

Ковалев В.А., доцент кафедры теории права
и правоохранительной деятельности СПбГУП,
кандидат исторических наук

**В поисках конституционного *lingua franca*: права человека, теория
несоизмеримости и сравнительное право.**

В процессе исторического развития конституционные документы постепенно из способа организации государственной власти и выстраивания ее отношений с обществом превратились в тексты, формулирующие и утверждающие определенный набор прав человека. Процесс их формулировки и постоянного распространения — как в социальной сфере на все новые отрасли человеческих отношений, так и в географическом пространстве — на новые страны и сообщества — превратился, по определению Уильяма Твайнинга в «индустрию прав человека, основанную на убежденности, что защита прав человека возможна только на основе установления глобального стандарта и нормативной системы, а не на реконструкции местных норм на локальном уровне»¹.

1. Подобная убежденность в необходимости выработки глобального стандарта прав человека и функции сравнительного конституционного правоведения в, прежде всего, выявлении расхождений между различными системами права с целью устранения препятствий для унификации характерна для правоведения периода после завершения Второй мировой войны и распада колониальных империй. Преодоление разночтений и постепенная гармонизация национальных правовых систем в вопросах защиты прав человека виделись основной задачей сравнительного правоведения — например, по мнению таких известных компаративистов как Конрад Цвайгерт и Хайн Кетц, которые считали, что, хотя этот процесс завершится не завтра и даже не послезавтра, но он ведет к формированию «общего права человечества»².

Подобный универсалистский подход, имплицитно — а иногда и открыто

1 Twining W. *Globalisation and Legal Theory (Law in Context)*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. 296 p. P. 192

2 Zweigert K. and Kotz H. *Introduction to Comparative Law*. Oxford: Clarendon Press, 1998. 744 p. P. 31.

— подразумевавший или западное понимание концепции прав человека, или, в более мягкой форме, ведущую роль правовой системы стран Запада в формировании их стандарта, вполне существует и в современном правоведении, хотя и сталкивается с сопротивлением со стороны ученых релятивистского толка. Представителем такого подхода является, например, Роджер Коттерелл, утверждавший, что «универсализация прав человека является предметом экспорта, рецепции и трансплантации фундаментальных ценностей и убеждений в их юридической форме... Поэтому стремление к универсализму есть поиск сходства в законодательном оформлении прав человека»¹.

С другой стороны, возникал целый ряд возражений, как с позиций возможности создания подобной универсалистской правовой системы, так и с точки зрения моральности и справедливости такого подхода, трактуемого как евроцентричный и, по сути, неокOLONIALИСТСКИЙ. С позиций признания равной ценности различных культур и их правового элемента в частности, Элисон Рентлен, утверждавшая, что само по себе противопоставление локальных правовых особенностей и идеи общих для всего человечества ценностей ошибочно, и внимание должно быть сосредоточено на кросс-культурных взаимоотношениях и пересечениях, порождающих взаимодействие правовых традиций и формирование новой правовой реальности². Джейн Коуэн предложила модель, в которой внимание исследователя должно быть сосредоточено не на противоречиях и различиях между культурно-правовыми моделями и, тем более, не на их преодолении, а на том, как концепция прав человека проявляет себя в различных культурных процессах, формируя и укрепляя возможность сосуществования носителей различных культур³.

Признавая важность — можно утверждать, что решающую — именно этого, гуманистического аргумента, хотелось бы обратиться к другой проблеме. Исследователи в сфере сравнительного правоведения хорошо знакомы с

1 Cotterrell R. The Politics of Jurisprudence: A Critical Introduction to Legal Philosophy. 2nd edn. London: LexisNexis, 2003. 324 p. P. 44.

2 Renteln A. D. International Human Rights: Universalism versus Relativism. Newbury Park: Sage, 1990. 205 p.

3 Cowan, J. K., Dembour M.-B. and Wilson R.A. Culture and Rights. Anthropological Perspectives. Cambridge: Cambridge University Press. 2001. 274 p. P. 28.

проблемой перевода правовых терминов — аналогично тому, как история взаимодействия правовых систем говорит нам о трудностях в процессе внедрения правовых норм и институтов одной системы в тело другой. Действительно, достаточно вспомнить сложность передачи двойственности понятия *liberty* и *freedom* на другие европейские языки, в которых существует только один аналогичный термин (*liberte*, *Freiheit*, свобода) — при том, что даже в англоязычном мире нет единства в понимании различия между этими терминами и в то время как одни авторы наполняют их разными смыслами¹, в то время как другие используют их как синонимы².

Аналогичную сложность вызывает перевод статьи 18 Всеобщей декларации прав человека на разные языки. Если английский (*freedom of thought, conscience and religion*) или немецкий (*Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit*) ее варианты подразумевают свободу рационального мышления, убеждений и религии, то русская версия (свобода мысли, совести и религии) вызывает негативные эмоции (свобода совести как свобода от совести).

Чисто лингвистическая проблема невозможности точной передачи смыслов юридических терминов одной правовой системы на языке другой правовой системы усугубляется невозможностью точного переноса правовой нормы или института. При всем стремлении классической правовой науки рассматривать нормы и институты права отдельно от политических, социальных и культурных институтов общества, на практике подобное рассмотрение — и, тем более, внедрение — невозможны (разве что при условии полной перестройки всего социума-реципиента).

На практическую невозможность «юридической трансплантологии» указывали многие авторы, прежде всего, работавшие с правовыми системами постколониальных стран, особенно — африканских. Итогом такого подхода

1 Dworkin R. *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2011, 506 p.

2 Carter I. *Positive and Negative Liberty* // *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2022 Edition) / ed. by Edward N. Zalta [Ресурс: электронный] URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2022/entries/liberty-positive-negative/>>.

стала формулировка «закона невозможности трансплантации права»¹.

Комбинацию этих двух факторов — невозможности однозначного и полного перевода смысла правовых терминов и закона невозможности трансплантации права можно представить как аналог разработанной Куртом Хюбнером для естественно-научных теорий концепции несоизмеримости², согласно которой различные научные теории, даже относящиеся к одной и той же сфере знания (например, физике), не могут быть изложены в терминах друг друга и принципиально друг к другу несводимы.

Является ли эта несоизмеримость фатальной для теории и практики сравнительного права как отрасли знания и для процесса развития концепции прав человека в рамках конституционного права различных правовых систем? Представляется, что на этот вопрос следует дать скорее отрицательный ответ.

Как отмечал Есин Орюкю, сам по себе термин «трансплантация права», заимствованный из медицины, является некорректным, поскольку при медицинской трансплантации орган изымается из тела донора и внедряется в тело реципиента — чего не происходит в случае заимствования правовой нормы, так как система-донор ничего не теряет. Понимая право как серию транспозиций, он предлагает понимать процесс миграции правовых норм как правовую трансформацию³. То есть нормы одной правовой системы становятся причиной изменения норм другой правовой системы, вызывая своеобразную правовую реакцию на появление инородного объекта внутри правового тела (если развивать медицинскую метафору). При этом такая реакция может быть как отторжением, так и выработкой нового правового института или нормы, основанной на национальной культурно-правовой системе.

Одновременно в рамках правовой науки нормы, принадлежащие к другой правовой системе, становятся аргументами в дискуссии о возможном преобразовании автохтонных правовых норм и институтов. Таким образом,

1 Seidman, A. and Seidman R. B. State and law in the development process: Problem solving and institutional change in the third world. Basingstoke: Macmillan, 1994, 433 p.

2 Хюбнер К. Критика научного разума М.: ИФ РАН, 1994. 326 с.

3 Orucu E. Critical Comparative Law: Considering Paradoxes for Legal Systems in Transition. Deventer: Kluwer. 1999. 133 p. P. 16-17

закон невозможности трансплантации права не преодолевается напрямую, а как бы обходится через посредничество культурной среды, в которой существует право.

Подобный процесс породил ряд преломлений концепции прав человека через призму наднациональных культур — таких как Каирская декларация прав человека, Всеобщая исламская прав человека, Арабская хартия прав человека, Африканская хартия прав человека и народов. Подобный процесс сочетания национальных, наднациональных и глобальных правовых установок и ценностей определяется Вернером Менски как «глокализация» - то есть комбинация глоболизирующей тенденции с локальной спецификой с учетом уважения последней, локальных решений глобальной проблемы¹.

Исследователи сравнительного права отмечают, что эти два процесса — процесс создания комбинации глобальных, наднациональных и национальных норм, создающих возможность решения глобальных проблем с сохранением локальной культурной специфики и процесс создания новой концепции сравнительного права как интеллектуального обеспечения этого процесса — развиваются неравномерно, и успехи практической стороны пока не получили должного теоретического оформления². Представляется возможным утверждать, что именно в создании теоретической основы этого процесса и выработке нового языка, обеспечивающего возможность взаимодействия трех уровней права с учетом как признаваемых всей человеческой цивилизацией глобальных ценностей с локальным и национальным их пониманием и есть задача сравнительного конституционного права на современном этапе.

1 Mensky W. Comparative Law in Global Context. The Legal Systems of Asia and Africa. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. 692 p. P. 4

2 Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law / ed. by M. Rosenfeld and A. Sajo. Oxford: Clarendon Press, 2012. 1295 p. P. 38