook of Comparative Law / ed. by M. Reimann, R. Zimmermann. — Oxford, 2006.
- [18] *Sacco R.* One Hundred Years of Comparative Law // Tulane Law Review. — 2000–2001. — Vol. 75.
- [19] *Surdyk A.J.* John Roberts: Nationalism, Conservatism, and the Shifting Trends on the Contemporary Supreme Court // Touro International Law Review. — 2010. — Vol. 13. — No. 2.
- [20] *Waldron J.* Foreign Law and the Modern Jus Gentium // Harvard Law Review. — 2005. — Vol. 119. — No. 1.
- [21] *De Witte B.* The Lisbon Treaty and National Constitutions. More or Less Europeanisation? // The Lisbon Treaty and National Constitutions. Europeanisation and Democratic Implication / ed. by C. Closa. — Oslo, 2009.

THE OBJECT, ENDS AND PRINCIPLES OF THE COMPARATIVE LEGAL STUDIES

N.V. Varlamova

The Department of Legal Theory and History
Peoples' Friendship University of Russia
6, Miklukho-Maklaya st., Moscow, Russia, 117198

The article deals with the methodological principles of comparative legal studies. The author suggests that only common essence objects may be compared. That is why the object of the comparative legal studies is national legal orders based on common system of principles. The end of the comparative legal studies is the research variety of positive law decisions different juridical problems within national legal orders under common principle approaches.

Key words: comparative law, methodology, principles, unification, legal transplants.

REFERENCES

- [1] *Berman G.D.* Zapadnaya tradiciya prava: epokha formirovaniya. — M.: Izd-vo MGU: Izdatel'skaya gruppa INFRA-M — NORMA, 1998.
- [2] *Bogdandi A.* fon Doktrinal'nyy konstruktivizm v proshlom i buduschem: strategiya otveta na nasuschnye voprosy, stoyaschie перед konstitucionno-pravovoy naukoy v Evrope // Sravnitel'noe konstitucionnoe obozrenie. — 2010. — № 1.
- [3] *Varlamova N.V.* Pravovye kultury: vvedenie v sravnitel'noe izuchenie // Voprosy pravovedeniya. — 2010. — № 3.
- [4] *David R., Zhoffre-Spinozi K.* Osnovnye pravovye sistemy sovremennosti. — M.: «Mezhdunarodnye otnosheniya», 1996.
- [5] *Dozhdev D.V.* Sravnitel'noe pravo: sostoyanie i perspektivy // Rossiyskiy ezhegodnik sravnitel'nogo prava. — 2007. — № 1 / pod red. D.V. Dozhdeva. — SPb.: OOO «Universitetskiy izdatel'skiy konsorcium «Yuridicheskaya kniga», 2008.
- [6] *Kabriyakh R.* Kodifikatsii. — M.: Statut, 2007.
- [7] *Lezhe R.* Velikie pravovye sistemy sovremennosti: sravnitel'no-pravovoy podkxod. — M.: Volters Kluver, 2009.
- [8] *Slyshchenkov V.A.* Metody sravnitel'nogo pravovedeniya: zamechaniya o kul'turologicheskom podkhode k sravnitel'nomu pravu // Ezhegodnik sravnitel'nogo prava, 2011. — M.: Statut, 2011.
- [9] *Tzen-Ta Li D.* Tolkovanie aktov o pravakh cheloveka: znachenie sravnitel'nogo podkxoda // Sravnitel'noe konstitucionnoe obozrenie. — 2007. — № 3.
- [10] *Frankenberg G.* Kriticheskie sravneniya. Popytka ozhivit' sravnitel'noe pravovedenie // Sravnitel'noe konstitucionnoe obozrenie. — 2004. — № 3.
- [11] *Frankenberg G.* Kriticheskie sravneniya. Popytka ozhivit' sravnitel'noe pravovedenie // Sravnitel'noe konstitucionnoe obozrenie. — 2004. — № 4.
- [12] *Cvaygert K., Ketc Kh.* Vvedenie v sravnitel'noe pravovedenie v sfere chastnogo prava: V 2 t. — T. I. Osnovy. — M.: «Mezhdunarodnye otnosheniya», 2000.
- [13] *Shirvindt A.M.* Sravnitel'noe pravovedenie kak nauchnaya disciplina i unifikatsiya chastnogo prava (po povodu raboty R. Cimmermanna «Evropeizatsiya chastnogo prava i sravnitel'noe pravovedenie») [Zimmermann R. Die Europ äisierung des Privatrechts und die Rechtsvergleichung. Berlin: De Gruyter Recht, 2006. 58 s.] // Rossiyskiy ezhegodnik sravnitel'nogo

- prava. — 2007. — № 1 / pod red. D.V. Dozhdeva. SPb.: OOO «Universitetskiy izdatel'skiy konsorcium «Yuridicheskaya kniga», 2008.
- [14] *Shul'ce-Filic Kh.* Sravnitel'noe konstitucionnoe pravo — ulica s odnostoronnim dvizheniem? Na primere soblyudeniya principa chelovecheskogo dostoinstva v biomedicinskix issledovaniyakh // Sravnitel'noe konstitucionnoe obozrenie. — 2004. — № 4.
- [15] *Bell J.* Mechanisms for Cross-Fertilisation of Administrative Law in Europe // *New Directions in European Public Law* / ed. by J. Beatson, T. Tridimas. — Oxford, 1998.
- [16] *Choudhry S.* Globalization in Search of Jurisdiction: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation // *Indiana Law Journal*. — 1999. — Vol. 74. — No. 3.
- [17] *Michaels R.* The Functional Method of Comparative Law // *The Oxford Handbook of Comparative Law* / ed. by M. Reimann, R. Zimmermann. — Oxford, 2006.
- [18] *Sacco R.* One Hundred Years of Comparative Law // *Tulane Law Review*. — 2000–2001. — Vol. 75.
- [19] *Surdyk A.J.* John Roberts: Nationalism, Conservatism, and the Shifting Trends on the Contemporary Supreme Court // *Touro International Law Review*. — 2010. — Vol. 13. — No. 2.
- [20] *Waldron J.* Foreign Law and the Modern Jus Gentium // *Harvard Law Review*. — 2005. — Vol. 119. — No. 1.
- [21] *De Witte B.* The Lisbon Treaty and National Constitutions. More or Less Europeanisation? // *The Lisbon Treaty and National Constitutions. Europeanisation and Democratic Implication* / ed. by C. Closa. — Oslo, 2009.