

*Н.Г. Павлова\**

## ПРАВОВЫЕ ТРАДИЦИИ В СРАВНИТЕЛЬНОМ ПРАВОВЕДЕНИИ

Богатство и многообразие правового мира, по меткому выражению М.Ю. Тихомирова является одним из ярких свидетельств ценности потенциалов мирового сообщества<sup>1</sup>. В самом деле, каждая страна накопила, сохранила и преумножила свои правовые концепции, традиции правовой культуры, специфические юридические институты. Они обнаруживаются как в правотворческой, так и в правоприменительной сферах. У каждого народа и государства есть свои правовые особенности, с которыми знакомится любой приезжающий в эту страну, воспринимая их как понятные, узнаваемые, либо как неизвестные. Компаративисты же относятся к этому аналитически, оценивая беспристрастно или критически.

До недавнего времени доминирующая тенденция к сближению принципов права и национальных законодательств побуждала исследователей искать прежде всего общие черты правовых систем с целью их гармонизации, унификации и т.д. К правовым различиям же относились чаще всего либо безучастно, либо как к явлению преходящему.

В современном правовом мире доминирует тенденция объективного тщательного изучения и оценки национально-правовых различий, непозволительности проявления к ним необъективности и повышенного критицизма, допущения какого-либо игнорирова-

---

\* **Павлова Н.Г.** – кандидат юридических наук, доцент кафедры теории и истории государства и права Российского университета дружбы народов.

<sup>1</sup> *Тихомиров Ю.А.* Курс сравнительного правоведения. М., 1996. С. 13.

ния. Ведь речь идёт о национально-правовом достоянии народов и стран, о том общем и специфическом, что они вносят в мировую правовую «копилку».

Необходимость и актуальность исследования национально-правовых традиций обусловлена в том числе и исключительно прагматическими (практическими) целями. Их выявление и тщательное изучение даёт компаративистам критерий объёма и рамок рецепции, за пределами которой она становится бессмысленной, что останавливает национального законодателя в попытках слепого заимствования иностранных правовых моделей. Это характерно, в первую очередь, для молодых государств, законодатели которых находятся в поиске наиболее эффективных правовых решений, выработанных и апробированных в других государствах. Речь идет о странах не только Африки, Азии, Ближнего и Среднего Востока, но и Восточной Европы, Китая, а также Российской Федерации и ее соседей – бывших союзных республиках, ныне независимых государствах. Данная проблема актуальна и для стран Европейского Союза со сложившимися правовыми традициями принципов права, правотворчества и правоприменения, находящимися в процессе регионализации.

Здесь уместно обратить внимание на особенности в системе источников права, что отражает специфику европейских правовых семей: неодинаковое соотношение источников права между собой в их иерархии (Англия и скандинавские страны – с традицией приоритета судебного прецедента; закона – в центральной Европе). Наличие правовых традиций предопределяют и источниковедческие различия. Так, например, в странах континентальной Европы исходным для правовой системы является верховенство конституции и закона; в Африке – норм обычно-традиционного права; в Англии – прецедентного права; в Азии – религиозно-нравственных норм. Устойчивость таких органических различий не колеблется веками их существования, и их не легко преодолевать даже в условиях нарастающей экономической, культурной, информационной интеграции и сближения.

Весьма специфичны системы национальных законодательств, в которых подчас далеко не совпадает классификация отраслей законодательства, подотраслей и институтов, их соотношение между собой. Различен удельный вес и степень развитости отдель-

ных отраслей. Так, например, Ю.А. Тихомиров отмечает, что в «системе французского права и законодательства ярко выделяются в качестве классических конституционное и административное право с их богатой историей, ювелирной регламентацией, тщательно разработанными процедурами». В Германии и Швейцарии в федеральном механизме права, по мнению автора, «блестяще урегулированы уровни компетенции федерации и земель, кантонов и юридические способы преодоления коллизий»<sup>2</sup>. В Швейцарии на передний план выдвигается «потребительское право», а в ряде стран – экологическое право.

Юридические различия между государствами выражаются и в специфике понятий и терминов. Без уяснения их содержания трудно понять природу правовых систем, их внутренних связей, структурного оформления правовых норм.

Особого внимания требует изучение нормативного языка, правовой стилистики, характерной для законодательств государств разных правовых семей. Сказываются особенности национального языка, его лингвистический строй. А отсюда – краткость или пространность, образность или математическая строгость, нормы полные или расплывчатые по статьям и параграфам. Это особенности, которые нельзя игнорировать.

Различна сама композиция конституций, законов, кодексов, когда их структурная организация, способы связи отдельных частей одного акта, внутренние отсылки и статьи того же акта или отсылки к другим, внешним актам могут вызвать затруднения при изучении актов разных стран, а попытки их копировать или критиковать обречены на несостоятельность.

Сопоставление правовых систем позволяет выявить ещё одно устойчивое различие между ними, связанное с правовыми институтами, конструирующими верховную власть. Так, например, историческими традициями и особой географической устойчивостью отличаются государственно-правовые институты скандинавских стран. В этих странах длительным является период существования монархий. Здесь отсутствие традиционной писанной конституции компенсируется взаимосвязанными актами конституционного значения. Эти и иные государственно-правовые особенности север-

---

<sup>2</sup> Тихомиров Ю.А. Курс сравнительного правоведения. М., 1996. С. 15.

ных стран Европы способствовали формированию общего юридического мышления и правовой культуры.

С традициями и уровнем правовой культуры связан наибольший объем правовых различий. Конечно, приемы юридической техники и построения правовых актов значительно отражают специфические способы и элементы «юридической технологии», но в большей степени важно обеспечить их привычное социальное восприятие, отношение к ним граждан. Языковые культурологические особенности населения не могут не учитываться в полной мере. Безусловно, на их отражение влияют и юридические школы. В этой связи уместно обратить внимание на своеобразие научно-теоретических концепций и воззрений, которые бывают весьма специфичными и устойчивыми. Они порождаются традициями юридического мышления и принадлежностью к различным правовым учениям.

Правовое многообразие нельзя рассматривать как исторический анахронизм, связывая его с традициями прошлых веков и юридическим консерватизмом. Как верно отмечает Ю.А. Тихомиров, «история каждого государства и группы стран общей судьбы или связанных между собой прочными экономическими, культурными узами и географической близостью формирует устойчивые правовые воззрения, традиции и правовую культуру»<sup>3</sup>. В самом деле, отношение к праву неодинаково у населения Северной, Центральной и Южной Европы. Законопослушание скандинавов, англичан и немцев контрастирует с пренебрежением к формальным нормам в кавказском регионе, в мусульманском мире. Следовательно, одно из коренных правовых различий заключается в разных идеологических, религиозных и мировоззренческих истоках права. В этой связи нельзя не согласиться с Ю.А.Тихомировым в том, что «акцент на сопоставлении преимущественно законов оставляет в тени другие явления правовой жизни. Ведь правоведение не синоним права, и оно охватывает все источники права, государственные и иные институты, юридические учреждения, правоприменение, юридическое образование и науку»<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Тихомиров Ю.А. Указ. соч. С. 19.

<sup>4</sup> Тихомиров Ю.А. Сравнительное правоведение: развитие концепций и общественной практики // Журнал российского права. 2006. № 6. С. 6.

Сегодня становится очевидным, что анализ национальных правовых традиций того или иного народа не может не представлять интереса для специалистов-компаративистов. Как следствие – одними из самых распространённых направлений в сравнительно-правовой науке являются изучение права с культурологических позиций и социологический подход<sup>5</sup>. Актуальность данных подходов определяется следующим. Целый ряд стран, еще недавно одних из наиболее отсталых в социально-экономическом и научно-техническом отношениях (Китай, Индия, Сингапур и др.), постепенно превращаются в центры мирового притяжения. Вступая на путь системного обновления общества, усваивая при этом инструментальные компоненты западной культуры (структуру материального производства, инновационные технологии, способы трансляции информации и т.д.), эти страны, как отмечает М.А. Супатаев «в гораздо меньшей степени склонны отказываться от экзистенциальных начал своей собственной культуры, национальных традиций в праве»<sup>6</sup>. Такая тенденция проявлялась еще в XX в. в связи с вестернизацией права стран Азии и Африки в колониальный и постколониальный период. Исследователи отмечают, что несмотря на интеграцию обычно-правовых норм посредством законодательства, судебной практики, судебного прецедента в английских колониях либо их прямой запрет во французских колониях, они продолжали действовать, воспринимая европейские нормы и принципы как явление чужеродное<sup>7</sup>. Даже в Индии, где в результате интеграции английского и обычно-традиционного права сформировалось так называемое «англо-индусское право»<sup>8</sup>, сегодня в деревенских судах зачастую применяются несанкционированные обычаи, часто противоречащие норме закона.

---

<sup>5</sup> О разграничении социологического и культурологического подходов в сравнительном правоведении см.: *Дождев Д.В.* Сравнительное право: состояние и перспективы // *Российский ежегодник сравнительного права* (2007). СПб., 2008. С. 10–19.

<sup>6</sup> *Супатаев М.А.* К проблематике цивилизационного подхода к праву: очерки общей теории и практики. М., 2012. С. 109.

<sup>7</sup> См.: *Муромцев Г.И.* Правовые системы традиционного типа / В кн. *Проблемы общей теории права и государства*. М., 1999. С.292.; *Крашенинникова Н.А.* Индусское право: история и современность. М., 1982.

<sup>8</sup> *Крашенинникова Н.А.* Указ. соч. С. 25

Подобная ситуация, когда наряду с так называемыми «централизованными» правовыми системами (уголовного, гражданского, коммерческого права), могут существовать другие правовые регуляторы различного типа, существует и сегодня. Особенно это характерно для государств с мультиэтническим составом населения. Эти нормы, как правило, имеют разную степень формализации и действенности среди различных групп населения одного государства или региона. Они, чаще всего, являются результатом историко-культурной традиции аборигенных или иммигрантских групп, принадлежащих к категории этнических или религиозных меньшинств.

Современные культурологические науки выработали термин «правовой плюрализм», обозначающий ситуацию, когда в границах одного государства существует несколько правовых систем одновременно. Понятие правового плюрализма, по их мнению, предполагает признание того, что государство не обладает исключительной монополией на право. Культурологи утверждают, что «имеет место состязательный процесс между правовым централизмом (правом, установленным государством) и правовым разнообразием»<sup>9</sup>. Правовой централизм или право, установленное государством, обычно «отражают доминирующий интерес или доминирующую волю, за которыми стоит господствующая сила, господствующая идеология и господствующая культура, которые стремятся создать “единое правовое пространство” на контролируемой территории»<sup>10</sup>. Поэтому почти всегда имеет место ситуация, когда централизованное право наталкивается и вступает в противоречие с местной традицией, с локальной спецификой.

Многочисленные исследования в бывших колониях дали огромное количество подтверждений того, что правовой плюрализм является реальностью, с которой эти страны вынуждены считаться.

Компаративисты пришли к единому мнению, что одного объекта – материального права (как предлагал Р. Давид в середине XX в.) – для сравнения национальных правовых систем недостаточно. Необходимо учитывать всю правовую инфраструктуру со всеми ее составляющими. Особенно на этом настаивают американские

---

<sup>9</sup> К. Фон Бенда-Бекманн. Правовой плюрализм в меняющемся мире // Обычное право и правовой плюрализм. С. 6.

<sup>10</sup> Там же. С. 11.

компаративисты. Американское сравнительное право глубоко социологично, оно обращает внимание на поведенческую и процессуальную сторону правового регулирования при характеристике правовых систем. А это невозможно без учета правовых традиций.

Особенно устойчиво правовые традиции проявляются в частной сфере, которая непосредственно связана с народной жизнью, общественной моралью и культурой. К.В. Арановский справедливо отмечал, что «свойства частно-правовой сферы формировались, в основном, не по единому замыслу, а эволюционно, стали продуктом естественного развития»<sup>11</sup>. В них больше всего проявляется устойчивость правовых традиций. Эти элементы правовой жизни не так подвержены текущей политике, реформируются непросто, и сами сдерживают политиков и реформаторов, заимствование затруднено.

Сфера публичного права, особенно государственное (конституционное), отличается большей подвижностью, восприимчивостью к идейно-теоретическим и политическим веяниям. Государственное право не так привязано к национальным традициям, как гражданское. Легче заменить монархию республикой и переписать конституцию, чем коренным образом обновить гражданско-правовое регулирование и привить его в обществе. Реформа избирательного процесса – трудоемкая и рискованная задача, но изменить избирательную процедуру не сложно. Англо-американцы и европейцы, находясь в разных правовых семьях, имеют хорошо освоенные системы федерализма, разделения властей, форму парламентской монархии. Латинская Америка, освободившись от испанской зависимости и попав под мощное влияние США, не приняла систему общего права, но сумела заимствовать институты американского конституционализма. Таким образом, традиции в публично-правовой сфере заимствуются проще.

В свете вышесказанного, правовые традиции, безусловно, попадают в фокус сравнительного правоведения в силу следующих их свойств и характеристик. Во-первых, правовые традиции аккумулируют национально-правовые различия в праве, определяя его специфику и несхожесть, что препятствует современным процессам сближения и унификации. Компаративистам в этой ситуа-

---

<sup>11</sup> Арановский К.В. Начало сравнительного права в России // Российский журнал сравнительного права. М., 2002. № 1. С. 163.

ции следует изучать и оценивать их объективно, тщательно, как в интересах обеспечения национально-особенного, так и интегративно-правовых начал в общеисторическом процессе правового развития. Как верно отмечает Ю.А. Тихомиров, «объективно правильное установление “меры правовых различий” позволяет сопоставить её с меняющимися общими интересами ряда или многих государств в правовой сфере»<sup>12</sup>. Преобладание правовых различий диктует выбор курса государств на уменьшение этих различий. А отсюда – задача компаративистов: поиск и предложение набора способов и средств их постепенного преодоления.

Во-вторых, знание и понимание правовых традиций расширяет горизонты поиска критериев классификаций правовых систем, правовых семей и типологий.