

МЕТОДИКА СРАВНИТЕЛЬНЫХ ИССЛЕДОВАНИЙ

Метод в сравнительном праве: контекстуальный подход

Уве Кишель*

Беглый анализ имеющихся работ обнаруживает несоответствие между практикой сравнительного права, в которой серьёзно доминирует традиционный, функциональный подход, и отдельными академическими взглядами на методологию, сожалеющими о недостатке теории сравнительного права. В методологической литературе не только критикуются многие аспекты традиционного подхода, но зачастую акцентируется внимание на предположительном отсутствии теоретической базы. На этом основании утверждается, что сравнительное право должно учиться у социологической науки, осваивать её приёмы, методы, модели. И, похоже, это главное, что беспокоит критиков. Они отрицают существующие методы традиционного сравнительного права, поскольку только аналитические методы социальных наук представляются им теоретически убедительными и достаточными. Эта идеологическая позиция фактически пытается привести в сравнительное право долгие споры о методологии, существовавшие между различными школами социальных наук, и в результате объявить только одну из них действительной. В конце концов, у традиционных компаративистов и их критиков разное мышление: традиционалисты просто и прагматично ведут поиск практических реалистичных решений по интересующим их вопросам, тогда как многие критики занимают аналитическую позицию и просят предложить такой метод, который будет всегда детально соблюдаться и давать ответы на более широкие, желательно критические и по большей части абстрактные вопросы. Современным ответом на спорный предмет является сравнительное контекстуальное право, в котором обеспечивается практический и прагматический подход к практике сопоставления права. Оно основано на традиционном функционализме. При этом сохраняются его основные идеи и исключаются сугубо функциональные проблемы и ограничения. Методологическая основа – это герменевтика, дающая дополнительное преимущество в виде чёткого описания типичного процесса, который применяет большинство опытных компаративистов: постепенное продуманное освоение иностранной правовой системы и правовой среды; поиск атмосферы, стиля, правовых и иных характеристик; исходное желание развить интуицию, позволяющую компаративисту избежать типичных ловушек изучаемой темы и лучше понять, как действует иностранное право в определённом контексте.

→ Сравнительное право; сравнительное контекстуальное право; сравнительно-правовые методы; функционализм; герменевтика; практика

DOI: 10.21128/1812-7126-2020-2-18-32

Если обратиться к некоторым современным работам по сравнительному праву в целом и по его методологии в частности, может создаться впечатление, что чрезвычайно сложно, даже невозможно заниматься сравнительным

правоведением, работать с иностранным правом и, соответственно, понимать его. Однако такое впечатление не согласуется с повседневным опытом значительного числа компаративистов: большинство экспертов, признавая типичные проблемы сравнительного пра-

* *Уве Кишель* — доктор права, LL.M. (Йельский университет), адвокат (г. Нью-Йорк), профессор кафедры публичного, европейского и сравнительного права (Северо-Восточная Европа) — Фонд Меркатор, Грайфсвальдский университет имени Эрнста Морица Арндта, Германия (e-mail: kischel@uni-greifswald.de). Перевод с французского *Галеевой Ирины Сергеевны*. Статья основана на выступлении автора на Генеральной ассамблее Общества сравнительного законодательства

9 июля 2015 года. Автор благодарит Мари-Каролин Аррето, докторанта, преподавателя-исследователя по срочному трудовому договору Университета Париж 1 Пантеон-Сорбонна, за лингвистическую правку письменной версии. Публикацию на французском языке см.: *Kischel U. La méthode en droit comparé. L'approche contextuelle // Revue internationale de droit comparé. Vol. 68. 2016. No. 4. P.907–926.*

ва, тем не менее приходят к приемлемым результатам. Конечно, они допускают, что могут время от времени совершать ошибки; но у них также есть ощущение достаточного понимания иностранного права, и они знают, что делают. Действительно, было бы хорошо, если бы теоретические усилия, направленные на совершенствование методологии, несмотря на их неоспоримый интеллектуальный вклад, были больше ориентированы на практику, больше пользовались здравым смыслом и меньше терялись в идеологических битвах. Контекстуальный подход нацелен на претворение в жизнь этого идеала, на выработку практичного и прагматичного подхода к сравнительному методу, а также на его защиту на методологическом уровне¹.

1. Современная дискуссия о методологии

Дискуссия о методологии в сравнительном праве сохраняет остроту². Однако это наблюдение не является ни удивительным, ни новым. Дискуссия продолжается уже не менее тридцати лет³. Ещё в 1985 году Г. Франкен-

берг выразил то, что стало характерным для большей части литературы о методологии, — основательную критику традиционного, то есть функционального, метода, сформулированного Цвайгертом и Кётцем в их фундаментальной работе «Введение в сравнительное право»⁴. Сегодня дискуссия также далека от разрешения, как и в 1980-е годы. Ясно только одно: времена, когда компаративист мог просто расположить рядом слова различных сводов законов и назвать эти попытки «сравнительным правом», окончательно прошли. Трудно даже признать, что такой упрощённый подход когда-либо существовал⁵.

В литературе по методологии сравнительного права заметно не только некоторое преобладание английского языка, но и господство методологических идей, которые происходят — вряд ли это можно отрицать — из типично американских правовых концепций, то есть производны от реализма в широком смысле⁶. Есть много требований к более тщательной теоретической проработке изучаемых вопросов, а также призывов к использованию междисциплинарных подходов и методов, принятых в общественных науках; призывы эти отрицают автономию правовой мысли. Компаративист, ищущий идеи и решения для своей практической работы, часто оказывается перед лицом подобных идей в замешательстве, которое ещё более усугубляется самим стилем некоторых работ. В основном именно

¹ Контекстуальный подход детально разработан и применяется в различных правовых системах мира, см.: *Kischel U. Rechtsvergleichung*. München : C. H. Beck, 2015. Passim, в частности § 3, выноска 1 и след.

² См., например, недавнее: *Samuel G. An Introduction to Comparative Law Theory and Method*. Oxford : Hart Publishing, 2014; *Siems M. Comparative Law*. 2nd ed. Cambridge : Cambridge University Press, 2014. P. 13 и след., 95 и след. См. также: *The Method and Culture of Comparative Law: Essays in Honour of Mark Van Hoecke* / ed. by M. Adams, D. Heirbaut. London : Hart Publishing, 2014; в сравнительном конституционном праве см.: *Hirschl R. Comparative Matters*. Oxford : Oxford University Press, 2014. P. 224 и след.

³ См.: *Demleitner N. V. Combating legal ethnocentrism: Comparative law sets boundaries* // *Arizona State Law Journal*. Vol. 31. 1999. No. 3. P. 737–762; *Frankenberg G. Critical comparisons: Re-thinking comparative law* // *Harvard International Law Journal*. Vol. 26. 1985. No. 2. P. 411–455; *Chodosh H. E. Comparing comparisons: In search of methodology* // *Iowa Law Review*. Vol. 84. 1999. No. 5. P. 1025–1038; *Reimann M. The progress and failure of comparative law in the second half of the twentieth century* // *American Journal of Comparative Law*. Vol. 50. 2002. No. 4. P. 671–700; *Constantinesco L.-J. Rechtsvergleichung*. Bd. III: *Die rechtsvergleichende Wissenschaft*. Köln : Carl Heymann Verlag, 1983. S. 51 и след.; *Michaels R. The functional method of comparative law* // *The Oxford handbook of compara-*

tive law / ed. by M. Reimann, R. Zimmermann. Oxford : Oxford University Press, 2006. P. 339–382; *Sacco R. Legal formants: A dynamic approach to comparative law* // *American Journal of Comparative Law*. Vol. 39. 1991. No. 1–2. P. 1–34, 343–401.

⁴ *Zweigert K., Kötz H. Einführung in die Rechtsvergleichung*. 3. Aufl. Tübingen : Mohr, 1996. S. 33 и след.

⁵ Описание прошлых подходов, которые рассматривали сравнительное право как чисто описательное и которые исключали любой вопрос о причинах различий и действительных последствий в обществе, см.: *Drob-nig U. Rechtsvergleichung und Rechtssoziologie* // *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ)*. Vol. 18. 1953. S. 295–309.

⁶ О связи между критикой и юридическим реализмом см., например: *Gerber D. J. System dynamics: Toward a language of comparative law?* // *American Journal of Comparative Law*. Vol. 46. 1998. No. 4. P. 719, 733; о характеристиках юридического реализма см., например: *Singer J. W. Legal realism now* // *California Law Review*. Vol. 76. 1988. No. 2. P. 465–542; *Kischel U. Rechtsvergleichung*. § 5 выноска 254 и след.

постмодернистские авторы (хотя и не только они) склоняются к использованию сложного, даже непонятного языка. В таких фразах, как «Компаративист должен рассматривать закон как многозначный символ, который в том числе означает культурный, политический [sic] и социологический... объект»⁷ или «Всегда остаётся непреодолимый элемент автохтонности, ограничивающий гносеологическую способность к инкорпорации нормы в другую юрисдикцию»⁸, есть смысл, если принять постмодернистскую идею о том, что сложность — это единственный способ, с помощью которого можно системно представить явление, которое воспринимается как сложное⁹. Всё же не только практикующие юристы (в области сравнительного права) неохотно поддерживают эту тенденцию. Как заметил один известный английский компаративист: «Некоторые учёные, похоже, наслаждаются созданием “языка”, который непонятен для всех, кроме посвящённых»¹⁰.

Две других особенности методологической дискуссии поражают компаративиста-практика. Во-первых, примечательно, что критика традиционного метода, какой бы резкой она ни была, часто не сопровождается альтернативой, то есть конкретным и позитивным предложением, как сделать лучше. Конечно, альтернативные методы существуют¹¹, но в большинстве случаев они предлагаются не этими авторами. Во-вторых, чем более основательной становится критика функциона-

лизма, тем меньше становится исследований компаративистов, которые пытаются добиться большего. Возможно даже, что те самые эксперты, которые относятся к функционализму сдержанно, не действуют принципиально иначе, когда просто *занимаются* сравнительным правом¹².

2. Критика традиционного подхода

Если более внимательно посмотреть на критику традиционного подхода, которая составляет существо большей части методологической литературы по сравнительному праву, то можно увидеть два разных уровня: детальная критика функционализма и более общая критика основополагающей позиции традиционного подхода.

2.1. Детальная критика функционализма

Прежде всего противники функционализма критикуют отдельные аспекты этого метода. Так, само понятие «функция», то есть представление о том, что право служит для рационального решения некоторых социальных проблем, представляется им сомнительным. Они настаивают, что такая функция не может быть разумно определена. Норма в действительности может иметь разные функции. Важно представлять себе, для кого и против кого норма выполняет функцию, с учётом каких ценностей и кто их определяет, как и с каким результатом¹³. Действительно, в отношении свободы выражения мнения, например, очень важно знать, служит ли данная свобода для защиты права на достоинство и на развитие личности — такой уклон есть в Германии; или она служит преимущественно, чтобы со-

⁷ *Legrand P.* The Impossibility of “Legal Transplants” // *Maastricht Journal of European and Comparative Law*. Vol. 4. 1997. No. 2. P. 111–124, 116.

⁸ *Ibid.* P. 118.

⁹ О таком подходе см.: *Arnaud A.-J.* Some challenges to law through post-modern thought // *Rechtstheorie*. Bd. 19. 1998. XVI. S. 157–160, 160.

¹⁰ *Markesinis B.S.* Comparative law in the courtroom and classroom. Oxford : Hart Publishing, 2003. P. 52; ещё более негативное описание таких тенденций в социальных науках см.: *Popper K.R.* Against big words // *Popper K.R.* In Search of a Better World: Lectures and Essays form Thirty Years. London : Routledge, 1995. P. 82–98, 86, 94: «К сожалению, многие социологи, философы и другие учёные воспринимают в качестве своей задачи то, как из простого сделать сложное, а из банального — трудное для восприятия. Они этому обучились ранее и сейчас обучают других делать то же самое. С этим ничего нельзя поделать» (*Ibid.* P. 94).

¹¹ См. подробнее: *Kischel U.* Rechtsvergleichung. § 3, выноска 31 и след.

¹² См.: *Legrand P.* *Alterity: About Rules, For Example // Themes in Comparative Law: In Honour of Bernard Ruden / ed. by P. Birks, A. Pretto.* Oxford : Oxford University Press, 2002. P. 21–34; другой пример со стороны постмодернизма см., например: *Menski W.* *Hindu Law: Beyond Tradition and Modernity.* New Delhi : Oxford University Press, 2003. *Passim*, который называет себя «постмодернистом» (*Ibid.* P. 545).

¹³ См.: *McDougal M.S.* The comparative study of law for policy purposes: Value clarification as an instrument of democratic world order // *International Law in Comparative Perspective / ed. by W.E. Butler.* Alphen aan den Rijn, Netherlands : Sijthoff & Noordhoff, 1980. P. 191–226, 219, примечание 24.

хранять свободный рынок идей, как в США¹⁴; или мы ассоциируем свободу выражения мнения с фашистской и мракобесной пропагандой¹⁵; или же мы смотрим на неё не с индивидуалистической точки зрения, а как на инструмент для формирования общественного мнения, на возможность продвижения социалистического порядка¹⁶. Кроме того, критики настаивают, что чаще всего закон не решает определённую проблему рациональным образом. Например, закон может быть неэффективным или символическим, может потерять свою функцию или непреднамеренно приобрести новые функции¹⁷. Наконец, кажется сомнительным утверждение некоторых функционалистов, что нельзя сравнивать нормы, функции которых не совпадают, поскольку это исключало бы из анализа любую функцию, которая не является универсальной, а зависит от структуры общества или концепции государства¹⁸.

Упомянем другие критические замечания, не вдаваясь в подробности. Функционализм, по мнению некоторых критиков, не даёт информации о процессе познания, о задействованных при исследовании приёмах¹⁹. В отличие от других наук, таких как теология или социология, сравнительное правоведение не разработало теорий сравнения; так, им не рассматриваются основополагающие вопросы, например, о том, что такое сравнение или каковы условия сравнимости²⁰. Сравнительно-правовую практику критикуют, потому что она сосредоточена на описании, а не на сравнении как таковом²¹. Культурный контекст не играет надлежащей роли²². Нейтральность, к которой должен стремиться функционалист, не всегда является необходимой, если её вообще можно достичь²³.

Критика функционализма касается не только отдельных аспектов, но и общего «фона». Так, функционализм упрекают за то, что он больше фокусируется на единстве, чем на разнообразии: интересуется общими чертами, а не различиями сравниваемых объектов вплоть до знаменитой презумпции сходства (лат.: *praesumptio similitudinis*)²⁴. Функционализм также критикуют за то, что он сосредоточен только на нормах и на законе и выглядит как позитивистская конструкция, а не

¹⁴ О таких тенденциях, например, см.: *Kommers D.P.* Kann das deutsche Verfassungsrechtsdenken Vorbild für die Vereinigten Staaten sein? // *Der Staat*. Bd. 37. 1998. Н. 3. S. 335–347, 338 и след.; *Brugger W.* Der moderne Verfassungsstaat aus Sicht der amerikanischen Verfassung und des Grundgesetzes // *Archiv des öffentlichen Rechts*. Bd. 126. 2001. Н. 3. S. 337–402, 359 и след. О влиянии достоинства личности в европейском и американском сравнительном праве см. в работе: *Whitman J.Q.* The two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty // *Yale Law Journal*. Vol. 113. 2004. No. 6. P. 1151–1221. *Passim*.

¹⁵ Об этой тенденции см.: *Nussberger A.* Die Frage nach dem tertium comparationis: Zu den Schwierigkeiten einer rechtsvergleichenden Analyse des russischen Rechts // *Recht in Ost und West*. Bd. 42. 1998. Н. 3. S. 81–88, 83.

¹⁶ О социалистической теории см.: *Sommermann K.-P.* Funktionen und Methoden der Grundrechtsverglei- chung // *Handbuch der Grundrechte*. Bd. I / D. Merten, H.-J. Papier (Hrsg.). Heidelberg : C. F. Müller, 2004. S. 631–678. § 16, примечание 59. Об основных правах при социализме см.: *Brunner G.* Grundrechtstheorie im Marxismus-Leninismus // *Ibid.* S. 523–562. § 13, примечание 49 и след.

¹⁷ См.: *Brand O.* Conceptual Comparisons: Towards a Coherent Methodology of Comparative Legal Studies // *Brooklyn Journal of International Law*. Vol. 32. 2007. No. 2. P. 405–466, 415 и след.

¹⁸ *Husa V.J.* Farewell to functionalism or methodological tolerance? // *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RebelsZ)*. Bd. 67. 2003. Н. 3. S. 419–447, 431; *Brand O.* Op. cit. P. 417; о взаимосвязанности национальных проблем и потребностей в данных см.: *Constantinesco L.-J.* Op. cit. S. 54 и след.

¹⁹ *Husa V.J.* Op. cit. P. 433.

²⁰ См.: *Reimann M.* Op. cit. P. 689 и след.; о сравнении в разных дисциплинах см.: *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. 305–338, 318 и след.

²¹ См.: *Chodosh H.E.* Op. cit. P. 1056 и след.; *Tschentscher A.* Dialektische Rechtsvergleichung: Zur Methode der Komparistik im öffentlichen Recht // *Juristenzeitung*. Bd. 62. 2007. Н. 17. S. 807–816, 810, 812.

²² *Gerber D.J.* Op. cit. P. 722; *Husa V.J.* Op. cit. S. 428.

²³ См.: *Tschentscher A.* Op. cit. S. 811 и след.; *Chodosh H.E.* Op. cit. P. 1050 и след.

²⁴ См.: *Grosswald Curran V.* Cultural immersion, difference and categories in U.S. comparative law // *American Journal of Comparative Law*. Vol. 46. 1998. No. 1. P. 43–92, 67 и след.; *Grosswald Curran V.* Dealing in Difference: Comparative Law's potential for broadening legal perspectives // *American Journal of Comparative Law*. Vol. 46. 1998. No. 4. P. 657–668, 666; *Legrand P.* The return of the repressed: Moving comparative legal studies beyond pleasure // *Tulane Law Review*. Vol. 75. 2001. No. 4. P. 1033–1052, 1033 и след.; *Frankenberg G.* Op. cit. P. 436 и след.

реалистская²⁵. Кроме того, функционализм считается непригодным для определённых видов исследований, например, связанных с правовым трансфером, сравнением правовых культур или сравнительным анализом развития проблемы и её решения²⁶. Некоторые считают, что функционализм упускает «большие вопросы», в решение которых компаративисты могли бы внести вклад своими более частными результатами. Такими «большими вопросами» могли бы стать вопросы основной структуры, сущности и развития права, взаимоотношений между правом и экономикой, правом и обществом или прогнозы о будущих действиях субъектов права²⁷. Наконец, критикуется изолированное положение как отдельных специализаций внутри традиционного сравнительного права²⁸, так и его самого — от других гуманитарных наук, особенно в методологическом плане²⁹.

2.2. Недостаток «теории»

2.2.1. Общественные науки в помощь сравнительному правоведению

Часто данная критика основана на упреке в отсутствии метода, теории, размышлений о методологии в традиционном сравнительном праве. Вместо опоры на обычный здравый смысл предлагается использовать более сильные в теоретическом плане подходы³⁰: сравнительное право должно воспринять техники, методы, модели общественных наук, коротко говоря — теорию, разработанную этими науками. На первый взгляд, такая позиция может поставить компаративиста, использующего традиционный подход, в тупик. В кон-

це концов, у него есть свой хороший метод: чтобы сравнить правовой вопрос в двух юрисдикциях, он как можно более полно исследует принятые решения и их последствия в каждой юрисдикции, отмечает сходства и различия, чтобы потом найти их юридические, политические, социальные и другие смыслы. Речь идёт о последовательных шагах, предпринимаемых для достижения конкретной цели и получения выводов, по крайней мере, субъективно новых. Это по определению хороший метод. В чём же тогда проблема? Критики сожалеют, что неизвестно, как великие компаративисты, такие как Эрнст Рабель, пришли к своим результатам³¹, и что традиционный сравнительный подход является скорее индивидуальным, чем системным. Казалось бы, можно предположить, что критик хочет найти нечто вроде кулинарного рецепта, который позволит юристу просто следовать определённому плану, выполняя некие пункты один за другим, чтобы провести интересное, творческое, современное и проливающее свет на проблему сравнительно-правовое исследование. Но такое представление о науке было бы всё же вне всякой реальности. Метод — это не просто кулинарный рецепт, который позволил бы исследователям — в области естественных, общественных наук и правоведения — открывать что-то новое и приобретать глубокие знания. Наоборот, отправным пунктом часто является интересная идея, гипотеза, вдохновение. Похоже, что критики традиционного метода всё же осознали это. Потому что те авторы, которые пытались — с большой оговоркой — представить инструкцию для сравнительного права³², были просто проигнорированы критикой. Так что же это за метод или теория, которых так не хватает критикам?

Современная критика традиционного сравнительного права очень похожа на ту, которая звучала в исторической науке 1970-х годов. Дискуссии об исторических методах и теории могут легко служить руководством для лучшего понимания ситуации в сравни-

²⁵ Frankenberg G. Op. cit. P. 421, 433, 445; Gerber D. J. Op. cit. P. 722, 725 и след., 733.

²⁶ См.: Michaels R. Op. cit. P. 341; Brand O. Op. cit. P. 417, 420.

²⁷ См.: Reimann M. Op. cit. P. 697 и след.

²⁸ См.: Reimann M. Op. cit. P. 687 и след.; Gerber D. J. Op. cit. P. 722 и след.; Riles A. Wigmore's treasure box: Comparative law in the era of information // Harvard International Law Journal. Vol. 40. 1999. No. 1. P. 221–284, 230 и след.

²⁹ В этом смысле см.: Samuel G. Op. cit. Passim, например, p. 5, 23 и след., 79; Jansen N. Op. cit. P. 318 и след.; Michaels R. Op. cit. P. 344 и след.

³⁰ См., например, недавнее Samuel G. Op. cit. P. 19 и след.

³¹ Markesinis B. S. Op. cit. P. 22.

³² См., например: Constantinesco L.-J. Rechtsvergleichung. Bd. II: Die rechtsvergleichende Methode. Köln: Carl Heymanns Verlag, 1972. S. 137 и след.; De Cruz P. Comparative law in a changing world. 3rd ed. London: Routledge, 2007. P. 242 и след.

тельном праве. Некоторые авторы отмечали потребность исторической науки в большей теории, то есть необходимость размышлений о методологических условиях научной работы, позволяющих преодолеть наивную веру в силу подхода, опирающегося исключительно на здравый смысл при анализе данных. Как утверждалось, история могла бы поучиться у общественных наук. Можно было бы учесть приёмы исследования, методы для разработки гипотез и моделей, а также специальные теории, разработанные в этих науках³³. Эти тезисы покажутся хорошо знакомыми любому компаративисту, который следил за методологической дискуссией последних десятилетий. Действительно, фон такой же: аналитические модели общественных наук, заимствованные из наук естественных, объявляются единственно научными. Следовательно, сравнительное правоведение (как и история), действующее не аналитически, а феноменологически и герменевтически, почти автоматически представляется существующим без метода, без теории, а значит, без ценности³⁴ — и только общественные науки спасут сравнительное право.

2.2.2. Немного теории науки: аналитические и исторические вопросы

В конце концов, запрос на аналитические методы, исключая все другие, является сильно идеологизированным. Обычно аналитический вопрос отталкивается от современных проблем и направлен на их решение. Необходимо объединить различные исследования, поместить их в контекст этой проблемы и проанализировать, являются ли они истинными или ложными. Другими словами, идеи анализируются в свете наших текущих знаний, а не в их контексте, например, историческом³⁵. Например, когда мы читаем «Утопию» Томаса Мора, может возникнуть аналитический вопрос, должна ли женщина действительно под-

чиняться мужчине и должна ли наказываться смертью супружеская измена; ответ здесь ясен. Напротив, исторический вопрос — встречающийся во многих гуманитарных науках — не рассматривает высказывания прошлого только как вклад в решение конкретной проблемы, который может быть принят или отклонён, но приступает к обсуждению этих высказываний как таковых, то есть без предварительной оценки. Таким образом, в примере с «Утопией» не возникает вопрос, является ли позиция Мора истинной или нет, приемлемой или нет; его позиция рассматривается в современном ему контексте, времени и значении, с учётом соответствующих окружающих условий — одним словом, исторически. Конкретный исторический вопрос может, например, касаться того, в чём мысль Мора была новой или революционной. Другие примеры можно найти в музыковедении или истории искусства, где аналитические вопросы — например, о том, кто делал лучшую музыку, «Rolling Stones», Майлз Дэвис или Моцарт, — на первый взгляд оказываются бессмысленными.

Идеология выступает на передний план, особенно в дискуссиях после 1968 года, как результат осознания того, что исторический вопрос никогда не является «критическим» в том смысле, что, опираясь на него, исследователь не рассматривает, например, Средневековье с использованием современных концепций (эмансипация, права человека), не оценивает предмет исследования с современной точки зрения и не пытается напрямую делать выводы для решения текущих проблем. Исторический подход позволяет понять другого как другого, воспринять его как такового. При таком подходе неинтересно историческое изменение современных проблем, исследования не ориентированы на какие-то заранее определённые интересы. Критика, вытекающая из аналитического подхода, ясна и хорошо сформулирована в исторической науке: «Слишком часто исторический подход, который не желает ничего, кроме понимания, приводил к положительной оценке истории, преклонению перед нормативной силой фактов и, таким образом, утверждению *status quo* в обществе и политике. <...> Другими словами, он позволял в течение очень долгого времени... игнорировать или отрицать то, что прошлое может и должно быть проанализи-

³³ См. кратко: *Rürup R. Zur Einführung // Historische Sozialwissenschaft / R. Rürup (Hrsg.). Göttingen : Verlag Vandenhoeck & Ruprecht, 1977. S. 5–15, 8 и след.*

³⁴ См., например, недавнее: *Samuel G. Op. cit. P. 19 и след.*

³⁵ Об этой разнице см. подробнее: *Seiffert H. Einführung in die Wissenschaftstheorie. Bd. II. 1. Aufl. München : C. H. Beck, 2006. S. 57 и след., 234 и след.*

ровано с современной теоретической точки зрения»³⁶.

Разница между аналитическим и историческим вопросами обычно проявляется в различии методов. Для аналитических вопросов важны такие методы, как индукция и дедукция, моделирование, статистика и оценка эффективности (экономический анализ права). Однако для исторических вопросов больше подходит герменевтика³⁷. К тому же эти вопросы требуют феноменологического подхода, в рамках которого исследователи пытаются понять и описать, насколько это возможно, конкретное явление, целостно и без ссылки на заранее определённые категории. В этом смысле герменевтика, как и история, фактически не имеет теории: ей не хватает идей и качественных конструкций, которые могли бы объяснить всю историю, помочь взглянуть на неё (только) под современным углом и подчинить единой и абстрактной системе понятий и категорий. Поэтому герменевтика, будучи неаналитической наукой, даже не пытается посмотреть, например, на всю историю как на выражение борьбы классов, как на борьбу между культурами, как на господство мужского мышления или как на экономический прогресс. Это отсутствие теории становится ещё более очевидным, когда от любой теории начинают требовать «объясняющей силы», которая уже не появляется в альтернативных данных, сопровождающих соответствующую вероятность («60 % людей...»)³⁸. Действительно, чем более реально объяснение, тем вероятнее, что от него откажутся аналити-

ческие общественные науки. Дарендорф об этом писал: «Насколько возможно, предположения, на которых основываются научные теории, становятся “реалистичными”, дифференцированными, ограниченными, неоднозначными; но точно так же они запрещают выведение конкретных объяснений и прогнозов. В этом смысле лучше те теории, предположения которых нереалистичны, то есть являются более стилизованными, точными и ясными»³⁹.

3. Ответ контекстуального подхода

Поводя итог вышесказанному, заметим, что компаративист может оставаться спокойным и невозмутимым перед критикой, которая сосредоточена на отсутствии теоретизации и которая рассматривает аналитические методы общественных наук как панацею. Прежде всего, существование почтенного герменевтического метода с лёгкостью показывает, что аналитические методы не могут претендовать на то, чтобы быть единственно научными или навязывать свой подход и образ мышления другим отраслям науки. Во-вторых, аналитические методы являются далеко не единственно принятыми, даже в социологии. Напротив, и другие методы признаются по крайней мере равноценными. Например, когда Учёный совет Германии в 2008 году объявил девять из 256 научных организаций в области социологии «отличными», среди них оказались те, кто проводил как количественные, так и качественные исследования и использовал как герменевтические методы, так и теорию систем; среди лидеров оказались даже прагматические синкретисты⁴⁰. Упрёк в работе без теории и без метода — это упрёк, ко-

³⁶ Wehler H.-U. Einführung // Geschichte und Soziologie / H.-U. Wehler (Hrsg.). 2. Aufl. Königstein im Taunus : Athenäum, 1984. S. 11, 20 («Zu oft hat auch die bloße Verstehenslehre des Historismus dazu geführt, daß sich die Geschichte sowohl auf zustimmendes Nachempfinden beschränkt, als auch mit einem bereitwilligen Kniefall vor der normativen Kraft des Faktischen den jeweiligen Status quo in Gesellschaft und Politik gebilligt hat. Anders gesagt: sie hat sich zu lange mit der Interpretation intentionalen Handelns mit Hilfe zeitimmanenter Maßstäbe [...] zufrieden gegeben, aber übersehen bzw. gelehnet, daß Vergangenheit auch jeweils unter den theoretischen Gesichtspunkten von heute aufgeschlüsselt werden muß und kann»).

³⁷ См. об этом подробнее: Seiffert H. Op. cit. S. 41 и след., 69 и след., 197 и след.

³⁸ См., в частности: Darendorf R. Pfade aus Utopia: Zur Theorie und Methode der Soziologie. 4. Aufl. München : Piper Verlag, 1986. S. 199 и след.

³⁹ Ibid. S.200 («In dem Maße, in dem die wissenschaftlichen Theorien zugrunde liegenden Annahmen ‘realistisch’ werden, werden sie differenziert, eingeschränkt, mehrdeutig; im gleichen Maße aber verbieten sie die Deduktion bestimmter Erklärungen oder Prognosen. In diesem Sinne sind Theorien desto besser, je unrealistischer, nämlich stilisierender, bestimmter, eindeutiger ihre Annahmen sind»).

⁴⁰ *Steuerungsgruppe der Pilotstudie Forschungsrating im Auftrag des Wissenschaftsrates*. Forschungsleistungen deutscher Universitäten und außeruniversitärer Einrichtungen der Soziologie, Ergebnisse der Politstudie Forschungsrating des Wissenschaftsrats. S. 33 и след. URL: http://www.wissenschaftsrat.de/download/Forschungs-rating/Dokumente/Pilotstudie_Forschungsrating_

торый также встречается в общественных науках. Он адресован, например, социологам, использующим герменевтику или являющимся прагматическими синкретистами. Этот упрёк является частью споров между различными школами, которые существуют, например, внутри социологии, — споров идеологического характера. Поэтому обвинение в отсутствии «теории», предъявляемое сравнительному правоведению, как и любым другим наукам, можно воспринимать спокойно, так как этот укор не порождает объективного и серьёзного сомнения в обоснованности, а также в научной ценности подхода. Напротив, он является всего лишь попыткой занять определённую позицию среди других общественных наук и стремится привлечь больше сторонников этой позиции в сравнительном правоведении. Многообразие, а иногда и противоречивость подходов, которые существуют в сравнительном праве, никоим образом не должны вызывать чувство неполноценности, так как мы находимся здесь в хорошей компании — *variatio delectata* (разнообразие приятно. — *Примеч. пер.*).

Для исследователя, на практике обращающегося к сравнению, чаще всего более подходящим будет герменевтический метод. Описание исторических вопросов, отличия которых от аналитических вопросов были приведены выше, поражает нас тем, что оно хорошо нам знакомо. Поиск атмосферы, стиля иностранного правопорядка имеет такое же первостепенное значение в сравнительном праве. Например, французские, английские, немецкие судебные решения не только написаны в разной манере, но и отличаются друг от друга подходящим способом чтения и работы с ними. В сравнительном праве необходимо учесть большое количество аспектов, юридическое явление должно быть оценено в целом. Например, закон США о доказательствах трудно понять без знания важности и влияния суда присяжных⁴¹. Развитие *common law* через прецеденты связано с границей между правом и фактом, совсем не похожей на ту, что существует в немецком или фран-

цузском праве⁴². Функционирование права на территории Африки едва ли можно понять без осознания важности и содержания традиционного права⁴³. Чтобы понять иностранное право, компаративист должен медленно с ним знакомиться и шаг за шагом открываться иному. Опираясь на опыт, нужно выработать определённую интуицию: в этом и состоит типичный герменевтический подход.

Кроме того, в сравнительном праве остаётся место и для аналитических вопросов. Особенно это касается случая, когда сравнительное правоведение используется для поиска лучшего решения, например, в рамках сравнительного толкования национального права или в проектах по гармонизации права. В данном случае центральный интерес для компаративиста представляет не понимание иностранного правопорядка как такового, а использование его как источника идей. Тем не менее основным остаётся исторический вопрос, в большей степени соответствующий герменевтическому методу, поскольку для того, чтобы найти лучшее решение, необходимо сначала понять предложения различных правопорядков, их важность и практические последствия для исходной среды. Однако в вопросе сохраняется и аналитическая часть, и она может быть расширена или даже потребовать использования других методов, особенно аналитических. Но что удивительно, почти иронично, — именно критики традиционного метода не следуют этому рассуждению. Совсем наоборот, они признают, часто безоговорочно, что функциональный метод даёт очень хорошие результаты, особенно когда он применяется к таким вопросам⁴⁴.

4. От функции к контексту

Несмотря на все преимущества, функциональный метод имеет свои пределы. Более то-

Soziologie/pilot_ergeb_sozio.pdf (дата обращения: 12.07.2016).

⁴¹ См.: *Kischel U. Rechtsvergleichung*. § 3, выноска 216; начёт присяжных в целом см.: *Ibid.* § 3, выноска 141 и след.; о соответствующих различиях между Англией и США см.: *Ibid.* § 3, выноска 232.

⁴² О разнице между правом и фактом в праве США см.: *Kischel U. Rechtsvergleichung*. § 5, выноска 49 и след.; в немецком праве см.: *Ibid.*, § 6, выноска 105 и след.; об определённых аспектах французского права см.: *Ibid.* § 6, выноска 141 и след.

⁴³ См., например: *Kischel U. Rechtsvergleichung*. § 8, выноска 24 и след.; *Cuniberti G. Grands systèmes de droit contemporains*. 2^{ème} éd. Paris : L.G.D.J., 2011. Выноска 441 и след.

⁴⁴ См.: *Reimann M. Op. cit.* S. 691 и след.; *Chodos H. E. Op. cit.* P. 1027 и след.; *Gerber D. J. Op. cit.* P. 723.

го, само понятие «функциональный», кажется, порождает ложные идеи, а также защитный рефлекс среди его критиков. Поэтому было бы лучше отказаться от этого понятия и заменить его новым — контекстуальный метод. Этот метод сохраняет стабильную основу функционализма, одновременно избегая его специфических проблем.

4.1. Сущность мышления функционалиста

Основа мышления функционалиста, то есть то, что должно сохраниться, — это не понятие функции. Наоборот, представляется, что именно это понятие породило множество недоразумений. Понятие функционализма далеко не однозначно, поскольку в разных научных дисциплинах оно обозначает совершенно разные категории⁴⁵. Однако в сравнительном праве эти категории, отягощённые теоретическими размышлениями, не играют большой роли. Совсем наоборот, когда мы говорим о функции в сравнительном праве, мы выражаем очень простую идею, основанную на здравом смысле и опыте: компаративист должен освободиться от собственного способа мышления и ограничений своей правовой системы, чтобы избежать ошибок и сделать разумное сравнение⁴⁶. Прежде всего нужно уточнить, что простые термины закона, случайный параллелизм юридических понятий (как, например, французского выражения *pouvoir discrétionnaire*, немецкого — *Ermessen*, английского — *discretion*, русского — *усмотрение*) или же отсутствие сходных понятий (таких, как правило против вечных распоряжений, *rule against perpetuities*) не должны быть основой для сравнения. После того как исключены чисто внешние характеристики, объектами для сравнения могут быть только реальные факты, находящиеся в основе нормы, то, что норма регулирует, а также последствия, реальные или предполагаемые кон-

фликты, которые норма пытается решить. Именно такой метод и не более того имеют в виду функционалисты, когда используют слово «функциональный»⁴⁷. Критики, напротив, используют образ, очень отличающийся от функционализма, образ, который в значительной степени не разделяют приверженцы этого метода. Согласно этому образу, функционализм обозначает метод, которому соответствует единственная функция для каждой нормы, который рассматривает в качестве сравнимых только довольно схожие функции, который создан преимущественно для частного права, который признаёт одни и те же потребности и решения для любого общества, который стремится к гармонизации права, который совсем не рассматривает культурный контекст, который требует от компаративиста быть полностью нейтральным и в ходе которого не проводится сравнение как таковое⁴⁸. Такой образ является простой и чистой карикатурой.

4.2. Недостатки функционализма

Тем не менее критика подчёркивает некоторые реальные недостатки функционализма. Во-первых, этот метод подходит только для одного вида исследований из всех, какие могут быть проведены в компаративистике, — для классического сравнения проблем⁴⁹, то есть таких проблем, которые объясняются, насколько это возможно, ссылкой на фактическую ситуацию (например, как покупатель недвижимости защищён от того, что продавец не является собственником). Строгий функционализм уже сталкивается с затруднениями, когда классические сравнения всё больше обращаются к категориям, а не к проблемам (например, к тому, как функционирует федерализм в США и Германии). Здесь основной вопрос поставлен не с функциональной точки зрения; здесь рассматриваются понятия, присутствующие правовым системам, две правовые категории, которые сравниваются абстрактно. Роль и объяснительная способность функ-

⁴⁵ См.: Michaels R. Op. cit. P.344 и след. Данный автор различает семь разновидностей функционализма; см. также, например: Adams M., Griffiths J. Against "comparative method": Explaining Similarities and Differences // Practice and Theory in Comparative Law / ed. by M. Adams, J. Bomhoff. Cambridge : Cambridge University Press, 2012. P.279—301, 283 и след.

⁴⁶ См. также: Kötz H. Abschied von der Rechtskreislehre? // Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP). Bd. 6. 1998. N. 3. S. 493—505, 504 и след.

⁴⁷ См. подробнее: Bogdan M. Komparativ rättskunskap. 2. Aufl. Lund : Norstedts Juridik AB, 2003. S. 58 и след.

⁴⁸ См. подробнее: Kischel U. Rechtsvergleichung. § 3, выноска 6 и след. с дополнительными ссылками.

⁴⁹ О типологии сравнений в праве см.: Kischel U. Rechtsvergleichung. § 3, выноска 165 и след.

ционализма ещё больше уменьшается для разных видов неклассических сравнений. Когда мы обращаемся, например, к методам толкования закона во Франции и Англии или к образованию юристов во Франции, в США и в Японии, то мы говорим о чисто фактических проблемах. При стремлении к гармонизации присутствует сильный элемент оценки, который прямо не предназначен для функционализма. Более системные вопросы, например, развитие правовых семей, совсем выходят за рамки функционального анализа.

И всё-таки эти ограничения не опровергают функциональный подход. Они настолько очевидны, что было бы довольно странно предполагать, что функционалисты о них не знают. Действительно, Хайн Кётц недвусмысленно подчёркивал, что именно самые интересные вопросы [sic!], касающиеся стиля, процедур, менталитетов и ценностей, принцип функционализма не способен постичь⁵⁰. Последствия, которые автор выводит из этих ограничений, характерны для любого традиционного компаративиста: вместо того чтобы отвергать функционализм, он просто предупреждает об «опасностях, заложенных в принципе функционализма, при его понимании в чрезмерно абсолютной манере»⁵¹. Действительно, функциональный метод неприменим напрямую, даже когда его основное требование сохраняется: нужно всегда понимать и учитывать все аспекты правового и внеправового контекста каждого правового явления. Например, когда речь идёт о разработке методов толкования закона в разных странах, важными могут оказаться различные отправные точки, такие как историческое развитие, качество законодательства с точки зрения юридической техники, образ, который судьи формируют о себе, или различные мнения по вопросу о том, кто должен в первую очередь определять смысл законов. Другой пример — если мы хотим сравнить юридическое образование, нужно учесть исторические данные, степень, в которой право является систематизированным, а также каковы типичные направления деятельности юристов в каждой стране. Другими словами, основа функциона-

лизма хорошо готовит компаративиста к решению любого сравнительного вопроса. А эта основа состоит в том, чтобы всегда учитывать контекст, и таким образом мы получаем контекстуальное сравнительное право.

Неявные опасности функционального принципа при его понимании в чрезмерно абсолютной манере на этом не заканчиваются. Так, неверно утверждать, что разумное сравнение должно касаться объектов, выполняющих одну и ту же функцию⁵². Например, нормы об абортах в разных странах могут выполнять функцию или ограничения, или поддержания прироста населения, что не исключает никоим образом возможность их сравнения⁵³. Поэтому вопрос о том, являются ли (и в каких случаях) две функции достаточно похожими, чтобы их можно было сравнить⁵⁴, не имеет смысла. Более того, в сравнительном праве не существует обязательного требования определить и сформулировать в начале исследования общественную проблему, функцию нормы, и соотнести её с общественной проблемой другого правового порядка⁵⁵. Функция является важным рабочим инструментом, но не является объектом сравнения сама по себе. Если для рассматриваемой проблемы трудно найти объект сравнения в иностранном правовом порядке, то всё, что нужно сделать, — не упустить из вида фактические проблемы.

4.3. Два способа мышления

В итоге традиционный метод и его критики отстаивают два способа мышления, различия между которыми могут объяснить не только непрекращающиеся противоречия, но и их взаимное недопонимание. Традиционные компаративисты без догматизма ищут практический подход, который позволит им как можно лучше избегать ошибок. Их образ компаративиста более-менее соответствует герменевтическим представлениям, потому что это образ исследователя, постепенно погружающегося в различные правовые порядки для того,

⁵² О том, как это сделать, см.: *Zweigert K., Kötz H. Op. cit. S. 33.*

⁵³ См.: *Bogdan M. Op. cit. S. 59.*

⁵⁴ См.: *Reimann M. Op. cit. P. 690; Husa V.J. Op. cit. S. 428.*

⁵⁵ О тенденции см.: *Zweigert K., Kötz H. Op. cit. S. 33.*

⁵⁰ *Kötz H. Op. cit. S. 505.*

⁵¹ *Ibid. S. 504 («vor den Gefahren [zu] hüten, die ein allzu absolut gesetztes Funktionalitätsprinzip mit sich bringt»).*

чтобы понимать их характерные черты и образ мышления, развивать интуицию в требуемой манере. Наоборот, многие из их противников — сознательно или нет — исходят из аналитического подхода, предписывающего метод, которому необходимо следовать в деталях и который в конечном счёте предназначен для того, чтобы дать ответы на более широкие вопросы, желательно критические и часто абстрактные. Это различие объясняет, почему методологические утверждения традиционалистов рассматривают буквальным и абсолютным образом, что противоречит традиционному подходу как таковому⁵⁶. Гибкий и ориентированный на практику подход, который оставляет каждому компаративисту свободу определять то, что его интересует, рассматривается его критиками — и не без оснований — как синкретический подход, направляемый здравым смыслом, методологический или даже научный характер которого они — бесновательно — отрицают.

4.4. Коротко о контекстуальном подходе

Итак, основная концепция контекстуального подхода — это совокупность представленных здесь идей. Этот подход отвечает на критику функционализма и защищает его ядро, в то же время проясняя его проблемы и недостатки. В методологическом плане он тесно связан с герменевтической традицией; он не ищет, например, политических или экономических руководящих идей (хотя и не отвергает их в принципе); он открыт для множества сравнительно-правовых вопросов различного рода⁵⁷ и не запрещает компаративисту выбор вопросов, ответов, методов работы. Тем не менее то, чего контекстуальный подход не принимает, — это любые попытки уменьшить сложность действительности, сводя всё исключительно к моделям. Совсем наоборот, он требует, чтобы все факторы и знания, правовые и внеправовые, были приняты во внимание. Его метод заключается в медленном знакомстве с иностранным правом и исследуемой правовой областью, в поиске внутренних

связей, особенно атмосферы и стиля, и в развитии интуиции на основе полученного опыта. Контекстуальный подход не даёт простой формулы наподобие кулинарного рецепта, которому нужно просто следовать для решения различных вопросов, — просто потому, что такого «метода» не существует. Опытные компаративисты могут дать хорошие советы о том, как работать на практике⁵⁸. Они могут также попытаться описать и классифицировать типичные ошибки в сравнительном праве, чтобы успешнее их избегать⁵⁹. Но помимо этого каждый сравнительный вопрос требует индивидуального и подходящего анализа, который стремится учесть все соответствующие аспекты контекста.

5. Практическая перспектива

Известный немецкий методолог отметил, что практикующие юристы со всем уважением оставляют различные работы по теории права на их местах в библиотеках, а судья едва ли уделяет внимание теоретической методологии⁶⁰. И действительно, нельзя не заметить, что значение методологической дискуссии в сравнительном праве, со всеми её деталями, не следует преувеличивать. Конечно, споры о методе важны, но при этом не менее важно, по крайней мере, разработать более практические аспекты сравнительного права, которые необходимы для того, чтобы облегчить понимание различных контекстов мировых правовых систем — например, контекста континентального права, контекста *common law*, контекста африканского права или различных контекстов в Азии. Вот в чём одна из важнейших целей сравнительного правоведения: помочь компаративистам, предоставив им необходимую информацию для того, чтобы они не потерялись в иностранном праве, избежали ошибок, поняли контекст, в котором они намереваются работать, медленно ознакомились — герменевтическим образом — с контекстами, которые существуют в мире. Дан-

⁵⁶ См. также критику: *Piek S. Die Kritik an der funktionalen Rechtsvergleichung // Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP)*. Bd. 21. 2013. H. 1. S. 60–86, 85.

⁵⁷ О типологии см.: *Kischel U. Rechtsvergleichung*. § 3, выноска 165 и след.

⁵⁸ О таких практических советах см.: *Kischel U. Rechtsvergleichung*. § 3, выноска 235 и след.

⁵⁹ О такой классификации см.: *Kischel U. Rechtsvergleichung*. § 3, выноска 202 и след.

⁶⁰ *Esser V.J. Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*. 2. Aufl. Frankfurt am Main : Athenäum Fischer Taschenbuch Verlag, 1972. S. 7 и след.

ная статья, очевидно, не то место, где можно удовлетворить эти запросы, этому посвящена другая работа⁶¹. Тем не менее представляется важным привести хотя бы очень кратко несколько примеров, которые позволят подчеркнуть практическую сторону, ключевую в контекстуальном подходе.

5.1. Пример: континентальное и общее право

Континентальному и общему праву было уделено так много внимания в сравнительных исследованиях, что можно легко предположить затруднительность формулирования в этой области чего-то нового. На самом деле это не так, поскольку существует множество аспектов, заслуживающих свежего взгляда. Мы уже упоминали два момента: суд присяжных и разницу между правом и фактом. Суд присяжных является фактором, который, несомненно, объясняет и выделяет некоторые особенности *common law*, но также порождает много недопонимания (суд присяжных не всегда состоит из двенадцати человек, не является широко распространённой процедурой в частном праве и не ограничивается тем, чтобы высказываться исключительно по вопросам факта, предоставляя судье принимать решение по вопросам права)⁶². Различие между правом и фактом вызывает много проблем в сравнительном праве, потому что компаративисты склонны считать, что граница между ними везде одинакова, что совсем не соответствует действительности, если сравнить, например, английское и немецкое право⁶³. Когда английский судья решает, что должная

осмотрительность требует от водителя в ночное время ехать со скоростью, которая позволит ему остановиться на расстоянии видимости, для него это вопрос факта, тогда как для немецкого юриста это, конечно, вопрос права⁶⁴. Последствия не только для суда присяжных, но и для кассационного и апелляционного обжалования очевидны. Здесь есть даже место для вывода о том, что общее право не становится, вопреки часто делаемому предположению, всё более и более детальным из-за растущего числа прецедентов⁶⁵. Это, конечно, не единственные аспекты, на которые нужно взглянуть поближе. Например, невозможно по-настоящему освоить немецкое право без понимания немецкой техники «субсумции», которая представляет собой не только способ письма, но и типичный и основной образ мышления немецких юристов⁶⁶. Наоборот, значение кодификации во Франции и в Германии стало своего рода мифом для юристов системы *common law*, значение и важность которого часто не до конца понимают и преувеличивают⁶⁷.

Необходимо также обратить внимание на различия внутри самих этих двух традиционных контекстов. Правовая разница между США и Англией, которая основана в значительной степени на сфере влияния юридического реализма, исключает множество обобщений относительно контекста *common law* и важна для понимания позиции других стран *этой системы*⁶⁸. Что касается контекста континентального права («*civil law*»), то нельзя забывать о разнообразии стран и регионов. Так, можно было бы упомянуть Испанию, которая находится под гораздо меньшим французским влиянием, чем мы иногда считаем⁶⁹. Восточная Европа приобрела самостоятельное правовое значение, и мы не можем

⁶¹ См.: *Kischel U. Rechtsvergleichung*. § 5–11; например, на французском языке см.: *Kischel U. Après la transition – La situation juridique actuelle de l'Europe de l'Est // Revue internationale de droit compare*. Vol. 67. 2015. No. 1. P. 145–166, где описывается и анализируется контекст Восточной Европы в настоящее время.

⁶² См.: *Kischel U. Der menschliche Faktor – Der Mythos der Jury im common law // Mensch und Recht: Festschrift für Eibe Riedel zum 70. Geburtstag / D. Hanschel, S. Kielmansegg, U. Kischel, C. Koenig, R. A. Lorz (Hrsg.)*. Berlin : Duncker & Humblot GmbH, 2013. S. 631–644; *Kischel U. Rechtsvergleichung*. § 5, выноска 141 и след.

⁶³ О разнице между правом и фактом в праве США см.: *Kischel U. Rechtsvergleichung*. § 5, выноска 49 и след.; в немецком праве см.: *Ibid.* § 6, выноска 105 и след.; об определённых аспектах французского права см.: *Ibid.* § 6, выноска 141 и след.

⁶⁴ Применительно к английскому праву см.: *Tidy v. Battman* [1934] 1 KB 319 (CA) 319, 322 и след.; *Morris v. Luton Corporation* [1946] 1 KB 114 (CA) 116.

⁶⁵ См.: *Qualcast (Wolverhampton) Ltd v. Haynes* [1959] AC 743 (HL) 758 (per Lord Somervell), 761 (per Lord Denning); *Kischel U. Rechtsvergleichung*. § 5, выноска 51.

⁶⁶ См.: *Kischel U. Rechtsvergleichung*. § 6, выноска 109 и след.

⁶⁷ См.: *Ibid.* § 5, выноска 36 и след., 58 и след.

⁶⁸ См.: *Ibid.* § 5, выноска 225 и след., 254 и след., 259 и след.

⁶⁹ См.: *Ibid.* § 7, выноска 16 и след.

больше причислять соответствующие страны просто к «странам транзита»⁷⁰. Также нужно выделить Латинскую Америку, некоторые страны которой характеризуются очень заметным различием между писаным законом и правоприменительной практикой, коррупцией, наличием собственного права в трущобах, правовым плюрализмом, признающим существование традиционного индейского права⁷¹.

5.2. Весь остальной мир...

Однако именно незападное право всё чаще создаёт проблемы для компаративистов, следовательно, ему необходимо уделять больше внимания. В Африке к югу от Сахары, конечно, есть разница между странами, относящимися к системам *common law* и континентального права, но часто она не играет действительно решающей роли. К тому же в значительной части стран это право, похоже, работает не очень хорошо. Право, конечно, имеет важное значение в жизни людей — но не государственное, а традиционное право. Оно заполняет пробелы, вытекающие из неэффективности норм, установленных государственными органами, и поэтому должно быть проанализировано и понято, прежде всего, как таковое, но также в связи с государственным правом⁷². Другие контексты, безусловно, также заслуживают внимания⁷³: например, Китай, применительно к которому очень легко преувеличить важность конфуцианства, но при этом преуменьшить значение господства коммунистической партии; Индия, где, как ни странно, современное индийское право действительно играет важную роль в развитии страны (а традиционное индусское право — нет); Япония, Тайвань и Южная Корея, которые составляют основу контекста, характерного для Юго-Восточной Азии. Ислам не только является основой единственного в своём роде религиозного права, которое и се-

годня играет значительную роль в международной перспективе, но и приобретает двойное значение в том смысле, что всегда нужно различать исламское право (классическое) как таковое и право в странах, называемых исламскими. Понимание исламского права, например, его основной проблемы с преобразованием права («иджитihad») ⁷⁴, становится всё более важным даже за пределами университетского сравнительного права в зависимости от политических последствий, которые отчётливо видны сегодня. Наконец, есть много других контекстов в сравнительном праве, которые не нужно забывать и игнорировать: еврейское право, каноническое право, европейское право, международное публичное право и даже знаменитое *lex mercatoria*, само существование которого под сомнением.

6. Вывод

Контекстуальный метод означает прикладной и прагматический подход к сравнительному праву. Он опирается на функционализм, сохраняя его основу, избегая при этом его проблем и ограничений. Его методологическая основа заключается в герменевтике, которая очень ясно описывает деятельность, привычную для большинства опытных компаративистов: постепенное знакомство с иностранным правом и средой, в которую оно помещено, поиск его атмосферы, стиля, правовых и внеправовых особенностей, и, таким образом, развитие интуиции, которая позволит компаративисту избежать ошибок при исследовании своей темы и лучше понять функционирование иностранного права в его контексте.

Библиографическое описание:

Кисшель У. Метод в сравнительном праве: контекстуальный подход // Сравнительное конституционное обозрение. 2020. № 2 (135). С. 18–32.

⁷⁰ См.: Kischel U. Après la transition — La situation juridique actuelle de l'Europe de l'Est. P. 145, 145 и след.

⁷¹ См.: Kischel U. Rechtsvergleichung. § 7, выноска 180 и след.

⁷² См.: Ibid. § 8, выноска 1 и след.

⁷³ О нижеследующем см.: Kischel U. Rechtsvergleichung. § 9, выноска 66 и след., 100 и след. (Китай); § 9, выноска 205 и след., 228 и след., 244 (Индия); § 9, выноска 135 и след. (Юго-Восточная Азия); § 10, выноска 1 и след. (Ислам).

⁷⁴ См., например: Hallaq W.B. Was the Gate of Ijtihad Closed? // International Journal of Middle East Studies. Vol. 16. 1984. No. 1. P. 3–41. Классическая западная работа: Schacht J. An Introduction to Islamic Law. Oxford: Oxford University Press, 1964. P. 69 и след. Подробнее см.: Kischel U. Rechtsvergleichung. § 10, выноска 44 и след.

The method in comparative law: the contextual approach

Uwe Kischel

Doctor of Law, LL.M. (Yale), attorney-at-law (New York), Mercator Professor of Public Law, European Law, and Comparative Law at the University of Greifswald, Germany (e-mail: kischel@uni-greifswald.de).

Abstract

A quick survey of some current works on comparative law will reveal a discrepancy between comparative law in practice, which is widely dominated by a traditional, functional approach, and certain academic voices on methodology, which deplore the predominant “undertheorized” attitude. Methodological literature not only criticizes many of the details of the traditional approach but is often focused on the presumed lack of theory, which directly leads to demands that comparative law should learn from social science, its techniques, models and methods. And indeed, this seems to be the core concern of the critics: they do not accept the existing methods of traditional comparative law because they consider only the analytical methods used in social sciences to be theoretically satisfying and sufficient. This ideological stance in effect tries to import a long methodological debate between different schools within social sciences into comparative law, and to declare only one of those schools to be valid. Eventually, traditional comparatists and their critics have different ways of thinking: While traditionalists simply and pragmatically search for practical and workable solutions to the questions which happen to interest them, many of their critics take an analytical stance, asking for a method which must then always be followed in detail, and which will ultimately provide answers to larger, preferably critical and often abstract questions. The modern answer to this debate is contextual comparative law. It provides a practical and pragmatic approach to legal comparisons. It is based on traditional functionalism and retains its basic ideas, while at the same time avoiding typically functionalist problems and restrictions. Its methodological basis is hermeneutics, which has the added advantage of clearly describing the typical process used by most experienced comparatists: the slow and diligent familiarization with the foreign legal system and its environment; the search for its atmosphere, its style, and its legal as well as non-legal characteristics; and the underlying desire to develop an intuition which allows the comparatist to avoid the typical traps of their topic, and to better understand the way in which foreign law works within its given context.

Keywords

comparative law; contextual comparative law; methods in comparative law; functionalism; hermeneutics; practice.

Citation

Kischel U. (2020) Metod v sravnitel'nom prave: Kontekstual'nyy podkhod [The method in comparative law: the contextual approach]. *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie*, vol. 29, no. 2, pp. 18–32. (In Russian).

References

Adams M., Griffiths J. (2012) Against “Comparative Method”: Explaining Similarities and Differences. In: Adams M., Bomhoff J. (eds.) *Practice and Theory in Comparative Law*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 279–301.

Adams M., Heirbaut D. (eds.) (2014) *The Method and Culture of Comparative Law: Essays in Honour of Mark Van Hoecke*, London: Hart Publishing.

Arnaud A.-J. (1998) Some challenges to law through post-modern thought. *Rechtstheorie*, vol. 19, XVI, pp. 157–166.

Bogdan M. (2003) *Komparativ rattskunskap*, 2nd ed., Lund: Norstedts Juridik AB.

Brand O. (2007) Conceptual Comparisons: Towards a Coherent Methodology of Comparative Legal Studies. *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 32, no. 2, pp. 405–466.

Brugger W. (2001) Der moderne Verfassungsstaat aus Sicht der amerikanischen Verfassung und des Grundgesetzes. *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 126, no. 3, pp. 337–402.

Brunner G. (2004) Grundrechtstheorie im Marxismus-Leninismus. In: Mer ten D., Papier H.-J. (eds.) *Handbuch der Grundrechte. Bd. I*, Heidelberg: C. F. Müller, pp. 523–562.

Chodosh H. E. (1999) Comparing Comparisons: In Search of Methodology. *Iowa Law Review*, vol. 84, no. 5, pp. 1025–1038.

Constantinesco L.-J. (1972) *Rechtsvergleichung. Bd. II: Die rechtsvergleichende Methode*, Köln: Carl Heymanns Verlag.

Constantinesco L.-J. (1983) *Rechtsvergleichung. Bd. III: Die rechtsvergleichende Wissenschaft*, Köln: Carl Heymann Verlag.

Cuniberti G. (2011) *Grands systèmes de droit contemporains*, 2nd ed., Paris: L.G.D.J.

Dahrendorf R. (1986) *Pfade aus Utopia: Zur Theorie und Methode der Soziologie*, 4th ed., München: Piper Verlag.

De Cruz P. (2007) *Comparative Law in a Changing World*, 3rd ed., London: Routledge.

Demleitner N. V. (1999) Combating legal ethnocentrism: Comparative law sets boundaries. *Arizona State Law Journal*, vol. 31, no. 3, pp. 737–762.

Drobnig U. (1953) Rechtsvergleichung und Rechtssoziologie. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ)*, vol. 18, pp. 295–309.

Esser V. J. (1972) *Verständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 2nd ed., Frankfurt am Main: Athenäum Fischer Taschenbuch Verlag.

Frankenberg G. (1985) Critical comparisons: Re-thinking comparative law. *Harvard International Law Journal*, vol. 26, no. 2, pp. 411–455.

Gerber D. J. (1998) System dynamics: Toward a language of comparative law? *American Journal of Comparative Law*, vol. 46, no. 4, pp. 719–737.

Grosswald Curran V. (1998) Cultural immersion, difference and categories in U.S. comparative law. *American Journal of Comparative Law*, vol. 46, no. 1, pp. 43–92.

Grosswald Curran V. (1998) Dealing in Difference: Comparative Law's potential for broadening legal perspectives. *American Journal of Comparative Law*, vol. 46, no. 4, pp. 657–668.

Hallaq W. B. (1984) Was the Gate of Ijtihad Closed? *International Journal of Middle East Studies*, vol. 16, no. 1, pp. 3–41.

Hirschl R. (2014) *Comparative Matters*, Oxford: Oxford University Press.

Husa V. J. (2003) Farewell to functionalism or methodological tolerance? *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ)*, vol. 67, no. 3, pp. 419–447.

Jansen N. (2006) Comparative law and comparative knowledge. In: Reimann M., Zimmermann R. (eds.) *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford: Oxford University Press, pp. 305–338.

Kischel U. (2013) Der menschliche Faktor – Der Mythos der Jury im common law. In: Hanschel D., Kielmansegg S., Kischel U., Koenig C., Lorz R. A. *Mensch und Recht: Festschrift für Eibe Riedel zum 70. Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot GmbH, pp. 631–644.

Kischel U. (2015) Après la transition – La situation juridique actuelle de l'Europe de l'Est. *Revue internationale de droit compare*, vol. 67, no. 1, p. 145–166.

- Kischel U. (2015) *Rechtsvergleichung*, München: C. H. Beck.
- Kommers D. P. (1998) Kann das deutsche Verfassungsrechtsdenken Vorbild für die Vereinigten Staaten sein? *Der Staat*, vol. 37, no. 3, pp. 335–347.
- Kötz H. (1998) Abschied von der Rechtskreislehre? *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP)*, vol. 6, no. 3, pp. 493–505.
- Legrand P. (1997) The Impossibility of “Legal Transplants”. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 4, no. 2, pp. 111–124.
- Legrand P. (2001) The return of the repressed: Moving comparative legal studies beyond pleasure. *Tulane Law Review*, vol. 75, no. 4, pp. 1033–1052.
- Legrand P. (2002) Alterity: About Rules, For Example. In: Birks P., Pretto A. (eds.) *Themes in Comparative Law: In Honour of Bernard Rudden*, Oxford: Oxford University Press, pp. 21–34.
- Markesinis B. S. (2003) *Comparative law in the courtroom and classroom*, Oxford: Hart Publishing.
- McDougal M. S. (1980) The comparative study of law for policy purposes: Value clarification as an instrument of democratic world order. In: Butler W. E. (ed.) *International Law in Comparative Perspective*, Alphen aan den Rijn, Netherlands: Sijthoff & Noordhoff, pp. 191–226.
- Menski W. (2003) *Hindu Law: Beyond Tradition and Modernity*, New Delhi: Oxford University Press.
- Michaels R. The functional method of comparative law. In: Reimann M., Zimmermann R. (eds.) *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford: Oxford University Press, 2006, pp. 339–382.
- Nussberger A. (1998) Die Frage nach dem tertium comparationis: Zu den Schwierigkeiten einer rechtsvergleichenden Analyse des russischen Rechts. *Recht in Ost und West*, vol. 42, no. 3, pp. 81–88.
- Piek S. (2013) Die Kritik an der funktionalen Rechtsvergleichung. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP)*, vol. 21, no. 1, pp. 60–86.
- Popper K. R. (1995) Against big words. In: Popper K. R. *In Search of a Better World: Lectures and Essays form Thirty Years*, London: Routledge, pp. 82–98.
- Reimann M. (2002) The progress and failure of comparative law in the second half of the twentieth century. *American Journal of Comparative Law*, vol. 50, no. 4, pp. 671–700.
- Riles A. (1999) Wigmore's treasure box: Comparative law in the era of information. *Harvard International Law Journal*, vol. 40, no. 1, pp. 221–284.
- Rürup R. (1977) Zur Einführung. In: Rürup R. (ed.) *Historische Sozialwissenschaft*, Göttingen: Verlag Vandenhoeck & Ruprecht, pp. 5–15.
- Sacco R. (1991) Legal formants: A dynamic approach to comparative law. *American Journal of Comparative Law*, vol. 39, no. 1–2, pp. 1–34, 343–401.
- Samuel G. (2014) *An Introduction to Comparative Law Theory and Method*, Oxford: Hart Publishing.
- Schacht J. (1964) *An Introduction to Islamic Law*, Oxford: Oxford University Press.
- Seiffert H. (2006) *Einführung in die Wissenschaftstheorie. Bd. II*, 11th ed., München: C. H. Beck.
- Siems M. (2014) *Comparative Law*, 2nd ed., Cambridge: Cambridge University Press.
- Singer J. W. (1988) Legal realism now. *California Law Review*, vol. 76, no. 2, pp. 465–542.
- Sommermann K.-P. (2004) Funktionen und Methoden der Grundrechtsvergleichung. In: Merten D., Papier H.-J. (eds.) *Handbuch der Grundrechte. Bd. I*, Heidelberg: C. F. Müller, pp. 631–678.
- Tsentscher A. (2007) Dialektische Rechtsvergleichung: Zur Methode der Komparistik im öffentlichen Recht. *Juristenzeitung*, vol. 62, no. 17, pp. 807–816.
- Whitman J. Q. (2004) The two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty. *Yale Law Journal*, vol. 113, no. 6, pp. 1151–1221.
- Zweigert K., Kötz H. (1996) *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3rd ed., Tübingen: Mohr.