

МЕТОДОЛОГИЯ СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВЫХ ИССЛЕДОВАНИЙ*

М. ВАН ХУК**

Ученые легко теряются, когда приступают к сравнительно-правовым исследованиям. Основная причина состоит в том, что нет никакой общепринятой методологии (или даже методологий), которой можно было бы следовать. Более того, почти все, что более или менее признавалось в области сравнительного правове­дения в течение последнего столетия, все чаще критикуется в течение последних нескольких десятилетий: понятие «правовая семья», объект сравнения, возможность сравнения как таковая и т. д.

С другой стороны, сравнение внутреннего законодательства с зарубежным стало почти обязательным в доктринальных правовых исследованиях.

Как же исследователь-компаративист может разобраться в этом кажущемся парадоксе?

В данной работе сделана попытка выработать методологию сравнительно-правового исследования, которая выходит за рамки «функционального метода» или методологического скептицизма.

Отправной точкой служит идея о том, что нам необходим «набор инструментов», т. е. не неизменный методологический путеводитель, а множество опубликованных, но в значительной степени незамеченных исследований, предлагающих различные подходы, которые могли бы с пользой применяться в сравнительном исследовании. В основном именно исследовательская задача определяет, какие методы могут быть полезны.¹ Кроме того, различные методы могут быть объединены, так как они дополняют друг друга и не являются взаимоисключающими.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: методология, сравнительно-правовое исследование, функционализм, структурализм, аналитический метод, исторический метод, контекстно-правовой подход, уровни сравнения.

* Van Hoescke M. Methodology of comparative legal research. Not published.

** Ван Хук Марк — профессор Гентского университета (Бельгия), директор Европейской академии права.

Mark Van Hoescke — professor of Ghent University (Belgium), director of the European Academy of Legal Theory.

Перевод с англ. И. И. Осветимской.

E-mail: osv.iya@gmail.com

© Ван Хук М., 2013

© Осветимская И. И., 2013, перевод

¹ См. об этом: *Adams M., Griffiths J. Against "Comparative Method": Explaining Similarities and Differences // Practice and Theory in Comparative Law / M. Adams, J. Bomhoff (eds.). Cambridge, 2012. P. 279–301.*

VAN HOECKE M. METHODOLOGY OF COMPARATIVE LEGAL RESEARCH

Researchers get easily lost when embarking on comparative legal research. The main reason is that there is no agreement on the kind of methodology to be followed, or even methodologies that could be followed. Moreover, almost everything that was more or less recognised in the area of comparative law over the last century has been increasingly criticised during the last few decades: the concept of a 'legal family', the possibility of comparison itself, the object of comparison, etc.

On the other hand, comparing domestic law with the way the same area is regulated in one or more foreign countries has become almost compulsory in doctrinal legal research.

How should a comparative researcher cope with this apparent paradox?

This paper is an attempt to work out a methodology for comparative legal research which goes beyond the 'functional method' or methodological scepticism.

The starting point is the idea that we need a 'toolbox', not fixed methodological guidelines, but a lot of published, however largely unnoticed, research offering various approaches which could be beneficially applied in comparative research. Basically, it is the research question which will determine what methods could be useful.² Moreover, different methods may be combined, as they are complementary and not mutually exclusive.

KEYWORDS: methodology, comparative legal research, functionalism, structuralism, analytical method, historical method, law-in-context, levels of comparison.

1. ВЫБОР ПРАВОВЫХ СИСТЕМ ДЛЯ СРАВНЕНИЯ

На практике исследователи чаще всего делают выбор на основе своего знания языков, это объясняет, почему большинство сравнительных исследований в англо-саксонском мире сфокусировано на сравнении стран общеправовой семьи, в которых английский язык является (основным) официальным языком.³ Это облегчает данные исследования в большинстве областей права, так как концептуальная основа и история общего права одинаковы для всех сравниваемых правовых систем. Тем не менее такое исследование может быть полезно в общем плане, например,

² In the same sense: *Adams M., Griffiths J.* Against "Comparative Method": Explaining Similarities and Differences // *Practice and Theory in Comparative Law* / M. Adams, J. Bomhoff (eds.). Cambridge, 2012. P. 279–301.

³ См., напр.: *Flanagan B., Ahern S.* Judicial Decision-Making and Transnational Law: A Survey of Common Law Supreme Court Judges // *60 International and Comparative Law Quarterly*. 2011. P. 1–28. — Конечно, такое исследование имеет свое значение и для целей данной статьи (судьи ссылаются на иностранное право как на авторитетный источник), имеет даже смысл ограничить исследования некоторыми странами, так как во многих странах верховные суды никогда не ссылаются на авторитетное мнение (даже если они, возможно, использовали его), а только на закон. Тем не менее результаты сравнения между странами общего права, или англоязычными странами, могут создать ложное впечатление о наличии универсальности. В упомянутой статье изучается судебная практика Великобритании, стран Карибского бассейна, Австралии, Южной Африки, Ирландии, Индии, Израиля, Канады, Новой Зеландии и Соединенных Штатов, иными словами, стран всех континентов.

предпринимателям, но оно не является исключительно полезным в контексте более широких научных исследований.

Все чаще некоторые переводы юридических текстов на английском языке становятся доступными в большинстве стран по всему миру. Однако, как правило, они охватывают только текущее законодательство и не всегда отслеживают изменения, вносимые в него, так что быстро теряют актуальность. То же самое касается общих предисловий на английском языке к законам или конкретным областям права в различных странах. Возможно, такую информацию следует использовать только в некоторых случаях, например, в качестве подтверждения того, что было обнаружено в другом источнике, но для тщательного сравнительного исследования знание локального языка⁴ является обязательным требованием. Даже в случае ограниченного использования публикаций на английском языке о праве страны, если исследователь не может читать на локальном языке, настоятельно рекомендуется проверить, является ли собственное толкование исследователя правильным, не вносились ли изменения в соответствующий закон; установить контакт с местными учеными, которые говорят по-английски или на языке, которым владеет исследователь. Для данных целей весьма полезной была бы хорошо разработанная социальная сеть из коллег, специализирующихся в одной области права в разных странах.

Даже тогда, когда знание языка выступает главной причиной для выбора или исключения исследуемой страны, исследователь должен быть в состоянии аргументировать, почему его выбор является приемлемым с научной точки зрения. Например, при изучении разделения между публичным правом и частным правом имеет смысл сосредоточиться на Франции и Великобритании, так как там вполне могут иметь место самые противоположные мнения по данному вопросу. Это может быть использовано в качестве сильного аргумента таким образом, что у исследователя появляется возможность не заявлять о своей исходной проблеме владения только двумя иностранными языками, французским и английским.

Для более крупных проектов международная команда, включающая специалистов, владеющих всеми необходимыми языками, может быть отличным решением при условии, что внутренняя коммуникация в группе достаточно интенсивна и качественна. Каждый член команды должен уметь обнаруживать соответствующие общие черты и различия между изучаемыми правовыми системами и их содержанием и, более того, уметь их ясно объяснять другим членам команды. В случае, когда имеются такие команды, выбор правовых систем для сравнения может быть основан на более релевантной критерии, чем случайное знание (или недостаток знания) языков отдельными исследователями. Однако нужно помнить, что отсутствие достаточного понимания зарубежных правовых систем может возникнуть в результате несовершенной коммуникации и при наличии команды.

Рискованно также включать в исследование правовые системы, с правовыми культурами которых ни один из членов команды не знаком, по крайней мере, до нужной степени. Предположим, что исследовательская группа хочет создать общемировой научно-исследовательский проект на тему развода. Для этого готовится обширная анкета со всеми видами вопросов об основаниях для развода, о порядке развода, о правовых последствиях

⁴ При изучении локальных или других норм обычного права с устной традицией владение разговорным языком, конечно, должно быть на соответствующем уровне.

каждого типа развода. После этого исследователи связываются друг с другом в рамках своей научной сети для получения ответов на эти вопросы. Но надо учитывать, что ответ будет в значительной степени предвзятым, если в основу вопросника будет заложено исключительно западное право. В самом деле, при таких обстоятельствах не будет приниматься во внимание, например, «развод, даваемый мужем жене» по исламским законам, который иногда приравнивается к «разводу по обоюдному согласию» в Европе. Не будет приниматься во внимание и традиционный брак в африканских странах, в которых законодательство регулирует только «официальные» (и моногамные) браки, даже если традиционный брак, заключенный в соответствии с обычным правом, признается в этих странах. Этот традиционный брак в значительной степени не знаком с понятием «развод» и не нуждается в нем в силу (неограниченного) многоженства. Это означает, что до создания большого проекта по сравнительному исследованию подобного рода нужно определить различные уровни сравнения, основанные на различных элементах, для правильного понимания сравниваемых правовых систем. Мы не можем исследовать развод в различных правовых культурах без широкого понимания брака, роли семьи, общего отношения к разводу в каждом из сравниваемых обществ.

Формулировка задачи исследования будет основным критерием выбора правовых систем для сравнения.

Если, например, кто-то хочет исследовать, в какой степени договорное право об аренде домов или квартир может быть гармонизировано в рамках Европейского Союза, ему следует изучить соответствующие законы 28 государств-членов. Однако, если рабочей гипотезой будет предположение о том, что такая гармонизация невозможна, для изучения достаточно будет двух правовых систем, таких, как французская и английская; если получится доказать, что гармонизация между этими двумя правовыми системами невозможна, то, следовательно, она невозможна в рамках всего ЕС.

Если кто-то захочет изучить роль короля или королевы в королевствах всего мира или то, как организованы федеральные государства, ему следует, в принципе, обратить внимание на все правовые системы, которые имеют отношение к данной теме. На практике, однако, намного более ограниченная выборка стран может оказаться весьма актуальной и, как следствие, достаточной. Сравнение, например, только США и Германии может позволить углубиться в исторические события, которые объясняют современную ситуацию, а также то, как эти федеральные структуры работают на практике. Если кто-то захочет «бросить вызов» концепции федеративного государства как такового, то сравнение его со структурой Европейского Союза может оказаться весьма привлекательным.

При другом подходе можно остановиться на изучении причин более децентрализованной организации государства: историческое совпадение, создающее условия для практической организации большого государства, совместное проживание разнообразных общин с различными языками, религиями и/или культурами в рамках одного государства и т. д. Если кто-то хочет изучить, как, например, федеральная организация или отдельный ее элемент способствовали мирному совместному сосуществованию людей в рамках одного государства, то будет более актуальным провести сравнение на примере Бельгии, Канады и Нигерии, чем США и Германии.

2. ЧТО НУЖНО СРАВНИВАТЬ?

В XIX в. были учреждены ассоциации и журналы для работы со «сравнительным законодательством». В то время сравнение норм в различных обществах было в центре внимания.⁵ Позже больше внимания уделялось судебным решениям и способам разрешения правовых проблем на практике. Между тем многие авторы-компаративисты подчеркивают также важность учета социально-экономического и исторического контекста права при проведении сравнительно-правового исследования.

Где именно исследователь-компаративист должен проводить исследование иностранных правовых систем: в законодательстве и/или в прецедентном праве, и/или в их общем контексте? Соответствующее законодательство и (опубликованное) прецедентное право можно найти относительно легко, в первую очередь, в книгах и статьях доктринального характера (сложнее дело обстоит с Италией, где законодательство зачастую обсуждается без прямых ссылок на прецедентное право), а в настоящее время — и с помощью электронных баз данных. Но что делать с контекстом права? Порой некоторые объяснения могут быть найдены в доктринальных юридических документах, но до сих пор это было скорее исключением, чем правилом. Иногда некий аспект широко освещается в международной прессе, как, например, влияние финансового кризиса на необходимость внесения некоторых изменений в регулирование финансового сектора как на национальном, так и на европейском уровнях. Иногда исследователь может найти историческую, социологическую и/или экономическую литературу по его теме о стране, включенной в сравнительное исследование, но это также не является достаточным.

Многое зависит от направленности отдельного исследования и от имеющихся источников. Хороший баланс между тем и другим гарантирует успешное осуществление исследовательского проекта. Слишком амбициозный контекстно-правовой подход к теме, по которой отсутствуют достаточные источники, сделает нереальным план исследования в контексте сравнительно-правовой науки.

Короче говоря, сравнивать только на основании законодательства, когда нет никакой информации о том, как это работает на практике, рискованно, и такое ограниченное сравнение приемлемо только для тех стран, которые не являются ядром сравнительного исследования. Например, при сравнении национального законодательства какой-либо страны с законодательством Германии исследователь может добавить, что похожее законодательство есть в Швейцарии и/или в Австрии, без тщательного анализа их законодательных систем.

Сравнение прецедентного права (и законодательства) требует некоторых знаний исторического и социально-экономического контекста, который обнаруживается в доступных источниках. При сравнении соседних стран

⁵ Идея заключалась в том, чтобы найти «идеальное законодательство». Это был подход к сравнительному праву на основе естественного права: «...сознательно или бессознательно он постулирует естественное право старого рационального типа. Он молчаливо предполагает, что для каждой детали каждой законодательной проблемы есть одно верное универсальное правило, которое законодатель стремится обнаружить и сформулировать. <...> Специалист по сравнительному законодательству объединяет информацию, предоставленную законодательством любой страны по любому вопросу, и вытаскивает наружу одно верное правило» (*Pound R. What May We Expect from Comparative Law? // 22 American Bar Association Journal. 1936. P. 57*).

исследователь может иметь общее представление об исторических и/или социально-экономических сходствах и различиях. Для понимания различий требуется намного лучше понимать контекст. Кроме того, концентрируя внимание на изучении практического решения правовых проблем, не следует отделять правовые решения от доктринального контекста, так как некоторые решения могут случайно оказаться подобными, что в свою очередь может скрыть другие важные различия на концептуальном уровне, которые используются как системный фундамент для данной области права.

Полное сравнение с помощью контекстно-правового метода в рамках индивидуального исследования будет возможным только, если повезет найти достаточные источники и литературу по каждой из сравниваемых правовых систем.

В противном случае понадобится исследовательская команда, желательно междисциплинарного характера. Опять же, некоторое приблизительное понимание сходств и различий между правовыми системами и соответствующего контекста для их объяснения станет предпосылкой для создания исследовательского проекта и не только выбора правовых систем для сравнения, но и соответствующих дисциплин для контекстного исследования. При сравнении банковского права, например, можно предположить, что экономика является наиболее актуальной для объяснения сходств и различий, но, возможно, история и/или психология, в конце концов, окажутся еще более релевантными для исследования конкретного вопроса. В межкультурных сравнениях за очевидным сходством законодательства, например, равенство мужчин и женщин, могут скрываться совершенно разные реальности. Только (юридическое) антропологическое исследование может это выявить и адекватно объяснить. Во всех случаях, однако, сравнение никогда не должно останавливаться на уровне законодательства, и даже на уровне прецедентного права, так как социальная реальность может очень отличаться от того, что содержится в похожих нормах (а иногда наоборот, чем разнообразнее нормы, тем более реально подобие). Нормы могут существовать на бумаге, но не применяться на практике. Отсутствие прецедентного права по какому-либо вопросу может иметь различное объяснение: (а) все следует закону; (б) проблемные вопросы были сняты давным-давно (например, отсутствие изменений в законодательстве о недвижимости в течение многих десятилетий, если не столетий), и, таким образом, если в настоящее время существует несколько споров, которые закончились разбирательством в суде и вынесением судебного решения, то они не являются интересными с доктринальной точки зрения и поэтому не опубликованы; (в) жертва не решается идти в суд из-за сильного социального давления (например, в случае изнасилования); (г) проблемы и конфликты (почти) всегда решаются вне рамок закона или вне правовых институтов; и т. д. Во всех этих случаях отсутствие социологических исследований может привести к совершенно искаженному изображению права зарубежной страны. Юристы в целом имеют общее представление по данным вопросам в отношении их родной правовой системы, но в основном не имеют представления на должном уровне в отношении зарубежных правовых систем.

3. КАК МОЖНО СРАВНИВАТЬ?

Сравнительное правоведение часто критикуют за то, что осуществляющие в этой области исследования ученые не придерживаются какого-либо метода вообще. Действительно, компаративисты часто действуют

как туристы, которые, посещая иностранные города, замечают, что там все или по-другому, или в некоторой степени похоже на то, как в их родном городе. После своего визита они могут описать то, что видели, своим семьям и друзьям, но они не обладают общей основой, которую специализисты в области архитектуры или искусствоведы, например, используют для того, чтобы описать те же объекты, но на другом уровне. Исследователи-компаративисты должны становиться более профессионалами, чем туристами. Теоретической основы, которой могут распоряжаться историки и архитекторы, в значительной степени недостаточно для сравнительного правоведения. В то время как ученые-юристы получили достаточное доктринальное образование в рамках их родной правовой системы, им не хватает такой же всеобъемлющей основы для сравнительного исследования. Но некоторые элементы методологического подхода можно найти в литературе, в основном, в области теории права.

Различные «методы», которые будут обсуждаться далее, не являются взаимоисключающими. Их даже можно объединить в одном исследовании. Название метода указывает на особенность данного подхода, не исключая возможности его комбинации с другим методом.

Следуя Бертелло, Д. Самуэль выделил шесть различных «схем ясности»: причинная, функциональная, структурная, герменевтическая, акционная и диалектическая. Они, согласно Бертелло и Самуэлю, выступают в качестве отдельных эпистемологических вариантов текста, каждый из которых, с точки зрения фундаментальных логических отношений, может быть сведен к другому.⁶

Далее мы рассмотрим функциональный и структурный методы в контексте сравнительного исследования, а также аналитический, исторический и контекстно-правовой методы. Последние не упоминаются среди шести различных схем ясности в контексте социальных наук в целом, но мы можем представить их как комбинации двух или более схем. Причинное понимание, например, играет ключевую роль в рамках контекстно-правового подхода и исторического метода.

3.1. ФУНКЦИОНАЛЬНЫЙ МЕТОД

Согласно Цвайгерту и Кётцу, их популярному учебнику по сравнительному правоведению, в университетах часто преподается «функциональный метод» как метод сравнительного правоведения и оптимистично поддерживается предполагаемый вывод о том, что правила и понятия могут быть разными, но в большинстве правовых систем, в конечном счете, юридические проблемы решаются подобным образом.⁷

⁶ *Samuel G. An Introduction to Comparative Law Theory and Method.* (Не опубликовано, см. гл. 5, II, с.78 в рукописи, со ссылками на: *Berthelot J.-M.* 1) Programmes, paradigms, disciplines: pluralité et unité des sciences sociales // *Epistémologie des sciences sociales* / J.-M. Berthelot (ed.). Paris, 2001. P. 484; 2) *Les vertus de l'incertitude.* Paris, 1996. P. 81.

⁷ Функциональный подход был введен в сравнительное правоведение несколько десятилетий назад, частично посредством модных тенденций «функционализма» в других дисциплинах. В 1936 г. Р. Паунд определил «функциональное сравнение» как «изучение того, как одни и те же вопросы, одни и те же проблемы решаются с помощью одного правового института, или доктрины, или предписания в одном «теле» закона и с помощью совершенно отличного правового института, или доктрины, или предписания — в другом» (*Pound R. What May We Expect from Comparative Law?* // *22 American Bar*

Помимо того, что оба этих автора, как представляется, никогда не разрабатывали и даже никогда не применяли этот «метод» самостоятельно, «функциональный метод» и лежащая в его основе *praesumptio similitudinis* (презумпция сходства — лат.) все чаще подвергаются критике в последние годы.

Р. Майклс резюмирует свои критические замечания следующим образом: «Короче говоря, “функциональный метод” — это трижды неправильное название. Во-первых, нет одного (единственного) функционального метода, но их много. Во-вторых, не все якобы функциональные методы являются “функциональными” вообще. В-третьих, некоторые проекты, претендующие на приверженность данному методу, не следуют никакому известному методу вообще».⁸

Действительно, понятие «функционализм» используется в весьма различных значениях, служа довольно разным целям: пониманию права, сравнению (*tertium comparationis*), сосредоточению на сходствах (*praesumptio similitudinis*), построению системы (например, «правовых семей»), определению «лучшего права», унификации права, критической оценке правопорядка.⁹ Такое разнообразие «функциональных методов» указывает на важность цели и задачи исследования для выбора подходящего сравнительного метода. В общем, то, что исследователь будет сравнивать и как он это будет делать, во многом зависит от исследовательской задачи и исследовательского интереса. Используемый метод должен служить поставленной цели. Идея функционального метода состоит в том, чтобы посмотреть, каким образом практические проблемы конфликта интересов решаются в различных обществах, в соответствии с различными правовыми системами. Это позволяет нам воспринимать данные проблемы (в значительной степени) независимо от доктринальных основ каждой из сравниваемых правовых систем.¹⁰

В той же главе Р. Майклс справедливо приходит к выводу, что «кроме функционализма есть, по крайней мере, три основных существующих подхода: метод сравнительно-правовой истории, изучения правовых трансплантатов и сравнения правовых культур» (с. 341). Первый из них силен в историческом измерении, последний — в антропологическом, а изучение правовых трансплантатов — социологическое, в таком случае исследуется,

Association Journal. 1936. P. 59). В 1924 г. Э. Рабель отметил, что проблемы договорного права в значительной степени решались одинаково в Англии, Франции и Германии, несмотря на совершенно различные правовые конструкции (*Rabel E. Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung // 13 Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht. 1924. S. 279–301. Переиздано: Rabel E. Gesammelte Aufsätze / H.G. Leser. (ed.). Vol. III: Arbeiten zur Rechtsvergleichung und zur Rechtsvereinheitlichung. 1919–1954. Tübingen, 1967. S. 4). Согласно М. Гразидаю, функциональный метод уходит корнями в международное частное право XIX в. (Graziadei M. The Functionalist Heritage // Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions / P. Legrand and R. Munday (eds.) Cambridge, 2003. P. 103). М. Рейнштейн, в свою очередь, считает Э. Ламберта «первым сознательным применителем функционального подхода» (*Rheinstein M. Comparative Law and Conflict of Laws in Germany // 2 University of Chicago Law Review. 1934–1935. P. 250).**

⁸ *Michaels R. The Functional Method of Comparative Law // Oxford Handbook of Comparative Law / M. Reimann, R. Zimmermann (eds.). Oxford, 2006. P. 342.* — Я. Хуса показал, как мало общего «функционализм» в сравнительном правоведеии имеет с «функционализмом в других дисциплинах»: *Functional Method in Comparative Law — Much Ado About Nothing? // European Review of Private Law. 2013. P. 4–21.*

⁹ *Ibid. P. 364–380.*

¹⁰ *Husa J. // European Review of Private Law. 2011. P. 221–222.*

как правила и понятия могут работать/не работать в различных социально-экономических условиях (не говоря о другой доктринальной среде). Функционализм, со своей стороны, часто используется с (имплицитными) предположениями, что проблемы везде одинаковы (кражи, автомобильные аварии, нарушения обязательств и т. д.). Это может быть верно во многих случаях в странах с подобным историческим и социально-экономическим фундаментом (например, в странах Западной Европы), но даже здесь не во всех случаях, и уж, конечно, не во всех странах и правовых культурах в мировом масштабе. Кроме того, различные доктринальные основы могут «создавать» различные проблемы, а также усложнять или облегчать их решение. Таким образом, сторонники функционального метода пытаются ограничить сравнение «универсальными фактами», оставляя в стороне все то, что определяется локальным законом или правовой культурой.¹¹ Однако в этом случае не так много остается для функционального сравнения. На самом деле, функционализм не может изолировать решения практических задач от их доктринальной правовой базы (в том числе процессуальных норм) и не может отделить эти проблемы от их социально-экономического и исторического контекста.

В наиболее общем понимании с помощью функционального метода в первую очередь сравниваются решения практических проблем конфликтующих интересов, а не нормы права. Существуют относительно универсальные отношения в определенных ситуациях, такие, как забота о детях, уважение права собственности, выполнение договорных обязательств, компенсация ущерба, причиненного противоправным поведением, и т. д. Таким образом, практические варианты решения аналогичных проблем в различных правовых системах часто более похожи, чем правовые механизмы, используемые для их решения. Каноническое право, например, не знает понятия «развод». Однако в настоящее время все страны с христианской традицией предусматривают возможность развода в своем законодательстве. А на практике, к примеру, Римско-католическая церковь является достаточно гибкой, чтобы объявить брак недействительным, что гораздо сложнее осуществить в рамках правовой системы государства. Есть еще много важных различий между государственными законами и каноническим правом, однако практическое решение спорных брачных дел имеет больше сходств в каноническом праве, чем в законодательстве разных стран. Таким образом, функциональный метод помогает расширить сферу исследования. Действительно, схожие результаты часто достигаются разными путями. Акцентируя внимание на практических проблемах и путях их решений, можно найти эти различные правовые пути. На самом деле право является способом структурирования реальности. Разные культуры могут использовать различные способы для структурирования схожих реальностей, но частично они также создают и разные реальности. Следовательно, функциональный метод должен быть дополнен другими методами.

Функционализм оказывается более простым в сравнении с другими методами, перечисленными Майклсом, именно за счет того, что он требует менее глубокого анализа обширного культурного контекста, если таковой имеется, а, следовательно, является более доступным для обычного исследователя, что уменьшает сложность сравнения правовых систем и для большинства исследователей является весьма привлекательным.

¹¹ См.: *Graziadei M. The Functionalist Heritage*. P. 108.

Однако платой за это является то, что экспликативная сила исследования, выполненного с использованием функционального метода, снижается, а более творческая работа выполняется с использованием метода сравнительно-правовой истории, или изучения правовых трансплантатов, либо через сравнение правовых культур.

3.2. СТРУКТУРНЫЙ МЕТОД

Функциональный метод обычно применяется на уровне микросравнения. В более широком плане может быть использован структурный анализ (элементов) правовых систем. При обсуждении в социальных науках данного подхода в целом, представляя его в качестве альтернативы функциональному методу сравнительного правове­дения, Д. Самуил отмечает: «Это общий план, посредством которого наблюдатель сосредоточивается на структурах, скрытых внутри наблюдаемого феномена. Эти структуры могут быть свободными в своем взаимодействии (например, структурный сюжет в литературе), или они могут представлять собой совокупность элементов, образующих систему; это последнее понятие характеризуется как творческое взаимодействие элементов в рамках целого, которые могут быть идентифицированы как имеющие границы и, следовательно, независимые».¹²

Структурный подход был положен в основу при разработке классификации «правовых семей». Различия между правовыми системами на уровне конкретных норм становятся несущественными, если эти системы имеют достаточно много структурных общностей (таких, как принципы и понятия римского права в частном праве), так что можно классифицировать их как представителей одной и той же «правовой семьи», отличных от других правовых систем и семей, которые не имеют таких общих черт. Конечно, выбор наиболее соответствующего критерия для определения «подобных структур» частично определяет результат.

Пример: предположим, кто-то хочет сравнить земельное право во всех странах и попытаться классифицировать его по «правовым семьям». Очевидной отправной точкой исследования может быть учет традиционных различий между англо-саксонской и романо-германской правовыми семьями. Однако можно начать и с различий между публичным и частным правом, регулирующим земельные вопросы: в так называемых социалистических или коммунистических странах Восточной Европы в течение нескольких десятилетий XX в. распределение средств производства (собственности) относилось к сфере публичного права, в то время как в большинстве других стран этот вопрос находился в области частного права (в основном собственность или аренда). С другой точки зрения, можно рассматривать в качестве основного различия то, что государство владеет всей землей, а гражданин имеет более ограниченные права, чем собственник, даже если он является владельцем дома, который построил на этой земле. При использовании данного критерия можно будет объединить такие страны, как Великобритания («королеве принадлежит вся земля»), Демократическая Республика Конго (гражданин может получить «вечную» концессию на землю, компании и иностранцы — концессию на 25 лет)

¹² Samuel G. An Introduction to Comparative Law Theory and Method. (Не опубликовано, см. гл. 5, II, с. 76 в рукописи.)

и Китайская Народная Республика (государство владеет всей землей, но не обязательно зданиями, построенными на ней). В то же время, правовые системы этих стран не будут считаться принадлежащим к одной и той же правовой семье, если посмотреть на них с любой другой точки зрения. Тем не менее нет никаких «объективных» причин, почему этот критерий менее актуален по сравнению с другими критериями.

Все зависит от теории, лежащей в основе исследования. Если во всем мире доминирующая парадигма принимает различие между романо-германской и англо-саксонской семьями как наиболее жизненно важное, критерий государственной собственности на землю, как противоположный полной частной собственности, может быть полезным для выбора правовых систем для некоторого микросравнения, но он не будет подходящим для классификации правовых систем всего мира.

Кроме того, классификация традиционных «правовых семей» предполагает, что один конкретный критерий или структура может считаться решающим для классификации совокупности каждой правовой системы в рамках одной и той же семьи. Однако, поскольку все эти классификации основаны только на частном праве, очевидно, что классификации публичного права могут привести к совершенно иным результатам, опять-таки в зависимости от используемых критериев (королевство или республика, федеральное или централизованное государство, прямые выборы ключевых руководящих органов или не прямые, наличие конституционного суда в государстве или отсутствие, степень уважения прав человека и т. д.). В частном праве можно также утверждать, что невозможно сделать одну общую классификацию, потому что должно быть учтено еще какое-либо одно различие (семейное право, земельное право, наследственное право, трудовое право и др.). Если это будет учтено, то наш пример собственности на землю представится в ином свете. Объединение Великобритании, Конго и Китая в одну «земельно-правовую» семью покажется не только разумным, но и вполне убедительным.

Структурный анализ может быть выполнен по-разному, исходя из большого разнообразия различий и критериев. На самом базовом уровне можно утверждать, что многие правовые системы структурно имеют общее ядро, которое связано с определением права как системы, которая может быть обнаружена в любом обществе. Одним из таких основных различий, характерных для всех правовых систем, является наличие (первичных) правил поведения и, кроме того, вторичных норм, которые регулируют образование и применение этих первичных правил.¹³ Д. Раз утверждал, что на уровне вторичных норм есть некоторое минимальное содержание, которое является общим для всех правовых систем: «Минимум содержания и минимум сложности всех правовых систем, наряду с принципами индивидуализации, определяют необходимые имплицитные отношения, существующие в каждой правовой системе, то есть внутреннюю структуру, которая обязательно является общей для всех правовых систем».¹⁴

В результате должна быть возможность определить эти вторичные нормы в каждой правовой системе и сравнить их с точки зрения правотворческой компетенции (кто наделен полномочием создавать право или изменять его?) или для вынесения судебного решения (кто наделен

¹³ Hart H. L. A. The Concept of Law. Oxford, 1961. P. 77–96. (Харт Г. Л. А. Понятие права. СПб., 2006. С. 85–104. — Прим. пер.)

¹⁴ Raz J. The Concept of a Legal System. Oxford, 1980 (1st ed. 1970). P. 141.

властью выносить (окончательное) решение о применении права?). Более того, в развитых правовых системах все это должно происходить с помощью специальных процедур. Таким образом, вопрос заключается в том, насколько процедура законотворчества и вынесения судебного решения релевантна для всех правовых систем. Конечно, в более примитивных правовых системах такие функции могут быть смешаны (например, вождь племени одновременно властен создавать право и применять его), а процедуры могут быть очень ограничены. Таким образом, степень развития таких процедур и степень разделения между правотворчеством и правоприменением может являться сравнительным критерием для классификации правовых систем на уровне их вторичных норм.

3.3. АНАЛИТИЧЕСКИЙ МЕТОД

Хорошо известен в англо-саксонском правовом мире, в меньшей степени — в остальном мире, анализ понятия «субъективное право» (*right*) американского профессора права У. Н. Хофельда.¹⁵ Он заметил, что понятие «субъективное право» используется в нескольких разных значениях. Оно может означать «требование», «власть», «свободу» или другие юридические понятия, которые Хофельд называет «иммунитетом» (избавлением от чужой юридической власти) и «привилегией» (исключением из более общего запрета). Это уточнение понятия «субъективное право» было важным шагом вперед в анализе его «глубинной структуры» и в выяснении фактического значения данного слова, используемого в нескольких различных контекстах. Кроме того, и самое главное, ученый изучал логические связи между различными группами значений понятия «субъективное право» и других понятий, таких, как «обязанность» или «ответственность». Например, если у вас есть право сделать «А», не может быть обязательства не делать «А». Хофельд выделил «правовые противоположности» (невозможно в одно и то же время иметь право и не иметь право на один и тот же объект, либо привилегию и обязанность на одно и то же поведение) и «правовые корреляты» (когда А имеет право по отношению к В, то у В есть коррелятивная обязанность по отношению к А).¹⁶

Здесь мы в основном заинтересованы в аналитической силе такого различия для сравнительного правоведа. Многие правовые концепции во всех правовых системах содержат иные связки «субъективных прав». «Имущество», например, включает в себя требование (невмешательства), свободу (использования) и власть (распоряжения). Исследуя на этом глубоком уровне, мы можем лучше видеть различия и общности как между правовыми системами, так и внешне схожими или различными концепциями (например, «сервитут» vs. «рабство», «ипотека» vs. «закладная»), используемыми во всех юридических языках. Широко известное в англо-саксонской традиции понятие «траст» неизвестно в континентальной Европе.¹⁷

¹⁵ *Hohfeld W. N. Fundamental Legal Conceptions, as Applied in Judicial Reasoning*. New Haven, 1919 (впервые опубликовано: *Yale Law Journal*. 1917, переиздано: Westport Conn, 1978). (Хофельд У. Некоторые основные юридические понятия в приложении к судебной аргументации // Правоведение. 2012. № 3. С. 203–227. — Прим. пер.)

¹⁶ *Ibid.* P. 36.

¹⁷ Интересно отметить, что после нескольких законодательных экспериментов в России в 1990-х гг. с введением понятия траст «законодатели и большинство русских ученых-цивилистов отклонили англо-американскую модель траста» (*Zhdanov A. A. Transplanting*

Однако при ближайшем рассмотрении оказывается, что в зависимости от контекста могут быть обнаружены довольно похожие конструкции и четкие различия в других случаях: например, возможность кредитора в некоторых случаях получить деньги с помощью третьего лица, как будто они его собственностью («навязанный траст»), что невозможно на континенте. Только на более глубоком уровне адекватное сравнение между трастом и континентальными правовыми понятиями и конструкциями становится возможным.

Брауэр и Хадж считают, что с помощью анализа Хофельда или другого анализа такого рода «частное право различных европейских стран может быть реконструировано с помощью ограниченного набора основных схожих понятий».¹⁸ По их мнению, такой набор основных понятий должен позволить создать правильное представление о содержании частного права и передать его всеобъемлемо и неизбыточно.¹⁹ Кроме того, характерным для основного понятия является то, что оно не может быть определено с точки зрения других более элементарных понятий.²⁰ Для Брауэра и Хаджа есть только два основных правовых понятия в частном праве: «обязанность» и «компетенция».²¹

Вышеперечисленные примеры приводят к выводу о том, что невозможно отделить понятия от правовых норм, к которым они принадлежат. Содержание правового понятия определяется действующими нормами, регулируемыми области, охватываемые данным понятием в рамках конкретной правовой системы в определенный момент времени. Тем не менее, иногда эти небольшие различия и некоторое общее ядро могут быть обнаружены благодаря таким понятиям, как «воля», «собственность», «государство» и т. д. По этой причине О. Френдберг разделил понятия, которые являются «системо-зависимыми», и понятия, которые (относительно) «системо-независимы».²² Он предложил работать с «идеальными типами» таких понятий.²³ Согласно Гедениусу, как отмечает Френдберг, системо-независимое определение понятия «собственность» содержит два элемента: «защита владения» и «свобода распоряжения». «Идеальный тип» понятия «собственность» (в техническом, а не нормативном смысле) сочетает полную защиту владения и абсолютную свободу распоряжения.²⁴ Все имеющиеся понятия собственности в различных правовых системах могут быть определены по шкале от большей или меньшей защиты владения и большей или меньшей свободы распоряжения. В сочетании с анализом Хофельда этот подход, вероятно, может быть уточнен, но идея использования «идеального типа» в сравнительном праве, безусловно, должна быть плодотворной.

the Anglo-American Trust in Russian Soil // 31 *Review of Central and East European Law*. 2006. P. 182). То, что сейчас называют в России «доверительным управлением», является договорным обязательством и не имеет много общего с англо-американским «трастом», который является концепцией права собственности.

¹⁸ *Brouwer P. W., Hage J. Basic Concepts of European Private Law // 15 European Review of Private Law*. 2007. P. 4.

¹⁹ *Ibid.* P. 7.

²⁰ *Ibid.* P. 12.

²¹ *Ibid.* P. 18.

²² *Frändberg Å. Systematics of Legal Concepts // 31 Scandinavian Studies in Law*. 1987. P. 88–91.

²³ Брауэр и Хадж, следуя терминологии, предложенной Х. Патнэм, называют их «шаблонные понятия» (*Brouwer P.W., Hage J. Basic Concepts of European Private Law*. P. 11).

²⁴ *Hedenius I. Analysen av äganderettsbegreppet // Filosofi och rättsvetenskap. / B. Belfrage, L. Stille (eds). Lund, 1975. P. 83.*

Узкий аналитический подход, в конце концов, может предложить фундамент для структурного сравнения правовых систем.

В 1973 г. А.-Ж. Арно опубликовал книгу *Essay d'analyse structurale du Code civil français*.²⁵ В этой работе Арно преследовал цель «расшифровать» Кодекс Наполеона, набросать его «евклидову геометрию». Что касается, например, обязательственного права, он различает «правовые противоположности», такие, как добровольно/принудительно, поступок, основанный на праве (законодательстве) или на действии (например, договор), обязанность дать или делать (в том числе не делать), обязанность дать вещь или дать деньги, равновесие или наоборот, взаимность или наоборот и т. д.²⁶ При выявлении глубинной структуры (французского) обязательственного права он обнаруживает таксономию с общим итогом 32 возможных или воображаемых отношений.²⁷ Арно делает вывод о том, что его противоположности не точно соответствуют «официальным» противоположностям, которые использованы в Кодексе (например: многосторонний/односторонний, случайный/коммутативный), но они предлагают концептуальную структуру, принципиально действительную для права, регулирующего (гражданские) обязательства в любой правовой системе.²⁸ Еще предстоит проверить, является ли концепция Арно правильной, но по крайней мере она обладает тем преимуществом, что предлагает структуру, построенную на основе аналитических исследований в одной правовой системе, в качестве рабочей гипотезы о ее применимости к любой другой правовой системе. Если бы это было правдой даже лишь частично, такая концепция стала бы важной несущей конструкцией для методологии сравнительного правоведения, так как данная концепция предлагает не только понятия, но и целую структуру, охватывающую всю область права, своего рода таблицу Менделеева для обязательственного права.

Самую амбициозную попытку определить «правовую грамматику» правовых систем с точки зрения их аналитического и структурного сравнения можно найти в работе Л. Поспишила.²⁹ Как антрополог права, он пытался выработать модель, которая могла бы быть использована для межкультурного сравнения как примитивных обществ, так и современных развитых правовых систем. Хорошо осознавая важность роли идеологии в праве, что наиболее очевидно в случае межкультурного сравнения, он подчеркивает необходимость «сравнительного анализа основных “правовых постулатов”, выведенных из культуры и ее институтов в целом, с одной стороны, и правовых ценностей, отделенных от *ius*, сформулированного в судебных решениях, — с другой».³⁰ На втором этапе он разработал анализ в терминах «правовых коррелятов», который должен представить логическим, систематическим, кратким и полным образом подразделы юридического понятия или области. Опять же, цель состоит в том, чтобы лучше понять на этом глубоком уровне сходства и различия между различными правовыми понятиями и правилами. Поспишил, например, обнаружил, что таким образом были структурированы все разные формы собственности в племени капауку в Папуа — Новой Гвинее в 1960 г. Для этого он использовал противоположности, такие, как вещи, «принадлежащие отдельным

²⁵ Paris: Librairie Générale de droit et de jurisprudence.

²⁶ Ibid. P. 94–125.

²⁷ Ibid. P. 122.

²⁸ Ibid. P. 121.

²⁹ Pospisil L. *Anthropology of Law: A Comparative Theory*. New York, 1971.

³⁰ Ibid. P. 345.

индивидам» или «принадлежащие группе». Некоторые из описанных им противоположностей, однако, четко связаны с культурой, такие, как право собирать лягушек.³¹ Поспишил называет систематическое множество таких правовых противоположностей «правовой грамматикой» анализируемых систем.³²

Можно сомневаться в том, возможно ли разработать такую сложную модель для сравнения правовых систем в самых разных культурных контекстах, но в сочетании с методами, о которых говорилось выше, она может быть полезна для понимания различных правоотношений и концептуальных основ в других культурах, а также для определения наиболее адекватных уровней сравнения различающихся правовых систем.

3.4. КОНТЕКСТНО-ПРАВОВОЙ МЕТОД

Все ученые-правоведы согласятся, что сравнительное исследование не может быть ограничено буквальным сравнением правовых норм, концепций или систем. Даже национальная правовая доктрина, по крайней мере, принимает во внимание способы применения закона на практике, насколько это вытекает из судебных решений. С другой стороны, контекстно-правовой метод не может быть изолирован от других методов. Для адекватного понимания права они должны дополнять друг друга и быть взаимозависимыми. В то время как некоторые формы аналитического метода могут осуществляться на более абстрактном, концептуальном уровне, оторванном от основной социальной реальности, с иными способами сравнения дело обстоит по-другому. Функциональный метод уже по определению относится к контексту: с помощью какой правовой конструкции решается та или иная социальная проблема? Если общество хочет, чтобы его гражданин действовал ответственно и осторожно, дабы избежать причинения вреда другим, оно может использовать деликтное право, договорное право, уставные обязательства, «субъективную» или «объективную» ответственность и т. д. В разных правовых системах и в разных ситуациях законодатели (или судьи) могут выбрать различные средства для достижения одинакового результата. В целях обеспечения возмещения ущерба они могут вводить обязательное страхование или иные способы, которые должны привести к сбалансированной распределительной справедливости, как предусматривает мировоззрение (большинства) членов данного общества. Таким образом, функциональный метод, по крайней мере до некоторой степени, включает контекстно-правовой метод.

Из нескольких вышеуказанных примеров видно, что структурный метод и частично аналитический метод не могут быть применены без хотя бы минимального использования контекстно-правового подхода, даже если на практике это использование зачастую более скрыто, чем явно.

Существует ряд возможных контекстно-правовых методов исследования. Можно просто указать на некоторые общеизвестные контекстные элементы, как, например, либеральное экономическое мировоззрение, лежащее в основе Европейского Союза; можно использовать данные исторических, социологических, антропологических, психологических и др. исследований или даже провести такое исследование самому; можно

³¹ Ibid. P. 295.

³² Ibid. P. 346.

создать большой междисциплинарный компаративистский проект, в котором несколько неправовых дисциплин будут объединены вместе. Многое будет зависеть от направленности исследования и имеющихся знаний, заинтересованности исследователя, времени и финансовых средств при выборе типа и объема контекстно-правового подхода.

Направляя цели контекстно-правового подхода на понимание права, исследователь действует как иностранец по отношению к правовой системе, которую он исследует, объясняя, почему закон таков, каков он есть. Безусловно, это предполагает и эмпирическое наблюдение. Оно, в свою очередь, может привести к основным пояснительным предложениям, как подчеркивает Д. Г. Мерриман, например: «Развитая правовая система содержит процедуры контроля за административной законностью». ³³ Такие гипотезы о более универсальных характеристиках правовых систем должны и могут быть проверены с помощью эмпирических данных.

(Разные) институциональные контексты в сравниваемых странах или обществах играют важную роль в объяснении очевидных различий в праве и юридической практике. Например, Адамс, Уейерс и Гриффитс показали, в какой степени различные системы здравоохранения влияют на юридическую практику, касающуюся эвтаназии (или, точнее, «медицинского поведения, которое потенциально сокращает жизнь»). ³⁴ Ссылаясь на К. Раеса, К. Лемменс подчеркнул важность налогового законодательства в объяснении неимущественного вреда, который детально регулируется в бельгийском законодательстве. ³⁵

Представляется очевидным, что прецедентное право не всегда предполагает правильную картину живого права в обществе. Если, например, в какой-то стране не существует прецедентного права вообще, это может означать, что закон устарел, что основная социальная проблема исчезла, но также это может значить, что существовавшие ранее проблемы по толкованию закона были уже урегулированы и больше не решаются судом, так как все прекрасно знают, как применять закон. Это также может означать, что существует параллельное наряду с законом регулирование (мафия, например). Суды — это больницы социального порядка. Только «больные» дела доходят до суда. Здоровые дела остаются невидимыми для судебных решений. Для общей оценки юридической реальности и анализа судебных решений сравнительное исследование должно быть дополнено некоторыми социолого-правовыми исследованиями.

Юридическая социология, в свою очередь, не может охватить все аспекты реальности и должна, насколько это необходимо в соответствии с исследовательской задачей, быть дополнена экономическим анализом права, и/или юридической психологией, и/или другими дисциплинами. Исследователям всегда придется искать баланс между идеальной структурой

³³ *Merryman J. H. Comparative Law and Scientific Explanation // Merryman J. H. The Loneliness of the Comparative Lawyer and Other Essays in Foreign and Comparative Law. The Hague; London; Boston, 1999. P. 478–502 (впервые опубликовано: Law in the USA in Social and Technological Revolution / J. N. Hazard & W. J. Wagner (eds). Brussels, 1974. P. 81–104).*

³⁴ *Adams M., Griffiths J. Against “comparative method”: explaining similarities and differences. P. 293–296; и более основательно см.: Griffiths J., Weyers H., Adams M. Euthanasia and Law in Europe. Oxford, 2008.*

³⁵ *Lemmens K. Comparative Law As an Act of Modesty: a Pragmatic and Realistic Approach to Comparative Legal Scholarship // Practice and Theory in Comparative Law / M. Adams, J. Bomhoff (eds.). P. 324.*

исследования, с одной стороны, и тем, что целесообразно в нынешних условиях, с учетом таких ограничителей, как время, деньги и имеющиеся знания, — с другой.

Распространенный подход «эмпирико-правовых исследований», который стал популярным в США и постепенно набирает силу в Европе, является своего рода скромной правовой социологией без амбиций создания великих теорий, но направлен на проверку имплицитных допущений закона и эффективности законодательства. Должно быть очевидно, что такая эмпирическая проверка является не только полезной, но очень желательной или даже необходимой. В некоторых случаях более широкое сравнительное исследование, которое выходит за границы одной правовой системы, может предложить более надежную информацию по сравнению с чисто внутренним исследованием.³⁶

Эмпирические наблюдения в сравнительном исследовании могут осуществляться с помощью одного или нескольких различных способов, известных в области социальных наук. В основном используются качественные методы, но все чаще делаются попытки использования в правовых исследованиях количественных методов.³⁷ Однако здесь мы не можем вдаваться в подробности по данному вопросу.

3.5. ИСТОРИЧЕСКИЙ МЕТОД

На самом деле, исторический метод является лишь частью контекстно-правового метода, в контексте современных законов сравниваются между собой их исторические корни. Особенностью исторического подхода является то, что его использования нельзя избежать в любом сравнительном исследовании. Полное понимание права таким, как оно сегодня функционирует в определенных обществах, возможно только тогда, когда известно, откуда оно пришло и почему оно такое, какое оно есть сегодня. Не случайно среди историков права «сравнительно-правовая история» стала весьма популярной в последнее десятилетие.³⁸

Для компаративистов информация и источники по истории права, как правило, более доступны, чем для других форм контекстно-правовых подходов. В традиционной правовой доктрине многие публикации включают в себя несколько исторических глав или, по крайней мере, содержат исторические справки об источниках некоторых правовых понятий, правовых норм, юридических конструкций и т. д. Историческое исследование неизбежно использует социологические, экономические, психологические и/или другие контекстные данные. Таким образом, оно может охватывать полный контекстно-правовой подход.

Исторические сравнения могут не только объяснять происхождение и причины того, почему право в обществе сегодня такое, какое оно есть; но в некоторых случаях они могут показать, что правила или подходы к праву, которые мы находим в одной правовой системе сегодня, присутствовали

³⁶ См., напр.: *Meuwese A., Versteeg M. Quantitative Methods for Comparative Constitutional Law // Practice and Theory in Comparative Law / M. Adams, J. Bomhoff (eds.). P. 230–257.* Что касается эмпирического исследования в сравнительном правоведении, см. там же: *Coninck J., Schauer F., Adams M. and Griffiths J.*

³⁷ В том числе в сравнительном исследовании, см. предыдущую сноску.

³⁸ С 2013 г. выходит журнал *Comparative Legal History*, публикуемый издательством Hart, Oxford.

в прошлом в другой правовой системе, в то время как действующее законодательство или представления о нем сегодня другие. Различия могут появляться только как различия на определенных этапах развития правовых систем, или различия как выход из напряженности между двумя противоположными взглядами, один взгляд главенствует в одном обществе, по крайней мере, в течение некоторого времени, тогда как другая точка зрения стала доминирующей в другой правовой системе (немного похоже на победы и проигрыши правого и левого крыла политических партий на парламентских выборах на Западе).

Пример: в толковании договоров Англия, Франция и Германия придерживаются разных позиций относительно того, что определяет смысл договора. В Англии это (только) текст договора, во Франции — субъективная воля договаривающихся сторон, а в Германии — «объективированная» воля (то, что каждая из сторон может разумно понимать намерения другой договаривающейся стороны). Историческое исследование, однако, показывает, что (французская) теория субъективной воли была доминирующей в Германии во второй половине XIX в. и получила центральное место в английском праве примерно в тот же период, в то время как более объективный подход к толкованию был популярным среди французских адвокатов к концу XVIII в. На самом деле, каждый из этих подходов к договорному праву обладал ведущими позициями в каждой из этих стран на определенном историческом этапе. Это в основном вопрос исторического совпадения, которое объясняет различия между сравниваемыми правовыми системами в недавнем прошлом.³⁹

Исторический метод может, таким образом, как следует из данного примера, выявить другие сходства и/или различия на более глубоком уровне, по сравнению с тем, что вытекает из анализа на поверхностном уровне.

4. УРОВНИ СРАВНЕНИЯ

Уровни сравнения могут быть выделены различными способами.

4.1. МАКРО- И МИКРОУРОВНИ

Наиболее классическим является выделение макро- и микро- уровней, сравнение правовых систем в отличие от сравнения более конкретных норм и правовых решений социальных проблем в различных правовых системах.

Своеобразным случаем является сравнение права ЕС с национальным законодательством. Поскольку структура обоих типов правовых систем, а также их основные цели различаются, это будет влиять на выбор методов сравнения.

Р. Деусс привел в качестве примера отрицательное воздействие закона ЕС о национальных страховых полисах, вызванное главным образом различными нормативными целями, преследуемыми на каждом уровне: интеграция рынков на уровне ЕС, регулирование страхового рынка на

³⁹ Более подробный анализ см.: *Van Hoescke M. Deep Level Comparative Law // Epistemology and Methodology of Comparative Law / M. Van Hoescke (ed.). Oxford, 2004. P. 181–190.*

национальном уровне.⁴⁰ Это означает, что функциональные, структурные и аналитические методы должны применяться на более глубоком уровне, где будут приняты во внимание более фундаментальные различия между сравниваемыми правовыми системами и нормативными актами. Кроме того, структурная взаимозависимость обеих правовых систем удерживает исследователя от сравнения их, как если бы они были отдельными и независимыми единицами. «Межуровневые сравнения», утверждает Деусс, «должны быть четко связаны с взаимодействием уровней между собой и попытаться охватить два уровня в пределах одного анализа».⁴¹

Таким образом, это зачастую приводит к комбинации различных методов, используемых в таких пересекающихся уровнях сравнения. Типичным примером является сравнение институтов ЕС и процессов принятия решений с традиционным разделением властей в национальных государствах: парламент, правительство, суды. Для того чтобы понять разницу, необходимо проанализировать отличительные функции этих учреждений на обоих уровнях (функциональный метод), изучить различные компетенции каждого органа для того, чтобы нарисовать полную картину сходств и различий (аналитический метод), описать все процессы взаимодействия между различными органами (структурный метод) и, наконец, представить все это в исторической перспективе (исторический метод).

4.2. ОСНОВОПОЛАГАЮЩИЕ ОБЩИЕ И ПРОФЕССИОНАЛЬНЫЕ ПРАВОВЫЕ КУЛЬТУРЫ

На более глубоком уровне также располагается сравнение правовой культуры, правовой аргументации,⁴² процесса принятия судебных решений,⁴³ стилей составления юридических документов, различных подходов к правовым источникам⁴⁴ и толкованию закона⁴⁵ (например, использование *travaux préparatoires* (подготовительных законодательных материалов — *фр.*)), роли правовой доктрины, роли юридической профессии,⁴⁶ роли формы закона в отношении к его содержанию.⁴⁷ Такие сравнительные исследования имеют сильное теоретическое измерение и пытаются показать фон, на котором формируются правовые системы и применяются теми, кто работает в условиях данных правовых культур.

Методами, используемыми для сравнения на этом уровне, будут в основном аналитический и исторический: выявление скрытых взглядов на мир, которые определяют отношение к праву.

⁴⁰ *Dehousse R.* Comparing National EU Law: The Problem of Level of Analysis // 42 American Journal of Comparative Law. 1994. P. 770.

⁴¹ *Ibid.* P. 772.

⁴² *Bomhoff J.* Comparing legal argument // Practice and Theory in Comparative Law / M. Adams, J. Bomhoff (eds.). P. 74–95.

⁴³ *Lasser M.* Judicial Deliberations: A Comparative Analysis of Judicial Transparency and Legitimacy. Oxford, 2004.

⁴⁴ *Interpreting Precedents: A Comparative Study* / N. D. MacCormick & R. S. Summers (eds.). Dartmouth, 1997; *Komárek J.* Reasoning with Previous decisions // Practice and Theory in Comparative Law / M. Adams, J. Bomhoff (eds.). P. 49–73.

⁴⁵ *Interpreting Statutes: A Comparative Study* / N. D. MacCormick & R. S. Summers (eds.). Dartmouth, 1991.

⁴⁶ *Van Caenegem R.* Judges, Legislators and Professors. Cambridge, 1987.

⁴⁷ *Atiyah P. S., Summers R. S.* Form and Substance in Anglo-American Law. Oxford, 1987.

Даже если такие основополагающие правовые культуры и мировоззрения не являются как таковые частью позитивного права, они часто имеют решающее влияние на окончательное содержание права, применяемого на практике.⁴⁸

4.3. ПРАВО В ДЕЙСТВИИ VS. ПРАВА В КНИГАХ

В реальности, право в действии может (существенно) отличаться от права в книгах. Большинство юристов хорошо об этом знают. Именно поэтому сравнение на уровне норм должно быть дополнено, или в некоторых случаях начато, сравнением судебных решений. В случае, например, если законодательные акты приняты совсем недавно или отсутствуют другие источники на языке, которым владеет исследователь, сравнение будет ограничено уровнем законодательства. Однако в любом независимом сравнительно-правовом исследовании должны быть изучены как законодательство, так и прецедентное право — ведь во всех правовых системах как в общем праве, так и в континентальном праве они имеют решающее значение для изучения права.⁴⁹ Такое исследование может показать, как разные нормы и доктринальные основы могут привести к аналогичным решениям или как аналогичные нормы и/или доктринальные основы могут привести к расхождению в практических решениях. Основной причиной этого является то, что особенно в сложных делах судьи в первую очередь видят желательное решение для дела, которое впоследствии они пытаются выстроить с помощью правовых инструментов, доступных в рамках их правовой системы.

Тем не менее конкретные доктринальные основы правовой системы и/или скрытые парадигмальные взгляды могут блокировать определенные результаты и продвигать другие, как это будет видно на примере толкования договоров далее в главе 4.4.

4.4. ПОВЕРХНОСТНЫЙ УРОВЕНЬ VS. ГЛУБОКОГО УРОВНЯ

Более глубокий взгляд на поверхностные сходства и/или различия между правовыми системами может показать, что адекватное сравнение возможно на более глубоком уровне доктринальной основы или парадигмальной структуры. Э. Рабель считал целью сравнительного права продвижение на более глубокий уровень, с тем чтобы получить истинное понимание права.⁵⁰

⁴⁸ Для объяснения различного применения одних и тех же европейских норм в Англии и в Италии под влиянием традиции см., напр.: *Nebbia P. Unfair Terms in Consumer Contracts: An Anglo-Italian Comparison // The Harmonisation of European Private Law / M. Van Hoescke & F. Ost (eds.). Oxford, 2000. P. 179–188.*

⁴⁹ Столетие назад Р. Паунд опубликовал свою знаменитую статью *Law in Books and Law in Action* (44 *American Law Review*. 1910. P. 12–86), в которой он в основном комментировал, иногда одобряя, иногда не одобряя, то, что судьи, прокуроры и полиция намеренно не следуют писаным законам. По его мнению, сделать «право в книгах таким, чтобы право в действии соответствовало ему», это задача юристов (с. 86).

⁵⁰ *Rabel E. Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung. S. 279–301* (неперездано: *Rabel E. Gesammelte Aufsätze / H. G. Leser. (ed.). Vol. III: Arbeiten zur Rechtsvergleichung und zur Rechtsvereinheitlichung 1919–1954. S. 6–7*).

Пример 1. Международное частное право: правила юрисдикции.

Р. Майклс показал, что не только правила различаются в США и Европе, когда необходимо определять, какие суды обладают юрисдикцией в случае вовлечения в дело нескольких стран, но, более того, «судьи по-разному думают о том, как применять юрисдикционные правила и они даже по-разному думают о том, что такое юрисдикция. Американцы и европейцы не согласны с ответами, потому что они не согласны с соответствующими вопросами».⁵¹

Так, например, «несмотря на то что территориальность и государственные границы играют центральную роль и в американском, и в европейском понимании юрисдикции, они тем не менее играют разные роли в каждой из этих парадигм. В национальной парадигме США границы являются одним из *ограничений*. Полномочия суда доходят до границ государства, не выходя за их пределы. В противоположность этому, роль государственных границ в международной европейской парадигме определяется *установлением места*: местоположение события или партии определяет орган, который обладает юрисдикцией».⁵² Это означает, что адекватное сравнение должно происходить на уровне основных парадигм, а не только на уровне законодательства или прецедентного права.

Пример 2. Толкование договоров.

Во Франции Кассационный суд на протяжении более чем двух веков расценивал толкование договоров как вопрос факта, а не как вопрос права и, следовательно, относил такие вопросы к компетенции судов низшей инстанции. В результате вопросу толкования договоров удавалось избегать контроля Кассационного суда, который следит только за правильностью применения закона, а не за достоверностью фактов. Однако для того чтобы иметь возможность контролировать толкование договоров, Кассационный суд разработал теорию *dénaturation de l'acte* (выхолащивания содержания акта — *фр.*), которая предполагает, что тексты могут иметь «ясное значение» сами по себе, так что любое «расходящееся» толкование будет несовместимым с «реальным значением» этого текста. В случае отхода судей от этого «очевидного смысла» Кассационный суд отменяет решение. Сочинения по юридической доктрине концентрируются на данной проблеме больше, чем на методах интерпретации и аргументации нижестоящими судами за пределами случаев, где якобы имело место «выхолащивание содержания акта». Ни в какой другой правовой системе, представляется, нет подобного подхода в связи с отсутствием «кассации» французского образца, предусматривающей возможность полного пересмотра дела, или в связи с наличием иных теорий (теории «выхолащивания содержания акта» нет ни в какой другой стране, где был введен кодекс Наполеона).

В Германии дискуссии сосредоточены на довольно различающихся статьях Гражданского кодекса о толковании договоров (§ 157 ГГУ) и о «волеизъявлении» в рамках любого правового акта (§ 133 ГГУ).

В Англии толкование договоров не является предметом само по себе, но обсуждается в других контекстах, например, при решении вопроса о том, было ли «встречное предоставление». Тем не менее понятие

⁵¹ *Michaels R. Two Paradigms of Jurisdiction // 27 Michigan Journal of International Law. 2006. P. 1011.* — Он определяет американскую парадигму как «вертикальную, одностороннюю, национальную и политическую», а европейскую как «горизонтальную, многостороннюю, международную и аполитичную».

⁵² *Ibid.* P. 1058.

«встречное предоставление» неизвестно в странах континентального права и, как правило, связано с понятием контракта, принятым в общем праве.

Это означает, что любое сравнение законодательства, судебной практики и правовой доктрины на поверхностном уровне практически невозможно или бессмысленно. Сравнение должно проводиться на более глубоком (парадигмальном) уровне основополагающих взглядов и теорий о значении и интерпретации.⁵³

При сравнении права в радикально различных правовых культурах очевидно, что значимое сравнение будет возможно только на более глубоком уровне основополагающей культуры, а не на поверхностном уровне норм и понятий. Здесь поверхностный уровень сравнительного права неизбежно превращается в глубокий уровень сравнительного права и становится преимущественно юридической антропологией.

4.5. ДОКТРИНАЛЬНАЯ ОСНОВА VS. ОСНОВОПОЛАГАЮЩЕЙ ПРАВОВОЙ КУЛЬТУРЫ

4.5.1. Три основные концептуальные основы в мире

В частном праве очень влиятельными во всем мире были три концептуальные правовые основы: общее право,⁵⁴ французский Гражданский кодекс и немецкое *Bürgerliches Gesetzbuch* (Гражданское уложение — нем.). На самом деле практически все правовые системы национальных государств используют одну из них или комбинации двух или более из них. Благодаря колонизации английское общее право было распространено во всей Северной Америке, в Австралии и Новой Зеландии, некоторых частях Африки и Азии. В Европе его влияние было ограничено Уэльсом, Ирландией и, в меньшей степени, Шотландией. После обретения независимости правовые системы латиноамериканских стран были в значительной степени основаны на римском и французском гражданском праве. Начиная с XX в. на этом континенте наблюдалось растущее влияние общего права. «В результате этого мы имеем мозаику из весьма разнообразных правовых систем, которые, даже если находятся в кругу семьи “континентального права”, имеют специальную окраску с собственными и специфическими характеристиками».⁵⁵

Это не привело к восстановлению концептуальных правовых основ континентального права в странах Латинской Америки, но способствовало трансплантации вариантов практических правовых решений из других правовых традиций там, где это представлялось целесообразным.

В Африке бывшие французские, бельгийские и португальские колонии в значительной степени унаследовали *Code Napoléon*. Только Южная Африка занимает особое место со своим наследием римско-голландского права в сочетании с общим правом.

⁵³ Более детальный анализ см.: *Van Hoescke M. Deep Level Comparative Law // Epistemology and Methodology of Comparative Law / Van Hoescke M. (ed.) Oxford, 2004. P. 165–195.*

⁵⁴ О территориальном распространении общего права см.: *McPherson B. The Reception of English Law Abroad. Brisbane, 2007. Ch. 8. P. 295–325.*

⁵⁵ *Kleinheisterkamp J. Development of Comparative Law in Latin America // The Oxford Handbook of Comparative Law / M. Reimann & R. Zimmermann (eds.) Oxford, 2006. P. 300.*

В исламских странах часть гражданско-правовых принципов вывела из Корана, но в других странах бывшие колонизаторы были более влиятельны, как, например, Франция в странах Магриба, или в случае с Турцией, где в основном импортирован европейский кодекс (ГГУ в данном случае).

В России после 1991 г. правовая доктрина должна была, в значительной степени, взять новый старт в рамках новой парадигмальной основы. Необходимость быстрых законодательных изменений заставляла российских законодателей искать вдохновение в западноевропейских кодексах.⁵⁶ До середины XIX в. большинство профессоров права были немцами, языком обучения были латынь или немецкий. Правовая доктрина, сложившаяся в период с XIX до начала XX в., была уничтожена в 1917 г. коммунистической революцией. До начала 90-х гг. XX в. в гражданском праве полностью доминировала коммунистическая идеология, а позднее все чаще осуществлялись попытки совместить эти идеологические предпосылки с необходимостью удовлетворения потребностей социальной реальности. Это привело к появлению непосредственной правовой доктрины.⁵⁷ Кроме того, часть традиционных гражданских дел, таких, как предоставление квартиры или выселение из квартиры (государственными органами), регулировалась административным правом, следовательно, это ограничивало сферу гражданского права.

Что касается Восточной Азии: «Современные правовые системы Японии, Кореи и Китая были когда-то сформированы посредством рецепции западных правовых моделей, хотя в разной степени и в различных формах».⁵⁸ Эти западные правовые модели были главным образом немецкими. Общее право также распространилось на часть Азии, главным образом Индию.

Центральная и Восточная Европа снова восприняли римскую традицию права во второй половине XX в. после нескольких десятилетий коммунизма. Более того, в 1990-х гг., стремясь вступить в Европейский Союз, они были заинтересованы в восприятии как можно в большей степени западноевропейского права для модернизации своего частного права.

Северные страны Европы никогда не принимали французское, немецкое или английское право, но их доктринальные основы в значительной степени находились под влиянием немецкой правовой науки.

В Европе на сегодняшний день все правовые системы являются смешанными. Нидерланды, например, начинали с *Code Napoléon* в 1804 г. и в основном придерживались его до 1838 г., когда был принят их *Burgerlijk Wetboek* (Гражданский кодекс — нидер.). Позже немецкая правовая доктрина здесь стала более влиятельной, чем в других странах, которые последовали традиции Кодекса Наполеона. Это привело к принятию нового *Burgerlijk Wetboek*, который вступил в силу в 1992 г. (большая часть его была завершена еще за много лет до этого). В течение последних нескольких десятилетий в Нидерландах наблюдается заметное влияние англосаксонской доктрины: как английского, так и американского ее вариантов.

⁵⁶ Reid E. The Law of Trusts in Russia // 24 Review of Central and East European Law. 1998. P. 43.

⁵⁷ О праве собственности см.: Cameron G. D. The Development of Individual Property Rights Under Soviet Law // 14 American Business Law Journal. 1977. P. 333–355.

⁵⁸ Kitagawa Z. Comparative Law in East Asia // The Oxford Handbook of Comparative Law / M. Reimann & R. Zimmermann (eds.). Oxford, Oxford University Press, 2006. P. 259.

Благодаря праву ЕС, а также европейскому гуманитарному праву, из французской и немецкой правовой доктрины в другие правовые системы вошли такие понятия, как (континентальный) принцип добросовестности (восприняли Великобритания и Ирландия) или (немецкий) принцип пропорциональности (другие государства — члены ЕС). Конечно, это не обязательно означает аналогичное использование или интерпретацию этих принципов в странах, куда они переносятся.⁵⁹

4.5.2. Разнообразие применения в соответствии с локальной правовой культурой

Концептуальные основы — это одно, содержание права (ценности, принципы, нормы) и отношение к праву — это другое.

Конечно, понятия не могут быть полностью изолированы от норм или от своих основополагающих принципов. Собственность, брак, лизинг, договор, сервитут и право пользования имеют некоторый общий основной смысл по всему миру, даже если различия весьма серьезные (например, принятие или непринятие гомосексуальных или полигамных браков). Однако культурные основания могут создавать довольно различное содержание, например, нормы в Конго были буквально скопированы с бельгийского Гражданского кодекса (но тем не менее Конго не признает моногамии). Японское гражданское право не стало немецким, несмотря на использование немецкой доктрины, а неформальные правила по-прежнему играют важную роль, когда речь заходит о (не) применении права.⁶⁰

Также в рамках одной правовой системы старые традиции могут создавать новое право, которое толкуется таким образом, что блокируются все изменения.⁶¹

Этот более глубокий уровень основополагающих культурных различий имеет первостепенное значение для правильного определения сходств и различий на поверхностном уровне, в первую очередь, но не исключительно, когда сравниваются правовые системы государств с весьма различными культурными традициями.

5. TERTIUM COMPARATIONIS

Для сравнения, как подчеркивалось выше, нам нужен *tertium comparationis* (третий член сравнения — лат.).⁶² Мы не должны смотреть на зарубежные правовые системы с точки зрения доктринальных основ нашей собственной правовой системы, нам необходимо попробовать выйти за ее

⁵⁹ См., напр: *Teubner G. Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences // The Europeanisation of Law: the Legal Effects of European Integration / F.G. Snyder (ed.). Oxford, 2000.*

⁶⁰ *Kitagawa Z. Comparative Law in East Asia. P. 251–253.*

⁶¹ Как уже упоминалось выше, например, разное применение одних и тех же европейских норм в Англии и Италии под влиянием традиции, как это проанализировано в: *Nebbia P. Unfair Terms in Consumer Contracts: An Anglo-Italian Comparison // The Harmonisation of European Private Law / M. Van Hoecke & F. Ost (eds.). Oxford, 2000. P. 179–188.*

⁶² Данная концепция уже была использована Э. Рабелем в 1924 г.: *Rabel E. Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung. S. 279–301* (переиздано: *Rabel E. Gesammelte Aufsätze / H.G. Leser (ed.). S. 6).*

пределы с помощью внешних «нейтральных» элементов, используемых для сравнения правовых систем: «компаративисты должны искоренить предубеждения родной правовой системы». ⁶³ «Действительно, описание права — это не «объективная» деятельность, оно не дает «чистых фактов», которые все увидят одним и тем же образом, как при сравнении цветка с деревом или собаки с кошкой». ⁶⁴ Изучение понятий, норм, институтов, — того, как они устроены в других обществах, — по крайней мере на первом этапе, всегда происходит на фоне собственной правовой системы и ее доктринальных основ. Компаративисты главным образом хотели подчеркнуть с помощью *tertium comparationis* именно необходимость быть в курсе такого смещения и тем самым попытаться выбраться из собственной концептуальной основы. Каким может быть этот *tertium comparationis* и как его найти, остается неясным. Стоит ли сравнивать яблоки с апельсинами со ссылкой на бананы, или груши, или лимоны? Или на абстрактное понятие «фрукт»? Что может быть *tertium comparationis* при сравнении развода, даваемого мужем жене в исламском праве, с разводом в западном праве?

На самом деле, то, что на начальном этапе оказывается обоснованным предупреждением от предвзятости, в сравнительном исследовании ошибочно воспринимается как часть сравнительного метода. Н. Янсен проанализировал понятия и методы сравнения в исторической лингвистике и в сравнительном религиоведении и пришел к следующему выводу в отношении последней: «Таким образом, *tertium comparationis* не могут быть определены как часть метода; сравнение должно оставаться открытым для новых идей. Тем не менее в результате успешного сравнения, возможно, бессознательно разрабатывается сравнительный язык второго порядка, который описывает понятия, составляющие различные верования. Он очень полезен для анализа сложных общих черт и различий разных религий; в целом он представляет собой большой объем сравнительных знаний». ⁶⁵

Выше, при обсуждении методов сравнительно-правового исследования, мы видели, как в большинстве случаев, сосредоточивая внимание на сравнительной методологии, компаративисты пытались разработать относительно нейтральный язык второго порядка для описания понятий, которые составляют различные правовые системы, даже если в прикладном сравнительном исследовании использовался, главным образом, язык первого порядка.

Вместо того чтобы искать *tertium comparationis*, компаративистам следует в действительности разрабатывать такой сравнительный язык второго

⁶³ Zweigert K., Kötz H. Introduction to Comparative Law. 3rd ed. Oxford, 1998. P. 35. (Полная цитата: «О других функциях сравнительно-правового исследования и вызванном ими к жизни международном диалоге о проблемах правовой науки в данной работе требуется лишь беглое упоминание: это осознанное проникновение в различные социумы и культуры нашей планеты, чтобы стимулировать постепенное отмирание закоренелых национальных предрассудков» (Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2 т. Том I: Основы. М., 2000. С. 28). — Прим. пер.)

⁶⁴ Но даже эти объекты воспринимаются одинаковым образом только в культурах, которым они известны, где кошки и собаки являются домашними животными и т. д. То, как мы видим вещи, всегда определяется нашим собственным опытом и мировоззрением. Следовательно, для человека не существует «объективных фактов», независимых от человеческой культуры.

⁶⁵ Jansen N. Comparative Law and Comparative Knowledge // The Oxford Handbook of Comparative Law / M. Reimann & R. Zimmermann (eds.). Oxford, 2006. P. 330.

порядка.⁶⁶ То, что представлено как *tertium comparationis*, иногда на самом деле является таким языком второго порядка.⁶⁷ Правовые системы могут быть правильно поняты только на их родном языке с их собственной внутренней точки зрения,⁶⁸ но для того чтобы сравнительное правоведеление развилось как дисциплина, должен быть разработан язык второго порядка.

Только в случае гармонизации права должен быть разработан новый общий юридический язык (первого порядка).⁶⁹

6. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Компаративисты располагают разнообразным инструментарием, содержащим в себе следующие методологические возможности.

— Функциональный метод направлен на изучение реально существующей социальной проблемы (например, авария на железной дороге) и путей ее решения в разных странах (выплата компенсаций потерпевшим), аналогичных или различных способов (например, договорная ответственность или ответственность из причинения вреда), с похожими или отличными результатами (например, наличие или отсутствие компенсации за чисто экономические потери). Основной упор делается на социальные проблемы и фактический результат использования правового подхода к их решению.

— С помощью аналитического метода изучаются (комплексные) правовые понятия и нормы (например, собственность) в различных правовых системах таким образом, чтобы обнаружить общее и отличное (притязания, правомочия, компетенции и т. д.). Использование «идеальных типов» позволяет ранжировать эти правовые понятия, нормы, институты по шкале в зависимости от степени близости к основным характеристикам «идеального типа».

⁶⁶ Здесь я не вступаю в дискуссию о (не) возможности создания «метаязыка» (см.: *Kjaer A. L. A Common Legal Language in Europe? // Epistemology and Methodology of Comparative Law / M. Van Hoescke (ed.). P. 377–398*). Каждая дисциплина разрабатывает собственные понятия. Эти «языки второго порядка», конечно, не являются полноценными языками, как эсперанто, но выступают когерентными концептуальными наборами инструментов. В некотором смысле, римское право действовало в Средние века как язык второго порядка для интерпретации локального обычного права.

⁶⁷ «В ходе предыдущих работ я определил, что несоответствия между субъективными намерениями и объективными заявлениями были расценены как правовые вопросы в соответствии как с английским правом, так и с французским. В связи с этим можно с известными допущениями предположить, что данные вопросы обеспечивают *tertium comparationis* для изучения, соответственно, английского и французского права, хотя они могут оказаться недостаточными для целей изучения других областей английского и французского договорного права» (*Valcke C. Reflections on Comparative Law Methodology — Getting Inside Contract Law // Practice and Theory in Comparative Law / M. Adams, J. Bomhoff (eds.). P. 33*). Это показывает, насколько язык второго порядка может частично пересекаться с юридическим языком сравниваемых правовых систем. Кроме того, мы видим, как некоторые понятия могут быть полезны на метауровне для какого-либо конкретного сравнения.

⁶⁸ По поводу этого см.: *Ibid.* P. 22–48.

⁶⁹ О проблеме гармонизации юридического языка см.: *Dannemann G. In Search of System Neutrality: Methodological Issues in the Drafting of European Contract Law Rules // Practice and Theory in Comparative Law / M. Adams, J. Bomhoff (eds.). P. 96–119*. См. также в том же томе: *Claes M., Visser M. Reflections on Comparative Method in European Constitutional Law. P. 143–169*.

— Структурный метод делает упор на основание права или его элементов, реконструированных посредством аналитического подхода. Это не структура каждой из сравниваемых правовых систем, но только один из способов их рассмотрения, который подтверждает свою способность дать ответ на поставленный исследовательский вопрос.

— Исторический метод почти всегда является необходимой частью методов, используемых для понимания различий и сходств между правовыми системами и для определения степени их принадлежности либо к глубоко укоренившейся традиции, либо к случайному историческому событию.

— Контекстно-правовой метод также неизбежно имеет историческое измерение, но фокусируется на текущем социально-правовом контексте, в том числе, в соответствующих случаях, на культуре, экономике, психологии, религии и т. д. По сравнению с функциональным или аналитическим методом он изучает гораздо более широкий контекст и предполагает использование (результатов) других дисциплин.

Большая часть этих методов поможет исследователю перейти от поверхностного уровня сравнения к более глубокому уровню: определить различные оттенки понятия «субъективное право», включенные в комплексные правовые понятия; изучить нормы и институты, лежащие в основе мировоззрения; выявить за видимыми различиями общую структурную основу; найти звенья истории, ослабляющие силу противостояния, казалось бы, противоположных и непримиримых подходов и т. д.

Можно также выделить иные уровни сравнения, каждый из которых подразумевает использование какого-либо метода (методов) в большей степени, чем других.

Первым является различие между микро- и макросравнением: изучение конкретных правовых проблем или конкретных правовых понятий, норм или институтов по сравнению с более широким подходом, например, сравнением общей организации государства или организации социального обеспечения.

Второе различие — это различие между сравнением содержания права и сравнением доктринальных основ, которые относительно независимы от содержания права (более «техническое» сравнение).

Повторим: выбор метода или уровня для сравнения будет зависеть, главным образом, от исследовательской задачи (задач), направляющей исследовательский проект.