

**Современный подход к сравнению юридических культур
(рецензия на монографию Goltzberg S. *Le droit comparé*.
Paris: Presses Universitaires de France, 2018. 128 p.)¹**

Аннотация. В данной рецензии на монографию Стефана Гольцберга «Сравнительное правоведение» (2018) особое внимание уделяется проблемам допустимости сравнения нормативных систем, вызывающих нарекания из-за их формальных и/или содержательных особенностей, а также критериям сравнения юридических культур. Как утверждает С. Гольцберг, объективный анализ предполагает разумную сдержанность компаративиста, что сближает сравнительное правоведение со сравнительным языкознанием. Кроме того, необходимо принимать во внимание тот контекст, в котором возникают и эволюционируют правовые феномены.

Основные направления сравнительного правоведения классифицируются С. Гольцбергом по двум группам. К первой группе относятся функционализм и экономический анализ права. Их сторонники сравнивают модели решения актуальных проблем и используют презумпцию сходства сравниваемых объектов. Ко второй группе относятся культурализм и школа критических правовых исследований. Их адепты придерживаются презумпции различий и ставят под сомнение многие классические понятия, конструкции, дихотомии догматической юриспруденции.

Ключевым в концепции С. Гольцберга является понятие источника права, рассматриваемое им в связи с проблематикой юридической аргументации и литературных жанров. Оценивая аргументы сторонников и противников правовых заимствований, он разрабатывает подход к сравнению правовых феноменов, который допускает возможность их трансплантации (пересадок) от одной юридической культуре другой. При этом учитывается модификация объекта заимствования в новой среде.

Ключевые слова: сравнение; юридическая культура; источник права; функционализм; правовое заимствование

Необходимое взаимодействие или простое сосуществование требуют, чтобы мы открыли наши окна и посмотрели на зарубежное право...

Рене Давид

Ренессанс сравнительного правоведения, который переживала в 1960-х гг. отечественная юридическая наука, оказался связан преимущественно с французской научной традицией. В 1967 г. вышло первое издание перевода «Основных правовых систем современности» Р. Давида и состоялась первая франко-советская встреча юристов². Одним из ее инициаторов выступил М. Ансель, эксперт во французском Кассационном суде и вице-президент Общества сравнительного законодательства. Под его редакцией во Франции были изданы переводы Уголовного и Уголовно-процессуального кодексов РСФСР, а также Закона о судостроительстве РСФСР. Не менее важная роль в развитии сотрудничества между учеными

* **Василий Алексеевич Токарев**, канд. юрид. наук, научный сотрудник факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (г. Москва), доцент Университета Бордо (Франция).

E-mail: basiletok@gmail.com

¹ Гольцберг С. Сравнительное правоведение. – Париж : Presses Universitaires de France, 2018. – 128 с.

² Об этом периоде в истории научных контактов советских и французских правоведов см. подробнее: Туманов В. А. Памяти французских ученых-юристов // Туманов В. А. Избранное. – М., 2010. – С. 564–570.

двух стран принадлежала ассоциации «Франция – СССР», возглавляемой в 1960-х гг. выдающимся конституционалистом и политическим деятелем Р. Капитаном. Диалог юридических культур продолжился и в постсоветский период. Так, в 2005 г. французские юристы смогли по достоинству оценить кодификационную работу российских цивилистов благодаря переводу Гражданского кодекса, который сопровождало предисловие С. С. Алексеева³. Спустя несколько лет труд одного из участников данного проекта, Р. Леже, «Великие правовые системы современности» увидел свет на русском языке⁴. Поэтому неудивительно, что сегодня сравнительное правоведение ассоциируется у многих отечественных юристов прежде всего с французской юридической наукой.

Один из ярких ее представителей – С. Гольцберг, автор интересных и глубоких работ по юридической аргументации, источникам и принципам права⁵. Несмотря на то что его концепция формировалась под влиянием Брюссельской школы философии права, он активно публикуется во Франции, входя в плеяду блестящих современных *франкофонных* правоведов наряду с Р. Жакобом⁶, П. Леграном⁷, Ф. Остом⁸ и др. Основываясь на своих исследованиях по теории юридической аргументации и трудах ученых из разных стран, включая Россию, С. Гольцберг обратился к проблематике компаративистики, чтобы представить неискушенному читателю ее сложный мир в доступной форме. Результатом стала небольшая по объему книга «Le droit comparé», изданная в знаменитой серии «Que sais-je?» (дословно: «Что я знаю?») издательства «Presses Universitaires de France»⁹. Как следует из аннотации, автор «набрасывает панораму сравнительного правоведения», освещая его историю, методы и задачи. При этом он ориентируется на более тонкие, чем положения действующего права, различия юридических культур, связанные с правовыми принципами и суждениями, а также общекультурным контекстом, включающим в себя взаимосвязь социальных норм. Признавая последствия влияния, оказываемого одними юридическими культурами на другие, С. Гольцберг в то же время «тщательно изучает те сходства, которые могут существовать между правовыми системами, никогда не вступавшими в контакт». Насколько ему удастся достигнуть поставленных целей?

Книга С. Гольцберга открывается утверждением о важном значении сравнительного правоведения в современном обществе. По его мнению, к сравнению прибегают значительно чаще, и оно приносит больше пользы, чем представляется на первый взгляд. С одной стороны, многие правовые акты появились благодаря

³ Code civil de la Fédération de Russie // Kitic D., Krief-Semitko C., Legeais R. Préface du professeur Sergeï Alexeev. – Poitiers, 2005.

⁴ Леже Р. Великие правовые системы современности. – М., 2009. Примечательно, что в главе, посвященной российскому праву и правовым системам бывших социалистических стран, французский компаративист отмечает: «Многие из тех, кто изучали историю права древней Руси, а затем пытались понять и объяснить правовую систему СССР, подчеркивали в первую очередь “слабость правовой традиции” в России. Может быть, эта слабость является преувеличенной» (с. 200).

⁵ Goltzberg S. Théorie bidimensionnelle de l’argumentation juridique: définition, présomption et argument a fortiori. – Bruxelles, 2012 ; *его же*. Les sources du droit. – Paris, 2018 ; *его же*. 100 principes juridiques. – Paris, 2018 ; *его же*. L’argumentation juridique. – Paris, 2019. Также следует отметить его перевод работы известного американского правоведа Ф. Шауэра «Думать как юрист. Новое введение в юридическую аргументацию». Переводческий комментарий представляет собой анализ специфики правовых суждений в контексте системы общего права. См.: Goltzberg S., Schauer F. F. Penser en juriste. Nouvelle introduction au raisonnement juridique. – Paris, 2018.

⁶ Jacob R. La Grâce des juges. L’institution judiciaire et le sacré en Occident. – Paris, 2014 ; *его же*. Les formes premières du droit en Occident. I. La parole impérieuse. – Paris, 2020.

⁷ Legrand P. Le droit comparé. – Paris, 2011 ; *его же*. Pour la relevance des droits étrangers. – Paris, 2014.

⁸ Ost F. Le temps du droit. – Paris, 1999 ; *его же*. Dire le droit, faire justice. – Bruxelles, 2012 ; *его же*. Si le droit m’était conte. – Paris, 2019.

⁹ Goltzberg S. Le droit comparé. – Paris, 2018.

сравнительным исследованиям. С другой стороны, сами эти акты становятся потенциальными объектами изучения компаративистов. Такое утверждение может показаться банальным, поэтому С. Гольцберг сразу предупреждает своего читателя о двух опасностях – *параллеломании* и *параллелофобии*. В первом случае поверхностный анализ преувеличивает обнаруженные сходства, возможно, действительно существующие, между нормами, институтами или целыми правовыми системами. Добросовестному исследователю необходимо сначала убедиться в том, что предполагаемые сходства на самом деле имеют место, а затем постараться объяснить причины их возникновения. Примерами параллеломании служат широкие обобщения, встречающиеся в «Закате Европы» О. Шпенглера, не заметившего различий между знатоками права в христианской, иудейской и исламской культурах. К этому же типу поверхностного анализа С. Гольцберг относит и концепцию «интуитивного параллелизма» в развитии римского права и *common law*¹⁰.

Вторая опасность, которая подстерегает исследователя, приступающего к сравнению юридических феноменов, заключается в возникающем у него сомнении по поводу возможности, т. е. обоснованности и перспективности, проведения такого сравнения. Причины параллелофобии следует искать, как полагает С. Гольцберг, в обыденном правосознании. Достаточно вспомнить некоторые пословицы и поговорки, чтобы усомниться в успехе практически любого сравнительно-правового исследования: «*comparaison n'est pas raison*» (сравнение не доказательство); «*on ne compare pas des pommes et des poires*» (мы говорим о яблоках и грушах) и т. п. Однако можно сравнивать яблоки с грушами, если речь идет, например, о ценах на них. Следовательно, избегая двух крайностей – излишней смелости (параллеломания) и чрезмерной осторожности (параллелофобия), – компаративист проявляет ту разумную сдержанность, которая требуется для объективного анализа юридических культур. Поэтому допустимо сравнение не только родственных правовых систем, но и правовых систем, имеющих разные корни. С этой точки зрения сравнительное правоведение сближается со сравнительным языкознанием, изучающим сходства и различия родственных и неродственных языков. Более того, успешный опыт сравнительного языкознания является фактором, легитимирующим сопоставление юридических культур как самостоятельное направление научной деятельности.

Возвращаясь к вопросу о пользе сравнительного анализа, С. Гольцберг приводит любопытный пример из судебной практики. После совершения во Франции убийства двух женщин преступник, небезосновательно прозванный «мудрецом из Булле-ле-Тру», скрылся в Бельгии. По совету адвоката там он совершил еще одно убийство, чтобы избежать гильотины, продолжавшей использоваться во Франции. Очередной жертвой «мудреца» стал его бывший преподаватель, бельгийский иезуит. Подчеркнем, что прежде, чем совершить новое убийство, преступник сравнивал правовые системы, оценивая выгоды и издержки от последствий своего выбора. Иными словами, его прагматизм представляет собой образец подхода к сопоставлению юридических явлений и процессов, характерного для т. н. *рационального поведения*, изучаемого в рамках экономического анализа права¹¹. Разумеется, примеры «выгодного» сравнения, осуществляемого непрофессионалами самостоятельно или, как в случае «мудреца из Булле-ле-Тру», по совету адвоката, можно привести не только из сферы уголовного права. Французским гражданам, как, впрочем, и российским, хорошо известны случаи уклонения от уплаты налогов путем регистрации компаний в других юрисдикциях и изменения домини-

¹⁰ Goltzberg S. Le droit comparé. – Paris, 2018. – P. 8.

¹¹ Ibid. P. 10. См. также: *Thunis X. L'empire de la comparaison // Fr. van der Mensbrugge (dir.). L'utilisation de la méthode comparative en droit européen. Droit. No. 25. – Namur, 2003. – P. 5.*

лия¹². Так что профессионалы, по мнению специалиста по юридической аргументации, постепенно утрачивают монополию на сравнительно-правовые исследования.

Тем не менее современная компаративистика сохраняет свои функции и методологию, а также имеет собственную историю. В соответствии с этим работа С. Гольцберга разделена на пять глав. Первая глава, помимо анализа обозначенных выше крайностей, которых следует избегать компаративисту, посвящена предмету, функциям и методам сравнительного правоведения. В ней рассмотрен еще один вопрос, заслуживающий особого внимания. Речь идет о т. н. *литературных юридических жанрах*, обуславливающих авторитет и силу права. Во второй главе подробно рассматриваются исторические корни компаративистики как практики и академической дисциплины. При этом римскому праву отводится роль парадигмы, определяющей основную классификацию (*summa divisio*) правовых систем на романо-германское право и *common law*. К последствиям применения данной классификации автор относит появление на юридической карте мира смешанных правовых систем. Третья глава его книги – в некотором смысле центральная – знакомит читателя с дискуссией о трансплантации (пересадке)¹³ от одной юридической культуры другой норм, принципов, институтов, процедур и т. д. Разделяя ее сторонников и противников на оптимистов (от И. Бентама до А. Уотсона) и пессимистов (от Ф. Отмана до П. Леграна), С. Гольцберг приходит к выводу о возможности – с определенными оговорками – трансплантации не только отдельных правил, кодексов и даже конституций, но и принципов, приемов толкования, правовых суждений и т. д. Следующая глава представляет собой экскурс в сферу «прагматики цитирования». Здесь на первый план выходят вопросы, связанные с особыми мнениями судей, ссылками высших судов на иностранные судебные и арбитражные решения, а также статусом и ролью *amicus curiae* (друг суда). Наконец, завершающая глава книги С. Гольцберга отведена сравнительной юридической логике. С позиций герменевтики автор раскрывает особенности мотивировочной части решения суда, презумпций, фикций, доказательств и пробелов в праве.

Заметим, что такая структура определяется концептуальной установкой ученого, четко изложенной им в работе «Источники права». Он полагает, что «сравнительное правоведение можно рассматривать как сравнение, с одной стороны, различных юридических онтологий, с другой стороны – различных юридических логик. Точнее: сравнительное правоведение могло бы описать органическую связь, существующую между каждой юридической онтологией и соответствующей юридической логикой. В любом случае очевидно, что понятие источника права может играть ведущую роль в сравнительном правоведении»¹⁴. Вместе с тем источник права понимается С. Гольцбергом прежде всего как *посылка*, структурный элемент юридической аргументации, подчиняющейся законам юридической логики. Содержание данного понятия не сводится только к формам внешнего выражения права, перечень которых остается дискуссионным и открытым¹⁵. Доводами, поддерживающими вывод, могут служить также утверждения, содержащиеся в общих принципах права и максимах, определяющих основания юридической культуры. Поэтому при необходимости компаративист должен выйти за узкие рамки сопоставления отдельных норм, обращаясь к исследованию отраслей права (сравнительные конституционное, уголовное, договорное право и т. д.) и

¹² Goltzberg S. Le droit comparé. P. 11.

¹³ Российскому юристу более привычен термин «правовое заимствование».

¹⁴ Goltzberg S. Les sources du droit. P. 109.

¹⁵ Goltzberg S. Le droit comparé. P. 19 ; *ego же*. Les sources du droit. P. 5. Ср.: Jestaz Ph. Les sources du droit. – Paris, 2005. – P. 2–5.

правовых систем в целом. Однако здесь снова встает вопрос о пределах сравнения, поскольку существуют нормативные системы, которые, как считается, не могут быть объектами сравнительного правоведения из-за особенностей их природы. Остановимся подробнее на специфике таких отверженных.

К их числу С. Гольцберг относит три группы нормативных систем: 1) не имеющие обязательных, по мнению ряда авторитетных ученых, признаков правовой системы; 2) соответствующие формальным требованиям, предъявляемым к правовым системам, но неприемлемые с моральной точки зрения; 3) вымышленные. Первую группу образуют системы, не отвечающие представлениям компаративистов о полноценном праве, причем критерии их оценки варьируются в зависимости от поддерживаемой ими концепции. Так, если исследователь ориентируется на работы Г. Л. А. Харта, то, скорее всего, он обойдет вниманием те нормативные системы, которым не известно ярко выраженное разделение правил на первичные (определяют субъективные права и обязанности) и вторичные (определяют установление, признание, изменение, отмену первичных правил, а также порядок судопроизводства). Концепция английского философа и теоретика права, как правильно отмечает С. Гольцберг, оказывает заметное влияние на современных компаративистов. К примеру, специалист по сравнительной истории права Ж.-Л. Альперен утверждает: «Если применять данную схему [классификацию правил на первичные и вторичные. – В. Т.], то возникают сомнения в том, являлись ли кодекс Хаммурапи или Гортинские законы “правом”, поскольку отсутствуют доказательства наличия правил их изменения или правил суда. Кроме того, указанные критерии позволяют разграничить религиозную нормативность и юридическую нормативность, оставляя место для “религиозных правовых систем”, таких как еврейское, каноническое, мусульманское право, которые, полностью основываясь на религиозных верованиях, включают в себя вторичные правила»¹⁶.

Разумеется, компаративисты используют и другие критерии отнесения исследуемых ими нормативных систем к правовым, акцентируя внимание на содержании правил. Тогда отсутствие в нормативной системе какого-либо значимого концепта (института, принципа...) может стать основанием для ее исключения из предметного поля сравнительного правоведения. В пример С. Гольцберг приводит традиционное китайское право. Оно не соответствует распространенным на Западе представлениям о правовой системе по двум причинам: публичное право, особенно уголовное, доминирует над частным правом; вместо принципа верховенства права, или правления посредством законов (*rule of law*), действует принцип правления людей (*rule of men*). Следовательно, применение компаративистом подхода, лишённого гибкости, почти не оставляет традиционному китайскому праву шансов на признание в качестве правовой системы. Об ограниченности и поверхностности такого подхода пишут многие франкофонные правоведы. Так, антрополог и историк права Н. Рулан отмечает, что в Китае «не было крупных столкновений между элитой и народными массами, характерных для истории Греции и Рима и приведших к идее права, выражающего общие для всех идеалы через социальное перемирие»¹⁷. Напротив, китайское право носило репрессивный характер и отражало клановую организацию общества, где отсутствовала концепция деперсонифицированной власти. Тем не менее «идея права в том виде, в каком мы ее себе представляем, не была совершенно чужда историческому опыту Китая»¹⁸. Об этом свидетельствуют и кодификации, начиная с законов династии

¹⁶ Halpérin J.-L. Introduction au droit en 10 thèmes. – Paris, 2017. – P. 6.

¹⁷ Рулан Н. Историческое введение в право. – М., 2005. – С. 45.

¹⁸ Там же. Ср.: «Традиционная китайская концепция не отрицает права, но полагает при этом, что оно для варваров, для тех, кто не заботится о морали, для неисправимых преступников, нако-

Тан, относящихся к раннему Средневековью, и учение школы легистов. Исключать китайское право из предметного поля компаративистики на том основании, что оно не соответствует принятой на Западе модели правовой системы, – значит, по справедливому замечанию С. Гольцберга, Р. Давида, Н. Рулана и других ученых¹⁹, игнорировать одну из старейших юридических культур.

Однако еще сложнее признать правовыми такие нормативные системы, которые соответствуют всем формальным требованиям, но не выдерживают критики с моральной точки зрения. Речь идет, например, о законодательных актах нацистской Германии, отражающих положения господствовавшей в то время идеологии, и о практике их применения. Относительно допустимости сравнения с подобными нормативными системами, до сих пор вызывающей дискуссии во франкофонной юридической науке, особенно из-за печально известного режима Виши, на сторону которого встали некоторые известные юристы²⁰, С. Гольцберг высказывается однозначно. Он утверждает, что если отказаться от очевидно ошибочной идеи о равнозначности сравнения и отождествления, то в действительности нет никаких причин для исключения из предметного поля компаративистики нацистского права – чудовищного, но оставившего след в истории. Напротив, его исключение, как и в случае с традиционным китайским правом и иными юридическими культурами, не соответствующими представлениям тех или иных ученых о праве, обедняет науку. Решающее значение при ответе на вопрос о допустимости сравнения нормативных систем, имеющих дефекты формального и/или материального характера, с правовыми системами, не вызывающими сомнений, придается, таким образом, факту их реального существования.

Но объектами для сравнения могут служить и нормативные системы, которые полностью или частично являются плодом воображения философов, религиозных деятелей или юристов. К таким системам С. Гольцберг относит политико-правовые конструкции наподобие Утопии Т. Мора и утрированные образы чужого права, создаваемые благодаря применению демагогического приема подмены тезиса. Последний использовался, например, в контексте противостояния древнееврейских религиозно-философских школ фарисеев и саддукеев. Обязательные признаки данного приема, известного как *strawman fallacy* (соломенное чучело): 1) разделение правовых систем на «нашу» и «их»; 2) приписывание чужой правовой системе вымышленных черт для усиления контраста между ней и «нашим» правом; 3) изменение положений «нашего» права с учетом искаженного представления о соответствующих положениях «их» права. Отметим, что С. Гольцберг признает относительную практическую пользу подобных софистических сравнений, поскольку они могут послужить катализатором развития правовой системы, избавляющейся от недостатков, приписываемых «их» праву. Между тем следует помнить об обратной стороне и объективных пределах правовой реформы, основанной на искажении реальности, подмене понятий и умышленном формировании фиктивной точки зрения оппонента.

Более близкими к нам по времени примерами полного или частичного исключения чужой правовой системы из предметного поля сравнительного правоведе-

нец для иностранцев, которым чужда китайская цивилизация» (Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. – М., 1996. – С. 356–357). Другими словами, речь идет не о полном отрицании права, а только об ином восприятии его роли в обществе, отличном от привычного западноевропейскому компаративисту.

¹⁹ Goltzberg S. Le droit comparé. P. 20 ; Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 354–355; Рулан Н. Указ. соч. С. 55. Ср.: Ruskola T. Legal Orientalism. China, the United States, and Modern Law. – Cambridge, 2013.

²⁰ Об истоках этой дискуссии и ее современном состоянии см. подробнее: Рулан Н. Указ. соч. С. 81–95. Ср.: Jouanjan O. Justifier l'injustifiable. L'ordre du discours juridique nazi. – Paris, 2017. – P. 15.

ния, а также применения приема *strawman fallacy* являются оценки социалистического права в зарубежной юридической литературе. Как писал в 1985 г. В. А. Туманов, «в отношении западной компаративистики к изучению социалистического права и тем самым к межтиповому сравнению можно выделить три позиции»²¹. Представители первой из них предпочитали просто не замечать, подобно английскому юристу Г. Гаттриджу, советское право («высокомерно-пренебрежительный взгляд»). Вторая позиция сводилась к его признанию объектом сравнительного анализа, но только в том случае, если обнаружится сходство между ним и западными моделями права (Ф. Лоусон, Р. Родьер и др.). Однако находились и сторонники третьего подхода, которые рассматривали советское право как полноценную правовую модель (М. Ансель, В. Батлер, Р. Давид). Впрочем, даже более объективный взгляд зарубежного ученого второй половины прошлого века на социалистическое право не гарантировал отказа от использования им приема подмены тезиса (умышленного или неосознанного), поскольку объектами его исследования оставались, как утверждал М. Ансель, «радикально различные системы»²².

Поэтому меньше возражений вызывают конструкции, не выходящие за пределы философских трактатов и художественных произведений, прежде всего утопии и антиутопии, а также описания правовых систем в романах и священных книгах. Высоко оценивая их значение для компаративистики, С. Гольцберг садится на своего любимого конька и заявляет о необходимости различения текста и его содержания. При таком подходе «тот факт, что текст является вымышленным не означает, что объект вымысла недостоверный или несуществующий: в каком-нибудь романе может содержаться превосходное описание исторически достоверного права, и вымысел может заключать в себе правдивые утверждения»²³. Форма выражения взглядов авторов утопий и антиутопий не меняет сути дела — они так или иначе сравнивают несколько нормативных систем, причем одна из них может быть вполне реальной, как в случае сопоставления образа жизни утопийцев и английского общественно-политического строя XVI в. Следовательно, с точки зрения С. Гольцберга, источники права как центральные звенья процесса сравнительно-правового исследования являются не только *посылками* в юридической аргументации, но и *литературными жанрами*. К ним могут применяться практически все те критерии, которые используются для сравнения художественных текстов: объем, стилистика, грамматическая специфика, наличие заимствований...

Например, рассуждая о таком критерии, как объем текста, С. Гольцберг сравнивает коммерческие договоры, заключаемые в странах *common law* и романо-германского права. То, что первые зачастую значительно объемнее, объясняется подробным изложением всех вопросов, а также использованием юридического жаргона, т. н. *legalese*. Кроме того, в окончательный вариант коммерческого договора, заключаемого по правилам *common law*, стороны стараются включить все первоначальные предложения, что не характерно для немецкой и французской правовых традиций. Еще одна причина состоит в том, что статус участников договора в Германии, как правило, однороднее, чем в США. Следовательно, им проще согласовывать позиции по ключевым вопросам и выработать итоговую версию контракта. Наконец, юридическая сила принципа добросовестности, известного обеим правовым семьям, в немецком праве проявляется заметнее, избавляя стороны от необходимости прописывать в договоре каждую деталь. Примечательно, что во французском праве преддоговорные переговоры не образуют пол-

²¹ См.: Туманов В. А. О сравнении разнотипных правовых систем // Туманов В. А. Избранное. — М., 2010. — С. 571–573.

²² Там же. С. 572.

²³ Goltzberg S. Le droit comparé. P. 22–23.

ноценного соглашения, однако за недобросовестные действия сторон, в том числе злоупотребление свободой договора, предусмотрена деликтная ответственность²⁴. К этому следует добавить одну важную особенность: континентальный законодатель тщательнее определил порядок толкования положений договоров. Впрочем, юридические акты могут различаться по своему объему и в пределах одной правовой системы. Так, сравнительный анализ контрактов, заключавшихся в Чехии между 1989 и 1999 гг., показывает, что их средний объем увеличился от одной страницы до двадцати. Данный факт С. Гольцберг объясняет влиянием на чешское (чехословацкое) право различных юридических культур после падения Берлинской стены²⁵.

Объем текста может также зависеть от поставленных целей, уровня его оригинальности и полифонии. Например, во многих правовых системах на судей возлагается обязанность мотивировать выносимые ими решения. Как утверждает С. Гольцберг, сопоставление мотивировочных частей судебных решений разных стран позволяет установить взаимосвязь между их объемом и теми функциями, которые они должны выполнять. С этой точки зрения лаконичность мотивировок французского Кассационного суда объясняется его концентрацией на двух основных вопросах: идентификации подлежащей применению нормы права и самоконтроле. Однако другие юрисдикционные органы во Франции и за ее пределами могут выполнять дополнительные функции, что отражается на объемах мотивировочных частей их решений: *педагогическую* (подробное разъяснение сторонам юридических тонкостей рассмотренного дела), *направляющую* (определение «вектора эволюции права»²⁶) и т. д. При этом, разумеется, не только увеличивается количество страниц судебного решения, но и существенно меняются иные параметры, с которыми предстоит работать компаративисту. Прежде всего в иностранном юридическом тексте *аподиктические суждения*, т. е. безусловно достоверные, не предполагающие ни дальнейших пояснений, ни тем более опровержений, уступают место *диалектическим суждениям*, сопровождаемым добротными обоснованиями²⁷. Кроме того, в таком тексте юридическая аргументация, как правило, дополняется внеправовыми доводами, призванными придать ему дополнительную легитимность²⁸. В конечном счете, текст рассматривается как *лаборато-*

²⁴ См. подробнее: Goltzberg S. Le droit comparé. P. 32–33. Для сравнения: ч. 2 ст. 434.1 ГК РФ (введена в 2015 г.) предусматривает ответственность сторон за недобросовестные действия при проведении переговоров о заключении договора, к которым законодатель относит, например, внезапное и неоправданное прекращение переговоров при таких обстоятельствах, когда другая сторона не могла разумно этого ожидать.

²⁵ Ibid. P. 31.

²⁶ Ibid. P. 113–114.

²⁷ Критерий типа правового суждения (аподиктическое / диалектическое) может применяться не только для сравнения текстов из разных юридических культур, но и для сопоставления текстов, относящихся к одной юридической культуре. Так, Ветхий Завет отличается диалектическим типом суждений («Почитай отца твоего и мать твою, как повелел тебе Господь, Бог твой, чтобы продолжились дни твои, и чтобы хорошо тебе было на той земле, которую Господь, Бог твой, дает тебе»), но в то же время Мишна аподиктична (Нитай из Арбея говорит: «Сторонись плохого соседа, и не води дружбу с грешником, и не будь самоуверен, [надеясь] избежать наказания»). На этом основании С. Гольцберг делает вывод о том, что различия следует проводить как между юридическими культурами в целом, так и внутри них между источниками права в смысле литературных жанров. Ibid. P. 27–28.

²⁸ Например, российский Конституционный суд, признавая правомерность установленных губернатором Московской области ограничений свободы передвижения граждан в начале пандемии COVID-19, помимо юридической терминологии, использовал такие выражения, как «сокращение случаев наступления смертей», «тяжелые заболевания», «экстраординарная ситуация», «беспрецедентная угроза» и т. д. См.: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 25 декабря 2020 г. № 49-П «По делу о проверке конституционности подпункта 3 пункта 5 постановления Губернатора Московской области «О введении в Московской области режима повышен-

рия правовых суждений, несущая на себе отпечаток специфики соответствующей юридической культуры.

Следуя данным методологическим установкам, компаративист может обнаружить в сравниваемых им текстах полифонию и даже отголоски других правовых систем (эксплицитные и имплицитные заимствования, в том числе цитирования). Обычно полифония присуща судебным решениям, которые дополнены особыми мнениями, варьирующимися от явного несогласия с большинством членов суда в отношении итогового решения до предложения оригинальных аргументов в поддержку общего решения. Закономерно встает вопрос о роли особых мнений судей, если на момент вынесения решения они никак не влияют на его юридическую силу. Очевидно, что их значение – дело будущего, когда к ним обратятся при рассмотрении новых споров. Тогда, как следует из анализа С. Гольцбергом дискуссии знатоков еврейского права, возможны два варианта: особое мнение послужит образцом либо ошибочного суждения, либо правильного, но опередившего свое время²⁹. Впрочем, при желании полифонию можно «услышать» и в судебных решениях, которые не сопровождаются особыми мнениями. Они вбирают в себя все прозвучавшие во время обсуждения дела аргументы, усиливая или ослабляя их, а также корректируя содержание высказываний.

Что касается полифонии, обусловленной внешними факторами, то речь идет о различных видах заимствований из других юридических культур. К самым простым относится цитирование, которое применяется чаще всего для того, чтобы придать судебному решению дополнительный авторитет, причем не только правовой, но и политический. Так, по утверждению С. Гольцберга, одними из наиболее цитируемых в мире являются решения Верховного Суда США, который, в свою очередь, редко обращается к решениям высших судов других государств. Не последнюю роль здесь играет политика, поскольку, например, израильский Верховный Суд часто ориентируется на судебные решения, вынесенные в США, Канаде и ФРГ, и редко – на решения судов мусульманских стран. Между тем отдельные элементы юрисдикционных систем Малайзии или Пакистана могут оказаться израильскому праву ближе, чем канадское право³⁰. Приводимая судом цитата, заимствованная из другой юридической культуры, может играть роль дополнительного аргумента либо «за», если суды приходят к аналогичным решениям, либо «против», если суд, ссылаясь на решение зарубежных коллег, подчеркивает его ошибочность и рассуждает от противного.

Более сложными заимствованиями являются т. н. трансплантации, или пересадки. Данному вопросу посвящена обширная литература, краткий обзор которой С. Гольцберг приводит в своей работе. Подчеркнем, что до сих пор отсутствует единство мнений относительно терминологии³¹, поэтому мы используем оба термина, в большей степени соответствующих одновременно переводу французского слова *greffe* (трансплантация, пересадка, прививка) и концепции франкофонного компаративиста. Разница между трансплантацией (пересадкой) в ее общепринятом понимании и юридической трансплантацией (пересадкой), по утверждению

ной готовности для органов управления и сил Московской областной системы предупреждения и ликвидации чрезвычайных ситуаций и некоторых мерах по предотвращению распространения новой коронавирусной инфекции (COVID-2019) на территории Московской области» в связи с запросом Протвинского городского суда Московской области» // Российская газета. – 2021. – 15 янв. (№ 6 (8357)).

²⁹ Goltzberg S. Le droit comparé. P. 101–102.

³⁰ Ibid. P. 103–104.

³¹ Ibid. P. 66–68. Ср.: Agostini E. Droit comparé. – Paris, 1988. – P. 243–322. В данной работе заимствования, точнее «миграции юридических систем», разделяются на *экспорт права* и *импорт права* в зависимости от их вынужденного (британские и французские колонии) или добровольного (Турция и Япония) характера.

С. Гольцберга, заключается в том, что первую осуществляют профессионалы, действующие целенаправленно, тогда как вторая часто происходит «естественным путем» посредством молчаливого заимствования методов, концептов и дефиниций, незаметно подготавливая изменение парадигмы вплоть до правовой революции (Г. Дж. Берман)³². В юридической науке возможность и необходимость любых трансплантаций (пересадок) правовых норм традиционно ставится под сомнение, начиная с Ф. Отмана и отчасти Ш.-Л. Монтескье. Одним из самых заметных критиков концепций заимствования сегодня является П. Легран, который утверждает, что сравнение правовых систем не может осуществляться иначе как в рамках плюрализма культур³³. С этой точки зрения невозможность трансплантации (пересадки) всей культуры целиком на другую почву лишает рассуждения о миграции правовых норм всякого смысла, поскольку даже если отдельные нормы оказываются заимствованными, они приобретают в новом контексте иные содержание и значение³⁴. Напротив, С. Гольцберг, следуя слабой версии концепции шотландского историка права А. Уотсона, допускает возможность перемещений в юридическом мире не только отдельных норм и институтов, но и кодексов (французский Гражданский кодекс 1804 г.; тунисский Кодекс обязательственного и договорного права 1906 г., сочетающий несколько правовых традиций и послуживший моделью для Марокко и Мавритании); конституций (бельгийская Конституция 1831 г., на которую ориентировался греческий законодатель в 1844 и 1864 гг.³⁵), а также способов толкования права, правовых суждений и т. д. С его точки зрения, смысл и содержание мигрирующих норм, разумеется, меняются с учетом особенностей каждой юридической культуры, но это не означает, что их трансплантации (пересадки) не происходит.

Российский юрист, воспитанный на работах советских и постсоветских ученых (М. Н. Марченко, А. Х. Саидова, А. А. Тилле, Ю. А. Тихомирова, В. А. Туманова, В. Е. Чиркина, Г. В. Швекова³⁶ и др.), вполне вероятно, ожидает от С. Гольцберга обстоятельного описания функций, методологии и основных направлений сравнительного правоведения. Ожидает он и ответа на вопрос: «Это наука или всего лишь метод?» Однако в данном случае автор, скорее, не оправдывает надежд своего читателя. В отличие от многих отечественных и зарубежных юри-

³² Goltzberg S. Le droit comparé. P. 95–96. Во многие юридические культуры без особых усилий проник метод умозаключений *мигго* (в переводе с арамейского: «поскольку...», «из того, что...», «на основании того, что...»). По сути, это древняя презумпция добросовестности, основанная на предположении о том, что если бы лицо действительно совершило то, в чем его обвиняют, то оно прибегло бы к лучшим доводам в свою защиту (зачем ему придумывать такую версию событий, которую сложно поддержать в суде?!). Однако вместе с тем *мигго* выполняет и функцию доказательства в смысле логического умозаключения из фактов. В современных правовых системах такое доказательство отсутствует (оно было чуждо и римскому праву). Тем не менее, по мнению С. Гольцберга, перед нами типичный случай миграции метода умозаключений, которая происходила медленно и незаметно, без официальных заявлений о заимствованиях из чужой юридической культуры. Так что сегодня адвокаты по всему миру пользуются *мигго*, не догадываясь об этом. См.: Ibid. P. 92–94. Впрочем, такой пример может вызвать справедливые возражения, так как компаративист не принимает во внимание универсальность структуры человеческого мышления. Другими словами, *мигго* как метод умозаключений мог не «переходить» из одной культуры в другую, а возникать в них параллельно.

³³ Legrand P. Le droit comparé. – Paris, 2011. – P. 123.

³⁴ См. подробнее: Legrand P. The Impossibility of “Legal Transplants” // Maastricht Journal of European and Comparative Law. – 1997. – P. 111–124.

³⁵ Добавим, что образцом для греческой Конституции 1844 г. послужила также французская Конституция 1830 г., а для Конституции 1864 г. – датская Конституция 1849 г.

³⁶ См.: Марченко М. Н. Сравнительное правоведение. – М., 2017 ; Саидов А. Х. Сравнительное правоведение. – М., 2020 ; Тилле А. А., Швеков Г. В. Сравнительный метод в юридических дисциплинах. – М., 1973 ; Тихомиров Ю. А. Курс сравнительного правоведения. – М., 1996 ; Туманов В. А. Избранное. – М., 2010 ; Чиркин В. Е. Сравнительное правоведение. – М., 2019.

стов, он не останавливается подробно на определении статуса компаративистики. Так, Р. Леже после обстоятельных рассуждений о современном понятии науки вообще, а также гуманитарных и социальных наук, приходит к следующему выводу. Сегодня сравнительное правоведение «является социальной наукой, объединяющей знания и методы, которые позволяют точно проводить параллели между различными правовыми системами или некоторыми из их институтов для выявления их сходств или различий, необходимых для проведения фундаментальных исследований или совершенствования правовой политики и практики»³⁷. Но С. Гольцберг более лаконичен: «Когда право становится государственным, возникает необходимость дать имя своеобразной практике, заключающейся в том, чтобы смотреть в другую сторону: тогда сравнительное правоведение появляется на свет как полноценная дисциплина»³⁸. Сравнение изначально было присуще юридической деятельности, однако потребовалось разделение национальных правовых систем для того, чтобы компаративистика начала формироваться в качестве самостоятельной дисциплины, которая позволяет оценить плюсы и минусы норм и институтов чужого права в перспективе их заимствования или модификации своего права.

Относительно функций компаративистики С. Гольцберг констатирует, что их на самом деле несколько, но, не вдаваясь в подробности, называет лишь две основные: познавательную³⁹ и преобразовательную. Так, сравнение позволяет лучше понять «вневременную и внепространственную сущность права»⁴⁰. Вместе с тем в процессе изучения правовых систем или отдельных отраслей права других стран и даже эпох, если речь идет об истории права, юрист может вдохновиться чужим опытом. Тогда, как полагает С. Гольцберг, при решении вопроса о судьбе конкретных правил (введение в действие или отмена) результаты сравнительно-правового исследования послужат веским аргументом. Развивая эту мысль, он допускает возможность заимствования из других правовых систем не только *правил*, но и *способов толкования* для более глубокого понимания и эффективного применения действующих норм. С его предположениями нельзя не согласиться, принимая во внимание, к примеру, ссылку Конституционного Суда РФ в Постановлении от 25 декабря 2020 г. № 49-П на опыт «более чем 90 стран мира», применявших в период распространения коронавирусной инфекции COVID-19 меры изоляции и самоизоляции граждан. Завершая краткий экскурс в проблематику функций сравнительного правоведения, зарубежный ученый отмечает, что основные функции, обозначенные им, тесно взаимосвязаны. По его мнению, «эволюция правовой системы – это одновременно *феномен*, подлежащий описанию посредством истории права, которая является не чем иным, как диахронным сравнением, и возможный *результат* применения компаративистского подхода» (курсив автора – В. Т.)⁴¹.

Изложение вопроса о методологии сравнительного правоведения С. Гольцберг объединяет с рассмотрением особенностей основных направлений компаративистики, что также может показаться несколько поверхностным российскому юристу, привыкшему к академической традиции изучения каждого из этих вопросов по отдельности и во всех подробностях. Выделяя четыре ведущих направле-

³⁷ Леже Р. Указ. соч. С. 501.

³⁸ Goltzberg S. Le droit comparé. P. 121. Избегая дефиниций, он оставляет непроясненным содержание таких часто используемых им понятий, как право, юридическая культура, правило (норма) и т. д.

³⁹ Причем если в начале соответствующего раздела, посвященного функциям сравнительного правоведения, он называет ее познавательной (*fonction de connaissance*), то в конце – описанием (*description*).

⁴⁰ Goltzberg S. Le droit comparé. P. 10.

⁴¹ Ibid. P. 11.

ния сравнительно-правовых исследований, он условно распределяет их по двум группам в зависимости от отношения к рассмотрению права с позиции *problem-solving*⁴². Так, представители первой группы (функционализм и экономический анализ права) оценивают правовые нормы как инструменты решения проблем. Представители второй группы (культурализм и школа критических правовых исследований) упрекают их в игнорировании иных функций права, кроме инструментальных. Поскольку функциональный метод пользуется популярностью у компаративистов, С. Гольцберг отводит его анализу и, соответственно, функционализму больше места, чем иным методам и научным направлениям. Он выделяет пять этапов функционального сравнения: 1) идентификацию проблемы в терминологии функционализма; 2) выбор сравниваемых правовых систем; 3) их описание; 4) определение сходств и различий в предлагаемых ими решениях общей проблемы; 5) критическую оценку. Разумеется, сравниваемые инструменты решения поставленной проблемы должны выполнять в своих правовых системах одинаковую функцию, поэтому используется презумпция сходства: до тех пор, пока не обнаружатся различия между функциями, выполняемыми сопоставляемыми объектами исследования, они считаются аналогичными.

После общей характеристики функционализма и концепций некоторых его представителей (К. Цвайгерта, Х. Кетца, Р. Шлезингера и Р. Сакко – двое последних рассматриваются, соответственно, как основоположник подхода к решению проблем, свободного от абстрактных, технических терминов, и его последователь⁴³) С. Гольцберг переходит к аргументам критиков. По сути, их два: презумпцию сходства следует заменить презумпцией различий; сходство выполняемых правовым инструментарием функций еще не означает, что в разных юридических культурах ставится идентичная проблема⁴⁴. Ссылаясь на экспериментальные исследования Дж. Фодора, американского философа и психолингвиста, С. Гольцберг приводит такой пример: если для ученого не имеет принципиального значения, какой лапкой и как сильно лабораторная крыса нажмет на кнопку под воздействием стимула, тогда сам факт нажатия уже считается успешным результатом. Напротив, в лингвистике невозможно абстрагироваться от многочисленных нюансов, возникающих при сравнении высказываний, даже относящихся, казалось бы, к одному предмету.

⁴² Решение проблем, задач (*англ.*). Понимаемый узко, данный подход предполагает рассмотрение права как инструмента, предназначенного для эффективного решения конкретных проблем. По мнению английского юриста Дж. Самюэля, его можно применять в перспективе вынесения судебных решений и осуществления юридического перевода, тем самым оправдывая занятия сравнительным правоведением. См.: Samuel G. An Introduction to Comparative Law Theory and Method. – Oxford and Portland, 2014. – P. 17. В широком смысле речь идет о процессе выполнения действий или мыслительных операций (составная часть мышления), который направлен на достижение цели, поставленной в рамках проблемной ситуации. Поскольку такой процесс является наиболее сложной функцией интеллекта, для успешного решения задачи требуется согласование и управление более элементарными навыками на всех его этапах: 1) обнаружение проблемной ситуации; 2) постановка задачи, включающая в себе структурно-функциональный, системный анализ исходных данных и постановку цели; 3) нахождение решения. Понимаемый широко, подход *problem-solving* действительно можно рассматривать как матрицу мышления – то есть формат восприятия информации, ее переработки и формирования решения – компаративиста, придерживающегося теорий функционализма и экономического анализа права.

⁴³ Goltzberg S. Le droit comparé. P. 13. Он оговаривается, что подход Р. Сакко является более динамичным, но проигрывает концепции Р. Шлезингера из-за искусственного приложения к юридическим феноменам теории формантов (акустическая характеристика звуков речи, которая связана с уровнем частоты голосового тона и образует тембр звука). См.: Sacco R. La comparaison juridique au service de la connaissance du droit. – Paris, 1991 ; *его же*. Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Instalment I of II) // American Journal of Comparative Law. – 1991. – Vol. 39. – No. 9. – P. 1–34.

⁴⁴ См.: Goltzberg S. Le droit comparé. P. 14.

Действительно, соблюдение требования соотносимости сравниваемых объектов часто сводится к констатации того факта, что решение конкретной проблемы достигается в правовых системах разными правовыми средствами. Однако, как отмечал еще в 1970-х гг. М. Ансель⁴⁵, задача компаративиста заключается в том, чтобы *объяснить*, а не просто констатировать *причины* применения этих разных средств и *степень различия* между вариантами решения одной и той же проблемы с точки зрения юридической техники (те самые «нюансы», на которые призывает обращать внимание американский психолингвист). Но даже при строгом соблюдении этих требований остается главный вопрос: как определить, идет ли речь об аналогичной проблеме, возникающей в разных юридических культурах, или о разных проблемах (их разным понимании, что еще больше усложняет задачу компаративиста)?

Поскольку С. Гольцберг уходит от ответа, ограничиваясь постановкой вопроса, приведем одну иллюстрацию. В «Структурной антропологии» К. Леви-Строс рассказывает историю о канадском туземце. Сомневавшийся в могуществе шаманов, якобы лечивших людей, и считавший их шарлатанами, он специально прошел у них обучение, но только убедился в своей правоте. Однако, когда этот туземец приступил к лечению больных соплеменников, используя те же незамысловатые приемы, что и наставники, он добился лучших результатов, чем они. Тогда у него возникли сомнения уже не в чудодейственной силе шаманских ритуалов (он знал, какой «силой» они на самом деле обладают), а в собственном статусе (вдруг он – настоящий посредник между миром живых и миром мертвых?). «Таким образом, наш герой сталкивается с проблемой, – рассуждает К. Леви-Строс, – которая, может быть, несколько аналогична проблеме, возникающей по мере развития современной науки. Имеются две системы. <...> Логика и эксперимент показывают, что их различие значимо. В какой системе отсчета их можно сравнивать? С точки зрения соотношения с фактами, где они неразличимы, или в своих собственных системах, где они имеют, теоретически и практически, различную ценность?»⁴⁶ Факты таковы: канадский туземец и другие шаманы применяли *одинаковые* способы лечения больных; в то же время он добился *больших* успехов. Следовательно, с точки зрения соотношения с фактами, их действия практически идентичны, а разница между ними заключается в количестве людей, выздоровевших после магических ритуалов. При этом за скобками остаются как причины успехов и неудач, так и отношение шаманов к своим действиям. Поэтому для полноценного сравнения необходимо учитывать не только функциональные аспекты применения конкретных инструментов и количественные показатели его эффективности, но также особенности социальной среды, в которой эти инструменты применяются, специфику менталитета применяющих их лиц и форму выражения ими своего отношения к инструментам и результатам.

Возможно, представители остальных направлений компаративистики иначе решают вопрос о критериях оценки постановки проблемы в различных правовых системах, чем это делают сторонники функционализма. Однако их концепции освещаются С. Гольцбергом в общих чертах. Так, по его мнению, в примыкающем к функционализму *экономическом анализе права* на первый план выходит критерий эффективности юридического инструментария. При этом стремление к достижению наибольшей эффективности с наименьшими затратами обуславливает оценку и сравнение юристами моделей правового регулирования в терминах рыночной экономики, т. е. как конкуренцию норм, принципов и институтов. Напротив, адепты культурологического подхода смещают акцент в сторону ис-

⁴⁵ См. подробнее: Ансель М. Методологические проблемы сравнительного права // Очерки сравнительного права : сборник. – М., 1981. – С. 37–71.

⁴⁶ Леви-Строс К. Структурная антропология. – М., 2001. – С. 182.

следования исторического, культурного и социального контекстов формирования права. Тем самым они, согласно С. Гольцбергу, перестают рассматривать правовую систему как юридический феномен и ограничивают возможность трансплантации (пересадки) норм⁴⁷.

Для школы критических правовых исследований важнейшей задачей является деконструкция официального юридического дискурса, в том числе посредством отказа от традиционных дихотомий типа «публичное право/частное право». Принимая во внимание то, что методология данной школы разрабатывается с позиций, близких к философским учениям Ж. Деррида, Ж. Делёза, Г.-Г. Гадамера, попытка С. Гольцберга взглянуть на нее глазами юриста заслуживает высокой оценки. Благодаря ему неискушенный читатель узнает о любопытной концепции Д. Кеннеди, введшего в научный оборот термин «*loopification*» (от англ. *loop* – петля, круг, заикливание)⁴⁸. Исследуя судебные решения с помощью методов семиотики и феноменологии, этот американский философ права подвергает критике основные понятия юридической догматики, представляющиеся ему крайне уязвимыми.

В то же время собственная позиция С. Гольцберга относительно направлений компаративистики, рассмотренных им, остается не до конца проясненной. Он констатирует, что, вопреки очевидной гетерогенности подходов к сравнению правовых систем, большинство современных юристов предпочитает скорректированный вариант функционализма, учитывающего приведенные выше критические замечания. Можно ли его самого отнести к сторонникам обновленной версии функционализма? Об этом приходится только догадываться.

К недостаткам исследования С. Гольцберга относится также то, что он обходит молчанием вопрос о роли сравнительного правоведения в процессах гармонизации и унификации права в условиях современной международной интеграции. Вообще, проблематика международного частного и публичного права остается за рамками его работы. Пожалуй, рассмотрение примеров трансплантации (пересадки) правовых принципов – тот редкий случай, когда он применяет сравнительный анализ к праву Европейского союза и Совета Европы. Итак, первый пример: немецкому публичному праву давно известен принцип пропорциональности (соразмерности), в соответствии с которым основным критерием при оценке действий органов власти и должностных лиц является необходимость принятия соответствующих мер для достижения конкретных целей. Поскольку данный принцип оказался включен в правовую систему Европейского союза и регулярно применяется Европейским судом по правам человека, он стал обязательным для Великобритании⁴⁹. Однако в ее праве до этого действовал принцип *unreasonableness* (необоснованность, нецелесообразность), который, разумеется, имеет свои особенности. Отсюда С. Гольцберг делает следующий вывод: «...здесь происходит трансплантация (пересадка) от Германии к Соединенному Королевству через ев-

⁴⁷ См.: Goltzberg S. Le droit comparé. P. 15.

⁴⁸ См. подробнее: Kennedy D. The Stages of the Decline of the Public/Private Distinction // University of Pennsylvania Law Review. – 1982. – Vol. 130, No. 6. – P. 1349–1357. Финальный аккорд этой статьи говорит сам за себя: «Американскому фонду адвокатов следует поручить провести эмпирическое исследование упадка либеральных различий в надежде дать точное определение стадиям упадка и установить, происходит ли он в инвариантной последовательности. История упадка либерального легализма слишком важна, чтобы полагаться на догадки» (p. 1357).

⁴⁹ Интересен факт, о котором умалчивает С. Гольцберг: тест на пропорциональность (соразмерность) вмешательства органов государственной власти в сферу осуществления частными лицами своих прав был впервые применен ЕСПЧ в деле «Хендисайд против Соединенного Королевства» (1976). См. подробнее: Barak A. Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations. – New York, 2012. – P. 184.

ропейское право – при этом принцип претерпевает столько изменений, что возникают сомнения в том, остается ли он одним и тем же»⁵⁰.

Похожая судьба у эстоппеля (запрет на противоречивое поведение). С одной стороны, этот принцип активно применяется юристами стран *common law*. С другой стороны, слово *estoppel* французского происхождения, но во французском праве рассматриваемый принцип в его полной версии появился относительно недавно⁵¹. Вместе с тем он известен не только англосаксонским правовым системам, но и международному праву, причем как частному, так и публичному⁵². Возникает закономерный вопрос: почему Кассационный суд Франции посчитал необходимым заимствовать принцип эстоппеля из другой юридической культуры? Отвечая на него, С. Гольцберг напоминает о том, что во французском праве существовал эквивалент данного принципа. Следовательно, трансплантация (пересадка) могла произойти исключительно для повышения репутации национальной юрисдикции, то есть по соображениям престижа⁵³. Вывод любопытный, хотя и весьма спорный.

Между тем, в отличие от многих зарубежных и российских правоведов, С. Гольцберг не высказывается определенно о достоинствах и недостатках унификации права в современном мире. Напомним, что до конца 1980-х гг. за рубежом пользовалась поддержкой ряда ведущих юристов т. н. критическая теория сравнительно-правовых исследований. Она развивалась в контексте противостояния западной и социалистической моделей права, обосновывая с прагматических позиций необходимость ориентации компаративистов на постановку и решение конкретных проблем национальных правовых систем при отказе от попыток их сближения и тем более унификации права⁵⁴. Но после заключения Маастрихтского договора и внесения в законодательство его участников соответствующих изменений, а также благодаря активному развитию европейского права критическая теория на некоторое время сдала свои позиции в зарубежной компаративистике. Однако между сторонниками и противниками унификации (гармонизации) права, а также внутри каждого лагеря продолжают дискуссии. Анализируя аргументы обеих сторон, Дж. Самюэл указывает на их общую фундаментальную черту –

⁵⁰ Goltzberg S. Le droit comparé. P. 83.

⁵¹ Заметим, что в правовых системах континентальной Европы параллельно принципу *estoppel* развивался принцип *venire contra factum proprium*, который заключается в запрете противоречивого поведения лица, поскольку контрагент имеет основания полагаться на его предыдущее поведение. См. подробнее: Marquesinis B. S., Unberath H., Johnston A. The German Law of Contract: a Comparative Treatise. – 2006. – P. 123. Что касается французского права, то официальное признание эстоппеля получил в 2005 г., когда Кассационный суд вынес решение по делу «Гольшани против Правительства Исламской Республики Иран» (в дальнейшем он часто возвращался к этому принципу, конкретизируя его содержание и специфику применения в своих решениях). Впрочем, предложения о включении эстоппеля во французское право неоднократно высказывались, как отмечает С. Гольцберг, начиная с 1994 г. Для сравнения: в российское законодательство данный принцип включен в 2013 г. (п. 5 ст. 166 ГК РФ). Кроме того, в 2015 г. эстоппель стал универсальным принципом российского частного права (п. 3 ст. 432 ГК РФ).

⁵² Позволим себе привести пример, поскольку С. Гольцберг ограничивается общим указанием на применение эстоппеля в международном праве. Так, Международный суд ООН применяет данный принцип, начиная с разрешения – как оказалось, не окончательного! – в 1962 г. спора между Камбоджей и Таиландом о принадлежности храма Преа Вихеар и территории рядом с ним. Довод Таиланда о неправильности карты, устанавливавшей границу между двумя государствами в спорном районе, был отклонен на том основании, что в течение многих лет он замалчивал этот факт в своих интересах.

⁵³ Goltzberg S. Le droit comparé. P. 84. Ср.: Cuniberti G. Enhancing Judicial Reputation through Legal Transplants. *Estoppel Travels to France // The American Journal of Comparative Law*. – 2012. – Vol. 60, No. 2. – P. 383–400.

⁵⁴ Согласно М. Анселью, «успех “критической теории” был велик, причем особенно там, где уже и раньше отрицательно относились к унификационной миссии сравнительного права». См. подробнее: Ансель М. Указ. соч. С. 40–41. Ср.: Тилле А. А., Швекер Г. В. Указ. соч. С. 45–47.

«сохраняющуюся важность макро-мышления в сравнительном правоведении»⁵⁵. При этом одни компаративисты, отмечая незначительность различий в правовых системах европейских стран, заявляют о возможности гармонизации гражданского или конституционного права на региональном и глобальном уровнях (например, А. Харткамп⁵⁶), тогда как другие (П. Легран⁵⁷) решительно возражают против такой идеи. Разумеется, предлагаются и более мягкие версии гармонизации права, допускающие ее в границах отдельных правовых семей (Р. Давид⁵⁸). К сожалению, данная дискуссия не находит отражения в работе С. Гольцберга, акцентирующего внимание на возможности осуществления трансплантаций (пересадок) от одной правовой системе другой.

Тем не менее российского юриста приятно удивит то, что зарубежный компаративист ссылается в разделе о концепциях *эволюции правовых систем* на идеи выдающегося историка-медиевиста и правоведа П. Г. Виноградова. По мнению профессора Московского и Оксфордского университетов, право проходит в своем развитии шесть стадий: 1) период тотемического общества, где право в техническом смысле отсутствует; 2) период племенного права, не создаваемого целенаправленно, а провозглашаемого; 3) период городского (полисного) права античных Греции и Рима, причем только римское право перешло на следующий этап эволюции; 4) период средневекового права, сочетающего в себе элементы феодального и канонического права; 5) период индивидуалистического права, постепенно вытеснявшего средневековое и достигшего своего апогея к середине XIX в.; 6) период социалистического права. В целом относящийся скептически к концепциям эволюционизма из-за предпочтения их авторами стройных систем в ущерб фактам (упрощенные, схематичные представления о социальном регулировании в первобытном обществе; установление коммунистического режима в бывшей Российской империи сразу за феодализмом, а не капитализмом), С. Гольцберг критикует и данный подход.

Современный компаративист обращает внимание на то, что в модели эволюции права, предложенной П. Г. Виноградовым, отсутствует единство критериев: «переходы между первыми стадиями объясняются с позиции социологии, тогда как смена завершающих стадий связывается с развитием философских идей»⁵⁹. На наш взгляд, этот упрек особенно справедлив в отношении последней стадии. Если понимать под социалистическим правом законодательство РСФСР, то очевидно, что на момент изложения российско-британским ученым своей оригинальной концепции (1920–1922) оно только начинало создаваться и отличалось от т. н. индивидуалистического права в большей степени идеологической составляющей, чем собственно формально-юридическими аспектами. Достаточно вспомнить, что в первые годы советской власти были приняты такие типичные для буржуазного права нормативные акты, как Конституции и кодексы. Но, учитывая отрицательное отношение П. Г. Виноградова к большевикам, следует признать, что он имел в виду совершенно иное, а именно тот новый тип правового регулирования, о котором писали Л. Дюги, А. Г. Гойхбарг, Г. Д. Гурвич. Тогда, действительно, речь идет скорее о философских идеях, чем о реальном праве.

Подводя итог, можно с уверенностью предположить, что исследование С. Гольцберга привлечет к себе пристальное внимание российских юристов, ин-

⁵⁵ Samuel G. Указ. соч. Р. 52–53.

⁵⁶ Hartkamp A. *European Law and National Private Law. Effect of EU Law and European Human Rights Law on Legal Relationships between Individuals.* – Cambridge, 2016. – Р. 3–28.

⁵⁷ Legrand P. *Against a European Civil Code // Modern Law Review.* – 1997. – Vol. 60, No. 1. – Р. 44–63.

⁵⁸ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 7–28.

⁵⁹ Goltzberg S. *Le droit comparé.* Р. 62.

тересующихся современным состоянием компаративистики. Не претендуя на все-стороннее освещение проблематики этой дисциплины, он определяет свою задачу одновременно более скромно и амбициозно: познакомить широкий круг читателей с миром сравнительного правоведения. Возможно, иногда С. Гольцберг теряет равновесие, балансируя между *функционализмом* и *культурологическим подходом* к анализу правовых систем. Однако в чем точно нельзя его упрекнуть, так это в свойственном многим теоретикам права пренебрежении практическими примерами. Красной нитью через его книгу проходит мысль о том, что интерес к сравнению, свойственный человеческому мышлению, актуализируется, когда возникает потребность что-то изменить. Именно тогда сравнительное правоведение зарождается как полноценная дисциплина, поскольку беглого взгляда «по ту сторону», замечающего лишь внешние сходства и отличия между «нашим» и «чужим», оказывается недостаточно. Более того, принимая видимость за реальность, можно поспешно осудить иной образ жизни или сформировать удобное, но искаженное представление о нем. Если право – это язык, посредством которого кристаллизируются и сохраняются ценности общества, то сравнительное правоведение – постоянный диалог юридических культур, требующий уважительного отношения к собеседнику.

Литература

1. Agostini E. Droit comparé. – Paris : Presses Universitaires de France, 1988. – 352 p.
2. Barak A. Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations. – New York : Cambridge University Press, 2012. – 611 p.
3. Cuniberti G. Enhancing Judicial Reputation through Legal Transplants. Estoppel Travels to France // The American Journal of Comparative Law. – 2012. – Vol. 60, No. 2. – P. 383–400.
4. Goltzberg S. 100 principes juridiques. – Paris : Presses Universitaires de France, 2018. – 166 p.
5. Goltzberg S. L'argumentation juridique. – Paris : Dalloz, 2019. – 138 p.
6. Goltzberg S. Le droit comparé. – Paris : Presses Universitaires de France, 2018. – 128 p.
7. Goltzberg S. Les sources du droit. – Paris : Presses Universitaires de France, 2018. – 128 p.
8. Goltzberg S. Théorie bidimensionnelle de l'argumentation juridique: définition, présomption et argument a fortiori. – Bruxelles : Bruylant, 2012. – 132 p.
9. Goltzberg S., Schauer F. F. Penser en juriste. Nouvelle introduction au raisonnement juridique. – Paris : Dalloz, 2018. – 234 p.
10. Halpérin J.-L. Introduction au droit en 10 thèmes. – Paris : Dalloz, 2017. – 347 p.
11. Hartkamp A. European Law and National Private Law. Effect of EU Law and European Human Rights Law on Legal Relationships between Individuals. – Cambridge : Intersentia, 2016. – 286 p.
12. Jacob R. La Grâce des juges. L'institution judiciaire et le sacré en Occident. – Paris : Presses Universitaires de France, 2014. – 515 p.
13. Jacob R. Les formes premières du droit en Occident. I. La parole impérieuse. – Paris : Presses Universitaires de France, 2020. – 532 p.
14. Jestaz Ph. Les sources du droit. – Paris : Dalloz, 2005. – 158 p.
15. Jouanjan O. Justifier l'injustifiable. L'ordre du discours juridique nazi. – Paris : Presses Universitaires de France, 2017. – 328 p.
16. Kennedy D. The Stages of the Decline of the Public/Private Distinction // University of Pennsylvania Law Review. – 1982. – Vol. 130, No. 6. – P. 1349–1357.
17. Legrand P. Against a European Civil Code // Modern Law Review. – 1997. – Vol. 60, No. 1. – P. 44–63.
18. Legrand P. Le droit comparé. – Paris : Presses Universitaires de France, 2011. – 128 p.
19. Legrand P. Pour la relevance des droits étrangers. – Paris : IRJS Editions, 2014. – 454 p.
20. Legrand P. The Impossibility of “Legal Transplants” // Maastricht Journal of European and Comparative Law. – 1997. – No. 4. – P. 111–124.
21. Markesinis B. S., Unberath H., Johnston A. The German Law of Contract: a Comparative Treatise. – Oxford and Portland : Hart Publishing, 2006. – 1040 p.

22. Ost F. *Dire le droit, faire justice.* – Bruxelles : Bruylant, 2012. – 224 p.
23. Ost F. *Le temps du droit.* – Paris : Odile Jacob, 1999. – 376 p.
24. Ost F. *Si le droit m'était conte.* – Paris : Dalloz, 2019. – 214 p.
25. Ruskola T. *Legal Orientalism. China, the United States, and Modern Law.* – Cambridge : Harvard University Press, 2013. – 352 p.
26. Sacco R. *La Comparaison juridique au service de la connaissance du droit.* – Paris : Economica, 1991. – 176 p.
27. Sacco R. *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Instalment I of II)* // *American Journal of Comparative Law.* – 1991. – Vol. 39, N° 9. – P. 1–34.
28. Samuel G. *An Introduction to Comparative Law Theory and Method.* – Oxford and Portland : Hart Publishing, 2014. – 232 p.
29. Thunis X. *L'empire de la comparaison // L'utilisation de la méthode comparative en droit européen. Droit. No. 25 / Fr. van der Mensbrugge (dir.).* – Namur : Presses Universitaires de Namur, 2003. – P. 5–15.
30. Ансель М. *Методологические проблемы сравнительного права // Очерки сравнительного права : сборник / сост., вступ. ст., пер. В. А. Туманов.* – М. : Прогресс, 1981. – С. 37–71.
31. Давид Р., Жоффре-Спинози К. *Основные правовые системы современности.* – М. : Международные отношения, 1996. – 400 с.
32. Леви-Строс К. *Структурная антропология.* – М. : Эксмо-пресс, 2001. – 512 с.
33. Леже Р. *Великие правовые системы современности: сравнительно-правовой подход.* – М. : Волтерс Клувер, 2009. – 584 с.
34. Марченко М. Н. *Сравнительное правоведение.* – М. : Проспект, 2017. – 784 с.
35. Рулан Н. *Историческое введение в право.* – М. : NOTA BENE, 2005. – 672 с.
36. Саидов А. Х. *Сравнительное правоведение.* – М. : Норма, 2020. – 320 с.
37. Тихомиров Ю. А. *Курс сравнительного правоведения.* – М. : Норма, 1996. – 432 с.
38. Тилле А. А., Швеков Г. В. *Сравнительный метод в юридических дисциплинах.* – М. : Высшая школа, 1973. – 192 с.
39. Туманов В. А. *Избранное.* – М. : Норма : Инфра-М, 2010. – 736 с.
40. Чиркин В. Е. *Сравнительное правоведение.* – М. : Норма : Инфра-М, 2019. – 320 с.

Vasilii Alekseevich Tokarev,

Cand. Sci. (Law), Research Fellow at National Research University Higher School of Economics (Moscow); a Doctoral Candidate at the University of Bordeaux (France)

**A Modern Approach to Comparing Legal Cultures
(A Book Review of Stefan Goltzberg's "Le Droit Comparé".
Paris: Presses Universitaires de France, 2018. 128 p.)**

Abstract. This review of Stefan Goltzberg's "Le Droit comparé" (2018) focuses on the problems of the admissibility of comparing normative systems that have endured much criticism due to their formal and/or substantive features, as well as the criteria for comparing legal cultures. According to S. Goltzberg, objective analysis presupposes reasonable restraint of the comparativist, which brings comparative jurisprudence closer to comparative linguistics. In addition, it is necessary to take into account the context in which legal phenomena arise and develop.

S. Goltzberg classified the main directions of comparative law into two groups. The first group includes functionalism and economic analysis of law. Their proponents compare models for solving actual problems and use the presumption of similarity of the compared objects. The second group includes culturalism and the school of critical legal studies. Their followers adhere to the presumption of differences and question many classical concepts, constructions, and dichotomies of dogmatic jurisprudence.

The key concept for S. Goltzberg's approach to comparing legal cultures is the source of law, which he considers in connection with legal argumentation and theory of literary genres. Evaluating the arguments of supporters and opponents of legal borrowing, he develops an approach to

comparing legal phenomena, which allows for the possibility of legal transplants, but at the same time takes into account the modification of the object of transplantation in a new culture.

Keywords: comparison; legal culture; source of law; functionalism; legal transplant