

ТЕНДЕНЦИИ К ГЕГЕМОНИИ  
И ИДУЩИЕ НА СМЕНУ ГЕГЕМОНИИ НОВАЦИИ  
В ДЕЙСТВИИ И ИССЛЕДОВАНИИ:  
ОБРАЗ СОВРЕМЕННОЙ ТЕОРИИ ПРАВА<sup>1</sup>

В. КРАВИЦ\*

В настоящей статье автор рассматривает вопросы разработки общей теории права применительно к вызовам глобализации и претензиям на гегемонизм со стороны англо-американской системы права. По мнению автора, развитие правового регулирования касается не только практической и теоретической аргументации в сфере права. Оно охватывает информационные и коммуникативные перспективы нашего аналитико-понятийного юридического мышления и юридического мировоззрения, которое мы формируем с учетом социального мира права и в особенности с учетом современных правовых систем «западного» общества. Автор указывает на то, что в современном обществе образуются самостоятельные, социально от-дифференцированные области для деятельности и нормативные (особенно юридические) программы и критерии для юридической рационализации человеческих переживаний и действий. Поэтому модернизация не может быть приравнена к европеизации. Она не обязательно приводит к образованию «западных» структур (принципы правового государства, верховенства права). Прежде всего это касается структурно переплетенных между собой политико-правовых сфер жизнедеятельности современного общества, которые с юридической точки зрения сильно различаются между собой. В перспективе таких воззрений общая теория права может попытаться получить свое структуралистское обоснование. Данная теория не может путаться или отождествляться с классической теорией разделения властей и с функциональным делением



Кравиц Вернер,  
доктор права,  
почетный профессор  
юридического факультета  
Вестфальского университета  
им. Вильгельма (Мюнстер, Германия)

<sup>1</sup> Krawietz W. Hegemoniale Tendenzen und Nachhegemoniale Neuerungen im Handlungs — und Forschungsdesign der Modernen Rechtstheorie.

Перевод с немецкого языка М. В. Антонова (mantonov@hse.ru).

\* Werner Krawietz – doctor of legal sciences, honorary professor of Law Faculty, Westfälische Wilhelms-Universität (Münster, Germany).

E-mail: werner.krawietz@uni-muenster.de

© Krawietz Werner, 2014

© Антонов М. В., перевод на русский язык, 2014

компетенций государственных органов в том виде, в котором они формулируются в конституционном праве. Речь идет об информационно-теоретическом и коммуникативном осмыслении юридических правил и способов их действия. Такие правила должны ориентироваться на постоянно развивающиеся цели, задачи и ценности, которые имеют юридическую защиту, для того чтобы можно было выбирать и принимать социально адекватные, юридически правильные решения, процессы, процедуры и способы решения проблем.

**КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА:** правовая коммуникация, глобализация, гегемонизм, дифференциация, правовое государство, система права, социальное взаимодействие.

**KRAWIETZ W. TENDENCY TO HEGEMONY AND NOVELTIES TAKING OVER HEGEMONY IN ACTION AND RESEARCH: THE IMAGE OF THE MODERN LEGAL THEORY**

This article considers the issues of development of the general theory of law in the context of globalization challenges and claims for hegemony on the part of the Anglo-American legal system. According to the author, the development of legal regulation concerns not only practical and theoretical arguments in legal sphere. It covers informative and communicative prospects of our analytical and conceptual legal thinking and legal world outlook which we form with regard to the social world of law, in particular with regard to modern legal systems of the "western" society. The author points out that in the modern society there are independent, socially differentiated spheres for activity and regulatory (especially legal) programmes and criteria for legal rationalization of human feelings and actions. Thus, modernization can not be equal to Europeanisation. It does not necessarily leads to formation of "western" structures (principles of the law-bound state, rule of law). First of all, it refers to the structurally intertwined political and legal spheres of activity of the modern society which, from the legal point of view, differs greatly. In the framework of this approach, the general theory of law may try to get its structural substantiation. This theory can not be confused or identified with the classical theory of separation of powers and with functional division of competences of state authorities as they are formulated in the constitutional law. What is meant here is information-theoretical and communicative understanding of legal rules and ways of their application. Such rules shall be oriented at constantly developing objectives, tasks and values which enjoy legal protection, so that it would be possible to chose and adopt socially appropriate and legally correct decisions, processes, procedures and ways of problem solutions.

**KEYWORDS:** legal communication, globalization, hegemony, differentiation, law-bound state, system of law, social interaction.

**I. ДИНАМИКО-ФУНКЦИОНАЛЬНЫЙ АНАЛИЗ ПРАВА  
В ГОСУДАРСТВЕННО-ОРГАНИЗОВАННЫХ ПРАВОВЫХ СИСТЕМАХ**

1. Среди специалистов по теории и философии права в современных правовых системах набирает силу (как в России, так и в Германии) тенденция к построению общей теории права, к внутри- и междисциплинарной научной кооперации, которая перешагивает границы национального права. Эта тенденция усиливалась на протяжении последних десятилетий прошлого века, а в начале XXI века получила дополнительный импульс к развитию в связи с распространением воззрения, согласно которому современное западное общество оказалось в кризисе в результате многочисленных столкновений с не западными цивилизациями, с различными не западными философскими

концепциями государства.<sup>2</sup> Такие столкновения по всему миру привели к конфликтам с западным конституционализмом и легализмом, а также с западными концепциями государства и права (которые нередко постулировались без критической проверки) — все это выразилось в факте постановки множества различных юридических проблем, которые до настоящего момента не нашли своего разрешения.<sup>3</sup> Это же касается и современных представлений о суверенитете. Эти представления нельзя исчерпывающе охарактеризовать через изучение происхождения концепций государственного и народного суверенитета из идей о разумном праве — идей, которые до последнего времени, по меньшей мере, скрыто определяли современную правовую мысль. Здесь же можно упомянуть научные поиски в сфере социальных систем, которые ранее основывались на идее «полной позитивности права», т. е. на «представлении о том, что право полностью способно к позитивации и нуждается в ней».<sup>4</sup> Вместе с тем, в рамках общей теории права данные концепции давно освободились от представлений о якобы безвыходном круге «естественного или разумного права», которое в предметной области правовой теологии выводится из этики и морали.

Здесь для современной теории права и государства открывается широкое поле для исследований. Уже сейчас кажется вполне очевидным, что подобные кризисы в немалой степени воспроизводят сами себя, поскольку они — как это становится все очевиднее, во всяком случае на Западе, — вызваны и продолжают вызываться обычно скрытыми политико-правовыми притязаниями на превосходство и господство.<sup>5</sup> С точки зрения системно-референтной теории такие амбиции применительно к вопросам распоряжения своей и чужой жизнью, своими и чужими действиями ведут к ограниченному (само)восприятию, к (само)идеологизации правовой мысли и, следовательно, содействуют возникновению новых политико-правовых конфликтов. Прагматичная теория правовой коммуникации, о которой в течение многих лет мы говорим в рамках московско-петербургского диалога под руководством профессора А. В. Полякова и связанной с ним Международной профессиональной сети общей теории права (ART), может содействовать дальнейшему научному пониманию этой ситуации.

---

<sup>2</sup> *Berman H. J.* 1) *Recht und Revolution. Die Bildung der westlichen Rechtstradition*, 1. Aufl. 1983. Berlin, 1995. S. 19 ff., 65 f., 73 f.; 2) *Integrative Jurisprudence and World Law // Theorie des Rechts und der Gesellschaft / M. Atienza et al. (Hrsg.). Berlin, 2003. S. 3–16.* — См. также: *Wright G. H., von. The Crisis of Social Science and the Withering Away of the Nation State // Associations. 1997. N 1. P. 94–95.*

<sup>3</sup> *Krawietz W.* *Posthegemoniale Strukturen des modernen Rechts — ein Dialog der Zivilisationen? // Rechtstheorie / A. Aarnio (Hrsg.). 2012. N 43. S. 483–493.*

<sup>4</sup> См.: *Wyduckel D.* *Normativität und Positivität des Rechts // Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit.* Berlin, 1993. S. 437–474, 462 ff. — Он предпочитает говорить о «переходе к полноценной институционализированной позитивации права» вместо контрастных бредовых заявлений о преодолении юридического позитивизма.

<sup>5</sup> Преимущественно в гражданско-правовом контексте, однако на уровне функциональных и сравнительно-правовых структурных рассуждений см.: *Maultzsch F.* *Anglo-amerikanische Rechtshegemonie in Deutschland und Europa? // 100 Jahre Rechtswissenschaft in Frankfurt. Erfahrungen, Herausforderungen, Erwartungen / hrsg. vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Goethe-Universität Frankfurt am Main. Frankfurt a/M., 2014. S. 504–519.* — В анализе, предлагаемом в названной работе, Маульц обоснованно выступает против «перестройки немецкого и европейского права по американской модели» и говорит о том, что «чуждая правовая культура не может с позиций силы подчинить себе какой-либо правопорядок — она может быть воспринята только через правильно проводимый в рамках этого правопорядка процесс рецепции».

О том, как мыслятся нормативные структуры правовой коммуникации в постгегемониальную эпоху, можно прочесть у В. Якунина<sup>6</sup> — президента-основоположника всемирного международного публичного форума «Диалог цивилизаций». Со ссылкой на индийского мыслителя Я. Капура Якунин на пленарном заседании Родосского форума 2011 г. так описал предпосылки диалога цивилизаций: «Государство или группа государств во имя свободы, демократии, прав человека или же любых других надуманных или созданных средствами массовой информации ценностей имеют право навязывать другим свои неоимперские проекты, волю и шаткие моральные и этические мировоззренческие позиции, основанные на философии потребительства. Они уже нанесли немалый ущерб системе миропорядка». Для преодоления этого состояния дел потребуется обновленная концепция современной общей теории права, которая смогла бы осмыслить данное состояние с точки зрения своей исследовательской программы и системы базовых понятий. К этому вопросу я вернусь позже.

2. Сегодня, в начале XXI века, мы находимся на волне эволюционного перехода к информационному, коммуникативному и сциентистскому обществу, которое предъявляет особо строгие требования рациональности к любой межличностной коммуникации, и особенно к правовой коммуникации. Именно в коммуникации происходит «обнаучивание» первичного опыта (Г. Шельски<sup>7</sup>), добываемого в повседневном юридическом опыте и действии; коммуникация также способствует дальнейшему обнаучиванию функций и структур права, организации правовой системы, росту профессионализма в юридической сфере, где достигается ранее неизвестный уровень развития. Такое развитие ставит нас перед необходимостью заново сформировать и коренным образом реформировать наш целостный юридический опыт и наше юридическое действие.

Новое развитие, обусловленное уровнем техники и средств информации,<sup>8</sup> касается не только практической и теоретической аргументации в сфере права. Оно охватывает информационные и коммуникативные перспективы нашего аналитико-понятийного юридического мышления и юридического мировоззрения, которое мы формируем с учетом социального мира права, и в особенности с учетом современных правовых систем «западного» общества. Это развитие распространяется и на наше отношение к «не западным» правовым системам,<sup>9</sup> о чем речь будет идти ниже.

<sup>6</sup> Данная точка зрения резюмирована с учетом событий последнего десятилетия: *Yakunin V. After Hegemony: For A Dialogue of Civilizations // Some Global Rays of Hope: Voices from Rhodes, 2011 / F. Dallmayr, V. Yakunin (Hrsg.). Moscow, 2012. P. 7.*

<sup>7</sup> Цит. по: *Krawietz W. Das positive Recht und seine Funktion. Kategoriale und methodologische Überlegungen zu einer funktionalen Theorie des Rechts. Berlin, 1967.* — См. также: *Schelsky H. Systemfunktionaler, anthropologischer und personfunktionaler Ansatz der Rechtssoziologie // Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie. 1970. N 1. S. 37–89.*

<sup>8</sup> О медийной подоплеке аналитико-понятийных постулатов континентально-европейской техники и теории, а также юридической методики работы с позитивным правом см.: *Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz / W. Krawietz (Hrsg.). Darmstadt, 1976.* — Более подробно о теории медийной деятельности и в особенности о средствах массовой коммуникации, о медийной теории правовой коммуникации см.: *Korolev S. Geld und Recht als Kommunikationsmedien in normen- und systemtheoretischer Perspektive // Positivität, Normativität und Institutionalität des Rechts / A. Aarnio et al. (Hrsg.). Berlin, 2013. S. 165–176, 167 ff., 173 ff.*

<sup>9</sup> *Van Hoecke M. Western and Non-Western Legal Cultures // Rechtstheorie. 2002. N 33. P. 197–217.*

А) В современном информационном, коммуникативном и сциентистском обществе все действия базируются — прежде всего это касается основанной на правовой коммуникации юридической деятельности — на информационно обусловленном, интенциональном коммуникативном поведении (в этом мой центральный тезис!),<sup>10</sup> при котором нормативные и фактические компоненты поведенческих стратегий оказываются смешанными до такой степени, когда их различие становится трудным для нас. Можно привести в пример разговоры о социокультурной «туманности» (Т. Экхофф), т. е. о трудноразличимости различных аспектов юридической профессии, которая, тем не менее, находится на высоком уровне дифференциации: здесь отдельные социальные структуры — такие как парламенты, правительства, суды — представляются друг для друга своеобразными «черными ящиками». Теоретико-правовым и социально-философским лозунгом для обоснования и утверждения всех будущих исследовательских проектов в этой сфере может быть: «Сделаем прозрачными черные ящики!». Но как это поможет нам в прояснении соответствующих социальных структур в перспективе современного научного знания? И разве мы не замечаем здесь новую теорию норм и действия, которая рассматривает и конструирует правовую коммуникацию с точки зрения юридически и социологически ориентированной теории социальных систем?

Следует особо отметить, что я говорю об информационно обусловленной, нормативной правовой коммуникации, которая осуществляет политико-юридическую функцию и нуждается в научном изучении. При этом я не касаюсь какой-то коллективной «воли» законодателя или «воли» сторон договора — той воли, которая магическим образом «создает» нечто из «ничего», подобно тому как в романе Г. Грасса «Жестяной барабан» карлик Оскар способен голосом вырезать отверстия в стекле — только потому, что он этого «хочет»! К счастью, в наши дни формируется воззрение, согласно которому мы уже не можем обходиться традиционной, сугубо конвенциональной системой догматических категорий и понятий юриспруденции прошлого и ей нет места в общей теории права.

Б) В результате информационная составляющая практической деятельности юристов и практика принятия решений довольно быстро оказываются на пределах своих возможностей и встают перед необходимостью использования новых технологических возможностей. Здесь, как и применительно к юридической практике в целом, речь идет не только о когнитивной, но и о нормативной, оценочной и целеполагающей составляющих человеческого поведения(!), которое, в свою очередь, должно основываться на длительных практиках и может рассматриваться в контексте системной независимости и взаимосвязи. Речь идет об информационно-теоретическом и коммуникативном осмыслении юридических правил и способов их действия. Такие правила должны ориентироваться на постоянно развивающиеся цели, задачи и ценности, которые имеют юридическую защиту, для того чтобы можно было выбирать и принимать социально адекватные, юридически правильные решения, процессы, процедуры и способы решения проблем.

<sup>10</sup> См. об этом: *Polyakov A.* On the Concept of Legal Communication // *Positivität, Normativität und Institutionalität des Rechts.* S. 495–505; *Gromitsaris A., Krawietz W., Vedeler K.* Rechtskommunikation im modernen Rechtssystem // *Rechtstheorie.* 2013. N 44. S. 455–478; *Antonov M., Polyakov A., Chestnov I.* Communicative Approach to Law // *Rechtstheorie.* 2014. N 45.

В) Поэтому в дальнейшем мы рассмотрим динамико-функциональную (т. е. развертывающуюся во временной перспективе) составляющую всего права: весь имеющийся коммуникативный багаж правопорядка, все нормы правопорядка наряду с практикой их применения к человеческому опыту и действию соответствующих адресатов, что позволит нам понять социально-юридические явления в их нормативно-фактическом, информационном измерении. Так можно получить значимое для действия знание, истолковать его в плане теории норм и действий и коммуникативно передать при помощи нормативных предложений юридического языка, тем самым обеспечить его реализацию. В деле теоретико-правового разъяснения различных процессов нормативной коммуникации и юридической деятельности (включая аспект судейского правотворчества) мы находимся только в самом начале пути. Любая правовая коммуникация действует с целью принятия практически релевантных, политически и юридически продуманных и взвешенных решений, хотя она и не может гарантировать достижения такой цели. Она лишь выражает волю к этому. Коммуникация коммуницирует!

## II. ПЕРВИЧНЫЕ И ВТОРИЧНЫЕ ФУНКЦИИ ФОРМАЛИЗАЦИИ ПРАВА

1. В том, что касается современного общества и современного права, мы находимся сегодня в процессе длящейся модернизации современных (региональных) обществ и их правовых систем. Этот процесс принимает ранее невиданные масштабы. С точки зрения теории права и социальной теории уже нельзя игнорировать тот нормативно-институциональный факт, что современное общество (здесь я употребляю слово и термин «общество» в единственном числе, имея в виду коллективное образование) само себя трансформирует в глобальном измерении.<sup>11</sup> Об обществе можно и нужно говорить во множественном числе, поскольку (как учат юридическая этнология и сравнительное правоведение) на земном шаре и сегодня есть остатки архаического общества и архаического права,<sup>12</sup> которые сосуществуют с обществами раннего модерна, современными и постмодернистскими системами права, формами бытия и социальной организации. Да и будущие(!) общества уже сегодня проявляют свои отдельные элементы (применительно к теоретико-правовому анализу мы не будем останавливаться на этом вопросе<sup>13</sup>).

А) Модернизация правовой системы с точки зрения правоведения и культурологии понимается и истолковывается здесь как длящаяся модернизация всего права в целом. Такая модернизация осуществляется путем

<sup>11</sup> Preyer G. Transformation in der modernen Theorie und Soziologie des Rechts // Positivität, Normativität und Institutionalität des Rechts. S. 507–535, 509 ff., 527 ff.

<sup>12</sup> Schott R. Die Funktionen des Rechts in primitiven Gesellschaften // Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie. 1970. N 1. S. 107–174. — См. также: *Sprache, Symbole und Symbolverwendungen in Ethnologie, Kulturanthropologie, Religion und Recht* / W. Krawietz, L. Pospíšil et al. (Hrsg.). Berlin, 1993.

<sup>13</sup> Ср.: *Erh- Soon Tay A. One World? One Law? One Culture?* // *Rechtstheorie*. 1988. N 19. S. 1–10; *Kamenka E. Preface* // *Technischer Imperativ und Legitimationskrise des Rechts* / W. Krawietz, A. A. Martino, K. J. Winston (Hrsg.). Berlin, 1991. — Так, Каменка пишет: «Сегодня мы, каждый из нас, живет в одном мире и одновременно во множестве миров, в соревнующихся между собой и взаимопроникающих друг в друга культурах, в переплетенных традициях, новых надеждах и требованиях». См. также: *Krawietz W. Recht und Rechtstheorie in ideengeschichtlicher, ideologiekritischer und gesellschaftstheoretischer Perspektive* // *Rechtstheorie*. 1994. N 25. S. 263–274, 272 f.



принятия соответствующих политических и юридических решений и может продолжаться далее тем же самым образом. В некоторых других правовых системах — регионально ограниченных и социально неразвитых — модернизация может быть лишь частичной и может осуществляться в формах и в контексте архаического права или же в контексте права высокоразвитых культур предсовременных цивилизаций, которые существовали до эпохи модерна. На этом я не буду специально останавливаться.

Б) До настоящего времени остается неясным, оказывают ли, к примеру, азиатские правовые культуры (к которым можно причислять Индию, Японию, Китай и частично Россию<sup>14</sup>) воздействие на западное право. Если рассматривать этот вопрос в политическом, социальном и экономическом контексте отношений между Россией и Европой — как это делает А. Г. Лисицын-Светланов в своем глубоком исследовании о возможных постгегемониальных аспектах развития, хотя при этом он и не использует термин «юридическая гегемония», — то становится понятно, что «отдельные изменения политического курса России или Европы в их взаимоотношениях, равно как и позиционирование России как некоего евроазиатского государства, либо же смена приоритетов в международных отношениях не оказывают никакого влияния на правовые культуры, которые остаются в своих границах».<sup>15</sup> С этим следует согласиться. Действительно, «нет никакой абсолютной необходимости в том, чтобы вместе с экспортом кажущихся универсальными бизнес-моделей осуществлялся бы также наплыв чуждых правовых традиций». Как удачно замечает Лисицын-Светланов: «...право — это, прежде всего, категория человеческого порядка, которая встроена в мировоззрение и в культуру людей».<sup>16</sup> Следовательно, «взаимодействие правовых систем представляет собой диалог культур; а такой диалог может стать продуктивным, только если он изначально строится на началах равенства и взаимного уважения». Возможно, имеется некоторая связь между диагностированной выше тенденцией к западному юридическому гегемонизму и тем, что в коммуникативной перспективе Лисицын-Светланов применительно к «новому» Западу и «новой» Европе, их юридическим связям с Россией весьма скептически и небезосновательно диагностирует как определенную «изолированность» России.<sup>17</sup>

2. Нельзя игнорировать то, что вышеназванные азиатские государства с давнего времени открыты западному влиянию, что они (как мы можем убедиться на своем собственном опыте) во многих областях думают и действуют «по-западному». Так происходит, например, на части территории России, Индии и Китая — причем не только в столичных городах. В свою очередь, эти страны влияют на глобальную правовую систему, которая с 1980-х годов стала одним из основных предметов изучения для общей теории права. Возможно, глобальная система права, в которой, как кажется, сливаются все виды правовой коммуникации, становится все более современной, но при этом все менее западной. По этому вопросу должны еще быть проведены отдельные теоретико-правовые и компаративистские исследования.

<sup>14</sup> См.: *Lisitsyn-Svetlanov A. G. Die Rolle des Internationalen Privatrechts im Prozess des Zusammenwirkens nationaler Rechtssysteme // Positivität, Normativität und Institutionalität des Rechts. S. 401–417, 403 f.*

<sup>15</sup> *Ibid.* S. 403 f.

<sup>16</sup> *Ibid.* S. 403.

<sup>17</sup> *Ibid.* S. 404.

А) Если глобальная или «мировая» система права вообще является социальной системой, то она представляет собой социетальную нормативно-фактическую систему правовых систем — не больше и не меньше! «Мировое общество» понимается здесь как глобальная система, как общество обществ (под последними подразумеваются региональные общества). В свое время Луман не поставил этот вопрос применительно к развитию современного права и глобального общества, хотя он сумел заглянуть далеко вперед в XXI век. Это может и должно быть признано «закоренелыми» последователями Лумана, несмотря на их желание сохранить верность своим ортодоксальным, более или менее утратившим значение учениям.

Б) «Новая» коммуникативная теория права в том виде, в котором мы ее в общем и целом описали выше, в микро- и макротейоретической перспективе кажется вполне способной к интеграции множества нормативно-фактических правовых систем, существующих в современном (региональном/глобальном) обществе, и к осмыслению их в аналитико-понятийном ракурсе теории права. Сегодня этот проект реализуется на основе теорий Лумана и Хабермаса, которые в свое время весьма проникательно (с учетом общего гносеологического замысла исследований этих мыслителей) откликнулись на так называемую смену парадигм с тем, чтобы таким образом получить возможность пересмотра своих теорий. При рассмотрении мотивов и оснований, которые двигали этими мыслителями (здесь я не буду углубляться в их разбор), возникает впечатление, что речь в действительности шла, скорее, об отказе от негодных, сильно устаревших теоретических построений, уже давно показавших свою нежизнеспособность. Даваемая здесь в набросках «новая теория правовой коммуникации», которую развивает в течение нескольких лет группа немецких и российских авторов (мы не будем всех их здесь перечислять) в рамках разработки общей теории права и общества, не претендует на роль некоей системно-теоретической сверхтеории, которая бы могла реализовать все возможности научного анализа путем изучения роли коммуникации в переживаниях и действиях людей. Речь идет о совершенно ином проекте — проекте, в котором изучаются социальные функции, постулаты и следствия межличностной коммуникации, раскрывающей системные связи и структуры. С точки зрения отстаиваемых здесь гносеологических целей ставится также задача реконструкции коммуникации с позиций теории права и теории общества — такая реконструкция все еще является желанной целью для юридических и социологических исследований. В связи с этим здесь и далее мы будем различать (1) общую теорию коммуникации и (2) общую теорию правовой коммуникации. Далее я вернусь к описанию той от-дифференцированной социетальной системы, которую мы называем «право» и которая коррелирует с социетальной системой «общество», связываясь с ней посредством идентификации, структурирования и дифференцирования различных уровней ожиданий (так называемый многоуровневый подход).

В) Социетальная от-дифференциация глобальных и региональных сфер жизнедеятельности и форм социальности значима для права во всем мире. История современного права не является историей лишь права Европы и тем более историей только права США. История характеризуется множественностью форм модернизации, которые мы далее будем понимать в смысле, указанном Ш. Эйзенштадтом.<sup>18</sup> С точки зрения

<sup>18</sup> Здесь особо значимыми представляются фундаментальные эмпирические исследования и аналитико-понятийные разработки: Eisenstadt S. N. 1) The First Multiple



Эйзенштадта, существует несколько проблемных блоков, с которыми можно работать посредством построения общей теории права. То, что сегодня с позиций социально-философских и юридических теорий обозначается как эволюция права и общества, является на самом деле прогрессирующей социетальной от-дифференциацией. В ней образуются самостоятельные, социально от-дифференцированные области для деятельности и нормативные (особенно юридические) программы и критерии для юридической рационализации человеческих переживаний и действий. По большей части эти области связаны с религией, политикой, культурой, образованием, наукой, экономикой и правом как с функционально от-дифференцированными социальными системами; в то же время между этими иерархическими функциональными системами в их взаимоотношениях не проводится никакого ранжирования. Поэтому модернизация не может быть приравнена к европеизации. Она не обязательно приводит к образованию «западных» структур (принципы правового государства, верховенства права). Прежде всего это касается структурно переплетенных между собой политико-правовых сфер жизнедеятельности современного общества, которые с юридической точки зрения сильно различаются. В перспективе таких воззрений общая теория права может попытаться получить свое структуралистское обоснование.

### III. «ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА» И «ПРАВОВОЕ ГОСУДАРСТВО» КАК ИНСТРУМЕНТЫ ЗАПАДНОЙ ЮРИДИЧЕСКОЙ ГЕГЕМОНИИ?

1. Такие слова и понятия, как «современность», «модернизация», «модерн», в значительной степени изменили свое юридическое значение в ходе глубокой трансформации тех референтов в обществе и в праве, к которым они отсылают. Такое изменение не повлекло за собой осознания нормативного значения данной эволюции для общей теории права, не говоря о догматическом правоведении.

А) Сегодня в целой серии публикаций (особенно у Ш. Эйзенштадта, Г. Прейера и В. Кравица) в рамках исследований по модернизации, структурной эволюции современного общества и права рассматривается концепция множественности образов модерна.<sup>19</sup> Саморефлективная модернизация процессу модернизации права и общества влечет за собой глобализацию отдельных юридических норм и предписаний; но ввиду позитивности права в целом она не приводит к созданию универсального мирового порядка — ее следствием является возникновение множества («суверенных») правовых систем современного типа, которые являются самореферентными и аутопойетичными, т. е. создают и воспроизводят сами себя.

Б) Мой центральный тезис о множестве образов современной правовой системы — этот тезис здесь я могу обозначить лишь в набросках — сводится к тому, что в эволюции общества и права как в формальном, так и в материальном (т. е. содержательном) аспектах модерн не создал

---

Modernities: Collective Identity, Public Spheres and Political Order in the Americas // *Globality and Multiple Modernities: Comparative North American and Latin American Perspectives* / L. Roniger, C. H. Waisman (Hrsg.). Brighton, 2002; 2) *Multiple Modernities — A Paradigm of Cultural and Social Evolution* // *ProtoSociology*. 2007. N 24. P. 20 ff., 47 ff., 57 ff. — См. также предисловие Г. Прейера: *Preyer G. Vorwort* // *ProtoSociology*. 2007. N 24. P. 4 ff., 7 f.

<sup>19</sup> *Preyer G. Zur Aktualität von Shmuel N. Eisenstadt. Einleitung in sein Werk*. Wiesbaden, 2011. S. 91 ff., 208 ff.

общезначимого, институционализированного в длительной временной перспективе и нормативно фиксированного социального образца модернизации.<sup>20</sup> На уровне научного изучения права и правовой системы этому положению дел соответствует стремительно осуществляемая в аналитико-понятийном аспекте от-дифференциация занимающихся правом наук, к которым я причисляю также и науки о социальном действии. Эти науки равным образом несут на себе отпечаток того факта, что сегодня нам приходится иметь дело не с одной концепцией модернизации, а с множеством таких концепций. Разумеется, это не исключает возможности создания формальной общей теории права, наподобие той, разработку которой поставил своей задачей чистое учение о праве (венская или брновская школа философии права).<sup>21</sup> Это оказывается важным, прежде всего, тогда, когда через требование чистоты учения о праве проступает стремление к абстрактному мышлению. И при разработке такой теории необходимо исходить из примата юридической практики перед ее теоретическим осмыслением. Здесь нам предстоит пройти различные степени приближения к праву как к предмету нашего исследования (многоуровневый подход). С позиции других подходов к общей теории права уже некоторое время также предпринимаются попытки создания особой нормативной, в достаточной степени обобщенной парадигмы действия и исследования, которая была бы в состоянии воспринять множество конкурирующих сегодня между собой исследовательских подходов и по мере возможности интегрировать их (либо хотя бы частично заменить их).<sup>22</sup>

В) Как я уже упомянул в предшествующих работах, если принять гипотезу позитивности всего права, то региональный правопорядок не только теоретически, но и практически (благодаря особой формулировке правовых нормативных предложений) будет адресован гражданам и лицам, принадлежащим к различным нациям, с тем чтобы интегрировать их в мир права. Это делает насущной потребностью соединение в региональном контексте нормативно-институциональных аспектов глобального и локального измерения. Таким путем и при известных предпосылках может быть создана совершенно новая правовая форма жизнедеятельности (Соединенные Штаты Европы? Транснациональное право?).<sup>23</sup> Специфическая связка между нормативно-институциональными установлениями, механизмами глобализации и усиливающейся локализацией права была исследована в моих предшествующих работах в правовой и в социально-философской перспективах; я обозначил эту связку как «глокализацию правовой коммуникации».

<sup>20</sup> Krawietz W. Juridische Kommunikation im modernen Rechtssystem in rechtstheoretischer Perspektive // Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert / W. Brugger, U. Neumann, S. Kirste (Hrsg.). Frankfurt a/M., 2008. S. 181–206, 190 ff., 198 ff.

<sup>21</sup> Известное преимущество чистого учения о праве перед социологией права может быть обнаружено в перспективе реконструкции учения Кельзена. Ср.: *Die Aktualität eines großen Rechtswissenschaftlers und Soziologen des 20. Jahrhunderts* / N. Aliprantis, Th. Olechowski (Hrsg.). Wien, 2014; *Die Brünner rechtstheoretische Schule (Normative Theorie)* / V. Kubes, O. Weinberger (Hrsg.). Wien, 1980.

<sup>22</sup> Более подробно о требованиях к теории замещения теорий см.: Krawietz W. *Recht als Regelsystem*. Wiesbaden, 1984. S. 150 f., 158 ff., 181. — Широко распространенная беззаботность, которая в значительной степени обнаруживается в различных правовых теориях, может показаться поразительной стороннему наблюдателю.

<sup>23</sup> Preyer G. Zur Aktualität von Shmuel N. Eisenstadt. S. 209.

2. Если кто-то будет отрицать все нарастающую модернизацию права, государства и общества, но при этом поддерживать связанные с такой модернизацией нормативно-правовые утверждения о моральном (!) превосходстве западной правовой системы, постулируя при этом (и считая это последовательным и «правильным»!) необходимость «запаздывания» других, не западных, правовых систем, того можно подозревать в том, что он желает навязать другим исходящие из его собственной государственно-организованной правовой системы гегемониальные представления, которые, в конечном счете, обоснованы лишь идеологически.

А) С точки зрения научного наблюдателя можно и нужно осознать, что в современном мире в ряде западных правовых систем такое положение дел становится все более и более повсеместным. Я имею в виду не только отношение США к определенным странам третьего мира, к числу которых, как показано в уже упомянутом исследовании Маульца,<sup>24</sup> можно (и нужно) причислить и Германию как адресата англо-американских образцов юридического мышления и действия. Поэтому при создании общей теории права в юридической и социально-философской перспективах кажется уместным различать (1) западные и (2) не западные социетальные правовые системы, которые не находятся в процессе конвергенции, особенно в западном смысле.<sup>25</sup> Это должно быть учтено новой концепцией современной общей теории права при формировании ее исследовательской программы и системы понятий.

Б) В последние десятилетия глобализация права — если рассматривать ее с точки зрения построения мирового сообщества — по-разному продвинулась вперед по разным направлениям. Причина этого не только в различиях правовых культур, но и, прежде всего, в определенном национальном своеобразии. Нельзя не признать, что в построенных по принципу разделения труда государственно-организованных правовых системах современного мира проявляется отчетливая национальная оригинальность, которая обнаруживается также в соответствующих правовых теориях, скажем, в североамериканском, скандинавском или немецком правовом реализме.

Само определение «национальный» при его использовании в качестве референтного понятия может отражать исходную зависимость международной социальной системы и смысловых референтов этой системы от соответствующих национальных аналогов. При установлении места национальных и региональных систем ценностей в надсистемном порядке общеевропейского права должны приниматься во внимание также национальные системы референтных понятий. С этим согласен и Европейский Союз, в ст. 4 Конституции которого записано, что «Союз принимает во внимание... национальную идентичность (государств-участников)». Но чем с точки зрения правосубъектности является Европейский Союз? Что образует его правовую идентичность? Имеются ли у него основания для того, чтобы требовать уважения и признания своей ценности, когда в духе раздутого европеизма Союз требует, чтобы находящиеся в кризисе государства-участники взвалили на себя непосильную ношу?

<sup>24</sup> *Maultzsch F.* Anglo-amerikanische Rechtshegemonie in Deutschland und Europa.

<sup>25</sup> *Konvergenz oder Konfrontation? Transformationen kultureller Identität an der Schwelle zum 21. Jahrhundert* / W. Krawietz, G. Riechers, K. Veddele (Hrsg.). Berlin, 1998; *Gewohnheitsrecht — Rechtsprinzipien — Rechtsbewußtsein. Transformationen der Rechtskultur in West- und Osteuropa* / W. Krawietz, A. Spröde (Hrsg.). Berlin, 2004.

3. Если отойти от перспективы вызывающего озабоченность нарастания юридического гегемонизма, который угрожает мирному социальному порядку, то возникает вопрос о возможных имманентных границах и пределах модернизации правовых систем.

А) Мой тезис заключается в том, что в наши дни в рамках настоящего западных региональных правовых систем (и в особенности в рамках государственно-организованных правопорядков континентальной Европы) происходит резкая саморефлективная модернизация самого процесса модернизации права, хотя это происходит по-разному и по разным направлениям. Такая модернизация проявляется, прежде всего, в (1) европеизации права (хотя отдельные характерные признаки такой европеизации, разумеется, могут вызывать споры) и в (2) глобализации права (сущность этого процесса еще должна быть детально изучена). Оба этих движущих фактора модернизации стремительно распространяются; такое распространение во временной и пространственной перспективах подчиняется логике прагматизма и происходит в разных формах; более того, такое распространение далеко от своего завершения.

Б) Если воспользоваться выражением, использованным Э. Гидденсом в его работе «Последствия модерна»,<sup>26</sup> речь идет об определенной форме рефлексивного модерна, который распространяется на право и на юридическое мышление. Иными словами, модернизация права в процессе европеизации и глобализации происходит рефлексивно, т. е. модернизация отсылает к самой себе, и при этом имеет место рост юридической рациональности права. Если право и правопорядок понимать как рефлексивные социальные механизмы, например, как «нормирование нормативного регулирования», которое происходит путем самоорганизации, то и сама теория права, в целях формирования границ своего предмета направляющая рефлексию на самое себя, становится саморефлективной, а это, в свою очередь, приводит к улучшению ее качества с нормативно-институциональной точки зрения.

#### IV. КОДИРОВАНИЕ ПРАВОВЫХ НОРМ И ПОЛИТИКО-ПРАВОВАЯ ОТ-ДИФФЕРЕНЦИАЦИЯ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ

1. В историко-социальном аспекте открывается новый подход к общей теории права, если мы будем исходить из теории эволюции права и общества в том виде, в котором она предстает в ракурсе взаимосвязи современных теорий права, государства, общества и систем. Этот подход должен принимать во внимание то, что в долгосрочной перспективе право и его развитие по большому счету представляют собой эмерджентные явления. При определении, наблюдении (самонаблюдении, наблюдении со стороны) и описании (самоописании, описании со стороны) права оно оказывается всего лишь нормативной структурой общества, которая в аналитико-понятийном аспекте рассматривается как нормативно-фактический, институционализованный и длящийся правопорядок, как доступный для опытного восприятия и наблюдения феномен. Здесь когнитивные возможности научного знания оказываются на пределе своих возможностей по причине сложности правовых явлений.

<sup>26</sup> См.: Giddens A. The Consequences of Modernity. Cambridge, 1990; *Consequences of Modernity in Contemporary Legal Theory* / E. E. Dais, R. Kevelson, J. M. Van Dunné (Hrsg.). Berlin, 1998; Krawietz W. Identität von Recht und Staat? Begriff des modernen Rechts und Rechtsstaat in kommunikations- und systemtheoretischer Perspektive // *Rechtstheorie*. 2007. N 38. S. 293 ff., 299 f.

А) В дальнейшем я остановлюсь только на основополагающем моменте, а именно на теории социальной дифференциации, которая развилась под влиянием современных исследований о коммуникации и о системах и в русле которой осуществляются новации в современной теории права и социальной философии. Данная теория не может путаться или отождествляться с классической теорией разделения властей и с функциональным делением компетенций государственных органов в том виде, в котором они формулируются в конституционном праве. Согласно теории социальной дифференциации, в ходе истории и социокультурной эволюции сообразно развитию общества происходят глубокие социально-структурные изменения.

Б) Если с точки зрения теории социальной дифференциации архаическое общество было дифференцировано лишь сегментарно, т. е. было составлено из однородных сегментов (например, семьи или племена), то уже в предсовременных обществах (т. е. в высокоразвитых культурах, существовавших до Нового времени) при помощи бинарных форм стратификации образуются юридические конфигурации социального общепития, которые структурируются из разнородных составных частей (классы, сословия). В дальнейшем в современном обществе классы и сословия растворились благодаря функциональному делению социальных подсистем (политика, экономика, воспитание и образование, культура, религия, право, наука). Вместе с тем, другие социальные конфигурации в значительной части детерминируют и накладывают свой отпечаток на социальные условия жизнедеятельности и жизненные формы во всех сферах общества. Это происходит не намеренно, т. е. через более или менее сознательную деятельность. Эти социальные конфигурации не могут коммуницировать себя как функциональные системы общества и поэтому не могут действовать. Социальные системы функционируют только в форме социетальных структурных задач (т. е. примат функции!), которые различаются в зависимости от той подсистемы, к которой они принадлежат. Они не могут «действовать» в общепринятом смысле этого слова. К действию способны только организационные системы и системы взаимодействия.

В) Эти новые социальные условия жизнедеятельности, важность которых для построения современных правопорядков в рамках общей теории права слишком долго игнорировалась, проявляются в социокультурном плане через то, что в рамках общества как целого на основе разделения труда образуются социальные подсистемы, которые обособляются и институционализируются во временной перспективе. Такие подсистемы ориентируются, в первую очередь, только на ту функцию, которая для них предназначена. Такая функция проявляется посредством кодирования (например, право/неправо для правовых систем, истина/ложь для научных систем и т. п.) и, в свою очередь, создает «разъемы для подсоединения» других коммуникаций в рамках той или иной подсистемы. Функции подсистем должны быть максимально гарантированы посредством права (например, через программирование человеческого общения) и укреплены за счет функционально пригодных средств коммуницирования. Таким образом, в современном обществе в рамках социетальной системы «право» происходит вторичная от-дифференциация государственно-организованной системы права. Данная система оказывается в нормативно-структурной связке с политической системой<sup>27</sup> и ее средствами коммуникации, которые действуют с помощью

<sup>27</sup> См. подробнее: *Schemann A. Strukturelle Kopplung. Zur Festlegung und normativen Bindung offener Möglichkeiten sozialen Handelns // Kritik der Theorie sozialer Systeme.*

государственной власти и согласно установленному действующим правом масштабу. Эта система служит для принятия решений, которые будут обязательными для всех. Наряду с этой системой действуют также негосударственные правовые системы (негосударственные организации, международные НГО), которые я не буду затрагивать в настоящем изложении.

#### V. ПРАВО КАК НОРМАТИВНО-ФАКТИЧЕСКАЯ, ИНСТИТУЦИОНАЛИЗОВАННАЯ И ДЛЯЩАЯСЯ СТРУКТУРА ОЖИДАНИЙ ЖИЗНЕДЕЯТЕЛЬНОСТИ ЛЮДЕЙ

1. С учетом того что право, как и все функциональные системы, не является полностью организованным и не может стать таковым (!), оно в качестве части общества постулирует функциональную дифференциацию. При дальнейшем росте общества в целом входящие в него социетальные подсистемы также будут развиваться — за счет этого будет происходить внутренняя от-дифференциация. Иными словами, будут появляться все новые, функционирующие на основании разделения труда социальные подсистемы. Эти вторичные социальные системы, так же как и любая социальная система по отношению к своей окружающей среде, должны институционализировать свои системные границы, в рамках которых они получают автономию (разумеется, лишь относительную!) для своего интенционального (целеориентированного) действия. Таким образом, правовая коммуникация в институциональных рамках своей подсистемы развивает также и государственно-организованную правовую систему (не путать с правом как с подсистемой общества!). Коммуникация действует в рамках соответствующей социальной/социетальной среды (например, система законодательства, система управления, система исполнительной власти, система судопроизводства и т. п.). Путем дальнейшего строительства социальных подсистем (к примеру, при образовании инстанций, от-дифференцированных по признаку компетенции, организационной структуры или процедуры рассмотрения) коммуникация может происходить и в судебной системе.

А) В этом отношении мой центральный тезис заключается в том, что не только на уровне всеобъемлющей глобальной/региональной социальной системы, но и на уровне социетальных подсистем (как, например, в функциональной системе «право», а это означает — и во вторичных подсистемах, наподобие государственно-организованной системы права) происходит неизбежная и постоянная трансформация того целостного правопорядка, который структурирует соответствующую социальную систему путем информационно-коммуникативного воздействия, через самовоспроизводство элементов государственного и негосударственного правопорядков, через взаимообмен такими элементами.

Б) Для государственно-организованной системы права как имманентной социально-структурированной составной части социетальной функциональной системы «право» конституция обычно фиксирует, как может происходить дальнейшая трансформация действующего права, как проходит конституционное нормирование нормотворчества и как оно

---

Auseinandersetzung mit Luhmanns Hauptwerk / W. Krawietz, M. Welker (Hrsg.). Frankfurt a/M., 1992. S. 215–229; Krawietz W. Ausdifferenzierung des modernen Rechtssystems und normative strukturelle Kopplung // Selbstbeobachtung der modernen Gesellschaft und die neuen Grenzen des Sozialen / G. Peter, B.-M. Krause (Hrsg.). Frankfurt, 2012. S. 73–101.



институционализируется во временной перспективе. Это — основной путь, по которому осуществляется дальнейшее создание и воспроизводство права в процедурном аспекте.

В) На уровне формальных правовых предписаний, которые символически выражаются через сформулированные с помощью слов нормативно-правовые предложения, социальная от-дифференциация систем в аналитико-понятийном аспекте коррелирует с различием между первичными и вторичными правовыми нормами. Это различие было сформулировано в немецкой теории права (Иеринг, Бирлинг) еще в XIX веке и применялось к различным кругам действия норм права в пространстве и по кругу лиц. Для англо-американской правовой мысли это различие было заново открыто Г. Л. А. Хартом, который придал данному различию значимость с точки зрения фундаментальных понятий.<sup>28</sup> Вместе с тем Харт ограничился анализом существующего юридического словоупотребления, не проблематизируя тех разнообразных социальных/социетальных системных референтов, которые лежат в основании данного различия.<sup>29</sup>

2. Чисто аналитическая (как анализ языка или как философия языка) версия теории правовых норм и действий оказывается слишком узкой и страдает редукционизмом. Если первичные нормы права обращены ко всем членам (например, гражданам, госслужащим, субъектам права) того или иного правового сообщества и распространяются на правоотношения таких субъектов между собой, то вторичные нормы обычно адресованы так называемому командному центру права, т. е. политико-правовой и в особенности государственной бюрократии, представители которой принимают решения. Таким образом, здесь речь идет о части более или менее от-дифференцированной системной структуры права; и именно в этом заключается своеобразие данной структуры.

А) Попутно отметим, что и для «командного центра права» существует свое метафорическое юридическое словоупотребление и свои особые термины, которые требуют реконструкции с точки зрения теории коммуникации и теории систем. По-настоящему общая теория права должна ориентироваться, как мы продемонстрировали, не только на первичные социальные системы (семья, родня и т. п.), но одновременно должна включать в себя теорию вторичных социальных систем. Это является приоритетной задачей общей теории права. Сегодня здесь открывается обширное поле для дальнейших фундаментальных исследований теоретиков права и социальных философов.

Б) Нормативная структурная связка между (1) первичными и вторичными системами на (2) имманентном уровне государственно-организованной системы права и ее структуры и на политико-правовом уровне взаимоотношения различных систем, равно как между (3) общественными подсистемами (региональные общества, мировое общество), с одной стороны, и обуславливающей их функционирование окружающей средой, с другой стороны, в будущем станет актуальным предметом для исследований. Ведь благодаря непрерывной дальнейшей от-дифференциации

<sup>28</sup> Hart H. L. A. 1) *The Concept of Law*. Oxford, 1961; 2) *Ihering's Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence // Iherings Erbe / F. Wieacker, Ch. Wollschläger (Hrsg.). Göttingen, 1970. S. 68–78.*

<sup>29</sup> По вопросу разграничения моей постпозитивистской позиции и позитивистско-правовой концепции Харта см.: *Krawietz W. Recht ohne Staat? Spielregeln des Rechts und Rechtssystem in normen- und institutionentheoretischer Perspektive // Rechtstheorie. 1993. N 24. S. 81–133, 115 ff., 121 f.*

социальных систем (как на социальном, так и на социетальном уровнях) возрастает многообразие разноуровневой системы права, которая производит сама в себе новые системные от-дифференциации, для чего концепция множественности образов модернизации права и общества дает все новые основания.

Социетальная правовая система с социально-философской точки зрения является, прежде всего, тщательно от-дифференцированной структурной связкой нормативных, организационных и процедурных аспектов. Она также является смесью первичных и вторичных социальных систем. Данная система в плане интеракции и организации функционирует через взаимодействие с окружающей ее региональной и глобальной средой. Такое взаимодействие происходит на основе нормативно-фактических, институционализованных и длящихся взаимных поведенческих ожиданий. Таким образом, если возникает соответствующая потребность, эта система в рамках своего нормативно-правового социального жизненного мира оказывается способной к юридико-коммуникативному взаимодействию на множестве уровней действия и принятия решений.