

## ЮРИСПРУДЕНЦИЯ | LAW

УДК 340.5

doi:10.35853/vestnik.gu.2023.3(42).05

5.1.1

### Составление карты неба с движущейся Земли: относительность и позиция в сравнительном правоведении\*

**Джеймс Фишер**

Университет «София», Токио, Япония,  
<https://orcid.org/0000-0002-8244-0688>

**Аннотация.** В статье изучаются идеи, возникшие в результате сравнительно-правового анализа, в их соотношении с самим сравнительно-правовым дискурсом, для того чтобы подробно и контекстуально рассмотреть продолжительные методологические дискуссии, касающиеся «философии» сравнительного правоведения. Автор приводит несколько методологических аргументов, основанных на фундаментальных положениях теории и философии права, указывая при этом на более широкие философские последствия конкретных исходных посылок и подчеркивая вытекающие из этого проблемы чрезмерной предвзятости в сравнительно-правовых исследованиях. Он оспаривает подразумеваемую, но широко распространенную в компаративистике презумпцию, согласно которой вдумчивое размышление, абстрагирование и осторожность могут позволить избежать значительной конкретизации абстрактных правовых понятий и категорий. Автор исследует неизбежную предвзятость любого сравнительного исследования, особенно в связи со статусом компаративиста как продукта, так и субъекта правоотношений и юридического мышления. Он акцентирует внимание на относительной исследовательской перспективе, призывая уделять повышенное внимание тому, как аксиомы общей юриспруденции, лежащие в основе методологических посылок в рамках сравнительного правоведения, выражают относительное положение системы права в ее историческом развитии.

**Ключевые слова:** сравнительное правоведение, философия права, методология права, релятивизм, универсализм

**Для цитирования:** Фишер Дж. Составление карты неба с движущейся Земли: относительность и позиция в сравнительном правоведении / пер. с англ. Н. В. Сметанина // Вестник Гуманитарного университета. 2023. № 3 (42). С. 47–65. DOI 10.35853/vestnik.gu.2023.3(42).05.

---

\* Fisher J. C. Charting the Skies from a Moving Earth: Relativity and Position in Comparative Law // Critical Analysis of Law. 2021. Vol. 8, no. 2. Special Issue: The Philosophies of Comparative Law. P. 127–145. DOI 10.33137/cal.v8i2.37857.

**Перевод с английского языка:** Никита Владимирович Сметанин, канд. юрид. наук, старший преподаватель кафедры международного и европейского права ФГБОУ ВО «УрГЮУ имени В. Ф. Яковлева» (Екатеринбург, Россия), <https://orcid.org/0000-0001-5845-4089>.

## Charting the Skies from a Moving Earth: Relativity and Position in Comparative Law

James C. Fisher

Sophia University, Tokyo, Japan, <https://orcid.org/0000-0002-8244-0688>

**Abstract.** This article brings the insights produced by comparative legal analysis to bear on comparative legal discourse itself, in order instructively to recontextualize enduring methodological debates taken to concern the “philosophy” of comparative law. It grounds several such methodological arguments in fundamental positions of legal theory and philosophy, reflecting in doing so on the broader philosophical consequences of specific positions, and emphasizing the resulting problems of incommensurable positionality. It challenges the unvoiced but widely exhibited assumption within comparative law that sufficient reflection, abstraction and care can avoid the privileged reification of contingent legal concepts and categories. It explores the inevitable positionality of all comparative inquiry particularly in connection with the comparatist’s status as both product and reconstitute of legal facts and ideation. It introduces a focus on relative perspective, urging increased attention to how the axioms of general jurisprudence which ground methodological positions within comparative law express a system of law’s relative position within the legal historical process.

**Keywords:** comparative law, philosophy of law, methodology of law, relativism, universalism

### Содержание

#### I. Введение

II. Первичное разделение методологических подходов: о чем мы говорим, рассуждая о сравнительном правоведении?

III. Частные случаи: правовая культура и правовая трансплантация

IV. «Ни одна система во Вселенной не может быть доказана: нет ничего внешнего, что служило бы доказательством»

V. Самосравнение

VI. Относительность и позиция

VII. Правоведы *права* – «так же, как яблоки яблони»

#### I. Введение

«Дайте мне точку опоры, и я с помощью рычага переверну весь мир», – сказал Архимед, согласно Диодору Сицилийскому [Diodorus Siculus 1957]. Так эрудит из древних Сиракуз описывает, как малое усилие при использовании рычага порождает огромное движение. Важно, что этот принцип описывает *относительное* движение: тот, кто оказывает воздействие с помощью рычага, должен занимать устойчивое положение, из которого он – будучи неподвижным – воздействует на мир. Подобный принцип лежит в основе всего взаимодействия между агентом и средой. Например, чтобы точно воспринять движение другого тела, наблюдатель должен быть неподвижен относительно этого тела. Мы не ощущаем огромной силы вращения планеты только потому, что движемся вместе с ней – наши тела всего лишь воспринимающие фрагменты движущейся сущности, именуемой Землей. То, что верно с точки зрения механики, обычно применимо и к теоретическому наблюдению. Точность описания требует, чтобы субъект проводил наблюдение с позиции, независимой от исследуемого объекта, и не подвергался его воздействию. Это стремление широко распространено – хотя часто неявно – в теории сравнительного правоведения. Сравнение законов или систем права (доктринально, функционально, культурно или каким-либо иным образом) не должно конкретизировать абстрактные понятия, таксономии или ценности, «внутренние» по отношению к юридическому контексту, и не должно обращаться к ним в приоритетном порядке. Именно с точки зрения объективной отстраненности компаративист должен «обобщенно изучать человечество от Китая до Перу» [Johnson 1759]. Эта невыносимая

альтернатива хорошо выражена в трудах Марко Поло, который всякий раз, когда описывает город, на самом деле «говорит что-то о Венеции» – его идеальном и аналитически «невидимом городе», «первом городе, который остается подразумеваемым» в его понимании и оценке других [Calvino 1974].

Однако предположение о том, что глубокое размышление, абстрагирование и осторожность могут избавить нашу дисциплину от упомянутой опасности, требует предметного изучения. Если право невозможно с пользой – или хотя бы достоверно – сравнивать без скрупулезного отстранения от каких-либо внутренних систем отсчета и оценки<sup>1</sup>, то с каких позиций правовые системы, правовые решения или правовые изменения *могут* быть идентифицированы, выделены или оценены? В настоящей статье исследуются темы и уровни методологической аргументации в сравнительном правоведении на основе их связи с фундаментальными положениями теории и философии права, а также приводятся размышления о более широких философских последствиях этого интенсивного самоанализа научной дисциплины.

## II. Первичное разделение методологических подходов: о чем мы говорим, рассуждая о сравнительном правоведении?

Сравнительное правоведение как область юриспруденции переживает постоянный кризис идентичности. Для некоторых компаративистов целью сравнительно-правового исследования является установление причинно-следственной связи между юридическими фактами и контекстуальными социальными силами, в то время как сторонники гуманистического, а не доктринального или социально-научного подхода видят в сравнительном анализе права «герменевтическое исследование жизни права и жизни в праве посредством раскрытия смысла» [Legrand. Book Review 1997, p. 646]. К производным целям компаративистики относятся: предложение законодателям «набора моделей» при планировании правовых преобразований [Örücü 2007, p. 55], помощь судебной системе при толковании национального права, продвижение международной гармонизации права и настойчивое разрушение локальной узости юридического мышления в целом [Ibid.]. В юридической науке существует несколько других подходов для реагирования на такое разнообразие вопросов о праве или для приспособления к различным и даже конкурирующим концепциям самого права. Действительно, более глубокий философский интерес вызывают дискретные, часто противоречивые и даже парадигматически некоммуникативные аксиомы о праве, чем лежащие в их основе цели компаративистики. Наша исследовательская область характеризуется отсутствием общей парадигмы (см.: [Husa 2015, p. 1]) – это «большая, разрозненная и совершенно аморфная масса» [Foote 1998, p. 26].

Так же как когда-то было мало «систематических работ о методах сравнительного правоведения» [Zweigert, Kötz 1998, p. 33], в последние годы наблюдается поразительное распространение теоретического самоанализа в сравнительном правоведении среди ведущих исследователей. Разграничение уровней, на которых в сравнительном правоведении используется теория, в конечном счете может оказаться полезным (см.: [Samuel. An Introduction ... 2014, p. 1]), но для целей настоящего исследования это представляет меньшую ценность, чем широкое понимание «теории сравнительного правоведения» как *всеобъемлющей системы* учета параметров и методов нашей дисциплины на основе исходных логических посылок [Gardner 2011, p. 3]. Ученые обращаются к сравнению с различных теоретических позиций, которые закономерно «приводят к различным методам» [Samuel. An Introduction ... 2014, p. 2], хотя некоторые компаративисты следуют всеобъемлющей дисциплинарной парадигме, которая могла бы организовать и соединить различные методы и исследовательские цели нашей неоднородной исследовательской области. Тем не менее, даже если она не стремится контролировать

<sup>1</sup> Более того, существуют политические и моральные императивы против использования господствующих ценностей нынешних социальных отношений для оценки легитимности материальных социальных условий (см.: [Lorde 1984]).

или признавать непригодными большие количества «аморфной массы», никакая такая организующая структура не может быть *бесконечно* адаптивной. Это противоречие породило то, что было названо «идеалистической» тенденцией в теории сравнительного права, которая «определяет дисциплину по ее основному методу – сравнительному» [Reimann 2012, p. 15]. Такой подход мог бы, например, исключить «изучение зарубежного права по существу» [Ibid.] или привести лишь к «последовательному обсуждению законов двух или более стран в плане физического сопоставления их текстов» [Hall 1963, p. 5], при котором порождающее знания сравнение в лучшем случае откладывается (см.: [Foote 1998, p. 26]). Компаративисты разных направлений сопротивляются попыткам выявить определенные критерии, которые парадигматически исключили бы любые возможности в сравнительно-правовых исследованиях в их классическом понимании. Для такого «реалиста» сравнительное правоведение является «областью, определяемой реальной деятельностью» [Reimann 2012, p. 15], в которой множество несоизмеримых междисциплинарных и внутридисциплинарных парадигм исключает «определение [сравнительного правоведения], которое было бы универсальным» [Husa 2014, p. 53]. Лучшее, чего можно было бы добиться при таком подходе, – это «среднее значение», состоящее из того, что, как и почему делают люди в этой области знаний [Ibid.]. Таким образом, сравнительное правоведение «включает в себя изучение иностранного права, потому что это то, чем на самом деле занимается большинство компаративистов большую часть времени» [Reimann 2012, p. 15]. Приведенная позиция откровенно циклична: согласно ей «сравнительное правоведение» – это всего лишь то, чем занимаются компаративисты, и в то же время то, что обусловлено контекстуальными соображениями. «Если изучение иностранного права не считается сравнительным правоведением, то большая часть работы, которую производят и используют компаративисты, оказывается за пределами предметной области» [Ibid.], и наша дисциплина «действительно становится меньше» [Ibid.]. Пока эти последствия, с интеллектуальной точки зрения, не обязательно являются катастрофическими – ну и что, если наша исследовательская область небольшая или не «область» вовсе? – с позиций научной политики и конкуренции за конечные академические ресурсы (к которым, помимо прочего, относятся фонды, студенты и престиж) они имеют большее значение. Компаративистов до мозга костей можно простить за «чувство, что субъект, слишком занятый собой – слишком сосредоточенный на собственной теории и методах, – является субъектом в плохом состоянии здоровья» [Samuel. An Introduction ... 2014, p. 16], но точка зрения, согласно которой существование нашей области знаний должно предшествовать ее сущности, тем не менее явно отражает практические профессиональные интересы, а не подлежащие выявлению философские принципы.

Допуская более или менее «обоснованные и рациональные подходы» в сравнительном правоведении [Husa 2014, p. 65], многие видные компаративисты по-прежнему недоверчиво относятся к формальной методологии, просто настаивая на том, что «правильные методы в большинстве своем должны быть последовательно обнаружены путем проб и ошибок» [Zweigert, Kötz 1998, p. 33]. Компаративистам следует «использовать метод как гипотезу и как тест его полезности... вместо результатов работы с этим методом» [Ibid.]. Слабость этой позиции можно легко обнаружить. На самом деле мало кто отрицает, что методы должны быть экспериментально и по несколько раз уточняться в соответствии с их доказательной полезностью. Но это требует существования логических априорных критериев, по которым оценивается «полезность» метода и конкретный метод можно назвать «рациональным». Какие знания даст «хороший» или «полезный» метод? Какие гипотезы он может подтвердить или опровергнуть? Эти вопросы неизбежно требуют существования подразумеваемой методологии, состоящей в «изучении надлежащих стандартов для научных аргументов» [Hage 2014, p. 37, 38] и в том, чем обосновывается выбор метода [Ibid.].

В споре о месте теории в сравнительном правоведении «миротворцы» предложили внешне привлекательный компромисс (*via media – от лат. средний путь*): вместо

формальной методологии предлагается использовать «эмпирические правила» [Husa 2014, p. 65], которые дают компаративисту «сознательные ориентиры того, что он делает и почему он это делает» [Ibid.], что тем самым защищает нашу область от «анархии или глубокого релятивизма» [Ibid.]. Эта позиция предполагает либо 1) что критерии обоснованности сравнительно-правового анализа существуют, но не являются *рациональными* (то есть методологическими), а просто конвенциональными, либо 2) что такие критерии рациональны, но каким-то образом невыразимы, не поддаются овеществлению посредством четкого описания. Любой из этих выводов затруднительно обосновать с философской точки зрения. Легран настаивает на том, что надлежащее сравнительное правоведение не может развиваться без внимания к теоретическим посылкам (см.: [Legrand 1995]). Самюэль обоснованно движется дальше, подчеркивая *неизбежность* теории: даже «антитеория или здравый смысл... не в меньшей степени являются подтверждением теории» [Samuel. An Introduction ... 2014, p. 19]. Таким образом, сравнительное правоведение, философия которого изучается в настоящей статье, представляет собой понятие, неизбежно связанное с теорией права.

Естественно, что в рамках теоретических размышлений над «философскими» вопросами нашей области мнения ученых расходятся по многим проблемным вопросам. Большинство, однако, концептуализирует сравнительное правоведение не как совокупность знаний, а как *средство* получения правовых знаний определенного рода. Природа искомым знаний определяет требуемый метод сравнения, хотя фундаментальные исследования обычно стремятся объяснить, почему правовые нормы в различных контекстах таковы, каковы они есть (с точки зрения доктрины), и/или почему они работают определенным образом (с социально-правовой точки зрения). В то время как сравнение начинается с идентификации исходных данных, его *телос* (предназначение) заключается в переходе к построению паттернов, оценке сходства или различия и «поиску (стоящих за ними) принципов упорядочивания» [Foote 1998, p. 27]. Сравнительное правоведение, конечно, не единственная область знаний, которая стремится каузально (или, по крайней мере, контекстуально) объяснить доктринальные и/или социально-правовые обстоятельства. Этот факт приводит к тому, что некоторые компаративисты принимают пограничный характер нашей области знаний (см.: [Husa 2015, p. 27]), а другие – как правило, следующие «реалистскому» или практико-ориентированному подходу, – подчеркивают «его статус как самостоятельной, автономной интеллектуальной области» [Legrand 1995, p. 264], особенно в сравнении с ближайшими соседями (см.: [Samuel. An Introduction ... 2014, p. 11]). Последние, скорее всего, отвергнут рассмотрение сравнительного правоведения как (простого) средства производства знаний (см.: [Kahn-Freund 1966, p. 40–41]), считая компаративистику содержательной дисциплиной, что избавит ее от кажущегося унижения – понижения до статуса «дополнения к праву договоров, праву собственности, публичному праву или чему-то еще» [Samuel. An Introduction ... 2014, p. 20]. Можно было бы возразить, что использование сравнительного правоведения в качестве средства производства знаний оправдало бы его центральное положение во всем спектре юридических исследований, включая его глубоко доктринальное понимание в качестве организующей «грамматики» постулируемого позитивного права (см.: [Lawson 1977, p. 79]), социологические исследования необходимых и случайных отношений права с неправовыми явлениями, а также возрождающееся юридическое гуманистическое внимание к месту права в социальном нарративе, воображении и культуре.

Однако более «философское» значение имеет спор *в рамках* понимания сравнительного правоведения как средства производства юридического знания: является ли оно методом производства знания или просто *эвристикой*? Считается, что это различие имеет эпистемологическое значение (см.: [Hage 2014, p. 49]). При восприятии сравнительного правоведения в качестве метода предполагается, что «существует знание... которое невозможно получить никаким другим способом», потому что «сравнение нескольких объектов может дать знание, которое не может быть получено из анализа

каждого из них по отдельности» [Samuel. What Is Legal Epistemology? 2014, p. 23, 25]. Сравнение, напротив, является валидной эвристикой, даже если ее результаты в принципе могут возникнуть при независимом рассмотрении каждого объекта. Если перефразировать это различие на основе более четкой ориентации на философию науки, то сравнение является *методом* только тогда, когда полученные данные представляют собой «аргументы в поддержку определенного вывода» [Hage 2014, p. 50]. Это неизбежно влечет возникновение методологии, то есть «стандартов, с помощью которых может быть оценена релевантность информации для обоснования того или иного вывода» [Ibid., p. 38]. Кажется очевидным и философски непротиворечивым, что сравнение не является методом разрешения *нормативных* гипотез – что закон *должен быть* гармонизирован в определенных юрисдикциях. Однако более провокационно то, что юридическое сравнение также не является методом (в указанном выше смысле) в отношении большого числа традиционных направлений нашей дисциплины [Ibid., p. 48], таких как попытки определить оптимальные правовые позиции из палитры различных юрисдикционных подходов. Хотя мы можем обоснованно «рассматривать право различных юрисдикций как множество гипотез о наиболее жизнеспособном решении какой-либо социальной проблемы» [Ibid., p. 49], сравнение само по себе не дает *никаких оснований* для вывода, что одна гипотеза превосходит ее альтернативы. Сходство или различие между правовыми реакциями Нидерландов и Кении на совпадающие причины в деликте, на права лиц, занимающих недвижимость в силу приобретательной давности, или на распространение так называемой экстремальной порнографии не является основанием для подтверждения какой-либо гипотезы об оптимальной правовой реакции на эти вопросы. Что наиболее сложно, по причинам, которые рассмотрим далее, сравнение не является методом разрешения любого из бесчисленных методологических противоречий в юриспруденции.

### **III. Частные случаи: правовая культура и правовая трансплантация**

Глубокие методологические споры в сравнительном правоведении не решаются ни юридическим сравнением реально существующих правовых систем, ни дальнейшими методологическими исследованиями. Одним из наиболее заметных примеров является дискуссия о природе и значимости «правовой культуры» [Legrand. Book Review 1997, p. 646]. Она понимается в качестве определения «характеристик права... [как] оно понимается и применяется в практике групп субъектов права» [Sunde 2014, p. 221, 222], или, более конкретно, как «совокупность взглядов, идей, ожиданий и ценностей, которых придерживаются люди в отношении своей правовой системы, правовых институтов и норм» [Pérez-Perdomo, Friedman 2003, p. 2]. Несмотря на широкое обсуждение этого понятия, оно вызывает разногласия среди компаративистов. Наиболее фундаментально эта проблема касается того, «является ли правовая культура набором феноменов, подлежащих описанию или объяснению, или же фактором, объясняющим паттерны социального взаимодействия, такие как (например) повторяемость судебных разбирательств» [Von Benda-Beckmann F., Von Benda-Beckmann K. 2012, p. 86]. Сторонникам того, что сравнительное правоведение выступает средством производства знания, трудно согласиться с понятием компаративистики, которое одновременно включает в ее состав доктринальные и социально-правовые факты, но при этом «каким-то образом стоит в стороне от этих вещей» [Kenny 1996, p. 122]. Пока рассмотрение позитивного права и его социального контекста как «взаимно конститутивных [вещей]» [Ibid.] является возможным (и даже ортодоксальным), остается риск тавтологии ([Nelken 2007, p. 11]; см. также [Cotterrell 1997, p. 13]) и «теоретической непоследовательности, при которой “правовая культура” одновременно будет использоваться как объясняющий фактор и как результат социальных процессов, подлежащих объяснению» [Von Benda-Beckmann F., Von Benda-Beckmann K. 2012, p. 86]. Для критиков «правовая культура рискует оказаться внешне привлекательной, но в конечном счете сбивающей с толку концепцией, которая постулирует взаимозависимость [позитивного права и социально-

го контекста], но затем скрывает ее под видом одной концепции, и при этом ничего не делает для выявления конкретных причинно-следственных связей в каком-либо социальном поле» [Webber 2004, p. 28].

Споры о правовой культуре напоминают более давнюю дискуссию о «правовой трансплантации», которая в значительной степени касается надлежащей идентификации юридических фактов. Опираясь на практику распространения римского права и общего права (*ius commune*), Уотсон заявил, что юридическое содержание может быть успешно трансплантировано, несмотря на важные социальные, культурные и материальные различия между донорской и реципирующей правовыми средами. Соглашаясь с тем, что «однажды трансплантированное правило становится другим в своем новом доме» [Watson. Legal Transplants ... 2000, p. 2] после адаптации к новому местному контексту [Watson 1983; Watson. Law Out of Context 2000], Уотсон отличал этот процесс (содержательную трансплантацию) от трансплантации по форме. На основе приведенной юридико-формалистической установки Уотсон справедливо утверждает, что право «социально легко» трансплантировать [Watson 1974, p. 95]. Его теория постоянно критикуется именно потому, что эта ориентация несовместима с «традиционной наукой сравнительного правоведения» [Zekoll 1996, p. 2747; Friedman 1979, p. 128], которая подчеркивает пределы, в которой право обусловлено неправовыми факторами, и настаивает на *функциональном* сравнении того, как различные правовые системы реагируют на одинаковые правовые инструменты (см.: [Zweigert, Kötz 1998, p. 34–47]).

Споры о правовой культуре и трансплантации служат примером дисциплинарных противоречий, паразитирующих на исконных посылах юриспруденции. Существует множество других, более конкретных вопросов: например, должны ли компаративисты «исходить из... сходства между системами или... их различия», и должны ли они «стать “инсайдерами” по отношению к “другой” правовой системе; или... всегда оставаться сторонними наблюдателями» [Samuel. An Introduction ... 2014, p. 9]. Последние вопросы особенно поучительны. Они отсылают к интуиции компаративиста, ведь сходство (и различие) между объектами сравнения не является врожденным, а обусловлено уровнем абстракции, перспективы, включенности и общего *телоса* (от греч. *telos* – цель) сравнения (см.: [Legrand 1999, p. 42]; см. также [Nelken 2012, p. 9, 28]). Если скульптор вполне оправданно видит сходство между тигром и полосатым котом, то охотник за трофеями равным счетом может считать их гораздо менее похожими.

Самые глубокие разногласия в сравнительном правоведении сводятся к несовместимым ответам на два центральных вопроса: «Что подразумевается под “сравнением” и что означает “право”?» [Samuel. What Is Legal Epistemology? 2014, p. 23, 25]. Другими словами – «что на самом деле составляет объект сравнения?» [Ibid., p. 26]. Сравнение само по себе не может быть методом решения любого такого методологического спора, потому что ему не под силу дать *основания* для получения вывода в пользу той или иной точки зрения. Однако важно и то, что методологический анализ сам по себе не может разрешить какой-либо спор, связанный с различными исходными посылами исследования. Самое большее, что можно с его помощью выяснить, – это 1) степень согласованности между конкретной методологической позицией в рамках одной из вышеупомянутых дискуссий и аксиомами, на которые она явно или неявно полагается, и 2) степень согласованности между несколькими конкретными методологическими установками (независимо от того, совместимы ли они с точки зрения отражения общей аксиомы).

**IV. «Ни одна система во Вселенной не может быть доказана: нет ничего внешнего, что служило бы доказательством»<sup>2</sup>**

Другие ученые отмечают, что многие методологические дискуссии вытекают из несовместимых исходных посылок, основанных на философии права (см.: [Ewald 1998, p. 701]), а современные компаративисты опасаются «правового империализма», который возникает, «если кто-либо подходит к определению права в конкретной традиции посредством обращения к универсальному определению права» [Samuel. An Introduction ... 2014, p. 9]. Юридический релятивизм позиционирует себя как единственный способ избежать проецирования случайных правовых понятий на среду, к которой они не относятся, ставящего под угрозу объективность и целостность сравнения. По этой причине сравнительное правоведение часто прямо противопоставляется общей юриспруденции и теории права. Поскольку компаративистика нормативно не поддерживает «особый стиль» какой-либо конкретной правовой системы, она неизбежно отвергает «универсальное определение права» [Samuel. What Is Legal Epistemology? 2014, p. 23, 25]. Подобного рода определения неизбежно влекут риск «маскировки особенностей отдельных правовых культур и их применения к правовым традициям, которые в действительности сильно отличаются от тех, в рамках которых эти универсальные дефиниции были выработаны» [Ibid.]. Эта мысль наиболее полно выражается в тенденции, известной как правовой плюрализм, с которой многие юристы-компаративисты склонны связывать нашу дисциплину. Общая юриспруденция, напротив, представлена как существенно иное явление: пока «сравнительное правоведение видит своей основной задачей изучение различий между правовыми системами» [Samuel. An Introduction ... 2014, p. 17], области «философии права и теории права ищут универсальные общие знаменатели и, таким образом, выполняют миссию, которая... может оказаться в противоречии с целями и задачами сравнительного правоведения» [Ibid., p. 10].

Большая часть самоанализа нашей дисциплины касается возможности восприятия (компаративистикой) универсалистских правовых идей. Это интересно, потому что многие примеры применения сравнительно-правового анализа кажутся противоречащими релятивистскому (или *плюралистскому*) подходу к праву, который является символом веры для многих современных компаративистов. Возглавляет список, возможно, одно из применений сравнительного правоведения в отношении причин доктринального и социально-правового сближения или расхождения правовых систем – а именно выработка тактических рекомендаций в проведении эффективной правовой гармонизации. Одним из особенно напряженных «полей битвы» является установление универсальных стандартов в области прав человека, затрагивающих области международного права, сравнительного права прав человека и сравнительного конституционного права. Основополагающее противоречие касается обоснования универсальных прав человека и универсальных предположений о месте права в общественном порядке в свете релятивистского утверждения о том, что ценности и нормы подтверждаются их социальным контекстом. Для релятивиста «действительность... моральных утверждений зависит от предшествующих посылок, собственная достоверность которых может быть установлена только таким же образом», так что абсолютная истинность нормативных утверждений не может быть идентифицирована [Invernizzi-Accetti 2018, p. 217]. Естественно, проводился поиск оснований для возможности выбора в пользу универсалистской позиции в специфическом контексте гармонизации прав человека. Эти основания типично базируются на прогнозировании последствий: релятивистское нежелание поддерживать хотя бы базовые стандарты прав человека «угрожает узаконить угнетение меньшинств на основании ценности наших культурных различий» [Calleja 2014, p. 59]. И наоборот, вера в универсально применимые нормы о правах человека критикуется как империалистическое посягательство на законные интересы негегемо-

<sup>2</sup> Postcard from Frederick Pollock to Oliver Wendell Holmes, Jr. (Aug. 24, 1921) // Holmes-Pollock Letters: The Correspondence of Mr Justice Holmes and Sir Frederick Pollock, 1874-1932 / ed. by M. DeWolfe Howe : in 2 vols. Harvard University Press, 1942. Vol. 2. P. 76.



нистских культур в области их культурного самоопределения [Calleja 2014, p. 62] или даже культурного *выживания* [Mutua 2008, p. 108]. Уэст рассматривает политические последствия каждой из приведенных установок, особенно с точки зрения перспектив авторитаризма. Вопреки якобы господствующей позиции, согласно которой универсализм «чрезмерно основан на интересах или взглядах господствующего класса во имя ложных универсалий» [West 1990, p. 1476], она отмечает опасность релятивистского «мирного принятия» мира в его нынешнем виде [Ibid., p. 1476–1477].

Но выбор между универсалистскими и релятивистскими подходами к пониманию ценностей посредством отсылки к последствиям предполагает выбор тех ценностей, с помощью которых можно оценить достоинства возникающих последствий. С философской точки зрения это лишь откладывает решение проблемы. Методологический конфликт может быть разрешен лишь оправданным обращением к априорной установке, на которую опираются как явно, так и подразумеваемо. Выявление такой установки необходимо для того, чтобы избежать вопросов, связанных с оценкой одной установки через призму другой. Но на высоких уровнях методологической абстракции такую установку становится трудно даже концептуализировать, потому что логических областей, еще не занятых тем или иным «лагерем мысли», исчезающе мало. Например, предпринимались попытки определить общую установку, исходя из которой можно оценить *относительную* истинность как релятивистских, так и универсалистских позиций для целей гармонизации прав человека. Однако установка, претендующая на универсальное значение, неизменно представляет собой некоторое нормативное утверждение об истине, такое как равная моральная ценность всех *homo sapiens*, что вовсе не является логически первичным, хотя и соотносится с тем, что должно составлять универсальную установку. В конечном счете не может быть выведено никакого основания для истинности всеобщего, а не относительного понимания ценности, которое не опирается в своей достоверности на истинность самой универсалистской позиции. Этот конкретный пример напоминает нам, что методологические расхождения, лежащие в основе философских разногласий, в сравнительном правоведении не могут быть исправлены, если дискуссия может сводиться лишь к тому, «принимать или нет допущение [какого-либо] фундаментального постулата» [Calleja 2014, p. 62].

Юристы могут быть особенно чувствительны к этому пониманию с учетом нашего неизбежного взаимодействия с конкурирующими теориями толкования права (договорными, законодательными, конституционными и другими). Конфликт между ними явно отражает различные нормативные исходные посылки. Эти конкурирующие подходы находятся в логическом «тупике... различающихся предположений» [Calleja 2014, p. 60], поскольку превосходство какого-либо из подходов невозможно доказать, кроме как с помощью аргументов, вытекающих из этого же подхода. Однако очевидно, что это не только юридический вопрос. Это связано с общей проблемой оценки критериев ценности и истины [Binder 1999]. Кун, как известно, столкнулся с отсутствием трансцендентного, не обусловленного рамками понимания, пригодного для осуществления выбора между парадигмами, посредством которых подтверждается знание (см.: [Kuhn 1970, p. 206]). Применительно к текстуальному толкованию Фиш также настаивает на том, что «не существует единственно правильного или естественного взгляда, есть только “способы прочтения”, являющиеся продолжением позиции сообщества» [Fish 1980, p. 16]. Конечно, лишь немногие методологические вмешательства в сравнительное правоведение явно претендуют на то, чтобы считаться безусловными универсальными истинами. Но многие менее абстрактные, хотя и одинаково философские, правовые противоречия имплицитно присутствуют. Показательным примером является стремление к трансцендентным в культурном отношении глобальным документам по правам человека. По этому поводу можно возразить, что иначе действовать просто невозможно: допустимо ли с психологической точки зрения выдвигать нормативные аргументы, не допуская *истинного* превосходства наших собственных ценностей и концепций? Но

пережитые представителями человечества психологические процессы не определяют, является ли релятивизм философски правильным (см.: [Harman, Thomson 1995, p. 17]).

Юристы-компаративисты часто превозносят релятивизм, чтобы отделить сравнительное правоведение от общей юриспруденции и сохранить дисциплинарную автономию нашей области, но сам релятивизм уязвим для философских вызовов. Критики логически оспаривают возможность релятивизма, рассматривая его как неизбежно обреченное на провал «показное противоречие» [Siegel 1987]. Для универсалиста релятивизм составляет «ложное сомнение, которое ставит под сомнение все, кроме самого себя» [Kierkegaard 1936, p. 137]. Однако это вуалирует существенные различия между моральными рассуждениями первого порядка и представлениями второго порядка о критериях обоснованности моральных выводов (см.: [Invernizzi-Accetti 2018, p. 218]). Релятивисты настаивают на истинности моральных или концептуальных положений, демонстрируя, что они «истинны по отношению к интересам, проектам или экономике отдельного сообщества (или человека), выдвигающего требования» [West 1990, p. 1475]<sup>3</sup>. Также возможно быть релятивистом в отношении собственного релятивизма, как это было с влиятельными правоведами [Invernizzi-Accetti 2018, p. 218]. Это лишь требует «признания “третьего порядка”, что чей-либо релятивизм “второго порядка” также зависит от предпосылок, действительность которых не может быть безусловно подтверждена» [Ibid.]. Приходит понимание, что нормативная аргументация опирается «в конечном счете на необоснованный “выбор” или “решение” со стороны индивидуума, проводящего рассуждение, принять определенные... предпосылки как действительные» [Ibid.]. В конце концов, как интуитивно подсказывает Джуд, нужно «принимать некоторые вещи на веру», не надеясь доказать их окончательную истинность [Hardy 1998, p. 153]. И универсалисты, и релятивисты неизбежно ведут аргументацию, не сходя с определенной траектории, заданной древним, непродуманным интеллектуальным переходом: все, что отличается, зависит от того, является ли этот переход честно и открыто декларируемым, или это робкая капитуляция, по поводу которой мы возмущаемся и/или даже упрямо отрицаем, что вообще совершили ее.

Это побуждает критически анализировать предположение о том, что правильное сравнение остается нейтральным по отношению к контекстуальным значениям, понятиям и категориям, в том числе касающимся общей юриспруденции. В частности, когда мы оставляем «закоулки» конкретных сравнений для более высоких уровней наиболее возвышенных методологических дискуссий о нашей дисциплине, становится трудно представить себе область, где мог бы существовать оплот *объективности*. Дело в том, что любое утверждение о множественности категории, такой как право, с необходимостью предполагает ее соизмеримость в виде примеров концептуально очерченной общей категории, даже если это понятие настолько широко, что включает в себя чрезвычайное обилие разнообразных примеров. Существует множество ситуаций, в которых компаративист может захотеть предотвратить концептуальный правовой империализм, подчеркнув множественность: например, заявив, что существуют разнообразные культурно-специфические *формы* права; что право по-разному взаимодействует с другими социальными силами в разных контекстах; что закон имеет более или менее важное значение в социальном упорядочении в различных сферах; что «закон» обозначает любые структурированные нормы, которым общества фактически следуют; или, наоборот, что в некоторых обществах вряд ли можно констатировать, что закон вообще существует. Но все они подразумевают априорную концепцию права, чтобы оправдать соизмеримость множественных и определенно разнообразных данных. Это наблюдение напоминает прединтерпретационную стадию в трактовке Дворкиным судебного разбирательства, во время которой нечто, не являющееся само по себе актом интерпретации, определяет параметры для такого дальнейшего рассуждения. Компаративист не может не исходить из теории права – концептуальной основы, которая не поддается

<sup>3</sup> Автор комментирует следующую работу: Smith B. H. *Contingencies of Value : Alternative Perspectives for Critical Theory*. Cambridge, Mass. : Harvard University Press, 1988. P. 150–166.

объяснению с помощью сравнительно-правового анализа, но которая неизбежно влияет на работу компаративиста (см.: [Wittgenstein 2009, p. 91]). «Юриспруденция является как общей частью правоприменения» [Dworkin 1986, p. 90], так и подразумеваемым прологом к методологическому дискурсу сравнительного правоведения и юридического сравнения как такового.

Дело здесь не в том, что проблема неизбежной позиционности более актуальна для сравнительного правоведения, чем в других правовых дисциплинах, а в том, что она *не менее* актуальна. Наши несовпадающие стремления к концептуальной объективности на самом деле не реализуются в трансцендентной эпистемологической позиции. Такая вера может только обеднить нашу дисциплину, лишив нас поучительных (хотя и неудобных) путей критической саморефлексии, подобных описанным ниже. Это смирение особенно важно, возможно, среди тех, кто сам присоединяется к «плюралистическим» теориям или методам, полагая, что они отвергают ошибку, которую они приписывают, в частности, позитивистской парадигме, а именно догматическую недостаточную включенность в область теории права, возникающую из-за предпочтения контекстуальных, типично европоцентристских концепций права. Жестокая правда состоит в том, что юристы концептуально не могут быть объективными ни с позиций плюрализма, ни с позиций релятивизма.

## V. Самосравнение

Беспокойство по поводу неизбежной позиционности теории и практики сравнительного права связано с продолжающимся кризисом репрезентации в гуманитарных науках, в том числе и в юриспруденции. Предложения, артефакты и институты, «когда-то считавшиеся представляющими интересы всего человечества, теперь считаются представляющими более локальные и частные – или идеологические – интересы» [Thomas 1991, p. 513]. Обновленный гуманистический интерес в юриспруденции возник, по меньшей мере частично, в ответ на успех экономистов-правоведов в воссоздании юридических рассуждений и критики как производного применения (либеральной) экономической теории (см.: [Stierstorfer 2018, p. 11]). Тем не менее реализм, из которого проекты экономистов черпают свое вдохновение, добился ценного прогресса в отказе от идеалистической погони за универсальными нормами в юриспруденции, обращая внимание на случайность и отдавая предпочтение материалистическому объяснению тех проявлений социальной власти, которые принимают юридическую форму. Соответственно ценность гуманистического поворота в сравнительно-правовых исследованиях, по-видимому, заключается не в том, чтобы проследить теоретические шаги при попытках описать или локализовать право в терминах универсальных благ, а в том, чтобы рассматривать право исторически, поскольку оно связано с более широким культурным развитием человечества. В свете вышеизложенного представляется, что наиболее фундаментальным вопросом для самоанализа нашей дисциплины является не то, какие базовые методологические послылки верны, и даже не то, по каким критериям их следует оценивать. Решающий вопрос скорее является каузальным или, по крайней мере, контекстуальным: *от чего зависит*, какие основополагающие юридические позиции фактически применяются?

Сравнительное правоведение и ближайшие правовые дисциплины, вместе с которыми оно строится на общей юридической базе (если не методология) сыграли важную роль в «возрождении юридического гуманизма» [Crawley 2020, p. 423], который стремится «вернуть право в гуманитарные науки» [Ibid.], и, что особенно важно, в обращении «к представлениям о мифе и реальности... и о важности нарратива в формировании наших убеждений» [Manderson 2001, p. 85]. Антиформализм в большей части сравнительной правовой мысли находит отражение в постулате этого нового гуманистического поворота, что «нет никаких наборов правовых институтов или представлений, кроме нарративов, которые локализуют их местонахождение и придают им значение» [Cover 1983, p. 4]. Хотя это и отличается от явного антипозитивизма Леграна, который,

как известно, высмеивал «правовую трансплантацию», как бессмысленную [Legrand. *The Impossibility of ‘Legal Transplants’* 1997, p. 111], на том основании, что содержание юридических фактов зависит от их культурного и социального контекста [Legrand 2001, p. 55–57]. Поскольку юридические факты не имеют «определенного содержания вне определенной культуры» [Graziadei 2006, p. 467], они «не могут пережить путешествие» в новый контекст безболезненно. Гуманистический поворот кажется более умеренным, если в целом не отрицать того, что правовые нормы могут быть сформулированы средствами позитивизма, а вместо этого исследовать, как культурная и социальная система проявляет свою «законность» в связи с «коллективным этосом права, который транслируется посредством чувственного восприятия» [Goodrich 2021, p. 47].

Ключевым моментом является то, что у юристов экспликанд (понятие, требующее объяснения) трудно отделить от самого акта объяснения. Признаётся, что разные подходы в сравнительном правоведении используются для повествования «разных историй о праве», ни одна из которых не может «дать полное описание (правовой) реальности» [Van Hoeseke 2002, p. 5]. Это не дисциплинарная ошибка; невозможно сделать вразумительные правовые умозаключения или заявления о праве, кроме как с помощью парадигматически необходимых процессов выделения, исключения и стирания. «Точная» карта Бразилии, без потери деталей, равна размеру Бразилии и, следовательно, ничего не сообщает о местности [Robinson 1962, p. 33]. Только телеологическое стирание позволяет нам «видеть любую реальность, понимать и воспринимать ее» [Van Hoeseke 2002, p. 5]. Любая деталь, специально не включенная в *телос* описания, препятствует объяснению сложных явлений, которое является «интеллектуально интересным, эмпирически продуктивным или практически успешным» [Healy 2017, p. 118]. Любое правовое утверждение или утверждение о праве становится картографическим мероприятием, которое не может просто отражать, а должно рационально реконструировать всю совокупность правового опыта. То же верно и в реальной картографии, но пока карты являются техническим воспроизведением [местности] (метафизически отделенными от того, что они описывают), акты юридического толкования и теоретизирования последовательно (раз за разом) изменяют сами явления, которые они призваны описать. Юридический дискурс обязательно вовлекает юристов и субъектов права «в форму общественной реконструкции» [West 1998, p. 138, 153–156], посредством которой индивидуальная и коллективная субъективность права производит прямые или косвенные последствия.

Теоретики сравнительного правоведения не впервые отмечают взаимную реконструкцию «субъекта» и «объекта», возникающую в результате их взаимодействия. Фолжанти, к примеру, обращается к теории перевода и постколониальным исследованиям, чтобы обойти дихотомию успеха/неудачи толкования права. Отбрасывая обыденное представление о верности перевода как вводящее в заблуждение (поскольку отсутствует «универсальное базовое значение, которое делает возможным перевод без потерь или трудностей» [Foljanty 2015, p. 13]), она утверждает, что и (юридический) перевод, и (правовая) трансплантация, с чем все сталкиваются, не оставляют «ничего... точно такого же... с каждой стороны» [Ibid., p. 8]. Любое взаимодействие растворяет и восстанавливает границу между взаимодействующими формами [Ibid.]. Очевидный ответ на это заключается в том, что юридические факты (в смысле формальных правовых норм) метафизически независимы от правового дискурса и ценностей. Это выражение, по-видимому, обусловлено юридическими соображениями, но даже в рамках позитивистской традиции большинство признает, что формальное право возникает в диалоге с *представлениями о праве* – о его цели (целях), легитимной сфере действия и связи с моралью и справедливостью. Общественные отношения могут быть опосредованы позитивистски-определённым правотворчеством, но тем не менее они останутся отношениями.

Уместна еще одна метафора из истории науки. Николая Коперника помнят, главным образом, за его изложение гелиоцентрической модели Солнечной системы. Хотя

на протяжении веков было ясно, что геоцентрическая модель Птолемея не могла избежать случайных ошибок в прогнозировании и, следовательно, не являлась абсолютно точным описанием космоса, Коперник быстро определил, что ошибки коренятся в ложном предположении объективного, неподвижного наблюдателя. Коперниканская революция была не аналитической, а парадигматической: древние европейцы ошибались, считая, что они не находятся под влиянием движения, которое они стремились описать. По правде говоря, их взгляд (перспектива) был *функцией* самой системы движения.

Пока наше толкование права и теории права влияет на природу того, что мы описываем, допущения и ориентации, организующие нашу (компаративистов) постоянную выборочную рациональную реконструкцию, сами по себе являются функциями юридического опыта. Он сформирован «педагогическими, институциональными, содержательными доктринальными и юридическими трудами, которые составляют основу традиции преподавания и трансляции права» [Goodrich 2021, p. X]. Критерии ценности и действительности в теории права, аргументация и критика, на которых основывается труд компаративиста, образуют симбиоз с «расширенной практикой... в написании и познании права, а также в его толковании, правильной интерпретации и элегантной систематизации» [Ibid., p. 17]. Хотя наивысшую ценность в обращении к гуманизму в праве составляют психоаналитические попытки проникнуть в дискурс «культуры, габитуса и этоса права» [Ibid., p. 97] и выявить связи между этими категориями и философскими позициями в рамках (сравнительных) научно-правовых споров.

Направления в рамках сравнительного правоведения демонстрируют паттерны, которые, кажется, способствуют такого рода контекстуализации. Некоторые отмечают, например, что пока европейские компаративисты преимущественно подчеркивают автономию сравнительного правоведения от других дисциплин, показывая, «чем сравнительное правоведение *не является*» ([Zweigert, Kötz 1998, p. 6] (*курсив в оригинале*)), американские ученые более склонны принимать во внимание пересечение компаративистики с другими областями юриспруденции, считая, что междисциплинарные границы отражают различия в акцентах или направленности исследований, а не в их природе (см.: [Reimann 2012, p. 33]). В более глубоких исследованиях рассматривалось, как распределение позиций «второго порядка» отражает более широкий интеллектуальный, дисциплинарный и даже политический контекст. Уэст размышляет о том, почему релятивизм – «диссидентская традиция» в более широкой философии [West 1990, p. 1489] – тем не менее является «доминирующей концепцией ценности в теории права» [Ibid., p. 1480], причем юристы всего политического спектра считают его «не только правильным, но и очевидным» [Ibid., p. 1479]. С точки зрения Уэста, это отражает «своеобразный массив... потребностей, интересов и “экономик”, которые отличают» работу академических юристов [Ibid.], особенно в диалоге с *судебной* правовой аргументацией, которую она помещает – возможно, спорно – в «парадигму обосновывающего морального рассуждения» [Ibid., p. 1490].

## VI. Относительность и позиция

Когда Диккенс, ошеломленный отсутствием гонимых за продажу своих книг в Соединенных Штатах Америки, упрекнул американское издательство и потребовал международной защиты авторских прав, его позиция была воспринята отнюдь не снисходительно. Этот факт выглядит иронично в свете рьяной воинственности, которую сегодня проявляет возглавляемая Америкой международная индустрия защиты интеллектуальной собственности<sup>4</sup>. Этот резкий идеологический поворот традиционно объясняется изменениями в относительном правовом и экономическом положении Соединенных Штатов Америки, так как в течение двадцатого века они превратились из нетто-импортера в нетто-экспортера интеллектуальной собственности. В свете обозначенной дискуссии существует потребность в дальнейшем исследовании того, как относительное

<sup>4</sup> Воплощением этой воинственности является вендетта против платформ обмена файлами за пределами национальной юрисдикции (см. [Fredriksson 2014]).

положение данной правовой системы *по отношению* к другим системам в рамках глобальной истории правовых и экономических изменений влияет не только на право и социально-правовые практики этой системы, но также на философские представления о праве, которые формируют сравнительно-правовой дискурс и формирование идей. Фолжанти предвосхищает подобное исследование привлечением внимания к «завоеванным позициям» как узловым посредникам в правовом и культурном трансфере. Благодаря «прямотому и непосредственному столкновению с “чужим” [правом]» [Foljanty 2015, p. 15] рефлексивные представления о нем и своем отношении к нему меняются. Столкновение с иностранным правом должно повлиять и повлияет, на «структуры правового мышления; представления о том, что право может и должно делать, [и] о том, как право может и должно функционировать» [Ibid.]. Фолжанти приходит к выводу, что изменения в относительной перспективе и системное самопознание, вызванное указанным выше столкновением, играют центральную роль в процессе правовых изменений [Ibid.].

Возвращаясь к конкретным методологическим спорам, отметим, что понятие правовой культуры как аналитического инструмента защищалось специально для того, чтобы подчеркнуть «различия в том, как особенности права сами по себе встроены в более широкие рамки социальной структуры и культуры» [Nelken 2001, p. 7, 25]. Это полезно для компаративистов именно потому, что неясно, идентично ли отношение между правовыми и внеправовыми социальными фактами во всех контекстах. Соблазнительно предположить, что эти отношения могут быть «иными в 1) обществах, которые создавали собственное право (хотя... в постоянном диалоге с историческим правовым наследием и другими правовыми традициями); и 2) в обществах, которые импортировали свое современное право в преднамеренном и недвусмысленном отдалении от местных норм и социальных отношений» [Fisher 2019, p. 339, 356]. Приведенная аргументация видится склоняющейся в пользу применения той же самой структуры не только к фактам права в отдельно взятой юрисдикции, но и к рефлексивному теоретическому представлению о праве, которое формирует методологические установки в сравнительно-правовом анализе.

Кеннеди различает «органическую» и «семиотическую» ориентации в рамках сравнительного правоведения. В органической позиции «учитывается множество юридических деталей, исследуется, как они получены или “соответствуют”... “природе”» отдельных правовых систем, со стремлением «объяснить различие между системами, взятыми как целое» [Kennedy 2012, p. 35, 48]. Семиотическая позиция, напротив, исходит из того, что «всеобъемлющее различие между системами является всего лишь суммой индивидуальных отличий, без приписывания единства, последовательности или целостности» системе в общем смысле [Ibid., p. 50]. Это различие частично переформулирует различие, касающееся правовой культуры, которое обычно используется «в качестве объяснения остаточных черт, которые попадают между трещинами в структуре» [Merry 2012, p. 52, 54]. Хуса, например, объясняет правовую культуру как обозначение «контекстуальных факторов, которые приводят к различному конечному результату, например, в Швейцарии и Турции, хотя кодификации их гражданского законодательства очень похожи» [Husa 2015, p. 5]. Многих беспокоит то, что в этом смысле означает действовать как юридический «Бог пробелов» – то есть прибегать к чему-то необъяснимому, неуловимому (*je ne sais quoi – фр. непонятно, что*), «когда исчерпаны другие объяснения» [Nelken 2012, p. 15]. Но здесь достаточно отметить его коренное допущение, согласно которому правовая среда содержит или выражает явление большее, чем сумма доктринального права и материальных социально-правовых фактов. Относительное положение определенной правовой системы на аренах правовой коммуникации (возможно, даже ее значение в виде импортера или экспортера правовых смыслов) требуется исследовать с позиций влияния самой системы на степень этого «Декартова дуализма», приспособляемого к различным теоретическим вариантам взаимодействия правовых систем.

## VII. Правоведы *права* – «так же, как яблоки яблони»<sup>5</sup>

В этой статье рассмотрено, как и почему вопросы нашей правовой дисциплины, которыми явно занимаются компаративисты, должны сводиться к философским основаниям, которые сами по себе не являются рационально обоснованными, а просто постулируются. Эти отступления, однако, не произвольны, а локализованы в более широком интеллектуальном контексте. Кто-то может возразить, что эта статья сводит сравнительное правоведение к исследованию того, что влияет на изменение парадигмы. Это важный вопрос, но о нем уже было сказано много с разных позиций, и эта статья не претендует на систематическое изложение чего-то большего. Ее цель также не состояла в том, чтобы оспорить или дискредитировать практику сравнительного правоведения или ее методологические размышления.

В нашей дисциплине обладает ценностью противопоставление постулируемой природы конкурирующих аксиоматических философских установок, к которым сводятся методологические споры. Во-первых, это может смягчить некоторую незащищенность нашей дисциплины, в частности представление о том, что «хороший» компаративист должен вести исследование вне нормативного регулирования, и особенно *вне политики*. Другие юридические дисциплины воодушевлены своим самосознанием в отношении политических проектов и ценностей, которые выражают их методы и выводы. Сравнительное правоведение могло бы выиграть от такой же тщательной интеграции с откровенно философскими представлениями о хорошем и справедливом мире. Контекстуальные философские позиции нельзя «выдернуть» из нашей дисциплины, и тщетные попытки подавить их кажутся верным путем к неврозу.

Кроме того, в этой статье делается вывод о том, что компаративисты никогда не являются независимыми наблюдателями права, а скорее конструируют и реконструируют объекты для правового анализа. Каждый компаративист опирается на теоретические подходы к праву, которые обязательно разукрупняют и реконструируют совокупность правового опыта, прежде чем преобразовывать эти теории в конкретные методологические положения, акты правового сравнения и, наконец, выводы. Отправные точки в этом процессе, в конечном счете, связаны с нашей собственной правовой обусловленностью. Итак, мы пытаемся понять и описать те самые силы, которыми обусловлен и ограничен наш анализ. Противостояние этому парадоксу может – и должно – повлечь за собой агностицизм в отношении способности сказать что-либо авторитетное о праве со сравнительной точки зрения.

Всматриваясь в эту конкретную бездну и признавая, что наши размышления о сфере права являются функциями обозреваемого нами предмета, мы понимаем, что на карту поставлено очень многое с психологической точки зрения. Утверждалось, что «нет ничего более парализующего, чем даже отдаленно адекватное ощущение сложности истины»<sup>6</sup>. Но еще более парализующим может быть чувство единой сущности воспринимающего с тем, что он воспринимает, что кажется равносильным полной дезориентации ученого. Мы не должны преуменьшать «страх... быть поглощенным, распадаться под давлением реальности, большей, чем разум...» [Huxley 1954, p. 55]. Мы «преступно» не привыкли рассматривать аффективное и эмоциональное измерение юридического исследования, игнорируя «основную эмоциональную основу сравнительного исследования в праве» [Hall 1963, p. 3]. Необходимо гораздо больше думать о том, как «юридическое мышление» и размышление по поводу права пробуждает в нас чувства и какое влияние это может оказывать на наши выводы и на само право. То, что наши собственные взгляды обусловлены законом, с которым мы сталкиваемся, может быть психологической компенсацией того неприятного факта, что компаративисты не могут избежать «правового империализма» – универсализации случайных концепций

<sup>5</sup> Watts A. *Western Religion: Its Dissolution and Transformation* // Watts A. *In the Academy: Essays and Lectures* / ed. by P. J. Columbus, D. L. Rice. Albany, NY : State University of New York Press, 2017. P. 229, 236 (курсив Дж. Фишера. – *Примеч. переводчика*).

<sup>6</sup> Письмо Уильяма Эрнеста Хокинга Уильяму Джеймсу (цит. по: [Kaag 2016, p. 226–227]).

права, хотя и на высоком уровне абстракции. Общее восприятие юриста как инструмента, с помощью которого право изучает себя, может также углубить практику, с помощью которой мы стремимся познать право. Фрейд уничижительно классифицировал эмпирическое обращение к единству исследователя и исследуемого – «океаническое» чувство – как атавистический пережиток юношеской психики [Freud 1961, Ch. 1], но оно составляет кульминацию изощренной и искренней философской и духовной практики во многих традициях [Huxley 1945]. Возможно, величайшая ценность сравнительного правоведения реализуется не в самом правовом сравнении, а в обращенном к себе критическом изучении побудительных философий сравнительного права – именно потому, что компаративистика учит юристов «плоду их же воображения – опыту чисто субъективному и непередаваемому» [Glicksberg 1960, p. 12] и тем самым вызывает новое эмоциональное отношение к тому, что мы сравниваем.

#### Список источников<sup>7</sup>

- Binder G. Cultural Relativism and Cultural Imperialism in Human Rights Law // *Buffalo Human Rights Law Review*. 1999. Vol. 5. P. 211–221.
- Calleja L. Universalism, Relativism and the Concept of Law // *Journal of the Philosophy of International Law*. 2014. Vol. 5, Issue 1. P. 59–71.
- Calvino I. *Invisible Cities* / translated by W. Weaver. New York : Harcourt Brace Jovanovich, 1974. 165 p.
- Cotterrell R. The Concept of Legal Culture // *Comparing Legal Cultures* / ed. by D. Nelken. London : Routledge, 1997. P. 13–32.
- Cover R. M. Nomos and Narrative // *Harvard Law Review*. 1983. Vol. 97 (1). P. 4–68.
- Crawley K. Reading Images in the End Times // *Etica & Politica / Ethics & Politics*. 2020. Vol. XXII/3. P. 423–436.
- Diodorus Siculus. *Library of History* : in 12 vols. Vol. XI : Fragments of Books 21–32 / translated by F. R. Walton. Harvard University Press, 1957. 259 p.
- Dworkin R. *Law's Empire*. Cambridge, Mass. : Belknap Press, 1986. xiii, 470 p.
- Ewald W. The Jurisprudential Approach to Comparative Law: A Field Guide to “Rats” // *American Journal of Comparative Law*. 1998. Vol. 46, no. 4. P. 701–707. DOI 10.2307/840987.
- Fish S. *Is There a Text in this Class? : The Authority of Interpretive Communities*. Cambridge, Mass. : Harvard University Press, 1980. viii, 394 p.
- Fisher J. C. Trusts and Legal Transplants: Lessons from Japan // *Modern Studies in Property Law*. Vol. 10 / ed. by B. McFarlane, S. Agnew. Hart Publishing, 2019. P. 339–356. DOI 10.5040/9781509921409.ch-019.
- Foljanty L. Legal Transfers as Processes of Cultural Translation: On the Consequences of a Metaphor. Max Planck Institute for European Legal History, 2015. 19 p. (Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series No. 2015-09).
- Footo D. H. The Roles of Comparative Law: Inaugural Lecture for the Dan Fenno Henderson Professorship in East Asian Legal Studies // *Washington Law Review*. 1998. Vol. 73. P. 25–39.
- Fredriksson M. Copyright Culture and Pirate Politics // *Cultural Studies*. 2014. Vol. 28, Issue 5–6. P. 1022–1047. DOI 10.1080/09502386.2014.886483.
- Freud S. *Civilization and its Discontents* / translated by J. Strachey. New York : W. W. Norton & Company, 1961. 109 p.
- Friedman L. M. Society and Legal Change. By Alan Watson (Edinburgh: Scottish Academic Press 1977, x + 148 pp.) : Book Review // *British Journal of Law and Society*. 1979. Vol. 6, no. 1. P. 127–129. DOI 10.2307/1409711.
- Gardner J. What Is Tort Law For? Part 1 : The Place of Corrective Justice // *Law and Philosophy*. 2011. Vol. 30. P. 1–50. DOI 10.1007/s10982-010-9086-6.

<sup>7</sup> Библиографические описания дополнены и оформлены в соответствии с ГОСТ Р 7.0.5-2008 «Библиографическая ссылка. Общие требования и правила составления» и ГОСТ Р 7.0.100-2018 «Библиографическая запись. Библиографическое описание. Общие требования и правила составления» (примеч. редакции).



- Glicksberg Ch. I. *Literature and Religion: A Study in Conflict*. Dallas : Southern Methodist University Press, 1960. 265 p.
- Goodrich P. *Advanced Introduction to Law and Literature*. Cheltenham : Edward Elgar Publishing, 2021. 119 p.
- Graziadei M. *Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions* // *The Oxford Handbook of Comparative Law* / ed. by M. Reimann, R. Zimmermann. 2nd ed. 2006. P. 441–476. DOI 10.1093/oxfordhb/9780199296064.013.0014.
- Hage J. *Comparative Law as Method and the Method of Comparative Law* // *The Method and Culture of Comparative Law : Essays in Honour of Mark Van Hoecke* / ed. by M. Adams, D. Heirbaut. Oxford and Portland, Oregon : Hart Publishing, 2014. P. 37–52.
- Hall J. *Comparative Law and Social Theory*. Baton Rouge : Louisiana State University Press, 1963. vi, 167 p.
- Hardy Th. *Jude the Obscure* / ed. by D. Taylor. Penguin Publishing Group, 1998. 528 p.
- Harman G., Thomson J. J. *Moral Relativism and Moral Objectivity*. Wiley & Sons, 1995. 240 p.
- Healy K. *Fuck Nuance* // *Sociological Theory*. 2017. Vol. 35 (2). P. 118–127. DOI 10.1177/0735275117709046.
- Husa J. *A New Introduction to Comparative Law*. Bloomsbury Publishing, 2015. 272 p.
- Husa J. *Research Designs of Comparative Law: Methodology or Heuristics?* // *The Method and Culture of Comparative Law: Essays in Honour of Mark Van Hoecke* / ed. by M. Adams, D. Heirbaut. Oxford and Portland, Oregon : Hart Publishing, 2014. P. 53–68.
- Huxley A. *The Doors of Perception*. Harper & Brothers, 1954. 79 p.
- Huxley A. *The Perennial Philosophy*. New York ; London : Harper & Brothers, 1945. 312 p.
- Invernizzi-Accetti C. *Reconciling Legal Positivism and Human Rights: Hans Kelsen’s Argument from Relativism* // *Journal of Human Rights*. 2018. Vol. 17, Issue 2. P. 215–228. DOI 10.1080/14754835.2017.1332519.
- Johnson S. *The Vanity of Human Wishes: The Tenth Satire of Juvenal, Imitated (1759)* // *Poetry Foundation* : website. URL: <https://www.poetryfoundation.org/poems/44448/the-vanity-of-human-wishes>.
- Kaag J. *American Philosophy: A Love Story*. Farrar, Straus and Giroux, 2016. 272 p.
- Kahn-Freund O. *Comparative Law as an Academic Subject* // *Law Quarterly Review*. 1966. Vol. 82. P. 40, 41.
- Kennedy D. *Political Ideology and Comparative Law* // *The Cambridge Companion to Comparative Law* / ed. by M. Bussani, U. Mattei. Cambridge : Cambridge University Press, 2012. P. 35–56.
- Kenny S. *Book Review* // *Law and Politics Book Review*. 1996. Vol. 6. P. 122.
- Kierkegaard S. *Philosophical Fragments, or a Fragment of Philosophy* / translated by D. F. Swenson. Princeton University Press, 1936. 105 p.
- Kuhn Th. *The Structure of Scientific Revolutions*. 2nd ed. Chicago : University of Chicago Press, 1970. 210 p.
- Lawson F. H. *Many Laws: Selected Essays*. Amsterdam, New York : North-Holland Pub. Co. : Elsevier North-Holland, 1977. 352 p.
- Legrand P. *Book Review* // *The Cambridge Law Journal*. 1997. Vol. 56, Issue 3. P. 646.
- Legrand P. *Comparative Legal Studies and Commitment to Theory* // *Modern Law Review*. 1995. Vol. 58. P. 262–273.
- Legrand P. *John Henry Merryman and Comparative Legal Studies: A Dialogue* // *The American Journal of Comparative Law*. 1999. Vol. 47, Issue 1. P. 3–66. DOI 10.2307/840997.
- Legrand P. *The Impossibility of ‘Legal Transplants’* // *Maastricht Journal of European and Comparative Law*. 1997. Vol. 4, Issue 2. P. 111–124. DOI 10.1177/1023263X9700400202.
- Legrand P. *What “Legal Transplants”?* // *Adapting Legal Cultures* / ed. by D. Nelken, J. Feest. Oxford/Portland : Hart Publishing, 2001. P. 55–70.
- Lorde A. *The Master’s Tools Will Never Dismantle the Master’s House* // *Lorde A. Sister Outsider : Essays and Speeches*. Berkeley, CA : Crossing Press, 1984. P. 110–114.
- Manderson D. *Apocryphal Jurisprudence* // *Studies in Law, Politics and Society*. 2001. Vol. 23. P. 81–111.

- Merry S. E. What Is Legal Culture? An Anthropological Perspective // *Using Legal Culture / ed. by D. Nelken. London : Wildy, Simmonds and Hill, 2012. P. 52–76. (JCL Studies in Comparative Law 6).*
- Mutua M. *Human Rights: A Political and Cultural Critique.* University of Pennsylvania Press, 2008. 264 p.
- Nelken D. Three Problems in Employing the Concept of Legal Culture // *Explorations in Legal Culture / ed. by J. F. Bruinsma, D. Nelken. The Hague : Elsevier, 2007. P. 11–28.*
- Nelken D. *Towards a Sociology of Legal Adaptation // Adapting Legal Cultures / ed. by D. Nelken, J. Feest. Oxford/Portland : Hart Publishing, 2001. P. 7–54. DOI 10.5040/9781472559166.ch-001.*
- Nelken D. *Using Legal Culture: Purposes and Problems // Using Legal Culture / ed. by D. Nelken. London : Wildy, Simmonds and Hill, 2012. P. 1–51. (JCL Studies in Comparative Law 6).*
- Örücü E. *Developing Comparative Law // Comparative Law : A Handbook / ed. by E. Örücü, D. Nelken. Oxford ; Portland, OR : Hart Publishing, 2007. P. 43–65.*
- Pérez-Perdomo R., Friedman L. 1. *Latin Legal Cultures in the Age of Globalization // Legal Culture in the Age of Globalization: Latin America and Latin Europe / ed. by L. M. Friedman, R. Pérez-Perdomo. Redwood City : Stanford University Press, 2003. P. 1–19. DOI 10.1515/9780804766951-005.*
- Postcard from Frederick Pollock to Oliver Wendell Holmes, Jr. (Aug. 24, 1921) // *Holmes-Pollock Letters: The Correspondence of Mr Justice Holmes and Sir Frederick Pollock, 1874-1932 / ed. by M. DeWolfe Howe : in 2 vols. Harvard University Press, 1942. Vol. 2. P. 76.*
- Reimann M. *Comparative Law and Neighbouring Disciplines // The Cambridge Companion to Comparative Law / ed. by M. Bussani, U. Mattei. Cambridge : Cambridge University Press, 2012. P. 13–34. DOI 10.1017/CBO9781139017206.003.*
- Robinson J. *Essays in the Theory of Economic Growth.* New York : Palgrave Macmillan, 1962. 148 p.
- Samuel G. *An Introduction to Comparative Law Theory and Method.* Hart, Oxford and Portland, Oregon : Hart Publishing, 2014. 232 p.
- Samuel G. *What Is Legal Epistemology? // The Method and Culture of Comparative Law: Essays in Honour of Mark Van Hoecke / ed. by M. Adams, D. Heirbaut. Oxford and Portland, Oregon : Hart Publishing, 2014. P. 23–26.*
- Siegel H. *Relativism Refuted : A Critique of Contemporary Epistemological Relativism.* Dordrecht ; Boston : D. Reidel Publishing Company, 1987. xviii, 210 p.
- Smith B. H. *Contingencies of Value : Alternative Perspectives for Critical Theory.* Cambridge, Mass. : Harvard University Press, 1988. 229 p.
- Stierstorfer K. *The Revival of Legal Humanism // Law and Literature / ed. by K. Dolin. Cambridge University Press, 2018. P. 9–25. DOI 10.1017/9781108386005.002.*
- Sunde J. Ø. *Live and Let Die: An Essay Concerning Legal-Cultural Understanding // The Method and Culture of Comparative Law : Essays in Honour of Mark Van Hoecke / ed. by M. Adams, D. Heirbaut. Oxford and Portland, Oregon : Hart Publishing, 2014. P. 221–234.*
- Thomas B. *Reflections on the Law and Literature Revival // Critical Inquiry. 1991. Vol. 17, no. 3. P. 510–539.*
- Von Benda-Beckmann M. *Law as Communication.* Oxford : Hart Publishing, 2002. 225 p.
- Von Benda-Beckmann F., Von Benda-Beckmann K. *Why Not Legal Culture? // Using Legal Culture / ed. by D. Nelken. London : Wildy, Simmonds and Hill, 2012. P. 86–103. (JCL Studies in Comparative Law 6).*
- Watson A. *Law Out of Context.* Athens, GA : University of Georgia Press, 2000. 213 p.
- Watson A. *Legal Change, Sources of Law and Legal Culture // University of Pennsylvania Law Review. 1983. Vol. 131, Issue 5. P. 1121–1157.*
- Watson A. *Legal Transplants and European Private Law // Electronic Journal of Comparative Law. 2000. Vol. 4.4. URL: <http://www.ejcl.org/ejcl/44/44-2.html>.*
- Watson A. *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law.* Charlottesville : University Press of Virginia, 1974. xiv, 106 p.

- Watts A. Western Religion: Its Dissolution and Transformation // Watts A. In the Academy: Essays and Lectures / ed. by P. J. Columbus, D. L. Rice. Albany, NY : State University of New York Press, 2017. P. 229, 236.
- Webber J. Culture, Legal Culture, and Legal Reasoning: A Comment on Nelken // Australian Journal of Legal Philosophy. 2004. Vol. 29. P. 25–36.
- West R. Communities, Texts, and Law: Reflections on the Law and Literature Movement // Yale Journal of Law & the Humanities. 1998. Vol. 1. P. 129–156.
- West R. Relativism, Objectivity, and Law // The Yale Law Journal. 1990. Vol. 99. P. 1473–1502.
- Wittgenstein L. Philosophical Investigations / translated by G. E. M. Anscombe, P. M. S. Hacker, J. Schulte ; ed. by P. M. S. Hacker, J. Schulte. Rev. 4th ed. Wiley-Blackwell, 2009. 321 p.
- Zekoll J. Kant and Comparative Law – Some Reflections on a Reform Effort // Tulane Law Review. 1996. Vol. 70, Issue 6, Pt B. P. 2719–2747.
- Zweigert K., Kötz H. Introduction to Comparative Law / translated by T. Weir. 3rd ed. Oxford : Oxford University Press. 1998. 708 p.

***Информация об авторе***

**Джеймс Фишер**, ассоциированный профессор факультета права, Университет «София» (Токио, Япония).

***Information about the author***

**James C. Fisher**, Associate Professor, Sophia University Faculty of Law (Tokyo, Japan).

*Статья поступила в редакцию | The article was submitted 28.06.2023.*

*Одобрена после рецензирования | Approved after reviewing 27.07.2023.*