

**МОСКОВСКАЯ ВЫСШАЯ ШКОЛА
СОЦИАЛЬНЫХ И ЭКОНОМИЧЕСКИХ НАУК**

**ПРОБЛЕМЫ ПОСТСОВЕТСКОЙ
ТЕОРИИ И ФИЛОСОФИИ ПРАВА:
ПЕРСПЕКТИВЫ СВОБОДНОГО ОБЩЕСТВА**

Сборник статей

**Издательство «Юрлитинформ»
Москва
2018**

Слыщенков В.А.,
кандидат юридических наук, доктор права (Ph. D. in Law),
заведующий кафедрой сравнительного права факультета права
Московской высшей школы социальных
и экономических наук (МВШСЭН)

МЕТОДЫ СРАВНИТЕЛЬНОГО ПРАВОВЕДЕНИЯ: ЗНАЧЕНИЕ ДЛЯ ПОСТСОВЕТСКОЙ ЮРИСПРУДЕНЦИИ

Аннотация: Статья посвящена методологии сравнительного правоведения. Рассматривается сравнение как логическая операция, разделяются описательная, т.е. по сути вненаучная, и исследовательская юридическая компаративистика, подробно описываются распространенные методы сравнительного правоведения, обосновывается лучший метод, а также подчеркивается значимость методологии сравнительного правоведения для постсоветской юриспруденции. Выделяются методологические подходы сравнительного правоведения: культурологический, инструментальный и субстанциальный. Каждый из подходов включает несколько сравнительно-правовых методов. Культурологический подход – герменевтический, исторический и семиотический методы; инструментальный – экономический анализ права и функциональный методы; субстанциальный – системный и философско-юридический методы. Сравнительное правоведение показывает на позитивно-правовом материале ценность права как особого способа регулирования общественных отношений, направленного на утверждение справедливости, равенства и свободы в общественной жизни.

Ключевые слова: методы сравнительного правоведения, логическая операция сравнения, основание сравнения, сущность права, культурологическое сравнительное правоведение, инструментальное сравнительное правоведение, субстанциальное сравнительное правоведение.

Vladimir A. Slyshchenkov,
Candidate of Legal Sciences, Ph. D. in Law,
Head of Chair for Comparative Law of the Law Department
of the Moscow High School of Social and Economic Sciences (MSSSES)

METHODS OF COMPARATIVE LAW: IMPLICATIONS FOR POST-SOVIET JURISPRUDENCE

Abstract: The article is dedicated to methodology of comparative law. It is analyzed the comparison as a logical operation, the descriptive, i.e. inherently extra-scientific, and the research legal comparison are separated, the popular methods of comparative law are described in detail, the best method is substantiated and the value of comparative law for post-Soviet jurisprudence is emphasized. Methodological approaches of comparative law are

distinguished: cultural, instrumental and substantial. Each of the approaches include several comparative legal methods. The cultural approach – hermeneutic, historical and semiotic methods; the instrumental – economic analysis of law and functional methods; the substantial – systemic and legal philosophic methods. Comparative law shows on positive legal material a value of law as a specific way of regulating social relations aimed at establishment of justice, equality and freedom in social life.

Keywords: methods of comparative law, logical operation of comparison, the third element of comparison, essence of law, cultural comparative law, instrumental comparative law, substantial comparative law.

Постсоветскую юриспруденцию и сравнительное правоведение объединяет общая черта: оба дискурса ищут право. В этой связи не вызывает сомнений значимость научного метода как пути познания. Методология сравнительного правоведения содержит важные уроки для постсоветской юриспруденции, отчаянно нуждающейся в обновлении методологических оснований и подходов. Сравнительное правоведение как наука о юридических достижениях человечества, постепенно преодолевающая неопределенность и сомнительность собственных методов, наработало богатый опыт и знания в данной области, бесценные для любого поиска новых правовых направлений и ориентиров.

Сравнительное правоведение: от описания к исследованию

Человек, учит философия, отличается способностью задавать вопросы¹. Любой вопрос допускает возможность отрицательного ответа, поэтому благодаря поставленному человеком вопросу отрицание приходит в мир. Тем самым человеческая реальность обречена на беспоконное колебание между положительностью и отрицательностью, бытием и ничто, прошлым и будущим. Известное выражение «Сомневаюсь, значит существую» (Р. Декарт) обнаруживает здесь глубокий смысл². Сказанное в полной мере относится к научной деятельности, направленной на добывание и передачу знаний.

Эти предварительные замечания помогают понять, почему любая научная работа начинается с постановки вопроса³. В качестве точки отсчета вопрос задает обобщенную структуру изложения: «...введе-

¹ Сартр Ж.П. Бытие и ничто: опыт феноменологической онтологии. М.: Республика, 2000. С. 42–44.

² Там же. С. 59–81, 114.

³ Подробнее о формулировании исследовательского вопроса как первом этапе научной работы, применимых требованиях и соответствующих рекомендациях см.: Samuel G. An Introduction to Comparative Law Theory and Method. Oxford: Hart Publishing, 2014. P. 25–44.

ние содержит выбранный вопрос; основная часть состоит в изучении и анализе; заключение представляет собой ответ на поставленный вопрос»¹. Однако нужно отличать вопрос без (эпистемологического) отрицания, который не ставит изучаемый материал под сомнение, от вопроса с отрицанием, нацеленного на открытие нового ввиду недостатков существующего. Многие вопросы подразумеваемо содержат оба смысла, выдвигание вперед одного из этих смыслов — повторение или отрицание — определяется интересами спрашивающего. Вопрос без отрицания создает описание, обычное для учебной или научно-популярной литературы, которая адресуется не специалистам, а широкой публике. Вопрос с отрицанием предполагает исследовательскую работу, смысл которой в обнаружении нового, а не повторении или закреплении существующего. К примеру, вопрос «Какой основной метод сравнительного правоведения?» допускает ответы как описательного, так и исследовательского порядка. В первом случае излагаются главные черты наиболее популярного метода сравнительного правоведения, во втором случае обосновывается, какой метод должен быть основным.

Однако нельзя не заметить, что вопросы без отрицания допускают догматические ответы, которые превращают истину в непреложный постулат или догму. Любой вопрос нацелен на выяснение истины, вообще же истина выражается в утверждении на фоне отрицания: «Это так, а не иначе»². Поэтому лучше не забывать об отрицании даже в ответах описательной направленности. Присутствующее здесь отрицание является уже известным, а не новым отрицанием, тем самым остается на заднем плане. Например, при ответе на вышеуказанный вопрос — понятый как вопрос без отрицания — нужно сперва показать, что некий метод сравнительного правоведения действительно популярен, тогда как конкурирующие методы не являются таковыми. Популярность последних тем самым отрицается, это отрицание необходимо для придания описательному ответу убедительности истины. Напротив, полное вытеснение отрицания приводит к исчезновению вопроса как путеводной нити ответа: сочинения подобного рода кажутся графоманскими, они никому не интересны, и трудно предположить, зачем написаны. В этой связи Дж. Самюэль отмечает: «Любой ценой нужно избегать научного проекта, который подразумевает определенную область, но без определенного вопроса, ведь здесь выполняется полностью описательная работа, вероятно, с минимальным количеством интересных соображений»³.

¹ Samuel G. Op. cit. P. 25–26.

² Сагуп Ж.П. Указ. соч. С. 44.

³ Samuel G. Op. cit. P. 25.

Смысл вопроса, т.е. повторение или отрицание, предопределяет методы научной работы. Описательные ответы берут предмет как данный, а не открываемый, поэтому нацелены на убедительное и наглядное изложение уже известного. Применяемые здесь методы являются сугубо риторическими. При ответе на поставленный выше вопрос основной метод сравнительного правоведения можно описать путем сравнения с иными методами, показав главные черты этого метода на основе выявленных сходств и различий. Сравнение предстает здесь только (риторическим) топосом, особым способом подачи материала¹. Подобным образом сравнение правовых предписаний различных правовых порядков по отношению к содержащемуся в тексте признаку, например, сравнение сроков исковой давности по продолжительности, образует сравнительное описание, а не исследование. Напротив, ответ исследовательской направленности создает предмет как смысл (сущность) изучаемого материала, фокусируясь на существенном и отрицая несущественное. В этой связи нужно учитывать отличие объекта от предмета науки². Объектом исследовательского ответа на вопрос об основном методе сравнительного правоведения являются известные сравнительно-правовые методы, а предметом — искомый лучший метод. Предмет как цель определяет метод исследовательской работы, т.е. предмет выполняет функцию метода³. Нацеленность исследования на открытие нового смысла отодвигает риторические методы на второй план, ведь истина сама по себе убедительна. Применительно к указанному вопросу метод поиска основного метода сравнительного правоведения заключается в осмыслении сущности сравнительного правоведения.

Сравнительно-правовая наука не сводится ни к сравнительному описанию, т.е. сопоставлению нормативных текстов из разных юрисдикций (формально-юридическое сравнение), которое видится преимущественно вненаучным или лишь косвенно научным занятием, ни к догматическому изучению иностранного права. Подобные изыскания представляют собой только первый этап, который можно назвать «близким чтением»⁴, направленный на детальное ознакомление с иностранным правом, иначе говоря, подготовку к сравнительно-правовому

¹ Хазагеров Г.Г., Лобанов И.Б. Риторика. Ростов-на-Дону: Феникс, 2004. С. 85–87.

² Подробнее см.: Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства. М.: Норма, 1999. С. 3–10.

³ Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства. М.: Норма, 1999. С. 10–14.

⁴ Подробнее см.: Lasser M. The question of understanding // *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions* / ed. by P. Legrand, R. Munday. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. P. 203–212.

исследованию¹. Вовсе не сравнение как таковое делает сравнительное правоведение наукой, а использование сравнения для выявления существенных черт изучаемых правовых явлений.

Однако прежде нужно прояснить особенности сравнения как логической операции. В самом общем виде сравнение состоит в установлении схожести или различия между объектами сравнения по определенному критерию, называемому основанием сравнения (*tertium comparationis*). Например, общее правило российского Гражданского кодекса о переходе к приобретателю по договору права собственности на движимую вещь одновременно с передачей вещи (п. 1 ст. 223) похоже на общее правило Германского Гражданского уложения о моменте перехода права собственности (ст. 929), но отличается от общего правила Гражданского кодекса Франции, по которому право собственности на товар переходит сразу при заключении договора (ст. 1583). Здесь основанием сравнения законодательных предписаний служит момент перехода права собственности от отчуждателя к приобретателю. Установление посредством сравнения сходства или различия лежит в основе операций классификации и квалификации, под последней понимается установление степени проявления основания сравнения в объектах сравнения (больше или меньше)².

Иногда путем сравнения один объект сравнения проверяется на соответствие другому. В этом случае первый объект сравнения (что сравнивается) остается объектом (*comparandum*), а второй (с чем сравнивается) обычно именуется средством сравнения (*comparatum*). Подобное сравнение весьма популярно в современной отечественной юриспруденции: местное правовое регулирование (объект сравнения) сопоставляется с правовым регулированием одной или нескольких ведущих западных юрисдикций (средство сравнения), в итоге почти всегда выясняется, что российское право хуже западного. Уместность такого сравнения зачастую не вызывает сомнений, однако тем важнее подчеркнуть некоторые правила, соблюдение которых помогает лучше использовать в сравнительном правоведении эвристические возможности этого сравнения на соответствие.

Прежде всего, необходимо ясно определить основание сравнения. Если взятое за образец иностранное правовое регулирование (средство сравнения) подспудно идеализируется, оно получает гораздо большее внимание, чем российское право (объект сравнения). Возникновение

¹ Jansen N. Comparative Law and Comparative Knowledge // The Oxford Handbook of Comparative Law / ed. by M. Reimann, R. Zimmermann. Oxford: Oxford University Press, 2006. P. 307.

² Ibid. P. 310–312.

перекоса в сторону догматического изучения иностранного права угрожает сравнительно-правовой направленности, что в итоге плохо сказывается на качестве работы. В подобной ситуации основание сравнения напоминает, что западное право интересно не само по себе, а рассматривается сквозь призму определенного критерия (будь то защита собственности, свобода договора, экономическая эффективность или иное основание сравнения), причем только сравнение покажет, какое право действительно лучше. Иначе говоря, отечественное право и иностранное право являются разными, иначе сравнение теряет смысл. Задача вовсе не в копировании западного правового регулирования, а в устранении недостатков российского права с помощью сравнительно-правовых знаний. Ясность основания сравнения зависит от четкости поставленной проблемы, которая отражается в основании сравнения.

Отсюда второе правило: объект сравнения должен предшествовать средству сравнения. Сначала нужно изучить и изложить российское право, чтобы перейти к рассмотрению западного права на основе полного понимания юридической проблемы, решению которой поможет сравнительное исследование. Нельзя сосредотачиваться только на иностранном регулировании, предполагая самоочевидность местной правовой проблемы, потребовавшей сравнительно-правовых изысканий. Такая проблема должна быть внятно высказана, поэтому следует сперва показать неудовлетворительность отечественного права, лишь затем обращаться к иностранным юридическим образцам. Чужой правовой опыт может подсказать, как исправить, но не что исправить: бесполезно выискивать проблему российского права в иностранном юридическом материале. Напротив, западное правовое регулирование как отправная точка превратит работу из исследовательской в описательную, ведь здесь западное право излагается как таковое, а не в свете некой проблемы отечественного права. Забвение исходной проблемы означает утрату вопроса, или по меньшей мере напрашивающийся вопрос (как иностранное право регулирует данные отношения?) не предполагает исследовательского ответа.

Выполненное с учетом вышесказанного сравнение на соответствие образует сравнительно-правовое исследование, ориентированное на решение определенной проблемы российского права. Наука сравнительного права включает исследования по модели как сравнения на соответствие, так и объектного сравнения, когда сравниваемые порядки рассматриваются как равноположенные объекты сравнения, т.е. ни один не служит средством сравнения. Но в любом случае исследование по сравнительному праву высвечивает существенные черты

изучаемого правового регулирования – простое решение проблемы сообщает нечто существенное. *Метод сравнительного правоведения есть путь познания правовых явлений посредством сравнения, который помимо логической операции сравнения предполагает особое понимание важного и неважного в исследуемом юридическом материале разных правопорядков.* Поэтому исследователь не просто сравнивает, но предлагает оценку¹. Разнообразие указанных пониманий объясняет разнообразие методов. Сравнительное правоведение располагает не одним сравнительным методом, а несколькими методами, каждый из которых пользуется собственным основанием сравнения.

Методы сравнительного правоведения

Плюрализм методов сравнительного правоведения оправдывается тем, что сущность права проявляется различным образом, поэтому юридические явления можно исследовать с разных точек зрения. Методологическое разнообразие отнюдь не означает утрату единого понятия права: в фокусе любого исследования по сравнительному праву независимо от применяемого метода находится именно право, как оно понимается и разъясняется в общей теории и философии права². Различие сравнительно-правовых методов отражает развитие междисциплинарных связей юриспруденции, благодаря чему юридическая наука использует методы прочих наук (культурологии, истории, социологии, философии, экономической науки и проч.) ради изучения своего предмета, тем самым уточняет и приспособливает эти методы в целях юридического познания³. При этом предпочтительным видится такой сравнительно-правовой метод, который способствует наиболее полному и всестороннему изучению права в сравнении, т.е. лучше других методов соответствует искомому предмету.

Методы сравнительного правоведения можно распределить по трем направлениям в зависимости от выраженного в основании сравнения критерия оценки правового регулирования: (1) культурологический подход, (2) инструментальный подход и (3) субстанциальный подход. Методы первой группы рассматривают правовое регулирование как продолжение культуры и общественных процессов, напротив, инструментальные методы сосредоточены на обратном воздействии правовых норм

¹ Об оценивании сходств и различий см.: Ibid. P. 312–314.

² Об основных концепциях правопонимания см.: Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства. С. 27–69.

³ Подробнее см.: Там же. С. 21–26.

на общественные отношения, а субстанциальные методы исследуют право в качестве обладающего собственной целью социального регулятора. Без всякой претензии на исчерпывающее изложение разберем известные сравнительно-правовые методы в свете этой классификации¹.

1. Культурологический подход

Культурологический подход объединяет три метода: (а) герменевтический, (б) исторический и (в) семиотический. Особое внимание уделяется правовой культуре как связующему звену между правом и общей культурой, а также ценностям как выражениям общественной значимости. Однако, если право не постигается в качестве универсальной ценности, подобные изыскания почти везде находят культурное своеобразие, изредка культурную общность, тем самым смещаются из юридической в культурологическую область. Понимание методологических опасностей этого подхода является залогом успешного применения соответствующих методов в сравнительно-правовых исследованиях.

Отмечаемый в последние годы подъем или ренессанс культурологического подхода во многом объясняется противодействием функциональному методу, который находится в русле инструментального подхода и долгое время определял мейнстрим сравнительного правоведения. Р. Коттеррелль поясняет: «Акцент на правовой культуре в сравнительном правоведении последних лет может быть понят отчасти как попытка обратить внимание на воздействия, оказываемые правом на многие другие типы отношений, помимо инструментальных. Право ценно не только тем, что оно облегчает договорные, коммерческие и корпоративные отношения. Оно также защищает и оформляет традиции, является защитником общих убеждений и высших ценностей, и — способами, которые сложнее определить, — выражает национальные ожидания, привязанности и эмоции. Савиньи пытался выразить эту ускользающую сторону права в идее народного духа (*Volksgeist*), которая всегда угрожает превратиться в опасный мистицизм. Тем не менее предположение, что право играет важную роль в выражении или признании сторон эмоционального опыта в личной или общественной жизни, не является абсурдным»². Этот пафос культурологического подхода ярко выражает герменевтический метод сравнительного правоведения.

¹ Из недавних обзорных работ см.: Ван Хук М. Методология сравнительно-правовых исследований // Правоведение. 2013. № 3. С. 121–147 ; Варламова Н.В. Сравнительное правоведение: современные методологические подходы // Общественные науки и современность. 2014. № 2. С. 79–91.

² Cotterrell R. Comparative Law and Legal Culture // The Oxford Handbook on Comparative Law. Oxford: Oxford University Press, 2006. P. 733–734.

1.а. *Герменевтический метод*

Особенность данного метода состоит в постулировании настолько тесной связи правовой культуры и общей культуры, что право почти полностью утрачивает регулятивное своеобразие. Иначе говоря, обсуждаемое направление, вдохновленное преимущественно культурологическими интересами, исходит из холистических воззрений на общественную культуру. В.Г. Курран высказывается предельно ясно: «...право не имеет собственной жизни»¹. В этом духе П. Легран, другой яркий представитель современного культурологического сравнительного правоведения, отмечает: «Создавая правило по определенным причинам и определенным способом, как результат своего мышления, с определенными имеющимися у них надеждами, и создавая определенное правило (а не другие правила), французы, например, делают не только это: они также делают что-то особенно французское, опираясь, следовательно, на формы юридического опыта, которые внутренне присущи им»². Право здесь погружается, даже растворяется в ментальности, духовных основах изучаемого общества. Поэтому для постижения чужого правового порядка нужно предпринимать усилия герменевтического свойства, т.е. стремиться истолковать правовое регулирование как отражение окружающей культурной среды, которая снабжает право смыслом. «Мы должны предпринять, — отмечает в этой связи Б. Гроссфельд, — в некотором смысле культурологические раскопки, чтобы обнаружить значения иностранных текстов, даже несмотря на нашу уверенность в том, что мы никогда не можем быть вполне уверены в результате. Это требует глубокого культурного погружения внутрь изучаемой культуры, внутрь “коллективной программы сознания, которая отличает членов одной группы людей от другой”. Однако мы должны признать, что человеческие культуры в основном непроницаемы друг для друга»³.

Непостижимость другого как проблема философской герменевтики преобразуется здесь в недостижимость полного понимания чужой правовой культуры, что ставит под сомнение любые знания стороннего наблюдателя об иностранном праве. Но, возможно, благодаря заявленному эпистемологическому пессимизму герменевтический метод сравнительного правоведения, всегда ищущий отнюдь не сходство,

¹ Curran V.G. Cultural Immersion, Difference and Categories in U.S. Comparative Law // The American Journal of Comparative Law. 1998. Vol. 46. Iss. 1. P. 59.

² Legrand P. What Legal Transplants? // Adapting Legal Cultures / ed. by D. Nelken, J. Feest. Oxford—Portland, Oregon: Hart Publishing, 2001. P. 59.

³ Großfeld B. Comparatists and languages // Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions / ed. by P. Legrand, R. Munday. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. P. 183.

а различие между правопорядками, сохраняет важное гуманистическое звучание, поскольку ориентирует на признание чужой правовой жизни в неустранимом своеобразии, осуждая всякие попытки навязывания извне стандартов поведения и прочие разновидности юридического империализма. «Я утверждаю, – восклицает П. Легран, – что сравнительно-правовые изыскания обязаны признавать, ценить и уважать неодинаковость. Без такого признания невозможна никакая этика. Другими словами, *raison d'être* сравнения лежит в отказе от национального высокомерия, отказе от культурных табу, в принятии и признании ценности различий и в настойчивом выявлении непохожих голосов – пока сам исследователь действительно не будет готов посмотреть на себя глазами другого»¹.

Поскольку герменевтический метод нацелен на погружение в иностранное право, осуществляемое даже внерациональным, чувственным путем, операция сравнения некоторым образом нежелательна, ведь сравнение, будучи способом познания, подчиняет объект: «Знание есть форма использования»². Тем не менее герменевтический метод сохраняет сравнительную направленность, ибо утверждение различия всегда есть результат сравнения – основанием сравнения (*tertium comparationis*) отдельных правовых норм или институтов служит здесь правовая культура одного из рассматриваемых правопорядков. Тем самым основание сравнения отражает основной исследовательский интерес сторонников этого метода, одновременно позволяя выдвинуть на первый план различия, непохожесть сравниваемого правового регулирования. Культурологическое сравнительное правоведение на новый лад обогащается историческим методом, подчеркивающим временное измерение права.

1.6. Исторический метод

Появление в эпоху Возрождения исторического взгляда на право, первоначально ограниченного новой школой юридического гуманизма (*mos gallicus*), привело к переосмыслению значения римского права, предписания которого отныне в значительной мере признаются отражением своеобразных условий римской общественной жизни, а не писанным разумом, пригодным для всех времен и народов³. Историче-

¹ Legrand P. The same and the different // Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions / ed. by P. Legrand, R. Munday. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. P. 284.

² Нерсесянц В.С. Черновые наброски // Философия права в России: история и современность: материалы третьих философско-правовых чтений памяти академика В.С. Нерсесянца / отв. ред. В.Г. Графский. М.: Норма, 2009. С. 284.

³ Gordley J. Comparative Law and Legal History // The Oxford Handbook on Comparative Law. Oxford: Oxford University Press, 2006. P. 755.

ский метод в юриспруденции достиг расцвета в XIX столетии благодаря трудам представителей исторической школы права, согласно учению которой правообразующим фактором является традиция, сквозь время объединяющая народ как череду поколений¹. Понятие традиции стало теоретической основой некоторых влиятельных современных сравнительно-правовых исследований².

Правовая традиция понимается как целенаправленно сохраняемая людьми, иногда изменяемая, но всегда передаваемая из поколения в поколение нормативная информация, устанавливающая стандарты поведения³. Правовые традиции открыты внешним влияниям, между ними нельзя провести четких границ, однако каждая правовая традиция самодостаточна и самоценна. На уровне макросравнения такие представления позволяют выделять равноположенные правовые традиции мира, одновременно избегая жестких классификаций правовых систем. Ведь подобные типологии безуспешно пытаются втиснуть правовую жизнь народов в прокрустово ложе абстрактно сформулированных признаков, при этом не скрывают собственный европоцентризм, подспудно навязывая неевропейским обществам европейское понимание права.

Прошлое неустранимо присутствует в настоящем: взятое в качестве основания сравнения, прошлое может показать или скрытые различия между правопорядками, или фундаментальное сходство, единство исторической судьбы, тем самым оправдывая усилия по дальнейшему сближению. Доводы в пользу общеевропейского частного права отчасти вдохновляются неоспоримым наличием общей правовой традиции⁴.

На уровне микросравнения применение исторического метода хорошо иллюстрируется изучением правовых заимствований. Отдельные принципы или правила одного правопорядка исследуются здесь как прямо или косвенно, любыми путями происходящие из другого правопорядка. В этой связи А. Уотсон, написавший основополагающую для современной юридической компаративистики книгу о правовых заимствованиях, считает предметом сравнительного правоведе-

¹ Савиньи Ф.К. фон. Система современного римского права. Т. I. М.: Статут, 2011. С. 284–285.

² Например, Glenn H.P. *Legal Traditions of the World*. Oxford: Oxford University Press, 2010 ; Merryman J. H., Pérez-Perdomo R. *The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America*. Stanford: Stanford University Press, 2007 ; Zimmermann R. *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Oxford: Oxford University Press, 1996.

³ Glenn H.P. *Comparative Legal Families and Comparative Legal Traditions // The Oxford Handbook on Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006. P. 428.

⁴ Zimmermann R. *Comparative Law and the Europeanization of Private Law // The Oxford Handbook on Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006. P. 574 и др.

ния историческое отношение между правовыми системами, которое выражается во влиянии одной правовой системы на другую¹. Наглядно показывая изменчивость правового регулирования соответственно изменяющимся общественным предпочтениям, убеждениям и устремлениям, исторический метод открывает перспективу семиотических размышлений о праве.

1.в. Семиотический метод

Неприспособленность герменевтического и исторического методов для отграничения права от прочих регуляторов общественных отношений затрудняет достоверное определение и различение многообразных культурных воздействий на право. «Культура, — отмечает в этой связи Р. Коттеррелль, — должна быть разобрана, чтобы можно было изучить, каким образом различные грани культуры относятся (возможно, по-разному) к праву»². Указанное аналитическое видение лежит в основе семиотического метода культурологического сравнительного правоведения, который подразумевает рациональное описание связей между правом и культурой в свете эмпирических данных.

Семиотика трактует культуру как создаваемые, хранимые и передаваемые тексты, иными словами, как «совокупность всей ненаследственной информации, способов ее организации и хранения»³. Обособленность текстов и соответствующих коммуникационных последовательностей (дискурсов) фрагментирует культуру⁴, позволяя, среди прочего, отделить правовую культуру как особую информацию от иных культурных областей. Примером использования семиотического метода на уровне макросравнения, т.е. сравнения правовых систем в целом, служит предложенная К. Цвайгертом и Х. Кётцом классификация правовых семей по критерию правового стиля, в котором отражается воздействие на право ряда факторов исторического, общекультурного и идеологического характера: «Стиль определяется человеческими представлениями, сформированными в процессе исторического развития, и в первую очередь особенностями духовной жизни»⁵. Таким образом, немецкие ученые нашли особые методы для разных уровней сравнительно-правового исследования: на макроуровне правовые семьи выделены с помощью

¹ Watson A. *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*. Athens: University of Georgia Press, 1993. P. 6–9, 19.

² Cotterrell R. *Comparative Law and Legal Culture*. P. 731.

³ Лотман Ю.М. Семиосфера. СПб.: Искусство-СПб., 2010. С. 395.

⁴ Подробнее см.: Там же. С. 568–576.

⁵ Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. I. Основы. М.: Международные отношения, 2000. С. 111.

семиотического метода, тогда как на микроуровне для сравнения правовых институтов или правил разных правовых порядков используется функциональный метод, который в последующие годы превратился почти в аксиому сравнительно-правовой науки.

Семиотический метод преобладал в марксистском сравнительном правоведении. В этой связи показательно настороженное отношение социалистических исследователей к функционализму: «Если функцию правового института усматривать только в том, что он удовлетворяет ту или иную общественную потребность, то придется объявить функционально равнозначным ряд институтов капиталистического и социалистического права. А хорошо известно, что между функциями как двух типов права, так и их институтов нельзя ставить знак равенства, поскольку они являются надстройкой над противоположными экономическими базисами и служат противоположным классовым интересам и целям»¹. Основополагающая характеристика права как надстроечного явления (равно как искусства, религии и т.д.), в конечном итоге определяемого экономическим базисом, подчеркивает зависимость наличного правового регулирования от производственных отношений². Поскольку, согласно марксистским представлениям правовая система создается людьми на основе осмысления требований базиса³, воздействие базиса на юридическую надстройку видится семиотической связью или коммуникацией, иначе говоря, информационным влиянием материальной культуры общества на правовую культуру, включая правовые нормы, как часть духовной культуры. В области макросравнения главным критерием типологии правовых систем признается исторический тип права, который соответствует определенной социально-экономической формации. На этой методологической платформе выделяются два типа права: буржуазный и социалистический⁴. Внутритиповая классификация социалистических правовых порядков сводится, например, к различению правовых систем развитого социализма (СССР), правовых систем периода строительства развитого социализма (ГДР, ЧССР) и правовых систем периода закладывания основ социализма (Куба)⁵.

¹ Сталев Ж. Сравнительный метод в социалистической правовой науке // Сравнительное правоведение: сб. статей / под ред. В.А. Туманова. М.: Прогресс, 1978. С. 28.

² Подробнее см.: Алексеев С.С. Общая теория права. Курс в 2 т. Т. I. М.: Юридическая литература, 1981. С. 163–167.

³ Там же. С. 165.

⁴ Саидов А.Х. Типология и классификация правовых систем современности // Правоведение. 1985. № 2. С. 54.

⁵ Там же. С. 56.

Внутри буржуазного исторического типа разделение между романо-германской и англосаксонской правовыми семьями объясняется особенностями правоформирования в соответствующих странах при наличии принципиально одинаковой социально-экономической основы¹.

В русле семиотического метода в сравнительном правоведении находится предложенная Р. Сакко теория правовых формантов, под которыми понимаются факторы правоустановления и правоприменения, главным образом общепринятые доктринальные и судебно-практические соображения². Другим примером использования семиотического метода является работа Г. Тойбнера, посвященная проникновению в английское частное право континентально-европейского принципа добросовестности в гражданско-правовых отношениях³. Опираясь на коммуникативную теорию социальных систем Н. Лумана, ученый показывает, что при переносе принципа добросовестности из немецкого в английский правопорядок его смысловое содержание неизбежно изменится под воздействием своеобразных культурных факторов, главным образом отличающегося промышленного режима. Это понятие обозначает здесь институциональную среду экономической деятельности: на континенте господствует рыночная экономика координированного предпринимательства, тогда как в Англии установилась другая форма развитого капитализма — либеральная рыночная экономика. В качестве внеправового дискурса промышленный режим оказывает заметное влияние на правовую систему, предопределяя, среди прочего, важные особенности понимания и применения принципа добросовестности в гражданских правоотношениях.

Итак, для семиотического метода характерно четкое выделение культурных воздействий юридического или внеюридического свойства, проникающих в правовое регулирование. Если герменевтический метод ориентирует исследователя на поиск различий между правопорядками, то семиотический метод позволяет обнаруживать как различия, так и сходства по отношению к определенным культурным факторам, которые служат основанием сравнения. Более того, семиотический метод отчасти способен обслуживать инструментальное отношение к правовому регулированию.

¹ Алексеев С.С. Указ. соч. С. 112–115.

² Sacco R. Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law. Installments I, II // The American Journal of Comparative Law. 1991. Vol. 39. № 1, 2.

³ Teubner G. Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences // The Modern Law Review. 1998. № 61. P. 11–32.

2. Инструментальный подход

Инструментализм в юриспруденции трактует правовое регулирование как средство для достижения внеправовых целей, таких как общественная модернизация, экономический рост, устранение социальных проблем, защита культурных достижений, вообще решение разнообразных публичных или частных задач. Одним из первых систематически разработанных учений подобного толка видится утилитаристская теория права Р. Иеринга¹. Инструментальное правоустановление проявляется, среди прочего, в догматическом насаждении различных принципов или правил даже сугубо юридического свойства. При этом исполняется политический заказ, вдохновляемый скорее не общественными потребностями, а тщеславием и самомнением примкнувших экспертов от юриспруденции. Наглядной иллюстрацией служат недавние масштабные изменения отечественного гражданского законодательства, большей частью состоявшие в торопливом повторении престижных англо-американских юридических образцов.

Право здесь обладает ценностью лишь как средство, т.е. не имеет собственной ценности. Иначе говоря, разумность — или правильность, целесообразность, рациональность, уместность и т.д. — юридических предписаний подчинена внеправовой разумности, политическим, экономическим, религиозным, нравственным, прочим неюридическим представлениям о должном. Поскольку такое должное приходит извне, а не рождается изнутри², инструментализм подчиняет право властному произволу³, что согласуется с преимущественно социологическими представлениями о первенстве политической системы: «Заниматься политикой означает политическим путем решать, какое право будет действительным правом...»⁴.

¹ Подробнее см.: История политических и правовых учений / под общ. ред. В.С. Нерсесянца. М.: Норма, 2000. С. 523–528.

² Проведенное здесь различие разъясняется противопоставлением гетерономии и автономии воли в кантовской этике: «Автономия воли есть такое свойство воли, благодаря которому она сама для себя закон ... Если воля ищет закон, который должен ее определять не ... [в себе самой], а в чем-то другом, стало быть, если она, выходя за пределы самой себя, ищет этот закон в характере какого-нибудь из своих объектов, — отсюда всегда возникает гетерономия. Воля в этом случае не сама дает себе закон, а его дает ей объект через свое отношение к воле» (сохранен курсив оригинала) (Кант И. Основы метафизики нравственности // Сочинения. В 6 т. Т. 4. Ч. 1. М.: Мысль, 1965. С. 283–284).

³ Ср.: Иеринг Р. фон. Цель в праве. Т. 1. СПб., 1881. С. 409. «Закон есть единение разумных и дальновзорких, направленное против близоруких. Первые должны принуждать последних к тому, что требуется их собственным интересом. Не ради их самих, но с тем, чтобы осчастливить, вопреки их желанию, а ради общего интереса. Закон есть необходимое оружие в борьбе интеллигенции со скудоумием».

⁴ Luhmann N. Law as a social system. Oxford: Oxford University Press, 2008. P. 370.

Хотя законодатели и другие представители власти могут избираться честным образом, если содержание издаваемых нормативных актов отражает не предпочтения людей, а рекомендации специалистов (или псевдоспециалистов) относительно способов достижения целей, тогда вынужденные повиноваться граждане воспримут подобное правовое регулирование как навязанное, а не свое собственное, пусть даже заявленные цели в принципе не вызывают возражений. «Если дискурс экспертов не сопряжен с демократическим формированием мнений и решений, — подчеркивает Ю. Хабермас, — тогда экспертное видение проблем будет преобладать за счет интересов граждан»¹. Правопорядок отличается от бесправия вовсе не тем, что в первом случае людям предписывается действовать правильно, а во втором — нет, ибо в обоих случаях требуемое поведение может быть правильным. Различие состоит в том, что только право учит человека поступать правильно по собственной воле.

Основное значение инструментализма в праве заключается в переходе от системоцентристской к персоноцентристской парадигме социального устройства², но этот переход оказывается иллюзорным, поскольку социальные системы используют человека (феномен отчуждения). Хотя правовое регулирование отныне служит человеческим целям, сам человек подчинен целям: жизненный успех определяется соответствием функциональным требованиям социальных систем (конформизм)³. В этой связи права и свободы человека трактуются в инструментальном ключе как обеспечивающие открытость современного общества, ибо устраняют ограничения для включенности каждого в любую сферу общественной жизни. Н. Луман пишет: «...предположения о ‘природе’ человека, какие права логически следуют из этой природы в лучшем случае представляют собой лишь декоративные детали

¹ Habermas J. *Between facts and norms: contribution to a discourse theory of law and democracy*. Cambridge: MIT Press, 1996. P. 351.

² В системоцентристской модели общество признается целью, тогда как человек — средством; персоноцентристская парадигма ориентирует на противоположное видение. Подробнее см.: Оболонский А. Перекрестки российской истории: упущенные шансы // *Общественные науки и современность*. 1992. № 3. С. 85–96.

³ Также см.: Фромм Э. *Бегство от свободы*. М.: Прогресс, 1990. С. 158–174, 201–214. Э. Фромм поясняет: «...современный человек живет в состоянии иллюзии, будто он знает, чего хочет; тогда как на самом деле он хочет того, чего должен хотеть в соответствии с общепринятым шаблоном. Чтобы принять это утверждение, необходимо уяснить себе, что знать свои подлинные желания гораздо труднее, чем кажется большинству из нас; это одна из труднейших проблем человеческого бытия. Мы отчаянно стараемся уйти от этой проблемы, принимая стандартные цели за свои собственные. Современный человек готов пойти на громадный риск, стараясь добиться цели, которая считается “его” целью, но чрезвычайно боится риска и ответственности задать себе подлинно собственные цели» (Там же. С. 211).

юридических рассуждений. С функциональной точки зрения предназначение прав человека заключается в том, чтобы облегчать будущее самовоспроизводство соответствующих систем»¹. Инструментальный подход в сравнительном правоведении включает два метода: (а) экономический анализ права и (б) функциональный метод.

2.а. Экономический анализ права

Распространенное в настоящее время изучение правового регулирования сквозь призму экономической теории оформилось как научное течение в США не позднее 1970-х гг. благодаря трудам ряда экономистов неоклассического направления и юристов. Нужно особо отметить правоведа Р. Познера, автора знаменитого учебника по экономическому анализу права, первое издание которого вышло в 1972 г.² Экономический анализ права постепенно занял ведущие позиции в американских юридических учебных заведениях, достигнув затем некоторой популярности в академическом сообществе Западной Европы, где отчасти поддерживается местной традицией экономического рассмотрения права в рамках австрийской школы, немецкого неолиберализма и проч.³ Фокус опорного течения экономической мысли – чикагской школы – на микроэкономике, которая, в отличие от макроэкономики, изучает поведение субъектов экономической деятельности, а не экономику в целом, предопределяет методологию экономического анализа права. Рациональный выбор, экономическая эффективность, благосостояние, негативные экстерналии, трансакционные издержки, изъятия рынка – эти понятия экономической теории составляют методологические основоположения экономического анализа права⁴. Если позитивный экономический анализ ограничивается демонстрацией экономических последствий правового регулирования, то нормативное направление предписывает правовые реформы ради экономической эффективности⁵. Экономический анализ права подчиняет правовое регулирование рациональности человека экономического (*homo economicus*), который стремится к увеличению собственного благосостояния посредством не вполне безупречных, но все же эффективных рыночных механизмов.

¹ Luhmann N. Op. cit. P. 135.

² Познер Р. Экономический анализ права. В 2 т. СПб.: Экономическая школа, 2004.

³ Подробнее см.: Dau-Schmidt K.G., Brun C.L. Lost in Translation: The Economic Analysis of Law in the United States and Europe // Columbia Journal of Transnational Law. 2006. Vol. 44. № 2. P. 602–621; Harnay S., Kirat T. Law and Economics in 20th-century Europe: History and Methodology. Introduction // History of Economic Ideas. 2015. Vol. XXIII. № 3.

⁴ Также см.: Познер Р. Указ. соч. Т. 1. С. 3–28.

⁵ Там же. С. 32–35.

Наглядность основания сравнения — экономическая эффективность — обеспечила проникновение экономического анализа права в сравнительное правоведение как на микроуровне (сравнение безвиновной и виновной ответственности за гражданские правонарушения, средств правовой защиты при неисполнении договоров, правил относительно приобретения от несобственника и проч.), так и макроуровне (сравнение институционального положения судей, конституционного регулирования, юридического образования, прецедентного и законодательного правоустановления и проч.)¹. Привлечение эконометрики для раскрытия зависимостей между юридическими и экономическими переменными позволяет говорить о возникновении количественного сравнительного правоведения, которое показывает сравнительную эффективность правовых предписаний в числовом выражении². Наиболее известным проектом подобного рода являются годовые доклады Всемирного банка по ведению бизнеса (*Doing Business reports*), посвященные оценке регулятивного воздействия на предпринимательство в разных странах³. Острая критика первого доклада 2004 года была во многом вызвана поддержкой этим докладом тезиса правового происхождения (*legal origins thesis*) — выдвинутого небольшой группой экономистов (Р. Ла Порта и др.) на основе проведенных в 1990-х гг. полевых исследований предположения, что общее (англо-американское) право лучше благоприятствует экономическому развитию, чем романо-германское право⁴. Доклад 2004 года представил французскую правовую систему в самом неблагоприятном свете, во многом отстающей от право порядков социалистического происхождения, которые установились в странах с переходной постсоциалистической экономикой⁵.

Охватившее французское юридическое сообщество после выхода доклада шоковое состояние вскоре сменилось крайним неприятием.

¹ Подробнее см.: Garoupa N., Ginsburg T. Economic analysis and comparative law // The Cambridge Companion to Comparative Law / ed. by M. Bussani, U. Mattei. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. P. 57–72.

² Подробнее см.: Parisi F., Luppi B. Quantitative methods in comparative law // Methods of Comparative Law / ed. by P.G. Monateri. Cheltenham: Edward Elgar, 2012. P. 306–316.

³ Подробнее см.: Nicita A., Benedettini S. Towards the economics of comparative law: the Doing Business debate // Methods of Comparative Law. Ed. by P.G. Monateri. Cheltenham: Edward Elgar, 2012. P. 291–305. Текущий доклад Всемирного банка 2018 года и предыдущие доклады см. здесь: URL: <http://www.doingbusiness.org/reports/global-reports/doing-business-2018>

⁴ Michaels R. Comparative Law by Numbers? Legal Origins Thesis, Doing Business Reports, and the Silence of Traditional Comparative Law // The American Journal of Comparative Law. 2009. Vol. 57. Iss. 4. P. 768–769.

⁵ Doing Business in 2004: Understanding Regulation. The World Bank: Washington, 2004. P. 86–87.

Были приложены значительные усилия для выявления недостатков методологии и содержания доклада, защиты преимуществ и восстановления пошатнувшихся позиций французского права на глобальном рынке правовых заимствований¹. Отсутствие тезиса правового происхождения начиная со второго доклада и постепенное улучшение методологии не затронули ключевых просчетов Всемирного банка при сравнении правового регулирования, а именно – пренебрежение другими целями правопорядка помимо экономической эффективности, игнорирование культурного измерения права и подталкивание к поспешным законодательным реформам ради повышения позиции страны в рейтинге. Применительно к юридической компаративистике достигаемое благодаря экономическому анализу права упрощение правовой действительности равнозначно отказу от понимания иностранного права. Экономический анализ права едва ли избежал научной поверхностности – подводного камня междисциплинарности.

Подчинение юриспруденции экономической науке представляется хорошей иллюстрацией власти дискурса по М. Фуко². Обнаруженное экономическое знание оказывается для юриспруденции знанием абсолютным, содержащим абсолютную, а не относительную истину, потому что юридический дискурс как выраженное в языке особое видение мира³ не обладает средствами отрицать или ставить под сомнение знания внутри экономического дискурса. Посредством экономического анализа права экономика становится новым Богом юридического мира, а экономическая наука – его откровением.

Однако юриспруденция настойчиво требует самостоятельности. «А что есть рыночная свобода на юридическом языке? Это и есть свобода договора»⁴. Показательная оговорка: если экономический язык отличается от юридического, рыночная свобода и свобода договора – разные предметы. Рыночная свобода означает невмешательство государства в экономические отношения (*laissez-faire*), тогда как свобода договора подразумевает вмешательство государства для устранения несвободы. Осуществление свободы договора иногда умаляет рыноч-

¹ Подробнее см.: Kerhuel A.-J., Fauvarque-Cosson B. Is Law an Economic Contest? French Reactions to the Doing Business World Bank Reports and Economic Analysis of Law // The American Journal of Comparative Law. 2009. Vol. 57. Iss. 4. P. 811–829.

² Фуко М. Порядок дискурса // Фуко М. Воля к истине: по ту сторону власти, знания и сексуальности. Работы разных лет. М.: Касталь, 1996. С. 57–58.

³ Степанов Ю.С. Альтернативный мир, Дискурс, Факт и принцип Причинности // Язык и наука конца XX века / под ред. Ю.С. Степанова. М.: Ин-т языкознания РАН, 1995. С. 44–45.

⁴ Карапетов А.Г. Экономический анализ права. М.: Статут, 2016. С. 245.

ную свободу, а торжество рыночной свободы вредит свободе договора. С экономической точки зрения антимонопольное законодательство и правовая защита потребителей рассматриваются как (допустимые) ограничения рыночной свободы. Напротив, юриспруденция видит здесь защиту свободы договора от злоупотреблений экономической властью. Иначе говоря, рынок существует благодаря свободе, но не ради свободы: основополагающая характеристика субъекта экономической деятельности — не свобода, а экономическая рациональность. Участники свободного рынка не свободны, потому что не осознают собственную свободу, которая присутствует на рынке лишь как факт, а не ценность. Короче говоря, свобода договора делает человека свободным, свободный рынок — нет.

Наличие множества целей правового регулирования, отражающее различие общественных запросов, свидетельствует о недостаточности экономической эффективности в качестве ориентира правоустановительной деятельности. Экономический анализ права не учитывает разнообразие адресованных позитивному праву общественных ожиданий.

2.6. *Функциональный метод*

Изображение функционального метода в знаменитом труде К. Цвайгерта и Х. Кётца¹ не настолько хорошо проработано, чтобы устранить все пробелы и проблемы этой методологии², однако достаточно убедительно и просто, чтобы служить руководством для значительной (если не большей) части юридической компаративистики, по меньшей мере последней четверти XX столетия. В фокусе настоящего изложения находится исходное понимание функциональности в праве, однажды объявленной этими немецкими учеными «основным методологическим принципом сравнительного правоведения»³.

Функции правопорядка состоят в решении юридическими средствами социальных проблем, иначе говоря, удовлетворении общественных потребностей⁴. Выполнение функции служит основанием сравнения нормативного регулирования⁵. Функциональное исследование сосредотачивается на микросравнении правовых решений, выработанных ведущими западными правопорядками в ответ на рас-

¹ Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. Т. I. С. 46–75.

² Подробный критический разбор см.: Михаэльс Р. Функциональный метод сравнительного правоведения // Вестник гражданского права. 2010. № 1. С. 242–297.

³ Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. Т. I. С. 50.

⁴ Там же. С. 50–60.

⁵ Там же. С. 68.

пространенные проблемы отношений между частными лицами, такие как: защита интересов слабой стороны¹ и несовершеннолетних² при заключении договоров; допустимость отзыва оферты³; зависимость юридической силы договоров от соблюдения формальностей⁴; последствия противоправных сделок⁵; выявление серьезности намерения вступить в юридически обязывающий договор⁶; толкование договора⁷; влияние заблуждения на юридическую силу договора⁸; допустимость требования третьего лица (контрагента по заключенному поверенным договору) против скрытого доверителя, о существовании которого поверенный не известил третье лицо⁹; возможность наделяния третьего лица правом требовать исполнения договора¹⁰; допустимость принудительного исполнения договора в натуре¹¹; защита пострадавшей стороны при ненадлежащем исполнении договора¹²; освобождение от ответственности за неисполнение договора вследствие существенного изменения обстоятельств¹³; возмещение неосновательного обогащения в принципе¹⁴, возврат переданного вследствие ошибки в праве, по незаконному или аморальному соглашению и учет интересов получателя при возврате неосновательного обогащения¹⁵; условия деликтной ответственности¹⁶, в том числе за действия третьих лиц¹⁷; расширение сферы применения безвиновной (строгой)

¹ Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. II. Договор, неосновательное обогащение, деликт. М.: Международные отношения, 2000. С. 16–19.

² Там же. С. 39–40.

³ Там же. С. 50–51.

⁴ Там же. С. 61–65.

⁵ Там же. С. 79–81.

⁶ Там же. С. 89–91.

⁷ Там же. С. 106–107.

⁸ Там же. С. 118–122.

⁹ Там же. С. 155.

¹⁰ Там же. С. 179–183.

¹¹ Там же. С. 198–200.

¹² Там же. С. 220–221.

¹³ Там же. С. 259–261.

¹⁴ Там же. С. 285–287.

¹⁵ Там же. С. 322–323.

¹⁶ Там же. С. 360–362.

¹⁷ Там же. С. 405.

деликтной ответственности¹; условия ответственности за нарушение прав личности².

Поскольку проблемы являются одинаковыми для изучаемых правовых порядков, найденные правовые решения также будут одинаковыми в смысле способности более или менее успешно преодолевать данную проблему. Отсюда выводится презумпция похожести (*presumptio similitudinis*) в качестве методологического ориентира: если функциональное сравнение не демонстрирует сходных решений проблемы в разных юрисдикциях, скорее всего, такое исследование выполнено неправильно, или проблема обозначена неточно, или собранный материал неполон³.

В конечном итоге презумпция похожести связана с тем, что функциональное сравнение отталкивается отнюдь не от «жизненных проблем»⁴, иначе говоря, социальных проблем вне юридической области (социального зла), а именно юридических проблем, которые уже подготовлены для правового решения, т.е. представляют собой социальные проблемы, обработанные методом и включенные в предмет правового регулирования. Поэтому инструментальное приравнение права к социальной инженерии⁵ несколько упрощает правовую функциональность. Однако основоположники функционализма в сравнительном правоведении едва ли усматривают здесь методологические осложнения: «...правопорядок каждой страны решает одну и ту же *юридическую проблему* по-своему, даже если конечный результат будет одинаков»⁶.

Обнаруживаемые функциональной юридической компаративистской проблемы существуют для правосознания: схожесть юридических проблем предполагает сходство юридического видения социальных отношений в различных обществах. По этой причине предпосылкой функционального метода оказывается принципиальное единство западных правовых порядков. Увеличение разрыва между общественными правосознаниями уменьшает применимость функционального метода: общих

¹ Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. Т. II. С. 428–435, 462–472.

² Там же. С. 483–484.

³ Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. Т. I. С. 59–60.

⁴ Там же. С. 72.

⁵ Там же.

⁶ Там же. С. 50 (курсив авт. – В.С.). Однако ср.: Цвайгерт К., Путтфаркен Г. О возможности сравнения сходных правовых институтов в различных социальных системах // Очерки сравнительного права (сборник). М.: Прогресс, 1981. С. 153–176. Эта статья показывает, что создатели функционального метода вполне сознавали возникающие в этой связи сложности.

юридических проблем становится все меньше, когда таковые находятся, правовые решения непреодолимо своеобразны. Указанная методологическая ограниченность иллюстрируется сомнениями в пригодности функционализма для сравнительного изучения семейного, наследственного права¹, капиталистических и социалистических правовых систем².

Поскольку любой правопорядок хотя бы отчасти своеобразен, поиск функциональной эквивалентности зачастую приводит к поверхностным выводам, не отражающим существенных черт сравниваемых юридических правил или институтов, или оборачивается навязыванием лучшего правового решения. Например, функциональная эквивалентность англо-американского страхования покупателей недвижимости и немецкой системы публичной регистрации перехода вещных прав по отношению к проблеме появления конкурирующих правообладателей³ не делает указанные правовые решения по существу похожими, поскольку сохраняющиеся различия между ними более показательны с юридической точки зрения, чем выявленная функциональная эквивалентность. Лучшие решения с очевидными преимуществами⁴ действительно существуют, нельзя отмахиваться от чужих образцов, однако не следует прописывать лучшее решение наподобие лекарства: правовое регулирование проблемы только тогда будет эффективным, когда выработано отечественной юриспруденцией самостоятельно в ответ на общественный запрос и на основе достаточного понимания уникальных условий места и времени. Иностраный опыт может вдохновлять, но не должен подменять собственное правовое развитие, которое единственное способно удовлетворить общественную потребность в справедливости. В этой связи несколько поспешно объявлять английское правило «почтового ящика» — согласно которому договор считается заключенным с момента сдачи акцепта на почту, а не с момента получения оферентом — неудовлетворительным по сравнению с противоположным немецким решением⁵. Указанное правило связано с допустимостью отзыва оферты по английскому праву, которая, в свою очередь, предопределена необходимостью встречного предоставления (*consideration*) для возникновения юридически обязывающего договора. Эти юридические особенности обусловили появле-

¹ Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. Т. I. С. 59.

² Там же. С. 60–62.

³ Там же. С. 58.

⁴ Там же. С. 74.

⁵ Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. Т. II. С. 53, 58–59.

ние оригинального английского института опциона (*option*). Правило о заключении договора в момент отправки акцепта защищает интересы получателя оферты, поскольку сокращает временной период для отзыва оферты — если не выговорен опцион, который превращает оферту в безотзывную. С этой точки зрения правило «почтового ящика» и институт опциона выглядят другим, но уместным в сложившихся обстоятельствах решением проблемы заключения обязывающего договора между отсутствующими, которое равноценно немецкому правилу о возникновении договора в момент получения оферентом акцепта, соединенному с безотзывностью оферты по немецкому праву¹.

Отмеченные недостатки функционального метода — зависимость от схожести общественных правосознаний в сравниваемых юрисдикциях, упрощающий правовую действительность поиск функциональных эквивалентов и склонность к навязыванию лучших правовых решений — дополняются унификаторской направленностью², которая на этом фоне превращается в торжество экспертной самоуверенности. Функциональная юридическая компаративистика помогает наднациональной бюрократии педалировать гармонизацию права в Европейском Союзе, тем самым обслуживая победное шествие глобального капитализма³. В эту логику укладывается сдержанно-одобрительное отношение к расширению страхования от несчастных случаев как более эффективному по сравнению с деликтной ответственностью способу возмещения причиненного гражданам вреда⁴. Иногда нельзя отрицать уместность страховых механизмов восстановления нарушенных гражданским правонарушением имущественных и (или) неимущественных прав. Хорошим примером служит обязательное страхование гражданской ответственности собственников транспортных средств. Однако чрезмерные ожидания от подобного страхования угрожают навязыванием страховых услуг, чтобы богатые становились еще богаче. В соединении с уменьшением практического значения деликтной ответственности предлагаемая страховой защитой перспектива быстрого денежного урегулирования может постепенно вытеснить содержащуюся в институте ответственности идею справедливости.

¹ Также см.: Gordley J. *The functional method* // *Methods of Comparative Law* / ed. by P.G. Monateri. Cheltenham: Edward Elgar, 2012. P. 108–109.

² Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. Т. I. С. 40–46.

³ Подробнее о предпринимаемых сверху попытках сблизить частное право европейских стран см.: Smits J.M. *Convergence of Private Law in Europe: Towards a New Ius Commune?* // *Comparative Law. A Handbook* / ed. by E. Örüçü, D. Nelken. Oxford: Hart Publishing, 2007. P. 221–229.

⁴ Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. Т. II. С. 472–481.

Примирение всех возможных целей правоустановительной деятельности, тем самым достижение основанного на общественном согласии правового регулирования, возможно только путем приведения разных целей к общему знаменателю, когда каждая цель рассматривается как своеобразное преломление одной общей цели. Иначе цели остаются несопоставимыми, принципиально несовместимыми, никакой участник законотворческого процесса не признает значимости целей других участников. По причине отсутствия критерия сравнительной оценки частных целей правотворчество либо осуществляется хаотично на основе сиюминутных компромиссов, либо заходит в тупик, либо сводится к произволу, когда одна цель — экономическая эффективность, культурная самобытность, экологическая безопасность, социальная защита или любая другая — достигается за счет прочих. Итогом всегда становится общественное недовольство. Практическая несостоятельность юридического инструментализма обнаруживает наличие у права собственной цели.

3. *Субстанциальный подход*

Культурологический и инструментальный подходы к изучению сравнительного права развиваются в парадигме юридического позитивизма социологического толка. Открытие социального измерения права не преодолевает юридический позитивизм, ибо решающее слово по-прежнему остается за законодателем, произвол которого при выявлении правообразующих факторов и предпочтении некоторых общественных запросов другим никак не ограничивается. Только юридическая истина, которая определяет содержание позитивно-правовых предписаний в силу необходимости, а не благих намерений, становится объективным критерием оценки правового регулирования, тем самым подчиняет законодателя праву. Смысл субстанциального подхода в юриспруденции можно выразить одной фразой: право имеет сущность.

Власть как разновидность силы предполагает объект приложения, существование другого, против которого применяется. Поэтому власть подразумевает скрытую или явную борьбу между правителями и подчиненными. Поскольку же власть имущие полагаются на приказы для управления другими, физическое насилие перестает быть неизбежным. Тем самым война на уничтожение остается позади, борьба вокруг употребления власти преобразуется в общественное обсуждение правильности приказов. Объект власти становится субъектом¹. Правопорядок

¹ В этой связи заслуживает пристального внимания теория коммуникативного действия Ю. Хабермаса, которая показывает, что использование языка (речи) как таковое открывает перспективу обсуждения и достижения согласия между говорящим и слушающим относительно обоснованности сказанного (Habermas J. Op. cit. P. 1–41).

возникает только на этой почве: приказ власти как внешнее выражение или форма придает праву определенность содержания — приказано делать именно так, а не иначе, — которое в силу отмеченных особенностей этой формы основывается не на произволе власти, а на общественном согласии. Иначе говоря, закон не является манифестацией силы или произвола, потому что законодательные предписания имеют определенное содержание. Ведь никакое содержание нельзя приписать силе вообще — напротив, сила всегда исходит из некоторого содержания¹. Принудительность оказывается лишь признаком, а не сущностью закона именно потому, что сила неспособна определять позитивно-правовое содержание закона как явления. Поэтому закон не создает, но воспроизводит право в виде воли. Намеченное субстанциальное понимание показывает правовую действительность как неделимое осуществление трех сущностных юридических свойств: справедливости, равенства и свободы².

Общественный человек, не воспринимающий другого как другого, является господином (хозяином) или рабом³, между ними правовое общение не возникает. В правовом общении другой (непохожий) — это друг. Отличающие правопорядок взаимность и доверие питаются чувством правовой дружбы, которое является психологической основой правового общения. Подобная интуиция однажды высказана русской религиозной философией в представлении о соборности как принципе общественного устройства⁴. Чувственная составляющая имеет важное значение, потому что именно чувствам открывается инаковость, непохожесть другого, которая никогда не устраняется, лишь заслоняется рациональностью взаимоприемлемых юридических предписаний. Другой заявляет о себе различными законопроектными предложениями, правонарушением или простым недовольством — чувство правовой дружбы заботится о том, чтобы голос другого был услышан. Однако пока согласие по желаемым юридическим последствиям не достигнуто, т.е. правовая дружба не осуществилась в устойчивом правопо-

¹ Гегель Г. Энциклопедия философских наук. Т. 1. Наука логики. М.: Мысль, 1974. С. 305.

² Об указанных правовых качествах и их взаимосвязи также см.: Нерсисянц В.С. Общая теория права и государства. С. 53–69.

³ Ср. гегелевскую диалектику господства и рабства (Гегель Г. Феноменология духа // Сочинения. Т. IV. М.: Изд-во социально-экономической литературы, 1959. С. 103–106 ; комментарий см.: Кожев А. Введение в чтение Гегеля. СПб.: Наука, 2003. С. 9–38), также Гегель Г. Философия права. М.: Мысль, 1990. С. 74–75: «...рассматривая другое как другое, [человек] ... лишь тогда обретает ощущение себя».

⁴ Подробнее см.: Франк С.Л. Духовные основы общества. М.: Республика, 1992. С. 54–63.

рядке, появление другого приводит лишь к борьбе, противоположные стороны не разделяют общую рациональность. Такое взаимодействие с другим не является игрой в смысле теории игр¹. Другой стремится не к выигрышу, а признанию, ведет борьбу за справедливость², чтобы применять справедливые (разумные) правила общежития. В этой борьбе каждый является другим для другого. Подсказанное чувством правовой дружбы вовлечение другого в правовое общение — в диапазоне вариантов от полного удовлетворения заявленного требования до привлечения к ответственности за правонарушение — придает правопорядку качество справедливости. Присутствие другого объясняет неопределенность справедливости, которая избегает очевидности знания³. Напротив, внутри знания нет другого: «Универсальное мышление обходится без общения. Разум не может быть другим для разума»⁴. Поэтому обоснованно говорят о чувстве справедливости.

Инаковость участников правового общения переходит в различие сторон правоотношения: одна сторона всегда управомоченная, другая — обязанная. Право (субъективное право) и обязанность находятся на противоположных сторонах одного отношения. Посредством наделяния правом и обязанностью достигается правовая формализация общественного отношения, тем самым возникает правоотношение, которое абстрагируется от своеобразных обстоятельств, фокусируясь только на оформленном праве и обязанностью взаимном признании. В качестве юридической абстракции форма права и обязанности включает любого члена общества, который соответствует условиям участия в данном правоотношении. В этом смысле правовое регулирование является всеобщим. Поскольку правовая форма открыта любому, правопорядок допускает льготы (меры социальной защиты неимущих и проч.), но противостоит привилегиям. Предоставленное в порядке льготы право доступно любому при соблюдении условий получения льготы, напротив, привилегия направлена на исключение некоторых членов общества из числа управомоченных, поэтому закрепляет бесправие. Благодаря абстракции права и обязанности — любой может

¹ Применение математической теории игр к изучению правоотношений см.: Милкин-Скопец М.А. О равновесной теории разумности // Российский ежегодник сравнительного права. 2007. № 1. СПб.: Юридическая книга, 2008. С. 87–102.

² Также см.: Derrida J. Force of Law: The «Mystical Foundation of Authority» // Cardozo Law Review. 1990. Vol. 11. № 5–6. P. 955, 961.

³ Ср.: Derrida J. Op. cit. P. 963.

⁴ Левинас Э. Избранное. Тотальность и бесконечное. СПб.: Университетская книга, 2000. С. 105.

обладать этим правом или обязанностью, правоспособность делает каждого лицом — правопорядок обеспечивает равенство, которое здесь именуется формальным равенством.

Равенство абстрактных правовых лиц как мыслимое, идеальное равенство, т.е. равенство людей по абстрактному признаку, на практике оборачивается неравенством, потому что абстракция не есть действительность. Равная правоспособность как возможность каждого обладать правом предполагает неравенство действительного обладания: право находится на одной стороне правоотношения, другой же достается лишь обязанность. Восстановление равенства достигается борьбой за право, посредством которой обязанная сторона приобретает право в другом правоотношении, становясь там управомоченной стороной, тем самым предположительно уравновешивая бремя своей обязанности. Наглядным примером видится демократическое право гражданина избирать и быть избранным, которое сопровождает обязанность подчиняться распоряжениям власти. Сочетание на стороне гражданина указанного права с этой обязанностью — или сочетание на противоположной стороне обязанности уважать выборы с правом управлять — существенным образом уравнивает власть имущих и подвластных. Юридическая ответственность также служит механизмом уравнивания: совершая противоправное действие, правонарушитель присваивает себе соответствующее право — право красть, убивать и проч., которое уравновешивается обязанностью понести предусмотренное наказание. Никогда не прекращающаяся борьба за право лежит в основе всегда направленного в будущее правового развития. Допуская эту борьбу, правопорядок защищает свободу: «...субъект свободен только в борьбе»¹. Свободы достигает только тот, кто равенство сделал целью. Здесь правовое лицо преобразуется в личность, делом доказавшую собственную инаковость. Свобода человека в обществе обеспечивается соответствием его прав и обязанностей, а значит, действительность формального равенства есть свобода. Тем самым присущая формальному равенству лишь негативная свобода (свобода от принуждения) осуществляется как позитивная свобода (свобода как самореализация). Иначе говоря, истинное равенство людей есть равенство в свободе.

Применительно к юридической догматике изложенное раскрытие справедливости, равенства и свободы в правовой действительности выглядит переходом от правовых принципов через юридические правила к правовым нормам.

¹ Гегель Г. Философия права. С. 422.

Правовые принципы представляют собой конкретное выражение справедливости как должного (сущностного свойства права) в определенной области общественных отношений, например, конституционные права и свободы человека большей частью являются такими принципами. Правовые принципы не всегда явно высказываются в текстах правовых актов — основное содержание последних заключается в юридических правилах или предписаниях, которые закрепляют известные права и обязанности на достигнутом уровне формального равенства. Так, конституционное право человека обставляется условиями осуществления и подкрепляется противлежащей обязанностью, тем самым превращается из правового принципа в предусмотренное юридическим правилом право стороны правоотношения. Правило излагается общими именами (понятиями), поскольку предназначено для регулирования множества одинаковых отношений, а не единичного случая (казуса). Правила распределяются по статьям, пунктам и другим структурным единицам правового текста, который нормы права (правовые нормы) подразумевает, но явно не высказывает.

Норма права есть упорядоченное по определенной юридико-логической структуре правовое регулирование — единство гипотезы, диспозиции и санкции (при наличии) согласно формуле «если..., то..., иначе...». Правовая норма формулируется применительно к конкретной ситуации на этапе правоприменения путем осмысления и толкования наличных юридических правил в свете правовых принципов. Поэтому норма права представляет собой не просто должное, а модель будущего поведения¹. Правовые нормы подспудно изменяют принципы и правила: позитивное право может уточняться, дополняться или отменяться соответственно практическому применению найденной правовой нормы, выступающей юридическим ответом на уникальную жизненную ситуацию. Создавая общепризнанную правовую норму здесь и сейчас, каждый становится законодателем, тем самым свободным.

Правопорядок образует спираль: от справедливости к формальному равенству, потом свободе; содержащаяся в свободе справедливость становится отправной точкой нового витка. Свобода как уравнивание предполагает существование другого, борьба которого за право одновременно оказывается борьбой во имя справедливости. Переход к справедливости не замыкает круг, но является началом нового витка спирали правовой истории, потому что справедливость каждый раз обнаруживает нового другого. Сказанное означает, что право имеет

¹ Также см.: Финнис Дж. Естественное право и естественные права. М.: Мысль, 2012. С. 350–351.

основание в самом себе — нет иной цели, помимо воплощения сущности права в социальном мире, иначе говоря, одновременного осуществления в действующем праве трех сущностных юридических свойств: справедливости, равенства и свободы. При этом правопорядок не является закрытой системой: правоустановление открывается внешним влияниям, т.е. учитывает ожидания внеправовой действительности, посредством справедливого вовлечения другого в правовое общение. Право можно кратко определить как нормативную справедливость, иначе говоря, справедливость как норма (нормальность). Субстанциальный подход к праву отражается в двух методах сравнительного правоведения: (а) системный метод и (б) философско-юридический метод.

3.а. Системный метод

Юриспруденция становится наукой (*ars*) только как организованное знание (Цицерон)¹. Тем самым научность правоведения предполагает системность права. Распространенное в отечественном юридическом дискурсе понимание права как системы правовых норм означает, что создаваемая в ходе правоприменения правовая норма — представленное как единство гипотезы, диспозиции и санкции («если..., то..., иначе...») правовое регулирование данной жизненной ситуации — не должна противоречить другим правовым нормам, содержащимся в наличных юридических правилах. Иначе правовая норма не станет общепризнанной. Практическое значение института и отрасли права заключается в примерном очерчивании круга (множества) правовых норм, по отношению к которым правоприменителю нужно прежде всего выполнить проверку на противоречие.

Простая иллюстрация пояснит вышесказанное. Согласно пункту 1 статьи 27 Гражданского кодекса, несовершеннолетний, достигший шестнадцати лет, при определенных условиях объявляется полностью дееспособным (эмансипация); также согласно пункту 2 статьи 21 Гражданского кодекса и пункту 2 статьи 13 Семейного кодекса, несовершеннолетний, достигший шестнадцати лет, в случае вступления в брак становится полностью дееспособным. В соответствии с подпунктом 11 пункта 2 статьи 16 Федерального закона № 171-ФЗ от 22 ноября 1995 г. «О государственном регулировании производства и оборота этилового спирта...» запрещается розничная продажа алкогольной продукции несовершеннолетним. Вступивший в брак или эмансипированный несовершеннолетний вправе купить бутылку вина в магазине или

¹ Подробнее см.: Дождев Д. В. *Ars boni et aequi* в определении Цельса: право между искусством и наукой // Труды Ин-та государства и права РАН. 2016. № 4. С. 67–68; Gordley J. *The Jurists. A Critical History*. Oxford: Oxford University Press, 2013. P. 17–18.

нет? — Никакой из двух возможных юридических ответов, т.е. правовых норм применительно к данному случаю, не выглядит безупречным. Право дееспособного несовершеннолетнего купить вино противоречит правовой норме, которая прямо следует из приведенного положения закона, а именно: если лицо является несовершеннолетним, иначе говоря, не достигшим 18-летнего возраста, то не покупает алкоголь в розницу. Однако отрицание этого права угрожает другим противоречием, теперь правовой норме, содержащейся в пункте 1 статьи 27, пунктах 1 и 2 статьи 21 Гражданского кодекса: если несовершеннолетний старше шестнадцати лет эмансипирован или вступил в брак, то становится полностью дееспособным, т.е. его дееспособность соответствует дееспособности совершеннолетнего. Запрет же приобретения алкоголя в розницу означает уменьшение объема дееспособности эмансипированного или вступившего в брак несовершеннолетнего по сравнению с дееспособностью совершеннолетнего.

При поиске применимой правовой нормы нужно взвешивать относящиеся правовые принципы, чтобы искомая правовая норма соответствовала принципу, лучше обеспечивающему справедливость в данных обстоятельствах. Поэтому для успешной юридической практики требуются не только знание и логика, но также способность суждения в кантовском смысле как умение в конкретной ситуации применять абстрактные принципы и правила (теорию)¹. Выбор правовой нормы автоматически изменяет противоречащую правовую норму для устранения противоречия, уточняет соответствующие юридические правила и по-новому показывает правовые принципы. Поскольку любому принципу всегда может быть противопоставлен другой принцип, правоприменение — равно как правоустановление — видится, по существу, творческой, а не механической деятельностью. Тем самым правовая система (система правовых норм) находится в постоянном движении, оставаясь регулятором общественных отношений благодаря изменению, дополнению или отмене правовых принципов, юридических правил и правовых норм. Системность права является правоприменительным ориентиром, а не свойством позитивного права², которое поэтому оказывается не статической, но динамической системой³.

¹ Кант И. О поговорке «Может быть, это и верно в теории, но не годится для практики» // Сочинения. В 6 т. Т. 4. Ч. 2. С. 61.

² Также см.: Антонов М. В. О системности права и «системных» понятиях в правоведении // Правоведение. 2014. № 1. С. 24–42.

³ О статической и динамической системности права с логической точки зрения см.: Лисянюк Е. Н. Логические аспекты презумпций системности права // Правоведение. 2014. № 1. С. 43–54.

Однако статическая системность права представляется необходимой отправной точкой юридического познания, которое образует юридические понятия, подчиненные законам формальной логики. Правовые нормы постигаются здесь как взаимодействия устойчивых правовых конструкций или понятий, обозначающих объекты правовой действительности: договор, добросовестный владелец, право собственности, имущество, лицо и проч. Ярким образцом такого юридического мышления является немецкая юриспруденция понятий (*Begriffsjurisprudenz*) второй половины XIX века¹.

Обработка вышеприведенной практической ситуации методом юриспруденции понятий выполняется примерно следующим образом. Эмансипированный или вступивший в брак несовершеннолетний вправе купить бутылку вина, если понятие «несовершеннолетний» в указанном законе исключает такого несовершеннолетнего, при этом совпадая с понятием «несовершеннолетний» в действующем законодательстве. Однако по меньшей мере один закон – Уголовный кодекс – явно признает несовершеннолетними всех не достигших возраста восемнадцати лет без исключения. Тем не менее разделение между публичным и частным правом позволяет утверждать, что в соответствующих областях правовой действительности могут существовать разные понятия «несовершеннолетний», тем самым понятие «несовершеннолетний» частного права исключает эмансипированного или вступившего в брак несовершеннолетнего. Это предположение не оправдывается, потому что Гражданский кодекс называет такого несовершеннолетнего несовершеннолетним. Кроме того, обсуждаемый закон очевидно относится к публичному праву. Приведенное логическое рассуждение показывает, что эмансипированный или вступивший в брак несовершеннолетний не вправе купить бутылку вина. Но тогда возникает противоречие законодательных высказываний о полной дееспособности: полностью дееспособный вправе и не вправе покупать алкоголь в розницу. Устранение противоречия достигается посредством выделения в родовом понятии «полная дееспособность» видового понятия «полная дееспособность несовершеннолетнего». Таким образом, эмансипированный или вступивший в брак несовершеннолетний приобретает полную дееспособность несовершеннолетнего, которая позволяет совершать все сделки, кроме тех, которые закон позволяет заключать только совершеннолетнему.

Впрочем, отнюдь не формальная логика придает этому рассуждению окончательную убедительность, но предполагаемое общественное

¹ Подробнее см.: Михайлов А. М. Генезис континентальной юридической догматики. М.: Юрлитинформ, 2012. С. 281–348.

согласие относительно недопустимости розничной продажи алкоголя лицам, не достигшим возраста восемнадцати лет. Более сложный казус отчетливо демонстрирует затруднительность построения правового регулирования сугубо логическими средствами. Согласно пункту 1 статьи 87 Семейного кодекса, трудоспособные совершеннолетние дети обязаны содержать своих нетрудоспособных и нуждающихся в помощи родителей. Данная обязанность распространяется на вступивших в брак или эмансипированных несовершеннолетних или нет? — Отрицательный ответ, который опирается на установленное определение понятия «совершеннолетний», рискует встретить общественное противодействие. В результате судебное решение может быть вынесено вопреки буквальному толкованию закона и (или) закон изменен.

Основной вывод состоит в том, что право в качестве логической системы, элементы которой взаимодействуют по законам формальной логики, оказывается закрытой системой¹, которая не может оправдать собственного изменения. Даже если неизбежность изменений не оспаривается, любые изменения воспринимаются как произвольные вторжения в стройность логической правовой системы, за которые система, если можно так выразиться, не несет ответственности. С этим обстоятельством связана неспособность систематизирующей юридической догматики противостоять законодательным злоупотреблениям — статическая правовая система, не имеющая источника изменений в самой себе, всегда подчиняется законодателю как внешней силе. Логически завершенная правовая система парит в сфере должного без осознанной связи с областью сущего.

Однако нельзя отрицать значимость систематизирующих усилий в правоведении, благодаря которым хаос позитивно-правового регулирования преобразуется в устойчивый порядок, приглашающий к научному познанию в понятиях. Системный метод сравнительного правоведения состоит в сравнении юридических понятий разных правовых систем. Поскольку юридические понятия исследуются здесь не обособленно, но как системные элементы, сравнению подвергаются понятия, занимающие одинаковое место в соответствующих правовых системах. С этой точки зрения бесполезно сравнивать, например, круг полномочий президентов России и Германии ввиду разной системной значимости президентских должностей в этих странах. Основанием сравнения является системность, иначе говоря, юридические понятия (объекты сравнения) оцениваются по критерию создаваемой ими

¹ Также см.: Samuel G. Can Gaius Really Be Compared to Darwin // *International and Comparative Law Quarterly*. 2000. Vol. 49. Iss. 2. P. 305.

системной организованности. На микроуровне юридической компаративистики системный метод изучает юридические понятия, которые упорядочивают отдельные области правового регулирования. Ярким примером подобной сравнительно-правовой работы служит выполненное Э. Рабелем в 1930-х гг. исследование купли-продажи товаров¹. Этот научный труд способствовал международной унификации права, результатом которой стала Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров (Вена, 1980 г.).

На уровне макросравнения системный метод сосредоточен на юридических понятиях, которые упорядочивают правовое регулирование в целом. Речь идет об основополагающих классификациях, таких как разграничение публичного и частного права, деление на отрасли права, а также о понятиях лица, имущества, интереса, требования, договора, права и обязанности, убытка, прочих общесистемных юридических понятиях. Системным методом осуществляется доказательство общеизвестного утверждения, что советское гражданское законодательство, за изъятием несколько сугубо социалистических положений, было упрощенной копией западноевропейских гражданских кодексов. Другой иллюстрацией применения системного метода на макроуровне служит сравнение английской системы права с правовыми системами на континенте. Английское право, подобно любому позитивному праву, является открытой системой; но в отличие от континентального правового регулирования отнюдь не маскируется под закрытую догматически завершенную систему, обладающую четко определенными юридическими понятиями. Исключительная открытость общего права внеправовым ожиданиям, по всей видимости, объясняется огромной значимостью судебного разбирательства для формирования правовой системы.

Дж. Самюэль противопоставляет (субъективное) «право» (*right*) как системообразующее понятие континентальной юриспруденции понятию «средство правовой защиты» (*remedy*) в английском праве². Правовая действительность, создаваемая посредством второй упомянутой категории, прочно связана с общественными отношениями и способна быстро подстраиваться под потребности социальной жизни. Средство правовой защиты «относится скорее к фактическим обстоятельствам, чем к системным и абстрактным связям между [правовыми] институ-

¹ Rabel E. Das Recht des Warenkaufs. Eine rechtsvergleichende Darstellung. Bd. 1, 2. Berlin: Walter de Gruyter, 1957–1958.

² Samuel G. English Private Law: Old and New Thinking in the Taxonomy Debate // Oxford Journal of Legal Studies. 2004. Vol. 24. № 2. P. 347–350.

тами. Новые интересы могут возникать на основе фактов и могут учитываться в институциональной структуре средств правовой защиты, которая не стеснена строгой формальной иерархией, предусмотренной законодателем. Например, если суд готов поддержать средство правовой защиты *in rem* на основе права *in personam*, он может это сделать без опасения нарушить правовую симметрию (*symétrie légale*)»¹. Короче, система общего права создается не столько юридической наукой, сколько практикой. В середине XX в. лорд-судья Х. Макмиллан высказался по этому поводу достаточно ясно: перед английским судом не стоит «задача ... рационализировать право Англии», поскольку аргументы «на основе юридической последовательности (*legal consistency*) могут вводить в заблуждение, ведь общее право есть практический кодекс, приспособленный для урегулирования разнообразных казусов (*manifold diversities*) человеческой жизни — как напомнил нам великий американский судья [Холмс]: “Право живет не логикой, а опытом” (*the life of the law has not been logic; it has been experience*)»².

Системное сравнение английского и континентального права иллюстрирует способность юриспруденции конструировать свои объекты, другими словами, создавать факты. Так, юридическое понятие «убыток» изначально относится к некоторому реальному изменению во внеправовом мире (денежным или иным потерям пострадавшего), однако именно юриспруденция определяет, что именно надлежит считать убытком. Поэтому иногда понесенные потери нельзя возместить как убыток, например, если пострадавшая сторона не приняла разумных мер к уменьшению убытков. В других случаях допускается взыскание на деле отсутствующего убытка — ликвидационные убытки (*liquidated damages*). Это свободное конструирование правовых объектов, установление содержания и объема юридических понятий ограничено, по всей видимости, только законами формальной логики. Например, обособленное имущество можно с юридической точки зрения рассматривать как лицо, но никогда — как договор³. Текучесть юридических понятий демонстрирует воздействие внеправовой действительности на юридическое регулирование, т.е. открытость правовой системы, подчеркивая практическую невозможность статической, неизменной системы права. Однако системный метод сравнительного правоведения плохо приспособлен для изучения права в развитии.

¹ Samuel G. Can Gaius Really Be Compared to Darwin. P. 310.

² Цит. по: Samuel G. Can Gaius Really Be Compared to Darwin. P. 297.

³ Подробнее см.: Ibid. P. 310–318.

3.6. Философско-юридический метод

Философско-юридический метод сравнительного правоведения предполагает рассмотрение правового регулирования в свете юридических основоположений или принципов, а не определенного философского или религиозного учения. Право создается людьми, поэтому юридические принципы объясняют право как внутренне целесообразную деятельность. Иначе говоря, философско-юридическое познание есть познание права как особой сферы человеческой деятельности. Тем самым философско-юридический метод отличается от вышеизложенных методов сравнительного правоведения, которые упускают из вида своеобразную природу правовых явлений именно потому, что пренебрегают деятельностью основой права. Даже системный метод, резко обособляющий юридические понятия, в итоге сводит юриспруденцию к логике.

Философско-юридический метод также противостоит многочисленным метаюридическим или метанарративным (т.е. укладывающимся в постмодернистское понятие метанарратива) общим теориям права — таким как доктрина естественного права, различные религиозно-правовые концепции, философские учения о праве вроде философии права И. Канта или Г. Гегеля, или правопонимания в марксистской социальной философии и проч., которые фокусируются на внеюридическом источнике или конечной цели позитивного права. Разнообразные неюридические основания правового регулирования — будь то разумность человека, божественная воля, существование общества, экономический базис и проч. — объясняют право как часть некоторой общей системы, но не раскрывают право как особую систему. Несмотря на огромное значение метаюридических теорий для юридического познания, право не изучается здесь как саморазвивающаяся система, что сильно ограничивает научное и практическое значение метаюридического правопонимания. Поэтому оборотной стороной метаюридических теорий оказывается юридический позитивизм. Последовательный юридический позитивизм вообще отказывается обсуждать правовое регулирование в категории обоснованности (легитимности), исключая из предмета юриспруденции любой переход «от законности к обоснованности» (*from legality to legitimacy*) позитивного права¹.

В противовес метаюридическому и позитивистскому подходам теоретической основой философско-юридического метода сравнительного правоведения является субстанциальное правопонимание сугубо юридического свойства, в наше время более или менее уреди-

¹ Coleman J.L. Methodology // The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law / ed. by J. Coleman, S. Shapiro. Oxford: Oxford University Press, 2011. P. 312–313.

тельно выраженное в таких общих теориях, как либертарная теория права В.С. Нерсесянца, делиберативная (совещательная) теория права Ю. Хабермаса, теория справедливости Дж. Ролза, теория правовых принципов Р. Дворкина. Конечно, речь скорее идет о соответствии философско-юридического метода смыслу субстанциального правового понимания, а не сознательном следовании букве той или иной теории.

Согласно философско-юридическому методу сравнительного правоведения, основанием сравнения являются правовые принципы, поняты как цели правового развития, иначе говоря, правовые ценности. Сосредоточенность на собственно правовых ценностях отличает философско-юридический метод от герменевтического метода, который показывает юридическую значимость общекультурных ценностей. Философско-юридическое сравнение нацелено на выявление, объяснение и оценку (а) различий в осуществлении правового принципа в сравниваемых правовых порядках, т.е. исследуются разнообразные воплощения правового принципа в правовом регулировании, или (б) непригодности правового принципа для сравниваемого правового порядка, здесь проблематизируется необходимость правового принципа, известные способы осуществления или общепринятое понимание правового принципа. В любом случае философско-юридический метод противодействует как догматическому насаждению некоторого правового регулирования в других правовых порядках, так и поспешным суждениям о сравнительной неразвитости правового порядка — ведь речь вовсе не о том, чтобы найти единственно правильное регулирование, а о том, чтобы увидеть в различиях источник правового развития.

Примером применения философско-юридического метода на уровне макросравнения является предложенная У. Маттеи классификация правовых систем, которая разграничивает три правовые семьи: семья профессионального права, семья политического права и семья традиционного права¹. Основанием этой классификации служит уровень правового развития, соответствующий сравнительной важности права как одного из регуляторов общественных отношений. Собственная позиция У. Маттеи относительно положенного в основу классификации признака видится неточной. Классификация якобы показывает, какой из основных социальных регуляторов (право, политика или традиция) господствует в данном обществе, при этом любая регулятивная система есть правовая система². Однако классификация различает

¹ Mattei U. Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal System // The American Journal of Comparative Law. 1997. Vol. 45. Iss. 1. P. 5–44.

² Ibid. P. 13, 19.

социальные регуляторы с юридической точки зрения, тем самым подразумевает регулятивное своеобразие правовой системы. Иными словами, ни политика, ни традиция как таковая не есть право, но лишь рассматривается как право, т.е. со стороны юридических функций соответствующей системы. Поэтому предложенная классификация сравнивает скорее не социальные регуляторы как разное право, а общественную значимость права как особого социального регулятора — от наименьшей в системах традиционного права до наибольшей в системах профессионального права.

Укоренившиеся преимущественно в западных странах системы профессионального права отличаются: (а) самостоятельностью юридической области общественных отношений, которая четко отделена от политической сферы, а также религии и нравственности¹. Помимо этой конституирующей особенности, характерными чертами систем профессионального права являются: (б) верховенство права, т.е. право считается основным методом регулирования общественных отношений и разрешения споров, (в) подчиненность праву не только простых граждан, но также власть имущих, (г) абстрактность права, т.е. применение заранее известных и всеобщих правил, которые учитывают лишь юридически значимые факты, абстрагируясь от прочих обстоятельств данного отношения, (д) разрешение спора считается игрой с нулевой суммой, когда одна сторона в проигрыше, другая выигрывает — цель состоит в защите правого и ответственности нарушителя, а не примирении сторон или общественной гармонии².

Системы политического права установились во многих развивающихся странах и странах с переходной экономикой, т.е. большей части государств Латинской Америки, Африки, а также большинстве восточноевропейских постсоциалистических стран, в том числе России³. Если в системах профессионального права юридические правила определяют течение политических процессов, то в системах политического права наоборот — применение юридических правил всегда ориентируется на политические процессы, причем как на высшем, так и низших уровнях принятия решений. Иначе говоря, (а) право как особый социальный регулятор подчинено политике⁴. Прочие признаки систем политического права включают (б) правовой иммунитет власть имущих, т.е. при-

¹ Mattei U. Op. cit. P. 23.

² Ibid. P. 25–26 (со ссылкой на Р. Шлезингера).

³ Ibid. P. 29–30.

⁴ Ibid. P. 28–29.

нудительная сила закона по умолчанию не применяется к представителям политической элиты, (в) преобладание неформальных способов принятия политических решений, (г) отсутствие независимых судов, (д) слабость или отсутствие демократии, (е) бюрократизация и плохое качество государственного управления, (ж) распространенность коррупции и (з) низкое качество юридического образования¹.

Семья традиционного права включает правовые системы исламских стран, Индии, Китая, Японии, большинства государств Юго-Восточной Азии, постсоветских государств Центральной Азии². Основной чертой систем традиционного права является (а) преобладающее влияние религиозных или нравственных представлений на правовое регулирование и правоприменение³. Системы традиционного права имеют также следующие особенности: (б) второстепенная роль профессиональных судов, т.е. функцию разрешения споров в основном выполняют неюридические социальные институты, (в) насильственные или поспешные правовые заимствования из западных правовых порядков, (г) составленное по западным образцам законодательство не пользуется общественной поддержкой, (д) выраженная иерархичность общественного устройства, (е) многочисленность и разнообразие обычаев, (ж) общественная гармония считается важнейшей ценностью, (з) разное правовое регулирование в городах и сельской местности⁴.

Классификация правовых систем по У. Маттеи одновременно избегает европоцентризма привычного разделения между правовыми семьями общего и романо-германского права (Р. Давид и др.) и культурологической перегруженности некоторых новаторских подходов вроде классификации правовых традиций П. Гленна, при этом допускает привлечение подобных критериев для выделения подсемей в рамках основных семей профессионального, политического и традиционного права. Основным преимуществом обсуждаемой классификации представляется удержание юридического фокуса в глобальном масштабе — классификация ясно показывает различия между правовыми семьями как разную степень осуществления правовых принципов. Важным выводом, среди прочих, оказывается сомнительность всемирной пригодности наличных образцов профессионального права — западные правовые системы не настолько развитые, чтобы быть универсаль-

¹ Mattei U. Op. cit. P. 28–31.

² Ibid. P. 32, 36.

³ Ibid. P. 36.

⁴ Ibid. P. 39.

ными. (Впрочем, никакой правопорядок данного места и времени не может претендовать на универсальность, поскольку действующее право не сводится к знанию.) Каждое общество ищет свой путь к праву. Правовые семьи не разделяются четкими границами, правовая система данной семьи может не иметь некоторых характерных свойств и (или) демонстрировать признаки другой правовой семьи, пусть как второстепенные — текучесть и изменчивость этой классификации хорошо отражает динамичность человеческой деятельности в области права.

На микроуровне сравнительного правоведения применение фило-софско-юридического метода иллюстрируется работой Дж. Гордли о юридической силе безвозмездных сделок¹. Поставленный вопрос представляется важным также для российского частного права, учитывая законодательную презумпцию возмездности договоров и разнообразные запреты дарений, в частности между коммерческими организациями (п. 3 ст. 423, ст. 575 Гражданского кодекса). Согласно Дж. Гордли, правовое регулирование безвозмездных сделок опирается на принципы уравнивающей справедливости и разумной щедрости в аристотелевском смысле². Под первым принципом Аристотель понимает равенство при обмене³, второй же разъясняет такими словами: «... щедрый будет давать во имя прекрасного и правильно: кому следует, сколько и когда следует, и так далее во всем, что предполагается правильным даянием...»⁴. Дж. Гордли прослеживает конкретизацию этих принципов в нормах немецкого, французского, отчасти английского, но главным образом современного американского частного права. Например, для юридической силы дарений нужно соблюсти нотариальную форму или иные формальности, которые позволяют дарителю лучше обдумать сделку, способствуя разумной щедрости и предотвращая мотовство. Однако дарения благотворительным учреждениям или ради иных достойных целей избавлены от обязательных формальностей — подобные дарения соответствуют принципу разумной щедрости без дополнительного обдумывания⁵.

Проведенное исследование проясняет в сравнительно-правовом ключе иногда чрезмерно запутанные правила американского частного права по данному предмету, показывает обычно используемые судами

¹ Gordley J. Enforcing Promises // California Law Review. 1995. Vol. 82. № 2. P. 547–614.

² Gordley J. Op. cit. P. 551–552.

³ Аристотель. Никомахова этика // Сочинения. В 4 т. Т. 4. М.: Мысль, 1983. С. 150, 152–153 (1131a, 1132a).

⁴ Там же. С. 122 (1120a25).

⁵ Gordley J. Op. cit. P. 558, 570–572, 574–576.

понятия встречного предоставления (*consideration*), опоры на обещание (*promissory reliance*), оферты и акцепта в свете правовых принципов разумной щедрости и уравнивающей справедливости. «Если мы объясним наши собственные судебные дела, — заключает Дж. Гордли, — то наши юридические учения будут выглядеть весьма похожими на учения континентального права, по правде говоря, очень похожими на издавна существовавшие учения континентального права. Это не означает, что мы, как юристы общего права, впустую тратили свое время. Наши собственные учения не отразили, тем более не служили удачным руководством для деятельности судов. Но, возможно, по этой причине они не сдерживали наши суды в подспудном следовании простому, хотя не высказанному принципу справедливости. Они создали исключительно богатое прецедентное право. Изучая эти дела, мы можем понять применение принципа даже лучше, чем континентальные юристы, которые однажды поняли этот принцип абстрактно, но написали только некоторые из его наиболее очевидных следствий. Аристотель всегда защищал свои принципы, подчеркивая, что они могут объяснить действия людей, которые поступали согласно этим принципам, хотя не могли сформулировать их абстрактно. Можно вообразить, как он указывает на американское право для подтверждения своих идей относительно щедрости и уравнивающей справедливости»¹.

Другим примером применения философско-юридического метода на уровне микросравнения служит статья Дж. Уитмэна об особенностях правовой защиты от вмешательства в личную жизнь в западноевропейских странах, а именно Франции и Германии, по сравнению с правовым регулированием в США². Исследование посвящено объяснению различий в применении правового принципа неприкосновенности частной жизни (*privacy*) — в российском праве данный принцип закреплен п. 1 ст. 23 Конституции. Для западноевропейской юриспруденции защита частной жизни неразрывно связана с охраной человеческого достоинства или чести. Напротив, в США неприкосновенность частной жизни рассматривается как одна из юридических гарантий свободы от государства.

«Континентальная защита частной жизни, — разъясняет Дж. Уитмэн, — по существу, является формой охраны права на *уважение* и *личное достоинство*. Ключевые континентальные права в этой области —

¹ Gordley J. Op. cit. P. 614.

² Whitman J. Q. The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty // The Yale Law Journal. 2004. Vol. 113. № 6. P. 1151–1221.

это *права на собственное изображение, имя и репутацию*, а также... право контролировать раскрываемую о себе информацию. Все они представляют собой тесно связанные разновидности одного основополагающего права: все эти права суть права на определение своего общественного образа (*public image*) – юридические гарантии, что люди будут видеть вас таким, каким вы хотите, чтобы вас видели... Основным врагом неприкосновенности нашей частной жизни, согласно этой континентальной теории, являются средства массовой информации...»¹. В США традиционное недоверие к государственному механизму заложило основу для иного понимания неприкосновенности частной жизни. «По существу, американское право на защиту частной жизни ... представляет собой свободу от государственного вмешательства, особенно в стенах своего дома... Поэтому американские опасения сравнительно слабо связаны с деятельностью средств массовой информации. На первый план выдвигаются опасения, относящиеся к поддержанию своего рода личного суверенитета в собственных стенах»².

Указанное различие общих подходов объясняет многочисленные особенности правового регулирования отдельных вопросов. Например, серьезность защиты персональных данных в западноевропейских странах противостоит сравнительной доступности кредитных историй и иных персональных данных потребителей для маркетингового использования в США³; принимаемые западноевропейскими правительствами меры против называния детей недостойными именами кажутся унижительными для американцев, привыкших почти к неограниченному произволу в данном отношении⁴; в западноевропейских странах частная жизнь защищается на рабочем месте более строго, чем в США⁵. Хотя все подобные различия являются относительными, они обнаруживают несхожесть восприятия одного юридического принципа в разных правовых порядках, подчеркивая практическую неустранимость позитивно-правового своеобразия. При этом не всегда уместно утверждать, будто данный правовой порядок хуже или менее развитый, чем другой. Дж. Уитмэн продолжает: «Что касается права, речь вовсе не идет о всемирно признанном воплощении разума или мудрости как

¹ Ibid. P. 1161 (сохранен курсив оригинала, сноска внутри цитаты опущена).

² Whitman J.Q. Op. cit. P. 1161–1162 (сноска внутри цитаты опущена).

³ Ibid. P. 1156–1157, 1190–1193.

⁴ Ibid. P. 1217–1219.

⁵ Ibid. P. 1194.

таковых... Право не будет работать как *право*, если оно, по мнению людей, не выражает основополагающих ценностей их общества»¹.

Философско-юридический метод сравнительного правоведения лишен недостатков прочих вышеизложенных методов, но сохраняет их достоинства. Подобно методам культурологического подхода, философско-юридический метод учитывает культурное измерение права, однако избегает упрощенческого объяснения правового регулирования как отражения других культурных явлений. Подобно методам инструментального подхода, философско-юридический метод раскрывает целесообразность права, однако противостоит подмене правовых целей на внеюридические цели. Наконец, подобно системному методу, философско-юридический метод рассматривает право в качестве самостоятельной системы, однако вместо воли законодателя как внешнего источника юридического развития находит внутренний системообразующий фактор правопорядка. Философско-юридический метод является основным методом сравнительного правоведения, которое стремится быть последовательно научным.

Заключение

Сравнительное правоведение изучает разные правопорядки в поиске наилучших для данного общества правовых решений — или налично существующих в одной или некоторых сравниваемых юрисдикциях, или теоретически конструируемых на основе полученных сравнительно-правовых выводов в качестве проекта правовой реформы. Поэтому сравнительное правоведение представляет собой, по существу, науку о юридических достижениях человечества. Сравнительное правоведение гармонично соединяет теоретические и практические знания: в отличие от философии права и общей теории права, сравнительное правоведение рассматривает правовые принципы не идеально чистыми, но воплощенными в позитивно-правовом материале; в отличие от догматической юриспруденции, сравнительное правоведение не связано случайностями действующего законодательства, будучи всегда обращенным к иностранному праву. Успешное сравнительное правоведение требует развитого правосознания, которое помогает сохранять ориентиры в интеллектуальном путешествии по бесконечно различающимся правопорядкам. Обратное также верно: занятие сравнительным правоведением развивает правосознание, потому что обучает юридической критике действующего права. Основной урок для постсоветской юриспруденции состоит в том,

¹ Ibid. P. 1168, 1220 (сохранен курсив оригинала).

что правовой способ регулирования общественных отношений является особой ценностью, которая тяжело достигается и легко теряется — однако смелость и настойчивость на трудном пути к праву вознаграждаются справедливостью, равенством и свободой в общественной жизни. Постсоветская юриспруденция должна быть философской.

Список литературы:

1. Алексеев С.С. Общая теория права. Курс в 2 т. Т. I. М.: Юридическая литература, 1981.
2. Антонов М.В. О системности права и «системных» понятиях в правоведении // Правоведение. 2014. № 1.
3. Аристотель. Никомахова этика // Сочинения. В 4 т. Т. 4. М.: Мысль, 1983.
4. Ван Хук М. Методология сравнительно-правовых исследований // Правоведение. 2013. № 3.
5. Варламова Н.В. Сравнительное правоведение: современные методологические подходы // Общественные науки и современность. 2014. № 2.
6. Гегель Г. Феноменология духа // Сочинения. Т. IV. М.: Изд-во социально-экономической литературы, 1959.
7. Гегель Г. Философия права. М.: Мысль, 1990.
8. Гегель Г. Энциклопедия философских наук. Т. I. Наука логики. М.: Мысль, 1974.
9. Дождев Д.В. Ars boni et aequi в определении Цельса: право между искусством и наукой // Труды Института государства и права РАН. 2016. № 4.
10. Иеринг Р. фон. Цель в праве. Т. 1. СПб., 1881.
11. История политических и правовых учений / под общ. ред. В.С. Нерсесянца. М.: Норма, 2000.
12. Карапетов А.Г. Экономический анализ права. М.: Статут, 2016.
13. Кант И. О поговорке «Может быть, это и верно в теории, но не годится для практики» // Сочинения. В 6 т. Т. 4. Ч. 2. М., 1965.
14. Кант И. Основы метафизики нравственности // Сочинения. В 6 т. Т. 4. Ч. 1. М.: Мысль, 1965.
15. Кожев А. Введение в чтение Гегеля. СПб.: Наука, 2003.
16. Левинас Э. Избранное. Тотальность и бесконечное. СПб.: Университетская книга, 2000.
17. Лисанюк Е.Н. Логические аспекты презумпций системности права // Правоведение. 2014. № 1.
18. Лотман Ю.М. Семиосфера. СПб.: Искусство-СПб, 2010.
19. Милкин-Скопец М.А. О равновесной теории разумности // Российский ежегодник сравнительного права. 2007. № 1. СПб.: Юридическая книга, 2008.
20. Михайлов А.М. Генезис континентальной юридической догматики. М.: Юрлитинформ, 2012.

21. Михаэльс Р. Функциональный метод сравнительного правоведения // Вестник гражданского права. 2010. № 1.
22. Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства. М.: Норма, 1999.
23. Нерсесянц В.С. Черновые наброски // Философия права в России: история и современность: материалы третьих философско-правовых чтений памяти академика В.С. Нерсесянца / отв. ред. В.Г. Графский. М.: Норма, 2009.
24. Оболонский А. Перекрестки российской истории: упущенные шансы // Общественные науки и современность. 1992. № 3.
25. Познер Р. Экономический анализ права. В 2 т. СПб.: Экономическая школа, 2004.
26. Савиньи Ф.К. фон. Система современного римского права. Т. I. М.: Статут, 2011.
27. Саидов А.Х. Типология и классификация правовых систем современности // Правоведение. 1985. № 2.
28. Сартр Ж.П. Бытие и ничто: опыт феноменологической онтологии. М.: Республика, 2000.
29. Сталев Ж. Сравнительный метод в социалистической правовой науке // Сравнительное правоведение: сб. статей / под ред. В.А. Туманова. М.: Прогресс, 1978.
30. Степанов Ю.С. Альтернативный мир, Дискурс, Факт и принцип Причинности // Язык и наука конца XX века / под ред. Ю.С. Степанова. М.: Ин-т языкознания РАН, 1995.
31. Финнис Дж. Естественное право и естественные права. М.: Мысль, 2012.
32. Франк С.Л. Духовные основы общества. М.: Республика, 1992.
33. Фромм Э. Бегство от свободы. М.: Прогресс, 1990.
34. Фуко М. Порядок дискурса // Фуко М. Воля к истине: по ту стороны власти, знания и сексуальности. Работы разных лет. М.: Касталь, 1996.
35. Хазагеров Г.Г., Лобанов И.Б. Риторика. Ростов-на-Дону: Феникс, 2004.
36. Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. I. Основы. Т. II. Договор, неосновательное обогащение, деликт. М.: Международные отношения, 2000.
37. Цвайгерт К., Путтфаркен Г. О возможности сравнения сходных правовых институтов в различных социальных системах // Очерки сравнительного права: сборник. М.: Прогресс, 1981.
38. Coleman J.L. Methodology // The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law / ed. by J. Coleman, S. Shapiro. Oxford: Oxford University Press, 2011.
39. Cotterrell R. Comparative Law and Legal Culture // The Oxford Handbook on Comparative Law. Oxford: Oxford University Press, 2006.
40. Curran V.G. Cultural Immersion, Difference and Categories in U.S. Comparative Law // The American Journal of Comparative Law. 1998. Vol. 46. Iss. 1.
41. Dau-Schmidt K.G., Brun C.L. Lost in Translation: The Economic Analysis of Law in the United States and Europe // Columbia Journal of Transnational Law. 2006. Vol. 44. № 2.

42. Derrida J. Force of Law: The «Mystical Foundation of Authority» // *Cardozo Law Review*. 1990. Vol. 11. № 5–6.
43. *Doing Business in 2004: Understanding Regulation*. The World Bank: Washington, 2004.
44. Garoupa N., Ginsburg T. Economic analysis and comparative law // *The Cambridge Companion to Comparative Law* / ed. by M. Bussani, U. Mattei. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
45. Glenn H.P. Comparative Legal Families and Comparative Legal Traditions // *The Oxford Handbook on Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006.
46. Glenn H.P. *Legal Traditions of the World*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
47. Gordley J. Comparative Law and Legal History // *The Oxford Handbook on Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006.
48. Gordley J. Enforcing Promises // *California Law Review*. 1995. Vol. 82. № 2.
49. Gordley J. The functional method // *Methods of Comparative Law* / ed. by P.G. Monateri. Cheltenham: Edward Elgar, 2012.
50. Gordley J. *The Jurists. A Critical History*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
51. Großfeld B. Comparatists and languages // *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions* / ed. by P. Legrand, R. Munday. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
52. Habermas J. *Between facts and norms: contribution to a discourse theory of law and democracy*. Cambridge: MIT Press, 1996.
53. Harnay S., Kirat T. Law and Economics in 20th-century Europe: History and Methodology. Introduction // *History of Economic Ideas*. 2015. Vol. XXIII. № 3.
54. Jansen N. Comparative Law and Comparative Knowledge // *The Oxford Handbook of Comparative Law* / ed. by M. Reimann, R. Zimmermann. Oxford: Oxford University Press, 2006.
55. Kerhuel A.-J., Fauvarque-Cosson B. Is Law an Economic Contest? French Reactions to the Doing Business World Bank Reports and Economic Analysis of Law // *The American Journal of Comparative Law*. 2009. Vol. 57. Iss. 4.
56. Legrand P. The same and the different // *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions* / ed. by P. Legrand, R. Munday. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
57. Legrand P. What Legal Transplants? // *Adapting Legal Cultures* / ed. by D. Nelken, J. Feest. Oxford—Portland, Oregon: Hart Publishing, 2001.
58. Lasser M. The question of understanding // *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions* / ed. by P. Legrand, R. Munday. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
59. Luhmann N. *Law as a social system*. Oxford: Oxford University Press, 2008.
60. Mattei U. Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal System // *The American Journal of Comparative Law*. 1997. Vol. 45. Iss. 1.

61. Merryman J.H., Pérez-Perdomo R. The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America. Stanford: Stanford University Press, 2007.
62. Michaels R. Comparative Law by Numbers? Legal Origins Thesis, Doing Business Reports, and the Silence of Traditional Comparative Law // *The American Journal of Comparative Law*. 2009. Vol. 57. Iss. 4.
63. Nicita A., Benedettini S. Towards the economics of comparative law: the Doing Business debate // *Methods of Comparative Law* / ed. by P.G. Monateri. Cheltenham: Edward Elgar, 2012.
64. Parisi F., Luppi B. Quantitative methods in comparative law // *Methods of Comparative Law* / ed. by P.G. Monateri. Cheltenham: Edward Elgar, 2012.
65. Rabel E. Das Recht des Warenkaufs. Eine rechtsvergleichende Darstellung. Bd. 1, 2. Berlin: Walter de Gruyter, 1957–1958.
66. Sacco R. Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law. Installments I, II // *The American Journal of Comparative Law*. 1991. Vol. 39. № 1, 2.
67. Samuel G. An Introduction to Comparative Law Theory and Method. Oxford: Hart Publishing, 2014.
68. Samuel G. English Private Law: Old and New Thinking in the Taxonomy Debate // *Oxford Journal of Legal Studies*. 2004. Vol. 24. № 2.
69. Samuel G. Can Gaius Really Be Compared to Darwin // *International and Comparative Law Quarterly*. 2000. Vol. 49. Iss. 2.
70. Smits J.M. Convergence of Private Law in Europe: Towards a New Ius Commune? // *Comparative Law. A Handbook* / ed. by E. Örüçü, D. Nelken. Oxford: Hart Publishing, 2007.
71. Teubner G. Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences // *The Modern Law Review*. 1998. № 61.
72. Watson A. Legal Transplants: An Approach to Comparative Law. Athens: University of Georgia Press, 1993.
73. Whitman J.Q. The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty // *The Yale Law Journal*. 2004. Vol. 113. № 6.
74. Zimmermann R. Comparative Law and the Europeanization of Private Law // *The Oxford Handbook on Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006.
75. Zimmermann R. The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition. Oxford: Oxford University Press, 1996.