

СРАВНИТЕЛЬНОЕ ПРАВО И КУЛЬТУРА: РАЗМЫШЛЕНИЯ О КУЛЬТУРНОМ ИЗМЕРЕНИИ ПРАВОПОРЯДКА

В. А. СЛЫЩЕНКОВ*



Слыщенко
Владимир Александрович,
кандидат юридических наук,
доктор права, заведующий
кафедрой сравнительного права
факультета права Московской
высшей школы социальных
и экономических наук (МВШСЭН)

В статье излагаются основные методы современного культурологического сравнительного правоведения, а также предпринимается сравнительное исследование российской правовой культуры применительно к свободе как юридической ценности. Аналитический и холистический подходы к изучению правовых культур представляют собой два конкурирующих направления культурологического сравнительного правоведения. В российской юридической доктрине холистический подход проявляется в основном в различных работах славянофильского толка. Напротив, в данной статье в русле аналитического подхода и с использованием достижений либертарно-юридического правопонимания правовая культура рассматривается как обособленная область общей культуры, опирающаяся на юридические ценности равенства и свободы. Изучение права как культурного явления вовсе не отрицает универсальность правовых принципов, например, прав и свобод человека, но сосредоточивает внимание на своеобразной конкретизации правовых принципов в условиях данной культуры. Поиск точек

соприкосновения между правовым началом равенства в свободе и традициями российской духовной культуры предполагает обращение к проблематике правового общения, в особенности на межличностном уровне. Достигнутое посредством правового общения взаимное признание подчеркивает чувственную составляющую правового общения, показывает участника правоотношения не только как самостоятельное лицо (единичную свободную волю), но и как личность, которая нуждается в общении с другим. В этих рамках намечаются основные контуры лично ориентированной трактовки правовой культуры. Для межличностного взаимодействия участников правового общения характерны взаимность и доверие, т. е. объединяющее чувство правовой дружбы. В дружбе человек остается свободным. Предпринятая в настоящей статье

* Slyshchenkov Vladimir Aleksandrovich — candidate of legal sciences, Ph. D. in Law, Head of the Department of Comparative Law of the Law Faculty of the Moscow High School of Social and Economic Sciences (MSSSES).

E-mail: vslyshchenkov@universitas.ru

© Слыщенко В. А., 2014

социально-психологическая разработка либертарно-юридической теории приводит к определению правопорядка как минимума дружбы.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: сравнительное правоведение, правовая культура, юридический позитивизм, либертарно-юридическая теория права, правовая дружба, лицо, личность.

SLYSHCHENKOV V. A. COMPARATIVE LAW AND CULTURE: THOUGHTS ON CULTURAL DIMENSION OF THE LEGAL ORDER

The article explains the principle methods of modern cultural comparative jurisprudence and performs a comparative study of the Russian legal culture with respect to freedom as a legal value. Analytic and holistic approaches to studies of legal cultures represent two competitive directions of the cultural comparative jurisprudence. In the Russian legal doctrine the holistic approach manifests itself mostly in various researches of the Slavophil trend. On the contrary, on the basis of the analytic approach and achievements of the juridical-libertarian theory of law, this article views legal culture as a separate sphere of general culture founded upon legal values of equality and freedom. Studying law as a cultural phenomenon in no way denies the universal character of the legal principles, such as human rights and freedoms, but rather focuses on a unique concretization of the legal principles in the environment of the given culture. The search for points of contact between the legal concept of equality in freedom and traditions of the Russian spiritual culture requires addressing the issues of legal communication, especially at the interpersonal level. Mutual recognition which is achieved through legal communication emphasizes the sensual component of the legal communication and shows a participant of a legal relation not only as an independent person (individual free will) but also as a personality who needs communication with another one. This framework outlines a personality oriented understanding of a legal culture. Interpersonal interaction between participants of the legal communication is characterized by reciprocity and trust, in other words, by the joining feeling of a legal friendship. An individual in friendship remains free. The socio-psychological development of the juridical-libertarian theory of law in this article leads to a definition of a legal order as a minimum of friendship.

KEYWORDS: comparative law, legal culture, legal positivism, juridical-libertarian theory of law, legal friendship, person, personality.

Настоящая статья посвящена некоторым проблемам сравнительного исследования правовых культур и вопросам изучения права как культурного явления. Рассматриваются нынешнее состояние культурологического сравнительного правоведения и понятие правовой культуры в свете теории права, предлагается критическая оценка некоторых теоретических подходов к проблематике правовой культуры, также обосновывается лично ориентированная трактовка правовой культуры.

Исследование включает три основные части. Первая часть посвящена изложению методов современной культурологической компаративистики. Различаются аналитический и холистический подходы, которые представляют собой два конкурирующих направления сравнительного изучения правовых культур. В этой части статья опирается на работы некоторых ведущих западных ученых, главным образом, Г. Тойбнера (аналитический подход), В. Г. Курран и П. Леграна (холистический подход). На этом этапе исследование носит в значительной степени описательный характер, что объясняется необходимостью по возможности подробно изложить основные методы культурологического сравнительного правоведения,

прежде чем приступить к рассмотрению теоретических вопросов правовой культуры в следующих частях статьи.

Во второй части проблематика правовой культуры изучается в свете теории права. Показаны теоретико-правовые основания трактовки правовой культуры, распространенных в российской юридической доктрине (В. С. Нерсисянц, А. В. Поляков, В. Н. Синюков). Подчеркивается различие между позитивистским правопониманием и субстанциальным правопониманием, к последнему относятся естественно-правовое учение и либертарно-юридическая теория права. На основе общего понимания культуры как совокупности воплощенных ценностей показывается несовместимость правовой культуры и позитивистского правопонимания ввиду отрицания последним правовых ценностей. Кроме того, на основе проведенного различия между лицом и личностью намечаются перспективы сравнения российской и западной правовой культуры по отношению к свободе человека как ценности.

Третья часть статьи обозначает контуры лично ориентированной трактовки правовой культуры. Излагается юридическая сторона понятия личности, раскрывается отличие личности от лица с правовой точки зрения. Различаются два уровня правового общения: правоотношение и межличностное взаимодействие; в связи с этим рассматривается социально-психологическое содержание правового общения, подчеркивается взаимосвязь дружбы и правопорядка. Тем самым выявляются новые точки соприкосновения универсальных правовых ценностей свободы и равенства с традициями российской духовной культуры.

АНАЛИТИЧЕСКОЕ И ХОЛИСТИЧЕСКОЕ НАПРАВЛЕНИЯ КУЛЬТУРОЛОГИЧЕСКОГО СРАВНИТЕЛЬНОГО ПРАВОВЕДЕНИЯ

Цель сравнительного правоведения, являющегося самостоятельной юридической наукой,¹ состоит в приобретении знания о праве как предмете изучения через сравнение юрисдикций, выявление и объяснение сходств и различий.² Являясь одним из направлений современной юридической компаративистики, культурологическое сравнительное правоведение исследует право как отражение культуры общества; изучаемый правопорядок рассматривается здесь внутри культуры, в единстве с культурным контекстом.³ Обычно этот взгляд акцентирует различия между правопорядками. Р. Коттеррелл разъясняет: «Право, погруженное внутрь культуры, с необходимостью, и это должно быть подчеркнуто, отличается от права, которое существует в другой культуре. Если каждая культура имеют свою собственную идентичность, то она отличается от всех других... Позиция большинства ведущих приверженцев культурологического подхода состоит в том, что букву правовой нормы можно прочитать *только* в культурном контексте, который и дает ей смысл. Если же она прочитана в отличающемся культурном контексте, то она просто будет другим правом (сохранен курсив оригинала. — В. С.)».⁴

¹ Нерсисянц В. С. Сравнительное правоведение: либертарно-юридическая концепция // Ежегодник сравнительного правоведения. 2001. М., 2002. С. 23.

² Sacco R. Legal Formants: A Dynamic Approach To Comparative Law (Installment I of II) // The American Journal of Comparative Law. Vol. 39. N 1 (Winter, 1991). P. 4–6.

³ Подробнее см.: Cotterrell R. Comparative Law and Legal Culture // The Oxford Handbook on Comparative Law. Oxford, 2006. P. 711–713; Варламова Н. В. Правовые культуры: введение в сравнительное изучение // Вопросы правоведения. № 3. 2010. С. 128–143.

⁴ Cotterrell R. Comparative Law and Legal Culture. P. 711–712.

В последние годы этот подход получил значительное распространение и развитие главным образом в связи со следующими обстоятельствами. Во-первых, культурная обусловленность права предоставила теоретическую основу для сравнительно-правовых исследований, противостоящих функциональному методу, однажды объявленному «основным методическим принципом сравнительного правоведения».⁵ Недостаточность и ограниченность функционализма породили сомнения в обоснованности утилитарных и инструменталистских воззрений на юриспруденцию как на социальную инженерию;⁶ в поиске более адекватных методов многие исследователи обратились к правовой культуре.⁷ Во-вторых, акцент на правовых различиях и разнообразии правовых культур в рамках культурологического сравнительного правоведения⁸ хорошо вписывается во влиятельную постмодернистскую парадигму.⁹

В целом сравнительное правоведение фокусируется как на различиях, так и на сходствах изучаемых юрисдикций,¹⁰ однако конкретное сравнительно-правовое исследование может акцентировать и подчеркивать или различия, или сходства в зависимости от целей или этапов исследования.¹¹ Равным образом культурологическое изучение сравнительного права может быть направлено не только на демонстрацию различий, но и на обоснование общности исследуемых право порядков.¹² С этой точки зрения Р. Циммерман пишет об общеевропейском частном праве,¹³ а в глобальном плане Н. В. Варламова, различая правовые и неправовые культуры в зависимости от главенства правовых принципов (формального равенства и личной свободы) в общественной жизни,¹⁴ объединяет культуры в западных странах на общей правовой основе.¹⁵

В рамках культурологической компаративистики следует провести границу между аналитическим и холистическим подходами. Для аналитического течения характерно отделение правовой культуры от общей культуры и соответствующее структурирование правовой культуры. Предлагается, например, выделять показатели правовой культуры (уровень коррупции, отношение населения к государственному регулированию, распространение юридических знаний и пр.),¹⁶ правовые форманты,¹⁷ стороны

⁵ Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. В 2 т. Т. 1. Основы. М., 2000. С. 50.

⁶ О праве как социальной инженерии см.: Там же. С. 72.

⁷ Cotterrell R. Comparative Law and Legal Culture. P. 710, 727–729, 733–734.

⁸ Ibid. P. 726–729.

⁹ Ван Эрп Э. Х. М. Европейское частное право: постмодернистские дилеммы и выборы. К методу адекватного сравнительного правового анализа // Ежегодник сравнительного правоведения. 2002. М., 2003. С. 20–26.

¹⁰ Dannemann G. Comparative Law: Study of Similarities or Differences // The Oxford Handbook on Comparative Law. Oxford, 2006. P. 396–401.

¹¹ Ibid. P. 401–418.

¹² Cotterrell R. Comparative Law and Legal Culture. P. 713–718.

¹³ Zimmermann R. Comparative Law and the Europeanization of Private Law // The Oxford Handbook on Comparative Law. Oxford, 2006. P. 539–578.

¹⁴ Варламова Н. В. Правовые культуры: введение в сравнительное изучение. С. 134.

¹⁵ Там же. С. 132–134.

¹⁶ Cotterrell R. Comparative Law and Legal Culture. P. 715–717.

¹⁷ Sacco R. 1) Legal Formants: A Dynamic Approach To Comparative Law (Installment I of II). P. 21–34; 2) Legal Formants: A Dynamic Approach To Comparative Law (Installment II of II) // The American Journal of Comparative Law. Vol. 39. N 2 (Spring, 1991). P. 384–387. — М. Грациадеи отмечает, что теория Р. Сакко «показывает, почему мы

правовой культуры в соответствии с типами социального действия.¹⁸ Напротив, холистический подход к изучению культуры и правовой культуры рассматривает культуру как единство ценностей, убеждений, правил поведения и пр.; право здесь погружено в ментальность и духовные основы общества, даже растворено в них.¹⁹ В контексте исследования российской правовой культуры идеи исконной самобытности, российского своеобразия и особого пути вдохновляют работы скорее холистического профиля.²⁰ Холистический подход к материалу может сочетаться с различением элементов правовой культуры, но в этом случае различие элементов не раскрывает соотношение между правом и культурой, а состоит в применении обусловленной другими соображениями схемы.²¹

* * *

Аналитический подход отграничивает право (правовую культуру) от прочих культурных явлений и структурирует правовую культуру, опираясь на эмпирические данные. Здесь появляется возможность рационального описания связей между правом и другими сторонами культуры: «Культура должна быть разобрана, чтобы можно было изучить, каким образом различные грани культуры относятся (возможно, по-разному) к праву».²² Например, факторы, которые, согласно К. Цвайгерту и Х. Кетцу, создают стиль правовой семьи (среди прочего — характер и особенности исторического происхождения и развития правовой системы, специфика юридического

должны противостоять искушению представлять “культуру” монолитной, а не приспособившейся и неоднородной многоуровневой структурой» (*Graziadei M. The Functional Heritage // Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions / eds. P. Legrand, R. Munday. Cambridge, 2003. P. 126*).

¹⁸ С опорой на предложенную М. Вебером классификацию Р. Коттеррелл выделяет различные отношения между правом и культурой в рамках целерационального, ценностно-рационального, традиционного и аффективного социального действия (*Cotterrell R. 1) Comparative Law and Legal Culture. P. 733–736; 2) Is There a Logic of Legal Transplants // Adapting Legal Cultures / eds. D. Nelken, J. Feest. Oxford; Portland, Oregon, 2001. P. 80–84*).

¹⁹ *Graziadei M. Comparative Law, Legal History, and the Holistic Approach to Legal Cultures // Zeitschrift für Europäisches Privatrecht. 1999. N 3. P. 531–543; Gordley J. Comparative Law and Legal History // The Oxford Handbook on Comparative Law. Oxford, 2006. P. 764–766.* — Однако ср. оговорку П. Леграна, одного из ведущих культурологических компаративистов, работающего в рамках холистического направления: «Правовая культура не является монолитной» (*Legrand P. Foreign Law: Understanding Understanding. P. 111 // www.pierre-legrand.com/understanding_understanding.pdf*).

²⁰ В частности, см.: *Величко А. М. Государственные идеалы России и Запада. Параллели правовых культур. СПб., 1999; Сорокин В. В. Понятие и сущность права в духовной культуре России. М., 2007.* — В этом духе Л. А. Петручак отмечает: «Преобразование же российского общества в общество западного типа неизбежно влечет противостояние сложившейся веками исторической памяти народа и идеалов, правовых ценностей и ментальных особенностей. Данный процесс может уничтожить традиционную самобытность и уникальность отечественной правовой культуры, в которой духовно-нравственный уровень выше буквы закона. Современное отечественное право скроено по образцу европейского законодательства и поэтому народом не воспринимается» (*Петручак Л. А. Правовая культура России и межкультурный диалог в условиях глобализации // Актуальные проблемы российского права. 2011. № 4. С. 14*).

²¹ Например, выделение следующих компонентов правовой культуры: право, правовое сознание и правомерное поведение (*Петручак Л. А. Правовая культура современного российского общества. М., 2012. С. 86*).

²² *Cotterrell R. Comparative Law and Legal Culture. P. 731.*

мышления, идеология),²³ предстают точками соприкосновения правовой культуры (правового стиля) и культуры в целом: «Стиль определяется человеческими представлениями, сформированными в процессе исторического развития, и в первую очередь особенностями развития духовной жизни».²⁴ Абстрактные показатели и критерии оценки правовой культуры аналитически обособляют право от общего культурного единства и позволяют приступить к надлежащему сравнению юрисдикций в культурологической перспективе, помогают выявлять не только различия, но и сходства правовых культур по отношению к этим критериям как третьему члену сравнения (*tertium comparationis*).²⁵

В русле аналитического течения культурологической компаративистики находятся сравнительно-правовые выводы из развиваемой Г. Тойбнером (с опорой на социологическую теорию Н. Лумана) трактовки права как аутопойетической (*autopoietic*) социальной системы. Этот взгляд одновременно признает и автономию права как одного из социальных дискурсов²⁶ по отношению к другим сторонам общественной жизни (экономике, политике и пр.), и влияющие последние на юридическую систему.

В теории систем аутопойесис означает самовоспроизводство и самоорганизацию системы для сохранения тождественности самой себе: «Понятие самоотносимых (*self-referential*) систем предполагает, что системы ищут опорные точки для своей деятельности не в окружающих условиях, к которым они приспосабливаются наилучшим образом (как в парадигме открытых систем), но в самих себе; более конкретно, самописание как внутренняя регулятивная программа организует системные процессы таким образом, что в своих операциях система соответствует этому самоописанию, а следовательно, постоянно создает саму себя с помощью этих операций».²⁷ Например, с этой точки зрения вторичные правила (правила о правилах) в концепции Г. Харта предстают одним из средств самоописания правовой системы.²⁸ Существенно, что главным элементом правовой системы как аутопойетического дискурса является не норма права и не человек, но коммуникация (единство высказывания, информации и понимания): аутопойесис прежде всего означает самовоспроизведение коммуникаций посредством возвратного применения коммуникаций к результатам предшествующих коммуникаций, право как сеть коммуникаций порождает правовые коммуникации.²⁹ А. В. Поляков объясняет философские предпосылки: основополагающее значение коммуникации связано с убеждением в невозможности объективного и абсолютного, независимого от человека знания, а также с представлением о структурированности любого знания языком. Таким образом, знание обусловлено коммуникативными

²³ Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. 1. С. 108.

²⁴ Там же. С. 111.

²⁵ Cotterrell R. Comparative Law and Legal Culture. P. 716.

²⁶ Дискурс понимается здесь согласно воззрениям М. Фуко как анонимная, безличная и не имеющая цели последовательность лингвистических событий, социальная практика, общественное использование языка, конструирующее реальность (*Teubner G. How the Law Thinks: Towards a Constructivist Epistemology of Law // Law & Society Review. Vol. 23. 1989. N 5. P. 735*).

²⁷ *Teubner G. Evolution of Autopoietic Law // Autopoietic Law — a New Approach to Law and Society / ed. G. Teubner. Berlin; New York, 1987. P. 220.*

²⁸ *Ibid.* P. 224.

²⁹ *Teubner G. How the Law Thinks: Towards a Constructivist Epistemology of Law. P. 740.*

возможностями человека: в социальном мире человек встречается не с объектами в традиционном смысле, а с самим собой в лице другого.³⁰

Устраняя «наивно-реалистическое предположение, будто сознательно действующие люди составляют основные элементы общества»,³¹ коммуникативное понимание правовой системы отличается антииндивидуалистической направленностью, но при этом избегает коллективизма.³² Именно право как социальный институт самостоятельно мыслит и познает окружающую действительность: «Право автономно обрабатывает информацию, создает миры смыслов, устанавливает цели и задачи, создает конструкции реальности и определяет нормативные ожидания — и все вполне независимо от взглядов на мир в умах юристов».³³ Автономия правового дискурса относительна, поскольку на него оказывают влияние другие виды социальных коммуникаций, а он со своей стороны воздействует на них. Любое юридически значимое действие принадлежит не только миру права, но и другим социальным системам (например, политике или естественным наукам), каждая из которых описывает данное действие своим языком.³⁴ Правовой дискурс вынужден учитывать другие конструкции реальности, поэтому в юриспруденцию проникают выводы и методы других наук (экономический анализ права, социология права и пр.).³⁵ Однако аутопойетическая правовая система способна подчинить эти чужеродные истины своему видению действительности, заново осмыслить их в собственных понятиях и, насколько возможно, придать им правовой смысл. Например, в той мере, в какой детерминистские выкладки психологической науки противоречат юридическим принципам индивидуальной вины и ответственности, они не применимы в юридической области.³⁶ Итак, «правовые коммуникации являются инструментами познания, с помощью которых право как социальный дискурс способно “видеть” мир».³⁷

Аутопойетическая система, продолжает Г. Тойбнер, одновременно самодостаточна в смысле операционной замкнутости (*operational closure*) и восприимчива к внешним воздействиям благодаря структурному сопряжению (*structural coupling*).³⁸ Чтобы познавать окружающую действительность, система должна оставаться тождественной с собой и в то же время быть открытой для раздражений и событий снаружи, используя их для собственного изменения и перестройки: из внешнего шума система создает внутренний порядок.³⁹ Особенность права состоит в применении к окружающей социальной реальности бинарного кода *законное/незаконное (legal/illegal)*; право использует другие социальные дискурсы как источники для производства юридических норм в рамках этого кода.⁴⁰ Правовая область не ограничена государственным законодательством и санкцией: любые

³⁰ Поляков А. В. Постклассическое правоведение и идея коммуникации // Правоведение. 2006. № 2. С. 27–28.

³¹ Teubner G. How the Law Thinks: Towards a Constructivist Epistemology of Law. P. 730.

³² Ibid. P. 729, 739.

³³ Ibid. P. 739.

³⁴ Ibid. P. 742–746.

³⁵ Ibid. P. 747.

³⁶ Ibid. P. 749–750.

³⁷ Ibid. P. 740.

³⁸ Teubner G. The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism // Cardozo Law Review. 1991–1992. N 13. P. 1444–1446.

³⁹ Ibid. P. 1446.

⁴⁰ Ibid. P. 1451, 1447.

социальные коммуникации на основе кода *законное/незаконное* принадлежат правовому дискурсу. Таким образом, к праву относятся установленные государством законы, нормы преступных сообществ и другие социальные коммуникации, не связанные с государством, но опирающиеся на этот код: правовой плюрализм следует определить как множественность разных коммуникативных процессов, которые наблюдают общественную деятельность сквозь призму кода *законное/незаконное*.⁴¹

Следующее объяснение хорошо показывает характер несовпадения и взаимного влияния, взаимодействия между аутопойетической правовой системой и прочими дискурсами, в данном случае коммерцией: «Структуры экономических операций по существу не являются юридическими; они основаны на фактических возможностях действий и создают новые возможности действий или они основаны на вере в будущие изменения возможностей. Представляется мудрым не допускать юристов к текущим коммерческим отношениям. Они искажают реальность коммерции. Почему? Они своеобразно воспринимают (*misread*) фактические возможности действий как юридическую «собственность», и они своеобразно понимают взаимное доверие применительно к будущему поведению как договорные «обязательства», как «права» и «обязанности». И если эти строгие и формалистские требования и встречные требования воспринимать в контексте текущих коммерческих связей, то будут разрушены хрупкие и основанные на доверии взаимоотношения. Различие между экономическими возможностями действий и юридической собственностью и между доверием и обязательствами опять же связано с различием в кодировании. Юристы наблюдают экономические действия сквозь код *законное/незаконное* и по своему воспринимают экономические процессы и структуры как источники права. С другой стороны, разумные хозяйствующие субъекты своеобразно прочитывают юридические нормы в рамках экономического кода как коммерческие шансы (*bargaining chips*), как новые возможности для получения прибыли. Мы опять же видим симбиоз взаимного искажения».⁴²

Продолжая исследование восприимчивости права к возмущениям со стороны прочих социальных дискурсов, Г. Тойбнер вводит понятие *соединяющих институтов* (*linkage institutions*), призванных служить инструментами прочной связи и сосуществования между правом и социальными дискурсами. Соединяющие институты, такие как конструкция *добросовестности*, представляют собой одновременно и юридические, и внеправовые социальные нормы и стандарты; они обеспечивают длительность, интенсивность и качество структурного соединения дискурсов. Несмотря на то что соединяющие институты не обладают общим значением, но являются собой внутренние конструкции каждой соответствующей системы, указанная двусмысленность позволяет им преодолевать границы дискурсов и выполнять функцию институциональных соединительных звеньев между юридическими и социальными процессами.⁴³

Правовой плюрализм современного общества связан не столько с признанием действительности прочих общественных норм (обычаи и пр.) при доминировании установленного государством законодательства, сколько с фрагментацией общественных процессов на множество разных закрытых дискурсов. Основная проблема покидает область вертикального

⁴¹ Ibid. P. 1451.

⁴² Ibid. P. 1454–1455.

⁴³ Ibid. P. 1458.

(по терминологии Г. Д. Гурвича) отношения между правом и обществом, при котором неформальные социальные нормы постепенно и вполне случайным образом преобразуются в определенные юридические правила. Существенное значение приобретает горизонтальное измерение. В рамках последнего происходят юдизация социальных дискурсов, перекодирование общественных коммуникаций с помощью правового кода в юридические коммуникации, постоянное обращение со стороны правового дискурса к окружающей коммуникативной среде как источнику права.⁴⁴ Соединяющие институты приобретают здесь характер процессов, компонентов одновременно юридической и внеправовой социальной динамики.⁴⁵ Они связывают право с различными общественными дискурсами лучше, чем политическая или социологическая обработка правовых норм.⁴⁶ С помощью соединяющих институтов право становится *отзывчивым* (*responsive*) к окружающим дискурсам и открывает себя динамике общественных процессов; напротив, политическая легитимация и ссылки на экономическую эффективность правового регулирования недостаточны для полноценного взаимодействия между правом и обществом. Опыт частного права, которое традиционно отличалось отзывчивостью по отношению к экономической системе благодаря таким институтам, как собственность, договор и организация, должен быть распространен на правовой дискурс в целом и его отношения со всеми неюридическими социальными системами.⁴⁷

Значимость вышеприведенных соображений для сравнительного правоведения показана в исследовании Г. Тойбнера, посвященном введению в английское правовое регулирование континентального принципа добросовестности в частных договорных отношениях.⁴⁸ Речь идет об имплементации в английское законодательство⁴⁹ Директивы Совета Европейских Сообществ № 93/13/ЕЕС от 5 апреля 1993 г. «О несправедливых условиях в договорах с потребителями»,⁵⁰ которая ссылается на добросовестность в ст. 3: «Договорное условие, которое не было специально согласовано, должно считаться несправедливым, если, вопреки *требованию добросовестности*, оно влечет значительное неравенство в правах и обязательствах сторон, возникающих на основании договора, к ущербу для потребителя (курсив мой. — В. С.)». Кроме того, понятие добросовестности используется в Принципах европейского договорного права (*Principles of European Contract Law*) и в международном частном праве. Ранее учение о добросовестности уже проникло в общее право через американское законодательство, тем не менее, английские суды высказывались крайне отрицательно, отвергнув это учение как «внутренне несовместимое с равенством сторон» договора и «неприменимое на практике». Неудивительно, что введение в английское право правила о добросовестности столкнулось с затруднениями и критическими замечаниями.⁵¹

⁴⁴ Ibid. P. 1457–1459.

⁴⁵ Ibid. P. 1459–1460.

⁴⁶ Ibid. P. 1461.

⁴⁷ Ibid. P. 1461–1462.

⁴⁸ Teubner G. Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences // *The Modern Law Review*. 1998. N 61. P. 11–32.

⁴⁹ *The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations* (SI 1999/2083), который заменил более ранний акт по тому же вопросу: *The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations* (SI 1994/3159).

⁵⁰ Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts.

⁵¹ Teubner G. Legal Irritants. P. 11. — По поводу проблемы включения принципа доброй совести в английскую правовую систему см., напр.: *Beatson J. Anson's Law of*

В наши дни, отмечает Г. Тойбнер, формализованное и специализированное правовое регулирование в процессе позитивации достигло операционной замкнутости; произошла соответствующая трансформация от погруженности (*embeddedness*) права в социальный контекст к автономии права.⁵² Поэтому соображения о нерасторжимом единстве права и национальной культуры перестали быть верными. Следует согласиться с О. Кан-Фройндом, поставившим под сомнение идею «народного духа» как почвы, на которой вырастает своеобразное право данного народа.⁵³ Иными словами, больше нельзя говорить о «тотальности общества», в которой каждый юридический элемент отражает культуру общества в целом и наоборот.⁵⁴ Однако данная трансформация не устранила *связующих взаимодействий* (*binding arrangements*) между правовым регулированием и социальной средой, хотя изменила их характер. В частности, отношение права и общества потеряло цельность и всесторонность, в настоящее время связи между правовым регулированием и социальным контекстом различаются от слабого соединения до тесного переплетения. Отныне право не связано с общественной средой как единым целым, но различным образом относится к отдельным фрагментам общественной жизни.⁵⁵

Опираясь на предложенное О. Кан-Фройндом противопоставление *органического* и *механического* отношения между правом и общественными условиями,⁵⁶ Г. Тойбнер различает *слабое* и *плотное соединение* правовых институтов с социальными процессами: поскольку создание правовых норм институционально отделено от выработки культурных норм, для значительных областей правового регулирования характерно слабое и несистематическое соединение с прочими социальными дискурсами, но имеются также такие сферы права, которые плотно соединены с окружающими общественными факторами. Рецепция права, правовые заимствования, перенос или пересадка юридических норм из одного правового порядка в другой (*legal transplants*) сравнительно легко осуществимы применительно к правовым институтам, находящимся в слабом

Contract. 28th ed. Oxford, 2002. P. 303–306; Goode R. Commercial Law. 3rd ed. London, 2004. P. 95–96, 100–101. — Р. Гуди подчеркивает, что общее требование добросовестности незнакомо английскому праву; обязанность добросовестности (*duty of good faith*) возникает только в определенных ситуациях или отношениях, в частности, на стороне агента в пользу принципала. Нежелание английских судов признавать начало доброй совести связано с общим недоверием к широко сформулированным принципам, которые не поддаются прозрачному и единообразному применению. Кроме того, в рамках ряда правовых проблем, которые континентальные юрисдикции разрешают со ссылкой на добросовестность, английское право предусматривает отдельные обязанности, не относящиеся к доброй совести, например, сторона по договору несет особую обязанность не препятствовать исполнению договора другой стороной. «Осторожность судов в части введения общего понятия доброй совести, — продолжает Р. Гуди, — в основном связана с отсутствием согласия по его содержанию. Центральный вопрос состоит в том, как разрешить противоречие между оправданным стремлением к удовлетворению своего интереса стороной, которая заключила договор или ведет переговоры о его заключении, и надлежащим вниманием к обоснованным интересам другой стороны» (Goode R. Commercial Law. P. 95).

⁵² Teubner G. Legal Irritants. P. 17.

⁵³ Kahn-Freund O. On Uses and Misuses of Comparative Law // The Modern Law Review. Vol. 37. N 1. P. 6–13.

⁵⁴ Teubner G. Legal Irritants. P. 14.

⁵⁵ Ibid. P. 18.

⁵⁶ Kahn-Freund O. On Uses and Misuses of Comparative Law. P. 12–13.

соединении с социальными процессами, тогда как в областях правового регулирования, отличающихся плотным соединением, правовые заимствования встретятся с сопротивлением со стороны реципирующей общественной системы.⁵⁷

Но даже в ситуации слабого соединения перенос юридических положений не является *механическим*, подобным установке нового карбюратора в двигатель. Заимствованная норма вынуждена ассимилироваться с «глубинными структурами» нового правопорядка и конструкциями социальной реальности, уникальными для чужой правовой культуры. Различия ментальности, стилей юридического мышления, способов толкования и видения социального мира определяют непохожесть ассимилированного правила на исходную норму в другом правопорядке, даже если текстуально оба юридических положения выглядят одинаково. Важную роль играет «великий исторический рубеж» между общим правом и континентальным гражданским правом.⁵⁸

Принцип добросовестности в качестве «уникального выражения континентальной правовой культуры» представляет собой абстрактную «общую норму» с меняющимся содержанием, которую континентальные юристы конкретизируют в разных правовых ситуациях, систематизируют получающиеся выводы и возводят соответствующие доктринальные построения. Так, в немецком праве начало добросовестности (*Treu und Glauben*) служило средством приспособления абстрактных норм Германского гражданского уложения к меняющимся историческим условиям в Германии XX в. и подверглось доктринальной обработке и схематизации. Некоторые исследователи даже объявили предпринятые усилия недостаточными: положение о добросовестности нуждается в «более тесной реинтеграции в доктринальную систему немецкого частного права». Разработанные в обширной практике германских судов нормы о доброй совести классифицируются по функциональной направленности: во-первых, расширение и укрепление обязанностей по договору; во-вторых, ограничение договорных прав; в-третьих, изменение договора.⁵⁹

Внутри английского правопорядка развитие этого начала едва ли пойдет по такому же пути догматизации и систематизации. Суды в Англии не станут ни *конкретизировать* принцип добросовестности, ни создавать доктринальные схемы, теории и классификации. В соответствии с казуистическим подходом общего права английские юристы предпочитают применять положение о доброй совести в *типовых практических ситуациях* (арендодатель и наниматель, врач и пациент, и пр.). Правила о доброй совести будут разрабатываться с помощью казуистической аргументации и аналогии от одной фактической ситуации к другой, без маскировки моральных и политических источников принципа, но не путем дедукции из абстрактного правового предписания. Итак, особый метод правоприменения и стиль юридического мышления предопределят своеобразие сформулированных английскими судами норм о доброй совести.⁶⁰

Метафора правовой пересадки или переноса вводит в заблуждение: в новом контексте юридическое правило не остается идентичным своему источнику, не играет точно такой же роли и не выполняет точно таких же функций, которые свойственны этой норме в исходном правопорядке.

⁵⁷ Teubner G. Legal Irritants. P. 18–19.

⁵⁸ Ibid. P. 19.

⁵⁹ Ibid. P. 20.

⁶⁰ Ibid. P. 21.

Реципированный элемент становится скорее *правовым раздражителем* (*legal irritant*) внутри чужого юридического дискурса, и обратное воздействие последнего изменяет заимствованную норму. Применительно к принципу добросовестности этот процесс преобразования в рамках английской правовой системы изложен выше. Но существенно, что наряду с раздражением собственно юридической сферы заимствованная норма видоизменяет связующие взаимодействия между правовым регулированием и окружающей социальной средой, иными словами, раздражает другие общественные дискурсы.⁶¹

Если для О. Кан-Фройнда важнейшее отношение между правовой системой и социальной средой определялось политическими факторами,⁶² что отражало противостояние холодной войны,⁶³ то с позиций «победившего глобального капитализма» сегодняшнего дня Г. Тойбнер видит в подходе О. Кан-Фройнда переоценку значения политической системы в ущерб другим социальным системам. Нынешнее социально-экономическое сближение между государствами выдвигает на передний план различия неполитических общественных дискурсов. Следует обратить особое внимание на виды *экономических* или *производственных режимов*. Несмотря на либерализацию мировых рынков и создание общеевропейского экономического пространства за последние несколько десятков лет возникло несколько «форм развитого капитализма». Каждой из них соответствует особый производственный режим как «институциональная среда экономической деятельности», в которую входят, среди прочего, финансовая система, порядок корпоративного управления и разработки стандартов, способы разрешения конфликтов, образовательные и технологические условия. Иначе говоря, производственный режим определяет экономические «правила игры». Самая очевидная граница отделяет континентально-европейский производственный режим, который утвердился, в частности, в Германии и Швеции, от англосаксонского производственного режима.⁶⁴

Принцип добросовестности принадлежит к правовым институтам, которые находятся в *плотном соединении* с теми или иными внеправовыми дискурсами, что создает дополнительные затруднения для правовой пересадки. Добросовестность связывает договорное право напрямую с социальными процессами, среди прочего, с нравственностью и публичным порядком, а также с производственным режимом: «Приоритет частного соглашения между сторонами договора не может быть безусловным, будь то применительно к вопросам индивидуальной морали, строгим религиозным

⁶¹ Ibid. P. 12, 31–32.

⁶² О. Кан-Фройнд указывает на пропасть между коммунистическим и некоммунистическими системами, между демократиями и диктатурами в капиталистическом мире, на альтернативы форм правления при демократическом режиме, а также на различные степени влияния, которое негосударственные организации оказывают на принятие политических решений (*Kahn-Freund O. On Uses and Misuses of Comparative Law. P. 11–13*). С этой точки зрения ученый приводит пример, в частности, абсолютного запрета разводов согласно Конституции Республики Ирландии 1937 г.: чем может быть он объяснен, кроме как «политическим влиянием католической церкви»? (Ibid. P. 15–16. — Конституционная поправка об отмене этого запрета была принята на референдуме в 1995 г.: www.irishstatutebook.ie/1995/en/act/cam/0015/print.html). Использование иностранных образцов при реформировании правовой системы без оглядки на социальный, главным образом, политический контекст предстает *злоупотреблением (misuse)* сравнительным правом (*Kahn-Freund O. On Uses and Misuses of Comparative Law. P. 27*).

⁶³ Teubner G. Legal Irritants. P. 22.

⁶⁴ Ibid. P. 22, 24–25.

запретам, политическим свободам или экономическим институтам. Добрая совесть преобразовывает договорные обязанности в соответствии с социальными ожиданиями из этих различных областей».⁶⁵

Континентально-европейский производственный режим предстает как «рыночная экономика координированного предпринимательства» (*business-coordinated market economy*), которая характеризуется рядом особенностей. Во-первых, экономическая деятельность здесь тщательно координируется предпринимательскими ассоциациями и посредством неформальных деловых связей; во-вторых, отношения между коммерческими компаниями, между компаниями и банками, а также между работодателями и работниками обычно устанавливаются на длительный срок; в-третьих, работники предприятий и контрагенты по гражданско-правовым договорам обладают значительной автономией; в-четвертых, деловые отношения предполагают высокий уровень доверия. В условиях этого производственного режима начало доброй совести предназначено для надлежащего юридического ответа на риски и возможности, создаваемые большой автономией и высоким уровнем доверия в коммерческой деятельности. Опираясь на принцип добросовестности, немецкая судебная практика установила обязанности по кооперации контрагентов в финансовых и коммерческих отношениях и по раскрытию информации; обязанности работников в части лояльности интересам работодателя и встречные обязанности работодателя по защите работников; на основе этого принципа утвердилось право судов изменять согласованные договорные условия при появлении новых обстоятельств; суды признают обязательными различные стандарты, выработанные предпринимательскими ассоциациями или отдельными компаниями, и при применении таких стандартов учитывают интересы потребителей. Переплетение и плотное соединение правового института и промышленного режима создают уникальные правомочия и обязанности, представляющие собой в полном смысле «живое право» (*living law*).⁶⁶

В отличие от континентально-европейского производственного режима в английской экономической культуре и производственном режиме «либеральной рыночной экономики» (*liberal market economy*) за координацию экономической деятельности и создание ее институциональной структуры ответственные не столько слабые предпринимательские сообщества, сколько рыночные факторы и законодательное регулирование. Для англосаксонской либеральной рыночной экономики свойственны краткосрочные договорные отношения при высоком уровне предпринимательского риска; неразвитые профсоюзы и строгий контроль работодателя за работниками; высокий уровень конкуренции и недостаток кооперации между предприятиями; взаимодействие между экономическими процессами и внеэкономической социальной реальностью отдано на откуп рыночным факторам или государственному регулированию, а не предпринимательским ассоциациям. В обстоятельствах такого производственного режима принцип добросовестности не сможет играть традиционную для континентально-европейского режима роль поощрения взаимной лояльности, кооперации, предоставления информации и изменения согласованных договорных условий. Если этот принцип вообще найдет применение в английской

⁶⁵ Ibid. P. 23–24.

⁶⁶ Ibid. P. 25–26.

правовой системе и англосаксонском производственном режиме, его роль и функции должны неизбежно измениться.⁶⁷

Следующие соображения о взаимодействии правовой системы и социальных дискурсов имеют большое значение для определения перспектив правовых заимствований с точки зрения аутопойетической трактовки права. Связующие взаимодействия, подчеркивает Г. Тойбнер, не создают никакого единства права и внеправовых систем, объединенных социально-правовых процессов или общих социально-правовых структур. Несмотря на *плотное соединение* правовых и экономических институтов, они отличаются друг от друга не только аналитически, но и практически. Если экономические институты лежат в основе финансовых и коммерческих расчетов, то правовые институты регулируют разрешение конфликтов. Экономические «правила игры» не тождественны юридическим нормам, экономическую сделку нужно отличать от юридически обязывающего договора. Даже если они происходят в один и тот же момент, каждое из этих событий остается элементом своего дискурса с собственным прошлым и будущим. Но экономические и правовые институты должны быть совместимы (*compatible*) друг с другом.⁶⁸

Изменение в рамках одного дискурса, на одной стороне связующего взаимодействия, ввиду плотного соединения между системами производит возмущение в другой системе и провоцирует изменение внутри последней. «Теперь становится ясным, — пишет Г. Тойбнер, — почему заимствованное правило может служить только раздражителем, но никогда не станет пересаженной нормой, если заимствованное юридическое правило изменяет связующее взаимодействие между правом и другим социальным дискурсом... На юридической стороне связующего института это правило будет переосмыслено (*recontextualised*) в новой сети юридических определений и его можно будет узнать по сходству с исходным юридическим правилом, даже если его толкование поменяется. Но на социальной стороне произойдет нечто совсем другое. Правовой импульс, если он вообще будет воспринят, создаст смятение в этой другой социальной системе и станет там причиной определенных изменений, которые определяются внутренней логикой этой системы смыслов. Данный импульс будет преобразован на другом языке данной социальной системы, переформулирован в ее кодах и программах и в свою очередь породит новую последовательность событий. Социальное изменение затем вернется в качестве раздражения на юридическую сторону института, таким образом создавая круговую эволюционную динамику обеих систем, которая завершится определенным равновесием, только когда и юридический, и социальный дискурсы с относительной стабильностью реализуются в соответствии с логикой (*eigenvalues*) соответствующих областей. Это показывает, насколько невероятно, что правовая норма будет удачно пересажена внутрь другого юридического контекста и его связующих взаимодействий. Если она и не будет отвергнута сразу, она либо разрушит связующее взаимодействие, либо породит динамику взаимных раздражений, которые существенно изменят ее идентичность».⁶⁹

Под влиянием английского производственного режима начало добросовестности, предполагает Г. Тойбнер, подвергнется следующим

⁶⁷ Ibid. P. 26–27.

⁶⁸ Ibid. P. 27.

⁶⁹ Ibid. P. 28.

изменениям. Вместо поощрения автономии, взаимного доверия и кооперации новая роль добросовестности будет состоять в противодействии злоупотреблениям экономической властью, в установлении публичных ограничений для полномочий частных организаций и упорядочении экономической конкуренции. Принцип доброй совести будет использован для уменьшения произвола и агрессивности хозяйствующих субъектов, для выработки псевдоконституционных прав на защиту от негативных последствий управленческих решений в частных организациях.⁷⁰ В контексте либеральной рыночной экономики суды усилят процедурную сторону принципа добросовестности. С учетом отсутствия структурированных предпринимательских ассоциаций и организаций, при судебной проверке принятых на рынке стандартов английские суды не будут ограничиваться контролем переговорного процесса, обычными вопросами об отсутствии давления и обмана, а также надлежащего участия представителей потребителей при разработке стандартов. Опираясь на принцип добросовестности, суды начнут играть более активную роль, попробуют самостоятельно решать вопросы содержания стандартов, а также предписывать, каким именно образом следует организовать переговоры и согласования, чтобы учесть интересы всех социальных групп.⁷¹

Отстаиваемая Г. Тойбнером трактовка права как аутопойетической системы и соответствующие сравнительно-правовые выводы служат хорошим примером аналитического подхода к культурологическому сравнительному правоведению. Характерное для культурологической компаративистики рассмотрение правового регулирования как отражения культуры данного общества сочетается здесь с обособлением юридической системы от других социальных областей и рациональным описанием характера и способов воздействия тех или иных фрагментов внеправовой социальной реальности на правовые нормы и правовую культуру. Для целей сравнительно-правового исследования определенные социальные факторы, такие как *производственный режим*, используются как основание (третий член) сравнения, по отношению к которому исследователь определяет сходства и различия правовых культур или их отдельных элементов, являющихся объектами сравнения и изучения.

* * *

Опирающийся на другие теоретические основания холистический подход к исследованию правовой культуры открыто демонстрирует главную идею и пафос культурологической компаративистики как таковой: право является выражением мировоззрения и продуктом культурного опыта. Р. Коттеррелл комментирует: «Акцент на правовой культуре в сравнительном правоведении последних лет может быть понят отчасти как попытка обратить внимание на воздействия, оказываемые правом на многие другие типы отношений, помимо целерациональных. Право ценно не только тем, что оно облегчает договорные, коммерческие и корпоративные отношения. Оно также защищает и оформляет традиции, является защитником общих убеждений и высших ценностей, и — способами, которые сложнее определить, — выражает национальные ожидания, привязанности и эмоции».⁷² В отличие от социологического течения в сравнительном правоведении,

⁷⁰ Ibid. P. 28–29.

⁷¹ Ibid. P. 30–31.

⁷² Cotterrell R. Comparative Law and Legal Culture. P. 733–734.

в частности, функционального метода, в культурологической компаративистике право и законодательство не рассматриваются как инструмент решения каких-либо экономических или социальных задач и проблем, удовлетворения общественных потребностей: культурологическому сравнительному правоведению не свойственно представление о праве как о «социальной инженерии».⁷³

Холистический подход не ориентирует на анализ и разложение чужой культуры на элементы, напротив, нацелен на познание культуры (включая правовую культуру) *в целом*, что предполагает, по выражениям разных представителей этого течения, *взгляд изнутри* и изучение *права в умах* (*law in minds*),⁷⁴ герменевтическое *вживание* (*immersion*) в культуру⁷⁵ и *глубокое понимание*.⁷⁶ В этом ключе П. Легран заявляет: «Создавая правило по определенным причинам и определенным способом, как результат своего мышления, с определенными имеющимися у них надеждами, и создавая определенное правило (а не другие правила), французы, например, делают не только это: они также делают что-то особенно французское, опираясь, следовательно, на формы юридического опыта, которые внутренне присущи им».⁷⁷ В философском плане холистические воззрения в современной культурологической компаративистике опираются на герменевтику⁷⁸ и постмодернистскую философию.⁷⁹

Основополагающее значение языка и слова для человеческой культуры⁸⁰ предопределяет заметную лингвистическую ориентацию культурологического сравнительного правоведения.⁸¹ Исходя из различения *языка и речи (текста)* как социального и индивидуального явления

⁷³ Ibid. P. 710–713.

⁷⁴ Ewald W. The Jurisprudential Approach to Comparative Law: A Field Guide to “Rats” // The American Journal of Comparative Law. Vol. 46. N 4 (Autumn, 1998). P. 704.

⁷⁵ Curran V. G. 1) Comparative Law and Language // The Oxford Handbook on Comparative Law. Oxford, 2006. P. 679–682; 2) Cultural Immersion, Difference and Categories in U. S. Comparative Law // The American Journal of Comparative Law. Vol. 46. N 1 (Winter, 1998). P. 43–92.

⁷⁶ Legrand P. The Same and the Different // Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions. P. 297.

⁷⁷ Legrand P. What Legal Transplants? // Adapting Legal Cultures / eds. D. Nelken, J. Feest. Oxford; Portland, Oregon, 2001. P. 59.

⁷⁸ Whitman J. Q. The Neo-Romantic Turn // Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions. P. 325–326.

⁷⁹ Ван Эрл Э. Х. М. Европейское частное право: постмодернистские дилеммы и выборы. С. 20–26; Curran V. G. Cultural Immersion, Difference and Categories in U. S. Comparative Law. P. 52. — П. Легран относит свои философские источники (среди прочих, работы Ж. Деррида, Ж. Делеза и Ж.-Ф. Лиотара) к «главенствующей философской мысли» (*mainstream philosophical thought*): Legrand P. The Same and the Different. P. 242. Fn. 3.

⁸⁰ Лекторский В. А. Эпистемология классическая и неклассическая. М., 2001. С. 200. — Краткий философский анализ роли языка в человеческом мышлении и культуре, а также критику использования лингвистики для решения общих философских проблем см. в работе: Ильенков Э. В. Проблема идеала в философии. Гегель и герменевтика. М., 2011. С. 82–111.

⁸¹ Ср. объяснение А. Рилс: «Культурологический подход заменяет инструментализм и функционализм, перенося внимание на определяемое контекстом значение и применяя герменевтическую методологию. Возможно, по причине доминирования функционализма в прежних социально-правовых исследованиях компаративисты, работающие с понятием правовой культуры, склонны в своей методологии опираться больше на гуманитарное знание (*humanities*), а также теорию литературы и лингвистику, чем на антропологические и социологические выводы относительно культуры в рамках

соответственно,⁸² уместно предположить, что аналитические трактовки в культурологическом сравнительном праве сосредоточены на текстах, тогда как холистическое течение имеет преимущественным объектом изучения право как язык.⁸³ Если Р. Сакко анализирует закон как текст,⁸⁴ то В. Г. Курран рассматривает иностранное право как чужой язык.⁸⁵ Разница между пониманием правового текста на иностранном языке и знанием чужого языка, включая юридический язык, представляется довольно значительной. Перевод и изучение отдельных текстов — трудная, но все же более определенная и ограниченная задача,⁸⁶ чем проникновение внутрь иной правовой культуры и практически невозможное изложение всего богатства чужих юридических понятий в терминах правовой системы исследователя.⁸⁷

В трактовке В. Г. Курран задача сравнительного правоведения состоит не в исследовании конкретных текстов,⁸⁸ но в познании иностранного права в целом, что предполагает максимально возможное выявление изначально сокрытых от стороннего наблюдателя смыслов, ассоциаций, предрассудков и мировоззренческих позиций чужой правовой культуры.⁸⁹

Сравнительное правоведение подобно переводу в том смысле, что в обоих случаях несхожесть языковых, культурных и социальных контекстов делает переведенный текст нетождественным оригиналу: «Процесс расшифровки иностранного языка или права является процессом перевода. Таким образом, понимание механизмов перевода проливает свет на приемы (*processes*) сравнительного права. Перевод состоит как в расшифровке, так и в перешифровке (*re-coding*), выявлении и конструировании смыслов.

изучения права и общества (*Law and Society movement*)» (*Riles A. Comparative Law and Socio-Legal Studies // The Oxford Handbook on Comparative Law. Oxford, 2006. P. 797*).

⁸² *Соссюр де Ф.* Труды по языкознанию. М., 1977. С. 49–53. — См. также: *Лотман Ю. М.* Семиосфера. СПб., 2001. С. 153–155.

⁸³ Ср. противопоставление текстуального подхода (*textual approach*) методу погружения в чужую культуру (*cultural immersion*): *Curran V. G. Cultural Immersion, Difference and Categories in U. S. Comparative Law. P. 60. Fn. 52*.

⁸⁴ *Sacco R. Legal Formants: A Dynamic Approach To Comparative Law (Installment II of II). P. 347, 358, 365, 374.*

⁸⁵ *Curran V. G. Comparative Law and Language. P. 679.*

⁸⁶ М. Лассер пишет о своем методе «близкого чтения» (*close reading*): «Основная идея состоит в том, чтобы рассматривать документы или аргументы в рамках правовой системы подобно серьезным литературным трудам, соответственно, изучать их с таким же тщательным и детальным вниманием и почти исчерпывающим образом... Итак, эта методология предполагает, что юридические тексты приоткрывают внутреннее понятийное пространство, которое может быть плодотворно, пусть несовершенно, объяснено посредством педантичного текстуального (*literary*) анализа» (*Lasser de S.-O.-L'E. M. The Question of Understanding // Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions. P. 203*).

⁸⁷ «Мы должны предпринять, — пишет Б. Гроссфельд, — в некотором смысле культурологические раскопки (*cultural excavation*), чтобы обнаружить значения иностранных текстов, даже несмотря на нашу уверенность в том, что мы никогда не можем быть вполне уверены в результате. Это требует глубокого культурного погружения внутрь изучаемой культуры, внутрь «коллективной программы сознания, которая отличает членов одной группы людей от другой». Однако мы должны признать, что человеческие культуры в основном непроницаемы друг для друга. Культуры склонны налагать на себя табу. «Дистанция» становится обязательной, чтобы не потерять себя в «погружении» (цитата содержит высказывание Г. Хофстеда (*G. Hofstede*); сноски опущены. — *B. C.*)» (*Großfeld B. Comparatists and Languages // Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions. P. 183*).

⁸⁸ *Curran V. G. Cultural Immersion, Difference and Categories in U. S. Comparative Law. P. 61.*

⁸⁹ *Ibid. P. 54–59.*

Перевод с одного языка на другой обнаруживает обширные сети ассоциаций, принадлежащих какому-либо слову одного языка, которые не могут быть полностью переданы на другом языке, соответственно, процесс перевода предполагает потерю сопутствующих значений (*connotative significance*).⁹⁰ Поэтому от исследователя следует ждать погружения внутрь иностранной правовой культуры ради постижения чужого права в *непереведенной* форме. Но это *культурное вживание* (*cultural immersion*) в иностранный правовой порядок также требует сохранения внешнего положения, взгляда на иностранную культуру со стороны; в противном случае исследователю не удастся обнаружить фундаментальные элементы изучаемого правового порядка, которые остаются невыраженными и даже неосознанными внутри правовой культуры.⁹¹

Более того, научные задачи и вопросы, которые являются отправной точкой сравнительно-правовой работы, предопределяющей отбор и направление анализа материала, отражают собственный культурный опыт компаративиста. В надлежащем сравнительно-правовом исследовании имеет место не *замена* культурно обусловленных познавательных подходов исследователя на подходы, характерные для изучаемой правовой культуры, но соответствующее *расширение* пространства исследования. Иными словами, *культурное вживание* не позволяет постигнуть чужую правовую культуру в полном смысле *изнутри*. Но именно с указанным обстоятельством связаны преимущества сравнительно-правовых изысканий, которые способны под неожиданным углом зрения высветить особенности правовой культуры, неочевидные ни для носителей этой культуры, ни для наблюдателей извне⁹².

⁹⁰ Curran V. G. Comparative Law and Language. P. 679. — Ср. замечание Б. Гроссфельда: «Мы никогда не сможем полностью перевести (*translate*) пространство и время» (Großfeld B. Comparatists and Languages. P. 194).

⁹¹ Curran V. G. Cultural Immersion, Difference and Categories in U. S. Comparative Law. P. 57–58. — Ср. предостережение М. М. Бахтина против преувеличения методологического значения и пользы вживания в чужую культуру: «Существует очень живучее, но одностороннее и потому неверное представление о том, что для лучшего понимания чужой культуры надо как бы переселиться в нее и, забыв свою, глядеть на мир глазами этой чужой культуры. Такое представление... односторонне. Конечно, известное вживание в чужую культуру, возможность взглянуть на мир ее глазами, есть необходимый момент в процессе ее понимания; но если бы понимание исчерпывалось одним этим моментом, то оно было бы простым дублированием и не несло бы в себе ничего нового и обогащающего. *Творческое понимание* не отказывается от себя, от своего места во времени, от своей культуры и ничего не забывает. Великое дело для понимания — это *внеаходимость* понимающего — во времени, в пространстве, в культуре — по отношению к тому, что он хочет творчески понять... В области культуры *внеаходимость* — самый могучий рычаг понимания. Чужая культура только в глазах *другой* культуры раскрывает себя полнее и глубже (но не во всей полноте, потому что придут и другие культуры, которые увидят и поймут еще больше). Один смысл раскрывает свои глубины, встретившись и соприкоснувшись с другим, чужим смыслом: между ними начинается как бы *диалог*, который преодолевает замкнутость и односторонность этих смыслов, этих культур. Мы ставим чужой культуре новые вопросы, каких она сама себе не ставила, мы ищем в ней ответа на эти наши вопросы, и чужая культура отвечает нам, открывая перед нами свои стороны, новые смысловые глубины. Без *своих* вопросов нельзя творчески понять ничего другого и чужого (но, конечно, вопросов серьезных, подлинных). При такой диалогической встрече двух культур они не сливаются и не смешиваются, каждая сохраняет свое единство и *открытую* целостность, но они взаимно обогащаются (сохранен курсив оригинала. — В. С.)» (Бахтин М. М. Эстетика словесного творчества. М., 1986. С. 353–354).

⁹² Ibid. P. 58–59.

Необходимость культурного вживания для сравнительно-правового исследования указывает на неразрывную связь права с другими социальными областями, такими как политика, история, экономика и язык. В связи с этим В. Г. Курран подчеркивает, что «право не имеет собственной жизни» (*law does not have a life of its own*).⁹³

Метод вживания (*immersion approach*) направлен на обнаружение скрытых *категорий* другой культуры, которые определяют восприятие носителями этой культуры окружающей действительности. Прежде расшифровки поверхностного уровня правовой культуры, например, законодательных текстов, исследователь должен познакомиться с подтекстом (*subtext*), лежащей в основе культуры ментальностью.⁹⁴ Культурное вживание как метод исследования, продолжает В. Г. Курран, может быть поставлено под сомнение с той точки зрения, что этот метод не всегда приводит к научно проверяемым (верифицируемым) результатам. Но непроверяемость (*unverifiability*) не означает неистинность (*invalidity*): вывод может быть правильным даже в отсутствии доказательств.⁹⁵ Нацеленность на получение *проверяемого* знания связана с попытками приравнять право к науке: «Стремление онаучить (*scientize*) право отражает традиционное для Запада предположение, что любой вопрос имеет один правильный ответ, как бы ни было трудно его найти, а любой предполагаемый ответ является либо верным, либо неверным, соответственно, многообразие вариантов понимания отождествляется с бессмыслицей. Для традиционной западной точки зрения характерна деконтекстуализация мышления, поскольку с помощью мышления можно получить единственно верные ответы только в случае, если обсуждаемые элементы обладают абсолютным значением, сохраняют действительность в изоляции от окружающих контекстов, а также исключены из отношений схожести или отличия».⁹⁶ Кроме того, стремление к объективности и научности права коренится в опасении, что в противном случае пострадают легитимность судебных решений и устойчивость правовой системы. «Однако право, — продолжает В. Г. Курран, — сопротивляется онаучиванию, потому что, подобно всем социальным наукам и гуманитарному знанию, термины и понятия в праве являются изменчивыми, текучими и незавершенными».⁹⁷

Воображение как составная часть творчества⁹⁸ помогает исследователю проникать внутрь иностранных правопорядков, знакомиться с чужим мировоззрением, новыми категориями и новыми подходами к пониманию окружающего мира.⁹⁹ «Успешное вживание, предпринятое компаративистом, — отмечает В. Г. Курран, — должно стать путешествием из области невообразимого через воображаемое в сферу знания, процессом, изменяющим собственное мировоззрение компаративиста по мере

⁹³ Ibid. P. 59.

⁹⁴ Ibid. P. 59–60.

⁹⁵ Ibid. P. 62.

⁹⁶ Ibid. P. 62–63.

⁹⁷ Ibid. P. 63. — По проблематике научности юриспруденции см. статьи в сборнике: *Стандарты научности и homo juridicus* в свете философии права. Мат-лы пятых и шестых философско-правовых чтений памяти академика В. С. Нерсесянца / отв. ред. В. Г. Графский. М., 2011. С. 11–162.

⁹⁸ О роли воображения в мышлении и деятельности см.: *Ильенков Э. В.* Об эстетической природе фантазии. Что там, в Зазеркалье? М., 2011. С. 3–56.

⁹⁹ *Curran V. G.* Cultural Immersion, Difference and Categories in U. S. Comparative Law. P. 64.

того, как другое, *другой* (*the other*), становится вообразимым, а затем, пусть несовершенным образом, познанным (сохранен курсив оригинала. — В. С.)».¹⁰⁰

Метод вживания исходит из многообразия истин различных правовых культур. Смещение акцента с поиска абсолютного смысла на поиск смысла внутри определенного социального и культурного контекста не означает отказа от истины. Культурное вживание признает природную и культурную ограниченность исследователя, которая с неизбежностью влечет за собой ограниченность понимания и полученных выводов. Следовательно, успех сравнительно-правовой работы зависит от расширения понимания и признания других взглядов на мир. Полученное таким путем знание представляет собой не сумму различных точек зрения, но их симбиоз и преодоление ограниченности каждого отдельного миропонимания.¹⁰¹

Отстаиваемая В. Г. Курран методология исходит из существования культурно обусловленных различий между юрисдикциями. В этом смысле метод культурного вживания, и в большой степени культурологический подход к сравнительному праву как таковой,¹⁰² противостоит функциональному методу сравнительного правоведения, особенно постулируемой функционализмом *презумпции идентичности*.¹⁰³

Презумпция идентичности как (с некоторым преувеличением) «основной закон сравнительного права» означает, что «различные правовые порядки, несмотря на все различия в своем историческом развитии, доктринальных взглядах и стилях функционирования на практике, решают очень часто одни и те же жизненные проблемы, вплоть до мельчайших деталей, одинаково».¹⁰⁴

Этот подход предполагает, во-первых, одинаковость проблем, во-вторых, схожесть юридических ответов и практических решений данных проблем в разных странах.¹⁰⁵ При этом К. Цвайгерт и Х. Кетц допускают презумпцию идентичности только применительно к нейтральным юридическим вопросам;¹⁰⁶ она не может быть использована при изучении областей общественной жизни, которые «находятся под... сильным влиянием национально окрашенных моральных и нравственных ценностей, уходящих корнями в религиозное представление и исторические традиции развития культуры или в характер нации».¹⁰⁷

Неприспособленность функционального метода для исследования тесно связанных с духовной культурой сфер правового регулирования, таких как семейное и наследственное право, уменьшает методологическую ценность функционализма. Кроме того, отмеченный недостаток лежит в основе обвинений в тавтологии и поверхностности при формулировке

¹⁰⁰ Ibid. P. 65.

¹⁰¹ Ibid. P. 65–66.

¹⁰² Cotterrell R. Comparative Law and Legal Culture. P. 726–729.

¹⁰³ Curran V. G. Cultural Immersion, Difference and Categories in U. S. Comparative Law. P. 66–67.

¹⁰⁴ Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. 1. С. 58–59.

¹⁰⁵ См. также: Dannemann G. Comparative Law: Study of Similarities or Differences. P. 388.

¹⁰⁶ Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. 1. С. 59–60. — Ученые предпочитают, по-видимому, более скромное обозначение этой презумпции как «рабочей гипотезы» (Там же. С. 60).

¹⁰⁷ Там же. С. 59.

презюмции идентичности: проблемы и решения одинаковы, если исключены проблемы и решения, являющиеся (в силу исторических, политических, культурных или иных особенностей) неодинаковыми.¹⁰⁸

Вероятно, презюмция идентичности стала самым критикуемым утверждением за всю историю сравнительного правоведения.¹⁰⁹ В результате даже Х. Кетц был вынужден смягчить изначальную категоричность позиции: функциональный подход «имеет тот недостаток, что он иногда отвлекает внимание от действительно интересных и важных вопросов. Ведь его можно сравнить с “черным ящиком”, в который с одной стороны вставляется “проблема”, а с другой стороны появляется “решение”. Происходящее внутри “черного ящика” почти не получает внимания и не является особенно важным для принципа функциональности. Но иногда интересными представляются не столько решения, сколько процедуры их принятия»; этот момент особенно важно учитывать для целей унификации права, ибо законодатель не может унифицировать «стили, процедуры, техники, мировоззрения и оценочные предпочтения».¹¹⁰

Несмотря на критику, нужно подчеркнуть, что функциональный метод не предполагает и не утверждает тождественность правовых норм и институтов в прямом смысле.¹¹¹ Формулировка презюмции идентичности в форме *предположения одинаковости* вводит в заблуждение. На деле правовые решения одной и той же проблемы в разных правопорядках отличаются друг от друга, оставаясь едиными только в части способности решить определенную проблему, иными словами, применительно к данной функции. Поэтому надлежит провести границу между *одинаковостью* и *функциональной эквивалентностью*: «Правовое регулирование гражданских правонарушений и страховое право не являются похожими только потому, что они выполняют одну и ту же функцию по предоставлению жертвам автомобильных аварий компенсаций в связи с этими авариями».¹¹² Неадекватность функционального метода сравнительного правоведения в первую очередь связана с неспособностью обеспечить всестороннее объяснение и оценку сравниваемых правовых институтов безотносительно к выполнению ими какой-либо функции.¹¹³

Сосредоточенное на различиях культурологическое сравнительное правоведение трактует отмеченный недостаток функционализма как пренебрежение важными различиями ради навязывания схожести в связи с одной произвольно выбранной функцией.¹¹⁴ Сравнительное правоведение не должно оказывать предпочтение ни сходствам, ни различиям.¹¹⁵ Все же избранный метод исследования и познавательные интересы ученого иногда требуют акцентирования либо сходств, либо различий. Противоречие между функциональным и культурологическим подходами хорошо иллюстрирует указанное обстоятельство. Г. Даннеманн обоснованно

¹⁰⁸ *Michaels R.* The Functional Method of Comparative Law // The Oxford Handbook on Comparative Law. Oxford, 2006. P. 370.

¹⁰⁹ *Ibid.* P. 369.

¹¹⁰ Цит. по: *Dannemann G.* Comparative Law: Study of Similarities or Differences. P. 393.

¹¹¹ *Michaels R.* The Functional Method of Comparative Law. P. 372.

¹¹² *Ibid.* P. 371.

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ «Функционализм является механистической теорией, которая не имеет ничего общего с пониманием» (*Legrand P.* The Same and the Different. P. 292). См. также: *Legrand P.* Foreign Law: Understanding Understanding. P. 96.

¹¹⁵ *Dannemann G.* Comparative Law: Study of Similarities or Differences. P. 396–401.

замечает: «Противопоставление между презумпцией идентичности и презумпцией различия зачастую не имеет ничего общего с вопросом о том, похожи или нет правопорядки как таковые. Более существенная проблема связана с тем, какие элементы права и его контекста наиболее важны для сравнительного исследования».¹¹⁶

Итак, В. Г. Курран видит опасность функционализма в нежелании учитывать различия: этот подход «может привести к отказу от попыток проникнуть под поверхность в поисках скрытых и иногда непримиримых различий между правовыми системами».¹¹⁷ Для представителей послевоенного сравнительного правоведения, продолжает исследовательница, подразумеваемый приоритет общности и сходства над различиями имел огромное значение ввиду горького опыта национал-социализма и антисемитизма в Европе, сопутствовавшей политике дискриминации и уничтожения других народов, чужих культур и вообще *другого*. Фашизм требовал исключить непохожих из общественной жизни, проще говоря, другой — это враг. К. Шмитт, сочувствовавший национал-социализму немецкий мыслитель, толковал понятие *врага* следующим образом: «Просто другой и чужой, и его бытие достаточным образом определяется уже тем, что он в определенном глубоком смысле существенно другой и чужой, поэтому в случае конфликта он отрицает наш собственный способ существования, а следовательно, нужно защищаться от него и бороться с ним, чтобы сохранить присущий нам образ жизни».¹¹⁸ В этом контексте общность и сходство как юридический ориентир противостоят «жестокой абсурдности законодательного отрицания фундаментального человеческого единства (*sameness*)» в нацистской Германии.¹¹⁹ Однако В. Г. Курран рассматривает нацистские гонения на другого скорее как историческую случайность, чем как логический вывод из размышлений о различиях между людьми.¹²⁰ Более того, акцент в послевоенном правоведении на общности предполагал вовсе не признание имеющихся различий, но нивелирование и стирание различий ради поверхностного единообразия и ассимиляции. Такой подход всегда грозит обернуться против представителей обособленных социальных групп и меньшинств: «Логическое последствие априорного отрицания различия состоит не в терпимости к различиям, а лишь в допущении одинаковости, пытающейся маскировать различия под схожесть».¹²¹ Например, законодательство, исходящее из феминистских соображений и отрицающее особенности и отличия женщин ради равенства с мужчинами (как оно понимается в феминизме), на деле может привести к ущемлению прав и интересов женщин.¹²²

В отличие от П. Леграна¹²³ В. Г. Курран не настаивает на приоритете различия над сходством в рамках сравнительно-правового исследования.¹²⁴ Если П. Легран ориентирует на неустанный поиск различий и другого в его

¹¹⁶ Ibid. P. 394.

¹¹⁷ Curran V. G. Cultural Immersion, Difference and Categories in U. S. Comparative Law. P. 67.

¹¹⁸ Цит. по: Curran V. G. Cultural Immersion, Difference and Categories in U. S. Comparative Law. P. 75.

¹¹⁹ Ibid. P. 78.

¹²⁰ Ibid. P. 76.

¹²¹ Ibid. P. 74.

¹²² Ibid. P. 84, 87 (Fn. 150).

¹²³ Legrand P. The Same and the Different. P. 272, 279, 288.

¹²⁴ Curran V. G. Comparative Law and Language. P. 690.

особенности,¹²⁵ то В. Г. Курран трактует различия как возможные, но не обязательные. Компаративист должен быть открыт для различий, которые могут прятаться в глубинных слоях чужой правовой культуры вопреки поверхностным сходствам. Необходимо признать ограниченность собственных правовых стандартов; они не универсальны и неизбежно сужают понимание и мировоззрение исследователя.¹²⁶

Фундаментальное сходство между людьми, продолжает В. Г. Курран, оправдывает утверждение общечеловеческих правовых принципов. Кроме того, игнорирование различий соответствует обычному человеческому стремлению к определенности, с которым также связана тенденция «она-учить» право. Но единство и определенность часто существуют за счет истины.¹²⁷

Важнейший вопрос состоит в том, действительно ли предположение фундаментального сходства между людьми является предпосылкой терпимости (толерантности) в общественной и правовой жизни.¹²⁸ В. Г. Курран отвечает отрицательно: необходимо разорвать подразумеваемую взаимосвязь между похожестью и вовлеченностью (*inclusion*), а равно между отличием и исключением (*exclusion*) из социальных отношений. Новый подход позволит учитывать различия, одновременно защищая непохожесть против дискриминационного отделения. Правовая культура должна поощрять толерантность без единообразия.¹²⁹

Метод культурного вживания помогает избежать необоснованной оценки другой правовой культуры с позиций собственного культурного опыта и ложной уверенности в обладании объективной истиной.¹³⁰ Но в рамках этого метода устранение необоснованных оценок переходит в отказ от оценивания вообще. Культурное вживание затрудняет критику и осуждение исследуемой правовой культуры, поскольку предполагает познание культуры *изнутри* и порицает выводы о чужом правопорядке с позиций стандартов и критериев, внешних для изучаемой культуры. Между тем постмодернистская тенденция не давать оценок другому представляется весьма опасной с учетом печальных явлений XX в., особенно опыта «советского ГУЛАГа и нацистских концентрационных лагерей». Выход из этого затруднения, по мнению В. Г. Курран, возможен на основе сочувствия и сопереживания по отношению к чуждой правовой культуре. Это позволит не только воздерживаться от навязывания внешних стандартов и подходов, но и в полной мере использовать потенциал культурного вживания для расширения и углубления понимания, а равно для ограниченных и осторожных оценок.¹³¹

Культурное вживание предполагает несопоставимость и несоизмеримость (*incommensurability*) правовых культур, соответственно, безуспешность сравнения, но только с абсолютной точки зрения. Во-первых,

¹²⁵ *Legrand P.* The Same and the Different. P. 299–301.

¹²⁶ *Curran V. G.* Cultural Immersion, Difference and Categories in U. S. Comparative Law. P. 83.

¹²⁷ *Ibid.* P. 86.

¹²⁸ *Ibid.* P. 84. — О толерантности в целом и различных подходах к пониманию толерантности см.: *Лекторский В. А.* Эпистемология классическая и неклассическая. С. 21–31.

¹²⁹ *Curran V. G.* Cultural Immersion, Difference and Categories in U. S. Comparative Law. P. 87.

¹³⁰ *Ibid.* P. 88.

¹³¹ *Ibid.* P. 88–90. — Похожей позиции придерживается П. Легран (*Legrand P.* Foreign Law: Understanding Understanding. P. 134–135).

сохраняющееся влияние родной для компаративиста культуры мешает полному культурному вживанию; во-вторых, непохожесть культур затрудняет исчерпывающее объяснение и изложение изучаемой правовой культуры в понятиях культуры исследователя. Однако недоступность совершенного сравнения не является поводом вовсе отказаться от сравнения. Сравнение, подобно переводу, *передает* оригинал, но одновременно сохраняет его, ибо неподходящая терминология все же изображает новое и другое, позволяя приступить к творческому проникновению в чужую правовую культуру.¹³² Культурное вживание, подчеркивает В. Г. Курран, «состоит в медленном преодолении культурных барьеров ради идеала взаимопонимания, в стремлении приблизиться к пониманию, соединенное с признанием, что некоторое расстояние на этом пути останется непреодоленным. Допущение других истин не означает неудачу. Чем глубже исследователь погружается в особенности иностранной правовой культуры, возникшие под влиянием своеобразных привычек, истории, языка, проблем и социальных условий в данной стране, тем больше он узнает о неустраимых несоответствиях (*incomparables*) (сохранен курсив оригинала. — В. С.)».¹³³ Задача сравнительного правоведения состоит в переводе, пусть несовершенном, с чужого на родной язык, иными словами, в *наведении мостов* между разными правовыми культурами.¹³⁴

В порядке иллюстрации В. Г. Курран применяет метод культурного вживания для анализа решения Верховного Суда Германии (*Bundesgerichtshof*), принятого в 1951 г. по иску двух покупателей против компании «Фольксваген». Исследовательница подвергает критике комментарий к данному решению, предложенный американским компаративистом Дж. Доусоном, стремясь показать на этом примере, что игнорирование культурных факторов ведет к неправильному пониманию и оценке чужого правопорядка.¹³⁵

Истцы были среди 300 тыс. немецких граждан, которые заказали и оплатили автомобили «Фольксваген» в 1938 и 1939 гг. в рамках проекта *народного автомобиля*, поддержанного Гитлером. Война помешала производству, но собранные деньги в сумме примерно 250 млн марок хранились на счете в берлинском банке, пока советские войска не захватили денежные средства в 1945 г. Поскольку после окончания войны «Фольксваген» возобновила производство гражданских машин, истцы потребовали поставки заказанных и оплаченных автомобилей, признав, впрочем, что ранее установленная цена в новых условиях должна быть увеличена, и попросив суд назначить справедливую цену. В итоге спор достиг Верховного Суда. Своим решением последний подтвердил юридическую силу довоенных договоров о приобретении автомобилей, но вернул дело на пересмотр, потребовав от нижестоящего суда произвести поиск других покупателей автомобилей «Фольксваген», которые оказались в обстоятельствах, подобных обстоятельствам истцов. Решение Верховного Суда вызвало удивление и неприятие со стороны Дж. Доусона: сложности исполнения этого решения, предполагающего судебный пересмотр всех аналогичных договоров, настолько велики, что, с учетом всех прочих обстоятельств, было бы правильнее признать договоры о приобретении

¹³² Curran V. G. Cultural Immersion, Difference and Categories in U. S. Comparative Law. P. 90.

¹³³ Ibid. P. 91.

¹³⁴ Ibid. P. 91–92.

¹³⁵ Ibid. P. 78–83.

автомобилей прекратившимися ввиду отпадения основания сделки (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*).¹³⁶ В обоснование решения Верховный Суд пояснил, что «в силу основополагающего юридического принципа договоры должны исполняться»,¹³⁷ однако Дж. Доусон рассматривает это замечание как благое пожелание, не имеющее отношения к делу.

Между тем, пишет В. Г. Курран, приведенное высказывание Суда содержит ключ к правильному пониманию не только этого конкретного судебного решения, но и общего подхода континентального (романо-германского) права к исполнению гражданских договоров. В рамках континентальной правовой традиции *обязывающему характеру* заключенных договоров придается принципиальное значение (*pacta sunt servanda*). Исторически возникшее начало *святости* договора опирается здесь на нравственные и религиозные соображения. Напротив, юристы общего права склонны рассматривать вопросы нарушения и расторжения договоров в увязке с экономической эффективностью и коммерческими последствиями.¹³⁸ С этой точки зрения расторжение договоров о приобретении автомобилей «Фольксваген» по судебному решению выглядит предпочтительной и правильной позицией, особенно с учетом огромных практических сложностей пересмотра и исполнения договорных обязательств в данных обстоятельствах.

Итак, ошибочность предложенной Дж. Доусоном трактовки (иными словами, *непонимание* данного решения Верховного Суда Германии) объясняется независимостью от англосаксонского видения этой юридической ситуации, игнорированием культурных соображений, которые помещают *обязательность* договора в основания немецкого гражданского права. На этом примере видно, что решения судов и правопорядок в целом формируются не столько текстами законов, сколько факторами, обстоятельствами и традициями, которые «уходят корнями в историческое, политическое, экономическое и общественное развитие народа».¹³⁹

* * *

«Чтобы *познать* ту или иную вещь, — пишет Л. Фейербах, — необходимо *почувствовать*, что она такое (курсив мой. — В. С.)».¹⁴⁰ Эти слова

¹³⁶ Это основание изменения и прекращения договора (примерно соответствующее *существенному изменению обстоятельств* согласно ст. 451 Гражданского кодекса РФ, далее — ГК РФ) в настоящее время закреплено в § 313 Германского гражданского уложения.

¹³⁷ Цит. по: Ibid. P. 80.

¹³⁸ В качестве иллюстрации можно привести теорию *эффективного нарушения* (*efficient breach*), которая не является, впрочем, общепринятой (*Black's Law Dictionary*. 6th ed. St. Paul, Minn., 1990. P. 189), а также неготовность судов общего права (в отличие от судов справедливости) назначать исполнение обязательства в натуре (*specific performance*). Р. Гуди комментирует: «Общее право в очень большой степени предпочитало денежный подход к урегулированию споров. Действительно, принцип общего права состоял в том, что ответчик имеет выбор: исполнить договор или заплатить убытки. Суды общего права не выносили постановлений об исполнении договора в натуре или поставке определенного товара» (*Goode R. Commercial Law*. P. 112).

¹³⁹ *Curran V. G. Cultural Immersion, Difference and Categories in U. S. Comparative Law*. P. 83.

¹⁴⁰ *Фейербах Л. Сочинения*. В 2 т. М., 1995. Т. 2. С. 210. — Ср. слова Г. Гегеля о разнице между пониманием и чувственным постижением: «Мы не можем вчувствоваться в переживания собаки, хотя можем их понять. Ибо чувствовать означает наполнить

автора «Сущности христианства», хотя и высказанные по другому поводу, хорошо выражают суть эпистемологического подхода, усвоенного представителями холистического направления в нынешней культурологической компаративистике. Понимание чужого правового порядка не всегда достигается путем *иррационального схватывания* — здесь следует подчеркнуть, что В. Г. Курран применяет вполне рациональный анализ. Тем не менее исходящая из холистических соображений методология в значительной мере предполагает *внеинтеллектуальные* усилия по проникновению внутрь иностранного права, постижению чужой (и своей) культуры *в ее органичной целостности*.¹⁴¹ В связи с этим показательно, что американский ученый-юрист немецкого происхождения Э. Боденхаймер увидел в культурологической трактовке права «культ иррациональности».¹⁴²

Отмеченный внерациональный компонент, соотносящийся с иррационалистическими построениями философской герменевтики,¹⁴³ затрудняет выделение основания сравнения (*tertium comparationis*) в рамках культурологических сравнительно-правовых изысканий холистического профиля. Между тем основание сравнения должно присутствовать в любом сравнении как познавательной операции.¹⁴⁴ Неопределенность основания сравнения усиливается тем обстоятельством, что герменевтика нацелена не на сравнение и сопоставление, а на *истолкование*. Внимание исследователя сосредоточено на отношении между *означающим* (выражением) и *означаемым* (содержанием): в рамках культурологического сравнительного права *означающим* является правовая норма, а *означаемым* — культура и ментальность общества. Задача компаративиста состоит здесь в том, чтобы перейти от означающего к означаемому, погрузиться с видимой поверхностью (т. е. закона) в глубину правовой культуры.¹⁴⁵

тотальность субъекта неким единичным определением так, чтобы оно стало нашей собственной определенностью. Мы не способны... например, поклоняться изображению греческого бога, каким бы прекрасным оно ни было» (*Гегель Г. В. Ф.* Философия религии. В 2 т. Т. 1. М., 1975. С. 432).

¹⁴¹ *Großfeld B.* Comparatists and Languages. P. 180. — Далее в статье (*Ibid.* P. 186) ученый приводит четверостишие из католического молитвенника, чтобы в очередной раз подчеркнуть недостаточность рационального отношения к праву (несмотря на ограниченность моих навыков стихосложения, я рискнул сделать стихотворный перевод, чтобы лучше передать пафос оригинала):

Оставь страницы книг бесплодных,
Наукой и искусством полных,
Вперед иди и сердце чуткое возьми,
Которым видеть и воспринимать спешу.

¹⁴² *Curran V. G.* Cultural Immersion, Difference and Categories in U. S. Comparative Law. P. 72.

¹⁴³ О герменевтике см.: *Никоненко С. В.* Современная западная философия. Учеб. пособие. СПб., 2007. С. 45–71; *Кузнецов В.* Герменевтика и ее путь от конкретной методики до философского направления // *Логос*. 1999. № 10. С. 43–88. — Применение герменевтических методов к проблематике философии права см. в: *Рикер П.* Торжество языка над насилием. Герменевтический подход к философии права // *Вопросы философии*. 1996. № 4. С. 27–36.

¹⁴⁴ *Jansen N.* Comparative Law and Comparative Knowledge // *The Oxford Handbook on Comparative Law*. Oxford, 2006. P. 314–315.

¹⁴⁵ *Samuel G.* Epistemology and Comparative Law: Contributions from the Sciences and Social Sciences // *Epistemology and Methodology of Comparative Law* / ed. M. van Hoeke. Oxford; Portland, Oregon, 2004. P. 61.

Оставленная В. Г. Курран подсказка помогает обнаружить основание сравнения, которое предполагается, но не выдвигается в этом качестве на первый план, в рамках холистического направления культурологического сравнительного правоведения. В. Г. Курран отождествляет сравнение и перевод, подчеркивая необходимость овладения двумя (или более) языками для успешного познания.¹⁴⁶ По-видимому, это отождествление открывает искомое основание сравнения. Переводчик стремится передать *смысл* оригинала, но все же никогда вполне не достигает этой цели, потому что слова чужого языка не совпадают с переводимыми словами со стороны своего смысла (значения).¹⁴⁷ Если в поиске наилучшего варианта для передачи новыми словами исходного *означаемого* переводчик вновь и вновь обращается к *контексту* слова и текста в исходном языке и культуре, то именно этот контекст становится основанием сравнения оригинального и переведенного выражений.¹⁴⁸ Итак, культурологическая юридическая компаративистика холистического толка предполагает в качестве основания сравнения (отдельных норм или институтов разных юрисдикций) правовую культуру, которая окружает и снабжает сопоставляемые нормы или институты смыслом. Поскольку характеристики и особенности правовой культуры не даны как известные или очевидные, фокус исследования смещается от сравниваемых правоположений в сторону правовой культуры: собственно основание сравнения становится предпочтительным объектом изучения.

Вышесказанное объясняет исчезновение определенного *tertium comparationis* на прикладном уровне конкретного сравнительно-правового исследования холистического профиля. П. Легран сомневается в уместности понятия *основание сравнения*,¹⁴⁹ предпочитая говорить о *третьем пространстве* смысла, опосредующем смысловые пространства сравниваемых правопорядков.¹⁵⁰ Третье пространство необходимо предполагается в любом исследовании в качестве семантической общности, которая связывает сопоставляемые правовые институты и служит точкой отсчета для *различающего сравнения* (*differential comparison*), ориентированного на защиту чужого своеобразия (*singularity*).¹⁵¹ Например, различные принципы судебного контроля могут разбираться в общих координатах *легитимности судебной проверки*: «Рассмотрите два закона: один, по которому судебная

¹⁴⁶ «Как сравнение является актом перевода, так и перевод является актом сравнения, а слово “сравнение”, в конце концов, предполагает нечто меньшее, чем точное соответствие (*correspondence*)... Процесс перевода с одного языка на другой является основополагающей моделью не только сравнительного права, но любого анализа и познания... Один язык берет в плен мысль и понимание. Много языков освобождают их» (*Curran V. G. Comparative Law and Language. P. 681*).

¹⁴⁷ Ср.: «Переводчик должен переносить подлежащий пониманию смысл в тот контекст, в котором живет данный участник беседы. Как известно, это вовсе не означает, что переводчик искажает смысл, который имел в виду другой собеседник. Напротив, смысл должен быть сохранен; поскольку, однако, он должен быть понят в контексте нового языкового мира, постольку он выражается теперь совсем по-иному. Поэтому всякий перевод уже является истолкованием; можно даже сказать, что он является завершением этого истолкования» (*Гадамер Х.-Г. Истина и метод: основы философской герменевтики. М., 1988. С. 447*).

¹⁴⁸ Подробнее о сравнительном праве как явлении перевода см.: *Curran V. G. Cultural Immersion, Difference and Categories in U. S. Comparative Law. P. 54–59*.

¹⁴⁹ *Legrand P. Foreign Law: Understanding Understanding. P. 77*.

¹⁵⁰ *Ibid. P. 91*.

¹⁵¹ *Ibid. P. 87–92*.

проверка опирается на разумность (*reasonableness*), другой, по которому она опирается на идею пропорциональности (*proportionality*). Между двумя законами существует семантическая общность или диалогическое взаимодействие, по поводу которого члены обоих юридических сообществ могут согласиться: в обоих законах речь идет о легитимности судебной проверки. И эта семантическая общность или диалогическое взаимодействие сохраняются, хотя каждый закон имеет свое собственное понимание того, что означает «судебная проверка» (и легитимность). Итак, именно эта общность или взаимодействие по поводу понятия «судебная проверка» позволяет компаративисту постигнуть несопоставимость (*incommensurability*) двух подходов, осознать, что эти два эпистемологических ориентира, эти две трактовки могут означать лишь непохожесть друг на друга, несмотря на общий семантический источник (*referent*)». ¹⁵²

Эта семантическая общность, образующая *познавательный мост (cognitive bridge)* ¹⁵³ между сравниваемыми юрисдикциями, оправдывается тем соображением, что нельзя описывать изучаемый правовой порядок в терминах другой юрисдикции, навязывать чужому юридическому опыту собственные понятия и конструкции. Семантическая общность привносит соизмеримость и похожесть, которая в каждом конкретном случае обусловлена стремлениями и интересами компаративиста. В связи с приведением к общему знаменателю право (как объект изучения) подвергается насилию, ведь «ни один правовой порядок сам по себе не может быть сведен к другому». Таким образом, созданная семантической общностью *кажущаяся похожесть* служит только началом, которое нужно быстро преодолеть, чтобы перейти к подлинной сравнительно-правовой работе, состоящей в выявлении своеобразия и уникальности исследуемой юрисдикции. ¹⁵⁴

Продолжая аналогию между культурологическим сравнительным правоведением и лингвистикой, следует отметить тенденцию холистической культурологической компаративистики обращаться к преобладающему изучению *внешних элементов права*, иными словами, разнообразных исторических, географических, общекультурных, религиозных и прочих обстоятельств, оказывающих влияние на правовую систему. Применительно к лингвистике Ф. де Соссюр критиковал подобный подход, призывая сосредоточиться не на внешних, но на внутренних элементах языка, которые составляют его систему, подчиненную собственному порядку, а не случайным посторонним факторам. ¹⁵⁵ Напротив, в сравнительном правоведении П. Легран с постмодернистской точки зрения отстаивает необходимость исследования внешних элементов правового порядка, стремясь показать отсутствие границы между внешним и внутренним и попутно критикуя аутопоетическую трактовку права за абсолютизацию автономии правовой системы, консерватизм и конформизм. ¹⁵⁶

¹⁵² Legrand P. The Same and the Different. P. 282–283. — В данном случае судебная проверка означает главным образом пересмотр судами решений административных органов; принцип разумности, поясняет П. Легран, основан на представлении о судье как члене общества, а принцип пропорциональности определяет судью как представителя государственной власти (Ibid. P. 283).

¹⁵³ Ibid. P. 282.

¹⁵⁴ Legrand P. Foreign Law: Understanding Understanding. P. 90–91.

¹⁵⁵ Соссюр де Ф. Труды по языкознанию. С. 61.

¹⁵⁶ Legrand P. Foreign Law: Understanding Understanding. P. 81–82. Fn. 57.

П. Легран отказывается размышлять о праве в категориях *объективность* и *истина*¹⁵⁷ и возражает против сведения правопорядка к *системе норм*.¹⁵⁸ Ошибка традиционной юриспруденции состоит в *позитивистской* сосредоточенности на писанных правилах (юридических текстах).¹⁵⁹ Отождествление правовой нормы с *должным* (приказом власти) остается поверхностным: любое юридическое правило отражает правовую культуру и представляет собой *тотальный социальный факт* (М. Мосс).¹⁶⁰ Юридическая область не ограничена наличными нормами, поэтому следует отвергнуть представление о праве как обособленной социальной подсистеме.¹⁶¹ «Итак, я утверждаю, — разъясняет П. Легран, — что право просто не может быть постигнуто как совокупность аккуратно организованных правил, что “право” не тождественно “правилам” и действительно существует много “прав” за пределами правил... Другими словами, сравнительное правоведение заведет юриста в тупик, если предполагается, будто знание права равнозначно знанию правил (а знание правил тождественно знанию права!). В своем стремлении к рациональности, предсказуемости, определенности, логичности и ясности большая часть сравнительно-правовой работы приобретает, следовательно, заметный антигуманистический оттенок».¹⁶² Настоящая задача компаративиста заключается в объяснении мировоззрения участников правовой культуры, выявлении присущих им «глубинных структур правовой рациональности».¹⁶³

Для демонстрации неисчерпаемой культурной обусловленности конкретного правопорядка П. Легран использует разработанное в философии Ж. Деррида понятие *следа* (*trace*).¹⁶⁴ Точкой отсчета все же остается юридический текст (*law-text*), но последний понимается не как самодостаточная данность, составляющие которую слова и выражения нуждаются лишь в прилежном толковании в позитивистском (*логоцентрическом*) ключе ради беспроblemного правоприменения и систематизации, устранения пробелов и противоречий.¹⁶⁵ Напротив, текст состоит из множества переплетающихся нитей (ср. *текстиль*) из разных источников, превращающих

¹⁵⁷ «То, что некто называет “истинным”, предстает лишь как желаемое им истолкование» (Ibid. P. 120–128, P. 76). «Невозможно представить, — пишет Дж. Флетчер (G. Fletcher), — чтобы Франция следовала системе Птолемея, а Италия приняла бы систему Коперника», но праву присущи культурные особенности, а рассмотрение права с культурологической позиции исключает притязания на безусловную истину, будь то эмпирического или априорного (*normative*) характера (Ibid. P. 128).

¹⁵⁸ Legrand P. What Legal Transplants? P. 60.

¹⁵⁹ Legrand P. 1) European Legal Systems are not Converging // International and Comparative Law Quarterly. Vol. 45. N 1. January. 1996. P. 56–60; 2) Foreign Law: Understanding Understanding. P. 72–75.

¹⁶⁰ Legrand P. 1) European Legal Systems are not Converging. P. 57; 2) What Legal Transplants? P. 60. — А. Рилс замечает недостаточность аргументации: М. Мосс говорит о тотальных социальных фактах применительно к архаичным, но не современным, обществам (Riles A. Comparative Law and Socio-Legal Studies. P. 798). Подробнее см.: Мосс М. Общества. Обмен. Личность. Труды по социальной антропологии. М., 1996. С. 83–222.

¹⁶¹ Legrand P. 1) European Legal Systems are not Converging. P. 58; 2) Foreign Law: Understanding Understanding. P. 115 («Не имеется ничего ни “правового” по своему существу, ни автоматически расположенного вне “правового”»).

¹⁶² Legrand P. European Legal Systems are not Converging. P. 59–60.

¹⁶³ Ibid. P. 60–61.

¹⁶⁴ Legrand P. Foreign Law: Understanding Understanding. P. 78–84, 109–120. — О философии Ж. Деррида и постмодернизме в целом см.: Никоненко С. В. Современная западная философия. С. 388–415.

¹⁶⁵ Legrand P. Foreign Law: Understanding Understanding. P. 73–74.

данный текст в посредника между различными дискурсами. Они соединились в юридическом тексте, чтобы *говорить по-юридически* (*speak legally*). Текст не обладает автономией: контекст не противостоит тексту, но является составной частью последнего. Любой текст, в том числе юридический, *интертекстуален*, состоит из бесконечного количества *следов*, отсылающих к историческим событиям, политическим и социальным ображениям, прочим информации и обстоятельствам, повлиявшим на данный текст. Текст постоянно возникает из следов и исчезает в них. «Более того, — продолжает П. Легран, — каждый след достигает другого следа, который в свою очередь переплетен с другим следом, а последний пересекается с еще одним следом, поэтому последовательность следов должна рассматриваться с позиции структурной неопределенности. Например, французский закон 2004 г. [о запрете ношения в школах религиозных знаков или одежды] можно проследить [назад] до увеличившейся заметности и возросших притязаний ислама во Франции, которые могут быть прослежены до французской постколониальной политики, которая может быть прослежена до французской колониальной политики, все эти следы переплетаются со следом осознаваемой несовместимости французского республиканизма и ислама, а равно следом страха перед исламом (или исламофобии), которые в свою очередь могут быть прослежены до иммиграционных потоков, до возрождения исламских вооруженных формирований в Алжире, а также до “9/11” (не упоминая даже последующую террористическую атаку в Мадриде 11 марта 2004 г.). При всей внимательности всегда остается след прежде следа (*ever-nextness to the trace*), так что прослеживание (*tracing*) юридического текста может быть бесконечным».¹⁶⁶

Иными словами, не имеется ни первоначала, ни абсолютного источника смысла. Нет никакого *чистого* права как такового, ибо благодаря следам *неправо* (история, политика, социальные факторы и пр.) присутствует внутри юридического текста. Любой текст всегда гетерогенен и включает в себя прошедшее. Поэтому истолкование или объяснение никогда не является исчерпывающим, некоторое содержание всегда остается нераскрытым и непрослеженным. Но не нужно опасаться недостижимости полного понимания: «В действительности сравнительно-правовые изыскания в гораздо большей степени нацелены на *другость* (*otherness*) (другой юридический дискурс и право другого), чем на *правильность* (*correctness*)».¹⁶⁷ Соответственно, нужно использовать в трудах по сравнительному (иностранному) праву неологизмы, иностранные слова или калькированные с чужого языка грамматические конструкции, чтобы избежать «сплошного одомашнивания иностранных текстов» (*seamless domestication of foreign texts*), тем самым напоминая читателю, что речь идет все же об *иностранном* праве.¹⁶⁸ *Голос другого* должен быть услышан, поэтому исследователю надлежит также прибегать к цитатам из иностранных источников: «Разве истинное сравнение заключается не в подборе цитат одной за другой?».¹⁶⁹

Истолкование представляет собой одновременно конструирование, *изобретение* компаративистом юридического текста: текст таков, каким его видят, текст обретает смысл благодаря истолкованию.¹⁷⁰ Направление и глубина изучения зависят только от целей исследования, доступных

¹⁶⁶ Ibid. P. 79.

¹⁶⁷ Ibid. P. 82.

¹⁶⁸ Ibid. P. 153.

¹⁶⁹ Legrand P. The Same and the Different. P. 306.

¹⁷⁰ Legrand P. Foreign Law: Understanding Understanding. P. 88.

ресурсов, прочих ограничивающих обстоятельств, опыта, знаний и усмотрения компаративиста. Принципиально сохраняется возможность отличающегося истолкования, выявления в данном тексте иных следов. Объяснение никогда не тождественно исходному тексту, *окончательной* интерпретации не существует. С каждым новым истолкованием текст преодолевает приписанную ему в прежней интерпретации фиксированную сущность: непохожесть и своеобразие *другого* нельзя полностью объяснить и понять, но нужно принять и признать. Сравнительное правоведение подвержено *беспокойству неустранимой неопределенности*:¹⁷¹ «Поскольку никакое понимание и описание не могут охватить иностранный юридический текст в целом, истолкование оказывается не только актом запоминания (смысл сохраняется), но и актом оплакивания и траура (некоторый смысл безнадежно потерян)». ¹⁷² Иными словами, посторонний наблюдатель может понять чужой юридический опыт, но это будет *другим* пониманием, отличным от понимания на стороне носителя этого опыта.¹⁷³

Компаративист должен отвергнуть научный метод как «правильный, системный, заранее известный путь приближения к объекту». Раскрытие своеобразия чужого права требует *подчинения* исследователя изучаемому материалу, экспериментирования, искреннего внимания и личного контакта, непосредственного общения с *другим*, а также сознания этической ответственности: здесь нет ни научного метода, ни противостоящего ученому объекта.¹⁷⁴ Эмпирическая непроверяемость и неточность сравнительного правоведения препятствует *научообразным* выводам и рекомендациям — их можно скорее получить в офисах глобальных консалтинговых компаний, обслуживающих офшорный капитализм. Но неопределенность сравнительного права является «препятствием только для позитивиста, который жаждет ясных и определенных указаний, обычно свойственных компьютерным программам». ¹⁷⁵ Напротив, подлинная сравнительно-правовая работа предполагает внимательное *вслушивание* (*hearkening*) в чужой юридический опыт, уважение к бесконечному своеобразию иностранного права, а следовательно, стремление выявлять различия.¹⁷⁶

П. Легран требует от настоящего сравнительного правоведения (*различающего сравнения*) изучать конституирующие (создающие) право следы, в совокупности составляющие *культуру общества*, более конкретно, *правовую культуру*. Культура неотделима от права, иными словами, *право существует как культура*. Культурологический подход, пишет П. Легран, защищает *другого* от подавления его уникальности и своеобразия: «Компаративист, постигающий иностранное право с культурологической позиции, не может не утверждать дружость, тогда как компаративист, относящийся к иностранному праву позитивистским образом, не может не отрицать ее».¹⁷⁷

Правовая культура включает в себя юридический язык, способы юридического мышления и аргументации, а также неоформленные ожидания,

¹⁷¹ Ibid. P. 84.

¹⁷² Ibid. P. 90.

¹⁷³ «Достаточно сказать, что мы понимаем *иначе* — *если мы вообще понимаем* (сохранен курсив оригинала. — В. С.)» (Ibid. P. 137 (со ссылкой на Х.-Г. Гадамера)). См. также: *Гадамер Х.-Г.* Истина и метод: основы философской герменевтики. С. 351.

¹⁷⁴ *Legrand P.* Foreign Law: Understanding Understanding. P. 145–146.

¹⁷⁵ Ibid. P. 113.

¹⁷⁶ Ibid. P. 87–89.

¹⁷⁷ Ibid. P. 110.

неосознанные предположения и изменчивые предпочтения участников культуры. В трактовке П. Леграна восприятие права как культуры направлено против универсализма и глобализации, потому что подчеркивает местное измерение правопорядка. При этом культура всегда находится в процессе становления (*ever-becoming*) и взаимодействия с другими культурами. Культура не является ни монолитной внутри себя, ни закрытой от воздействий со стороны, неправильно рассматривать культуры как бильярдные шары: «Очевидно, что правовая культура, как форма руководства (*form of governance*), не сводится к статической, линейной, тотальной, неизменной и идеализированной конфигурации. Разумеется, ссылка на “правовую культуру” не означает автоматического предпочтения целостности (*coherence*), не предполагает превращения культуры в обособленную силу (*reification*), не ведет к эссенциализму, не преувеличивает непохожесть, не исключает изменения во времени, не стирает индивидуальные особенности или протесты, которые могут оформляться в участии или неучастии в некоторых субкультурах, не фетишизирует идентичность, оказывающуюся таким образом вне критики, не преуменьшает самостоятельность участников культуры (*trivialize agency*) или значение индивидуального мышления, а также не характеризует защитников культуры как ограниченных консерваторов».¹⁷⁸ Однако неопределенность и эластичность культуры не бесконечны, потому что «культура функционирует как непрерывный объединяющий процесс, который со стороны иного опыта осознается на фоне существующих образцов, в рамках которых культура, в конечном счете, оформляется даже ценой уменьшения дисгармонии». Культура существует в повторяющейся и *подражающей* деятельности людей. Подобно прочим *организмам*, правовая культура «старается поддержать равновесие гомеостазиса в отношении к окружающей ее среде и увековечить саму себя посредством повторения: культура стремится преодолеть непослушание (*transgression*)».¹⁷⁹

Существенная черта права как культуры состоит в его *укорененности* (*embeddedness*). Иными словами, правопорядок пронизан внеправовой фактичностью, обусловлен местом и временем: право — всегда *право в ситуации* (*law-in-situation*). Поэтому на правовое регулирование нельзя взирать с *независимой* точки зрения: «Никакое право не может быть абсолютно хорошим или плохим, но право является хорошим или плохим для того или иного “сообщества”».¹⁸⁰ Соответственно, унификация не способна уменьшить юридическое разнообразие. Множество правопорядков не превращаются в один правопорядок посредством унифицированного правового регулирования (например, международной конвенции): глобальное право обречено на фрагментацию.¹⁸¹ Универсализм — всегда *чей-то* универсализм. Так, хотя права человека являются ценностью, все же не существует *универсальных* прав человека: постановка вопроса о всемирных правах отражает лишь западную культурную позицию. На деле конструкция универсальных прав человека представляет собой продолжение европейского колониализма.¹⁸²

¹⁷⁸ Ibid. P. 110–111.

¹⁷⁹ Ibid. P. 112.

¹⁸⁰ Ibid. P. 119.

¹⁸¹ Ibid.

¹⁸² Ibid. P. 133–134. — К. Дозинас (С. Douzinas): «Декларации прав человека остаются “чепухой на ходулях” (*nonsense on stilts*), пока они не переведены на язык культуры и права данного общества» (цит. по: Ibid. P. 148).

Основополагающими принципами сравнительно-правового подхода П. Леграна являются уважение и признание *другого* в его особенности и непохожести, независимости *другого* от наблюдателя, категорическое отрицание подчинения чужой культуры точке зрения, целям, познавательным категориям и предубеждениям исследователя. П. Легран искренне выражает этот настрой: «Я утверждаю, что сравнительно-правовые изыскания обязаны признавать, ценить и уважать неодинаковость (*alterity*). Без такого признания невозможна никакая этика. Другими словами, *raison d'être* сравнения лежит в отказе от национального высокомерия, отказе от культурных табу, в принятии и признании ценности различий и в настойчивом выявлении непохожих голосов — пока сам исследователь (*self*) не будет в самом деле готов посмотреть на себя глазами *другого* (*being othered by otherness*) (сохранен курсив оригинала. — В. С.)». ¹⁸³ Однако требование уважения к другому сохраняет силу только в том случае, если другой отвечает взаимностью и сам готов признавать, а не подавлять, неодинаковость: нацистский режим не достоин уважительного отношения. ¹⁸⁴

«Мы можем сказать, — отмечает Р. Коттеррелл, — что основное предупреждение, которое многие культурологические исследователи сравнительного права хотят передать с помощью акцента на правовой культуре, состоит в следующем: продлите ваше замешательство (*prolong your puzzlement!*), не переходите к легким или удобным заключениям о сущности иностранного права и тех, кто применяет его; и никогда не пытайтесь объяснить иностранные законы и общества, используя критерии, которые отражают лишь ваш собственный культурный опыт». ¹⁸⁵ Приведенные слова в равной мере относятся как к аналитическому, так и холистическому направлению современного культурологического сравнительного правоведения. Все же бесконечное своеобразие и внутренний мир чужой правовой культуры *очаровывают* большей частью представителей именно второго из указанных течений. Гуманистическая ориентация на защиту *другого* предопределяет фокус на различиях, непохожести и утверждении непознаваемости чужой правовой культуры. Но холистический подход к культурному измерению правопорядка имеет и негативную сторону. Она состоит в допущении односторонних и бездоказательных выводов, а равно в выдвигании на первый план иррациональных усилий по постижению правовой культуры, что угрожает сместить работу из области науки в область идеологии и мифологии. ¹⁸⁶ Эта опасность проявилась в ряде трудов славянофильского настроения, написанных некоторыми современными российскими учеными-юристами в области правовой культуры и сравнительного права.

Окончание следует

¹⁸³ Legrand P. The Same and the Different. P. 284.

¹⁸⁴ Legrand P. Foreign Law: Understanding Understanding. P. 146.

¹⁸⁵ Cotterell R. Comparative Law and Legal Culture. P. 723.

¹⁸⁶ Samuel G. Epistemology and Comparative Law. P. 77.