

КОМПАРАТИВНЫЙ ПОДХОД В ИСТОРИКО-ПРАВОВЫХ ИССЛЕДОВАНИЯХ: ВОЗМОЖНОСТИ И ПРЕДЕЛЫ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ²

К. Цвайгерт и Х. Кётц – авторы фундаментальной работы «Сравнительное частное право», являющейся классической работой в области сравнительного правоведения, во вступительном ее разделе, определяя место сравнительного права в системе юридических наук, пишут о близости сравнительного права и истории права. Традиционное представление о различии предметных областей этих наук, утверждение, что сравнительное право изучает правовые системы, существующие в пространстве, а история права анализирует правовые системы, локализованные во времени, они считают не всей правдой.

Цвайгерт и Кётц доказывают, что историк права сознательно или неосознанно осуществляет свое исследование на основе сравнительно-правового метода. Он привносит и не может не привнести в изучаемую им правовую систему элементы концептуального подхода, который он применяет к анализу правовой системы своей страны, в которой он был воспитан и сформирован как исследователь. В пользу тесной взаимосвязи истории права и сравнительного права говорит и то обстоятельство, что почти все основатели современной науки сравнительного права были крупными историками права, а также и то, что без знания истории современные компаративисты не могут в полной мере понять содержание судебных решений и правовых доктрин зарубежных стран. Так, научные публикации по римскому праву используются как инструмент исследований права древнего мира в целом. История права вносит свой вклад также в критическую оценку правовой политики, что является одной из важных задач сравнительного правоведения. В свою очередь работы, выполненные в

¹ Доктор юридических и исторических наук, профессор, профессор кафедры теории права и сравнительного правоведения, ведущий научный сотрудник Центра исследований гражданского общества и некоммерческого сектора НИУ «Высшая школа экономики»

² Статья подготовлена при финансовой поддержке Фонда фундаментальных исследований НИУ «Высшая школа экономики»

рамках сравнительного права, включают в себя в качестве важного аспекта сравнительную историю права. Как «правоверные» историки права, Цвайгерт и Кётц утверждают, что «история права делает актуальным прошлое, соединяя эпохи», а современным людям свойственно чувство «относительности» времени и пространства в большей степени, чем их предкам. Подводя итог сказанному, видные юристы предлагают квалифицировать историю права как «вертикальное сравнительное право», а сравнительную юриспруденцию, занятую сопоставлением современных правовых систем, как «горизонтальное сравнительное право»³.

Наука сравнительного правоведения с самого своего зарождения многим обязана историко-правовой науке. Общеизвестно, что именно историко-правовые работы во многом заложили в конце XIX в. фундамент сравнительного правоведения. Применительно к Российской империи это были работы М.М. Ковалевского, П.Г. Виноградова, Н.М. Коркунова и др. П.Г. Виноградов, будучи профессором права Оксфордского университета, прибегал к сравнительному анализу в своей работе «Римское право в средневековой Европе». М.М. Ковалевский также блестяще владел методологией сравнительно-правовых исследований. К примеру, в своей статье «Учение о личных правах», вышедшей в журнале «Русская мысль» в 1905 г., Ковалевский сравнивает законодательства о правах и свободах личности стран Западной Европы и России, изучает их становление и генезис, выявляет исторические и социально-культурные особенности нормативного закрепления прав человека в указанных странах.

Заметим также, что курсы по праву видных представителей отраслевых юридических наук непременно начинались с солидной по объему исторической части, да и далее отраслевика постоянно обращались к истории. В качестве примера здесь можно привести учебные курсы дореволюционных юристов И.Е. Андреевского, А.И. Елистратова, В.Ф. Дерюжинского и др.

Упомянутому выше М.М. Ковалевскому принадлежит репутация методолога сравнительно-правовых исследований в нашей стране. Так, в своей извест-

³ Цвайгерт К., Кётц Х. Сравнительное частное право: В 2-х тт. Т. 1. М., 2010. С. 16-17.

ной работе «Сравнительно-историческое правоведение и его отношение к социологии. Методы сравнительного изучения права» (СПб., 1899 г.) ученый характеризует возможности истории права для осуществления сравнительных исследований. Ковалевский утверждает, что только при помощи истории можно ответить на вопрос, в какой мере данное право является продуктом всего предшествующего наложения юридических норм, и какие нормы в нем согласуются с реальной жизнью, а какие ей противоречат. Это значило, по мнению Ковалевского, что без истории нельзя было обоснованно доказать ни органического характера законодательства, ни скрывающихся в нем несовершенств, источник которых всецело состоит в том, что жизнь обогнала юридическое творчество. Ковалевский утверждает, что на любом институте права можно проследить одновременное влияние как открытия, так и подражания⁴.

В работах М.М. Ковалевского содержится также ответ на вопрос, какое сравнение является полезным, а какое – нет? Он утверждает, что законной любознательности не только теоретика, но и практика сравнительная история права может быть полезна только в том случае, если она не будет довольствоваться простым сопоставлением двух или нескольких правовых систем, основанном на мнении, что взятые системы существуют одновременно, бок о бок одна с другой. Сравнение, по мнению Ковалевского, только тогда может быть плодотворным, если будут взяты законодательства двух или более народов, стадии развития которых тождественны. Поэтому можно сопоставлять общинный и цеховой строй немцев, французов и англичан; представительные учреждения народов, живущих феодальными монархиями. Но бесполезно сопоставлять Российскую империю с Империей Карла Великого или Священной Римской империей, а также сословные и классовые деления современных народов Европы со средневековыми сословиями и религиозными кастами древности. «Во всяком случае, – резюмирует Ковалевский, – сопоставления последнего рода могут привести

⁴ Ковалевский М.М. Сравнительно-историческое правоведение и его отношение к социологии. Методы сравнительного изучения права // Ковалевский М.М. Социология. Теоретико-методологические и историко-социологические работы / Отв. ред. и сост. А.О. Бороноев. СПб., 2011. С. 148-149.

только к заключению о радикальном несходстве сопоставляемых учреждений, они отнюдь не позволят выстроить общую картину неограниченной монархии или выяснить действительную природу современного государства. Это ясно само собой, поскольку цель всякого научного сопоставления состоит в том, чтобы выделить общие черты явления ввиду установления его действительной природы. Достижение этой цели будет возможно лишь в том случае, если будут сравнивать однородное»⁵.

Солидаризируясь с М.М. Ковалевским по поводу пределов использования сравнительно-правового метода в историко-правовых исследованиях, проанализируем значение сравнения в ходе изучения истории государства и права. Нельзя не отметить, что сравнение концентрирует в себе не только значительные познавательные, но и методические возможности. Студенту, сталкивающемуся в курсе историко-правовых дисциплин со множеством стран и исторических эпох, разнообразием государственных и правовых институтов, легче уяснить содержание последних именно через сравнение.

В курсе истории отечественного государства и права возможностей для сравнения на первый взгляд меньше, чем в курсе по истории государства и права зарубежных стран, поскольку изучается история государственных институтов и последовательных этапов развития правовой системы одной отдельной взятой страны. Между тем, данный курс также обязывает нас к использованию возможностей сравнительно-правового метода исследования. Сравнительно-правовой метод явно, либо латентно присутствует в большинстве тем данного курса.

Так, изучая правовые памятники Руси и России, лектор и студенты анализируют их источники, каковыми выступают правовые памятники других стран. К примеру, иностранными источниками Соборного уложения 1649 г. выступали Литовский статут и Кормчая книга – воспринятый русской церковью из Византии сборник церковных правил и государственных узаконений по церковным вопросам. Поэтому изучая Соборное уложение, необходимо анализиро-

⁵ Ковалевский М.М. Указ. соч. С. 157.

вать не только данный правовой документ, но и говорить о рецепции его отдельных норм, в частности статей, утверждающих господство дворянского сословия в Московском государстве, из Литовского статута, создававшегося в условиях победы шляхетства в Речи Посполитой.

Анализируя различные формы правления (раннефеодальная монархия – сословно-представительная монархия – абсолютная монархия – дуалистическая монархия – буржуазно-демократическая республика – республика Советов – смешанная республика), историки права опять же апеллируют к опыту европейских стран, уже знакомых с указанными моделями. При этом выявляются специфические черты форм правления, возникших изначально на Западе и формировавшихся с некоторым опозданием на Руси и в России.

Так, характеризуя правовую природу российского абсолютизма, историки с неизбежностью обращают свой взгляд на абсолютную монархию Франции, воплощенную в режиме короля Людовика XIV, являющуюся родиной абсолютизма классического образца. Сопоставляя черты французского и российского абсолютизма, историки России при определении характера политического строя Российской империи XVIII столетия отдают предпочтение тому понятию, которое употреблялось самими правителями страны данного времени, т.е. самодержавию. Сомнению подвергается возможность установления абсолютной власти в столь огромной стране, где в силу неразвитости в XVIII веке коммуникаций любой властитель оказывался в сильнейшей зависимости от информации, получаемой с мест, и от того, как на местах исполнялись его распоряжения. Кроме того реальные события русской истории XVIII в. показывают, что в своих действиях императоры и императрицы были ограничены определенными неписаными законами и правилами, выход за пределы которых грозил нарушением баланса сил и интересов, мог привести к насильственной смене власти путем государственных переворотов. Необходимо также учитывать то обстоятельство, что русское слово «самодержавие» в рассматриваемый период еще не имело того значения, какое оно приобрело в XIX в. в связи с бюрократизацией механизма государственного управления в направлении этатистской управлен-

ческой модели, с одной стороны, и оппозиционного ему революционно-демократического движения, с другой. Термин «самодержавие» не ассоциировался в XVIII в. с деспотизмом и являлся по существу своему лишь переводом на русский язык греческого слова «монархия»⁶.

В ходе изучения общественного строя (другой важный компонент курса истории государства и права России), социальной политики российских императоров, в частности, истории формирования российских сословий, происшедшего под западноевропейским влиянием, сопоставление с европейским опытом становления сословной структуры общества – железная необходимость. Здесь следует вести речь о классическом образце сословной организации – феодальной Франции, в которой с XIV-XV вв. общество делилось на привилегированные дворянское и духовное сословия, а также непривилегированное третье сословие. Само наименование дворянского сословия – «шляхетство» – было избрано на польско-литовский манер.

Изучение истории политической и правовой мысли Российской империи также с неизбежностью побуждает нас к анализу опыта стран Запада. Опыт европейских стран активно использовался в ходе формирования доктрины российского либерализма и конституционализма. Примечательно, что сам термин «конституционализм» появился впервые в американской политико-правовой мысли в конце XVIII – начале XIX вв. Им деятели американской революции и основатели Конституции США 1787 г. обозначали верховенство писаной конституции над издаваемыми законами и иными правовыми актами.

В общем и целом на политико-правовую мысль России XVIII в. оказывали влияние идеи классического либерализма (Дж. Локк, Ш.Л. Монтескье), философии европейского (Ж.Ж. Руссо, Ч. Беккариа) и американского Просвещения (Т. Пейн, Т. Джефферсон), теории естественного права XVII-XVIII вв. (Г. Гроций, С. Пуффендорф). Конституция Н.М. Муравьева формировалась под

⁶ Вернадский Г.В. Очерк истории права Русского государства XVIII – XIX вв. (Период империи). М., 1998. С. 19-25; Каменский А.Б. Центральная власть и проблема самоуправления в контексте реформ XVIII в. // Представительная власть в России: История и современность. М., 2004. С. 75-76.

влиянием конституционных идей США, Англии, германских государств. Между тем «Русская правда» П.И. Пестеля была явно ориентирована на конституционную традицию Великой Французской революции. Конституционалисты рубежа XIX-XX вв. заимствовали опыт Англии и США, но в большей степени – Франции и Германии.

История законотворческой работы в Российской империи второй половины XIX – начала XX вв. также свидетельствует об активном заимствовании европейского и американского законодательного материала, изучении российскими законодателями опыта функционирования политических и правовых институтов стран Европы и США. Так, в ходе подготовки в начале XX в. законодательства об общественных организациях, о собраниях и о печати чиновники министерств внутренних дел и юстиции, члены Совета министров использовали в качестве подготовительного справочного материала выдержки из законов о союзах, собраниях и печати таких стран, как Австро-Венгрия, Германия, Франция, Англия и США. При этом прогрессивно настроенные чиновники стремились в большей мере заимствовать правовые нормы Англии и США, а консервативно мыслящие политики апеллировали к соответствующим статьям законов Австро-Венгрии, Германии и Франции. Этот сюжет описан мной в недавно вышедшей книге «Права человека в правовой мысли и законотворчестве Российской империи второй половины XIX – начале XX века» (М.: Издательский дом Высшей школы экономики, 2011) (соавтор – Р.В. Киселев).

Российские конституционалисты разделяли с теоретиками философско-правовой мысли Западной Европы ценности прав личности, правового государства и гражданского общества. Их идеи в главном соответствовали тому, что писали западные либералы – Дж. Локк, Ш.Л. Монтескье, А. Токвиль, А.В. Дайси, М. Вебер. Однако основное значение политической философии российских конституционалистов состояло в том, что в их произведениях прослеживается

ясное осознание специфики политической системы России и тех социальных слоев, которые способны разделять и поддерживать эти социальные идеалы⁷.

Отталкиваясь от анализа опыта Великой Французской революции, казавшейся российским конституционалистам величайшим событием конституционной истории Европы, они сделали важный и актуальный с точки зрения российской истории XX в. вывод – падение исторически сложившегося строя не создает само по себе нового права, но порождает новые нарушения прав личности. Таким образом, обращение к истории политико-правовых институтов и идей стран Европы и Америки имело для российских теоретиков прогностическое значение.

Изучение истории российской государственной и правовой модернизации XIX – начала XX вв. также невозможно без обращения к европейскому опыту. Причиной модернизации была необходимость преодоления технической отсталости России от стран Запада, а нередко и угроза территориальной целостности и национальной безопасности русского государства.

Интерес к опыту Европы восходит ко времени правления Петра I, который систематически запрашивал у своих дипломатов подробную информацию о государственном устройстве европейских стран. Русского царя при этом интересовала, главным образом, форма правления этих государств, порядок организации в них органов власти и управления. Однако большое внимание уделялось и политическим режимам, способам ограничения там произвола государственной власти, принципам действия парламентских учреждений. Именно во внимании к европейским политическим и правовым формам и коренились, по мнению А.Н. Медушевского, причины критического отношения русской аристократии, побывавшей за границей, к монархической власти, а также оппозиционность рождающейся русской интеллигенции⁸.

⁷ Медушевский А.Н. Демократия и авторитаризм: российский конституционализм в сравнительной перспективе. М., 1998. С. 13; Модели общественного переустройства России. XX век. М., 2004 /отв. ред. В.В. Шелохаев. С. 59.

⁸ Медушевский А.Н. Конституционные проекты в России // Конституционные проекты в России. XVIII – начало XX в. М., 2000. С.106-107.

Однако история российских реформ XVIII – начала XX вв. не дает ответа на вопрос, опыт какой европейской страны служил эталоном для их проведения. Как выясняется, эти образцы не были постоянными. Так, реформаторы XVIII в. чаще всего ориентировались на государственные порядки северных стран – Швеции, Дании, Англии, при этом у них не возникало желания провести реформы по образу и подобию Италии или Франции. Авторы преобразований XIX – начала XX вв., напротив, оглядывались на опыт Германии, а также Франции и Австро-Венгрии.

Опыт Германии, ее политических, экономических и правовых институтов, являлся для России одним из наиболее важных. Обе страны принадлежали к государствам «позднего старта», они вступили в «модернизаторскую гонку» с опозданием, были вынуждены догонять более развитые страны. Поэтому проводимые в этих странах политические, экономические и правовые реформы, нацеленные на рационализацию аппарата управления, распространение образования, техническую реорганизацию и ускорение развития капиталистических отношений, в значительной мере были не результатом их естественного развития (как это было в странах «первого эшелона модернизации», таких как Англия, Франция и Северная Америка), а явились следствием преобразовательной деятельности государственной власти. Участие власти в преобразованиях повышало ее роль, влияние и авторитет в обеих странах. Между тем сама власть, иницируя преобразования, относилась к ним достаточно враждебно. По мнению исследователя данной проблемы Г.И. Мусихина, результаты усиления властных институтов имели для обеих стран негативный результат, приведя к установлению как в России, так и в Германии тоталитарных режимов. Тоталитарный строй явился результатом того неспособности политической власти адекватного способа модернизации, хотя постоянно предпринимались попытки к тому⁹.

⁹ Мусихин Г.И. Власть перед вызовом современности: Сравнительный анализ российского и немецкого опыта конца XVIII – начала XX веков. СПб., 2004. С. 5-6.

Итак, мы убедились в плодотворности сравнительно-правового подхода при изучении историко-правового материала, а также в необходимости умело и грамотно его использовать. Следует сравнивать только сравнимые и однородные явления, избегать вульгаризации сравнительного метода (а также анализируемой с его помощью историко-правовой материи) путем «притягивания за уши» опыта государственных учреждений и правовых институтов прошлого к оценке современных государственных институтов и правовых учреждений, функционирующих в условиях качественно иных по содержанию общественно-политических, правовых и культурных реалий. Подобное «притягивание за уши» существенно видоизменяет задачи историко-правовой науки, выхолащивает ее предмет и предназначение, превращает ее из науки фундаментальной и теоретической в прикладную и вспомогательную по отношению к наукам, изучающим современное право и государство.