

ЕВРОПЕЙСКИЕ ПРАВОВЫЕ КУЛЬТУРЫ
В КОНТЕКСТЕ ГЛОБАЛИЗАЦИИ.
В ЧЕСТЬ АНДРЕЯ ПОЛЯКОВА *

М. ВАН ХУК **



Марк Ван Хук,
профессор Гентского
университета (Бельгия)

Европеизация и глобализация требуют более четкого определения правового контекста и лежащих в его основании правовых культур. Термин «культура» отсылает к набору привычек, обычаев, концепций, ценностей, принципов, идеологий и мировоззрений, которые главенствуют в обществе или в той или иной группе, входящей в общество. Все это, особенно скрытые подтексты, нелегко понять иностранцам, но сегодня широко доступна информация о большинстве культур мира. В некоторых сферах появляется общая правовая культура (коммерческое право, права человека, международное право). В данной статье обсуждаются трения между правовыми культурами Европы — трения, которые могут послужить мотивами для изменений в рамках этих культур: деление между «публичным» и «частным» правом, трения между национальным и общеевропейским правом, влия-

ние процессуального права на материальное право с точки зрения применения (или неприменения) последнего на практике, напряженность между либеральной идеологией свободного рынка (особенно на уровне ЕС) и идеологией более социально ориентированного права (которая получила развитие в XIX и XX вв. в большинстве европейских стран), медленная конвергенция общего права и континентального права. Все это происходит в контексте весьма усилившегося правового плюрализма: с одной стороны, распространение власти государства на негосударственные и надгосударственные организации, с другой — создание права властными органами, которые не являются публичными. **КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА:** Европа, правовая культура, гармонизация, глобализация, правовой плюрализм, юридическое образование, сравнительное право.

* Перевод с английского языка В. С. Дорохина; под науч. ред. М. В. Антонова (mantonov@hse.ru).

** Mark van Hoecke — professor of the Ghent University (Belgium).

E-mail: Mark.Van.Hoecke@telenet.be

© Mark van Hoecke, 2014

© Дорохин В. С., перевод на русский язык, 2014.

© Антонов М. В., науч. ред. перевода, 2014.

MARK VAN HOECKE. EUROPEAN LEGAL CULTURES IN THE CONTEXT OF GLOBALIZATION. A TRIBUTE TO ANDREY POLYAKOV

Europeanisation and globalization require a more specific definition of the legal context and of the underlying legal cultures. The term "culture" refers to a set of habits, customs, concepts, values, principles, ideologies and world outlooks which are predominant in the society or within any group of the society. It is not easy for the foreigners to understand all this, especially hidden subtexts. However, the information about the most cultures in the world is now widely available. In some areas there is a common legal culture (commercial law, human rights law, international law). This article discusses tension between European legal cultures – tension which may become a reason for changes in the framework of these cultures: division into "public" and "private" law, tension between national and European law, influence of the procedural law on the substantial law in terms of enforcement (or non-enforcement) of the latter in practice, tension between liberal ideology of the free market especially at the level of the European Union) and the ideology of a more socially-oriented law (which started developing in the 19th and 20th centuries in the majority of European countries), slow convergence of the common and civil law. Everything happens in the context of the significantly increased legal pluralism: on the one hand, the state power has been extended to non-governmental and supranational organizations, on the other hand, the law is being created by authorities which are not public authorities.

KEYWORDS: Europe, legal culture, harmonization, globalization, legal pluralism, legal education, comparative law.

I. ВВЕДЕНИЕ

Данная статья представляет доработанную версию моего пленарного доклада на конференции IVR в Кракове в августе 2007 г. Это символический выбор, так как это было то место и время, когда я впервые встретил Андрея Полякова вместе с Михаилом Антоновым, что положило начало плодотворному научному сотрудничеству. Оказалось, что идеи, которые я разрабатывал в моей книге «Право как коммуникация» (Oxford: Hart, 2002), очень близки идеям Андрея Полякова. Так мы стали партнерами в юридической науке. Позднее, в 2008 и 2013 гг., я посетил Санкт-Петербург, читал лекции в Санкт-Петербургском государственном университете и на Санкт-Петербургском Международном юридическом форуме. Несколько моих публикаций были переведены и опубликованы на русском языке Андреем Поляковым и Михаилом Антоновым. Я очень благодарен им за все их усилия и очень рад внести свой вклад в чествование Андрея Полякова.

Русская культура всегда была между Востоком и Западом. Славянофилы выступали против западников. Русские аристократы XIX в. любили путешествовать в Германию, Францию, Италию, но сохранили свою русскую душу. Санкт-Петербург создан по образцу Амстердама, но с использованием стиля итальянской архитектуры. Нынешняя кириллица представляет собой смесь старого алфавита, разработанного Кириллом и Мефодием, и форм букв, используемых в латинском алфавите.

Правовая культура также в течение последних двух веков была смесью российских юридических традиций и западных влияний, в основном за счет юридического образования. Большинство профессоров российских юридических факультетов до Революции 1917 г. были немцами, нередко преподавали на немецком или латинском языках. Даже советская

правовая теория была частично немецкой, поскольку отчасти опиралась на труды двух немцев — Карла Маркса и Фридриха Энгельса. Реконструкция постсоветской правовой системы в России неизбежно открыла двери для иностранных примеров. Даже если они и не были просто перенесены в российское законодательство, конечный результат часто был смесью западных правовых концепций, правил, подходов к нынешним российским потребностям и частью российской правовой традиции.

II. СРАВНИТЕЛЬНЫЕ ИССЛЕДОВАНИЯ

Сравнительное исследование заставило юристов мыслить о праве более глубоко, более контекстуально и междисциплинарно. Позитивизм не совместим с такими исследованиями, которые, по определению, должны выйти за границы собственной правовой системы. К сожалению, юридическое образование очень редко предлагает некоторую методологию проведения сравнительного или междисциплинарного исследования. Это объясняет, почему дисциплина осталась на относительно низком уровне развития и настоятельно нуждается в правовой теории. Юристы по-прежнему испытывают трудности в принятии внешней точки зрения при проведении междисциплинарных исследований, но их внутренняя точка зрения не позволяет им вообще прийти к какому-либо выводу, который бы вышел за рамки некоторого поверхностного здравого смысла.

Социальные, политические, экономические и правовые изменения за последние несколько десятилетий потревожили позитивистское мировоззрение юристов даже в большей степени. В Европе европеизация и глобализация привели к тому, что стало все труднее определить и разграничить правовые системы. Правила, введенные в национальном законодательстве на основе Европейской директивы, технически являются частью внутренней правовой системы, но принадлежат к более широкой европейской правовой системе, когда дело доходит до властного изменения или авторитарной интерпретации нормы. Права человека проникли во все уголки национальных правовых систем в Европе благодаря решениям Европейского суда по правам человека. Такие области, как семейное право, гражданско-процессуальное или уголовно-процессуальное, теперь частично основаны на европейских принципах равного обращения, справедливой процедуры и т. п., что создает препятствия для власти национальных парламентов по принятию иных правил. При этом само понятие «правовая система» в настоящее время поставлено под вопрос.

Кроме того, сравнительное правоведение традиционно акцентируется в основном на нормах путем сравнения либо законодательства или прецедентного права, либо обоих. Микромир конкретной правовой проблемы или области часто скрывал влияние других элементов более широких правовых культур, которые могут лучше объяснить расхождения или сходства. Они варьируются от более заметных технических различий или общностей в процессуальном праве до более скрытых, лежащих в основе различия или сходства сравниваемых правовых традиций (привычек, понятий, взглядов на мир). Особенно при сравнении правовых систем на мировом уровне выясняется, насколько важно понимание этих правовых культур для определения того, как закон фактически функционирует в обществах.¹

¹ См., напр.: *Watson A. Legal Culture v. Legal Tradition // M. Van Hoecke (ed.). Epistemology and Methodology of Comparative Law. Oxford, 2004. P. 1–6, особенно P. 4.*

Сравнительное право требует больше теории, но оно также может предоставить точку зрения, полезную для юридических исследований.

В этой статье мы обсудим концепцию «правовой культуры» и некоторые трудности, которые встречаются внутри или среди европейских правовых систем и культур, а также продвижение вперед в европеизации и глобализации закона.

III. КОНЦЕПЦИЯ «ПРАВОВОЙ КУЛЬТУРЫ»

1. «Культура» против «традиции». Понятия, используемые в параллель «культуре» или «традиции», такие как «стиль» или «менталитет», предлагают более узкий подход, подчеркивая лишь некоторые элементы, которые составляют правовую культуру. В то же время «юридические семьи», «правовые сферы» или «правовые круги» являются результатом таксономии, которая не просто описательна, а, скорее, результат теории о правовых системах и правовых культурах.

«Культура» является расплывчатым понятием и по этой причине одновременно привлекательна и оспорима.² Это относится к целой области привычек, обычаев, представлений, ценностей, принципов, идеологий и мировоззрений, регулирующих определенное общество или некоторые группы внутри данного общества, таких как профессиональное сообщество.³ Культуры часто связаны с более или менее длительной традицией, в течение которой все было создано, разработано и зафиксировано. Вместе с тем некоторые «культуры» — такие как некоторые «молодежные культуры» — в определенное время и в определенном месте, возможно, развились совсем недавно и еще пока не построили реальную «традицию». Юридические культуры, как правило, основаны на давней традиции и даже стремятся к поддержанию ее в силе до тех пор, пока это возможно. Тем не менее и в праве есть новые культуры, которые не имеют такой традиции. Так, например, обстоит дело с правом Европейского Союза и европейским законодательством по правам человека. По этой причине понятие «правовая культура», вероятнее всего, должно быть предпочтительнее, чем «правовая традиция», хотя кажется правильным утверждать, что основные правовые культуры в мире также являются длящимися правовыми традициями, даже если понятие «традиция» обладает более универсальным стандартным смыслом и с ним проще оперировать, чем с понятием «культура». Во всяком случае, разговор о «правовых культурах» в настоящее время глубоко укоренился в научной литературе также и за пределами сравнительного права и теории права. Поэтому кажется более подходящим попытаться дать данному понятию некий универсальный стандартный

² Критические замечания к концепции культуры см., напр.: *Glenn H. P. Legal Cultures and Legal Traditions* // M. Van Hoecke (ed.). *Epistemology and Methodology of Comparative Law*. P. 7–20. — По поводу более широкой дискуссии о понятии правовой культуры см.: *Nelken D. Legal Culture* // J. M. Smits (ed.). *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*. Cheltenham. 2006. P. 372–382.

³ Или, как определяет правовую культуру Роджер Коттеррелл: «...комплекс верований, взглядов, познавательных идей, ценностей и способов мышления и восприятия, которые характерны для данного общества или социальной группы» (*Cotterrell R. The Sociology of Law: an Introduction*. London, 1984. P. 25). Давид Нелкен определяет правовую культуру в ее наиболее общем смысле как «некий путь описания относительно стабильных наборов правового поведения и привычек» (*Nelken D. Using the Concept of Legal Culture* // *Australian Journal of Legal Philosophy*. 2004. P. 1).

смысл и некоторую оперативность для исследований, чем просто избавиться от него. Важно отметить, что в контексте сравнительного права «правовая культура» относится к сочетанию позитивного права и отношения к нему в юридической профессии в обществе (или обществах), к которым применяется этот закон. Это относится, другими словами, и к «праву в книгах», и к «праву в действии». Те, кто получил образование в определенной правовой культуре, были «социализированы» в данной культуре и будут при формировании юридической профессии в значительной степени следовать ей (это будет отчасти бессознательно). Для внешних, сравнивающих наблюдателей не всегда будет легко обнаружить такое скрытое понимание, которое является частью иностранной правовой культуры.

Определение правовых традиций и культур путем демаркации их друг от друга в западном бинарном мышлении вызывало иногда довольно строгое разделение, в свою очередь приведшее к «разделительному тезису», который отрицает возможность межкультурного общения, не говоря уже об интеграции. Такой подход к разделению (правовых) культур является в значительной степени типично западным конструированием реальности, а не тем, что было дано «естественным образом» или социологически,⁴ и приводит к онтологическим претензиям — как к типологическим характеристикам этих культур, так и к непреодолимым различиям при их сравнении. Я не буду вступать в эту дискуссию, но думаю, что события в юридической практике достаточно доказали, что такой разделительный тезис не может быть правильным, даже если межкультурная коммуникация и интеграция — это не легкий вопрос, который может занять довольно много времени, прежде чем его исследователь достигнет успеха.

2. Стабильность против изменения. В каждой правовой культуре содержится твердое ядро из общих конвенций, которые не могут быть устранены без уничтожения этой культуры как таковой.⁵ Данная парадигма состоит из основных взглядов на понятие права, правовых источников, методологии права, правовой аргументации, легитимации закона и в более общем плане — некоторых общих ценностей и взглядов.⁶ Такие взгляды могут меняться с течением времени, но очень медленно. Правовые нормы могут меняться каждый день, но то, как эти нормы будут обрабатываться, толковаться и применяться, будет по-прежнему регулироваться неизменной правовой культурой.⁷ Понимание этой «правовой культуры», таким образом, не только полезно для понимания закона и правовых систем, но и абсолютно необходимо.

Благодаря этой твердой сердцевине общего понимания правовые культуры приобретают идентичность, которая делает их (по крайней мере,

⁴ Glenn H. P. Legal Traditions and the Separation Thesis // G. Drosterij, M. Hildebrandt & E. A. Huppes-Cluysenaer (eds.). The Possibility of Intercultural Law. The Hague, 2006 (Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie & Rechtstheorie. 2006. Vol. 3). P. 222–240.

⁵ Glenn H. P. Legal Traditions of the World. Oxford, 2000. P. 35 (Гленн ссылается здесь на Фернана Броделя: Braudel F. History of Civilizations. 1993) и P. 36–37.

⁶ Более подробно о парадигме правовой культуры см.: Van Hoecke M., Worthington M. Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law // The International and Comparative Law Quarterly. 1998. P. 495–536, особенно P. 513–519.

⁷ В какой степени это может предотвратить эффект изменения законодательства в юридической практике, хорошо показано в проведенном Паолизои Неббиа анализе того, как Unfair Terms Directive 93/13 не повлияли на английское и итальянское контрактное право: Nebbia P. Unfair Terms in Consumer Contracts: An Anglo-Italian Comparison // Van Hoecke M., Ost F. (eds.). The Harmonisation of European Private Law. Oxford, 2000. P. 179–188.

в некоторой степени) отличными от других культур. Без некоторых «других» нет личности. В то же время культуры постоянно влияют друг на друга, интегрируя внешние элементы в свою собственную культуру. Сегодня все правовые культуры в мире так или иначе, в той или иной степени имеют информацию о других правовых культурах. Как следствие, «чистых» правовых культур не осталось. В таких областях, как коммерческие контракты или права человека, право стремится стать универсальным языком с местными «диалектами»,⁸ а не предлагать картину мира на несоизмеримых, совершенно разных языках. Данные примеры также показывают, в какой степени культуры могут быть изменены, даже еще в большей степени. Но на это нужно время, и не все может быть изменено одновременно: стимулами для изменения является внутренняя или внешняя напряженность. Такая напряженность, которая связана с европейскими правовыми культурами, обсуждается в следующих главах.

IV. НАПРЯЖЕННОСТЬ ВНУТРИ ЕВРОПЕЙСКОЙ ПРАВОВОЙ КУЛЬТУРЫ

1. Частное право — публичное право. Строгое разделение между «публичным» и «частным» правом является типичным для континентальных европейских правовых систем. В своей крайней форме это деление можно найти во Франции. Интересно отметить, что такой разрыв гораздо меньше присутствует в большинстве других правовых систем в мире. Как такое деление уже представляет серьезный вызов для сравнительного правоведения, особенно когда такие базовые концептуальные различия культурно обусловлены. Более того, одни и те же вопросы, такие как ответственность органов государственной власти, могут принадлежать к «публичному праву» в одной стране и к «частному праву» — в другой.⁹

Даже если разрыв между публичным правом и частным правом можно очень четко связать с континентальным европейским обществом XIX в., сегодня все труднее применить это различие к большинству того, что традиционно было названо «частным правом». В XX в. государственные органы активно регулировали сферы частного права в целях защиты «слабой стороны» контракта.

На первом этапе в это в целом новое поле попало, в частности, «трудовое право»: оно было разработано в целях защиты рабочих от возможных злоупотреблений со стороны работодателей. Его правила всегда были императивными. Договаривающиеся стороны не могли предусмотреть иное. И, если они делали так, эти оговорки были недействительными.

В основном во второй половине XX в. во многих европейских странах жилищное право было строго регламентировано в целях гарантирования доступного жилья для большинства граждан. Контракты между арендодателем и арендатором стали содержать строгие условия о найме и прекращении аренды.

В последние несколько десятилетий защита прав потребителей стала одной из основных задач законодателей, в том числе на уровне Европейского Союза, где были изданы несколько европейских директив,¹⁰ которые

⁸ Это означает, что список основных прав признан, по крайней мере официально, почти во всех частях мира, но не всегда интерпретируется одинаково.

⁹ Ziller J. Public Law // J.M. Smits (ed.). Elgar Encyclopedia of Comparative Law. Cheltenham, 2006. P. 605–606.

¹⁰ Наиболее примечательна Директива 93/13 о несправедливых условиях в потребительских договорах. Другие из них включают: Директиву защиты потребителя

впоследствии были включены в национальное законодательство государств-членов. Здесь потребитель считается слабой стороной и должен быть защищен от возможных злоупотреблений со стороны профессионального поставщика товаров или услуг или даже просто от собственного невежества или небрежности.

Во всех этих случаях важные области договорного права, которые раньше были чисто «частными», сейчас стали в значительной степени «публичными», так как основные элементы договорных отношений регулируются государственными органами, а не договаривающимися сторонами. В правовой доктрине эти области по-прежнему принято изучать как предмет «частного права», а в университетах их будут преподавать профессора «частного права», но по своему содержанию они смешиваются и в целом становятся более публичными, нежели частными.

Права человека являются, помимо формы государства, как правило, основой Конституции и, следовательно, по преимуществу относятся к сфере «публичного права». С 1970 г. практика Европейского суда по правам человека в большой степени повлияла на национальное частное право. Запрещение дискриминации на основе рождения,¹¹ например, полностью переработало концепцию семейного права, а более конкретно — изменило статус детей, рожденных вне брака. Принцип недискриминации стер различия и разные методы лечения, которые были глубоко укоренены в европейской традиции. Равное отношение между мужчинами и женщинами, например, положило конец женским привилегиям (защите) в семейном праве, в особых условиях труда в трудовых отношениях, в возрасте выхода на пенсию и т. п. В сочетании с легализацией гомосексуальности принцип равенства недавно привел к принятию однополых браков в ряде европейских стран. Принципы справедливого судебного разбирательства (разумной продолжительности, нейтральности судьи) не только повлияли на уголовный процесс, но и оказали заметное влияние на гражданский процесс.

Во всех этих случаях грань между «публичным правом» и «частным правом» стала очень тонкой, так как государственные органы хотят вмешиваться во все аспекты человеческой и социальной жизни. Области, в которых граждане могут поступать совершенно свободно, стали крайне ограничены. В некотором смысле все право стало «публичным правом». В то же время традиционное государственное право все больше использует традиционные методы частного права. Некоторые типичные отношения между органами государственной власти и гражданами были «одоговорены»: законодательство, которое затрагивает непосредственно важные группы общества, часто разрабатывается через консультации с представителями последних, а не просто навязывается им в одностороннем порядке.

В XIX в. в Европе правовая карта была ясна и проста. Органы государственной власти заботились об ограниченном числе областей, которые затем были признаны «публичным правом»: организация государства,

в отношении договоров, заключенных вне торговых помещений (88/577/ЕЕС); Директиву относительно ответственности за дефектную продукцию (85/374/ЕЕС); Директиву по договорам, связанным с приобретением права на использование недвижимого имущества на основе таймшера (94/47/ЕС); Директиву о защите потребителей в связи с дистанционными договорами (97/7/ЕС); Директиву по продаже товаров народного потребления и связанные с ней гарантии (99/44/ЕС); Директиву по электронной коммерции (2000/31/ЕС).

¹¹ ECHR *Marckx vs Belgium* 11 EHRR 1979, 330.

государственного управления, налогов, уголовное право, суды и публичное обвинение. Все остальное было «частным правом» и почти полностью было свободно от любого вмешательства со стороны государственных органов. Сегодня существует напряжение между публичным правом и частным правом практически во всех областях, где должен быть найден некий баланс между индивидуальной свободой, с одной стороны, и защитой общественных интересов и/или других личных интересов — с другой. Это развитие, несомненно, отразилось на европейских правовых культурах. Оно также перекрывает в значительной степени разрыв между общим правом и континентальным правом за счет схождения фактического функционирования права в обществе. Правовая доктрина должна следовать новым теориям и развивать новые различия и разногласия, которые лучше соответствуют правовой реальности, чем устаревшим традициям.

2. Внутреннее право — европейское право. Как уже упоминалось, европейское право оказывает глубокое влияние на внутреннее законодательство. Для государств — членов Европейского Союза это означает одновременно законодательство ЕС и европейское законодательство по правам человека. В то же время оно создало новую напряженность между внутренним законодательством и европейским правом, что наиболее заметно в Великобритании, где типичные континентальные правовые понятия и принципы европейского права внедряются в английское право, где они расходятся с местной правовой традицией. Но и в других европейских правовых системах это развитие также создало структурные напряженности. Иностранное тело из европейского права было введено в национальное законодательство, где оно остается своего рода «островом» в рамках традиционных отраслей права, которые стали некогерентными из-за расходящихся с местными традициями принципов, лежащих в основе европейских норм.¹² Это наиболее заметно в случае с защитой прав потребителей и в договорном праве. Правила, как эманация новой идеологии, включены в наборы правил и принципов договорного права, глубоко укоренившихся в традиции, которые являются продуктом либеральной идеологии XIX в. Интересно посмотреть, как такие европейские правила были буквально скопированы в национальное законодательство, даже без попытки интегрировать их в новое единое целое.

Это развитие влияет на европейские правовые культуры двумя способами. Во-первых, внутренняя правовая культура меняется под влиянием вновь принятых принципов, таких, как те, которые упомянуты в предыдущей главе. Во-вторых, это перекрывает некоторые традиционные различия между европейскими правовыми культурами и в первую очередь между общим правом и гражданским правом. Даже если на первом этапе может потребоваться некоторое время, чтобы понять, принять и интегрировать новые концепции и принципы в рамках национальной правовой традиции,¹³ в конечном счете это приведет к некоторой новой общей правовой культуре для всего Европейского Союза.

3. Материальное право — процессуальное право. Различия между правовыми системами могут иногда быть объяснены различиями в процессуальном, а не в материальном праве. С этой точки зрения существенные различия среди европейских правовых систем связаны с задачей

¹² См., напр.: *Joerges Chr.* The Impact of European Integration on Private Law: Reductionist Perceptions, True Conflicts and a New Constitutionalist Perspective // *European Law Journal*. 1997. P. 378 ff.

¹³ *Nebbia P.* Unfair Terms in Consumer Contracts: An Anglo-Italian Comparison.

верховных судов. В некоторых странах верховный суд имеет широкие полномочия и может пересматривать и разрешать дела окончательно. В других странах была создана «кассационная» система. В этих правовых системах верховный суд, т. е. французский Кассационный суд, не будет пересматривать все дело, но ограничится только проверкой того, правильно ли суд низшей инстанции применил и истолковал закон, и были ли должным образом соблюдены процессуальные нормы. При установлении подобных нарушений верховный суд отменяет решение и направляет дело в другой суд низшей инстанции (на том же уровне, что и тот, который принимал предыдущее решение). Именно этот суд, наконец, разрешает дело как таковое. Кассационные суды не разрешают вопрос факта; они только разрешают вопрос права (даже если на практике не всегда легко провести подобное различие). Одним из последствий кассационной системы является то, что появляется унификация процесса вынесения судебного решения и толкования закона по всей стране, но не оценки фактов. Решения по фактам могут расходиться в зависимости от региона, из различных взглядов местных судов (апелляционных). Суды низшей инстанции также имеют склонность разрешать дела скорее на фактических основаниях, чтобы избежать сложных юридических проблем, которые сделали бы судебное решение более уязвимым для кассации.

В правовых системах, где все дело пересматривается и окончательно разрешается в верховном суде, есть проблема затрудненности свободного доступа к данному суду. На практике это означает, что почти неизбежно существует ограниченный доступ в верховный суд. Как правило, именно такой суд и будет решать, берет он дело к производству или нет. Большой интерес к конкретному случаю со стороны правовой системы в целом будет основной причиной для принятия дела к производству. На практике это означает, что нет сильной унификации правовой системы на самом высоком уровне суда. Многие вопросы могут оставаться для разрешения нижестоящими судами, пока верховный суд не сочтет дело достаточно интересным для рассмотрения. Здесь нижестоящие суды также могут иметь тенденцию к отклонению от (обязательных) прецедентов, ожидая, возможно, иного решения верховного суда, подчеркивающего самые конкретные обстоятельства дела, и ограничивая его общий интерес.

Во всех правовых системах то, чего истцы просят в суде, будет определяться доступными процедурами — тем, что можно получить на практике. Иногда упрощенное судопроизводство может оказаться более эффективным, чем «нормальные» юридические действия. Преимущества или недостатки во времени, стоимости, эффективности будут сильно влиять на выбор разбирательства. И этот выбор будет, в свою очередь, определять в значительной степени то, как будет применяться материальное право.

Таким образом, существует некоторая напряженность между процессуальным и материальным правом. Иногда есть права, доступные на бумаге, но нет никаких адекватных средств, чтобы обеспечить их соблюдение на практике. В других случаях некоторые действия могут предоставить больше возможностей, чем то, что кажется доступным на основе действующего в данный момент материального права. Суды могут интерпретировать свою роль очень узко, оставляя на усмотрение законодателя изменение закона (или в некоторых случаях уповая на верховный суд, который, однако, зачастую не будет менять право по причине отсутствия общего интереса к этому вопросу). В других случаях суды могут гораздо свободнее интерпретировать закон ввиду новых обстоятельств или общих мнений, так что материальное право будет развиваться и на самом деле изменяться на

основе процессуального права. Все это оказывает влияние на правовую культуру и может создать образ бюрократической, закрытой, консервативной, неэффективной правовой системы или, наоборот, динамичной, открытой, эффективной и современной правовой системы. Но такие ситуации могут также восприниматься как стабильные правовые системы, предлагающие высокую степень правовой определенности в отличие от произвольных правовых систем с отсутствием правовой определенности и «правления судей», которое иногда не следует ни выбору законодателя, ни общепринятым взглядам в обществе.

4. «Социальное» право — рыночный либерализм. Европейские правовые системы, особенно континентальные, в XIX в. развивались как централизованные правовые системы в рамках национального государства, с сильным привкусом свободного рыночного либерализма. Главным образом в XX в. эта основная либеральная идеология уравнивается социально ориентированным мировоззрением, которое привело к правилам, защищающим слабых лиц, в первую очередь работников в трудовом правоотношении.¹⁴ С тех пор эта напряженность между «социалистической» идеологией и «либеральной» идеологией была в центре (частного) права в таких правовых системах. В настоящее время это также очень заметно на уровне Европейского Союза, который часто подвергается критике за то, что слишком ориентируется на рынок, чересчур либерален, пишет правила только для богатых и могущественных, пренебрегая почти полностью интересами среднего гражданина. Давление глобализации способствует увеличению такой либеральной тенденции, что, в свою очередь, поднимает вопрос о необходимости большей социальной защиты.

В некотором смысле эта напряженность структурно обусловлена, потому что организация рынка является типичной компетенцией Европейского Союза, в то время как защита социальных и культурных ценностей во многом остается прерогативой национальных государств или их регионов. Является ли субвенция производства и распространения музыки с песнями на местном языке искажением закона ЕС о свободной конкуренции? Или это, скорее, законная защита своей национальной или региональной культурной идентичности? Разделение было создано между «политическим гражданством» и «экономическим гражданством», между государством и рынком, между социальной организацией общества и его экономической организацией.¹⁵

Различие в законодательстве между странами в определенный момент может быть истолковано как результат различия правовых культур. Это может быть отчасти верно, но может также скрывать тот факт, что сравнимое обсуждение происходит внутри каждой из этих стран, что приводит к аналогичным результатам, хотя и не одновременно.

Общая ответственность работодателей за своих работников, к примеру, была введена в Германии на основании акта 1869 г. (*Gewerbeordnung*), в то время как в Великобритании этого не было до 1974 г. Однако первый Акт о морали и здравоохранении, ограничивающий число рабочих часов для женщин и детей, был принят в Великобритании уже в 1802 г., в то время как в Германии (Пруссии) этого не происходило до 1839 г. (*Preussische Regulativ*). Означает ли это, что Англия была более «социалистической»,

¹⁴ В большинстве европейских стран это началось в XIX в., даже в Великобритании уже к 1802 г.

¹⁵ Joerges Chr. Sur la légitimité d'européaniser le droit privé. Plaidoyer pour une approche procédurale // EUI Working Paper. Law 2004/4. Florence, 2004. P. 9.

чем Германия между 1802 и 1839 гг., и что Германия была более «социалистической», чем Британия между 1869 и 1974 гг.? Политическая история обеих стран показывает, что различия в данном отношении действительно не вяжутся с таким графиком; на самом деле, два других элемента могут лучше объяснить эти различия.

Во-первых, Англия была впереди в техническом и промышленном развитии по сравнению с континентальной Европой в начале XIX в. Именно поэтому необходимость в регулировании ранее возникла в Великобритании. Ранняя защита женщин и детей в трудовых отношениях в Великобритании может быть объяснена разницей в экономическом развитии, а не разницей в идеологическом взгляде на ту же проблему. Интересно отметить, что минимальный возраст для приема детей был установлен на уровне девяти лет в Великобритании в 1833 г. (*Factory Act*) и в Германии в 1839 г. (*Preussische Regulativ*): это сделало обе правовые системы вполне сопоставимыми по данному вопросу как по содержанию, так и по законодательно регулируемым срокам.

Во-вторых, подход «от случая к случаю» был типичным для британской правотворческой традиции. Это является основной причиной того, почему принятие общего закона заняло так много времени. Поэтапное законодательство на самом деле покрыло уже большую часть вопросов перед 1974 г. Более абстрактный, общий подход к праву является в то же время типичным для немецкой правовой культуры. Это объясняет, почему была введена достаточно широкая ответственность работодателей в Германии еще в 1869 г. Кроме того, правила, введенные государством еще в XIX в., были типичными для правового развития в континентальной Европе, в то время как Британия относилась к законодательству более неохотно и отдавала предпочтение прецедентному праву. В области трудовых отношений даже государственный закон в Великобритании, как правило, не считается наиболее адекватным средством для организации отношений между рабочими и работодателями.¹⁶

5. Общее право — гражданское право. В Европе различия между общим правом и гражданским правом традиционно очень существенны — кажется, что они отличаются почти в каждом аспекте. Однако это сравнение в значительной степени представляет интерес лишь для некоторых правоведов. Юридическая практика и национальная правовая наука могут спокойно пренебрегать зарубежными правовыми системами. Сегодня, однако, европейские события, особенно в рамках права ЕС и общеевропейских прав человека, создали напряженность между обеими правовыми традициями в основе европейских судебных решений и европейских директив. Судьи, гражданские должностные лица и политические деятели из различных правовых культур должны создать и интерпретировать правила на общеевропейском уровне таким образом, чтобы эти правила соответствовали всем европейским правовым культурам, по крайней мере, в том слабом значении, что они «имеют смысл» и не будут явно несовместимы с национальными правовыми нормами, правовыми принципами и другими элементами местной правовой традиции. Это неизбежно создает

¹⁶ «Когда стало ясно, что гражданское право не подходит для интерпретации трудовых отношений, эта область была полностью удалена из правового контроля Актом о торговых спорах 1906» (*Héritier A. Welfare-state Intervention in International Perspective: Comparing the Federal Republic of Germany and Great Britain. Labour Protection as an Illustration of Regulatory Social Policy // V. Gessner et al. (eds.). European Legal Cultures. Aldershot, 1996. P. 292.*)

напряжение, так как не всегда легко и, вероятно, даже невозможно достичь скромной цели совместимости с каждой внутренней правовой системой. Особенно это важно для европейских правовых систем общего права, которые в большей мере подвергаются влиянию континентальных правовых методов, принципов, институтов и т. п. в контексте естественного процесса гармонизации.¹⁷

Пример был дан введением «принципа добросовестности» в потребительское договорное право по Европейской директиве в 1993 г. Как идея «общих правовых принципов» в законе, так и, например, понятие «добросовестности» были полностью чужды традиции общего права,¹⁸ в то время как они имеют глубокие корни в традиции континентальной.

На самом деле эта напряженность между обеими правовыми традициями также обеспечила расширенное гармонизирующее развитие, в котором роль европейских судов остается ближе к традициям общего права, но материальное право ближе к континентальному.

Едва ли можно отрицать, что положение судов резко изменилось на континенте. После Французской революции роль судьи заключалась в том, чтобы быть «устаами закона» — полностью нейтральным арбитром правил, заранее определенных демократически избранным законодателем. В любой активной роли судьям отказывалось. Сегодня определенное разделение труда между законодателем и судьей на уровне принятия закона все чаще признается, хотя и с четким преобладанием на стороне законодателя. В основном традиционные суды по-прежнему прочно укоренились в этой узкой концепции возможной роли судей в правовой системе. Совсем недавно учрежденные суды (такие как административные *Conseil d'Etat*, *Bundesverwaltungsgericht*) часто занимают более гибкую позицию в отношении как их роли, так и содержания и стиля их решений. Самое большое влияние на нашу судебную культуру все же оказывают конституционные и европейские суды (Суд ЕС и Европейский суд по правам человека). Оба суда получили компетенцию оценивать и аннулировать законодательство. Парламенты больше не являются высшей инстанцией, которая может свободно принимать решения о содержании закона: они теперь контролируются судьями. Кроме того, во всех тех случаях, будь то конституции, договоры ЕС или Европейская конвенция по правам человека, более фундаментальные нормы, против которых выступает внутреннее законодательство, используют довольно общие понятия и принципы и не всегда имеют заверченный характер. Это значительно увеличивает потребность в активной роли судьи. Без всякого сомнения, европейские суды играют данную роль очень активно и творчески. «Европейское право» в значительной степени было создано судьями, и даже гораздо больше, чем законодателями. Такое развитие тоже влияет на отношение к судьям в традиционных национальных судах на континенте и сделало активную роль для этих судей более приемлемой.

Вместе с тем усиление законодательства в странах общего права, в том числе полных кодексов,¹⁹ значительно усилило роль парламента

¹⁷ В целях более глубокого анализа я могу сослаться на свою работу: *Van Hoeske M. The Harmonisation of Private Law in Europe: Some Misunderstandings // M. Van Hoeske, F. Ost (eds.). The Harmonisation of European Private Law. Oxford, 2000. P. 10–19.*

¹⁸ До такой степени, что они были названы «правовыми раздражителями» (см.: *Teubner G. Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences // Modern Law Review. 1998. P. 11).*

¹⁹ См., например, как о Гражданском процессуальном кодексе было сказано 13 ноября 1998 г. государственным министром лордом Фалконером Торотонским в Палате

в традиционных областях прецедентного общего права. Более того, уже несколько десятилетий правовая доктрина усиленными темпами развивалась в Великобритании и Ирландии, в то время как в прошлом договоры были написаны судьями или, по крайней мере, могли быть приняты всерьез только в случае написания судьями.

Это означает, что сегодня баланс между законодателем, судьей и правовой доктриной стал очень похож на тот, что на обеих сторонах Ла-Манша, несмотря на очевидные расхождения — в основном реликты прошлого, претерпевающие сегодня изменения.

5. ГЛОБАЛИЗАЦИЯ

1. Правовой монизм против правового плюрализма. «Глобализация» означает увеличение взаимного влияния ранее более местных традиций, в которых отдельные могут быть более доминирующими и даже стереть некоторые элементы в политической, экономической, военной или иной слабой традиции.

Частично как реакция против всемирной глобализации региональная глобализация может иметь тенденцию к сохранению общих элементов местных традиций. Региональные наднациональные структуры, такие как ЕС в Европе, МЕРКОСУР в Латинской Америке, АСЕАН в Азии, частично защищают местные традиции и экономики в глобализующемся мире. Все такие региональные события и глобализация во всем мире ослабляют позицию государства²⁰ и, следовательно, традиционных государственных правовых систем. Вместе с тем субгосударственное распространение власти также ослабило государственные правовые системы и, по крайней мере, сузило централизованные национальные государственные правовые системы. В Европе сильный правовой монизм, разработанный в XIX в. на уровне национального государства, уже начиная с середины XX в. быстро эволюционировал в сторону высоко плюралистической правовой культуры. Юридическое образование и большая часть правовой науки до сих пор, кажется, идут в ногу с появлением в XIX в. юридического монизма в границах национального государства.

Юристы в Европе испытывают трудности с тем, чтобы научиться жить с правовым плюрализмом, даже если бы во времени и пространстве правовой плюрализм был бы правилом, а правовой монизм исключением из европейской правовой истории последних столетий. В Средневековье европейские юристы использовали разнообразие канонического права, местного обычного права, ограниченного «законодательства», судебного права: все это интерпретировалось и делалось более согласованным с помощью римского права — единственного «права», которое преподавалось в университетах.

лордов: «Мои лорды, в апреле 1999 г. мой благородный и ученый друг лорд-канцлер будет проводить самые фундаментальные реформы системы гражданского правосудия после актов о судопроизводстве 1870-х гг. По его словам, произнесенным 29 июля в этой Палате, реформы призваны обеспечить единую систему гражданского правосудия, основанную на фундаментальных принципах пропорциональности, ясности и эффективности. Проект правил гражданского процесса, поставленный на Палате для обсуждения в июле, отражает самую существенную часть реформ — законченный кодекс гражданского процесса для реализации обозначенных задач для новой системы» (Lords Hansard text for 13 Nov 1998 (981113-01). <http://www.parliament.the-stationer-office.uk/697/ldhansrd/pdvn/lds98/text/81113-01.htm>).

²⁰ Glenn H. P. Legal Traditions of the World. P. 49.

Сегодня правовой плюрализм имеет два аспекта: распространение государственной власти над субгосударственными и наднациональными организациями, с одной стороны, и распространение права, в широком смысле, за пределы государственных органов — на такие организации, как международные спортивные организации или правила иммигрантских общин, — с другой стороны. Среднестатистический юрист уже испытывает трудности с первой формой правового плюрализма и полностью теряет в том, что касается второй. Он, вероятно, даже отрицает, что это должно называться «правом», так как кажется, что это полностью выходит за рамки того, что он узнал в юридической школе. Во всяком случае, даже юристы, которые имеют традиционный взгляд на право, сталкиваются с известной напряженностью: в какой степени может или должно общество принять культурный плюрализм? Ношение паранджи, например, привело к правилам, запретам и многим процессам по всей Европе. Религиозные правила, а точнее традиции, должны были быть сбалансированы с общественным порядком, свободой ассоциаций, силой школ и органов государственной власти навязать правила сотрудникам или учащимся, как они должны быть одеты, или то, как граждане должны фотографироваться для удостоверения личности или паспорта. Во всех этих случаях никогда не было полного запрета традиции, установившей ношение паранджи, но не было и полного принятия чужой культуры, чтобы управлять таковыми сообществами в европейском обществе. Интересно отметить, что подобные дискуссии происходят в Турции, где 98 % населения составляют мусульмане, но где государство подчеркивает свою светскость, в том числе путем запрета паранджи в большинстве сфер общественной жизни.²¹

2. Европеизация и гармонизация права. Помимо развития целых областей права на европейском уровне, в первую очередь прав человека и организации свободного рынка (права ЕС), есть попытки гармонизации внутреннего законодательства государств — членов Европейского Союза. Для стран Центральной и Восточной Европы все было легко. Во второй половине XX в., во время десятилетий так называемых «социалистических» режимов», частное право было маргинализировано в пользу публичного права. Кроме того, правовая доктрина в значительной степени отсутствовала или пришла в негодность по причине (устаревшего) идеологического содержания. В 1990-е гг. эти страны искали в Западной Европе модель, которая будет использоваться для модернизации их частного права. Кроме того, в целях удовлетворения условий для вступления в ЕС некоторые правила должны были быть включены в национальные правовые системы. Все это повлекло за собой своего рода естественный процесс гармонизации.

В более широком смысле, во всей Европе были разработаны новые концепции, идеи, мировоззрения, например, в семейных отношениях (сильное уменьшение социальной значимости брака, усиление равенства полов, снижение порога совершеннолетия и т. д.), в том, что касается новых методов или социальных проблем (например, компьютерной преступности, проблем, связанных с миграцией). Здесь напряжение скорее между старыми и новыми идеями, чем между разными традициями.

Новые идеи, новые концепции, новые принципы, однако, должны быть переведены на какой-то правовой язык, который подходит к местной

²¹ Örüçü E. *The Enigma of Comparative Law*. Leiden, 2004. P. 123–133. — Между тем турецкое правительство и парламент ослабили акцент на светскости и допустили ношение платков, например, в университетских кампусах или в сфере государственного управления.

правовой культуре, и прежде всего к ее правовой доктрине, или должен, по крайней мере, быть с нею совместим. Здесь мы сталкиваемся с проблемой языка в целом: некоторые слова могут быть использованы практически во всем мире, некоторые из них могут быть общими для многих языков, другие будут специфичными для одного языка или даже отдельных местных диалектов. Языки не могут искусственно быть гармонизированы, как показывает пример эсперанто, но они постоянно естественным образом включают новые, иностранные слова. Глобализация усиливает и ускоряет данный процесс. Все это верно для юридического языка тоже. Континентальные правовые системы в ходе XX в. включили новые виды договоров, такие как «лизинг», «факторинг» или «франчайзинг», в свое договорное право, сохраняя эти английские слова в собственном правовом языке, даже не пытаясь перевести их. Вместе с тем британские юристы научились использовать континентальное понятие «юридические догмы» наряду с понятием «правовая доктрина» или ссылаться на «*travaux préparatoires*», а не на «*legislative materials*» или на «*Hansard*» (как общее понятие). Через законодательство ЕС понятия, которые были взяты из одной или нескольких правовых систем, вводятся в остальные, такие как принцип «добросовестности» в Великобритании и Ирландии.

Иногда общий принцип или концепция могут быть сформулированы как синтез, на первый взгляд, расходящихся локальных правовых норм, принципов, концепций или институтов, которые, случается, в основном охватывают то же содержание под разными названиями. В заключении генерального адвоката Европейского Суда Варнера можно найти хороший пример этого: «Мне кажется, что, если учесть, например, что датское право использует как «*stiltende afkald*», английское право как «*estoppel*», немецкое право как «*Rechtsverwirkung*», итальянское право как «*legittimo affidamento*» и шотландское право как «*personal bar*», а французское право как «*renonciation implicite*», возникает общий принцип (применимый к государственной власти за исключением случаев, несовместимых с общественным долгом); тогда если некто, имея правоотношения с другим, своим поведением вводит в заблуждение последнего в отношении существенного факта (в том числе существования права), не может после этого обосновывать на том факте иск против него, если другая сторона действовала соответствующим образом, поскольку была поставлена в положение, в котором могла оказывать доверие. Главным здесь, конечно, является существование в принципе, а не масштабы или режим применения такого понятия в праве любого конкретного государства-члена».²²

После того как соответствующее новое имя будет дано указанному принципу, он вполне может быть в полном объеме включен в каждую из данных правовых систем и, скорее всего, во все европейские правовые системы. Это будет скромным вкладом в формирование единой европейской правовой культуры.

Конечно, такая правовая культура охватывает гораздо более широкий круг явлений, чем общий язык или терминология. В других точках процесс конвергенции может быть заметен, как следует из событий в обеих странах континентальной Европы и Великобритании (и Ирландии), что упоминалось выше. Это развитие идет шаг за шагом и относительно медленно, но все же гораздо быстрее, чем происходила гармонизация местного обычного

²² Opinion of Advocate-General Warner at *Boizard v Commission* 63 and 64/79, ECR 1980, 3002.

права через римское право в Средние века и до кодификации XIX в. Разработка общей правовой доктрины на европейском уровне, вероятно, будет основным инструментом для данного процесса гармонизации.

3. Европейская правовая культура в глобализирующемся мире.

Европейская правовая культура в некоторой степени была доминирующей в большинстве правовых систем в мире, потому что (а) колонизация и/или (б) хорошо развитая правовая доктрина, особенно правовых систем континентальной Европы, могла быть предложена странам, которым очень не хватало таких развитых наборов правовых концепций, правовых принципов и правовых институтов. Даже если местные традиции продолжают действовать в качестве рамок для толкования — в пользу, а иногда против западного права, — они находятся, по крайней мере, на техническом уровне под довольно сильным влиянием европейского права.

Сильнейшие игроки в мировой экономике в состоянии навязать свои законы другим игрокам, прежде всего в таких областях, как коммерческое право, договоры, гражданские правонарушения, корпоративное право и права интеллектуальной собственности. Сегодня это в основном американское право. Кроме того, престиж и щедрые стипендии престижных американских университетов привлекают много превосходных студентов и исследователей со всего мира. После этого они, как правило, занимают лидирующие позиции в своих странах во всех сферах юридического дела, так что через них американское право распространяется еще больше.

Наряду с техническим аппаратом доминирующей правовой системы частью основной правовой культуры является влияние и на другие правовые системы. В статье, опубликованной в 1995 г., с показательным названием «Французская правовая культура и шок глобализации» Антуан Гарапон пишет: «В последние годы французское право было подвергнуто серьезным испытаниям. Встреча с другими правовыми системами, вытекающая, среди прочего, из глобализации экономики и европейской интеграции, привела к чему-то большему, чем просто отречению от государственного суверенитета или решений законодательных корректировок; это вопрос не столько позитивного права, сколько правовой культуры.²³ Наряду с американским законодательством, американские юристы ввели новые способы работы, консультирования, защиты и т. п. Таким образом, размышлять об этом следует в плане правовой культуры — не с точки зрения правовой системы. На самом деле, кажется, что Франция в настоящее время проходит правовую аккультурацию, где две культуры сосуществуют: с одной стороны, национальная, с другой — наднациональная».²⁴

На самом деле это развитие создает новую напряженность во французской правовой культуре, как указывает Гарапон,²⁵ в частности напряженность между традиционными сторонниками сильного централизованного

²³ То, что это является вопросом правовой культуры, а не позитивного права, было показано недавно Матиасом Рейманом, профессором Мичиганского университета (*Reimann M. Droit positif et culture juridique. L'américanisation du droit européen par réception // Archives de Philosophie du droit. 2001. Vol. 45. P. 61–75*). Интересно отметить, что несколько других авторов этого тома указанного журнала рассматривали кажущуюся «американизацию» французского права как миф, потому что она действительно не изменила позитивное право. Это показывает, в какой степени позитивизм может сделать юристов слепыми по отношению к социальной, правовой и культурной реальности.

²⁴ *Garapon A. French Legal Culture and the Shock of 'Globalization' // Social & Legal Studies. 1995. P. 493.*

²⁵ *Ibid.*

государства и их «американизированными» оппонентами, которые выступают против участия государства и за более свободный рынок. Или, точнее, она выявляет скрытую оппозицию, которая раньше была менее заметна во Франции, чем это было во многих других странах. Несколько парадоксально (применительно к Евросоюзу), поскольку, как кажется, во Франции всегда было сопоставимое очевидное единодушие, но в противоположном мнении.

4. Юридическое образование. Юридическое образование последовало за национальными разработками правовых исследований. Поэтому нынешние изменения создали важные проблемы для юридического образования: какое образование нам нужно в более европеизированном и глобализованном контексте? До какой степени образование должно оставаться национальным и до какой степени оно должно быть европейским в его акцентах на традиционных «национальных» отраслях права? Должно ли обучение стать теоретическим, или практическое обучение для юристов более важно? Должны ли студенты научиться основным методам и навыкам, или знание правовых норм, правовых понятий, правовых институтов и важных авторов и прецедентного права по-прежнему должно быть в центре юридического образования? Нужно ли среднестатистическому юристу знание «права в контексте», или более предпочтительно традиционное позитивистское обучение, чтобы поставить технически квалифицированных юристов для юридической практики, где большинству из них предстоит работать?

Все это — важные вопросы для юридических факультетов. Выбор придется сделать, но он не обязательно должен быть одинаковым везде. Правда, не все студенты-юристы должны быть готовы к академической карьере, и может быть нецелесообразным разрабатывать образовательные программы для очень незначительного меньшинства с особыми потребностями. В ходе последних нескольких десятилетий юристы принимались на работу на должности, на которые прежде брали людей без университетского диплома. В параллельном развитии были созданы новые «парарправовые» образовательные программы в высших учебных заведениях за пределами университетов для подготовки своего рода «правовых помощников» или «правовых лаборантов», не имеющих широкой базы настоящего юриста. Возможное развитие может заключаться в том, что многие нынешние студенты юридических факультетов будут участниками таких программ, поэтому юридические факультеты смогут больше сосредоточиться на широком междисциплинарном образовании студентов юридического факультета.

При нынешней разработке общей структуры высшего образования в Европе разделение «бакалавр — магистр» может также принять направления, которые могут иметь решающее значение для выбора, который должен быть сделан. На одном из уровней, будь то степень бакалавра или степень магистра, образование может также быть позитивистским и национально ориентированным, в то время как на другом оно может иметь более европейский и междисциплинарный акцент. В ряде европейских стран юридическое образование в прошлом было более общим в начале, предлагая курсы, например, римского права, (юридической) философии («естественное право»), правовой истории и даже латинского языка или литературы и предлагая в основном позитивное право в последующие годы. В том же ключе некоторые программы бакалавриата в Европе могут предложить широкий подход к праву, непосредственно не связанный с одной национальной правовой системой, в то время как более национальное

и техническое образование будет следовать на магистерском уровне, по крайней мере, для тех, для кого такое образование было бы полезно или необходимо.²⁶ Однако более вероятно, что юридические факультеты на уровне бакалавриата попытаются воспитать своего рода юристов на голодном пайке²⁷ — некий промежуточный профиль между пара-правовым и «полным» юристом. При таком подходе более широкое образование будет зарезервировано для немногочисленной «элиты» на уровне магистров, может быть, даже ограничено некоторыми «магистрами-исследователями».

В зависимости от направлений развития юридических факультетов все это может существенно повлиять на наши юридические культуры: не только структуру нашей правовой профессии, но и путь юристов при обращении с правом. В некотором смысле мы можем вернуться к подлинно европейскому и теоретически ориентированному правовому образованию, как это было до кодификации, когда римское право преподавалось везде на одном и том же международном языке, латыни, безотносительно к локальному (обычному) праву. Во всяком случае, нам понадобится группа ведущих юристов на практике и в научных кругах, которые получат широкое, многонациональное и междисциплинарное образование. Если все юридическое образование не следует ограничивать этой группой, все же потребностью в ведущих практикующих юристах и юристах-ученых с широкими взглядами и подготовкой, безусловно, не стоит пренебрегать.

5. Юридическая наука. Юридическая наука не носила раньше глобального характера, по крайней мере, в западном мире, до XIX в. и до недавнего времени сдерживалась в пределах национальных границ. В странах с кодифицированным правом юридическая наука резко изменилась в течение XIX в. Раньше изучение римского права было направлено на развитие правовой мысли, правовой аргументации, построение конструкций и правовых моделей, которые могут быть использованы для интерпретации и согласования местных правовых обычаев. Юридической наукой была в основном наука аргументации на основе авторитетных текстов. После великих кодификаций, которые были результатом семи веков юридической науки, юридическая наука свелась к толкованию и историческому объяснению кодифицированных текстов. Хотя юридическая наука в континентальной Европе по-прежнему сегодня четко обозначена довольно узким подходом буквального толкования, произошло многое, что расширяет этот круг. Обстоятельства и мировоззрение, которые были частью кодификации, устарели, возросла важность законодательства вне кодексов, возросло использование прецедентного права как источника права для актуальной интерпретации кодексов и других законов, новых методов, создающих новые юридические проблемы, и — в течение последних нескольких десятилетий — глобализации. Действительно, и право, и социальные проблемы глобализуются. Национальное законодательство часто находится под

²⁶ Вместе с Франсуа Остом мы уже сделали такое предложение около двадцати пяти лет назад в статье, которая между 1989 и 1991 гг. была опубликована на нескольких языках в разных странах Европы: *Ost F. & Van Hoecke M. Naar een Europese rechtsopleiding' (Towards a European Legal Education) // Rechtskundig Weekblad. 1989–1990. P. 1001–1002; Pour une formation juridique européenne // Journal des Tribunaux. 1990. P. 105–106; Für eine europäische Juristenausbildung // Juristenzeitung. 1990. P. 911–912; Per una formazione giuridica europea // Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico. 1990. P. 629–632; På vej mod en fælles europæisk juridisk uddannelse // Ugeskrift for Retsvæsen. 1991. P. 161–163.*

²⁷ За исключением Великобритании и Ирландии, где юридическое образование всегда было ограничено тремя годами.

сильным влиянием (или даже определяется) европейского права (права ЕС или прав человека) и больше не может изучаться в отрыве от этого права и того, как европейское право толкуется и применяется в других европейских странах. Экологические проблемы, интернет-мошенничество, терроризм, миграция, новые вирусы, финансовые кризисы и т. д. носят глобальный характер, т. е. проблема в одной стране может повлиять на любую другую страну за очень короткий срок. Кроме того, законодатели часто используют иностранное право в качестве модели для внутренней правовой реформы и в высших судах уважают решения друг друга. Верховные судьи разных стран также встречаются на регулярной основе. Все это создает глобализованную сеть коммуникаций между судьями, законодателями и правоведами.

Глобализация юридической и правовой практики заставила ученых-юристов расширить круг их исследований (не ограничиваясь только внутренним законодательством) и применять новые исследовательские подходы и методы: эмпирические исследования, междисциплинарные исследования (например, права и экономики), сравнительные исследования. Делая это, они отходят от формалистского подхода XIX в. и от чисто национального видения проблемы. Новые подходы и методы часто приводят к коммуникативному подходу: связи между реальностью и законодательством через эмпирическое исследование, связи между дисциплинами (если нет абсолютной автономии права, но где же тогда пределы интегрирования социологии, экономики, психологии и т. п. в право?), связи между правовыми системами (являются ли некоторые части иностранного права лучшими, чем наши собственные; могут ли они претендовать на их трансплантацию в нашу правовую систему?).

При этом коммуникация является ядром правовой науки. Теория коммуникации стала адекватной моделью для объяснения права, юридической практики и юридической науки — идея, которая находится в центре мышления Андрея Полякова и его научных трудов.

Не случайно недавно были предложены подобные теории под разными именами, например, «интерактивная теория».²⁸ Это показывает назревшую необходимость замены традиционных теорий новыми, в которых коммуникация играет определяющую роль. Именно поэтому юридическое сообщество России должно дорожить научными идеями Андрея Полякова.

²⁸ См., напр.: *Taekema S. Private Law as an Open Legal Order: Understanding Contract and Tort as Interactional Law // Netherlands Journal of Legal Philosophy. 2014. N 43. P. 140–149; Van der Burg W. The Dynamics of Law and Morality. A Pluralist Account of Legal Interactionism. Farnham, 2014.*