

# Германская правовая наука в европейском правовом пространстве

Армин фон Богданди\*

*\*Армин фон Богданди - профессор, доктор права, Директор Института Макса Планка по зарубежному публичному и международному праву, Председатель Европейского Суда по вопросам ядерной энергетики (ОЭСР), Париж. «Дайджест публичного права» Гейдельбергского Института Макса Планка выражает благодарность издательству «Мор Зибек», 72010 Тюбинген (Mohr Siebeck, 72010 Tübingen) и автору за разрешение перевести и напечатать данную статью. Оригинал статьи, см. **Armin von Bogdandy, Deutsche Rechtswissenschaft im europäischen Rechtsraum, In: Juristenzeitung, 66 (2011), с. 1 и далее.***

I. Введение.....	220
II. К вопросу о новых современных вызовах.....	220
1. Европейское исследовательское пространство.....	220
2. Европейское правовое пространство.....	223
3. Американские университеты.....	226
III. Что делать?.....	228
1. Сравнительное правоведение.....	228
2. Методическая европеизация.....	230
3. Трансформация дисциплинарной идентичности.....	232
IV. Перспектива: идея для правовой науки в европейского правовом пространстве.....	235

## Краткое содержание:

Прогрессирующая европейская интеграция ставит перед немецкой правовой наукой целый ряд принципиальных проблем. Этим проблемам

посвящен начальный раздел статьи, в котором рассматривается, как политический проект европейского исследовательского пространства, динамика европейского правового пространства и в этом контексте ведущие американские «юридические университеты» (*Law Schools*) влияют на постановку и решение данных вопросов. Следующий раздел содержит соображения относительно подхода к трактовке и преодолению данных вызовов, в частности путем интенсификации сравнительного правоведения, европеизации правовой методик, а также европеизации и плюрализации дисциплинарных идентичностей.

## I. Введение

Прогрессирующая европейская интеграция, охватывающая в настоящее время все большее количество самых разнообразных публичных сфер, ставит на повестку дня принципиальные вопросы, касающиеся структуры и направленности функционирования данных сфер. Следует признать, что значение этих новых вопросов для немецкой научно-образовательной системы было выявлено, действительно, только сравнительно недавно. Тем не менее, это привело в настоящее время к тому, что Германский Совет по науке (*Wissenschaftsrat*) сформулировал на текущий момент целый ряд весьма далеко идущих рекомендаций по вопросам политики в области развития науки и образования.<sup>1</sup> В частности, Совет призывает всех «акторов» немецкой научной системы в своих исследованиях и решениях в большей степени учитывать европейское измерение. Им поднимается также вопрос о необходимости внутридисциплинарного анализа методов учета и осмысления этих вызовов в германских исследованиях и необходимости его соотнесения с европейскими требованиями. Собственно рекомендации Германского Совета по науке и послужили поводом для публикации нижеследующих соображений.

## II. К вопросу о новых современных вызовах

### 1. Европейское исследовательское пространство

Проект формирования европейского пространства научных исследований<sup>2</sup>, который нашел свое отражение в ст. 179 абз. 1 Договора о функционировании Европейского Союза (ДФЕС), касается не только естественных и точных наук, но также социальных и гуманитарных наук и,

---

<sup>1</sup>Wissenschaftsrat, Empfehlungen zur deutschen Wissenschaftspolitik im Europäischen Forschungsraum, Juli 2010, Drs. 9866-10.

<sup>2</sup>Более подробно см. *Álvaro de Elera*, The European Research Area: On the Way Towards a European Scientific Community?, ELJ 12 (2006), 559; *Joseph Franz Lindner*, Die Europäisierung des Wissenschaftsrechts, WissR, Beiheft 19, 2009, 1, 7 и далее.

соответственно, затрагивает, в свою очередь, правовую науку, юриспруденцию. Целью названного проекта является повышение уровня и качества исследований во всех областях за счет создания новых возможностей и усиления конкуренции. В этом отношении можно отметить наличие явных параллелей с программой создания внутреннего рынка, которая была предложена в 1985-ом году.<sup>3</sup> Своим появлением последняя была обязана в существенной степени политическому осознанию довольно склеротического состояния национальных экономик, которые расценивались как недостаточно подготовленные для того, чтобы выдерживать возрастающее глобальное соревнование с США и странами восточного региона. Правительства государств-участников использовали существовавшее в то время Европейское Экономическое Сообщество для проведения фундаментальной программы реформ, которая едва ли смогла бы быть – во всяком случае с таким же по эффективности результатом – реализована исключительно за счет только государственных мер.

Начало европейской реформе научных систем в государствах-членах Евросоюза было положено решениями Европейского Совета в Лиссабоне (2000 г.) и в Барселоне (2002 г.). Этим решениям предшествовали многочисленные исследования, которые в итоге рисовали отнюдь не благоприятную картину европейского научного ландшафта, особенно по сравнению с Соединенными Штатами. Согласно позиции, выраженной на первом из названных саммитов, Европейский Союз должен был (что в конечном счете, так и не было достигнуто) к 2010-ому году стать «наиболее конкурентоспособным экономическим пространством мира, базирующемся на наиболее динамично развивающейся научной основе».<sup>4</sup> В Барселоне главы государств и правительств впоследствии приняли решение, что для достижения этой цели они увеличат общие расходы, предназначенные для проведения научных исследований до 3% ВВП.<sup>5</sup> Структурным ответом стал, однако, проект *европейского исследовательского пространства (European Research Area, ERA)*. Одним из результатов этих усилий, хотя ни в коем случае не единственным, стало создание Европейского Совета по науке (*Europäischer Forschungsrat*). В 2007-ом году этот Совет начал свою деятельность и, наряду с прочими направлениями своей деятельности, он оказывает также содействие в

---

<sup>3</sup>Weißbuch Vollendung des Binnenmarktes vom 14.6.1985, KOM (85) 319 endg.; по данному вопросу см. Roland Bieber/Renaud Dehousse/John Pinder/Joseph Weiler (Hg.), 1992: *One European Market?*, 1988.

<sup>4</sup>Заключение президиума, Europäischer Rat (Lissabon), 23. und 24. März 2000 (SN 100/1/00 REV 1), Nr. 5.

<sup>5</sup>Заключение президиума, Europäischer Rat (Barcelona), 15. und 16. März 2002 (SN 100/1/02 REV. 1), Nr. 47.

развитии правовой науки, юриспруденции.<sup>6</sup> Можно с полным основанием утверждать, что Совет уже весьма успешно позиционировал себя в этой области. Коэффициент успеха, достигнутый в рамках его программ - это, возможно, один из наиболее видимых инструментов внутриевропейского сравнения научных учреждений государств-членов с точки зрения их престижности и эффективности. Поддержка, оказываемая Советом, уже сегодня служит, как никакой иной знак отличия, подтверждением высокой репутации ученого (ученых) в европейском контексте. Именно эти первые шаги были конкретным поводом для Германского Совета по науке для того, чтобы выработать вышеупомянутые рекомендации по переориентации немецкой науки в свете «европейского исследовательского пространства», которые содержат ряд важных ориентиров, в том числе, также и для юриспруденции.

Европейское исследовательское пространство означает не только более развитые контакты в области науки и образования. Речь идет также не только о более интенсивной конкуренции. Перепроверке и переоценке подвергается сама основополагающая «конституция» существующего научного «производства». Создание нового пространства ставит под сомнение устоявшиеся сферы и направления исследований, традиционные методы, принятые модели публикации результатов или карьерного продвижения, действующие представления о престижности и, не в последнюю очередь, существующие идентичности. В США образование континентального пространства правовой науки в начале XX-ого столетия глубоко изменило конституцию этой науки; почему в Европе должно быть иначе?

Разумеется, не одна только юриспруденция была поставлена перед жесткой необходимостью трансформации. До сих пор здание «мирового сообщества знаний» покоится в целом на национальных фундаментах. Научное «производство» в том виде, каким мы знаем его сегодня, формировалось в XIX-ом и XX-ом столетии как чисто национальный процесс или мероприятие, и именно как мероприятие национального государства.<sup>7</sup> Последнее финансировало науки с целью укрепления эффективного управления, национального престижа и обеспечения экономической прибыли. Именно в рамках национальных объединений безотказно и послушно организовывались науки и научные структуры,

---

<sup>6</sup>Решение Комиссии 2007/134/EG от 2.2.2007, ABl. L 57 vom 24.2.2007, стр. 14; более подробно см. *Thomas Groß*, Der Europäische Forschungsrat, EuR 2010, 299.

<sup>7</sup>*Walter Rüegg*, Die Universität in der „Moderne“ des 19. und 20. Jahrhunderts, в: Wolfgang Mantl (Hg.), *Phänomenologie des europäischen Wissenschaftssystems*, 2010, 121 и далее.

служившие, прежде всего, интересам государства, заботясь о национальных средствах издания публикаций и поддерживая на официальном государственном языке национальную научную общественность. Естественно, всегда имелись более или менее интенсивные международные контакты. И все же эти контакты строились на национальной основе, в рамках которой в значительной степени и определялись научная направленность и стиль, средства и методы, карьерный рост и престижность.

Под защитным колпаком национального государства национальные науки приобретали примечательным образом характерные для них специфические черты. Для правовой науки это было справедливо в особенной мере, поскольку во всех дисциплинах и областях, даже в международном праве,<sup>8</sup> она четко ориентировалась на «свое» собственное государство и «его» правопорядок.<sup>9</sup> Попытки конструктивно и действенно связать между собой вытекающие отсюда различия, существующие в едином европейском исследовательском пространстве, вызывают серьезные трудности. Ни в коем случае не гарантировано, что прессинг, который оказывает европейское исследовательское пространство, приведет к развитию в позитивном направлении. Инициированный на европейском уровне т.н. «Болонский процесс» (*Bologna-Prozess*) в области университетского образования может служить наглядной демонстрацией этому. Представляется довольно бесспорным, однако, что игнорирование этого политического проекта - не может служить примером рекомендуемой и адекватной реакции.

## 2. Европейское правовое пространство

В области юриспруденции вышеназванные вызовы оказывают еще более сильное воздействие, чем в области большинства других гуманитарных и социальных наук, поскольку европеизации подвергся не только ее научный контекст, но и, кроме того, сам ее предмет. В настоящее время это распространяется не только на национальное административное и

---

<sup>8</sup>Более подробно см. *Martti Koskenniemi*, *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870 – 1960*, 2002.

<sup>9</sup>В первую очередь, это справедливо в отношении более открытого в плане компаративистики частного права, *Reinhard Zimmermann*, *The Present State of European Private Law*, *Am. J. Comp. L.* 57 (2009), 479, 482.

хозяйственное право.<sup>10</sup> Под аналогичным воздействием оказываются, например, обязательственное право,<sup>11</sup> семейное и наследственное право,<sup>12</sup> гражданское процессуальное право,<sup>13</sup> трудовое и социальное право,<sup>14</sup> уголовное право,<sup>15</sup> налоговое право,<sup>16</sup> конституционное право<sup>17</sup>. Более того, вследствие многообразной международно-правовой деятельности ЕС, это действует также и в отношении значимого для Европы (прежде всего, в практическом отношении значимого) международного права.<sup>18</sup> Многие не без основания считают, что на современном этапе уже достигнуто и вовсе принципиально новое качество<sup>19</sup>. Фаза «первичной европеизации» национальных правопорядков в этом смысле завершена, и она привела к новому состоянию, которое особенно точно и убедительно описывается понятием «европейское правовое пространство».<sup>20</sup>

---

<sup>10</sup>*Karl-Peter Sommermann*, Veränderungen des nationalen Verwaltungsrechts unter europäischem Einfluß – Analyse aus deutscher Sicht, в: Jürgen Schwarze (Hg.), Bestand und Perspektiven des Europäischen Verwaltungsrechts, 2008, 18.

<sup>11</sup>*Reinhard Zimmermann*, Die Europäisierung des Privatrechts und die Rechtsvergleichung, 2006, 22 и далее, 46 и далее.

<sup>12</sup>*Nina Dethloff*, Familien- und Erbrecht zwischen nationaler Rechtskultur, Vergemeinschaftung und Internationalität, ZEuP 2009, 992.

<sup>13</sup>*Burkhard Hess*, Europäisches Zivilprozessrecht, 2010.

<sup>14</sup>*Ulrich Becker, Winfried Boecken, Angelika Nußberger, Heinz-Dietrich Steinmeyer* (Hg.), Reformen des deutschen Sozial- und Arbeitsrechts im Lichte supra- und internationaler Vorgaben, 2005.

<sup>15</sup>*Ulrich Sieber*, Die Zukunft des Europäischen Strafrechts, ZStW 122 (2009), 1.

<sup>16</sup>*Wolfgang Schön*, Die Auswirkungen des gemeinschaftsrechtlichen Beihilferechts auf das Steuerrecht. Österreichischer Juristentag (Hg.), Verhandlungen des Siebzehnten Österreichischen Juristentages Wien 2009, IV/2 Steuerrecht, 2010, 21; он же, Europarechtliche Grundlagen für Gesellschafts- und Steuerrecht, Der GmbH-Steuer-Berater 2006, 9.

<sup>17</sup>*Armin von Bogdandy*, Zweierlei Verfassungsrecht, Der Staat 39 (2000), 163.

<sup>18</sup>По вопросу о расширении системы европейских органов внешних сношений см. *Daniel Thym*, Auswärtige Gewalt, в: von Bogdandy/Bast (Hg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2009, 441, 451 и далее.

<sup>19</sup>*Rainer Wahl*, Europäisierung: Die miteinander verbundene Entwicklung von Rechtsordnungen als ganzen, в: Hans-Heinrich Trute/Thomas Groß/Hans Christian Röhl/Christoph Möllers (Hg.), Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts, 2008, 869; процесс европеизации законодательства в количественной оценке см. *Tilman Hoppe*, Die Europäisierung der Gesetzgebung: Der 80-Prozent-Mythos lebt, EuZW 2009, 168.

<sup>20</sup>Ст. 3 абз. 2 Договора о Европейском Союзе: «Союз предоставляет [...] пространство [...] права [...]». Термин «пространство» появляется и во многих других ключевых положениях; одним из первых его упоминаний стало определение понятия внутреннего рынка в Едином Европейском Акте, теперь это статья 26 абзац 2 Договора о функционировании Европейского Союза.

Хотя формирование новых европейских структур и норм происходит, как правило, не в виде кодификаций, а носит скорее «точечный характер» (*pointilistisch*),<sup>21</sup> тем не менее, в целом ряде областей права общий европейский правовой пласт оказывается даже более широким, чем в Соединенных Штатах. Употребление термина правовое *пространство* (именно в единственном числе!) наглядно демонстрирует это новое качество. В настоящий период сложилось и существует новое «единое целое», и оно выходит за существовавшие пределы и перекрывает (*transzendiert*) прежние рамки, а именно рамки отдельных национальных государств. Одновременно понятие «европейское правовое пространство» избегает как федералистскую, так и чисто международно-правовую трактовку этого нового целого и, тем самым, также позиционирование в рамках одной из наиболее старых и принципиальных антиномий европейской интеграции. Скорее наоборот, данный термин открывает прочную основу, приемлемую для понимания в обоих значениях, которая позволяет охватить это новое целое. Кроме того, понятие «европейское правовое пространство» отличается и специфической непосредственной наглядностью. Этот термин вполне доступен для понимания каждого индивида, живущего в границах Европейского Союза, что выгодно отличает это понятие от таких абстрактных ключевых терминов, как «объединение» (*Verbund*), «многоуровневая система» (*Mehrebenensystem*) или «сетевая структура» (*Netzwerk*).

Исходной основой «европейского правового пространства» является территория Европейского Союза, очерченная правопорядками государств-членов. При этом существенной и отличительной чертой этого понятия остается сочетание государственного и наднационального начал. Центральным элементом термина является признание, что организация этой территории в правовом отношении осуществляется в равной степени и нормами государств-членов, и нормами права Союза, чем обеспечивается реализация задач Договора о ЕС в рамках новой политической и правовой общности. Соответственно обособленное, изолированное государство становится государством-членом союза, органы его государственной администрации - участниками союзного управления, а его правовой порядок - субсистемой общего правопорядка.<sup>22</sup> Следовательно, и догматика немецкого права как одной из субсистем этого общего правового пространства должна со всей очевидностью приобрести новую направленность и ориентацию в более широком контексте.

<sup>21</sup>Stefan Leible, Europäisches Privatrecht am Scheideweg, NJW 2008, 2558.

<sup>22</sup>Более подробно см. Christoph Schönberger, Verfassungsvergleich heute: Der schwierige Abschied vom ptolemäischen Weltbild, VRÜ 43 (2010), 6.

### 3. Американские университеты

В этом контексте следует понимать и вызовы, исходящие от ведущих американских *юридических университетов (Law Schools)*<sup>23</sup>. Стирание границ и образование новых пространств происходит преимущественно по правилам, диктуемым более сильной системой. Подобно тому, как европейское валютное пространство следует преимущественно германским представлениям и, в частности, опыту и примеру немецкой марки ФРГ, то точно так же европейское научное пространство формируется по правилам и моделям англосаксонского научного мира. Последние же, во всяком случае, в области юриспруденции, испытывают сильное влияние американских элитных юридических университетов.<sup>24</sup>

Такое положение дел означает для германских правоведов дополнительные хлопоты и издержки. Это проявляется уже в том, что в рамках европейского дискурса по большинству юридических дисциплин большое значение имеет английский язык, и это сегодня признается даже французскими коллегами. В дальнейшем немецкая догматика едва ли сможет без необходимых соответствующих модификаций с успехом репрезентировать себя в европейском масштабе. Напротив, требуется развивать юридическую мысль специально в рамках нового контекста.<sup>25</sup> Также следует распознать и использовать разнообразные шансы, предоставляемые в рамках европейского научного пространства, которое тесно интегрировано в глобальном плане и организовано по правилам англосаксонского научного мира. Сложилось общее понимание, что специализация и конкуренция в мировом масштабе создают принципиально благодатную почву. В целом можно исходить из того, что континентальная наука могла бы извлекать большую пользу из более дискурсивно построенного англосаксонского стиля. Кроме того, такая модель, одновременно, ни в коем случае не означает американской гегемонии. Во многих научных дисциплинах существуют своего рода глобальные «флагманы» которые работают за пределами Соединенных Штатов. Так например, в ряде стран - прежде всего, в Скандинавии,

<sup>23</sup>Более обстоятельно об их функции как своеобразного примера для подражания см. *Oliver Lepsius*, Was kann die deutsche Staatsrechtslehre von der amerikanischen Rechtswissenschaft lernen?, Die Verwaltung, Beiheft 7: Staatsrechtslehre als Wissenschaft, 2007, 319, 348 и далее.

<sup>24</sup>К общему феномену см. *William M. Johnston*, How Higher Education in the United States Challenges Universities in Europe and the United Kingdom, в: Mantl (сноска 7), 145.

<sup>25</sup>Особое значение в этом плане имеет ряд публикаций в *German Law Journal*; о роли этого журнала см. статьи в номере, посвященном 10-летию юбилею журнала в *German Law Journal* 10 (2009), 1291 и далее.

Нидерландах и Швейцарии - важные элементы национальных научных систем были принципиально реформированы и, если брать за масштаб *индекс цитирования (citation index)*, то в глобальном научном «производстве» они позиционируются даже успешнее, чем исследования, организованные в Соединенных Штатах и Великобритании.

Достижение успеха в рамках европейской научной системы требует от немецкого научного производства (впрочем, точно так же, как и от французского, испанского или итальянского) существенного переосмысления многих основополагающих вопросов, что также нашло поддержку и подтверждение в рекомендациях Германского Совета по науке. Так например, представляется, по всей видимости, необходимым концентрировать ограниченные ресурсы на меньшем количестве исследовательских учреждений; немецкая инициатива создания центров передовых знаний может пониматься именно в этом свете.<sup>26</sup> Поскольку упразднение границ облегчает возможность миграции и переселения, международная привлекательность достается довольно дорогой ценой. Глубокая эрозия постулата равенства между научными учреждениями и учеными оказывается довольно болезненной и влечет за собой жесткую борьбу по вопросам распределения средств. И подобно тому, как это произошло в США или Великобритании, подготовка и образование подрастающего поколения работников науки начинает все больше ограничиваться лишь горстью учреждений. Данные констатации не ставят под вопрос то, что принципиальное равенство общественных исследовательских учреждений, идее которого до последнего времени придерживались в Федеративной Республике, имело большое значение, и при этом не только исключительно научно-политическое. На сегодняшний момент, тем не менее, этот постулат, скорее, утратил свою прежнюю актуальность.

Особенно серьезный вызов со стороны ведущих американских *Law Schools* состоит в том, что система и методы научного исследования в этих учреждениях, как бы они не различались между собой в деталях, по общему правилу контрастирует с «типичными» догматическими исследованиями в Европе.<sup>27</sup> Догматическая аргументация, которая играет

---

<sup>26</sup>Более подробно см. *Michael Hartmann*, Die Exzellenzinitiative – ein Paradigmenwechsel in der deutschen Hochschulpolitik, *Leviathan* 34 (2006), 447.

<sup>27</sup>По вопросу о причинах см. *Richard A. Posner*, The Decline of Law as an Autonomous Discipline, *Harvard Law Review* 100 (1987), 761; в сравнительном аспекте *Michel Rosenfeld*, The role of constitutional scholarship in comparative perspective, *Int'l J Constitutional Law* 7 (2009), 362; *Giulio Napolitano*, Sul futuro delle scienze del diritto pubblico, *Rivista trimestrale di diritto pubblico* 2010, 1.

центральную роль в континентально-европейском научно-правовом дискурсе, наблюдается в американском дискурсе, чаще всего, в экономических или политических исследованиях права (*Economic* или *Policy Analysis of Law*).<sup>28</sup> В качестве собственно научного метода признается, в частности, применение в правовых исследованиях методов других наук. В отличие от этого, ориентированные на практические потребности (прикладные) научные разработки, посвященные действующему праву, остаются в значительной степени уделом «книжных юристов» (*Verlagsjuristen*), подготавливающих различные базы данных. Крупные юристы-правоведы видят себя скорее в качестве своего рода публичных интеллектуалов (*public intellectuals*)<sup>29</sup>, которые генерируют новые идеи за счет междисциплинарных (межотраслевых) заимствований. При этом высоко котируется стремление к инновациям. В условиях глобализованной системы правовых наук традиционный модус догматической науки, развивающейся так сказать «по устоявшейся колее», должен быть поэтому пересмотрен. Необходимо особо отметить, что речь не может идти о том, чтобы просто скопировать американскую систему исследований, поскольку копирование никогда не будет представлять собой высокопрофессионального исследования. Скорее, следует найти возможности для того, чтобы путем заимствования и перенятия иностранного опыта способствовать на этой основе дальнейшему развитию юриспруденции, не отказываясь при этом от достижений собственной весьма развитой и дифференцированной правовой догматики.<sup>30</sup>

---

<sup>28</sup>Robert C. Post, Constitutional scholarship in the United States, *Int'l J Constitutional Law* 7 (2009), 416, 421.

<sup>29</sup>Меткое выражение Лепсиуса, *Lepsius* (сноска 23), 340 и сл.

<sup>30</sup>Часто в адрес этих *law schools* раздаются упреки в игнорировании подобной догматики, более подробно см. *Harry T. Edwards*, The Growing Disjunction between Legal Education and the Legal Profession, *Michigan Law Review* 91 (1992), 34; в сравнительной перспективе см. *Alexander Somek*, The indelible science of law, *Int'l J Constitutional Law* 7 (2009), 424.

### III. Что делать?

#### 1. Сравнительное правоведение

Подобное состояние дел и связанное с ним развитие ставят вопрос о необходимости новой научной ориентации и переосмысления центральных понятий, а также исследовательских целей и методов *в сравнительной перспективе*. Для этого необходимо серьезное исследование путей развития соответствующих государств и правовых порядков.<sup>31</sup> Один из научных вызовов европейского правового пространства состоит в том, чтобы по-новому классифицировать и систематизировать развитие практики и теории государств-членов именно в этой перспективе, и, тем самым, обеспечить новую ориентацию, в том числе и для догматической и прикладной юриспруденции. Наряду с этим, обособленные друг от друга (автономные) правовые порядки следует приводить к «диалогу», который одновременно искал бы черты сходства и различия с тем, чтобы на этой познавательной основе создать возможности для лучшего понимания общего правового пространства и его дальнейшего развития.<sup>32</sup> Качество данного правового пространства зависит от того, насколько ученые и практики смогут способствовать формированию восприятия и понимания права других государств. Они должны оперировать на основании общих навыков, знаний и представлений о ценностях. Они должны по-новому оценивать и совершенствовать накопленный ими правовой опыт и знания с точки зрения развития европейского правового пространства. Сравнительное правоведение, которое до сих пор лишь только в малых государствах служило общим стандартом научного профессионализма, станет благодаря общему европейскому правовому пространству ведущей научной дисциплиной исторического момента.

Более того, нередко лишь только через использование правовой компаративистики могут быть вообще поняты регулирующая модель

---

<sup>31</sup>Reinhard Zimmermann, Comparative Law and the Europeanization of Private Law, в: Mathias Reimann/ders. (Hg.), The Oxford Companion of Comparative Law, 2008, 539 и далее.

<sup>32</sup>Более подробно см. Susana de la Sierra, Una metodología para el Derecho Comparado europeo. Derecho Público Comparado y Derecho Administrativo Europeo, 2004, 67 и далее.

европейского правового акта или решения европейского суда, а также инициированная ими трансформация национального права. Сравнительное правоведение и знание других правовых систем могут помочь адвокатам, государственным служащим или судьям, которые осуществляют свою деятельность на европейском или на межгосударственном уровне, осмыслить позиции коллег и сбалансировать и усовершенствовать собственную линию аргументации. То же самое можно сказать и в отношении становящихся более интенсивными встреч правоведов в рамках европейского научно-правового пространства на заседаниях, за письменным столом, а именно не только при обсуждении «относящихся к Европе» тем. Признанным стандартом научно-правовых исследований в возрастающей степени становится рассмотрение по-новому - а именно с точки зрения европейской перспективы и с использованием иностранного практического и теоретического правового опыта - в том числе и «чисто внутренних» вопросов.

Разумеется, иностранное право является в значительной мере правом неизвестным и чуждым. Правовые источники, а также источники правового опыта и знаний не всегда могут быть легко выявлены. Часто и терминология является иной. Те же самые правовые термины или их языковые эквиваленты уже вследствие различий путей их становления и развития могут иметь и отличающееся значение. Последнее бывает не всегда просто установить, так как юридические категории обретают свое полноценное специфическое содержание исключительно в контексте других юридических понятий и их применения на практике. Плюрализм европейского правового пространства в целом, а также признанная в статье 4 абз. 2 ДЕС экспрессивная роль конституций государств-членов, выявляющая их национальную идентичность, в частности, требуют принимать и признавать иностранное право, как таковое и противодействовать тенденции, безропотно уступать языковым диссонансам. основополагающие начала других европейских правопорядков, как например, характерный исторический опыт, этапы развития, систематические основы, юридические и научно-правовые стили и т.д., следует исследовать в перспективе образующегося европейского правового пространства и в этом контексте развивать собственную систему.

## **2. Методическая европеизация**

Оформление европейского правового пространства - это не только задача политики, но именно также и юриспруденции (правовой науки), которая должна предопределять и критически сопровождать развитие права, осуществляемое политикой и судебной практикой. Поэтому сегодня это европейское правовое пространство должно наглядно демонстрироваться всем юристам таким образом, чтобы они смогли увидеть его как значимый контекст их работы, смогли понять свою роль и ответственность в этом и соответствующим образом ориентировать свои решения и обоснования. Важную поддержку здесь может оказать методологический инструмент, который следует обозначить как *принцип обобщения* (*Verallgemeinerungsprinzip*). Он может стать направляющим началом для развития в европейском правовом пространстве не только правовой науки (юриспруденции), но также правотворчества и прецедентной практики, то есть дальнейшего развития права судами. Этот принцип носит не только политико-правовой характер, но способен - в рамках последующего развития - оказывать влияние на телеологическое толкование действующего права.<sup>33</sup> Сегодня это является методологическим стандартом.

Способность обобщения - это исключительный по своему значению критерий при формулировании и проверке правовых идей. С точки зрения теории нравственности он находит свое парадигматическое отражение в формулировке категорического императива *Канта*. Этот императив требует: «поступай согласно максиме, которая в то же время может иметь силу всеобщего закона».<sup>34</sup> В области юриспруденции, соответственно, нужно проверять, насколько определенная догматическая фигура или результат прецедентного правотворчества судов подходит также и для иных проблемных ситуаций, насколько она и в других условиях способна приводить к приемлемым, убедительным результатам.<sup>35</sup> В этом состоит сегодня естественный, прочно утвердившийся методический инструмент любого юриста. Однако, тем не менее, до сих пор, когда речь заходит о прецедентном правотворчестве в праве государств-членов, рамками применения этого принципа является контекст государств-членов.<sup>36</sup> В этом смысле обоснованным предстает тезис, что сегодня европейское правовое пространство должно служить важным контекстом обобщения также и при догматической разработке и развитии права в судебной практике

<sup>33</sup>Gertrude Lübbe-Wolff, Rechtsfolgen und Realfolgen, 1981, 139 и далее; см. также Rolf Wank, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 1978, 46 и далее.

<sup>34</sup>Immanuel Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, 1785, Suhrkamp Werkausgabe Band VII, 51.

<sup>35</sup>Lübbe-Wolff (сноска 33), 156.

<sup>36</sup>Martin Böse, Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Vertrag von Lissabon und ihre Bedeutung für die Europäisierung des Strafrechts, ZIS 2010, 76, 83.

государств-членов. Правовым обоснованием в этом отношении может служить принцип интеграции, закрепленный в Основном Законе.<sup>37</sup> Обобщение в рамках европейского правового пространства представляет собой важный инструмент, позволяющий различать убедительные догматические фигуры и прецедентное развитие права от менее убедительных, и в результате представляет собой также важный инструмент в целях преодоления методического национализма.<sup>38</sup> Впрочем, методические вопросы выходят при этом далеко за данные рамки и затрагивают саму идентичность правовой науки.

### 3. Трансформация дисциплинарной идентичности

Немецкая юриспруденция работает, в первую очередь, в догматическом направлении. Тем самым она находится, если принимать во внимание исследования, осуществленные на высоком уровне, в европейском «*мэйнстриме*». Ориентированная на практику догматика, хотя и в отчетливо разных формах, представляет собой в большинстве дисциплин в различных государствах своего рода научно-правовую «обязательную программу». В противоположность этому, разработка проблем, выходящих за данные пределы, предстает в качестве упражнения в «произвольной программе». Такой подход представляется вполне перспективным, если «произвольные упражнения», как в каждом важном выступлении, воспринимаются как обязательные, и проводятся, в частности, с использованием американского опыта, естественно при обязательном учете критики в отношении современной, преимущественно межотраслевой исследовательской практики.<sup>39</sup>

Для того, чтобы правовой науке и ученым-юристам придать в европейском правовом пространстве надлежащую значимость и видимость, особое значение имеют, прежде всего, догматические разработки, направленные на выработку основополагающих понятий, а также глубоко фундированные в межотраслевом и теоретическом

<sup>37</sup>Более подробно см. *Peter Huber*, Offene Staatlichkeit: Vergleich, в: Armin von Bogdandy/Pedro Cruz Villalón/Peter Huber (Hg.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum (IPE)* II, 2008, § 26 пункт 104 и далее.

<sup>38</sup>К вопросу о понятии см. *Michael Zürn*, Politik in der postnationalen Konstellation, в: Christine Landfried (Hg.), *Politik in einer entgrenzten Welt*, 2001, 181.

<sup>39</sup>Более подробно см. *Edwards* (сноска 30), 34 и далее; *Edward L. Rubin*, Law And the Methodology of Law, *Wisconsin Law Review* 1997, 521 и далее.

отношении компетентные исследования. Лишь подобного рода проекты могут рассчитывать на успех, в частности, в Европейском Комитете по науке. В отличие от этого, ориентированные на практику догматические исследования, посвященные частным, отдельным вопросам, например, касающимся права государств-членов (они составляют наиболее значительный массив научно-правовой работы), как правило, тесно переплетены со специфическим национальным правовым материалом. Поэтому они менее заметны, и, кроме того, менее доступны и приемлемы для рецепции. Помимо догматического анализа, требуются также ориентированные на применение и конкретные прикладные задачи, не в последнюю очередь, критические исследования права, которые работают не только с понятийным аппаратом догматики, но и с классификациями, примерами, типологиями, категориями других наук, а также с разнообразным множеством научных методов и интересов. Подобная плюрализация носит трансформационный характер. Соответственно этому, юриспруденция, в частности, уже не определяется через единственный, так называемый юридический метод.<sup>40</sup> Кроме того, в ходе этого развития следует ожидать, что существующая в настоящее время все еще глубокая пропасть между внутренними (догматическими) и внешними разработками вопросов права станет более легко преодолимой.<sup>41</sup>

В своем трансформирующем действии такая плюрализация не одинока. Во многих правовых порядках отдельные научно-правовые дисциплины утвердились в своем разграничении с другими дисциплинами именно за счет концентрации на каком-либо специфическом правовом сегменте. Они нашли соответственно свой определенный специфический предмет (*Proprium*), как это можно видеть на примере стандартизованного в значительной степени формата ведущих учебных пособий по соответствующим дисциплинам. Однако, уже конституционализация правового порядка поставила такое положение вещей под сомнение.<sup>42</sup> В ходе развития европейского правового пространства теперь все более настоятельной становится потребность в универсальной разработке определенных вопросов, преодолевающей рамки отдельных правовых порядков. Ввиду особого значения установок, заданных правом

---

<sup>40</sup>В этом смысле, например, *Andreas Voßkuhle*, *Neue Verwaltungsrechtswissenschaft*, в: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Band 1, 2006, 1, 2. По вопросу плюрализации в отличие от этого см. *Matthias Jestaedt*, *Perspektiven der Rechtswissenschaftstheorie*, в: *ders./Oliver Lepsius* (Hg.), *Rechtswissenschaftstheorie*, 2008, 186, 195 и далее.

<sup>41</sup>*Martijn Hesselink*, *A European Legal Method? On European Private Law and Scientific Method*, *European Law Journal* 15 (2009), 20, 45.

<sup>42</sup>*Claus-Wilhelm Canaris*, *Verfassungs- und europarechtliche Aspekte der Vertragsfreiheit in der Privatrechtsgesellschaft*, *Festschrift für Lerche*, 1993, 873.

Евросоюза, ориентированная на практику юриспруденция вынуждена включать в себя и элементы, связанные с этим правом. Преодоление государственного кругозора также требует дальнейшего развития, или, можно сказать, даже трансформации традиционной идентичности соответствующих дисциплин. При этом можно выделить следующие два аспекта.

Во-первых, предстоит европеизация идентичности. Несмотря на наличие развитого европейского права, сегодня, мы находимся на значительном удалении от *единой* науки и от общеевропейских дисциплин по основным вопросам права, включая даже проблемы права Евросоюза.<sup>43</sup> Сегодня общеевропейский контекст дискуссии и рецепции существует лишь только в самом начальном и приближенном виде, поскольку самосознание большинства правоведов складывается, в первую очередь, в проекции на соответствующее государственное право и соответствующее научное *сообщество*. Как коллективная установка на будущее, такая ситуация едва ли может быть признана перспективной. Если европейское правовое пространство должно соответствовать оправданным критериям рациональности, которые в XX-ом столетии были сформулированы в отношении государственного права, то для этого требуется интенсивное научное сопровождение, которое не может быть обеспечено только в рамках национальных научных пространств.<sup>44</sup> Необходимо европейское научное *сообщество*, и такое *сообщество* требует соответствующей идентичности его носителей. Путь к достижению этой цели длинный и трудный: языковые проблемы, сложность и запутанность общего ландшафта исследований и публикаций, одним словом многообразие европейского научного и правового пространства. На национальном уровне сложились и существуют разнообразные научные стили и научные культуры, что сильно затрудняет общий разговор. Создание института *европейского правового университета*<sup>45</sup> - по образцу и подобию *американского юридического университета*<sup>46</sup> - может способствовать этому, также как европейские профессиональные ассоциации и союзы, которые оказывают влияние на карьерное продвижение своих членов. В целом будущая дорога и успех германской юриспруденции существенно

---

<sup>43</sup>Matthias Ruffert, Was kann die deutsche Europarechtslehre von der Europarechtswissenschaft im europäischen Ausland lernen?, в: Helmut Schulze-Fielitz (Hg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, Die Verwaltung, Beiheft 7, 2007, 253-256.

<sup>44</sup>Reinhard Zimmermann, Savigny's Legacy, L. Q. Rev. 42 (1996), 576.

<sup>45</sup>Stefan Leible (сноска 21), 2562; в качестве инициативы по данному вопросу см. [www.europeanlawinstitute.eu](http://www.europeanlawinstitute.eu) (6.9.2010).

<sup>46</sup>К вопросу и центральной роли и функциях *American Law Institute* см. Joachim Zekoll, Das American Law Institute - ein Vorbild für Europa?, в: Reinhard Zimmermann (Hg.), Globalisierung und Entstaatlichung des Rechts, 2008, 101.

зависит от новой юстировки критериев набора и карьерного роста научных кадров в контексте возможностей и вызовов европейского правового пространства.

Во-вторых, в рамках европейского правового пространства дисциплинарные идентичности, которые образуются, прежде всего, из предметного разграничения (например, административно-правовой материи от конституционной, национальной - от коммунитарной и международно-правовой, но также и публично-правовой - от гражданско-правовой), вряд ли имеют будущее. Дисциплинарное позиционирование научно-правовой дисциплины в европейском правовом пространстве должно происходить в меньшей степени путем установления границ и, тем более, не путем фиксации определенного метода, а, прежде всего, путем выявления ее соответствующего центрального интереса.

#### **IV. Перспектива: идея для правовой науки в европейском правовом пространстве**

В современных условиях взаимодействия различных правопорядков квалификация принадлежности к международному праву, коммунитарному праву или к государственному праву, осуществляемая в соответствии с классической теорией источников права, не должна, следовательно, более служить первичным критерием дисциплинарных идентичностей.<sup>47</sup> Жесткие первичные идентичности, как например специалист по государственному праву, специалист по европейскому или специалист по международному праву становятся столь же проблематичными, как и определение идентичности путем противопоставления публичного и частного права. Можно в целом ожидать и (в интересах развития науки, которая была бы более адекватной стоящим перед ней проблемам) более того, надеяться, что в европейском правовом пространстве эти идентичности, хотя и не исчезнут полностью, в той мере в какой это полезно для развития теории, однако, будут и в дальнейшем постепенно утрачивать свое значение.<sup>48</sup>

---

<sup>47</sup>Это не подразумевает, что различные правопорядки должны быть канализированы в русле диффузного *глобального* права, более подробно см. *Armin von Bogdandy, Prolegomena zu Prinzipien internationalisierter und internationaler Verwaltung*, в: *Trute/Groß/Röhl/Möllers* (сноска 19), 683, 684 и далее.

<sup>48</sup>*Brams Akkermans, Challenges in Legal Education and the Development of a New European Private Law*, *German L. J.* 10 (2009), 803, 813 и сл.

Более существенное значение для самоидентификации и самосознания должны приобретать иные идентификационные признаки. Это может быть, например, специфический интерес к определенной правовой области (конкурентное право, хозяйственное право, право распределения, право безопасности, процессуальное право или правовая защита, в которых часто сочетаются публично-правовые, гражданско-правовые и уголовно-правовые компоненты). Или интерес к определенной постановке проблемы (догматическое построение системы, обсуждение аспектов применения, определенное теоретическое исследовательское направление). Догматическая работа должна оставаться центром юриспруденции, определяющим идентичность, однако, гораздо больше, чем сегодня, она должна дополняться целым рядом иных ориентаций, которые являются для этого центра принципиально необходимыми.<sup>49</sup> Можно надеяться, что такая плюрализация укрепит привлекательность юриспруденции; это показывает пример США.

Германская правовая наука опирается на долгую традицию, оказавшую значительное международное влияние.<sup>50</sup> Она имеет благоприятные предпосылки для того, чтобы успешно позиционировать себя в европейском правовом пространстве, если она в настоящий момент решительно пойдет по пути собственной критической перепроверки и совершенствования с учетом возможностей и вызовов европейского правового пространства. Необходимость трансформации и изменений, в любом случае, нельзя однако преуменьшать. Это показывает, в частности, и более глубокий анализ решений молодых ученых-специалистов из Германии и из зарубежных стран относительно выбора тематики, места работы, форм финансирования или средств публикации.

---

<sup>49</sup>К вопросу о возможных альтернативах см. отдельные статьи в сборнике *Christoph Engel/Wolfgang Schön* (Hg.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, 2007; к позиции автора данной статьи см. *Armin von Bogdandy*, *The past and promise of doctrinal constructivism: A strategy for responding to the challenges facing constitutional scholarship in Europe*, *Int'l J Constitutional Law* 7 (2009), 364.

<sup>50</sup>Более подробно по вопросу о ее влиянии даже в США см. *Oliver Lepsius*, *Der Einfluss deutscher Rechtsideen in den USA*, в: *Josef Raab/Jan Wierer* (Hg.), *Die deutsche Präsenz in den USA*, 2008, 581; *Mathias Reimann*, *Historische Schule und Common Law. Die deutsche Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts im amerikanischen Rechtsdenken*, 1993.