

## Сравнительное право: состояние и перспективы\*

Подведение итогов и разработка перспективных планов обычно связаны с юбилеем: 100-летие Парижского (первого) конгресса<sup>1</sup> и юбилейный международный Конгресс в Нью-Орлеане (США),<sup>2</sup> 50-летие Американского журнала сравнительного права,<sup>3</sup> 50-летие восстановления Института иностранного и международного частного им. Макса Планка в Германии,<sup>4</sup> начало нового века<sup>5</sup> или даже тысячелетия.<sup>6</sup> У нас в первый год XXI века также появилось периодическое издание по сравнительному праву,<sup>7</sup> но ему еще далеко до юбилея. Потребность в обобщении связана с тем, что совместными усилиями Института государства и права РАН и Издательства Санкт-Петербургского университета издание теперь возобновляется в новом виде, более соответствующем эпохе и месту сравнительного права в ней. Редсовет и редколлегия видят в журнале организационный центр сравнительно-правовых исследований. Эта роль возможна при соответствующей редакционной политике и адекватном осмыслении места дисциплины в системе современного юридического знания.

Успехи наднационального регулирования последних десятилетий опираются на сравнительно-правовые исследования.<sup>8</sup> Этот общепризнанный факт позволяет с оптимизмом оценивать перспективы юридической компаративистики как

\* Впервые опубликовано в издании: Российский ежегодник сравнительного праваю 2007 / Под ред. Д.В. Дождева. СПб., 2008. С. 7-28.

<sup>1</sup> Парижский Конгресс проходил с 31 июля по 4 августа 1900 г. Одна из самых представительных и продуктивных юбилейных конференций была создана в Даунинг Колледже в Кембридже почти в те же дни, 26–30 июля 2000 г. Материалы опубликованы в издании: *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions* / Eds. P. Legrand, R. Munday. Cambridge, 2003. — См. также сн. 5.

<sup>2</sup> *100<sup>th</sup> World Congress on Comparative Law* организован Центром сравнительного права им. Исона-Вэйнманна при юридическом факультете Тюлейнского университета Нью-Орлеана 1–4 ноября 2000 г. Доклады опубликованы в: TLR (Tulane Law Review). 75. 2001. P. 859–1245. — См. в настоящем издании статью Р. Михаэlsa, анализирующую результаты этого форума.

<sup>3</sup> *American Journal of Comparative Law (AJCL)*. Первый номер журнала вышел в 1952 г., 10-й — в 1961 г., но 50-й юбилейный номер — лишь в 2002 г. Журнал был основан профессором Хесселем Интемой в университете Мичигана, в 1971 г. переместился в Беркли, Калифорния, где до 1987 г. его возглавлял профессор Джон Флеминг. С 2003 г. главным редактором журнала стал профессор Джеймс Гордли (Беркли, с 2007 г. — Тюлейнский университет). Юбилейный номер содержал несколько обобщающих работ, самая значительная из которых «Прогресс и провалы сравнительного права во второй половине XX века» М. Рейманна, нынешнего профессора сравнительного права в Мичиганском университете: *Reimann M. The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century* // AJCL. 2003. 50. P. 671 sq.

<sup>4</sup> *Kötz H. Comparative Law in Germany Today* // RIDC (Revue Internationale de Droit Comparé). 1999. P. 753 sq.

<sup>5</sup> 4–6 июля 2000 г. в Институте Правовых исследований Лондонского университета состоялась конференция им. У. Дж. Харта «Сравнительное право в XXI веке». Материалы опубликованы в издании: *Comparative Law in the 21st Century* / Eds. A. Harding, E. Örüçü. London; The Hague; New York, 2002.

<sup>6</sup> Так, конференция, спонсируемая одной из крупнейших международных юридических фирм «Clifford Chance», с участием членов Палаты лордов и лидеров академического мира была проведена в Лондоне 30 декабря 1999 г. (!): *The Clifford Chance Millennium Lectures. The Coming Together of the Common Law and the Civil Law* / Ed. B. S. Markesinis. Oxford; Portland (Oregon), 2000.

<sup>7</sup> Ежегодник сравнительного права. 2001. М., 2002. — Последний номер (за 2004 г.) вышел в начале 2005 г.

<sup>8</sup> *Reimann M. The Progress and Failure...* P. 7691 sq.

самостоятельной дисциплины, считая заявления о кризисе сравнительного права преувеличенными.<sup>9</sup> Однако и сам факт успеха и его конкретные проявления остаются не осмысленными, так что опасения насчет слабости теоретической базы сравнительного права<sup>10</sup> можно считать вполне оправданными. Оживление компаративистики в последние годы связано, скорее, с появлением конкретных практических задач, которые позволили целенаправленно мобилизовать накопленные знания, нежели с каким-либо качественным скачком, определяемым неким порогом количественного накопления материала. В то же время сами заявления о кризисе могут указывать на близость такого порога, когда ожидания новизны усиливаются по мере того, как затянувшееся однообразие описательной продукции делает всякий последующий результат простым механическим добавлением в уже сложившуюся копилку сведений. Теоретические перспективы, связанные со сравнительным правом, имеют выраженную антипозитивистскую направленность, тогда как зримые достижения современной компаративистики воплощены в нормативных материалах. Если бы эта продукция опиралась на разработку специального метода, отражая его действенность и обещая его широкое признание, распространение и утверждение в системе юридической науки, то и тогда компаративистика стояла бы перед целым рядом вопросов в ожидании принципиальных определений.

Парижский конгресс 1900 г. был разделен на шесть секций; первая посвящена общей теории и методу сравнительного права, другие пять — международному частному праву, торговому праву, гражданскому праву, публичному и уголовному праву. Каждая из них занималась актуальным вопросом эпохи: публичное право — пропорциональным представительством; международное частное право — средствами достижения межгосударственного единства по вопросу о признании юрисдикции и исполнения иностранных судебных решений; торговое право — средствами достижения единообразия закона и обычая по вопросу о торговых документах (ценных бумагах).

Раймон Салей провозгласил четыре задачи Конгресса:

- 1) определить понятие сравнительного права и методы решения трех задач (составляющих содержание сравнительного права): установление права, сравнение права и адаптация права;
- 2) определить роль сравнительного права как учебной дисциплины;
- 3) определить, до какой степени применимы (могут быть реализованы) решения, полученные в результате сравнительного анализа;
- 4) определить средства получения сведений и обмена информацией об иностранном праве.

Эти задачи отражали потребность в наднациональном юридическом знании. Эпоха становления национальных государств была единственной, когда универсальной теории и методологии не соответствовало всеобщее позитивное право

<sup>9</sup> *Merryman J. Comparative Law and Scientific Explanation // Merryman J. The Loneliness of Comparative Lawyer. 1999. P. 478–479; Samuel G. Comparative Law and Jurisprudence // ICLQ (International and Comparative Law Quarterly). 47. 1998. P. 817; Reimann M. The End of Comparative Law as an Autonomous Subject // Tulane European and Civil Law Forum. 11. 1996. P. 60.*

<sup>10</sup> *Von Mehren A. T. An Academic Tradition for Comparative Law? // AJCL. 19. 1971. P. 624; Zweigert K. Methodological Problems in Comparative Law // Israel Law Review. 7. 1972. P. 465; Frankenberg G. Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law // HILJ (Harvard International Law Journal) 26. 1985. P. 411; Markesinis B. Comparative Law — A Subject in Search of an Audience // MLR (Modern Law Review). 53. 1990. P. 1; Gordley J. Is Comparative Law a Distinct Discipline? // AJCL. 46. 1998. P. 607; Bermann G. A. The Discipline of Comparative Law in the United States // RIDC. 4. 1999. P. 1041.*

(*ius commune*). Создание и утверждение национальных кодификаций сделало возможным их сравнительное изучение,<sup>11</sup> так что сравнительное право можно считать порождением национальных правовых систем и реакцией на утраченный «рай единства».<sup>12</sup> Сравнительное право и становится в эту эпоху искомым материальным наднациональным правом<sup>13</sup> – именно правом, а не правоведением. Сомнения в том, можно ли рассматривать сравнительное право в качестве права, известные уже сто лет назад, снимаются не только и не столько указанием на широту значения термина «право» во многих европейских языках,<sup>14</sup> но прежде всего признанием отнологической нормативности юридической компаративистики: сравнительное право не как метод или процесс описания и сравнения, а как способ существования норм права в наднациональном понимании, как воплощение (разумеется, дискурсивное) универсальных понятий и принципов (*droit idéal relatif* Салея),<sup>15</sup> как подлинное содержание национальных (единственно действующих) норм, обогащенных наднациональным (собственно сравнительным) пониманием.

Р. Салей рассматривал сравнительное право как действенное средство развития национальной доктрины и метода юридической науки, преодоления юридического позитивизма («Посредством кодекса, но дальше кодекса!») и инструмент решения актуальных практических задач, акцентируя роль сравнительного права в совершенствовании национального права («От сравнительного законодательства — к сравнительному праву!»).<sup>16</sup> Основную задачу сравнительного права он видел в том, чтобы заменить анализ текста законов на более широкий и объективный источник познания права, и тем самым стал предтечей системного подхода в правоведении.<sup>17</sup> Полагая плодотворным только сравнение правовых систем, разделяющих существенные общие черты, другой организатор первого Конгресса и отец-основатель дисциплины Эдуар Ламбер заложил принцип *европоцентризма* в компаративистике, который получает здесь не столько идеологическое, сколько теоретическое и практическое значение: так, он считал непригодным для эвристичного сопоставления англо-американское общее право как лишенное системы и развитого понятийного аппарата.<sup>18</sup> Сравнительный метод в понимании двух выдающихся ученых изначально мыслился как путь к освобождению французской, да и любой национальной юриспруденции от провинциализма, способ преодоления национальных рамок не только в теории, но и в правоприменении путем выявления всеобщих принципов права и последующего принятия единого международного законодательства (каковое выступает не вожделенным результатом, но практически-ориентированным кореллятом идеи всеобщности).

<sup>11</sup> Lawson B. A Common Lawyer Looks at Codification // Selected Essays. I Many Laws. 1977. P. 48; Kötz H. Taking Civil Codes Less Seriously // MLR. 50. 1987. P. 1.

<sup>12</sup> Ancel M. From Unification of Law to Its Harmonization // TLR. 51. 1976–1977. P. 108.

<sup>13</sup> Saleilles R. Conception et objet de la science juridique du droit compare // Congrès international de droit compare. Procès verbaux des séances et documents. Vol. 1. Paris, 1905. P. 173.

<sup>14</sup> Munday R. Accounting for an Encounter // Comparative Legal Studies... P. 3.

<sup>15</sup> David R. Le droit comparé. Droit d'hier, droits de demain. Paris, 1982. P. 12; Constantinesco L.-J. Traité de droit compare. Vol. 1. Introduction au droit comparé. Paris, 1972. P. 135.

<sup>16</sup> Saleilles R. Droit civil e droit comparé // Revue International d'Enseignement. 1911. P. 30.

<sup>17</sup> Jamin C. Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisité: à propos du centenaire du Congrès international de droit comparé de Paris // RIDC. 2000. P. 733.

<sup>18</sup> Lambert E. Une réforme nécessaire des études de droit civil // Revue International d'Enseignement. 1900. P. 421.

В дальнейшем эти идеи конкретизировались в двух направлениях: 1) основание верификации теории права и 2) поиск практических путей разрешения споров между представителями разных правовых порядков. Теоретический подход отмечает тенденция к постепенному отходу от изучения собственно права к культурологическим и социологическим предметам. Практический подход породил господствующий сегодня в компаративистике функциональный анализ, принцип деконцептуализации юридического знания и проекты наднациональной (региональной) унификации институтов и целых отраслей права. Оба направления исходят из идеи принципиального единства права, но на разном уровне обобщения.

Универсализм сравнительно-правового подхода полагал нормальным состоянием единообразие, даже идентичность права во всех странах одного уровня развития, тогда как существующие сегодня различия — досадным отклонением. Потенциально все правовые порядки — это единый общий правовой порядок, который претерпевает эволюционные изменения и порой (как сейчас) исчезает из видимости, закрытый разнообразием позитивного права в разных странах, но в целом он один для всех и может получить единообразное выражение в интернациональной форме. Однако такой уровень *единства* предполагает и соответствующий уровень абстракции: общность соразмерна обобщению. Если идеалы всегда существуют в виде принципов, то хотя они действуют всегда и повсюду, реализуются они в разных формах и по-разному. Возможность позитивного воплощения унифицированных ожиданий теоретически усматривается и практически достигается в международных документах именно на уровне общих принципов права.

Реализация идей Эрнста Рабеля, еще в довоенную эпоху предложившего убедительное сравнительно-правовое обоснование регулирования купли-продажи товаров,<sup>19</sup> в ряде наиболее авторитетных международных конвенций<sup>20</sup> стала не только моделью для дальнейшей унификации права как в области отдельных договоров, так и применительно к договорному праву в целом, но и теоретическим обоснованием достижимости единообразия позитивного права в современном мире.<sup>21</sup> Положения Венской конвенции 1980 г. хотя и касались только договора купли-продажи, заложили основы единообразного регулирования отношений более широкого значения, сделав возможным достижение взаимопонимания между различными правовыми системами в области общей части договорного и обязательственного права в целом.<sup>22</sup> В мае 1994 г. были приняты «Принципы международных коммерческих договоров» УНИДРУА,<sup>23</sup> модельные нормы регулирования общей части договорного права. Эти нормы не предполагаются к внедрению («имплементации») в национальное право, но могут служить прямой отсылкой для сторон в качестве применимого права или для суда как авторитетная формулировка

<sup>19</sup> *Rabel E.* Das Recht des Warenkaufs. Bd. I. Berlin, 1936; Bd. II. Berlin, 1957.

<sup>20</sup> *Цвайгерт К., Кёму Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2 т. / Пер. Ю. М. Юмашева. Т. 2. М., 1998. С. 253.

<sup>21</sup> *Green A.* Comparative Law as a Source of International Law // TLR. 42. 1967. P. 52; *Schlesinger R. B.* *Baade H. W., Herzog P. E., Wise E. M.* Comparative Law. 5<sup>th</sup> ed. New York. 1988. P. 35–37; *Kötz H.* Comparative Law in Germany... P. 760.

<sup>22</sup> См.: Ferrari F. Quo Vadis CISG? Celebrating the 25<sup>th</sup> Anniversary of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Sellier: European Law Publishers. 2005.

<sup>23</sup> В 2004 г. было подготовлено новое издание Принципов: *Bonell M.J.* UNIDROIT Principles 2004 — The new edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law // Uniform Law Review. 2004. P. 5–40.

общего принципа права (так называемое «гибкое», или «мягкое», право — *soft law*).<sup>24</sup> Меньшим влиянием, но сходным значением обладают «Принципы европейского договорного права» Комиссии О. Ландо, принятые в ноябре 1999 г.<sup>25</sup>

Авторитет составителей, широкое участие академических кругов и общая приемлемость результатов сделали «Принципы» отправным пунктом дальнейших рассуждений о гармонизации и унификации права, которая самым убедительным образом поддерживается европейскими институтами как необходимое проявление и неизбежное следствие транснационального торгового и политического единства. «Принципы» показывают, что взаимопонимание возможно, что разнообразие действующих национальных порядков не отрицает основательной общности европейских правовых систем в ключевых областях международного взаимодействия. Однако ожидаемой формой воплощения обнаруженного единства, формой, которая всегда найдет понимание и содействие со стороны европейской бюрократии, выступает *кодификация*, и создание Европейского гражданского кодекса оказывается на повестке дня.<sup>26</sup> Такое развитие, логичное как следующий шаг, переводящий умозрительные построения в плоскость практических воплощений, в действительности, как представляется, может обернуться только своей противоположностью.

Кодификацию как возможную форму европейской правовой интеграции критикуют с разных позиций. Отмечают, что Европейский Союз не является федерацией, и его органы не обладают компетенцией, достаточной для введения единого гражданского кодекса.<sup>27</sup> Приводят пример США — подлинной федерации, где не существует единообразных норм, хотя их введение стимулируется на основе сравнительно-правовых разработок, или пример Британского Содружества, где Тайный Совет (*Privy Council*) как высшая судебная инстанция не только не навязывает доминионам единообразные решения, но, напротив, стремится уважать правотворчество других стран общего права.<sup>28</sup> Указывают на отсутствие практической потребности в европейском кодексе, раз стороны коммерческих сделок и так правомочны выбрать применимое право. Наконец, приводят коммуникативные<sup>29</sup> и культурологические аргументы,<sup>30</sup> которые обрекают проект на неудачу. Представляется, что препятствия к транснациональной кодификации (или законотворчеству иной формы) заключаются в самой природе права, в соотношении предмета позитивно-правовой нормы и общих принципов.

---

<sup>24</sup> *Bonell M. J.* An International Restatement of Contract Law — The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. 3<sup>rd</sup> ed. New York, 2005; *Berger K. P.* The Relationship between UNIDROIT Principles and Lex Mercatoria // Uniform Law Review. 2000. P. 153–170; Вилкова Н. Г. Договорное право в международном обороте. М., 2002. С. 205 и сл.

<sup>25</sup> *Principles of European Contract Law* / Eds. O. Lando, H. Beale. P. I, II. The Hague, 2000); *Hesselink M. W., de Vries G. J. P.* Principles of European Contract Law. Deventer, 2001.

<sup>26</sup> *Von Bar Chr.* A New Jus Commune Europaeum and the Importance of the Common Law // Millennium Lectures. The Coming Together... P. 67 sq.

<sup>27</sup> *Markesinis B.* Why a Code is not the best way to advance the cause of European legal unity // European Review of Private Law. 1997. P. 521.

<sup>28</sup> *Goff A.* Coming Together — the Future // Millennium Lectures. The Coming Together... P. 240–241.

<sup>29</sup> *Jackson B. S.* Legal Visions of the New Europe: Jus Gentium, Jus Commune, European Law // Jackson B. S., MacGoldrick J. Legal Visions of the New Europe. 1993. P. 34.

<sup>30</sup> *Legrand P.* European Legal Systems are not Converging // ICLQ. 45. 1996. P. 52 sq.; Id. Against a European Civil Code // MLR 60. 1997. P. 44 sq.; Id. *Antivonbar* // RCL (Revue of Comparative Law). 1. 2006. P. 23 sq.

Преодоление национальной замкнутости в результате научных исследований (ориентированных на универсальное знание) и развитие взаимопонимания между различными правовыми системами достигаются только при высокой степени обобщения. Попытка зафиксировать имеющиеся достижения повлечет снижение уровня абстракции, что может привести к искажению предмета научного правоведения и породить политически ангажированные проекты унификации позитивных норм и формулировок. В таких проектах задача достижения научного понимания предмета неизбежно подменяется прагматическими задачами искоренения разночтений, что в контексте наднациональной бюрократической технологии будет означать механическую замену национального языка позитивных норм наднациональной терминологией. Результатом будет утрата достигнутого понимания между правовыми системами, поскольку новая терминология будет по-прежнему толковаться в соответствии с национальными законоведческими установками, что низведет наднациональные научные правовые понятия на уровень узкопозитивистских трактовок. Сходный конфликт научного сравнительно-правового подхода с бюрократическим позитивистским испытали на себе великие европейские кодификации: вдохновляемые естественно-правовыми установками, пониманием ограниченности законодательной фиксации открытых юридической наукой форм правового общения, они в течение одного-двух поколений становились объектом консервативного пиетета и буквального текстологического толкования.<sup>31</sup>

Попытки зафиксировать сравнительно-правовые разработки международных унификаторских проектов в наднациональных документах, повторяя логику национального законодательства, также вступают в противоречие как с транснациональными целями нормотворчества, так и с принципами компаративистики. Зачем критиковать ограниченность мертвой буквы национального закона (*black letter rule*) и узкопозитивистскую методологию, вести исследование с учетом исторического, политического, социального и культурного контекста, раскрывать социально-экономическое, потестативное или коммуникативное значение правовых норм и институтов, чтобы затем пытаться воплотить полученное знание в форму абстрактного закона? Вновь созданная позитивно-правовая формула, рассчитанная на широкий тип правовых ситуаций, выражаемый в генерализированной гипотезе, неизбежно воспроизводит все известные недостатки нормы общего действия. Рассчитанная на все народы одной ступени общественного развития, такая норма добавляет к косности и закрытости позитивно-правовой фиксации национального уровня еще и трансграничную всеобщность. В попытке создать приемлемое для разных культур и языков правило, наднациональная унификация вынуждена, как уже говорилось, еще больше повысить уровень генерализации и абстракции. Здесь фиксируются уже не нормы или конструкции, а общие принципы институтов или даже целых отраслей права. Называть же такое право «гибким», или «мягким» (*soft law*), значит возводить в ранг достоинства вызванный чрезмерным уровнем обобщения недостаток определенности, игнорируя (или принося в жертву) один из фундаментальных принципов права.<sup>32</sup>

<sup>31</sup> К такому выводу приходит Дж. Гордли, сопоставляя позицию Порталиса и Савиньи, стоявших у истоков великих кодификаций, с господствующим позитивизмом в XIX и первой половине XX в.: *Gordley J. Comparative Legal Research: Its Function in the Development of Harmonized Law // AJCL. 43. 1995. P. 565.*

<sup>32</sup> О принципе определенности см. в настоящем издании статью Н. В. Варламовой.

Значение наднациональной унификации ослабляется также тем фактором, что в основе этого мертворожденного нововедения лежит произвол случайных разработчиков.<sup>33</sup> Подготовка и принятие международных документов свободны от традиционных процедур национального законодательства, призванных в той или иной мере обеспечить соответствие принимаемых законов потребностям и возможностям общества, так что получаемые на наднациональном уровне тексты еще более искусственны, чем нормы национального законодательства. Независимость от противоборствующих социальных сил и политическая неангажированность интернациональных групп, разрабатывающих международные документы,<sup>34</sup> в действительности означает их оторванность от общества, неподконтрольность утвердившимся публичным процедурам и порядкам, умозрительность исходных посылок и произвольность результатов. Таким образом, ни форма воплощения, ни порядок разработки не предполагают получение продукта более высокого качества, чем то, которое веками давало традиционное национальное нормотворчество.

С содержательной же стороны пресловутое совершенство наднациональных документов не поддерживается ни абстрактными теоретическими соображениями, ни конкретной аргументацией или комментариями самих разработчиков. Как правило, комментируется компромиссный характер решений, призванных умиротворить всех предполагаемых участников транснационального регулирования (и нередко найденных в порядке экспромта), но не основания того или иного принципиального выбора, оставляющего целые группы действующих правовых порядков в положении депривилегированного меньшинства или даже жертв унификации. Эффективность или функциональность предлагаемого регулирования, как и источники соответствующих представлений, остаются всегда за рамками подобных комментариев. Неудивительно, что непредвзятый наблюдатель говорит о слабости и непрозрачности методологии<sup>35</sup> или вовсе о подмене научных подходов интуитивными.<sup>36</sup> Дело здесь не в личных качествах членов рабочих групп, которые включают признанных ученых, чье отношение к делу и уровень подготовки не вызывают сомнений, но в самом характере задач. Формулирование наднациональной нормы, противостоящей не только историческому разнообразию известных юридических конструкций, но и национальному источнику юридической силы действующего права, предполагает абсолютную (для всех) и вневременную (навсегда) фиксацию некоего решения, подавляющую и существующее разнообразие, и дальнейшее развитие, — что вступает в противоречие с принципами познания и

---

<sup>33</sup> Самый вопиющий случай — создание комиссии Оле Ландо по европейскому договорному праву в результате ужина уважаемого датского профессора с евробюрократом Винфридом Хаушильдом в садах Тиволи (*Principles of European Contract Law* / eds. O. Lando, H. Beale. The Hague, 2000. P. XI). Противопоставление подобных комиссий устойчивым публичным и академическим структурам — характерный признак деинституционализации, безошибочно относящий их к явлениям деструкции.

<sup>34</sup> Так, О. Ландо заявляет, что лучшие унифицированные нормы создаются юристами, которые не получают указаний от какого-либо правительства и в профессиональном плане не принадлежат ни к одной из заинтересованных групп (*Lando O. Comparative Law and Lawmaking* // TLR. 75. 2001. P. 1016).

<sup>35</sup> *Palmer V. V. From Leretholi to Lando: Some Examples of Comparative Law Methodology* // AJCL. 53. 2005. P. 286–287.

<sup>36</sup> *De Geest G. Comparative Law and Economics and the Design of Optimal Legal Doctrines* // Law and Economics in Civil Law Countries / Eds. B. Deffains, Th. Kirat. Vol. 6. 2001. P. 122.

закрывает предмет разработки для обоснованных научных определений.<sup>37</sup> Унификаторские задачи объективно отрицают сравнительный подход, унификация — могильщик компаративистики.

Другой аспект практического применения сравнительного метода связан с развитием международных арбитражей, предельно гибких и международно ориентированных, по своей природе призванных порождать транснациональное право, новое *lex mercatoria*. Однако осмысление этого фактора развития и интеграция поставляемых арбитражами материалов в научную концепцию затруднена господствующим функциональным подходом.

В международном частном праве известна проблема квалификации, которая возникает тогда, когда одни и те же составы трактуются по-разному различными правовыми системами, так что коллизионные нормы могут оказаться в непреодолимом противоречии. Предложено три решения: господствующее применяет закон суда (*lex fori*); более гибкое — право, решающее дело по существу (*lex causae*); самое последовательное — концепция Э. Рабеля, предлагающая разработать систему абстрактных квалификаций на основе сравнительного права. Высоко оценивая предложение великого компаративиста, Л. А. Лунц показывает, что конфликт квалификаций возникает только при механическом применении закона суда, и что многие коллизионисты, объявляя себя сторонниками этого метода, в действительности исходят из решения дела по существу.<sup>38</sup> Таким образом, подлинная квалификация получается в результате функционального сравнения: составы должны описываться как факты, чтобы их могли понимать различные суды или юристы разных стран. Концепция Э. Рабеля была востребована в компаративистике как метод изучения однотипных явлений из разных правопорядков. Принцип фактологического, нейтрального описания казуса с целью избежать точных определений в понятиях той или иной правовой системы и последующего конфликта этих определений как неременную предпосылку сравнительно-правового исследования утверждает Р. Шлезингер. Его ставшее хрестоматийным исследование порядка заключения договора (Корнельский проект)<sup>39</sup> основывается на этом методе и делает его непреложным правилом последующей компаративистики.<sup>40</sup>

Эта установка на деконцептуализацию тем легче распространяется и усваивается в юридической науке, что она созвучна юриспруденции интересов Хека и близка приверженцам юридического реализма в США. Для К. Цвайгерта и Х. Кётца деконцептуализация оказывается оправданием функционального подхода к праву и функционализма как принципа сравнения.<sup>41</sup> Для них цель сравнительного права — поиск *лучшего решения* на основе сопоставления различных юридических конструкций, регулирующих сходные проблемы.<sup>42</sup> То, что решения нередко сходны, казалось бы, показывает относительность концептуальных обоснований: право выбирает наиболее оптимальное согласование интересов независимо от

<sup>37</sup> См. в настоящем издании критику унификаторских устремлений Р. Циммерманна в рецензии А. М. Ширвидта.

<sup>38</sup> Лунц Л. А. Курс международного частного права: В 3 т. Т. 1. М., 2002. С. 247, 250 и сл.

<sup>39</sup> Schlesinger R. B. Formation of Contract. A Study of the Common Core of Legal Systems. Vol. 1–2. 1968.

<sup>40</sup> Vogenauer S. Eine gemeineuropäische Methodenlehre des Rechts: Plädoyer und Programm // ZEuPR 13. 2005. S. 234 sq., 246 sq.

<sup>41</sup> Zweigert K. Méthodologie du droit compare // Mélanges offert à Jacques Maury. V. I. Paris, 1960. P. 579–596.

<sup>42</sup> Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение... Т. 1. С. 30, 50 и сл.; Vogenauer S. Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent. Vol. 1. 2001. S. 18. Anm. 105.



теоретических построений.<sup>43</sup> Общее в различных правовых порядках трактуется также в функциональном ключе: как совпадение правил поведения (*operative rules*), которые и объявляются предметом компаративистики как правовой дисциплины.<sup>44</sup> Именно к оперативным нормам относится знаменитая презумпция сходства (*praesumptio similitudinis*), выдвинутая К. Цвайгертом: если исследование не подтверждает ожидаемой идентичности решений, его надо повторить; таким образом, различия требуют специальной аргументации, а сходства нет.<sup>45</sup>

Критика функционализма ограничивается указаниями на то, что социальную действительность нельзя полностью свести к нормативной и не всякий факт имеет только правовое значение.<sup>46</sup> Многие факты имеют социальную природу,<sup>47</sup> а многие данные нельзя учесть при отказе от понятийных обобщений, так как они не факты, а институциональные явления. Функционализм не в состоянии принять во внимание значительный объем действительности и как метод требует абстрагирования от целых сфер социальной реальности: Р. Шлезингер упоминает историю, обычаи, этику и даже законы, К. Цвайгерт и Х. Кётц предлагают еще более широкий список. Картина любого правового порядка оказывается существенно обедненной и сведенной к универсальной составляющей.<sup>48</sup> Так широта охвата теряет всякий смысл. Любое различие предстает идентичностью. Редукционизм функционального абстрагирования игнорирует культурное измерение правовых явлений, которое выступает одним из существенных факторов в процессе заимствования юридических институтов и конструкций и, можно сказать, управляет сферой обращения правовых моделей.<sup>49</sup>

Однако такая критика не затрагивает правовую сторону функционализма. Ограниченность функциональных обобщений относится не только к социально-культурному контексту права, но и непосредственно к самому предмету права. Утилитарная трактовка права стала редукционистским выводом из признания социальной обусловленности права: зависимость развития права от развития общества в целом была истолкована как детерминированность права экономическими

---

<sup>43</sup> *Reitz J.* How to do Comparative Law // *AJCL*. 1998. 46. P. 617, 620–623; *Reimann M.* The Progress and Failure of Comparative Law P. 679 sq; *Kötz H.* Comparative Law in Germany... P. 755; *Monateri P. G.* Critique et différence: Le droit comparé en Italie // *RIDC*. 51. 1999. P. 991; *Ancel M.* Le problème de la comparabilité et la méthode fonctionnelle en droit compare // *Festschrift für Imre Zajtay*. 1982. P. 1–6.

<sup>44</sup> *Schlesinger R.* The Common Core of Legal Systems: An Emerging Subject of Comparative Study // *XX<sup>th</sup> Century Comparative and Conflicts Law / Eds. K. Nadelmann, A. T. von Mehren, J. Hazard*. Leiden, 1961. P. 65–79; *Zweigert K.* Des solutions identiques par des voies différentes (quelques observations en matière de droit compare // *Revue international de droit comparé*. 1966. P. 5.

<sup>45</sup> *Цвайгерт К., Кётц Х.* Введение в сравнительное правоведение... Т. 1. С. 59-60. Критику см.: *Hill J.* Comparative Law, Law Reform and Legal Theory // *OJLS (Oxford Journal of Legal Studies)* 9. 1989. P. 111 sq.

<sup>46</sup> *Graziadei M.* The Functional Heritage // *Comparative Legal Studies*... P. 111.

<sup>47</sup> *Samuel G.* Epistemology and Comparative Law: Contribution from the Sciences and Social Sciences // *Epistemology and Methodology of Comparative Law / Ed. M. Van Hoecke*. Oxford; Portland (Oregon), 2004. P. 38.

<sup>48</sup> *Curran V.* Cultural Immersion, Difference and Categories in U. S. Comparative Law // *AJCL*. 46. 1998. P. 66–68.

<sup>49</sup> *Watson A.* Legal Change: Sources of Law and Legal Culture // *UPLR (University of Pennsylvania Law Review)*. 131. 1983. P. 1121 sq.; *Sacco R.* La circulation des modèles juridiques: rapport general // *Académie internationale de droit comparé. Rapports généraux au XIIIe congrès international, Montréal 1990*. Montréal, 1992. P. 1–20.

и социальными потребностями и соответствующее служебное, инструментальное положение права в системе общественных связей.<sup>50</sup>

Утилитаризм в оценке социальных явлений предполагает безальтернативную аксиоматичность причин социального развития, единую структуру социального бытия и соответствующую иерархию, при которой одно из явлений обладает исключительно свойством причинности, тогда как другие, выступая причиной по отношению к менее базовым, могут рассматриваться в качестве следствий фундаментальных — преимущественно (и даже исключительно) причинных — явлений. В отсутствие подлинной линейной причинности и объективной иерархии явлений выбор точки отсчета определяется системой ценностей наблюдателя, безусловно субъективной, но наделяемой — искренне или умышленно — флером объективности. Как правило, это достигается подменой ценностей потребностями, которые более привычно ранжируются причислением иных к первичным, именуемым здесь «витальными», на основе опять-таки предпосланного понимания причинности. Опровергнуть или породить сомнение в первичности и объективности «витальных» или «биологических» целей социального бытия не составляет труда: достаточно обратиться к нередуцированной, комплексной картине наблюдений. Любой самый «базовый» акт можно представить в совершенно удаленном от «винальных» смыслов измерении, так что, например, прием пищи окажется актом психической или идеологической деятельности (коммуникации, социализации, идентификации, традиции и т. д.), а отнюдь не физиологическим явлением. Система, исходящая из понятия блага, не может сводить благо к уровню жизни (качество жизни — к уровню насыщения). Внешний критерий отбора, его заменимость соответствуют и произвольности права в такой трактовке. Функциональность оборачивается случайностью.

Следует признать, что при функциональном подходе категориальность определяется качествами наблюдателя, а не явления, тем самым подлинные свойства социальности нельзя отождествлять с задачами исследования (либо непосредственно выводить из таких задач) или заботами его адресата. Постулируемые «функции» социального, как правило, представляют собой современные смыслы социального, отражающие достигнутый уровень понимания или направления запроса (социального заказа), которые принадлежат миру наблюдателя, а не миру наблюдаемого. Отождествлять эти подходы, вопросы, задачи с потребностями и свойствами самой изучаемой действительности — значит выдавать собственные интересы за данные изучаемого объекта.

Функциональное сравнение, выявление «лучшего» права объективно отрицают разработку новых норм: научное познание существующего и разработка более совершенного, но несуществующего — разные задачи. Следует согласиться с лордом Гоффом, что нет золота, которое ждет, чтобы его откопали, что Святого Грааля в правовом мире не существует,<sup>51</sup> и добавить: если бы идеал и существовал, его нельзя было бы обнаружить ни сравнительно-правовыми, ни историческими методами, так как ему не место среди конкретно-исторических явлений.

Научное объяснение несовершенства предложенных решений исходит из реально существующих решений, тех, которые действуют в национальных

<sup>50</sup> Сравнительно-правовой функционализм в контексте достижений функционализма в других социальных дисциплинах представлен в работе: *Michaels R. Functional Method of Comparative Law // Oxford Handbook of Comparative Law / Ed. Reinmann M., Zimmermann R. Oxford, 2006. P. 339-382.*

<sup>51</sup> Goff A. *Coming Together...* P. 243.

правопорядках. Полученная при таком изучении информация может стать основой для совершенствования национального права, преодоления или смягчения существующих недостатков национального права. Она не может стать основой для рекомендаций, рассчитанных на всех и даже на тех, кто не входит в ту правовую систему, в которой она получена. Обобщение информации из разных правовых систем может дать только самые общие рекомендации, не способные учесть национальные слабости и препятствия к лучшим, более эффективным решениям.

Поиск единых нормативных принципов средствами компаративистики предполагает, что эти принципы уже нашли свое адекватное воплощение в каком-либо национальном праве. Стремление же получить лучшее решение из возможных исходит, в свою очередь, из того, что возможности определяются общим уровнем правового развития, а не географическими, экономическими, культурными, идеологическими или политическими факторами, т. е., в конечном счете, — из однолинейной картины эволюции. Признание исторического прогресса еще само по себе не означает однолинейности: сходный уровень развития может достигаться разными путями и воплощаться в разных формах, как можно видеть на примере англо-американского общего права и западноевропейских континентальных правопорядков. Идея «лучшего решения» игнорирует другие факторы эволюции права (которые могли бы стимулировать развитие или, наоборот, препятствовать ему, будто отсутствие удачного решения, известного одному правопорядку, в других странах того же уровня правового развития всегда представляет собой лишь временное недоразумение, которое может быть быстро исправлено. Этот взгляд выражается в понятиях «правовая реформа» (*legal reform*), «обращение моделей» (*circulation of models*), «правовые саженцы» (*legal transplants*), «лучшее право» (*better law*) и «единообразное право» (*unified law*).<sup>52</sup>

Способность юридических норм к пересадке в иностранную правовую систему выявляет относительность соответствия нормы социальному и культурному контексту.<sup>53</sup> Исследование Алана Уотсона<sup>54</sup> потому и стало революционным, что показало значительную степень независимости права от общественных потребностей. Процесс заимствования (рецепции), пересадки и усвоения (трансплантации) предполагает существенную дистанцию между нормой-саженцем и реципирующей правовой системой, не говоря уже о различии социального и культурного контексте. Весь процесс, по Уотсону, подчиняется юридической элите системы-реципиента, которая обладает заметной самостоятельностью суждений и действий. Принятие решений определяется в значительной мере корпоративными интересами элиты, в структуре которых не последнюю роль играют соображения престижа. Несмотря на умозрительность многих построений и некоторую голословность ряда суждений,<sup>55</sup> работа А. Уотсона акцентировала внимание на самостоятельной жизни права и стимулировала развитие системного подхода к праву.

---

<sup>52</sup> *Mattei U. An Opportunity Not to Be Missed: The Future of Comparative Law in the United States // AJCL. 46. 1998. P. 719.*

<sup>53</sup> *Adapting Legal Cultures / Eds. D. Nelken, J. Feest. Oxford, 2001; Grande E. Imitazione e diritto: ipotesi sulla circolazione dei modelli. Torino, 2001.*

<sup>54</sup> *Watson A. Legal Transplants: An Approach to Comparative Law. Edinburgh, 1974; Id. Legal Transplants. 2<sup>nd</sup> ed. Athens; Georgia, 1993.*

<sup>55</sup> *Allison J. W. F. A Continental distinction in the common law. A historical and Comparative Perspective on English Public Law. Clarendon Press, 1996. P. 14.*

Работа А. Уотсона была реакцией на исследование Отто Кан-Фройда. Крупнейший авторитет в компаративистике середины XX в. выявил существенную роль политических факторов для обращения правовых моделей: нередко именно распределение властных полномочий, позиция политической элиты или верность традиционной идеологии могут стать препятствием к восприятию иностранных решений и унификации права.<sup>56</sup> А. Уотсон возражал, что влияние контекста, в том числе и политического, на успех трансплантации незначителен, обращение моделей подчиняется своим закономерностям и не отвечает даже таким устойчивым факторам, как экономическая целесообразность или уровень общественного развития.<sup>57</sup> Сегодня адепт экономического анализа права Уго Маттеи говорит о различии в степени сопротивления среды (*path dependency*) и эффективности намеченных к пересадке моделей как об эвристичных методах исследования, как о своеобразном тесте и для модели, и для среды, и для правовой традиции как для фактора, определяющего затратность рецепции.<sup>58</sup> Здесь экономический анализ нацелен не на изучение потребностей системы в новых нормах, а на издержки пересадки новой модели и сопротивление среды. Понятно, что экономическое значение идеологии, например, получаемое в результате такого анализа, не может дать релевантной информации для сравнительного права.<sup>59</sup> Отказ от учета контекста и подчинение заимствования юридических моделей и конструкций единственно утилитарным задачам способен подорвать эффективность нормотворчества и посрамить утилитарные установки законодателей.<sup>60</sup>

Противопоставление спонтанности в развитии права закономерности, автономности правовой системы – социально-экономическому детерминизму обострило вопрос о самостоятельном предмете права в оппозиции к значению социального, политического и культурного контекста.<sup>61</sup> Эволюционизм в истории права имеет социологическое происхождение.<sup>62</sup> Требование систематического учета социального контекста для объективизации, верификации и актуализации правовых знаний — социологический подход к праву — наделяет социальные факты значением предмета юридической науки, а право становится способом воздействия на

<sup>56</sup> Kahn-Freund O. On Uses and Misuses of Comparative Law // MLR. 37. 1974. P. 1–27.

<sup>57</sup> Watson A. Legal Transplants and Law Reform // LQR. 92. 1976. P. 79–84.

<sup>58</sup> Mattei U. Efficiency in Legal Transplants: An Essay in Comparative Law and Economics // 14 Int'l Rev. Law & Econ. 14. 1994. P. 3 sq.; Aiani G., Mattei U. Codifying the Property Law in the Process of Transition: Some Suggestions from Comparative Law and Economics // Hastings International and Comparative Law Review. 19. 1995–1996. P. 117 sq.

<sup>59</sup> Автор, кажется, сам скептически относится к экономически ориентированным выкладкам Пола Рубина (*Rubin P. H. Growing a Legal System in the Post-Communist Economies // Cornell International Law Journal. 27. 1993. P. 10*), согласно которым конструкции общего права более приемлемы для новых демократий Восточной Европы, так как их функционирование не требует значительного числа хорошо подготовленных юристов (*Aiani G., Mattei U. Codifying the Property Law... P. 121*).

<sup>60</sup> Неудачным представляется опыт Гражданского кодекса Квебека 1993 г.: увлечение квебекского законодателя критерием эффективности привел к неоправданным заимствованиям из общего права, что нарушило некоторые традиционные связи юридических конструкций между собой, тогда как именно внутреннее единство, системность, составляют основную цель кодификации (*Legrand P. Civil Law Codification in Quebec. A Case of Decivilization // ZEuP (Zeitschrift für Europäische Privatrecht). 1. 1993. P. 574 sq.*).

<sup>61</sup> Öricü E. Critical Comparative Law: Considering Paradoxes for Legal Systems in Transition // Electronic Journal for Comparative Law. 4. 2000 (<http://law.kub.nl/ejcl/41/art41-1/html>; <http://www.ejcl.org/41/abs41-1.html>).

<sup>62</sup> Cotterrell R. Comparatists and sociology // Comparative Legal Studies... P. 131 sq.

соответствующие общественные проблемы и запросы. В этом же ряду стоит требование учета культурного контекста, которое противопоставляет право культуре, но в отсутствие релевантного основания противопоставления не ведет к консолидации предмета сравнительного права.<sup>63</sup>

Системный анализ Никласа Лумана,<sup>64</sup> позволяя интегрировать феномен права в категориях коммуникации, дифференциации и самодостаточности (*autopoiesis*),<sup>65</sup> ведет к признанию автопоэтического характера правовой системы<sup>66</sup> и недопустимости обсуждения правовых явлений в понятиях других социальных отношений. Единство правовой системы определяется наличием собственного предмета и собственной системы категорий, которая неизбежно перекодирует любые импульсы, получаемые от других систем.<sup>67</sup> Системный подход к праву не оставляет в науке места суждениям об относительности правовых понятий: концептуальный релятивизм в духе утилитарного функционализма или инструментальный универсализм с позиций социального детерминизма<sup>68</sup> сами предстают во всей своей относительности. Выход сравнения на системный уровень ведет не просто к описанию, но к пониманию природы различий как на уровне отдельных норм, так и на уровне правовых семей.<sup>69</sup>

Сказанное возвращает нас к требованию строгого соответствия предмету юридической науки и установления пределов допущения других дисциплин в сферу сравнительного права без нарушения идентичности. Уже несколько десятилетий сравнительное право реализуется, помимо прочего, в классификации известных правопорядков.<sup>70</sup> Классификация Рене Давида, различавшая три правовые семьи (англосаксонскую, континентальную, социалистическую), отжила. Она представлялась излишне европоцентричной, ориентированной исключительно на частное право, слишком обобщенной и поверхностной.<sup>71</sup> Предлагались и другие классификации, в том числе такие, которые бы исходили из относительного уровня развития правовых систем.<sup>72</sup>

---

<sup>63</sup> *Curran V. L. Cultural Immersion...* P. 43 sq.

<sup>64</sup> См.: *Луман Н. Общество как социальная система.* М., 2004.

<sup>65</sup> Понятие «аутопойесис» (самовоспроизводство) заимствовано социологией из биологической науки (*Neves M. From the autopoiesis to the autopoiesis of law // Journal of Law and Society.* 28. 2001. P. 242 sq.).

<sup>66</sup> Наиболее последовательно идея права как самовоспроизводящейся системы проводится в работах профессора социологии права Франкфуртского университета Гюнтера Тойбнера: *Teubner G. How the Law Thinks: Towards Constructivist Epistemology of Law // Law and Society Review.* 23. 1989. 727; *Id. Evolution of Autopoietic Law // Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society / Ed. G. Teubner.* Berlin, 1988; *Id. Law as an Autopoietic System.* Oxford, 1993.

<sup>67</sup> *Luhmann N. Id. Rechtssystem und Rechtsdogmatic.* Stuttgart, 1973; *Id. Selbstreflexion des Rechtssystems // Rechtstheorie.* 10. 1979. S. 176; *Id. The unity of the legal system // Autopoietic Law...* P. 12–35.

<sup>68</sup> *Habermas J. Historical Materialism and the Development of Normative Structures // Habermas J. Communication and the Evolution of Society.* Boston, 1979.

<sup>69</sup> *Samuel G. System und Systemdenken. Zu den Unterschieden zwischen kontinentaleuropäischem Recht und Common Law // ZeuP.* 1995. S. 375 sq.

<sup>70</sup> *Давид Р. Основные правовые системы современности.* Пер. с фр. В.А. Туманова. М., 1988.

<sup>71</sup> *Rabel E. Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung // Rabel E. Gesammelte Aufsätze.* Bd. 3 / Ed. H. G. Lesser. 1967. S. 5; *Schnitzer A. Vergleichende Rechtslehre.* Bd. 1. 1961. S. 113–114; *Цвайгерт К., Кемп Х. Введение в сравнительное правоведение...* Т. 1. С. 100 слл..

<sup>72</sup> *Mattei U. Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems // AJCL.* 45. 1997. P. 5; *Heiss U. Hierarchische Rechtskreiseinteilung // ZVRW (Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft).* 100. 2001. S. 396; *Нерсесянц В. С. Общая теория права.* М., 1999. С. 447–475.

Новым словом в сравнительной классификации стало выделение правовых культур<sup>73</sup> и правовых традиций.<sup>74</sup> Принцип традиции — в присутствии прошлого в настоящем, в сообщении настоящему значения способа существования прошлого. Столь сильно герменевтически насыщенный подход способен придать новую конфигурацию всей дисциплине.<sup>75</sup> Выделение же правовых культур предполагает, скорее, географическое, нежели концептуальное структурирование сравнительного права. Марк ван Хёке и Марк Уоррингтон, выдвигая новую концепцию, отпоявлялись от критики господствовавших методологических установок, прежде всего принципа нейтральности функционального анализа. Однако выделение культурных семей<sup>76</sup> оказывается вполне бесплодным. Оно приводит к появлению в кругозоре юриста африканской (тропической), азиатской (буддистской) и исламской культур наряду с западноевропейской. Слабость такого подхода становится очевидной при первых же попытках хотя бы малейшей детализации выдвинутых обобщений. Так, России, в культуре которой присутствует коллективизм, отводится пограничное положение между европейской и азиатской культурами, как Индии и Японии. Отличительными чертами европейской правовой культуры оказываются индивидуализм и рационализм, т. е. существенные черты права. Африканская культура выделяется тем, что там право не только не отделено от морали и религии, но и лишено санкции, т. е. правовой не является. В этой перспективе европейское право концептуализируется как оружие, доступное индивиду против других и против общества в целом,<sup>77</sup> что трудно признать адекватным достижением юридической мысли.

Такой подход, 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. С досадой констатируя, что, например, в Конго действуют нормы бельгийского права, а не африканские обычаи,<sup>78</sup> авторы делают вывод о недостаточной информативности позитивных норм. По существу, это означает провал попытки выйти для

---

<sup>73</sup> Van Hoecke M., Warrington M. Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law // ICLQ. 47. 1998. P. 495 sq; Comparative Legal Cultures / ed. Csaba Varga. New York. 1992; Waxman W. Teaching Comparative Law in the 21<sup>st</sup> Century: Beyond the Civil/Common Law Dichotomy // Journal of Legal Education. 51. 2001. P. 305; Großfeld B. The Strength and Weakness of Comparative Law; Blankengurg. Patterns of Legal Culture: The Netherlands Compared to Neighboring Germany // AJCL. 46. 1998. P. 1; Curran V. Cultural Immersion... P. 43.

<sup>74</sup> Glenn P. H. Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law. 3<sup>rd</sup> ed. Oxford, 2007; Mehren A. T. von, Gordley J. R. The Civil Law Tradition. 2<sup>nd</sup> ed. 1977; 3<sup>rd</sup> ed. 2006; Berman H. J. Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition. 1983 (на русском языке: Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования. М., 1994); Merryman J. The Civil Law Tradition. 2<sup>nd</sup> ed. Stanford, 1985; Merryman J. H., Clark D. S., Haley J. O. The Civil Law Tradition. 2<sup>nd</sup> ed. 1994; Glendon M. A., Gordon M. W., Osakwe Chr. Comparative Legal Traditions: Text, Materials, and Cases on the Civil and Common Law Traditions. St. Paul, Minn., 1985; 2<sup>nd</sup> ed. 1994; Glendon M. A., Gordon M. W., Carozza P. G. Comparative Legal Traditions. St. Paul, Minn., 1999; Lewis A. D. E., Ibbetson D. J. The Roman Law Tradition. Cambridge, 1994; Baker J. H. The Common Law Tradition. Lawyers, Books and the Law. London; Rio Grande, 2000.

<sup>75</sup> Watson A. Legal Culture v. Legal Tradition // Epistemology and Methodology of Comparative Law... P. 1–6; Glenn P. Legal Cultures and Legal Traditions // Ibid. P. 7–20.

<sup>76</sup> Van Hoecke M., Warrington M. Legal Cultures... P. 502 sq.

<sup>77</sup> Ibid. P. 507.

<sup>78</sup> Так, К. Цвайгерт говорит о «примате реципируемого права» метрополий как о характерной черте африканских стран. См.: Цвайгерт К., Кёму Х. Введение в сравнительное правоведение... Т. 1. С. 105.

эвристичного сравнительного анализа за рамки европейской правовой культуры, т. е. развитого права. Этот негативный опыт не столько выявляет слабости учения о правовых культурах, сколько ставит в центр изучения юридической компаративистики европейское право и право других народов, достигших европейского уровня правового развития. Африканские племенные порядки, исламские и буддистские религиозные нормы и представления не обладают релевантной предикативностью по отношению к предмету правовой науки.

Общепризнанно, что описание всей земли и всех действующих на планете правовых систем не имеет отношения к компаративистике, которая предполагает расшифровку и взаимный перевод положений, понятий, принципов и норм развитых правовых систем.<sup>79</sup> Описательная сторона компаративистики связана с решением конкретных задач, поставленных на известных фактах из известных правовых порядков, и имеет подчиненное значение сбора дополнительного материала. Знать, какое право действует на краю света или даже в соседней стране, не обязательно полезно для решения той задачи, которой в настоящий момент занят компаративист, а достижения юридического страноведения никогда не составят самостоятельной правовой дисциплины, будучи случайным набором сведений. Приведение же массива знаний о существующих в мире правовых порядках в систему, составление групп и обоснование их самостоятельности, а затем изучение взаимодействия между ними, типизация и типологическая интерпретация известных правовых порядков, установление закономерностей распространения тех или иных норм и институтов в правовых системах различного типа, как и другие подобные мыслительные операции, в конечном счете, выльются в некую юридическую географию, но не приведут к созданию даже маргинального подразделения сравнительного права. Представляется, что подобная информация и ее обработка вполне умещается в рубрику «иностранное право» (*Auslandsrechtskunde*) соответствующих отраслевых дисциплин, общее же ведение «правовыми системами мира» относится к епархии истории государства и права зарубежных стран.

С этой точки зрения распространенное в последние годы понятие «картографирование», «составление карты» (*mapping*), употребляемое, чтобы указать на непредвзятость и свободу от предпосланных концептуальных установок,<sup>80</sup> представляется ложным. Этот термин традиционно используется в связи с необходимостью знать относительное положение явления в системе и иметь возможность его отыскать.<sup>81</sup> «Составление карты» отнюдь не предполагает отстраненность и объективность, днескриптивность и деконцептуализацию.

---

<sup>79</sup> Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение... Т. 1. С. 14-15; Merryman J. H., Clark D. S., Haley J. O. The Civil Law Tradition... P. 1; Schlesinger R. B., Baade H. W., Herzog P. E., Wise E. M. Comparative Law. 6<sup>th</sup> ed. 1998. P. 3.

<sup>80</sup> Под этим флагом выступает целое направление в современной компаративистике — «общее ядро европейского частного права» (Маттеи У., Буссани М. В поиске общего стержня европейского права // Ежегодник сравнительного правоведения. 2002. М., 2003. С. 3 и сл.), приверженцы которого отказываются примкнуть к какому-либо концептуальному направлению, провозглашая целью своей работы «составление карты» европейского права. Критику см.: Gerber D. J. Reading the Map of European Private Law. Language and Knowledge in Contemporary Comparative Law // Opening Up European Law/ Ed. Bussani M., Mattei U. Berne, 2007. P. 49 sq.; Gordley J.R. Mapping Private Law // Making European Law. Essays on the 'Common Core' Project. Trento, 2000. P. 27 sq.

<sup>81</sup> Впервые к образу карты в этом смысле прибег автор первого системного изложения английского права Уильям Блэкстоун (*Blackstone W. Commentaries on the Laws of England (1765–1769), facsimile of the first edition. Chicago, 1979. P. 34*).

Напротив, речь идет об обобщении и абстрагировании, что требует разработать критерии и подходы, а также о классификации и объединении явлений в группы, что предполагает обоснованный отбор релевантных оснований. Карта означает масштабирование, которое невозможно без отбора, позволяющего пренебречь несущественным, чтобы отразить важное.

Систематизация — это научное осмысление материала и его концептуальное преобразование. В отсутствие анализа и категориального синтеза возможно лишь составление карты, одномасштабной описываемым явлениям (как в притче Борхеса о Карте Империи, имевшей размер Империи)<sup>82</sup>. Понять, где мы находимся, по такой «карте» невозможно. Она навсегда оставляет нас в плену лишних деталей и подробностей. Отказ от одномасштабного воспроизведения действительности (описательности) возможен только при сужении основания, структурирование же основания производится только на научной основе. Здесь возможны два подхода: 1) привлечение внешнего о(бо)снования, опора на другую науку или 2) разработка материала с позиций предмета изучения. В первом случае получатся этический, эстетический, религиозный, политический, экономический, социологический, культурный, герменевтический, семиотический, кибернетический или синергетический портрет права, во втором — юридический, когда материал структурируется в соответствии с принципом права. В последнем случае концептуальное преобразование исходит из того, что у права есть собственный принцип и он составляет предмет юридической науки.

С этих позиций предлагается оценивать и такое направление, как правовой плюрализм. Этот метод ведет свое происхождение от социологического подхода и призывает выйти за рамки простого сравнения позитивных норм (*rule comparison*).<sup>83</sup> Исследователь должен отойти от бумажного права и приблизиться к действительному праву, включая правоприменение и толкование.<sup>84</sup> Антипозитивистский пафос в действительности прикрывает отказ от поиска адекватного воплощения права в соответствующих формах и подмену предмета исследования за счет расширения «кругозора». В развитом виде доктрина правового плюрализма реализована в учении Родольфо Сакко о «правовых образующих» (*legal formants*).<sup>85</sup> Согласно этой доктрине правовая реальность представляет собой результат действия самых разнообразных факторов: позитивного права, идеологии, правосознания, моделей социального поведения, политической ситуации и т. д., включая «невывраженное право» (*mute law*).<sup>86</sup> Чем больше факторов принято во внимание, тем ближе к действительности результат. Это учение очень близко отечественному «широкому» правопониманию и подлежит соответствующей критике.<sup>87</sup> Когда Р. Сакко различает право как норму, как доктрину и как действующее правило поведения (*operative rule*), он демонстрирует,

<sup>82</sup> Борхес Х.Л. О точности в науке // Собрание сочинений в четырех томах. 2 изд. СПб., 2006. Т. 2. С. 567.

<sup>83</sup> Kamba W. J. Comparative Law: A Theoretical Framework // ICLQ. 23. 1974. P. 513–515; Merryman J. H. Common Law and Scientific Explanation // Merryman J. H. The Loneliness of the Comparative Lawyer and other Essays in Foreign and Comparative Law, The Hague, Kluwer Law International, 1999. P. 485–489.

<sup>84</sup> Ср.: «Ни тексты законов, ни мнение доктрины никогда не воплощаются в чистом виде в действующее право» (Кох Х., Мангус У., Винклер фон Моренфельс П. Международное частное право и сравнительное правоведение / Пер. с нем. Ю. М. Юмашева. М., 2001. С. 329).

<sup>85</sup> Sacco R. Legal Formants. A Dynamic Approach to Comparative Law // AJCL. 39. 1991. P. 343.

<sup>86</sup> Sacco R. Mute Law // AJCL. 43. 1995. P. 455.

<sup>87</sup> См. Нерсесянц В. С. Право и закон. М., 1983. С. 241 и сл.; Он же. Философия права. 2-е изд. М.: «Норма», 2006. С. 385 и слл.



что его концепция права включает в себя позитивное право и тем самым принадлежит к «социологическому» варианту юридического позитивизма.<sup>88</sup>

Правовой плюрализм как размытое и нечеткое правопонимание не совпадает с доктриной культурного многообразия<sup>89</sup> и культурной относительности права. Последняя учитывает реальности глобализации, предвосхищая новые формы внутри- и межсистемного взаимодействия.<sup>90</sup> Доктрина культурного многообразия – это реакция на постмодернистскую критику сравнительного права с позиций недостижимости взаимопонимания, невозможности перевода и обособленности национальных правовых систем и традиций.<sup>91</sup> Проблема перевода является основной для компаративистики:<sup>92</sup> в рамках системного анализа права она формулируется в терминах раскодирования и перекодирования и ставит под сомнение искомое единство, будь то в прошлом (историческое) или в будущем (практическое). Ссылки на прежнее правовое единство Европы<sup>93</sup> не представляются убедительными. Решение видится в развитии представлений о едином принципе и определении права в контексте диалога и смыслопорождающей коммуникации между различными правовыми системами. Такой подход не просто в постмодернистском духе утверждает ценность различий, но акцентирует их когнитивную сторону, ставя многообразие на службу познания.

Распространение римского права по всей Европе в качестве действующего права, объединявшего весь христианский мир единой нормативной системой «общего права» (*ius commune*), почитавшегося «естественным правом» (*ius naturale*), выражающим объективно единый, свойственный всем цивилизованным людям общественный порядок, предполагало некий внеисторический и наднациональный критерий правового, который, подобно вечному и неизменному критерию истины, воплощает идеал добра и справедливости в земном мире. На этой почве развивается

<sup>88</sup> См. также: *Teubner G.* The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism // *Cardozo Law Review*. 13. 1992. P. 1443.

<sup>89</sup> *Sacco R.* Diversity and Uniformity in the Law // *AJCL*. 49. 2001. P. 171; *Teubner G.* Altera Pars Audiatur. Law in the Collision of Discourses // *Law, Society and Economy* / Ed. R. Rawling. 1997. P. 197; *Peters A., Schwenke H.* Comparative Law beyond Post-Modernism // *ICLQ*. 49. 2000. P. 800 sq., 833 sq.

<sup>90</sup> *Blackett A.* Globalization and Its Ambiguities: Implications for Law School Curricular Reform // *Columbia Journal of Transnational Law*. 37. 1998. P. 57sq., 77 sq.; *Curran V. G.* Dealing in Difference: Comparative Law's Potential for Broadening Legal Perspectives // *AJCL*. 46. 1998. P. 661 sq.; *Abel R.* Law as Law: Inertial as a Social Theory of Law // *Michigan Law Review*. 80. 1982. P. 785 sq.

<sup>91</sup> *Esser J.* Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts: Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre. 2<sup>nd</sup> ed. Tübingen, 1990; *Weir T.* Die Sprachen des europäischen Rechts: Eine skeptische Betrachtung // *ZEuPR*. 3. 1995. S. 368 sq.; *Legrand P.* European Legal Systems are not Converging...; *Gerber D. J.* System Dynamics: Toward a Language of Comparative Law // *46 AJCL*. 1998. P. 719 sq.; *Lasser M.* The Question of Understanding... P. 197 sq.; Id. Is there a Transatlantic Common Core of Judicial Discourse? // *The Common Core of European Private Law* / Eds. M. Bussani, U. Mattei. Cambridge, 2003. P. 213–219.

<sup>92</sup> Именно перевод предстает подлинным полем деятельности компаративиста, той сферой, постоянное совершенствование которой и составляет форму межсистемной коммуникации (*Großfeld B.* Comparatists and Languages // *Comparative Legal Studies*... P. 154 sq.). О сравнительном праве как постоянном наведении мостов между культурами см.: *Markesinis B.* Foreign Law and Comparative Methodology: A Subject and a Thesis. Oxford, 1997. P. 194 sq.; Id. Bridging Legal Cultures // *Israel Law Review*. 27. 1993. P. 363–383.

<sup>93</sup> *Zimmermann R.* Savigny's Legacy, Legal History, Comparative Law and the Emergence of a European Legal Science // *LQR*. 112. 1996. P. 576 sq.

трактовка права как писаного разума (*ratio scripta*),<sup>94</sup> как продукта высших сил и высшего авторитета, которым поверяются ключевые качества человека и общества. Трактовка права как меры человеческого отводит праву место в ряду основных начал мироздания, отрывая его от конкретного общественного устройства и противопоставляя его действующим правилам поведения в качестве принципа.

Идея приспособления права к специфическим условиям, отличающим один народ от другого и одно природное окружение от другого, идея зависимости действующего права от социальных потребностей (ставшая основой для функционализма) развиваются позже, по мере прогресса исторического, политического, этнографического знания. Наделяя правовое историческим и национальным, культурным и социальным измерениями, такой подход привносил релятивистские, функциональные и инструментальные трактовки права, редуцируя феномен права до конкретно-исторического явления, подверженного изменению и различного в различных социальных средах.

В понятийном плане абстрактно-идеальный универсалистский подход не столько отрицается конкретно-исторической релятивистской перспективой, сколько предикативно обогащается, получая в контексте конкретно-исторического социального знания значение понятийного ядра, непреходящей константы правового, утверждая идею общего определения (принципа) права в контексте его единичных воплощений. Этот единый понятийный стержень как объективная основа и ведущий принцип изучения конкретных правопорядков все еще остается не раскрытым в сравнительно-правовых исследованиях, и реализуется либо в попытках исторической реконструкции утраченного нормативного единства,<sup>95</sup> либо в перспективных планах позитивно-правового воплощения обнаруженного функционального сходства.

Когда Джеймсу Гордли, нынешнему главному редактору «Американского журнала сравнительного права», предложили написать статью о влиянии сравнительно-правовых исследований на гармонизацию права, он, по его собственному признанию, не справился с поставленной задачей, а представил эссе о том, что изучение (и вообще понимание) права не может быть ограничено национальными рамками и должно быть транснациональным.<sup>96</sup> Преодоление же различий в праве невозможно, как и обеспечение единого решения на все времена: то, что представляется наилучшим сегодня, может оказаться недостаточным завтра.<sup>97</sup> Важнее понять действующее (национальное) право с точки зрения всеобщего (в

---

<sup>94</sup> Опыт юридической трактовки рационального см. в настоящем издании: Милкин-Скопец М. А. О равновесной теории разумного.

<sup>95</sup> Так, англосаксонское общее право, по Циммерманну, оказывается одним из воплощений римского права, а средневековое правовое единство Европы (*ius commune*) отнюдь не утраченным, но продолжающимся и интенсивно развивающимся, причем не только в культурной и понятийной сфере, но и непосредственно в нормативной (*Zimmermann R. Der Europäische Charakter des englischen Recht. Historischen Verbindungen zwischen civil law und common law // ZEuP. 1993. S. 4 sq.; Id. Roman and Comparative Law: The European Perspective // Journal of Legal History. 16. 1995. P. 21 sq.*). Если установка Дж. Гордли на выявление и воплощение единых, универсальных принципов права имеет прежде всего абстрактно-идеалистический характер, то не менее романтическая позиция Р. Циммерманна апеллирует к реальной, материальной стороне единства, представленной единством происхождения, которое не ограничивается только историческим прошлым, но продолжается в настоящем как единая романистическая традиция.

<sup>96</sup> *Gordley J. Comparative Legal Research... P. 565–567.*

<sup>97</sup> *Ewald W. Comparative Jurisprudence (I): What Was if Like to Try a Rat? // Pennsylvania Law Review. 143. 1995. P. 1889 sq.*

транснациональной перспективе): мы никогда не поймем, какое именно правило поведения действует в отдельной системе, если не будем знать другие решения. Подлинная гармонизация возможна только как развитие общей, наднациональной науки права.<sup>98</sup>

Основатель «Американского журнала сравнительного права», Хессель Интема ставил перед новым периодическим изданием следующие задачи: 1) собирать необходимый материал и исследовательские приемы юридической науки, которая является, по существу, сравнительной; 2) улучшать понимание национального права, погрязшего в доморощенном позитивизме и провинциальных предрассудках; 3) способствовать пониманию иностранных правовых систем и установлению международного взаимопонимания; 4) подготавливать международную унификацию права; 5) содействовать определению законодательной политики; 6) определить идеалы и ценности, которые должны руководить прогрессом права.<sup>99</sup>

Из этих задач собственно юридические ориентированы либо на восстановление научности правовых исследований, либо на расширение сферы юридических знаний. В отношении теоретических основ юридической науки сравнительно-правовой подход обладает выраженной антипозитивистской направленностью: иностранное право не действует в данной стране и не является частью национального права, поэтому оно не может стать источником отождествления права с позитивным правом, требуя иных понятийных средств и познавательных приемов и стимулируя правопонимание. Научность правовых исследований определяется соответствующим категориальным аппаратом, не сводящимся в отношении права, которое не действует и не может действовать на национальном уровне, к экзегетике (установлению значения терминов и выявлению смысла предложений), не ограничивающимся глоссированием или комментированием нормативных текстов и неизбежно выходящим на аналитический уровень. Правовые понятия и существуют как наднациональные обобщения, преобразующие эмпирические данные форм национального позитивного права (включая и обычное право, и судебную практику) в абстрактные категории, составляющие элементы права как научной системы.<sup>100</sup>

Этот уровень трактовки права востребован и успешно реализуется в законодательной работе.<sup>101</sup> Право, которое предполагается к воплощению в национальном законе, — это всегда всеобщее право, право вообще, право, наиболее близко подходящее к идеальному праву. Любое национальное законодательство, если оно научно, опирается на понимание права как всеобщего принципа и потому транснационально.<sup>102</sup> Оно не только получает международное значение, но и его внутреннее толкование невозможно без учета наднациональных, всеобщих

<sup>98</sup> Gordley J. Comparative Legal Research... P. 566.

<sup>99</sup> Yntema H. E. The American Journal of Comparative Law // AJCL. 1. 1952. P. 22.

<sup>100</sup> Hill J. Comparative Law, Law Reform and Legal Theory... P. 101 sq.; Gordley J. Is Comparative Law a Distinct Discipline? // AJCL. 46. 1998. P. 607 sq.

<sup>101</sup> Sacco R. Legal Formants ... P. 343; Zekoll J. Kant and Comparative Law — Some Reflections on a Reform Effort // TLR. 70. 1996. P. 2725–2733; Kötz H. Comparative Law in Germany... P. 762–764.

<sup>102</sup> Simonius U. Zur Erinnerung an die Entstehung des Zivilgesetzbuchs // ZSR. 76. 1957. S. 293–sq. — Подчеркнем: ценность наднациональных установок не в продвижении последующего единообразия с другими правовыми системами, что означало бы утилитаристскую трактовку, пусть с международных позиций — (так, Клаус Бергер говорит о «международно-удобных конструкциях» (*internationally useful constructions*) национального права (Berger K. P. The Creeping Codification of the Lex Mercatoria. The Hague, 1999. P. 83)), — а в ином качестве национального права, его приближении к идеалу всеобщего.

принципов. Гражданский кодекс Нидерландов, основные части которого, принятые в 1992 г., разрабатывались на основе сравнительного метода, стал подлинным поворотным пунктом в истории современных национальных кодификаций, взорвав систему европейских правовых традиций, соответствующую классификацию и связанное с ней мышление.<sup>103</sup> Своим международным успехом Кодекс обязан именно этой наднациональной установке его создателей.<sup>104</sup> Сходной характеристики заслуживает и российский Гражданский кодекс,<sup>105</sup> ставший важным источником правового развития сопредельных стран. Реформа обязательственного права в Германии<sup>106</sup> вдохновлялась успехами наднационального регулирования в области договорного права и восстановила некоторые старые пандектистские подходы в ущерб германистическим конструкциям.<sup>107</sup> Ее итогом стала новая редакция Германского гражданского уложения (2002 г.), позволившая преодолеть заметную обособленность германского обязательственного права в Европе. Такой уровень обобщения и понимания права, действительно, ведет к преодолению национальной замкнутости и ограниченности, превращая сравнительное право в науку взаимопонимания и толкования.<sup>108</sup>

Разумеется, любая форма практического воплощения сравнительного метода подвержена разъедающему воздействию позитивистской идеологии: национальное законодательство, даже вдохновленное наднациональными устремлениями, со временем становится объектом толкования, стимулирующего позитивистские подходы, предметом законоведения, а не правоведения.<sup>109</sup> Уже законодательно-

---

<sup>103</sup> Несоответствие устаревших подходов выдает попытка К. Цвайгерта и Х. Кётца увидеть в голландском Кодексе самостоятельный правовой стиль (*Cвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение...* Т. 1. М., 1998. С. 158). Не менее близоруко пытаться втеснить Кодекс в одну из традиционных традиций европейского права (французскую или германскую) и обсуждать, насколько он удался от одной и приблизился к другой (*Drobnig U. Das neue niederländische bürgerliche Gesetzbuch aus vergleichende und deutsche Sicht // European Review of Private Law. 1. 1993. P. 171 sq.; Tallon D. The New Dutch Civil Code in a Comparative Perspective — A French Viewpoint // European Review of Private Law. 1. 1993. P. 189 sq.*), поскольку эти категории с появлением такого Кодекса стали вчерашним днем.

<sup>104</sup> Представлять международное влияние голландского Кодекса, особенно в странах, возникших после распада Советского Союза, результатом усилий некой бескорыстной группы воздействия, как это делает Ян Смитс (*Smits J. Import and Export and Export of Legal Models: The Dutch Experience // Transnational Law and Contemporary Problems. 13. 2003. P. 551 sq.*), — значит принижать значение самого Кодекса.

<sup>105</sup> *Dozhdev D. V. Russian Private Law and European Legal Transplants // Bussani M., Mattei U. (eds.). Opening Up European Law...* P. 213.

<sup>106</sup> См.: Реформа обязательственного права Германии. Германское гражданское уложение (с учетом изменений, вступивших в силу 1 января 2002 года). Пер. М. В. Синявской // Ежегодник сравнительного правоведения. 2002 год. М., 2003. С. 292 и слл.

<sup>107</sup> *Honsell H. Einige Bemerkungen zum Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes // JZ. 2001. S. 18 sq.; Zimmermann R. Schuldrechtsmodernisierung? // JZ. 2001. S. 171 sq.; Ferrante E. Il progetto di riforma del libro secondo del codice civile tedesco su obbligazioni e contratti: verso un nuovo Schuldrecht // Contratto e impresa: Europa. 2001. P. 249 sq., 260, 275 sq.; Wieser K. Eine Revolution des Schuldrechts // NJW. 2001. S. 124 sq.*

<sup>108</sup> *Tallon D. Comparative Law: Expanding Horizons // JSPTL. 10. 1969. P. 265–266; Dehousse R. Comparing National and EC Law: The Problem of Level Analysis // AJCL. 42. 1994. P. 763; Pfersmann O. Le droit comparé comme interpretation et comme théorie du droit // RIDC. 53. 2001. P. 275–288.*

<sup>109</sup> Так, уже П. Салей ставил вопрос о различении сравнительного законодательства и сравнительного права. См.: *Saleilles R. Droit civil e droit comparé...* p. 30 sqq. Сегодня эта же проблема приняла форму противопоставления европейского кодекса европейскому праву: *Zimmermann R. Civil Code or Civil*

реформаторская ипостась компаративистики ведет к существенным искажениям информации, получаемой историко-теоретическими исследованиями. Использование достижений сравнительного изучения права в национальной законодательной работе подчиняется принципам и целям законодательства, призванного фиксировать право в нормах общего действия. Если широта взглядов подготовительных комиссий, учет опыта иностранных законодателей при разработке текста национальных законов, специальная подготовка судей и последовательное развитие наднационально-ориентированной доктрины и могут сказаться на повышении качества национальных законов и правоприменения,<sup>110</sup> все же они не способны изметить ни природу позитивного права, ни общие свойства законодательных текстов. Специальный характер целей законодательной работы определяет и характер востребованного сравнительно-правового знания. Можно ожидать, что значительный объем этого знания по своему содержанию соответствует задачам национального законодательства и формируется за счет простого, механического (географического) расширения круга поиска, включения в область получения данных других, иностранных правовых систем.

Противопоставление права законодательству в контексте поиска предмета сравнительного изучения выдает позитивистскую трактовку права, приравнивание права к его формальному источнику, когда вместо проникновения в нормативную реальность, существующую за вывеской закона или обычая, предполагается расширить перспективу за счет учета социального и политического контекста, который, все же, находится вне права и правом не является. Подлинно же юридическая, системная трактовка права как автономной нормативной системы открывает путь к диалогическому восприятию противоречий и наведению коммуникативных связей между правом и законом, между единством принципа и разнообразием его воплощений, между абстрактно-научным характером исследования и практическими задачами согласования конкретных интересов.

Критические вызовы, брошенные сравнительному праву и с традиционных, и с постмодернистских позиций, можно рассматривать как свидетельство определенной зрелости компаративистики, которая уже не может удовлетвориться прежним статусом простого метода и стремительно консолидируется в самостоятельную юридическую дисциплину. Усиление теоретической составляющей определяет восстановление внимания к различиям (вместо пресловутой *praesumptio similitudinis*) и развитие нового знания из сравнения, тогда как функционально-прагматические выводы ставятся под сомнение, как и вся утилитарная сторона компаративистики. Географическо-описательное, функциональное и унификаторское направления по мере утверждения сравнительного права в качестве самостоятельной дисциплины должны остаться за его рамками.

---

Law? Towards a New European Private Law // Syracuse Journal of International Law and Commerce. 20. 1994. P. 217 sq.

<sup>110</sup> Hartkamp A. Interplay between Judges, Legislators and Academics, the Case of the New Civil Code of the Netherlands // Law Making, Law Finding and Law Shaping: the Diverse Influences / Ed. B. S. Markesinis. Oxford, 1997. P. 91–112.