

Методология и культура сравнительного правоведения

(рецензия на кн.: The Method and the Culture of Comparative Law. Essays in Honour of Mark Van Hoecke / Adams M., Heirbraut D. (eds.). Oxford: Hart Publishing, 2014. 328 p.)



М.В. Антонов

доцент кафедры теории и истории права и государства юридического факультета Санкт-Петербургского филиала Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», кандидат юридических наук. Адрес: 190121 Российская Федерация, Санкт-Петербург, ул. Союза Печатников, 16. E-mail: mantonov@hse.ru



Аннотация

Настоящая работа представляет собой рецензию на вышедшую в 2014 году книгу, которая посвящена 65-летию юбилею профессора Гентского университета Марка Ван Хука. Начав с краткой характеристики вклада Ван Хука в современную компаративистику, автор последовательно проанализировал все вошедшие в данную коллективную монографию очерки. В рецензии внимание сосредоточено на описании основных тезисов эссе, включенных в рецензируемую коллективную монографию. Попутно автор дает критические оценки некоторым из очерков. Рецензируемая книга позволяет получить представление о многоаспектности западных исследований в области методологии сравнительного правоведения и может стать важным подспорьем для отечественных компаративистов. Практически каждый очерк показывает, как сравнительно-правовое исследование может вестись за пределами аналитического сравнения нормативно-правовых текстов и институтов, социологического сравнения их функций. Особенно автор останавливается на той методологической установке, которая характеризует большинство из очерков, — на глубинном изучении правовых явлений, т.е. на всестороннем анализе всех аспектов социальной жизни для понимания сходств и различий сравниваемых норм, институтов, типов правосознания. Подчеркивается также важность общетеоретических и философско-правовых вопросов для построения методологии сравнительного правоведения. В этом отношении основное внимание многих авторов вошедших в монографию очерков направлено на теорию правовой коммуникации М. Ван Хука. Межличностное общение, смысловая координация поведения, интерпретация текстов и другие коммуникативные действия происходят в определенном институционально оформленном социальном контексте. Такой подход к анализу и сравнению национальных правовых систем дает возможность конструирования методологической модели для объяснения права в широкой социально-философской перспективе. Такая установка служит важным методологическим принципом сравнительного анализа правовых культур, без которого невозможен, по убеждению авторов монографии, сравнительно-правовой анализ как таковой.



Ключевые слова

сравнительное право, коммуникация, функционализм, правовая культура, методология, социальный контекст

Библиографическое описание: Антонов М.В. Методология и культура сравнительного правоведения // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. №1. С. 208–221.

К 65-летию юбилею профессора Гентского университета (Бельгия) **Марка Ван Хука**, который известен российскому читателю по работе «Право как коммуникация» и ряду статей по теоретическим вопросам сравнительного правоведения¹, ряд ведущих западно-европейских и канадских ученых подготовил коллективную монографию, посвященную общеметодологическим вопросам сравнительного правоведения. Именно в этой области специализируется бельгийский правовед, перу которого, помимо теоретико-правового трактата «Право как коммуникация», принадлежит ряд чрезвычайно интересных работ, написанных за последние два десятилетия по методологии сравнительного анализа правовых культур и другим методологическим проблемам компаративистики². И эти работы, и активная деятельность профессора Ван Хука в качестве директора Европейской академии теории права³ и организатора многих проектов в области методологии сравнительного правоведения, как подчеркивает большинство авторов рассматриваемой монографии, являются важным фактором в развитии исследований в этом направлении.

Можно с уверенностью сказать, что группа английских, нидерландских и бельгийских ученых, а также исследователи из ряда других стран, которые приняли участие в рецензируемой коллективной монографии (а также в других монографиях по данной теме⁴), представляют мэйнстрим мировой науки в данной области. В связи с этим и название монографии является символическим — именно методология сравнительного правоведения и проблематика правовых культур находились и находятся в центре исследовательских интересов М. Ван Хука, который в этих вопросах последовательно отстаивает тезис о необходимости учета социально-культурного контекста при анализе компаративистских проблем⁵. Символична и ориентированность на «глубинные исследования» правовых явлений, что является методологическим принципом исследований Ван Хука⁶.

¹ См. на русском языке: Ван Хук М. 1) Право как коммуникация. СПб.: Издательский Дом СПбГУ, 2012; 2) Конституционные суды и делиберативная демократия // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2013. № 2. С. 135–149; 3) Методология сравнительно-правовых исследований // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2013. № 3. С. 121–147; 4) Европейские правовые культуры в контексте глобализации // Коммуникативная теория права и современные проблемы юриспруденции: К 60-летию А.В. Полякова. В 2 т. Т. 2: Актуальные проблемы философии права и юридической науки в связи с коммуникативной теорией права / под ред. М.В. Антонова, И.Л. Честнова. СПб.: Алет-Пресс, 2014; с. 7–32. См. также: Антонов М.В. Объективность в праве и в юридическом мышлении: Рецензия на кн: J. Husa J., Van Hoecke M. (eds.). Objectivity in Law and Legal Reasoning. Oxford: Hart Publishing, 2013. 268 p. // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2014, № 1, с. 252–266.

² Стоит отметить, что и к общетеоретическим, философско-правовым вопросам профессор Ван Хук подходит в ракурсе сравнения действия права в разных правовых культур. Это отчетливо проступает как в «Праве как коммуникации», так и в других общетеоретических работах М. Ван Хука и круга ученых, которые сплотились вокруг него. См., напр.: Антонов М.В. Объективность в праве и в юридическом мышлении: Рецензия на кн: Husa J., Van Hoecke M. (ed.) Objectivity in Law and Legal Reasoning. Oxford; Portland: Hart Publishing, 2013. 268 p. // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2014. № 1. С. 252–266.

³ См. о деятельности этого образовательного и исследовательского центра: Антонов М.В., Самохина Е.Г. Европейская академия теории права // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2012. № 4, с. 267–271.

⁴ Ср.: Van Hoecke M. (ed.) Epistemology and Methodology of Comparative Law. Oxford: Hart Publishing, 2004; Van Hoecke M. (ed.) Methodologies of Legal Research. Which Kind of Research for What Kind of Discipline. Oxford: Hart Publishing, 2013.

⁵ Ср.: Van Hoecke M., Warrington M. Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law // International and Comparative Law Quarterly, 1998, № 47, p. 495–536.

⁶ Такой подход обосновывается юбилеем, в частности: Van Hoecke M. Deep Level Comparative Law / Van Hoecke M. (ed.) Epistemology and Methodology of Comparative Law. P. 165–195.

Включенные в сборник работы написаны на три основные темы: вопросы методологии компаративистики; проблемы глобализации в ракурсе сравнительного правоведения; методика междисциплинарных правовых исследований и способы анализа социального контекста, в котором развивается и действует право. Как подчеркивают авторы вводной статьи «Пролегомены к методологии и культуре сравнительного права» (с. 1–21), **Морис Адамс** (профессор Тилбургского университета) и **Дирк Хейрбаут** (профессор Гентского университета), особую значимость для понимания теоретических и философских аспектов данных вопросов имеет теория правовой коммуникации, разработанная М. Ван Хуком. Давая общую характеристику включенным в монографию материалам, авторы аргументировано указывают, что наука компаративистики может справиться с вызовами времени (глобализация, плюрализм, иные изменения в социальной и правовой действительности), только предприняв «особые усилия эпистемологического и методологического характера» (с. 21) и предложив новые перспективы «видения права и его роли в обществе» (там же). Философско-правовую основу для таких «усилий» и «перспектив» вполне можно найти в теории «права как коммуникации».

Английский правовед, профессор Кентского университета **Джеффри Самуэль** в своем очерке «Что есть юридическая эпистемология?» (с. 23–36) описывает основные этапы становления этой научной дисциплины, ее функции в структуре юридического знания и стоящие перед ней исследовательские задачи. Самуэль демонстрирует роль, которую сыграли в институционализации этой дисциплины работы Г. Кельзена, Х. Перельмана, К. Атьяса и Р. Бланше. Основной эпистемологической проблемой современного правоведения автор, следуя М. Ван Хуку (заслуги которого в проблематизации вопросов юридической эпистемологии Самуэль подчеркивает), считает поиск оптимального соотношения риторического, герменевтического и функционального подходов к пониманию права (С. 33 и сл.). Решение этой проблемы требует отказа от «властной парадигмы» (т.е. видения права как приказа государства, проводника государственной воли) при изучении права и способов его познания. Такой отказ не должен означать забвения этой парадигмы и акцентирования каких-либо иных (лингвистических, социологических, исторических и т.п.) парадигм. Каковы же черты такой концепции в целом и применительно к компаративистике, в частности? Самуэль не дает ответа на этот вопрос, предпочитая фокусировать внимание читателя на методологических трудностях, с которыми сталкивается такое предприятие, и на критике однофакторности при объяснении права.

Свой очерк британский ученый заключает так: «Что есть юридическая эпистемология? Это не что иное, как способ бегства от бесплодного прошлого сравнительного правоведения, от правового позитивизма и, прежде всего, от властной парадигмы» (с. 36). Остается, правда, непонятным, призывает ли автор к очередной интегральной схеме юриспруденции в духе Дж. Холла или Г. Дж. Бергмана, либо проект юридической эпистемологии может быть реализован в рамках коммуникативной концепции М. Ван Хука, либо юридическое знание обречено оставаться фрагментированным, а его методы (включая методы изучения права и правового мышления) должны конструироваться применительно к контексту исследования и с учетом исключительно прагматических соображений.

В очерке «Сравнительное правоведение как метод и метод сравнительного правоведения» (с. 37–52) профессор Маастрихтского университета **Яаап Хаге** задается вопросом, есть ли у сравнительного права методология, отличная от набора методов, используемых другими научными дисциплинами, к которым при надобности обраща-

ются компаративисты. В начале своей статьи Хаге утверждает, что «метод есть набор стандартов для оценки релевантности аргументов» (с. 38), а «методология есть изучение надлежащих стандартов научной аргументации» (Там же). По мнению автора, опирающегося на аргументативную схему, разработанную британским мыслителем Стивеном Тулмином, основная задача сравнительного права заключается в том, чтобы поставлять аргументы для обоснования суждений о фактических явлениях (о позитивном праве, правовой культуре и проч.), которые являются объектом юридического познания. Предлагаемый Хаге подход подразумевает, что метод есть всего лишь набор приемов научной аргументации — точка зрения, которая не лишена интереса, но которая значительно сужает границы понятия «метод». Как небезосновательно замечает Хаге, данное понятие полисеманлично и заключает в себе несколько значений. При этом в рассматриваемом очерке автор не приводит объяснений того, почему он отказывается от всех других значений «метода», что были сформулированы в философии науки. Нидерландский правовед вскользь упоминает И. Лакатоса (с. 49), чьи философские воззрения могли бы послужить основой для развиваемой автором концепции метода, но связь этой концепции с идеями Лакатоса или других философов науки не проясняется. Приводимые профессором Хаге интересные и поучительные замечания, несомненно, представляют интерес для тех, кто занимается компаративистикой, но, к сожалению, они остаются без последовательного философского обоснования.

В следующем очерке «Исследовательские проекты в сравнительном правоведении — методология или эвристика» (с. 53–68), написанном профессором Лапландского университета **Якко Хуса**, продолжается обсуждение методологических вопросов. Автор приводит богатую палитру примеров из области компаративистики для иллюстрации различных приемов ведения сравнительно-правовых исследований и заключает, что методы компаративистики в силу особенностей задач, стоящих перед представителями этой научной дисциплины, должны иметь отличия от методов других наук. По мнению финского исследователя, «методология сравнительного правоведения может быть определена как эвристическая компиляция» (с. 65). Такая компиляция противопоставляется автором классической научной методологии, которая «по своей природе является нормативной» (с. 68), так как указывает на пределы и способы познания явлений и дает «руководство» по их исследованию. Подобная «нормативность» устанавливает определенные ценностные, культурные и иные рамки, от которых исследователь не может полностью освободиться. Нейтральность компиляционных исследований компаративистов может, как считает Хуса, позволить им «избежать открытого пристрастия и предрассудков... и открыть для своего понимания более широкие горизонты» (Там же). Здесь финский правовед не обозначает философской парадигмы (хотя ее можно найти в трудах П. Фейерабенда и других представителей философии науки), при помощи которой можно обосновать такой методологический релятивизм. Без этого создается впечатление, что речь идет об уходе от обсуждения избираемого набора исследовательских приемов — любой методологический прием может быть, в конечном счете, обоснован эвристическими и прагматическими соображениями.

Один из ведущих представителей нарративной юриспруденции, профессор Брюссельского университета им. Св. Людовика **Франсуа Ост** озаглавил свой очерк «Право как перевод» (с. 69–86), предлагая рассматривать перевод как «парадигму для размышлений о нашем плюралистическом мире» (с. 69). Ссылаясь на П. Рикера, автор утверждает, что перевод — это не только передача информации с одного языка на другой, но также и коммуникация, связь смыслов, вырабатываемых на разных уровнях социаль-

ной действительности. Этот тезис профессор Ост обосновывает примером европейского права, где юристы в повседневной деятельности все чаще сталкиваются с необходимостью транслировать (переносить, сравнивать, осмысливать) нормы разных правовых порядков и вырабатывать для этого многочисленные языковые конвенции. Совокупность таких конвенций, выработанных в рамках одного правопорядка, автор предлагает называть «идеолектом» (неологизм, составленный из слов «идея» и «диалект»). Бельгийский мыслитель демонстрирует несостоятельность вытекающего из рационалистической философии эпохи Просвещения представления о том, что смысл текста, написанного на одном языке, можно без потерь передать на другой язык. Именно такая философия лежит в основании современного международного права и сравнительного правоведения. Современность ставит перед юристами задачу пересмотра этих и других областей права с точки зрения современных лингвистических теорий. Право, по убеждению Оста, является «привилегированной лабораторией для выработки такой транснациональной парадигмы» (с. 84), поскольку задача любого юриста (судьи, законодателя, адвоката и т.д.) состоит в установлении коммуникации между другими лицами, что невозможно без нахождения «общего языка». Но в области права нельзя абсолютизировать тезис об языковой уникальности, поскольку идея о полной «непереводимости» терминов и «непередаваемости» смыслов замкнула бы каждый правопорядок в его внутреннем дискурсе. Задачей перевода является обнаружение смыслов, скрытых в самом языке, через сопоставление терминов этого языка и других языков, за счет чего происходит взаимное обогащение смыслами.

Автор следующей главы «Контролируемое сравнение и язык описания» (с. 87–97), профессор Тилбургского университета **Морис Адамс** продолжил исследование лингвистической проблематики в сравнительном правоведении. На примере полемики двух представителей правовой этнологии середины XX в., М. Глюкмана и П. Боханнана, профессор Адамс продемонстрировал опасности использования понятий одной правовой культуры для обозначения явлений и процессов, происходящих в других правопорядках. Это нередко приводит к искажению образов других (незападных) правопорядков, которые описываются с помощью терминологии западного правового дискурса. Однако такие опасности неизбежны, поскольку любое описание предполагает субъективность: с одной стороны, предпочтения наблюдателя и культурную обусловленность его оценок и характеристик (поскольку они неизбежно транслируют языковую и иные перспективы, носителем которых является наблюдатель), с другой. В этом смысле нидерландский правовед обосновывает необходимость «контролируемого сравнения», которое предполагает осознание исследователем культурной, языковой и иных форм зависимости его мировоззрения. Такое осознание должно приводить не к бесплодным попыткам «полной объективности», а вырабатывать у исследователя «дух концептуальной осмыслительности», позволяющий ему самому обнаружить субъективизм своих суждений в перспективе сравниваемых им культур. Главное, чтобы «была возможна открытая коммуникация о новых способах видения вещей» (С. 94). Хотя остается непонятным, идет ли здесь речь об отказе от принципа объективности вообще (и тогда задачей исследователя будет не столько описание внешних фактов, сколько интроспективное описание своих субъективных ощущений и рефлексий по поводу этих фактов), либо же это всего лишь переформулировка принципа объективности.

В эссе «Три функции понятия функция в сравнительно-правовых исследованиях» (с. 99–111), совместно написанном канадцами — профессором Торонтского университета **Кэтрин Вальке** и профессором Йоркского университета **Мэтью Греллетом**, ста-

вится вопрос о переосмыслении категории «функция» в сравнительном правоведении. Следуя М. Ван Хуку и другим критикам классического функционального подхода (основанного на выдвинутой К. Цвайгертом и Х. Кетцем идее, что в любом обществе есть схожие проблемы и право решает эти проблемы схожими способами, и что правовые системы находятся в процессе постоянной конвергенции), авторы предлагают не отказываться, а наоборот, усовершенствовать этот подход.

Вальке и Греллет указывают, что функционализм может быть истолкован как предположение, что между правом и подлежащими решению социальными проблемами есть хоть какая-то (минимальная) связь, и что такое предположение не исключает вовлечения в ракурс компаративистского исследования других аспектов (культурных, языковых, институциональных различий и т.д.). Исходить из такого предположения, как настаивают авторы, — это более оправданный методологический ход, чем навешивать на элементы чуждых правовых культур ярлыки своего правопорядка и на этой основе вести сравнительно-правовое исследование «своих» и «чужих» норм и институтов. Подобная презумпция минимального сходства разных правопорядков в связи с общностью выполняемых социальных функций может, по мысли авторов, служить «непредвзятым критерием для установления правового материала в различных юрисдикциях» (с. 111). Здесь, правда, можно заметить, что в данном случае речь пойдет уже не о функциональном подходе как наборе методов и принципов исследования, а всего лишь о рабочей гипотезе, используемой для «фальсификации» (в смысле К. Поппера) того или иного сравнительно-правового анализа.

Профессор Регенсбургского университета **Маргин Лениг** поставил вопрос о предмете и методе сравнительного исторического правоведения. Его очерк под названием «Сравнительное правоведение и история права: несколько слов о сравнительном историческом правоведении» (с. 113–120) посвящен проблематике расширения предметной области компаративистики за счет охвата «различных доктринальных понятий и процессов в различные периоды времени» (с. 113) и тех социальных процессов, которые обуславливают такие понятия и процессы. Опираясь на идеи французского историка Марка Блока, призывавшего к формированию науки сравнительной истории, профессор Лениг предлагает разработать такую методологию сравнительного исторического правоведения, которая позволит не ограничиваться анализом истории национальных правовых институтов, текстов и событий и даст возможность конструирования общетеоретической модели для объяснения правовой, культурной, интеллектуальной истории той или иной цивилизации. Немецкий ученый указывает на сопряженные с такими исследованиями сложности, среди которых необходимость сбора и анализа огромных массивов эмпирического материала и опасность чрезмерных обобщений, которые могут привести к потере из вида индивидуальных особенностей исторических событий и памятников. Поэтому заключение Ленига о перспективах этого направления оказывается скорее пессимистическим (с. 119–120). В этом же ключе можно было добавить, что подобное реконструирование сравнительного правоведения может привести к тому, что эта научная дисциплина превратилась бы в социально-философскую концепцию и утратила бы в таком случае специфику и собственную предметную область.

В очерке «Сравнительные контексты в истории права: все ли мы сегодня компаративисты?» (с. 121–132) профессор Хельсинкского университета **Хейкки Пихлямяки** продолжил исследование сравнительной истории права. Он выдвинул более решительный тезис — в условиях глобализации история права уже не может писаться как история национальных правопорядков. Финский исследователь указал на основные этапы ста-

новления истории права как научной дисциплины в XIX–XX вв. и продемонстрировал логические пределы развития этой дисциплины в перспективах отдельно взятых национальных правопорядков. По мнению Пихлямяки, ограниченность исторических исследований права такой перспективой в наши дни в значительной степени лишает их смысла, поскольку эта перспектива упускает из виду взаимные влияния правопорядков друг на друга и их взаимодействие с глобальным и региональными правопорядками. Свои рассуждения финский правовед подытоживает так: «Историки права, даже используя национальный правопорядок в качестве основы для своих исследований, должны быть всегда готовы к тому, чтобы перенести предмет исследований в более широкий контекст — европейский или глобальный» (с. 132). Действительно, исследование отдельных правопорядков и их сравнение отнюдь не исключает возможности исследования наднациональных (европейского, мирового) правовых порядков.

Свое эссе «Любопытный случай слишком успешной пересадки правовых трансплантов» (с. 133–146) профессор Даремского университета **Матиас Симс** посвятил теоретическим вопросам, возникающим в ситуациях, когда тот или иной правовой институт, заимствованный из одного правопорядка в другой, начинает действовать более эффективно и качественно именно в этом другом, реципирующем правопорядке. Такие случаи опровергают стереотип о том, что правовые институты действуют лучше всего в той среде, в которой они развились, а при любой пересадке они частично утрачивают эффективность из-за разрыва с родной средой. Приводя ряд фактических примеров, доказывающих противное, британский ученый акцентирует внимание читателя на множестве факторов и причин, которые могут привести к такому эффекту. Среди них могут быть государственная поддержка, сила убеждения в необходимости реформ, опережающее или отстающее социальное развитие и т.п. Изучение этих факторов и их агрегированного воздействия на успех трансплантации правовых институтов представляет особенно сложную задачу для сравнительного правоведения, поскольку речь идет о целостном изучении множества измерений правовой действительности двух и более правопорядков. Этот вывод, по мнению автора, подчеркивает важность культурологической парадигмы в сравнительном правоведении и недопустимость обобщений, которые бы делались без внимания к особенностям отдельных правовых культур.

Профессор Лейденского университета **Ален Вийфелс** обратил внимание на известную еще из средневековой юриспруденции концепцию «общего права» (*ius commune*) и на ее значимость для современного сравнительного правоведения. В его очерке «Общее право, сравнительное правоведение и публичная политика» (с. 147–160) рассматривается история становления этого понятия в каноническом праве и его функции в политической и правовой жизни средневекового общества. Нидерландский правовед подчеркнул интегральный характер этого понятия и стоящей за ним философской парадигмы, включающей как совокупность действующих правовых норм, так и базовые мировоззренческие, религиозные и культурные представления членов того или иного общества. По мнению Вийфелса, подобно тому как в Средневековье идея о праве, общем для всех христианских народов, заложила основы культурного, правового и иного взаимодействия стран Европы и привела к формированию общей правовой культуры западного типа, так и в наши дни *ius commune* может сыграть значительную роль в дебатах об общеевропейской правовой культуре и в проведении публичной политики в этой сфере. Современные процессы европейской интеграции вновь могут сделать это понятие актуальным для сравнительно-правовых исследований отдельных правопорядков европейских стран и общеевропейского правопорядка и, в более общей перспективе, для

формирования общеевропейской правовой идентичности. Вместе с тем ученый не конкретизирует, что дает сравнительному правоведению использование термина «общее право» (которое к тому же приводит к известным параллелям с англо-американским правом) вместо таких терминов, как «общеевропейское право». *Ius commune* исторически обозначало определенный круг явлений и представлений, имея в своей основе вполне конкретные религиозные убеждения, чего нельзя сказать о современном «общеевропейском праве», идеология и философия которого пока еще остается в тумане неопределенности.

Ирландский правовед **Шон Патрик Донлан**, представляющий Лимерикский университет, в своем очерке «Нормативность, легальность, государственно-организованное право — это разные вещи» (с. 161–175) обратил внимание на концептуальную проблему, которой в сравнительном правоведении не уделяется должного внимания. Речь идет об определении понятия «право». Дискуссии по этому вопросу обычно выводятся из области компаративистики, поскольку данная проблематика традиционно считается вотчиной философии права. Это нередко приводит к искаженным представлениям о тех правовых феноменах, которые являются предметами компаративистских исследований. Так, подход к восточным или африканским правовым культурам с той концепцией права, которая на протяжении последнего столетия является парадигмальной в западной правовой традиции (понимание права как системы норм, так или иначе связанной с государством), не позволяет видеть иные параметры нормативности, которые формируют общеобязательные образцы поведения в незападных правовых культурах. Иногда по причине отсутствия понимаемого на западный манер права таким обществам полностью отказывают в наличии права как такового. Донлан утверждает, что как западным, так и незападным обществам присущи наборы нормативных регуляторов, которые в каждом случае уникальны и изучение которых должно предварять любое сравнительно-правовое изыскание. Эти наборы он предлагает называть «нормативной гибриднойностью» (под гибриднойностью Донлан обозначает «понимание права в рамках более широкой матрицы нормативности» (с. 170), хотя использование этого термина здесь, вероятно, нельзя признать удачным). Подобные рассуждения, впрочем, составляют костяк большинства социолого-правовых концепций, и из аргументации ирландского ученого нельзя понять, что к этим концепциям прибавляет употребление выражения «нормативная гибридность» для характеристики системы нормативных регуляторов в обществе.

Один из наиболее известных современных компаративистов — канадец **Патрик Гленн**, профессор Университета Макгилла (он ушел из жизни 1 октября 2014 г., уже после выхода в свет рецензируемой книги), в своем эссе «Против метода?» (с. 177–188) также настаивает на необходимости углубления теоретико-правовой базы сравнительно-правовых исследований. Не соглашаясь со скептицизмом по поводу объективности научного познания, профессор Гленн утверждает, что сложность методологической задачи не означает ее невыполнимости. Действительно, применительно к разным исследовательским проектам адекватными оказываются разные наборы методов. Каждый из используемых методов должен быть выверен в свете современного состояния исследований в соответствующей сфере, и уже после этого компаративист может подбирать для своего исследования методологический набор, приводя его в соответствие с поставленными задачами и контексту проведения изысканий. В этом отношении Гленн говорит об «оптимальном экилибре» методов. Этот тезис канадский правовед демонстрирует на примере сжатого анализа наиболее важных проблем аналитической философии, соци-

ологии и антропологии права, а также других направлений юридических исследований. Он небезосновательно замечает, что полная и абсолютная объективность есть иллюзия рационализма, но относительная и условная объективность является условием научного познания как такового (речь идет, конечно, о классической парадигме научного знания). Поэтому компаративистам не стоит отказываться от концепта объективности и настаивать на полном субъективизме познания.

Профессор Королевского колледжа Лондонского университета **Роджер Браунсворд** предлагает идею «регулятивной среды» в качестве ключевого концепта методологии сравнительно-правовых исследований, которая должна заменить кажущиеся английскому ученому неудачными выражения «нормативность», «социальное регулирование» и проч. Его эссе «Говоря по-компаративистски: право и его регулятивная среда» (с. 189–205) посвящено анализу соотношения нормативных и ненормативных регуляторов в социальной среде. Браунсворд настаивает, что поведение индивидуумов регулируется не только нормативно — технологические устройства могут делать определенные варианты поведения невозможными или необходимыми, воздействуя тем самым на деятельность человека. Например, некоторые автопроизводители внедряют устройства, не позволяющие завести автомобиль в состоянии алкогольного опьянения. Таких примеров в современном мире чрезвычайно много (особенно в интернет-пространстве), что позволяет британскому правоведа говорить о «технорегулировании» (С.202) как об особенном способе воздействия на поведение. Применение здесь термина «регулирование» может показаться странным и спорным, особенно с точки зрения классических философско-правовых воззрений (о нормативности, о сущности права, о законотворчестве, правоприменении и т.д.). Однако Браунсворд настаивает, что если технические устройства обозначают границы поведения и что даже если такое обозначение происходит без использования модальных операторов, т.е. не является нормативным, оно тем не менее регулирует (в широком смысле — установление пределов) поведение. Этот аспект современного регулирования необходимо принимать во внимание и в области сравнительного правоведения, где исследования преимущественно ограничены сравнительным анализом именно нормативных регуляторов. По мнению автора, такое ограничение в немалой степени обедняет данную научную дисциплину — сравнительное правоведение должно принимать во внимание не только нормативные «каналы регулирования» поведения человека, но также и ненормативные (С. 205).

Другой британский правовец, профессор Оксфордского университета **Джон Белл** акцентировал важность институционального аспекта сравнительно-правовых исследований. В его очерке под выразительным названием «Важность институтов» (с. 207–219) обсуждается актуальность институциональной теории права (здесь Белл следует теории Нила Маккормика), основные положения которой, по мнению Белла, дополняют коммуникативную концепцию права М. Ван Хука, поскольку «и формальная, и социологическая институционализация необходимы для существования правовой системы» (с. 209). Автор настаивает на том, что коммуникация может быть полностью объяснена только с учетом тех структур и институтов, что существуют в обществе и определяют основные параметры коммуникации. Межличностное общение, смысловая координация поведения, интерпретация текстов и другие коммуникативные действия происходят в институционально оформленном социальном контексте. «Чистая» коммуникация, т.е. общение вне рамок каких-либо институтов представляет Беллу метафизическим допущением. Но институционализм не означает обязательного приоритета социальной структуры перед личной свободой. Бесперспективным также кажется и

спор о первичности коммуникации или институционализации — эти феномены необходимым образом сопряжены друг с другом. Причем существующие правовые институты не ограничивают и не исчерпывают правовую коммуникацию, если «рассматривать институты как открытые и открытые внешним влияниям, которые могут исходить от наднациональных организаций и от неюридических институтов» (с. 219). Поэтому значение имеют не только юридические, но также и политические, религиозные и иные институты, которые влияют на формирование контекста и процедур, опосредующих коммуникацию в обществе.

В эссе «Живи и дай умереть: эссе о культурно-правовом понимании» (с. 221–234) профессор Бергенского университета **Йерн Ойрехаген Сунде** изучил важность сравнительного исследования правовых культур для деятельности практикующих юристов в Европе. Как показывает Сунде, норвежской правовой культуре никогда не была свойственна абсолютизация законодательного права, и поэтому за судами традиционно признавалась правотворческая функция, а парламент не считался обладателем монополии на нормотворчество. При отсутствии кодифицированного права (последний кодекс был издан в XVII в.) именно суды формулируют правовые принципы, которые используются для творческого истолкования позитивно-правовых норм. Эту свободу истолкования норвежские суды реализуют через категорию «реальный смысл». Такой смысл они могут отыскивать в законодательных, обычных и иных позитивных нормах права; через выявление «смысла» судьи в действительности создают новые нормы права или изменяют старые. Скандинавский правовед приводит в пример абстрактную ситуацию, при которой судье ЕСПЧ или любого другого суда, компетентного рассматривать дело по норвежскому праву, пришлось бы иметь дело с этой специфической категорией, которая по своей функции близка к категории «справедливость» в других европейских правовых системах. Выявить сходства и отличия возможно только при помощи историко-культурного анализа, обнаруживающего особенности норвежской правовой системы и лежащей в ее основе истории и ментальности. Это и доказывает, по мнению автора, важность компаративистских исследований в области правовой культуры.

Следующий очерк «Стратегия и политика в реформе договорного права Японии» (с. 235–253) был написан совместно профессором Токийского университета Такусюин **Соичиро Козука** и профессором Сиднейского университета Люком **Ноттейджем**. Авторы сделали акцент на роли политических стратегий различных акторов и институтов в формировании позитивного права. Как демонстрируют Козука и Ноттейдж на примере договорного права, в правовой системе Японии ведущими игроками, определяющими развитие права, являются судьи Верховного Суда и чиновники Министерства юстиции; представители юридической науки, адвокатуры, юридических фирм и другие юристы играют лишь подчиненную роль. Поэтому для понимания права Японии и других стран в некоторых случаях необходимым оказывается политологический анализ стратегий отдельных групп интересов, что ставит перед компаративистикой задачу интеграции приемов такого анализа в методологический арсенал сравнительного правоведения.

Очерк «Европейские кризисы и что социолого-правовые исследования могут сделать с ними, или сравнение вариантов европейского плюрализма с точки зрения правовой культуры» (с. 255–267) представляет собой попытку применить компаративистскую методику в рассуждениях о кризисе общеевропейской идентичности. Автор, испанский правовед **Хосеррамон Бенгоэча**, профессор Университета Страны Басков, указывает на целый ряд факторов кризиса, среди которых он называет попытки политической, экономической и культурной унификации. По мнению Бенгоэча, преодоление кризиса

возможно путем «создания новой плюралистической картины мира» (с. 266), которая позволила бы проводить многоаспектное изучение всех сегментов социальной коммуникации. Антикосмополитические тенденции в современной европейской политике и культуре должны быть приняты во внимание как симптомы возрастающей социальной напряженности, связанной с негибкостью интеграционной политики европейских институтов.

Бельгийский ученый, сотрудник Научного Фонда Фландрии **Тоон Моонен** в своем эссе «Сравнивая легитимность принятия решений конституционным судом: рассуждение как метод» (с. 269–282) поставил вопрос о легитимации деятельности конституционных судов в плюралистических обществах. Эти суды, как правило, имеют дело с дилеммой выбора между волей большинства и защитой прав меньшинств — и то, и другое является демократическими ценностями, на страже которых должны стоять суды. Поэтому выбор в каждом случае должен быть обоснован, но у такого обоснования есть пределы. Делиберативная демократия не может реально рассчитывать на достижение общенационального консенсуса по сложным делам, где сталкиваются ценности, которым разные сообщества придают разные вес и значение. Особенно это значимо для общеевропейской правовой культуры, где ЕСПЧ, Суд ЕС и другие общеевропейские юрисдикционные органы сталкиваются с необходимостью учитывать различные национальные дискурсы при обосновании своих решений. Следуя предложенной М.Ван Хуком концепции многоуровневой коммуникативной легитимации, Моонен утверждает, что конституционные суды могут стать площадками для открытого обсуждения самых спорных для общества вопросов и тем самым, с одной стороны, легитимировать принимаемые ими решения, а с другой, стать одной из опор демократического устройства общества, чем легитимировать свою деятельность в целом. Разумеется, некоторые рассматриваемые в конституционных судах дела могут дать начало всеобщему обсуждению важнейших социальных проблем. Но должна ли организация такого обсуждения рассматриваться как функция этих судов (и тогда в каком соотношении она будет находиться с юрисдикционной функцией), либо же как побочный эффект от правильной организации конституционного правосудия в демократическом обществе? На этот ключевой вопрос бельгийский правовед ответа не дает.

В очерке «В защиту европейских сравнительно-правовых исследований в публичном праве» (с. 283–300) профессора Сассекского университета **Сюзан Миллз** обсуждается вопрос о различиях в мерах защиты основных прав человека в разных странах Европейского Союза. Британская исследовательница подчеркивает, что текстуальный анализ не способен дать ответ на этот вопрос — для его решения необходимы сравнительные исследования в области правовой культуры. Юристы — особенно те из них, которые специализируются в области сравнительного правоведения, «всегда будут иметь дело с невозможностью их попыток понять другого» (с. 292), поскольку различия в образовании, языке, культуре делают невозможным полное понимание образа мыслей, действий, существования человека из другой культуры. Однако это не означает тезиса о невозможности взаимопонимания вообще. Задачей сравнительного правоведения является обнаружение этих расхождений и их рационализация, что позволяет индивидуумам из разных правовых культур легче найти общий язык, не подпадая при этом под действие иллюзии «полного понимания другого». Поэтому «сравнительно-правовые исследования могут оказаться весьма плодотворными при проведении сравнения как такового, т.е. на финальных стадиях анализа и вывода заключений» (с. 296). В заключение Миллз призывает к «сравнительно-правовому диалогу между европейскими

правовыми сообществами» (с. 300) ради лучшего обеспечения прав человека и создания подлинного общего правового пространства, что возможно только через диалог и коммуникацию как признание реальности и значимости «другого» и развитие своей идентичности через такое призвание.

Завершает сборник очерк «Сравнительное правоведение и законодательство ЕС: вдохновение, оценка или обоснование?» (с. 301–317), в котором продолжается обсуждение роли сравнительно-правовых исследований в изучении европейском праве. Авторы этого очерка, профессор Тилбургского университета **Роб Ван Гестель** и профессор Европейского университета во Флоренции **Ганс Миклици** ставят под вопрос процедурную независимость сравнительно-правовых исследований. На эмпирическом материале работы Европарламента, Еврокомиссии и некоторых других европейских учреждений авторы демонстрируют, что нередко компаративистские изыскания оказываются predetermined политической конъюнктурой, запрограммированными интересами заказчиков или конечных потребителей, для которых предназначаются результаты таких изысканий. Гипотеза Миклици и Ван Гестеля заключается в том, что процессы европейской интеграции «создают такой академический климат, в которой сравнительно-правовое исследование может быть сделано инструментом обслуживания различных потребностей политиков и законодателей» (с. 303). Выделяя несколько функций (прогностическую, оценочную, эвристическую и пр.) современной компаративистики, авторы настаивают, что в наши дни «функция сравнительного правоведения как источника вдохновения и оценки становится все менее значимой, тогда как его потенциал для обоснования запрограммированных политических целей и планов создания новых законов постоянно растет» (с. 316). Это создает угрозу утраты компаративистами общественного доверия и дискредитации науки о праве в целом.

В настоящей рецензии мы попытались сосредоточиться на описании основных тезисов эссе, включенных в рецензируемую коллективную монографию, давая попутно критические оценки некоторым из очерков. Разумеется, наш анализ и наши выводы распространяются только на идеи, высказанные на страницах рецензируемой книги, — мы не принимаем здесь во внимание другие работы авторов, в которых те или иные вопросы могли найти более полное и широкое освещение. Эта книга позволяет получить понятие о многоаспектности западных исследований в области методологии сравнительного правоведения и может стать важным подспорьем для отечественных компаративистов. Итальянский рецензент книги отметил ее направленность на продвижение привычных границ сравнительного правоведения как вширь, так и вглубь⁷. С этой оценкой стоит согласиться — практически каждый очерк показывает, как сравнительно-правовое исследование может вестись за пределами аналитического сравнения нормативно-правовых текстов и социологического сравнения их функций, чем нередко ограничивается перспектива работ по компаративистике. Другое дело, что не везде авторы полностью раскрывают методологические принципы новых подходов. Но это, с одной стороны, и не было целью данной коллективной монографии, а с другой, заинтересованный читатель может найти ответы на соответствующие вопросы в других работах авторов монографии.

⁷ Romano A. Comparing Law through Contexts and Culture(s). A review of The Method and Culture of Comparative Law. Essays in Honour of Mark Van Hoecke. M. Adams, D. Heirbraut (eds.). Oxford: Hart Publishing, 2014 // <http://www.diritticomparati.it/2014/10/comparing-law-through-contexts-and-cultures-a-review-of-the-method-and-culture-of-comparative-law-es.html#sthash.y39C0Q05.dpuf>



Библиография

Romano A. Comparing Law through Contexts and Culture(s). A review of «The Method and Culture of Comparative Law. Essays in Honour of Mark Van Hoecke». Adams M., Heirbraut D. (eds.). Oxford: Hart Publishing, 2014 // <http://www.diritticomparati.it/2014/10/comparing-law-through-contexts-and-cultures-a-review-of-the-method-and-culture-of-comparative-law-es.html#sthash.y39C0Q05.dpuf>

Van Hoecke M. (ed.) Epistemology and Methodology of Comparative Law. Oxford: Hart Publishing, 2004.

Van Hoecke M. (ed.) Methodologies of Legal Research. Which Kind of Research for What Kind of Discipline. Oxford: Hart Publishing, 2013.

Van Hoecke M. Deep Level Comparative Law // Van Hoecke M. (ed.) Epistemology and Methodology of Comparative Law. Oxford: Hart Publishing, 2004. P. 165–195.

Van Hoecke M., Warrington M. Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law // International and Comparative Law Quarterly. 1998. № 47. P. 495–536.

Антонов М.В. Объективность в праве и в юридическом мышлении. [Рец. на кн.:] J. Husa, M. Van Hoecke (eds.) Objectivity in Law and Legal Reasoning. Oxford: Hart Publishing, 2013. 268 p. // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2014. № 1. С. 252–266.

Антонов М.В., Самохина Е.Г. Европейская академия теории права // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2012. № 4. С. 267–271.

Ван Хук М. Европейские правовые культуры в контексте глобализации // Коммуникативная теория права и современные проблемы юриспруденции: К 60-летию А.В. Полякова. В 2 т. Т. 2: Актуальные проблемы философии права и юридической науки в связи с коммуникативной теорией права / под ред. М.В. Антонова, И.Л. Честнова. СПб.: Алеф-Пресс, 2014. С. 7–32.

Ван Хук М. Конституционные суды и делиберативная демократия // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2013. № 2. С. 135–149.

Ван Хук М. Методология сравнительно-правовых исследований // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2013. № 3. С. 121–147.

Ван Хук М. Право как коммуникация. СПб.: Издательский Дом СПбГУ, 2012.

The Methodology and the Culture of Comparative Law

Review of The Method and the Culture of Comparative Law.

Essays in Honour of Mark Van Hoecke / M. Adams, D. Heirbraut (eds.).

Oxford: Hart Publishing, 2014. 328 p.



Mikhail Antonov

Assistant professor, Department of Theory and History of Law, Faculty of Law, Saint Petersburg Campus of National Research University Higher School of Economics, Candidate of Juridical Sciences. Address: Souza Pechatnikov Str. 16, Saint Petersburg, 190121 Russian Federation. E-mail: mantonov@hse.ru



Abstract

The present article is a review of the book which had been dedicated to the 65th anniversary of the Ghent University professor Mark Van Hoecke. Starting from a short characterization of the contribution made by Mark Van Hoecke to the contemporary comparative law, the author consequently analyzes all the papers which have been included into the reviewed collective monograph. The author also makes critical assessments of some of these papers. The reviewed book allows getting an idea about the multifaceted approach to methodology of comparative law in the Western legal science. It also can become an important tool for Russian comparativists. Almost every essay of this book reveal ways of conducting comparative research outside the analytical comparison of normative legal texts and legal institutes, the sociological comparison of functions performed by these texts and institutes. The author underlines the importance of the methodological standpoint employed in most of the essays — the

deep level investigation into legal phenomena, which implies a comprehensive analysis of all facets of social life in order to reveal differences between the compared norms, institutes, legal mentalities. In this perspective a particular role in constructing the methodology of comparative law belongs to theoretical and philosophical frameworks. That is why the attention in this book is focused on the theory of “Law as Communication” elaborated by Mark Van Hoecke. Intersubjective communication, coordination of meaningful comportment, interpretation of texts and other communicative actions take place within certain institutionally shaped societal context. This approach to analysis and comparison yields the possibility to create a general methodological framework for understanding law in a wide social-philosophical perspective. This standpoint serves as an important methodological principle for comparative analysis of legal cultures. In the opinion of those who authored the reviewed book, it is impossible to conduct comparative legal studies without taking account of this principle.



Keywords

Comparative law; communication; functionalism; legal culture; methodology; social context

Citation: Antonov M. (2015) Methodology and Culture of Comparative Legal Studies. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no. 1, pp. 208–221 (in Russian)



References

Antonov M. (2014) Ob’ektivnost’ v prave i v yuridicheskom myshlenii [Rets.na kn.:] J.Husa, M. Van Hoecke (ed.) Objectivity in Law and Legal Reasoning. Oxford: Hart Publishing, 2013. 268 p. [On Objectivity in Law and Legal Reasoning]. *Izvestiya vysshikh uchebnykh zavedeniy. Pravovedenie*, no. 1, pp. 252–266.

Antonov M., Samokhina E. (2012) Evropeyskaya akademiya teorii prava [European Academy of Legal Theory]. *Izvestiya vysshikh uchebnykh zavedeniy. Pravovedenie*, no. 4, pp. 267–271.

Romano A. (2014) Comparing law through contexts and culture(s). A review of «The Method and Culture of Comparative Law. Essays in Honour of Mark Van Hoecke» M. Adams, D. Heirbaut (eds). Oxford: Hart Publishing. Available at <http://www.diritticomparati.it/2014/10/comparing-law-through-contexts-and-cultures-a-review-of-the-method-and-culture-of-comparative-law-es.html#sthash.y39C0Q05.dpuf>

Van Hoecke M. (ed.) (2004) *Epistemology and Methodology of Comparative Law*. Oxford, Hart Publishing.

Van Hoecke M. (ed.) (2013) *Methodologies of Legal Research. Which Kind of Research for What Kind of Discipline*. Oxford, Hart Publishing.

Van Hoecke M. (2004) Deep Level Comparative Law. Van Hoecke M. (ed.) *Epistemology and Methodology of Comparative Law*. Oxford, Hart Publishing, pp. 165–195.

Van Hoecke M. (1998) Warrington M. Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law. *International and Comparative Law Quarterly*, no. 47, pp. 495–536.

Van Khuk M. (2014) Evropeyskie pravovye kul’tury v kontekste globalizatsii. Kommunikativnaya teoriya prava i sovremennye problemy yurisprudentsii: K 60-letiyu A.V. Polyakova. V 2 t. [European Legal Cultures in Context of Globalisation. Communicative Theory of Law and Current Issues in Jurisprudence. In Hommage of A.V. Polyakov. In two volumes]. T. 2: *Aktual’nye problemy filosofii prava i yuridicheskoy nauki v svyazi s kommunikativnoy teoriyey prava* [Vol. 2. Topical Problems of the Philosophy of Law and Legal Science in Connection with Communicative Theory of Law]. .M.V. Antonov., I.L. Chestnova (eds.). Saint Petersburg, Alef-Press, pp. 7–32.

Van Khuk M. (2013) Konstitutsionnye sudy i deliberativnaya demokratiya [Constitutional Courts and Deliberate Democracy]. *Izvestiya vysshikh uchebnykh zavedeniy. Pravovedenie*, no. 2, pp. 135–149.

Van Khuk M. (2013) Metodologiya sravnitel’no-pravovykh issledovaniy [Methodology of Comparative Law Research]. *Izvestiya vysshikh uchebnykh zavedeniy. Pravovedenie*, no. 3, pp. 121–147.

Van Khuk M. (2012) *Pravo kak kommunikatsiya* [Law as Communication]. Saint Petersburg, Izdatel’skiy Dom SPbGU.