фигура Канта, который, с одной стороны, безусловно является представителем классического когнитивизма, а, с другой стороны, столь же несомненно формулирует исходные предпосылки того образа познания, который ложится в основу современного когнитивизма.

ФИЛОСОФИЯ ПРАВА В ЭПОХУ ПОСТМОДЕРНА, ИЛИ НОВОЕ ПРАВОВОЕ МЫШЛЕНИЕ

Е.А. Чичнёва

> Истина заключается в том, что право все более и более сталкивается с новыми проблемами, решения которых не могут быть выведены из установленных правил.
>
> *К.-Х. Ладер*

Прежде чем перейти к непосредственному рассмотрению актуальных проблем, с которыми сталкивается сегодня философия и теория права, обратимся к вопросу более традиционному: как следует понимать сам предмет исследования, иначе говоря, как следует понимать и определять право? Очевидно, что в рамках философии права предлагались и предлагаются самые различные подходы к сущности права, но нас будет интересовать то, *какие из этих подходов и каким образом осваиваются реально действующим правом.* Указанная постановка вопроса заставляет нас обратиться к доктринальному пониманию права, т.е. к тому, как трактуется право в рамках различных юридических дисциплин. Приведем определение права, которое, если оставить за скобками расхождения несущественного характера, является на сегодняшний день наиболее распространенным: право есть *система общеобязательных норм, устанавливаемых и обеспечиваемых государством.* Именно на таком понимании права (само собой разумеющемся и потому, по общему убеждению представителей юридической науки, непоколебимом) воспитывается в наши дни любой юрист. Философские корни такой трактовки – юридический позитивизм, исторические – традиция, уходящая своими корнями в эпоху Просвещения.

Казалось бы, приведенное выше определение отражает действительное состояние дел и потому должно быть охарактеризовано как "объективное", но не будем торопиться с выводами. Я полагаю, что право необходимо рассматривать как продукт человеческой культуры, содержание и функциональные особенности которого обусловлены в значительной степени историческими факторами и отражают определенную картину мира. Поиски такой дефиниции права, которая бы оставалась востребованной вне зависимости от смены исторических эпох, хотя и достойны уважения, в действительности обречены.

Так, в основе гражданского права лежит определенный взгляд на мир, согласно которому мир состоит из материальных вещей и взаимоотношений людей по поводу этих вещей. Соответственно, любые отношения, которые становятся предметом регулирования, должны укладываться в модель обязательственных, вещных или смешанных. С появления новых объектов регулирования, таких как информация и деньги (не в качестве материальных знаков различного достоинства, а в качестве "прав требования"), право столкнулось с целым рядом неразрешимых проблем. Поскольку исходные ориентиры остались прежними, явления с принципиально иной сущностью стали истолковывать, используя старые образцы. Деньги получили наименования "бестелесных вещей", информация вписалась в отношения собственности (проприетарная концепция). Отсюда, кстати, умножение, как в правовой доктрине, так и в практике правоприменения понятий и категорий с приставкой "квази". Лучшим примером в связи с этим может служить кризис классической теории интеллектуальной собственности, которая оказалась неспособной адаптироваться к реалиям информационного общества.

За истекшее столетие основополагающие принципы и институты юриспруденции не претерпели сколько-нибудь значительных изменений, развитие различных отраслей права носило главным образом *эволюционный* характер. С конца прошлого века и практически до недавнего времени наиболее оправданным подходом к сущности права, его институтов и правовой деятельности считался *позитивный* подход. Иными словами, точкой пересечения философии и теории права на протяжении почти целого столетия был юридический позитивизм. Но времена меняются, и я осмеливаюсь утверждать, что *в настоящий момент право переживает переходный период*, который заключается в кардинальной смене первоначальной позитивной установки и переосмыслении базовых принципов. На практике (а юридическая практика всегда содержит теоретическую компоненту) право уже во многом изменилось, правовая теория, как и следовало ожидать, более консервативна. Обобщение, аргументированные, теоретически и методологически обоснованные выводы из происходящих перемен – одна из наиболее актуальных задач философии права на современном этапе. Философия права и юридическая доктрина вновь возобновят продуктивный диалог, когда будет достигнуто согласие относительно пересмотра теоретических основ права. О первых шагах в направлении такого пересмотра и его обосновании и пойдет речь.

ПОНЯТИЕ СИСТЕМЫ

Первый и главный вызов правовой доктрине со стороны философии права заключается, в, казалось бы, очень простом вопросе: *является ли право единым, и чем обеспечивается это единство*?[1] При полном и непрере-

[1] Данный вопрос очевидно отсылает к более общему вопросу относительно единства реальности в целом, который является центральным для философии постмодерна. По моему убеждению, наиболее значительные результаты в философии права последних десятилетий были достигнуты в рамках именно постмодернистской или, выражаясь более нейтрально, постклассической парадигмы мышления.

каемом господстве позитивизма такой вопрос не мог бы возникнуть, поскольку право, в этом случае, понимается как строгая система, единство которой с большим или меньшим успехом гарантируется надлежащей работой государственных органов (прежде всего законодательных, т.е. парламента или его аналогов) и судебной системы. Можно, конечно, упомянуть также и конституционный строй (демократический, тоталитарный или, как у нас, "переходный"), но это ничего не меняет.

Согласитесь, однако, что одним из общепризнанных критериев научности является то, что ни одно из утверждений не принимается на веру, т.е. не считается само собой разумеющимся. Так почему мы обязаны рассматривать идеальную модель права как автономную иерархическую систему?

Когда мы говорим о праве как о системе, то под системой мы понимаем, обыкновенно, систему высказываний определенной логической формы или правил. Правила поведения (нормы) могут быть общими или частными и характеризуются четко определенной сферой применения. Континентальная традиция как раз склонна рассматривать право в целом как стройную систему, на чем, в конечном счете, базируется дедуктивная процедура при вынесении судебных решений в каждом отдельном случае. Но насколько строго выполняется это, казалось бы, самоочевидное требование на практике? Действительно ли решение любой частной правовой проблемы, некоторым образом, уже задано заранее, поскольку оно *имплицитно существует в идеальном пространстве права*, и потому для каждого реального, конкретного правового казуса *предписано* (или *предопределено*) системой права?

Заметим, что общее право издавна, и вполне успешно, пользуется иным подходом – решение не выносится в результате применения "дедуктивной машины" логического рассуждения, а посредством поиска содержательных аналогий в предшествующей правовой практике. Хотя, конечно, и в этом случае для результативного поиска подобных аналогий юрист нуждается в некой вспомогательной системе, в том, чтобы прецеденты были специальным образом подобраны и упорядочены.

Ганс Кельзен в начале своего творческого пути (в "Чистом учении о праве") рассматривал право как иерархическую систему правовых норм, в основании которой лежит "*базовая норма*" (Grundnorm). В более поздних работах определение права существенно меняется: теперь под правом понимается *совокупность отдельных судебных решений, объединенных единой системой легализации*, т.е. такой системой, которая имеет *существенно иную* "*природу*", чем совокупность правил строгого логического вывода, связывающую правовое решение с "базовой нормой", и тем не менее обеспечивает каждому из таких решений правовую действительность и непререкаемый правовое значение на будущее время[2]. И все же, хотя праву и можно давать различные опреде-

[2] Вспомним общее правило, согласно которому судебное решение, вступившее в законную силу, не может быть обжаловано или опротестовано, оно приобретает свойство неопровержимости. Это правило действует в различных правовых системах. В российском законодательстве оно изложено в ст. 208 ГПК РФ.

ления, принцип его формальной и субстанциальной *целостности* не ставится под сомнение.

Для **Герберта Харта** правом является то, что провозглашается таковым в соответствии с "*правилом признания*" (rule of recognition). "Правило признания" представляет собой основной и окончательный критерий действительности всех норм и правил, относящихся к системе. Поскольку это правило обладает особым статусом *первого правила*, то его действительность не может быть выведена из какого-либо иного стандарта или правила (что означало бы, что последние оказываются более фундаментальными), но базируется на всеобщем конвенциональном признании членами данного сообщества. Здесь, конечно, имеет место скрытое противоречие, поскольку то, что не вписывается в единую иерархию, согласно Харту, не может считаться элементом права. Это замечание, однако, никак не может служить отправной точкой для критики, так как с логической точки зрения указанное противоречие не является неразрешимым[3].

В учении **Рональда Дворкина** объединяющим элементом правовой системы выступают *принципы*. В отличие от Кельзена и Харта, Р. Дворкин уже не приводит четкого разграничения между легальной теорией и легальной практикой (правила интерпретации не навязываются судебной практике извне – правосудие само есть теория интерпретации), а совокупность его принципов не показывает никакой определенной структуры. И все же, так же, как Кельзен и Харт, Дворкин нисколько не сомневается в том, что право все-таки есть упорядоченная *система правил*.

В той мере, в которой право активно использует систему (будь то система норм или система прецедентов), оно заранее наделяет правовые акты тем или иным значением, дает им предварительную интерпретацию, которая, как показывает практика, *далеко не всегда гарантирует правильность решения*. В этом случае, первоначальная жесткость требований к процедуре принятия правового решения несколько смягчается апелляциями к так называемой "творческой интерпретации", или к "расширительному истолкованию", или, если определенного рода отношения не урегулированы, к "применению законодательства по аналогии"[4], которые способны учесть конкретные особенности юридического казуса и скорректировать позицию представителя правосудия.

Анализ и теоретическая систематизация таких приемов были осуществлены уже достаточно давно в *процедуральной теории дискурса*, одним из наиболее известных авторов которой является **Роберт Алекси**[5]. Однако все эти "подстраховочные" меры, направленные на обеспечение справедливости, ничего кардинально не меняют, а просто допол-

---

[3] Я имею в виду "теорию типов" Б. Рассела.

[4] Эта возможность отсутствует для уголовного судопроизводства, поскольку применение уголовного закона по аналогии не допускается. (В российском законодательстве данное правило закреплено в ст. 3 УК РФ.)

[5] *Alexy R.* Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begruendung. Frankfurt, 1979.

няют или достраивают уже существующие системы рациональных правил и принципов другими, ничуть не менее рациональными. Основное отличие этих дополнительных принципов от уже существующих заключается в том, что они не приложимы к конкретному рассматриваемому делу непосредственно; вместо этого они определенным образом структурируют (или, лучше сказать, ре-структурируют, если иметь в виду, что привычная логика оказалась неудовлетворительной) *процедуру аргументации*. Отсюда вытекают характерные свойства дискурсивных принципов: они представляют собой не жестко предписываемые и совершенно однозначные *правила поведения*, а несколько размытые, общие *правила предпочтения*, которые позволяют осуществлять разумный выбор в нетривиальных ситуациях. Иными словами, дискурсивные принципы не столько переосмысливают традиционное понятие рациональности, доставшееся нам в наследство от нового времени, сколько пытаются сохранить эту самую рациональность в изменившихся условиях.

В самом деле, в понятии процедурализации права заложена вполне плодотворная идея – наделить право, консервативное по самой своей природе, возможностью моментально и адекватно, без утраты своих существенных характеристик, т.е. сохраняя "законные гарантии", на которые вправе рассчитывать каждый, реагировать на новые процессы или феномены, порожденные современным обществом. Новая модель принятия решений и/или легитимации норм, возникающих ad hoc, ориентируется на социальные структуры повышенной сложности (complexity, Komplexitaet), которые требуют принимать в расчет различные аргументы, т.е. сводить к некоторому минимуму операцию по "просеиванию" наличных аргументов. Однако процедуральный подход, не в меньшей степени, чем формальный или материальный, опирается на заранее сформированное, уже наличное представление о единстве правовой системы, включая универсальную практику принятия решений[6].

В качестве примера можно обратиться к смыслу и содержанию понятия "процедурализации" в философии **Ю. Хабермаса.** Хабермас отказывается от классической формально-субстанциальной концепции права и пытается найти такое понимание права, которое не противоречило бы принципу "социального и идеологического плюрализма". В результате он приходит к расширительному истолкованию критерия рациональности: это уже не универсальность *формы*, которой должно обладать право, а универсальность *положений*, которые переосмысливаются в терминах "дискурсивной этики". Такие положения порождаются и находят свое подтверждение в "интерсубъек-

[6] Я ни в коем случае не оспариваю продуктивность процедурального подхода. Более того, он является единственно возможным (т.е. реальным и адекватным) подходом к современному праву. Процедурализация права есть факт, действительная характеристика функционирования права в современных условиях. Речь, следовательно, может идти только о различных истолкованиях этого факта, с многими из которых я не могу согласиться (в частности с интерпретацией, которую дает процедурализации Ю. Хабермас).

тивной практике аргументации", которая есть не что иное, как процедуральное по своему характеру существование открытого дискурса. Рациональность, таким образом, сохраняется не как раз и навсегда достигнутая и зафиксированная *структура*, а как вновь и вновь устанавливаемая, т.е. как непрекращающаяся, непрерывная "*процедура*". Для "процедуральной рациональности" не нужны индивиды, которые, чтобы выйти к вневременному единству универсальной субъективности и к трансцендентальной сущности права, должны выходить за собственные пределы. В условиях неизбежного плюрализма от участников универсального процесса коммуникации требуют лишь "идеализирующего расширения интерпретативных перспектив"[7].

Довольно любопытным представляется также взгляд на философию права **Г.Дж. Бермана**, который, хотя и оперирует привычными правовыми понятиями, является выразителем общей тенденции, а именно – потребности в переосмыслении правовой теории и практики, переориентации правового мышления в целом. Свою концепцию Берман называет "*интегрированной юриспруденцией*", поскольку в ней успешно совмещаются и взаимодействуют три основных подхода к существу права – естественно-правовой, позитивистский и исторический. Несмотря на кажущуюся традиционность, Бермана можно смело отнести к тем немногим, кто сумел отказаться от трактовки права как фиксированной системы. Более того, акцент на историчности (которая противопоставляется "слепому историзму") не позволил автору примкнуть к сторонникам процедурализма. Право, согласно Берману, есть *деятельность, сопряженная с "чувством истории" (как судьбы и миссии)*, характерным для западного мироощущения. Разумность и справедливость – необходимые, но не определяющие элементы правосознания; они, если можно так выразиться, ответственны за синхронический срез, описание конкретной правовой картины. Право же по своей сути динамично, а потому его истолкование возможно только с точки зрения исторической перспективы[8].

Итак, не подвергаемое сомнению представление о единстве правовой системы в свою очередь основано на более общем убеждении в "потенциальной прозрачности реальности"[9]. Но начиная с того момента, когда единство реальности уже перестает быть чем-то несомненным, право как наука и как социальный институт претерпевает, наряду с реальностью, серьезное изменение, или даже "мутацию" фундаментального свойства – оно становится *плюралистичным*.

---

[7] *Habermas J.* Reconciliation through the Public Use of Reason – Remarks of John Rawls's Political Liberalism // Journal of Philosophy. 1995. P. 117.

[8] *Берман Г. Дж.* Вера и закон: применение права и религии. М., 1999. С. 340–365.

[9] *Ladeur K.-H.* The Theory of Autopoiesis as an Approach to a better Understanding of Postmodern Law. San Domenico, 1999. P. 9.

АВТОПОЙЕТИЧЕСКИЕ СИСТЕМЫ

Обозначение той или иной системы как "автопойетической" (autopoietic)[10] указывает на наличие у рассматриваемой системы как минимум двух фундаментальных свойств – непрерывности и самосозидания, или самопорождения. Важно, что здесь никакого единства заранее не предполагается; а значит, оно в ходе процесса и не воспроизводится. В отличие от иерархичности, которая свойственна традиционным системам, "автопойетические" системы "*гетерархичны*", поскольку не объединены в фундаментальное единство. Правила, которые порождают такие системы, не могут соблюдаться иначе как в самом процессе их применения. Не допускается при таком подходе (даже в качестве идеала) фигура незаинтересованного наблюдателя, который мог бы обратиться за критерием к рациональности, не зависящей от процесса самопорождения рассматриваемой системы. У такой системы отсутствует абсолютное начало, и *нет фиксированного набора правил*, который управлял бы процессом самосохранения и саморепродукции. Она не состоит из индивидуальных или жестко определенных компонент, подобных атомам, а ее базовыми элементами являются *события*, т.е. временные связи между операциями.

Свойства автопойетической системы, которые мы только что перечислили, носят главным образом *негативный* характер, т.е. фактически указывают на то, чем такая система не является, что для нее не характерно, что отличает ее от системы в механистическом понимании. Теперь попробуем дать *положительную* дискрипцию функционирования автопойетической системы и обратимся для этого к тому, что является главным предметом нашего анализа, т.е. к праву.

---

[10] Понятие "автопойетической системы" появляется впервые в 60-е годы в экспериментальных исследованиях по нейрофизиологии чилийского биолога Хумберто Матураты, а чуть позднее у его коллеги Франциско Варела. Ранние работы Матураты в области нейрофизиологии и восприятия привели его к постановке проблем относительно теоретико-информационных аспектов познавательной способности (cognition). Изначально нацеленные на конкретные экспериментальные результаты, указанные исследования вышли далеко за пределы намеченного. Когнитивная теория, разработанная совместно Матураты и Варела, нашла свое приложение, помимо прочего, в эпистемологии, теории коммуникаций и социальной теории систем. Наибольший интерес эта теория вызвала в научных кругах Европы.

Тезисно автопойетическую теорию можно представить следующим образом: поскольку предметом теории являются формально-функциональные единства, ее подход является *системным*; поскольку центральное понятие автопойезиса определяет живые системы как самопродуцируемые единства (в результате чего им удается собственными силами поддерживать свою сущностную форму), данная теория вносит свой вклад в развитие понятия "*самодетерминации*"; поскольку автопойетическая теория может рассматриваться – в силу той роли в определении системы, которую она отводит наблюдателю – как "кибернетика второго порядка", она предоставляет новую основу для анализа "*контекстуализации*"; наконец, в рамках автопойетической теории понятие "*само-организации*" получает строгое и систематическое определение, что выгодно отличает данную теорию от иных концепций, использующих понятие самоорганизации.

Одними из первых, кто попытался рассмотреть право в качестве такой самопорождающей системы, были **Н. Луман** и **Г. Тойбнер**[11]. "Автопойетическая" система конституирует определенный *порядок*, проводя границу между собой и окружающей средой (которая, чаще всего, тоже состоит из систем), и пользуется собственной историей для того, чтобы ориентироваться в существующих взаимосвязях между операциями и иметь возможность использовать уже существующие образцы в ходе непрерывного самоконструирования[12]. Связи между операциями, образующие динамический каркас таких систем, нельзя считать ни неупорядоченными, ни случайными, так как прошлые и будущие операции снижают и ограничивают уровень сложности возможных взаимосвязей.

Как "автопойетическая" система, право репродуцирует себя посредством различения между собой и тем, что правом не является. Таков основной бинарный код правовой системы[13]. Но фиксировать наличие одного только кода, естественно, недостаточно для того, чтобы вести разговор о структуре системы. Для своего функционирования правовая система нуждается в действительности правовых актов, которые бы точно определяли, специфицировали отличительные черты права и не-права, и позволяли бы производить стандарты или модели, годные для будущего применения (такие, к примеру, как догмы права).

Луман утверждает далее, что *судебная система* (т.е. система органов, основной функцией которой является вынесение решений или постановлений по конкретным делам) *стоит в центре правовой системы в целом, тогда как законодательная деятельность располагается на периферии*[14]. Заметим сразу, что это заявление Лумана, казалось бы, столь радикальное, сегодня представляется уже недостаточным: *ядром правовой системы следует считать частные (т.е. не санкционированные напрямую официальным правом) правовые акты в первую очередь, и судебную практику (включая все виды арбитражных и третейских судов), – во вторую.* Поэтому это именно так, следует из характера функционирования правовой "машины": решение тех или иных споров или проблем (безразлично, судом или сторонами по контракту) представляет собой не случайную деятельность и не механическое применение общих правил к частным случаям, а *нормотворчество*, т.е. является одновременно деятельностью по поддержанию системы и уси-

---

[11] *Luhman N.* Soziale Systeme. Frankfurt: Suhrkamp, 1984; *Luhman N.* The Autopoiesis of Social Systems. L.: SAGE Publications, 1986; Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society / Ed. G. Teubner. B.; N.Y.: Walter de Gruyter, 1988; State, Law and Economy as Autopoietic Systems: Regulation and Autonomy // New Perspective European Yearbook in the Sociology of Law / Ed. G. Teubner, A. Febbraja. Milan: Giuffre, 1992.

[12] *Clam J.* Droit et societe chez Niklas Luhmann. La contingence des normes. P., 1997. P. 261.

[13] Н. Луман настаивает на том, что непрерывность и эффективность любой системы обеспечивается бинарным кодом. См.: Luhmann N. Das Recht der Geselschaft. Frankfurt a. M., 1993. P. 69.

[14] Ibid. P. 333.

лению ее автономности, каковая деятельность и сохраняет систему, поддерживая ее в рабочем состоянии. На языке теории систем такая деятельность может быть содержательно описана как непрерывное созидание (относительно) новых отношений и введение новых ограничений, которые в свою очередь создают возможность возникновения новых взаимосвязей.

Что касается **Р. Алекси**, то он настаивает на преимущественно *субстанциальной* трактовке права, которую необходимо только дополнить (в связи с очевидным ослаблением "общего тонуса" рациональности) процедурой *рациональной аргументации*. Таким образом, проблема приобретает более четкие очертания: можно ли использовать, применительно к современным условиям, для теоретической реконструкции гиперсложного мира, прежнее понятие практической рациональности, в основе которого лежал субстанциалистский подход?

Взгляд на правосудие как на такую систему, в основе которой лежит принцип непоколебимой универсальной рациональности, и трактовка предмета правосудия как социального организма, элементами которого являются индивиды, представляет собой "стандартную" точку зрения человека эпохи Просвещения, установку, которая дошла до нас практически без изменений. Однако мир с тех пор настолько изменился, что мы уже не можем предполагать наличие некой на единой по своей сути реальности и серьезно говорить о том, что величие человеческого разума состоит в том, что он, "проникая в суть вещей", достигает уровня этой реальности. Снова обращаясь к предмету нашего рассмотрения, мы должны начать с *констатации*: социальные (правовые, экономические, культурные, семейные и т.п.) связи между людьми приобрели такую степень сложности, что не могут быть теоретически интегрированы в такую картину реальности, которая была бы общей для всех. Иными словами, современный исследователь не может предполагать, что существует в принципе некая привилегированная неподвижная точка, только поместившись в которую, можно было бы наблюдать целое таким, каково оно есть – т.е. представить на общее обозрение *единственно верную картину* правовой Вселенной.

Что же можно предложить взамен прежнего, такого удобного и такого надежного, такого рационально устроенного мира? Можно, например, вместе с Луманом, попытаться понять общество как целостность, состоящую *не из индивидов, а из коммуникаций*. Здесь происходит, как сказал бы Гуссерль, смена интенциональной установки: теперь мы видим не субъекта по одну сторону и универсальные правила по другую, а взаимоотношения между индивидами, порождающие более или менее стабильные образцы поведения, реакций и т.п.; мы видим, как возникают образцы, которые допускают определенное воздействие, как они встраиваются (и выстраиваются) в гетерархическую или автопойетическую систему. Следует особо подчеркнуть, что такая полиморфная реальность может предстать в качестве предмета лишь для поликонтекстуального наблюдения, т.е. такого, которое проводится не "объективно"в традиционном смысле этого

термина, т.е. безотносительно к позиции, которую занимает человеческий субъект, а исходя из тех контекстуальных возможностей, которые предоставляет человеку та или иная социальная система (будь то экономика, право или политика)[15]. Полученные результаты, следовательно, будут обладать не универсальной, абсолютной рациональностью, а лишь относительной; она будет описывать не *идеальные действия идеальных индивидов в идеальном теоретическом пространстве*, которые вместе с тем истолковываются как подлинно сознательные, т.е. рациональные, *а упорядоченные подвижные связи исследуемой системы*, которые и представляют собой рациональность, осуществляющуюся во множестве возможных (допустимых в рамках этой системы) действий индивидов. Как отмечает В. Вельш, рациональность как упорядочивающий принцип может быть найдена сегодня только в транс-субъектных системах коммуникации, порожденных сетью взаимоотношений[16].

Итак, с точки зрения Н. Лумана, автопойетическая теория представляет собой единственно научную в современных условиях концепцию современного права. Но Луман понимает *современное* право как право эпохи модерна, т.е. как такое право, которое давно сложилось и существует без фундаментальных перемен уже несколько столетий. Иными словами, Луман претендует на то, что его концепция дает лишь более эффективное и с научной точки зрения более адекватное описание того, что было уже давно и что продолжает существовать теперь.

Однако ввел понятие "автопойетической системы" не Луман, и за этим фактом скрывается нечто важное: солидаризируясь с К.-Х. Ладером, я полагаю вполне корректным применение данного понятия как раз для описания *постсовременного* ("постмодерного") права[17]. Автопойетическая теория, в большей степени, чем иные теории систем, способна принять плюрализм подходов к пониманию права. Она лучше, чем иные модели, соответствует прогностическому характеру современного общества, которое (раньше, чем его консервативные институты) уже поменяло картину мира и уже спокойно относится к ритмически повторяющемуся процессу "переоценки ценностей", в результате которого одни правила или нормы отмирают, а на их место приходят другие.

Новое правовое мышление не отталкивается более от корпуса легализованных правил (норм) и рациональной или сознательной воли их автора, которые рассматриваются отдельно от практической правовой коммуникации, поскольку последняя понимается лишь как приложение или практическое воплощение первых. В действительности, не законы и иные нормативные акты сами по себе или принятые, как им и полагается, компетентными органами публичной власти, а лишь индивидуаль-

---

[15] *Ladeur K.-H.* Op. cit. P. 16.

[16] *Welsch W.* Vernunft. Die zeitgenoessische Vernunftkritik und das Konzept der transversalen Vernunft. Frankfurt a. M., 1996.

[17] *Ladeur K.-H.* Op. cit. P. 35.

ные действия, имеющие или даже не имеющие возможные правовые последствия[18], и судебная практика составляют сердцевину правовой системы. Конечно, первостепенную роль законов никто не отменял и отменить не в силах, но они не наделены такой ролью изначально, а именно *становятся* таковыми в той мере, в которой судья делает их частью конкретных практических решений.

Если учение о правовой методологии, как показывают современные работы в данной области, способно освободиться от ориентации на законодательный корпус, санкционированный государством, и сфокусироваться на правовых коммуникациях как единственной правовой реальности, то оно также способно принять и осмыслить появление *нового торгового права* не просто как "квазиправа", но как права полностью отвечающего смыслу этого понятия[19]. То же самое является спра-

---

[18] К действиям субъектов права, имеющим правовое значение, относятся, с одной стороны, административные решения, обеспечивающие эффективную работу предприятия, преддоговорные споры, договоры присоединения, контракты и т.п. С другой стороны, существуют вполне самостоятельная область деятельности по выработке регулятивных правил для той или иной сферы деятельности. Я имею в виду "модельное законодательство", а также различные "рекомендации", разрабатываемые авторитетными организациями (которые, чаще всего, только для этого и создаются). В качестве примера можно привести «программу модельного законотворчества» для стран СНГ или Модальный закон о сделках, обеспеченных залогом, принятый Европейским Банком Реконструкции и Развития. Можно также упомянуть специальную комиссию по выработке рекомендаций, созданную при английской Торговой корпорации по торговле ценными бумагами. Получается несколько парадоксальная ситуация: то, что правом не считается, все же является таковым, как по формальному признаку (речь идет о правилах, которые соответствуют всем требованиям, предъявляемым к правовым нормам), так и по условиям и способу применения (стороны, принявшие на себя добровольное обязательство следовать соответствующим правилам, связывают себя и одновременно легализуют соблюдаемые правила, поскольку их нарушение в этом случае уже может повлечь судебные санкции). Добавим, что в то время как правовые нормы могут оказаться "неработающими" (если речь идет о диспозитивных нормах) или вызывать множество нареканий (если речь идет об императивных нормах), "мягкое право" (soft law) обладает высокой эффективностью, о чем убедительнее всего свидетельствует широкая сфера его применения. И этому существует крайне простое объяснение: такое право создается по мере необходимости и создается теми, кто не только обладает необходимой профессиональной компетентностью, но и кровно заинтересован в том, чтобы разработанные правила приносили пользу.

[19] Напомним, что западное торговое право первоначально (в XI–XII вв.) разрабатывалось *самими купцами*, а не учеными-романистами, канониками или властными установлениями местных феодалов. И оттого, что его разработкой занимались "ненадлежащие субъекты", оно не становится (по крайней мере, с точки зрения историка права) ущербным или не в полной мере легальным. См.: *Берман Г.Дж.* Западная традиция права. М., 1994. С. 320–322. Соответственно, под "новым торговым правом" я подразумеваю те способы регулирования правоотношений в сфере торговли, которые не имеют своим источником ни специальные законы, ни торговые кодексы, ни международные конвенции, ни, наконец, обычаи торгового оборота. В чем могут выражаться такие способы? В тех же рекомендациях, о которых речь шла выше, или в решении спора между крупными компаниями, который был урегулирован "собственными силами" (третейским судом, к примеру). В последнем случае апробированное решение определенной коллизии может послужить своеобразным "прецедентом", моделью разрешения аналогичных споров в условиях молчания закона и/или обычая.

ведливым и в отношении внутренних механизмов установления стандартов[20]. Систематическая теория права ставит новое торговое право, транснациональное по своему характеру, наравне с правом как частью государственной системы. Новые (часто неожиданные) элементы, которые стороны включают в двух- или многосторонние договоры, проходят неизбежную проверку практикой – поскольку речь, чаще всего, идет о долгосрочных коммерческих связях, оправданность того или иного условия доказывается или опровергается его практической целесообразностью.

Для дальнейшего хода наших рассуждений необходимо, вслед за **Карлом-Хайнцем Ладером**, принять следующее принципиальное допущение: "социальные конвенции представляют собой не простые формы координации, не обладающие правовым характером, но должны рассматриваться как формы специального межорганизационного порождения связывающих отношений и, таким образом, признаваться в качестве нормативных феноменов"[21]. Иначе говоря, сегодня можно однозначно констатировать *расширение понятия "норма"* – как в смысле отказа от концепции жестко (на уровне Основного закона, т.е. конституции) установленных и не менее жестко иерархизированных (президент, правительство, парламент и т.п.) субъектов, в компетенции которых находится нормотворчество, так и в смысле процесса легитимации норм и связанных с ним гарантий их соблюдения. Диспозитивность как презюмируемое свойство "негосударственных" или "смешанных" норм[22] оборачивается в действительности их "скрытой императивностью" – квалифицированные "рекомендации" оказываются чаще всего не только лучшим (наиболее эффективным), но и единственно приемлемым способом поведения в той или иной сфере рыночных отношений. Однако и в этом видится, возможно, главное преимущество "негосударственного сектора нормотворчества", подобные нормы не нуждаются в процедуре признания их недействительными, поскольку их соблюдение осуществляется добровольно, а время их "жизни" совпадает с коэффициентом их жизнеспособности. Норме следуют до тех пор, пока она успешно регулирует те или иные отношения, и перестают ей следовать, если экономическая ситуация делает норму непригодной.

Все это подводит к так называемой *сетевой (network-like) концепции права*, которая, в частности, довольно успешно применяется к национальным, межнациональным и наднациональным формам правовой

---

[20] В качестве примера можно привести Comite Europeen de Normalisation (CEN) и International Standardization Organisation (ISO). Специфическими чертами этих и подобных им организаций являются, во-первых, представительность (не в смысле безусловного одобрения их деятельности "сверху", а в смысле представления максимального числа интересов) и, во-вторых, квалифицированность или профессионализм, которые в конечном итоге и обеспечивают авторитет и широту применения, принимаемых такими организациями нормативных актов.

[21] *Ladeur K.-H.* Op. cit. P. 19.

[22] Речь идет о нормах, которые, хотя и принимаются негосударственными органами, получают в дальнейшем признание публичных властей.

интеграции в рамках Европейского Союза (ЕС)[23]. Если оставить в стороне проблему распределения правовых полномочий между ЕС и странами-членами Союза, то не менее важной окажется доктринальная "инфраструктура", а также та систематичность, с которой воспроизводятся практические образцы сетевых взаимоотношений. Приоритетными в рамках данной концепции оказываются межнациональные отношения (в отличие от национальных и наднациональных), т.е. разнообразные *горизонтальные связи и контакты между правовыми инфраструктурами.*

Современное состояние частного права (включая торговое право) с убедительностью доказывает несостоятельность или по крайней мере недостаточность *теории источников права*, пока еще квалифицируемой как "общепринятая". Реалистическое понимание данного вопроса исходит из *множественности и принципиальной открытости источников права.* Новое частное право не может строиться по чрезвычайно узкой схеме, когда публичное признание того или иного нормативного акта достигается исключительно посредством государственного признания или в результате его проведения через судебные органы (т.е. присвоением официальной правовой системой того, что прекрасно существует и функционирует и без одобрения "свыше").

В качестве новой разновидности источников права следует особо выделить так называемые "*смешанные источники*", которые призваны служить одним из наиболее гибких инструментов, позволяющим найти компромисс между государством, с одной стороны, и рынком – с другой. Наиболее яркий пример такого источника мы можем найти во французском праве. Имеются в виду "*независимые административные авторитеты*" (autorité administrative independante, или A.A.I.)[24]. Это новый юридический институт, аналогичного которому французское право не имело[25]. Однажды появившись, он получает сегодня все большее распространение.

A priori данные "авторитеты" относятся к административной отрасли права, что, однако, не соответствует действительности. A.A.I. появились в контексте предпринятого государством регулирования рыночной экономики, которое натолкнулось на проблемы, напрямую не связанные с имущественными ценностями и правами (проблемой, связанной с источниками и распространением информации, проблемой защиты индивидуальных свобод и т.п.). Идеологически деятельность A.A.I. направлена на отстранение государства от прямого управления определенными секторами общественной жизни. Их образова-

---

[23] *Ladeur K.H.* Towards a New Theory of Supernationality – The Viability of the Network-concept // European Law Journal. 1997. P. 33; *Guehenno J.M.* The End of the Nation State. Ann Arbor, 1995.

[24] Первое упоминание A.A.I. встречается в ст. 8 Закона от 6 фев. 1978 г. об автоматической обработке информации, каталогах и связанных с ними правах. Помимо прочего, данным законом учреждается Национальная комиссия по информатике и правам, которой присваивается статус "независимого административного авторитета".

[25] За образец были взяты англо-саксонские, прежде всего американские, "агентства", которые осуществляют регулирование в различных секторах общественной жизни. Мы имеем, таким образом, еще один пример процесса глобализации права.

ние в самых различных сферах[26] позволяет заинтересованным участникам социальной и экономической деятельности вмешиваться в процесс нормотворчества и таким образом наделять правовым значением, легитимностью публичную деятельность в целом. Смешанный характер А.А.I. выражается в том, что они возникли и существуют на пересечении двух источников экономического права – частного сектора экономики и публичных властей. Их создание, такие образом, позволяет в определенной степени разрешить противоречие, существующее между государством и рыночной экономикой: А.А.I. являются фактически проводниками государственной политики, но их функционирование не строится по традиционной административной "лестнице" – от публичной организации к министерству. Поскольку государство наделило эти организации правом создавать нормы, обязательные к применению в сфере их компетенции, правоведы задаются вопросом о природе юридической деятельности подобных организаций. Является ли она квазисудебной (в смысле разрешения споров определенной категории) или законодательной (в смысле установления правил, применяемых в строго определенной сфере)? На самом деле, А.А.I. успешно соединяют правотворчество с правоприменением.

Возьмем пример из другой области. Речь пойдет о разновидности дел, связанных со сложным механизмом распределения ответственности, а именно – установление ответственности при разливе нефти в открытом море или дела по банкротству крупных международных корпораций. Такие и аналогичные по сложности (связанной, в данном случае, с присутствием иностранного элемента) дела могут быть успешно разрешены только в том случае, если адвокатам, фирмам и группам предприятий, занимающихся профессиональной деятельностью на рынке и вовлечением в эти конкретные дела, будет дано *право устанавливать частные правила по урегулированию спора*. Очевидно, что суды различных стран принимают и будут принимать участие в разрешение подобных споров, но их роль не должна быть ролью посредника, а скорее независимого наблюдателя, вмешательство которого может быть вызвано только крайними обстоятельствами[27]. Договоренности, которые при этом удается достигнуть непосредственным участникам спора, не должны рассматриваться, как только фактические договоренности: ведь если право, санкционированное государством, не приспособлено для решения споров указанной сложности, то это еще не озна-

---

[26] Примеров здесь можно привести множество. "Независимым административным авторитетом" является Национальный комитет по оценке (C.N.E. – Comite National d'Evaluation), который курирует деятельность публичных учреждений национальной системы высшего образования (школ, институтов, университетов и т.п.). Орган ("авторитет") по регулированию телекоммуникаций (A.R.T. – Autorité de régulation des télécommunications), созданный в начале 1997 г., также является разновидностью А.А.I. В своей регулятивной деятельности А.А.I. фактически берет на себя юридические полномочия, что позволяет ему не только создавать нормы самому, но и в отдельных случаях изменять уже существующие предписания властей.

[27] Даже самый компетентный судья при рассмотрении такого спора не сможет вынести "справедливого решения", поскольку требование "учитывать все возможные аспекты и обстоятельства дела" является в данном случае невыполнимым.

чает, не предопределяет того, что фактически использованные методы и полученные с их помощью результаты являются неправовыми. Это тем более справедливо, если учесть, что рассмотренная категория дел уже давно перестала быть исключением. Описанную выше ситуацию следует понимать как вполне закономерное следствие качественного усложнения межорганизационных правовых связей.

Ни законодатель сам по себе, ни совместно с "рациональной аргументацией", но в отрыве от интересов и стратегий непосредственных участников экономического оборота, не способен справиться, т.е. упорядочить новые феномены и связанные с ними возможности, которые непрерывно порождаются частным правом. И здесь на передний план выходит вопрос о самокоординации и саморегуляции частных субъектов права. Так, комплекс экономико-правовых проблем, вызванный к жизни кризисом финансовых рынков в Азии, мог бы быть решен (или даже предотвращен) стратегией взаимного надзора организаций, занятых поиском наиболее эффективных методов для прямого инвестирования. С другой стороны, надеяться на гарантированное решение таких глобальных проблем при помощи квазипубличного режима – в данном случае распоряжений МВФ – было бы просто недальновидно[28].

В будущем все более настоятельной станет необходимость развития новых организаций, основанных на процедурализации (в смысле относительной и подвижной рациональности, источником которой будут служить локальные системные связи) и кооперации, которые будут приспособлены к стратегическому генерированию новых типов контактов, новых типов межнациональной кооперации, маркетинговых стратегий и т.п. В то же время, формирование новых подходов в сфере публично санкционированного процесса вынесения решений, иначе говоря, формирование нового легального подхода к решению проблем, вряд ли может рассматриваться как первостепенная и насущная задача современного этапа эволюции правовой системы. Движение скорее должно быть обратным – официальное право само должно искать пути взаимодействия с фактически существующим "неофициальным правом".

ЛИБЕРАЛЬНАЯ КОНЦЕПЦИЯ ПРАВА И ПРАВО В ЭПОХУ ПОСТМОДЕРНА

С точки зрения Хабермаса, процедурализация, напротив, тесно связана с "материализацией" права – процедура выступает как субстанциально ориентированная в силу того, что процесс аргументации соотносится с новым типом универсального порядка[29]. Частная автономия и ее результаты в договорной практике, согласно Хабермасу, могут считаться приемлемыми только при условии фактического равенства участников. В противном случае, ее результаты должны быть пересмотрены в рамках рационального дискурса, целью которого является достижение

[28] *Ladeur K.-H.* Op. cit. P. 21.
[29] См.: *Habermas* Faktizitaet und Geltung. Frankfurt a. M., 1992. S. 127, 496.

справедливости. Очевидно, что данная идея исходит из *принципов либерального права*. Либеральный правовой порядок никогда не допустит, чтобы индивидуальные контракты рассматривались как таковые, т.е. принималось во внимание лишь формальное согласие их участников, а проблемы справедливости в целом игнорировались. Таким образом, с одной стороны, его принципиальной позицией остается поиск потенциально стабильных моделей взаимоотношений между правовыми субъектами, а не иллюзорная цель достижения справедливости в конкретных правовых ситуациях. Установление таких моделей необходимо для обеспечения социальной координации и интеграции в условиях нестабильности. С другой стороны, достижение справедливости осмысливается как некая отдаленная цель, к которой следует стремиться.

Позитивная тенденция, которую можно сегодня наблюдать в частноправовой доктрине развитых стран, заключается в *предоставлении частной автономии участникам гражданского оборота даже и в том случае, когда их положение нельзя считать равноправным*. Только таким способом можно сохранять и одновременно стимулировать деятельность частных правовых субъектов по автономному, самостоятельному регулированию своих взаимоотношений.

Нельзя сказать, что точка зрения классического либерального права и права эпохи постмодерна не имеют никаких точек соприкосновения. И та, и другая концепция развивает свои положения, опираясь на известную практику, подкрепляя свои выводы ссылкой на реальное положение дел. С этим связано, кстати, признание обоими учениями процедурализации права в качестве факта, а не нового правового конструкта, отвечающего теоретическим запросам определенной концепции.

С чем же не может согласиться либеральное право? Оно не может воспринять идею о том, что порождение новых возможностей в сфере права, обладая свойством систематичности и следуя той или иной стратегии, все же не ограничивается простым варьированием уже существующих нормативных моделей поведения и взаимоотношений. Оно так же не может отказаться от легально или доктринально закрепленных правил истолкования, которые действуют в отношении норм, принятых в рамках законодательной компетенции тех или иных государственных органов. Действительная эволюция правового порядка свидетельствует о том, что большая часть этих правил оказывается неэффективной и перестает применяться.

В этом отношении, континентальная правовая система могла бы заимствовать многое из того, к чему пришло в процессе исторического развития общее право. Судья в прецедентном праве, в частности, не ставит перед собой задачу выяснить (дедуцировать при помощи соответствующих правил интерпретации) волю законодателя, если он применяет какой-либо законодательный акт, или волю судьи, если его решение основывается на аналогичном "казусе"[30]. С другой стороны, прецедентному праву стоило бы обратиться к континентальному подходу в вопросе об установлении (за пределами отсылок к "руководящим решениям"

[30] *Glass A.* The Author of Common Law Texts // Ratio Juris. 1995. P. 91.

(leading decisions)) систематической связи между "казусами" и аргументами.

Перед современной философией права стоит задача *создания процедуральной правовой доктрины,* которая бы находила пути взаимодействия с процессами самокоординации, которые составляют сегодня главную характеристику гражданского общества[31]. В этом смысле, особое значение приобретает экономический анализ права, поскольку он ориентирован на анализ альтернативных способов действия (отталкиваясь, разумеется, от экономической целесообразности). Экономический анализ права, кроме того, изначально предназначен не только для оценки наличного состояния, но и для моделирования будущего, оставаясь таким образом открытым как для сохранения или необходимой модификации существующих моделей, так и для созидания новых моделей. Право, с этой точки зрения, представляет собой более консервативную систему, поскольку предпочитает пользоваться так называемыми "гибкими образцами", которые позволяют сохранять иллюзию того, что эволюцию правовой системы можно без особого труда предсказать или вычислить.

Итак, сегодня можно говорить о существовании двух альтернативных концепций права и соответствующих им типов правового мышления. Согласно первой, *классической концепции*, право представляет собой стройную систему универсальных и незыблемых правил, т.е. правил, обладающих вневременной ценностью, которые приложимы к потенциально бесконечному числу конкретных случаев или дел. Согласно второй, *постмодернистской концепции,* право может быть названо "системой" лишь условно или с многочисленными оговорками (например, системой автопойетической, о которой речь шла выше), а его основной функцией (или существенным свойством) является непрерывная деятельность по порождению жизнеспособных моделей, регулирующих те или иные взаимоотношения между субъектами. Очевидно, что для общества, которое ориентируется не на то, чтобы сохранить в неизменности и непрерывности уже накопленный опыт, а на творческое созидание нового знания, новых дисциплин, нарабатывающих опыт в до сих пор неизвестных сферах, единственно приемлемой оказывается именно вторая концепция.

Либеральная концепция права, появившаяся в первой половине XIX в. и широко распространенная в современном праве (чаще всего, в форме юридического позитивизма), является более гибкой и в большей степени опирается на опыт в сравнении с философией права эпохи Просвещения. Эпистемологическим базисом либеральной концепции выступает уже не отвлеченная позиция незаинтересованного наблюдателя, не разум и закон, который должен ему соответствовать (как это имеет место, к примеру, у Канта), а реальные мнения и опыт индивидов. Ка-

[31] Такая доктрина должна стать положительной альтернативой официальному праву, в котором все чаще видят не своего союзника, а своего противника, не дающего ход или тормозящего то, что является оправданным уже в силу самого факта своего существования.

залось бы, такому учению проще находить ответы на запросы современности. Так, собственно, и было до тех пор, пока усложнение общественной жизни не достигло некоей "критической точки". Именно тогда ученые и практики стали говорить о современности не как о наследнице богатых (в нашем случае, правовых) традиций, а как о самостоятельной эпохе, перед которой стоят собственные специфические проблемы, ответы на которые она вынуждена искать самостоятельно. Этот период начинается в 60-е годы, и как раз тогда появляется термин "постмодерн", или "потсмодернизм".

Общество в эпоху постмодерна уже не поддается описанию (исследованию) в опытных категориях, таких как "мнение", "сознательный интерес" и т.п. Даже отсылка к области бессознательного, т.е. то, что делают Делез и Гваттари, когда говорят о "желающих машинах", не означает возврата к индивиду как "атому" общественной жизни[32]. "Желающая машина" производит не ответственного гражданина общества, которого можно изучать и с которым можно установить диалог, а лишь тот или иной "социальный тип" Вот почему идея рационального единства общества вместе с идеей универсальной рациональной аргументации оказываются лишенными смысла. На их место приходит понятие *"транс-субъектной гетерархической сети"* с относительными и фрагментарными рациональностями, в качестве которых выступает то, что мы продолжаем называть "экономикой", "правом", "политикой" и т.п. В отношении права, это означает, в частности, что стираются непреодолимые границы между порядком и беспорядком: порядок оказывается порождением беспорядка.

И в то же время, вряд ли было бы справедливым утверждать, что традиционная парадигма права существует уже где-то в прошлом, т.е. что ее полностью заместила парадигма постмодернистская. Более адекватным описанием сегодняшней ситуации представляется одновременное *сосуществование нескольких подходов к праву,* каждый из которых является в достаточной степени жизнеспособным. Подобная плюралистичность подходов, в действительности, не противоречит утверждению о том, что мы живем в пост-современную эпоху: неотъемлемой характеристикой постмодерна является как раз плюрализм, но только не соперничающих друг с другом универсальных концепций, а локальных методологий, применимых к определенного рода феноменам. В итоге, мы получаем следующий спектр "относительных рациональностей": либеральный правовой порядок, основанный на субъективном опыте (которому приписывается объективное значение) и на соблюдении более или менее стабильных правил, обеспечивающих законные гарантии; плюралистический правовой порядок большинства развитых многонациональных государств, основанный на логике культурных и социальных автономий; формирующийся "квазисетевой"

---

[32] Термин "машина" в понятии, выраженном словосочетанием "желающая машина", употребляется для того, чтобы акцентрировать внимание на двух моментах, касающихся области бессознательного. Во-первых, бессознательное безлично, а во- вторых, оно продуктивно.

правовой порядок, основанный на кооперативном регулировании и саморегулировании, которое по своим свойствам приближается к экспериментальным процессам смыслопорождения как характерной черте культуры постмодерна. Реалистичный взгляд на современное состояние права состоит в признании *правомерности существования каждого из подходов*, а также в трезвой оценке их перспектив на будущее, которая показывает, что последний, третий подход обладает несомненными преимуществами и лучше других приспособлен, или адаптирован, к регулированию правоотношений в информационном обществе.

РОЛЬ СУДЬИ В ЭПОХУ ПОСТМОДЕРНА

Напомним, что, согласно Н. Луману, центральным элементом правового порядка является судебная система. Очевидно, что Лумана никак нельзя отнести к постмодернистам. Причиной, по которой он избирает судебную систему, является ее большая мобильность в сравнении с законодательными органами и вытекающая из нее способность противостоять "плохим законам", т.е. законам, которые в современной экономической ситуации устаревают еще до того, как они вступили в законную силу. Получается, что судья призван играть роль хранителя правопорядка в изменчивых и нестабильных экономических и политических условиях[33].

Однако, вне зависимости от того, к какому решению и по каким причинам приходит Н. Луман, роль судьи в современном праве заслуживает самого пристального внимания. Так, *дискурсивный подход* предлагает судье новую стратегию, в соответствии с которой он более не должен выводить конкретные решения из общего закона, а может "творить правосудие", следуя собственной логике рассматриваемого дела и принимая во внимание решения по аналогичным делам (т.е. беря на вооружение логику прецедентного права)[34]. Но у такой точки зрения есть немало недостатков: во-первых, сомнительной является презумпция несвязанности судьи законом, поскольку в таком случае исчезает надежный источник и критерий законности; во-вторых, апелляция к прошлым решениям вряд ли может помочь, если учесть, что значительная часть решений должна быть ориентирована на будущее, а прошлая практика и накопленный опыт достаточно быстро теряют свое значение.

Та же самая стратегия, однако, применима к тем субъектам права, деятельность которых традиционно не рассматривается как правотвор-

---

[33] Любопытно, что нормотворческий характер судебной деятельности не вызывал сомнения уже у Г.Ф. Шершеневича, который писал свои труды в начале XX в. Этот факт заслуживает тем большего внимания, что российская правовая доктрина традиционно исключает судебную практику из списка источников национального права. "Судебное решение, в качестве прецедента, может проявиться или 1) в разъяснении смысла уже данной нормы, то, что англичане называют declaratory precedent, или 2) в создании новой нормы при молчании закона или обычая, то, что англичане называют original precedent. Второй случай не возбуждает сомнения, что речь идет о новой норме, но и в первом случае суд дает направление пониманию смысла закона, которое само по себе является нормой". *Шершеневич Г.Ф.* Общая теория права: В 2 т. М., 1995. Т. 2. С. 84.

[34] *Alexy R.* A Theory of Legal Argumentation. Oxford, 1989.

ческая, но, по сути, является таковой. Речь идет о решениях, принимаемых во взаимоотношениях между различными организациями, или между фирмами и объединениями потребителей, или, наконец, в отношении менеджмента высокотехнологических производств. Для таких решений, хотя они и вправе использовать различные нормативные акты, дедуктивный вывод может играть лишь второстепенную роль. Кроме того, они относятся к разряду "рискованных решений", поскольку довольно часто содержат отсылку к фактам, которые станут известными только в будущем.

Позиция постмодернизма в отношении данной проблемы (роли судьи в отправлении правосудия), как и в отношении прочих правовых проблем, сводится к попытке продемонстрировать, что *"истина", "консенсус" "единство" "тождество" и т.п. являются следствием исключения и подавления различий.* "В случае с правом как практикой социального регулирования постмодернистский проект, говоря в целом, озабочен разоблачением тоталитарности универсалистских претензий правового дискурса и, в частности, парадоксальным отношением, которое существует между нахождением истины или скорее "правильной" интерпретацией и осуществлением власти"[35].

Рассмотрим три характерных примера. Ганс Кельзен рассматривает ошибочные судебные решения как с правовой точки зрения действительные. Точно так же и конфликт между нормами не означает, что одна из них должна быть элиминирована, ведь каждое правило, каждое предписание в рамках правовой системы конституируется в самостоятельном волевом акте. Неверное, несправедливое решение не считается таковым до тех пор, пока оно не будет отменено вышестоящей инстанцией. Вопрос же о том, какие свойства положительного права делают возможным вынесение ошибочных решений, а также вопрос о способе выявления и характере таких вольных или невольных заблуждений, остается в рамках "нормативистского" учения Г. Кельзена открытым. Иными словами, допустил ли судья какую-либо формальную ошибку, или не принял во внимание так называемый дух закона, или, наконец, не учел, что "думают" по этому поводу "верхи", на самом деле, имеет принципиальное значение, но не поддается анализу до тех пор, пока мы остается в рамках позитивистского подхода к сущности права.

Позиция, которую занимает Герберт Харт, менее однозначна, но и она исключает произвольность ("креативность", как сказали бы постмодернисты) как необходимый и неизбежный элемент процесса вынесения решений. "Правовые нормы могут иметь в качестве центрального ядра неоспоримое значение, и в отдельных случаях трудно себе представить, что по поводу значения определенной нормы может разгореться спор... И все же нормы имеют также полутень неопределенности, когда судья должен выбирать между альтернативами"[36]. С одной

---

[35] *Sumic-Riha J.* The function of judge of the postmodernist challenge in contemporary legal philosophy: Kelsen – Hart – Dworkin // Filoz. Vestnik. Ljubljana, 1991. Let. 11, st. 1. P. 139.
[36] *Hart H.L.A.* The concept of Law. Oxford, 1961. P. 12.

стороны, результат интерпретации не может быть предугадан заранее, но этот же результат, с другой стороны, является выражение воли судьи, его сознательным и ответственным действием. Иными словами, "открытая структура" (open texture) всех норм и правил, на которой настаивает Харт, подразумевает в качестве своей обратной стороны ответственность, т.е. лишает судебные решения какого бы то ни было "алиби" (по крайней мере с правовой точки зрения).

Наконец, Рональд Дворкин вообще отказывает судье в возможности нормотворчества, поскольку позиция судьи никогда не может быть автономной по отношению к правовому дискурсу. Более того, судья не несет ответственности за свое решение, так как его интерпретация в целом предопределена существующей правовой традицией[37].

СОВРЕМЕННАЯ ФИЛОСОФИЯ ПРАВА И ПОНЯТИЕ СУБЪЕКТА

Не будем специально останавливаться на общеизвестном тезисе об исчезновении субъекта в философии постмодерна. Гораздо более интересным представляется переосмысление этого, можно сказать, классического философского понятия в не-постмодернистских правовых теориях.

Немецкий философ права, пользующийся международной известностью, Г. Тойбнер проводит аналогию между правовой системой и *"эпистемическим субъектом"* Правовая система способна к рефлексии, структурированной посредством внутренних ограничений, и осуществляет ее в форме рациональной аргументации. В этом случае, по мнению Тойбнера, мы можем говорить о *"рефлексивном праве"*, т.е. о праве, в котором разработаны процедуры юридического осмысления передовых достижений науки в различных областях[38].

Модель "рефлексивного права", по мысли Тойбнера, должна разрешить конфликты, существующие между правом, с одной стороны, и экономической наукой, точными науками, биоэтикой и т.п. – с другой: право не может самоустраниться от значительных и даже переломных событий в сфере науки, поскольку это серьезным образом поколеблет то лучшее, что характеризует демократический порядок; право так же не может инкорпорировать научные достижения в чистом виде, поскольку такое инкорпорирование уже с самого начала не будет нейтральным – "всеядность" будет означать всеприятие, а ведь, в отличие от большинства других наук, за правом закреплена функция обеспечения стабильности и справедливости общественной жизни (как на настоящий момент, так и на будущее), т.е. право всегда в той или иной мере остается *ответственным* за происходящее. Вывод напрашивается сам собой – право должно, не теряя собственной автономии (кстати, неотъемлемого свойства рационального субъекта), выработать

---

[37] *Sumic-Riha J.* Op. cit. P. 146–148.

[38] *Teubner G.* How the Law thinks: Toward a Constructivist Epistemology of Law // Law and Society Review, 1989. P. 727, 730; *Teubner G.* Droit et reflexivité // Ed. Jurid. Kleuver, 1995.

собственное отношение к интеллектуальной компоненте жизни общества[39].

Не менее своеобразным выглядит истолкование *интерсубъективности* в философии Ю. Хабермаса. Процедуральное интерсубъективное мышление, которое конституируется в рациональном процессе аргументации, не отсылает более к автономному человеческому сознанию, которое, как следует из классической (картезианской) теории субъективности, должно определять его единство. Интерсубъективное мышление обретает свое единство посредством саморефлексии как своего существенного свойства. Речь идет, таким образом, не о субстанциальном единстве статической структуры, а о процессуальном или функциональном единстве динамической структуры мышления.

СОВРЕМЕННОЕ ПРАВО И ПОНЯТИЕ "СЕТЬ"

Понятие "сеть" может оказаться достаточно эффективным при объяснении нового типа взаимоотношений, которые складываются между правом, как частью государственной системы, и действиями частных лиц и организаций, которые можно квалифицировать как правоустанавливающие[40]. С точки зрения либеральной концепции права, спонтанный процесс эволюции правоотношений до тех пор, пока он не затрагивает "основ нравственности и правопорядка", может целиком и полностью игнорироваться как законодателем, так и судебной практикой. Напротив, закон и суд будут до последнего отстаивать однажды легализованную точку зрения и, к примеру, отдавать предпочтение натуральному исполнению обязательств или отказывать в защите стороне, введенной в заблуждение до заключения контракта и т.д. и т.п.[41] Естественно, что в рамках такой концепции судебная практика может лишь *подправлять* "недочеты" существующего законодательства, но она не может *изменять* правовой порядок.

В праве постмодерна (т.е. том праве, которое в недалеком будущем в силу своего соответствия современным реалиям, своей высокой жизнеспособности, несомненно, оттеснит ставшее традиционным либеральное право) данная схема претерпевает существенные изменения: первостепенное значение приобретает не искусственный отрыв права, санкционированно-

---

[39] Заметим, что такие понятия, как "информационное общество", "общество высоких технологий" с очевидностью свидетельствуют о том, что "жизненный мир", а вместе с ним и "естественная установка" претерпели довольно существенные изменения. Отношения, которые стоят сегодня в центре внимания юристов и теоретиков права, являются по своей природе неоднородными, комплексными и изначально не предполагают каких-либо однозначных и тривиальных решений.

[40] Хотя и не в традиционном смысле, о чем речь шла выше.

[41] Примеры в данном случае не имеют принципиального значения, поскольку общая тенденция развития права заключается в стремлении соответствовать экономическим реалиям и, следовательно, с одной стороны, в постепенной легализации уже установившихся правил, а с другой стороны, в предоставлении защиты там, где возникает потребность в государственных санкциях. Иными словами, приведенные примеры могут иметь лишь относительное значение, а в скором времени вообще свидетельствовать в пользу противной стороны, т.е. официального права. Так, в российской праве введение в заблуждение контрагента до заключения контракта не пользуется судебной защитой, тогда как на Западе институт "преддоговорной ответственности" применяется довольно широко.

го государством, от права, созидаемого участниками гражданского оборота, а, наоборот, различные пути их взаимодействия. Право должно не только учитывать, но и активно содействовать естественной стандартизации гражданских правоотношений, которая является отражением социальных конвенций или ожиданий. Иными словами, *не договорная практика, осуществляемая по всем правилам, порождает конвенции, а спонтанно порождаемые конвенции постоянно изменяют реальную договорную практику*. В соответствии с этим, эффективное функционирование правовой системы должно выражаться во взаимоналожении "сети" судебных решений и "сети" гражданских сделок, благодаря которому будет достигнуто необходимое равновесие между творческим потенциалом частных субъектов права и консервативностью законодательства и правосудия. Относительно сегодняшнего дня можно сказать, что описанные процессы уже имеют место, но существуют главным образом как тенденции, отражающие общий процесс *снижения роли государства как основного объединяющего и интегрирующего центра общественной жизни*.

"МЯГКОЕ ПРАВО" (SOFT LAW), ИЛИ НАСКОЛЬКО ПРАВО МОЖЕТ БЫТЬ САМОСТОЯТЕЛЬНЫМ ПО ОТНОШЕНИЮ К ГОСУДАРСТВУ?

Новые разновидности транснационального права уже не имеют тесной связи с государством, которое еще совсем недавно рассматривалось как созидатель не только национального, но и международного права. В сфере международного права необходимо отметить следующую тенденцию: значение "обычаев" как основы внедоговорных правовых обязательств неуклонно снижается, тогда как элементы (разработанные стандарты, рекомендации и т.п.) независимой от государства транснациональной кооперации наделяются все чаще "правовой силой" (хотя бы и в качестве так называемого мягкого права). Международные отношения между демократическими странами больше не опосредуются представительными органами суверенного государства, а осуществляются напрямую[42]. Негосударственные структуры становятся представителями и проводинками нового мирового правопорядка, который, в отличие от международного права, не связан напрямую с волей государства. То же самое справедливо и в отношении публичных или квазипубличных агентств, которые занимаются стандартизацией, регулированием операций на финансовых рынках и т.п. Их фактическое воздействие на правовую практику столь очевидно, что заявление о том, что эти институты и их деятельность не имеет никакого отношения к праву, не выдерживает критики[43]. Они также представляют собой одну из форм "мягкого права", поскольку отвечают основному критерию – *тесной связи между производством норм и их конкретным применением*.

---

[42] *Slaughter A.M.* International Law in a World of Liberal States // European Journal of International Law. 1995. P. 279.

[43] *Ohmae K.* The End of the Nation State. The Rise of Regional Economics. L., 1995.