

ПОРЯДОК ИЗ ХАОСА? ФИЛОСОФИЯ СОЗДАНИЯ И ПРИМЕНЕНИЯ ЕВРОПЕЙСКОГО ПРАВА*

ЧАБА ВАРГА**

При характеристике устройства и действия европейского права может оказаться полезным изучение лежащей в основании этого права ментальности, которая может пролить свет на проблему, связанную с пониманием того, является ли европейское право продолжением национальных правовых систем или же представляет собой нечто особое. Европейское право оказывает деструктивное воздействие на те доктрины, на которых строятся национальные правовые системы. Подобно отношению солнца к планетам, европейское право обнаруживает два центра, отдавая вопросы имплементации на откуп государствам-участникам ЕС. В качестве части глобального постмодернизма европейское право ведет свое происхождение от искусственного описания окружающей действительности — описания, свободного от особенностей исторического опыта. В своем действии европейское право приводит в движение огромные структуры, что приводит к хаосу. Намерение людей реконструировать любое решение проблемы (которое может оказаться примитивным и разрабатываться без оглядки на соображения системности) в рамках некоего идеального порядка, путем осмысления макроэкономического базиса позволяет выработать надстройку европейского права. Соответственно, вся эта конструкция действует благодаря искусственно поддерживаемой интеграции в некое подобие хорошо работающего устройства. Такая философия «порядка из хаоса» позволяет государствам-участникам ЕС выдерживать конкуренцию и условия участия в ЕС, достигать весьма высокого уровня гибкой самоадаптации. Поэтому устройство и действие европейского права представляет собой порядок системы высокого уровня, гарантированный сложной диалектикой внутреннего и внешнего, центробежного и центростремительного начал. Это право обеспечивает условный баланс широкого социального устройства.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: Европейское право и национальные правовые системы, правовая культура, устройство и действие, аутопойезис и самозамыкание, правовой плюрализм.

* Данная статья основана на докладе, прочитанном автором на международном коллоквиуме «Lawandthe Global International Community» (СПб., 27–28 января 2012 г.). Пер. с английского языка В. С. Дорохина (v.dorohin@yandex.ru); под ред. М. В. Антонова (mantonov@hse.ru).

** Чаба Варга — Почетный профессор юридического факультета Будапештского университета им. Пазмани (Венгрия).

Csaba Varga — Honorary Professor at the Faculty of Law and Political Sciences of Pázmány Péter Catholic University (Hungary).

© Csaba Varga, 2014

© Дорохин В. С., перевод на русский язык, 2014

© Антонов М. В., редакция перевода, 2014

CSABA VARGA. AN ORDER OUT OF CHAOS? PHILOSOPHY OF CREATION AND IMPLEMENTATION OF EUROPEAN LAW

In characterization of the composition and operation of European law, its underlying mentality may cast proper light on the query whether it is the extension of domestic laws or a *sui generis* product. For its action is destructive upon the coherence of domestic doctrines on which domestic laws are built. Like a solar system with planets, it is two-centered, commissioning implementation to member states. As part of global post-modernism, European law stems from artificial reality construction freed from given particular historical experience. By its operation, it dynamises large structures and sets in motion that what is chaos itself. It is reconstructive human intent that arranges any outcome—primitively operated and managed without caring for systemacity—into some ideal order, in reflection of the macro-economic basis it serves as superstructure. Accordingly, the entire construct is operated and integrated into one well-working unit by an artificially animated dynamism. Its «order out of chaos» philosophy assures member states' standing involvement and competition, achieving flexibly self-adapting conformity at an unprecedentedly high degree. Thereby the composition and operation of European law is a grand-system's order, guaranteed by the complex internal/external and centripetal/centrifugal moves and provisory balance of a big size society.

KEYWORDS: European law and domestic laws; legal culture; construction and operation; autopoiesis and self-closure; legal pluralism

I. ЕВРОПЕЙСКИЕ ПОЗИЦИИ В ГЛОБАЛЬНОЙ ПЕРСПЕКТИВЕ

Первый пункт нашего исследования — это основополагающий вопрос о том, каким образом в рамках общего права Европейского Союза, действующего одинаково для всех его членов, централизованно применяемого в свете принципа сбалансированного и скоординированного единообразия собственными судебными учреждениями, государства-члены могут оказывать решающее влияние на долгосрочное выживание или постепенное отмирание исторических особенностей, на сохранение относительной самостоятельности включенных в Союз национальных правовых систем. Если взглянуть на ситуацию с противоположной стороны, дилемма государств-партнеров заключается в том, как и в какой степени право Европейского Союза может стать по-настоящему своеобразным. Иначе говоря, насколько создание, административное и судебное внедрение должны стать заложниками политики больших государств, борющихся друг с другом в рамках Союза за то, чтобы расширить свое (национальное) влияние на прочие государства, — в конечном счете, ради того, чтобы немецкие и французские национальные традиции были преобразованы в одну общеевропейскую схему. Этот вопрос затрагивает перспективы расхождения менталитетов (континентального) гражданского права и (англосаксонского) общего права; выбор моделей, а также методы и будущие возможности для общей кодификации европейских законов; определение стандартов, используемых при вынесении решений общими судебными органами Европы. В целом речь идет об отображении в правовых традициях государств-участников их исторических особенностей, что влияет на возможность сохранения или, возможно, исчезновения таких традиций. Вопрос выживания или исчезновения ставится в перспективе постоянной самоадаптирующейся трансформации, в первую очередь, соответствующих

источников права — концептуализации их структуры, реакции на внешние вызовы, а также изменения используемых методов судебной аргументации, в том числе канонизированных навыков.

Вышеописанное положение дел, если оно было исчерпано подобными рамками, выглядело бы как понуждение к рабскому копированию; хотя путь, открываемый для новичков ЕС, оказывается далеко не однозначным. Поскольку государства — члены ЕС равны по положению, мы не можем взять в качестве непреложной данности европейскую действительность на определенный момент. Новые государства выступают в качестве действующих лиц (которым, впрочем, нередко уготовано лишь смотреть на сцену с расстояния) в рамках Союза. Через сложное цепное движение право ЕС постоянно преобразуется, обращаясь также и к нам; в то же самое время право ЕС не может быть принято в качестве самодвижущейся причины. Этот путь является мультиакторным и двусторонним.

Следует понимать, что мы на самом деле принимаем участие в вышеописанном механизме взаимного воздействия не только с сознательно запланированными шагами и моделями. Существует один важный факт, а именно — наше, Центральной и Восточной Европы, бессилие, являющееся результатом определенных исторических условий. Речь идет о наследии коммунистического прошлого, с которым связано почти полвека отрешенности от повседневной жизни Западной Европы и США; оно загнало всех заинтересованных в развитии лиц на принудительные пути, отвлекая от возможности органического развития. Иными словами, прошлое создало собственные практики, коренящиеся в идеалах, разработанных и применяемых по всему Западу, против которых мы, венгры, теперь можем привести лишь наши собственные исторические (а отчасти и ностальгические) воспоминания.¹ Это отрезает нас от современных западных европейских и североатлантических практик, разработанных в годы послевоенного восстановления Европы, превращает наши традиции в историческую модель, укорененную в далеком прошлом. Наши идеалы коренятся в прошлом западных цивилизационных моделей, запрещенных для нас, когда почти половину века мы могли учиться только на собственном опыте из повседневной практики. В фактическом и идеальном аспектах мы находимся в весьма примечательной фазе задержки. Именно по этой причине нужно поднять вопрос о том, насколько наше общее наследие будет влиять на наше ближайшее будущее как движущая сила.

Основываясь на собственном потенциале, мы как новые члены и составная часть объединенной Европы также способны внести свой вклад в общеевропейское развитие. Поэтому от нас ждут ответа на вопрос, какое будущее может быть прогнозируемо для нас; при этом мы стоим перед дилеммой сохранения самобытности или ассимиляции под давлением «перевешивающих» партнеров по ЕС. Также значим вопрос о том, могут ли исторически сложившиеся ролевые традиции играть роль в формировании общеевропейской культуры, определяя основные направления преобразования.

В Западной Европе было проведено много исследований, касающихся различных аспектов подобных тем; зачастую такие исследования велись в довольно изолированном контексте. Но ни панорама, ни перспектива развития не были предложены до сих пор. Ряд исследований,

¹ Szűcs J. The Three Historical Regions of Europe // Acta Historica Academiae Scientiarum Hungaricae. 1983. N 29(1). P. 131–184.

остающихся в рамках позитивного права и его устоявшейся теоретической базы, в основном опирались на преобладающее мировоззрение, выступали как некие готовые рецепты, не принимающие во внимание парадигматические новинки в общем движении, которое продолжается сейчас во всемирно-историческом масштабе. Несмотря на отсутствие концептуального аппарата и методологической основы, они получили распространение (недостаточно и далеко не адекватно) и превалируют как данность в повседневной практике отдельных государств — членов ЕС. И все же самостоятельность требует собственных ответов, соответствующих собственным проблемам.

Основное общее свойство национальных правопорядков Европейского Союза заключается в редукции идеи права [*ius*] к закону [*lex*], состоящему из концептуальных наборов текстов, обработанных логическим образом в форму воображаемой системы, из которой выводятся необходимые следствия. Соответственно, кодифицированное право призывает к рациональному использованию подчеркнутого формализма, который с самого начала встроен в судебную аргументацию в качестве компонента онтологии права.

II. ОСНОВОПОЛАГАЮЩИЕ ВОПРОСЫ

Место европейского права. Где можно найти место для европейского права? Из того, что можно вычитать из европейской юридической литературы, следует, что существуют весьма неопределенные контуры этого права без какого-либо теоретического посыла, хотя иногда приправленные историко-политическими аргументами. Какофония случайных ремарок, приводимая в монографиях, может гарантировать только некоторую общую внешнюю перспективу. Национально-диверсифицированный хаос нормативно-правовых актов разделяет государства, возможно, с единственным исключением в том, что касается доктринальных положений, обеспечивающих разработку общих кодов права Европейского Союза. Эти коды, в свою очередь, как кажется, воплощают идею, превалировавшую в концептуальной юриспруденции² с ее абстрактным умозрением. Речь идет об идее предустановленной системности, которая опирается на разделяемую профессиональным сообществом юристов веру в творческую силу человеческой рациональности. Эта вера дополняется надеждой на то, что конструкции, полученные таким образом, воплотят собой окончательную рациональность.

Мы можем получить более яркую картину, приняв во внимание тот факт, что «ковка правовой Европы и постмодернизм просто дополняют друг друга».³ В этом аспекте мы имеем дело с многочисленными проводниками, с помощью которых формализм просачивается в работу европейских институтов, хотя бы при этом и сохранялся приоритет гарантированно общих институциональных проявлений (директивы и решения). На другом конце операционного механизма полная фильтрация достигается за счет национального фактора. Это позволяет нам сделать вывод, что преимущественную силу, в конце концов, имеет не «наднациональный монизм», не

² Varga C. Leibniz und die Frage der rechtlichen Systembildung // Karl A. Mollnau (ed.). Materialismus und Idealismus im Rechtsdenken: Geschichte und Gegenwart / Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie: Beiheft 31. Stuttgart, 1987. P. 114–127.

³ Arnaud A.-J. Pour une pensée juridique européenne. Les voies du droit. Paris, 1991. P. 300.

«центральная роль внутреннего законодательства», взятые по отдельности, а компромисс, одновременно достигнутый центром и периферией.⁴ Это возвращает нас от иллюзорной надежды к простой фактичности неопределенности.

В плане методологии мышления мы можем принять во внимание тот же процесс трансформации в социальных науках в начале XX в., когда условная чистота правил или законодательного позитивизма разъедались позитивизмом фактов, вышедшим на арену социологизмом.⁵ Это развитие запечатлело в умах страх подлинной анархии; идея постепенного развития была функционалистической точкой зрения на общество. Но это воззрение смогло занять более или менее прочную теоретическую форму только после долгих дебатов по вопросу о приоритете методов во второй половине века. В свою очередь, это новое воззрение было с самого начала основано на учете участия множества акторов и бесконечной череды социальных взаимодействий — все это вело к тому, что мифический *definitivum* некоторого первичного акта (т. е. акт творческого вмешательства) заменялся предопределением функциональной взаимозависимости реально взаимодействующих комплексов. Это привело к разрушению юридического позитивизма⁶ ради достижения нового, относительно сбалансированного состояния.⁷

После того как определенность всех неопределенностей, свойственных состоянию постмодернизма, отразилась на комплексе европейского права, оказалось возможным обрести некоторые опорные точки для ориентации. Прежде всего, бросается в глаза общий опыт в том плане, что даже в свободном присоединении к европейскому праву политика, как кажется, полностью пронизана своего рода «миссионерским рвением».⁸ Это рвение характеризуется как своим напором и неординарностью, формирующей будущее европейской истории, так и недостатком в сдерживающих факторах. На сегодняшний день «реактивный, управляемый событиями и зависящий от контекста подход к правовым исследованиям ЕС» является основным методом,⁹ а «право ЕС представляет собой запутанную сеть политики, экономики и права. Это обнаруживается в рамках того,

⁴ *La Torre M.* Legal Pluralism as Evolutionary Achievement of Community Law // *Ratio Juris.* 1999. N 12 (2). P. 192.

⁵ О дебатах в истории правовой и экономической философии в течение 1916 и 1917 гг. см.: *Paulson S. L.* (ed.). *Hans Kelsen und die Rechtssoziologie: Auseinandersetzungen mit Hermann U. Kantorowicz, Eugen Ehrlich und Max Weber.* Aalen, 1993.

⁶ *Varga C.* What is to Come after Legal Positivism is Over? Debates Revolving around the Topic of «The Judicial Establishment of Facts» // *Manuel Atienza, Enrico Pattaro, Martin Schulte, Boris Topornin & Dieter Wyduckel* (eds.). *Theorie des Rechts und der Gesellschaft: Festschrift für Werner Krawietz zum 70. Geburtstag.* Berlin, 2003. P. 657–676. — См. тематическое исследование о распаде позитивизма: *Varga C.* Meeting Points between the Traditions of English — American Common Law and Continental-French Civil Law (Developments and Experience of Postmodernity in Canada) // *Acta Juridica Hungarica.* 2003. N 44(1–2). P. 21–44.

⁷ *Varga C.* 1) *Macrosociological Theories of Law: From the Lawyer's World Concept to a Social Science Conception of Law* // *Eugene Kamenka, Robert S. Summers & William Twining* (eds.). *Soziologische Jurisprudenz und realistische Theorien des Rechts / Rechtstheorie: Beiheft 9.* Berlin, 1986. P. 197–215; 2) *Macrosociological Theories of Law: A Survey and Appraisal* // *Tidskrift för Rättsociologi.* 1986. N III (3–4). P. 165–198.

⁸ *Walker N.* Legal Theory and the European Union: A 25th Anniversary Essay // *Oxford Journal of Legal Studies.* 2005. N 25(4). P. 586.

⁹ *Ibid.* P. 583.

что называется [...] междисциплинарным, контекстным или критическим подходом». ¹⁰ Сама среда, в которой все это происходит, — это «жидкое состояние непрерывного нечего, становящегося чем-то», ¹¹ поскольку «ЕС, в конце концов, является государством в процессе становления». ¹²

Европейское право, каким оно является в любой момент, оказывается первым из факторов, формирующих общность Европы. То политическое образование, что известно на данный момент как Европейский Союз, является главным фактором для формирования европейского права: помимо динамики взаимного влияния государств, которая обуславливает их относительную силу, там почти нет фиксированной точки для действия рычага по закону Архимеда. Поэтому можно констатировать, без риторической переоценки, что «просто нет однозначного ответа на вопросы о том, что такое юридическая конституционная природа ЕС, какова роль права в управлении ЕС». ¹³

В целом это описание относится к специфике онтологической природы европейского права и к его самоопределению через взаимное определение сил, действующих в его именно-так-бытии. ¹⁴ Критериальный компонент европейского права заключается в прикреплении к власти; этот компонент «является не временным отклонением, но постоянным элементом конституционного строя ЕС». ¹⁵ Это также подтверждается существованием тех, по-видимому, противоречивых функций, сущность которых может адекватно толковаться только в динамике общего процесса. Даже конституционные основы структуры права ЕС лучше всего могут быть описаны с помощью загадочного, но надежного языка правовой и политической философии — путем, например, констатации того факта, что отношения между Союзом и национальными порядками являются «плюралистическими, а не монистическими; интерактивными, а не иерархическими». ¹⁶

Из вечной полемики теоретиков права о том, создается ли право за счет правил (как это было в праве древних римлян и во времена аксиоматической концептуализации в начале становления современной правовой культуры континентальной Европы ¹⁷), или же существование права и его юстициабельность могут быть выявлены только в судебном событии (как утверждает сторонниками экспериментального прагматизма, вызревшего в лоне англосаксонской мудрости), можно вывести оригинальное заключение, может быть, несколько шокирующее: правовая система Европейского Союза стала самой эффективной международной правовой системой в мире, открыто контрастируя с типичной слабостью международного права и международных судов. Все это не более чем итог того, что

¹⁰ *Snyder F.* New Directions in European Community Law // *Journal of Law and Society*. 1987. N 14(1). P. 167.

¹¹ *Varga C.* Law, or More or Less Legal? // *Acta Juridica Hungarica*. 1992. N 34(3–4). P. 139–146.

¹² *Hunt J., Shaw J.* Fairy Tale of Luxembourg? Reflections on Law and Legal Scholarship in European Integration: <<http://64.233.183.104/search?q=cache:F42D5KPUYG8J:www.sheffield.ac.uk/content/1/c6/06/90/87/Hunt%2>>.

¹³ *Ibid.* P. 21.

¹⁴ «Gerade-so-Sein» в описании онтологической сингулярности конкретной действительности у Георга Лукача.

¹⁵ *Ibid.* P. 14.

¹⁶ *Mac Cormick N.* Questioning Sovereignty: Law, State, and Nation in the European Commonwealth. Oxford; New York, 1999. P. 118.

¹⁷ *Varga C.* Differing Mentalities of Civil Law and Common Law? The Issue of Logic in Law // *Acta Juridica Hungarica*. 2007. N 48(4). P. 401–410.

в политических процессах Европейского Союза Европейский суд справедливости и национальные суды стали соакторами в трансляции общей воли, называемой «европейское право», правительствам государств-членов.¹⁸

III. АНАЛОГИИ

1. *Солнечная система с планетами.* В научной литературе встречается методологически вдохновляющая символическая метафора «солнечная система с планетами», через которую выражаются различные формы взаимодействия и взаимозависимости между интеллектуальной традицией, воплощенной в *iuscommune* европейских правоведов, с одной стороны, и его локальными ответвлениями — с другой. Эту гиперболу мы цитируем согласно одному уважаемому автору,¹⁹ который сравнивал *iuscommune* с солнцем, а *jurapropria* — нормы царств, княжеств и городов-государств — с планетами, чтобы объяснить связь *iuscommune* и *jurapropria*. Метафора пронизательная и точная. Солнце — это не инертная масса, без энергии или тяжести, что не осуществляет никакого влияния на планеты. Описание солнца как большой теоретической звезды на небе, которая не имеет реальной жизни или собственного влияния, было бы глупо. В то же время планеты имеют свои условия существования, свои силы, нормы, регулирующие их автономные миры. Каждая планета имеет различный набор правил, но каждая из них испытывает влияние энергии солнца по-разному и с разной дистанции. Ни одна планета не будет отвергать влияние солнца; это было бы безумием. Результатом такого отрицания был бы хаос планетарной системы. Вкратце, я считаю, что *iuscommune* не было книжным законом, написанным для великих; законом для чтения или смакования; книгой, которую можно поставить назад на полку; оно не было профессорским правом, противопоставляемым реальному праву. «Это было плавильным котлом, из которого возникли все европейские правовые системы».²⁰

Такая метафора может служить убедительной аналогией для описания одновременно центробежных и центростремительных сил, характерных для правового плюрализма. Она важна, прежде всего, для актуализации/реализации европейского права как единства в принципе, допускающего определенное разнообразие практики. Иначе выраженная, эта метафора означает, что, когда в процессе европейской интеграции была фактически достигнута некая глубина, в этом процессе также появились некоторая инерция и медлительность в работе — своего рода сила тяжести. Эта метафора также означает гарантию того, что право, независимо от того, как оно работает на самом деле, и того, что оно устанавливает, также может оказывать долговременное воздействие, давая питательную энергию в ответ, хотя в основном косвенным образом.

Как будет более подробно показано в следующих параграфах, именно это многонаправленное движение с участием плюралистичных субъектов (в утробе этого движения формируется массивная сила) характеризует особенности работы европейского права.

¹⁸ Alter K. J. Establishing the Supremacy of European Law: The Making of an International Rule of Law in Europe. Oxford; New York, 2001. P. 1.

¹⁹ Bellomo M. L'Europa del diritto commune. 6thed. Roma, 1993. P. 205–206.

²⁰ Pennington K. Learned Law, Droit Savant, Gelehrtes Recht: The Tyranny of a Concept // Syracuse Journal of International Law and Commerce. 1994. N 20. P. 205–215.

2. *Предмодерн, модерн, постмодерн.* Та амальгама, которую представляет собой деятельность Европейского Союза, демонстрирует разнообразие возможности, начиная от тех, что были характерны для предмодерна, через модерн и к постмодерну.

Мы говорим о формах предмодерна, поскольку они действительно отражают отголоски традиции *iuscommune*, воплощенные в виде *acquis-communautaire* [общего достояния — фр.].

Европейское право проявляет также особенности модерна. Оно происходит из традиций юридического позитивизма. Усилия и попытки, направленные на производство европейского общего права, до сих пор протекали в русле стратегий кодификации и приписывали первенство системной идее;²¹ эти усилия получили свое выражение в форме структуры формулы правил.

Кроме того, дух постмодернизма также пронизывает данную сферу. Это становится ощутимым, если принимать во внимание бесчисленные директивы (которые способны не только создать внутреннюю напряженность, но и полностью отменить действие друг друга²²); эти директивы по сути являются переписыванием свода правил, составляющих европейское право. Основной причиной этого обратного движения является то, что формальные правила могут быть реализованы только через их актуализацию судами, т. е. через судебное решение, которым регулируются оценочные суждения и балансы конфликтующих интересов — и те, и другие, по существу, являющиеся властными декламациями, выраженными в сценариях принятия решений.

Это — постмодернистская конструкция, реализующая примат принципов над правилами в такой форме, что, например, равноправие языков изначально растворяется в какофонии правил ЕС, которые сами по себе могут быть восприняты как просто текст — данные правила больше не могут рассматриваться как монокультурные даже в своей элементарной текстуальности,²³ парящей над индивидуальной культурой конкретных языков государств — членов ЕС. Более того, общественные действия подчинены различным конкретным интерпретациям, производимым странами-членами на основе либо полномочий, которые дает их независимый государственный статус, либо других полномочий, созданных исключительно для той или иной юрисдикции. Расширяя свободу выбора путей развития права, эта ситуация приводит к сосуществованию конкурирующих национальных форумов, которые, в сочетании со свободой договора и предпринимательства, в конечном счете уступают дорогу единой благоприятной правовой системе, получающей монопольное положение по отношению к другим системам, пустым с практической точки зрения. Потенциальным результатом этого процесса может стать то, что статус государства вскоре может оказаться в значительной степени номинальным. Тут, как и в случае гигантских коммерческих корпораций, состоящих из свободно построенных кругов концентраций влияния и наиболее успешных в битве за приобретение большей доли рынка, фактически сила порядка устанавливается

²¹ Varga C. Codification as a Socio-historical Phenomenon Budapest, 1991.

²² Об эффекте реализации, «перетряхивающей» системную согласованность и функционирование с чуждыми встроенными элементами, см.: Harmathy A. Jogrendszerek átalakulása és az Európai Unió joga [The transformation of our legal system and the law of the European Union] / Bán C. (ed.). *Iusprivatum — ius Commune Europae; Liber Amicorum: Studia Ferenc Mádl dedicate.* Budapest, 2001. P. 125–134.

²³ Schauer F. Is Common Law Law? // *California Law Review.* 1989. N 77. P. 455–471.

самими игроками. В юридических (а также параюридических и неюридических) соглашениях таких корпораций, как правило, прослеживается тенденция указывать в качестве арбитров для потенциальных разногласий третейские суды, получающие полномочия выступать в качестве юрисдикционных органов, выносящих постановления по этим разногласиям.

IV. ОСНОВАНИЕ ЕВРОПЕЙСКОГО ПРАВА

1. *Потребность в надлежащей правовой культуре.* Используя многоуровневый образ потенциальной целостности права,²⁴ можно выделить три различных слоя:

Право
<i>Поверхностный уровень</i> (правовые нормы, прецедентное право и т. д.)
<i>Правовая культура</i> (правовые концепции, основные принципы, методология юристов)
<i>Глубинная структура</i>

И как ни странно это может показаться, до сих пор правовые установки Европейского Союза, похоже, достигли только первого уровня.²⁵ Культура и основная структура европейского права, т. е. его концептуальные, теоретические и методологические средства, его доктрина (в смысле *Rechtsdogmatik*²⁶), не сформулированы полностью, целостность не достигнута на сегодняшний день.

Действительно, то, что обычно называют *объективацией права*,²⁷ присутствует в праве Европейского Союза в течение достаточно долгого времени и материализовано в виде твердого амальгамного блока, хотя довольно хаотичной композиции. Договоры, заключенные с Европейским Союзом, директивы и другие позитивные источники права, исходящие от представительных и исполнительных органов государственной власти государств, входящих в Европейский Союз, и, более того, корпус их собственных юридических решений олицетворяют право. Тем не менее нет уверенности, разившейся из этого состояния дел: мы не видим кристаллизующую форму правовой концептуализации, не замечаем стратегическое строительство на основе принципов, которые бы создавали сбалансированную конструкцию. Мы не видим даже того, что можно было бы понимать как консенсуальную методологию.²⁸ И за неимением всего этого очевидно, что подлинная доктрина пока не существует.

Субстанция, состоящая из накопленных нормативных материалов, напоминает в лучшем случае критическую массу, образованную слоями отложений, сформированных на поверхности и следующих давней тради-

²⁴ Tuori K. EC Law: An Independent Legal Order or a Post-modern Jack-in-the-Box? / Lars D. Erikson & Samuli Hurri (eds.). *Dialectic of Law and Reality: Readings in Finnish Legal Theory*. Helsinki, 1999. P. 403.

²⁵ Wilhelmsson T. Jack-in-the-Box Theory of European Community Law // Ibid. P. 449.

²⁶ Varga C. Law and its Doctrinal Study (On Legal Dogmatics) // *Acta Juridica Hungarica*. 2008. N 49(3). P. 253–274, перевод: *Варга Ч. Правовая доктрина: Методология и онтология* // *Право Украины*. 2011. № 11–12. С. 94–103.

²⁷ Varga C. Chose juridique et réification en droit: contribution à la théorie marxiste sur la base de l'Ontologie de Lukács // *Archives de Philosophie du Droit*. 1980. N 25. P. 385–411.

²⁸ Ibid.

ции англосаксонского прецедентного права. Эта субстанция напоминает непонятную кучу, которая может быть объяснена только через группировку на основе типизации.²⁹ Такая типизация позволила бы редуцировать тот естественный хаос, который, по-видимому, присущ европейскому праву. Следовательно, было бы заблуждением называть это право порядком или системой,³⁰ равно как и признать какую-либо корреляцию в формальном дедуктивном смысле — форме мышления, введенной некоторое время назад Лейбницем при попытке сформировать свод идеального языка, общую концептуальную систему, завершенное знание. Этот призрак также всплывал в связи с попыткой конфигурации/трактовки права по научной методологии как аксиоматического идеала системы в духе Давида Гильберта.³¹ Этот идеал требовал, чтобы все отдельные компоненты редуцировались к авторитету аксиомы,³² результатом чего на самом деле стало полное отсутствие теорем. Все это создавало ловушку самоуничтожения, поскольку процедура могла бы привести к тому, что понятие аксиоматики *само по себе* стало бы полностью бессмысленным.

Если бы мы рискнули прийти к какому-либо выводу на основе этого отрицания и неполноты, то наш первый вывод состоял бы в том, что процесс развития в его нынешнем виде может быть понят только как частичный — даже уже установленные потенциальные основы, надстройка оказываются неполными: мы воспринимаем присутствие только скоординированных намерений и действий, а не действительно единого сообщества.³³ Далее, отсутствует полностью развитая общая правовая культура, что приводит к многочисленным дальнейшим *замедлениям*, тем самым усиливая собственный эффект силы тяжести права ЕС. И, наконец, в европейском праве конкретные детали общих пожеланий и обязательств могут быть *перезаписаны как частные цели, чтобы показать все более высокий уровень самостоятельного существования*. И в этом плане мы можем ожидать, что результат будет не лучше, чем простая импровизация: прогресс, предсказуемое планирование по умолчанию будут затруднены компромиссами — последовательный прогресс может быть легко перегружен ежедневно получаемыми ответами *ad hoc*. Отдельные агенты делают все то, что они считают наиболее подходящим их полномочиям, если это на самом деле не приводит к серьезным неожиданным сбоям (скандал или утрата доверия).

Таким образом, все здесь является производным; ни одна часть на самом деле не оригинальна, поскольку она не самогенерируется, а создается другими. Или, как это типично выражается: «Право ЕС — это не европейская правовая культура, а продукт европейских правовых культур».³⁴

²⁹ Эта дидактическая практика конкурировала с простой азбукой финального принципа упорядочения (см.: *Jolowicz J. A. (ed.). The Division and Classification of the Law. London, 1970.*)

³⁰ *Varga C. Law and its Approach as a System // Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae. 1979. N 21(3–4). P. 295–319.*

³¹ «Я считаю, что все то, что вообще может быть объектом научной мысли, при достижении зрелости для построения теории подходит для аксиоматической разработки и тем самым для математизации» (*Hilbert D. Axiomatisches Denken // Mathematische Denken 1918. N LXXVIII. P. 415.*)

³² *Varga C. The Quest for Formalism in Law: Ideals of Systemicity and Axiomatisability between Utopianism and Heuristic Assertion // Acta Juridica Hungarica. 2009. N 50 (1). P. 1–30.*

³³ *De Schutter O. European Searchofits Civil Society // European Law Journal. 2002. N 8(2). P. 198–207.*

³⁴ *Visegrády A. Legal Cultures in the European Union // Acta Juridica Hungarica. 2001. N 42 (3–4). P. 216.*

Таким образом, несмотря на все наши старания, мы не способны найти «общую правовую грамматику»,³⁵ которая бы состояла из общих концепций, мыслей и единого отношения к праву. Так что не удивительно, что те, кто обращает разочарование в положительную энергию, как правило, склоняются к тому, чтобы перенести свое чувство тоски по цельности в работу, проводимую в направлении подготовки общеевропейской кодификации. Эта форма, в которой материализуется желанная сложность общего права, игнорирует тот факт, что основы такой кодификации неясны, а американский эксперимент с частными (модельными) кодексами и неофициальными сводами права или гармонизацией, заканчивающийся в унификации образования, юридических профессий и профессиональных журналов, никогда не подвергался проверке в других, чем американские, условиях. Особенно желанным предстает путь кодексов, т. е. единой централизованной совокупности правовых норм. В поисках обходных путей широко предлагается голландское решение с идеей диспозитивности в качестве свободного выбора применимого права. Даже «общая система координат» рассматривается как троянский конь, что заменяет кодификацию с ее континентальной концептуальностью и системностью и в конечном итоге приводит к дефициту демократии.

Аналогичная ситуация и в сфере общей судебной практики. Французский стиль принятия решений дополняется английским общезащитным вмешательством. Методы толкования, многоязычные в своей основе, усложняются и в конечном результате проблематизируют общие принципы (сомнительной) определенности и предсказуемости права — здесь сказывается обратная связь со стороны различных автономных национальных право порядков.

В целом культура определяется как набор образцов для подражания, как коллективное программирование умов.³⁶ Правовая культура, отличающаяся от простого использования навыков и отношений, также определяется как шаблон мышления (при последующей реконструкции мыслительной деятельности) с заранее определенной силой, которая, как часть подлинной онтологии права, обрисовывается каждым из принадлежащих к данной культуре специалистом в области права.³⁷ Несмотря на множество попыток объективации, правовая культура Евросоюза остается недостаточной, сводится к поверхностным проявлениям, стимулируется в основном заимствованными компонентами. Благодаря разнообразию доступных вариантов типизации в рамках Союза может быть поднят и вопрос о том, какой из компонентов национальных правовых систем унифицируется. Также значим вопрос о том, что остается от участия национальных правовых культур, если их органические единства расплываются и рассматриваются как свободно выбираемые элементы.

2. *Об операционной системе, открытой правовому плюрализму.* Правовой плюрализм является особенно проблемным в случае Европейского

³⁵ *Zimmermann R.* Roman Law and the Harmonisation of Private Law in Europe // Arthur Hartkamp, Martijn Hesselink, Ewoud Hondius, Carla Joustra, Edgar du Perron & Muriel Veldman (eds.). *Towards a European Civil Code*. 3rd rev. ed. The Hague, 2004. P. 41–42.

³⁶ *Hofstede G. H.* 1) *Cultures and Organizations: Software of the Mind*. 2nd rev. ed., New York, 1997; 2) *Culture's Consequences: Comparing Values, Behaviors, Institutions, and Organizations across Nations*. 2nd ed. Thousand Oaks, Calif.; London, 2001. P. 9.

³⁷ *Varga C.* *Comparative Legal Cultures: Attempts at Conceptualization* // *Acta Juridica Hungarica*. 1997. N 38(1–2). P. 53–63.

Союза,³⁸ «поскольку содержит противоречивые правила признания, конфликт которых не может быть юридически разрешен изнутри системы».³⁹

Для того чтобы установить окончательный предел для более производного процесса плюрализации, Суд ЕС заявил, что он имеет приоритет и верховенство. Согласно Уставу Суд «имеет право окончательного ответа на все вопросы европейского права»⁴⁰ и, как было отмечено в доктрине, основанной на решениях этого Суда, он «вправе определить, что представляют собой вопросы европейского права»;⁴¹ его толкование «имеет превосходство над всеми конфликтующими нормами национального законодательства»⁴² — без всего этого явно невозможно гарантировать отсутствие дублирования и несогласованности.⁴³

Как подразумевается в аргументации Суда, «плюралистическая модель обеспечивает всеобъемлющие рамки, в которых могут сосуществовать противоречивые требования. При условии, что практический конфликт в рамках этой модели остается потенциальным и избегается актуальные споры, может быть обеспечена стабильная, даже длительная форма урегулирования». В силу этого «Суд ЕС призывает интерпретировать европейское законодательство таким образом, который будет приемлемым для национальных судов и в то же время будет препятствовать национальным судам слепо настаивать на примате национальных правил. Короче говоря, конкурирующие заявления о превосходстве своего права могут служить созданию атмосферы сотрудничества между судами, где каждая сторона стимулируется уважать позицию и традиции другой».⁴⁴

Европейский правовой порядок имеет многополярный характер, в результате чего некоторые из учреждений Европейского Союза «смешанной компетенции» — в которых «состав разделения власти... на практике не работает ясным образом»⁴⁵ — на самом деле одновременно выполняют законодательные, исполнительные и судебные задачи. Эти органы в состоянии применить конечные результаты своей деятельности только в рамках сложной структурной комбинации, где национальные государственные органы, с одной стороны, принимают эти результаты, но, с другой стороны, принятие в дальнейшем становится почвой для экспериментов других государственных органов или отдельных граждан (или организованной группы граждан). Это принятие может быть осуществлено либо национальными судами государства-члена, либо на одном из форумов на уровне общин. Так, с одной стороны, Евросоюз на уровне общин не имеет истинной самостоятельной жизни, поскольку его единственной задачей и *raison d'être* (смыслом существования — *фр.*) является представление сообщества взаимосвязанных государств-членов и управление им. С другой стороны, все, что происходит в результате деятельности чиновничества государств-членов, оказывается не просто рефлексом или проекцией со стороны

³⁸ Об этом пишет М. Ла Торпе.

³⁹ Barber N. W. Legal Pluralism and the European Union // European Law Journal. 2006. N 12(3). P. 306.

⁴⁰ Ibid. P. 323, со ссылкой на ст. 234 Договора ЕС.

⁴¹ C-314/85 Foto-Frost v. Hauptzollamt Lübeck-Ost (1987) ECR 4199.

⁴² C-6/64 Costa v. ENEL (1964) ECR 585.

⁴³ Barber N. W. Legal Pluralism and the European Union. P. 323.

⁴⁴ Ibid. P. 328, 328–329.

⁴⁵ Torma A. Közigazgatás — Európai Unió — európaiközigazgatás [Public administration, European Union, European public administration] // József Szabadfalvi (ed.). Facultasnascitur: 10 évesajogászképzés Miskolcon Miskolc, 2001. P. 522.

центральных органов, но также неизбежно предполагает творческое взвешивание и адаптацию. В сочетании с интерпретацией со стороны других государств-членов и, естественно, также в свете перспективы сообщества в целом эти процессы создают благодатную почву для конфликтов.

И все же правопорядок Европейского Союза не имеет жизни без динамизма, заложенного в нем. В свете различных конфликтов и деятельности по их разрешению это постоянно приводит одновременно к нахождению решений и повторному накоплению конфликтов внутри институциональных проявлений системы, что, в конце концов, формирует способ существования данного порядка. Это дает пищу для философского размышления о происходящем из хаоса порядке, что, в свою очередь, сигнализирует о том, что здесь скрыто ценное смысловое ядро.

В. Европейское право в действии

1. *Многополярность с центростремительными/центробежными моментами.* Метафора солнечной системы как части галактики описывает реляционную сферу материи; эта сфера производна от взаимного позиционирования частиц во время их непрерывного движения; организационные принципы и факты, связанные с энергией, массой и позицией, описываются через законы физики.⁴⁶ Пути движения этих масс одновременно и центростремительные, и центробежные, но при этом они всегда сбалансированы; эти пути определяются взаимоотношениями, обусловленными количественными характеристиками данных позиций. В сфере социальной, применяя эту метафору к *iuscommune*, мы видим другое уравнение, где у нас есть полифония центробежных сил, постепенно формирующая национальные разделения (начиная с городов, князей и т. д.) в пределах монофонии христианской Европы. Эти силы в конечном счете превосходят уравновешивание, оказываемое центростремительной природой культуры, сформированной через общие традиции.

Правовая реальность Европейского Союза производна от его биполярной структуры: его централизованные правила локально интегрированы в практике за счет того, что право, постулируемое суверенным национальным государством, подчинено тому праву, что постулируется Европейским Союзом. Национальное право не может конфликтовать с общеевропейским, поскольку последнее имеет прямое действие и основание (следовательно, примат). Таким образом, мы получаем несколько измененную метафору солнечной и планетной системы. В этой метафоре есть центробежный аспект, который является реакцией государства на факт вступления в процесс европейской интеграции, так как отказ от некоторых блоков суверенитета является известной предпосылкой вступления в Европейский Союз. Тем не менее национальный интерес сейчас в Европейском Союзе выполняет функцию оптимального снижения вреда от частичной утраты суверенитета. Центростремительная сила действует через непрерывный поток текстов, составленных в ряд рабочих языков и фоновых культур.

Так, судья национального правопорядка использует и уважает национальное право как свое собственное, *потому что оно на самом деле*

⁴⁶ О развитии истории соответствующих идей см.: *Needham J. Human Law and the Laws of the Nature* [Hobhouse Lecture at the Bedford College in London, 1951] // *Needham J. The Grand Titration*. London, 1969. P. 299–332. — В плане сравнительного обзора см.: *Daston L., Stolleis M. (eds.). Natural Law and Laws of Nature in Early Modern Europe: Jurisprudence, Theology, Moral and Natural Philosophy*. Farnham; Burlington, 2008.

относится к судье. Эта ситуация отличается от европейского права, которое судья видит как что-то в причудливых одеяниях, присланное в судебный зал от отдаленных внешних сил; это общеевропейское право принесено мощными и непредсказуемыми волнами, с откровенным пренебрежением вопроса об уровне интегрируемости. Поэтому внимание судьи фокусируется на внутреннем праве, независимо от того, что происходит с главным фоном.

В любом случае, модель правового порядка Европейского Союза распространила процесс «снабжения правом» на различные уровни. Это произошло с почти таким же сознательным намерением, которое описывается у Ганса Кельзена, когда в 1922 г. перед Первой мировой войной он пересмотрел свою первоначальную позицию на правоприменение и вменение/предписывание как просто обстоятельство, вытекающее из расчета последствий и проверки. Кельзен указывал, что, для того чтобы *Rechtserzeugungsprozess* (процесс создания права) на самом деле произошел, есть, по крайней мере, две необходимые стадии, поскольку актуализированное в конкретном случае правоположение ограничено в будущем — оно является общей нормой, но может быть постулировано только в контексте будущей конкретики.⁴⁷

2. «Порядок из хаоса». До XX в. деятели в общественных науках могли с трудом представить, что право или некий нормативный регулятор на самом деле может быть эффективным без позитивации. Позитивизм изучал свой предмет с четким определением: право невозможно без поддержки, предоставляемой действенным правопорядком, который в состоянии обеспечить государственную судебную систему, профессиональную дисциплину, церковное образование и т. д. Это предполагает наличие основы, позволяющей четко перевести нормы на язык практики и применять их в контексте действия санкционирующего механизма, который постулируется данным нормативным порядком. Право предстает как механизированная деятельность, основанная на особой идеологии — это истинная от-дифференциация однородности (согласно терминологии Никласа Лумана), которая поднимает эти процедуры выше общей повседневной неоднородности.

Таким образом, концептуальный порядок был возвышен над повседневностью; это овеществило и продвинуло в статус неоспоримой необходимости то, что непрофессионалу казалось не только бытием без убедительной власти, но иногда даже неразборчивой и случайно жестокой иронией судьбы.⁴⁸ Кратко: это изгнало хаос для того, чтобы увидеть на его месте порядок. Потому что хаос и порядок в этом подходе антиномичны, и, столкнувшись с ними, мы выбираем либо то, либо другое.

Нечто новое произошло с приходом социологии XX в., когда мы узрели новую версию описательного видения общества. Понимание общества как конгломерата искусственных овеществленных структур в самодвижущем движении было заменено на модель, которая не была основана на односторонней механичности. Скорее, она была сосредоточена на спонтанном

⁴⁷ Varga C. Kelsen's Theory of Law-application: Evolution, Ambiguities, Open Questions // Acta Juridica Hungarica. 1994. N 36(1–2). P. 3–27.

⁴⁸ Это было продемонстрировано в работах Святого Фомы Аквинского, Рене Декарта, Готфрида Вильгельма Лейбница. О дебатах формалистов и антиформалистов см.: Varga C. Lectures on the Paradigms of Legal Thinking. Budapest, 1999; Conklin W. A. The Phenomenology of Modern Legal Discourse: The Judicial Production and the Disclosure of Suffering. Aldershot, 1998.

движении одновременно происходящих социальных практик, на статистическом результате мотивационных влияний на поведение индивидуумов, на происходящем в действительности взаимодействии. И удивительно, что, описывая это на макроуровне, можно прийти к логическому выводу о потенциале и факте появления порядка из хаоса, т. е. о порядке, происходящем, рождаемом и производном от хаоса.

Теоретическое понятие макропорядка, происходящего из микрохаоса, заложило фундамент современной экономики; современная социология и сегодняшняя юриспруденция также происходят из этой проекции.⁴⁹

Согласно «нормативистской модели» начала XX в. — от Эмиля Дюркгейма до Толкотта Парсонса — «сменяющие друг друга общества изображались, в первую очередь, с точки зрения согласованности, регулярности и непрерывности системы правил и власти этих правил, обуславливающих поведенческое соответствие».⁵⁰ И только позже было признано, что «суть человеческой жизни лежит не в следовании правилам и в вознаграждении добродетели, а в максимально эффективном использовании правил для собственной выгоды, в зависимости от ситуации». С того времени социальные теории меняются — «правила рассматриваются как неоднозначные, гибкие, противоречащие друг другу, непоследовательные... Они служат в качестве ресурсов для используемых стратегий, которые варьируются от человека к человеку, от ситуации к ситуации... Порядок никогда не будет полным и никогда не может быть таковым».⁵¹

Итак, юриспруденция может комфортно дрейфовать, приводимая в движение концепцией нормативности (силой нормативных актов и т. д.), в то время как нет абсолютно никакого научного подтверждения тому, что право от этого может получить поддержку.⁵² Это способно привести к циничным, откровенно релятивистским позициям, — например, сухой констатации того, что «создание правил и социально-символического порядка является человеческой деятельностью, сравнимой с манипуляциями, ложью, подделкой, заменой и уничтожением правил и символов, в которую люди кажутся почти одинаково вовлеченными».⁵³ Этой альтернативы можно избежать, если мы осознаем тот факт, что это описание исходит от классического автора по культурной антропологии: он опирается на диагноз стандартного человеческого поведения ровно настолько, чтобы этот диагноз мог продемонстрировать характер возможного порядка, восходящего из хаоса.

Предыдущее статическое видение порядка (в ракурсе которого порядок оказывается овеществленным с механической простотой) заменено возможностью порядка, описываемого как процесс, движущийся за счет непрерывного динамизма флуктуационного движения. В плане методологии, породившей этот ход мысли, можно упомянуть, с одной стороны, теорию речевого акта Людвиг Витгенштейна, а с другой стороны, когнитивные науки, которые играли решающую роль в становлении подобной методологии. В качестве новой системной концепции этот подход может стать отправной точкой для формирования самоорганизованного объекта

⁴⁹ *Varga C.* Theory of the Judicial Process: The Establishment of Facts. Budapest, 1995.

⁵⁰ *Reynolds N. B.* Rule of Law in Legal and Economic Theory // L. E. Kotsiris (ed.). Law at the Turn of the Twentieth Century. Thessaloniki, 1993. P. 373.

⁵¹ *Edgerton R. B.* Rules, Exceptions, and Social Order. Berkeley, 1985. P. 13–14.

⁵² *Luhmann N.* A Sociological Theory of Law. London, 1985. P. 13: «Пока не существует единого начала в социологической теории позитивности права» (P. 20).

⁵³ *Moore S. F.* Law as Process: An Anthropological Approach. London; Boston, 1978. P. 1.

через аутопойезис — т. е. через процесс, в котором системный конечный результат показывает твердую и уверенную самоидентичность, несмотря на то, что его внутренние регулирующие принципы сформированы через изменчивый и длительный процесс. Англо-американское движение критических правовых исследований изменило ландшафт самым радикальным образом, хотя окончательные выводы были сделаны новой онтологией права.⁵⁴

Причина в том, что онтология права смогла поднять уровень дискурса на более высокий уровень с точки зрения социально-научной значимости — ей удалось разместить в рамках *процесса описания фактического действия права* внешнюю идеологическую критику и критику методологии, применяемой юристами при обосновании своего мировоззрения. Эти компоненты предстают как истинные онтологические сущности. Данный ракурс характеризует общий социальный комплекс в том виде, в котором он существует в любой момент в качестве самоутверждающего усилия, проявляющегося во взаимодействии с частичными комплексами, которые изначально наделены долей относительной автономии. В конечном счете, формируется некое окончательное (тенденциозное) единство. Скрытый конфликт интересов встроен в коллизии различных проявлений правового формализма; это имеет место и в тех ситуациях, когда абстрактные позитивно-правовые нормы применяются в конкретных случаях, вызывая расхождения в практической реализации.

Странно для нас вспоминать сегодня о Фридрихе Энгельсе, о том, насколько его многогранное понятие диалектики было упрощено, стало в советской версии марксизма средством для описания неумолимых (автоматически предопределенных) социальных процессов, стало материалистической теологией порядка, которая обладает превосходством, совершенством и полнотой.⁵⁵ Также вызывает улыбку воспоминание о диалектизме китайского социалистического диктатора Мао Цзэдуна,⁵⁶ о его поверхностной философии (которая, кстати, также основывается на элементах восточной мудрости), которая, возможно, затем открыла глаза уже советизированной Центральной и Восточной Европе на понимание того, что опровержение, противоречие не есть антоним порядка. Это не анархия, не бунт, не контрреволюция; следовательно, противоречие не является вопросом пресловутой государственной безопасности. На самом деле оно является естественным признаком жизни, истинным образом жизни любого организма, который реально функционирует.

3. *Специфика большого порядка.* Переноса здесь наше рассуждение в сравнительно-историческую перспективу, мы могли бы поднять вопрос о том, какие методы могут обеспечить предсказуемость, уверенность в исходе, однородности, одинаковом результате, в деталях, вытекающих из квазимеханического действия закона. Конечно, древняя китайская конфуцианская идея, основанная на ритуале (ли), не будет здесь единственной. Вряд ли может быть иное средство для действенного гарантирования общего порядка в огромных обществах и гигантских массах народов, чем

⁵⁴ Varga C. 1) Towards the Ontological Foundation of Law (Some Theses on the Basis of Lukács' Ontology) // Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto [Roma]. 1983. N LX(1). 127–142; 2) The Place of Law in Lukács' World Concept. Budapest, 1991. P. 69 ff.

⁵⁵ Varga C. Autonomy and Instrumentality of Law in a Superstructural Perspective // Acta Juridica Hungarica. 1999. N 40 (3–4). P. 213–235.

⁵⁶ Mao Tse-tung 1) On Contradiction. Peking, 1952; 2) On Practice and Contradiction. London; New York, 2007.

надежда на самоподдержку, на моральную инициативу каждого. Этот подход ясно противопоставляется европейской традиции прошлого и коренится в жизненном опыте относительно небольших общин, например, наша история с библейскими евреями, греческими полисами или ранними римлянами.

Старая китайская версия порядка из хаоса доверила задачу общественного контроля инициативе тех, кто был частью этого хаоса. Хотя такое решение, возможно, породило местные различия, оно нашло одобрение у тогдашних людей, поскольку было ответом на ожидания всех тех, кто участвовал в тех процессах. Право Европейского Союза также породило различные локальные правовые позиции, поскольку его центральные акты реализуются через толкование национальными юристами и судопроизводство. Мыслимо ли, что при достижении в рамках отдельной области значительных размеров экономики сами эти размеры окажутся селективным фактором для установления рамок, внутри которых может быть сохранен социальный порядок?⁵⁷

VI. ЕВРОПЕЙСКОЕ ПРАВО В ПРАКТИКЕ

Окончательным результатом нашего анализа является заключение о том, что не существует некое исходное европейское право. Пока в ЕС есть страны-члены, только их циклически обновляющийся консенсус (который идеально достигается через взаимный компромисс) может производить европейское право. Они могут сделать это в сообществе наций, в котором все участники номинально равны. Тем не менее на практике их конкретный размер, экономическое благосостояние и, не в последнюю очередь, их уровень в масштабе развития европейской культуры в Европе делает из них игроков с разными шансами на успех на фоне непрерывных проблем и испытаний. Их ловкость, выносливость, нацеленность на результат, тактическое мастерство проходят испытания каждый день. Там, конечно, нет проигравших *perse* — есть только игроки, чьи интересы оттеснены на второй план. Таким «проигравшим» государствам и нациям уготован менее благоприятный путь, они оказываются менее активными в плане поддержания собственной динамики. Действительно, если новый правовой порядок «должен обрести реальность и полное значение, он не может быть просто расширением любой одной из составных правовых систем к более масштабной области».⁵⁸ Вместо этого мы имеем общую сумму всех частей, в которую включены те нации, которые ранее влились в общий поток, в общем порядке, надлежащим образом.

⁵⁷ Следует отметить, что в аналогичном контексте появляющаяся на ранней стадии советско-русского правового развития «революционная законность» была основана на совершенно свободном усмотрении так называемых революционных судов. Эта законность служила делу революционизирования, т. е. политической мобилизации масс к тому, чтобы взять инициативу в свои руки. Правда, после нескольких лет данного эксперимента Ленин обратил эту тенденцию в пользу консолидации, чтобы подготовиться к следующему этапу социалистического строительства, к отходу от партикуляризма, характеризовавшегося термином «калужская законность» (ср.: *Varga C. Lenin and Revolutionary Law-making // International Review of Contemporary Law [Brussels]. 1982. N 1. P. 47–59.* — См. также: *Borissova T. Law between Revolution and Tradition // National Research University Higher School of Economics Saint-Petersburg International Research Colloquium «Law and the Global World Community» (27–28.01.2012). P. 49).*

⁵⁸ *Mitchell J. D. B. (1971) «British Law and British Membership», Europarecht. 1971. N 6(2). P. 98.*

Данный подход проливает особенно важный свет на явление, которое мы склонны именовать как структурное отставание права Центральной и Восточной Европы. Это отставание объясняется наследием социалистической политической системы, которую мы были вынуждены терпеть и которая отчасти продолжает оказывать влияние на реальность. В частности, это означает, что после Второй мировой войны мы не смогли непосредственно познакомиться со значительными изменениями, которые произошли в западноевропейском и североатлантическом праве, освоить связанные с такими изменениями практические навыки. Мы не ознакомились и с тем, как в праве реализуются социальные идеи, такие как (1) использование отсылок к естественному праву ввиду «природы вещей»; (2) аргументация и убеждение, основанные на принципах и условленных положениях; (3) дискурс с точки зрения прав человека и в призме конституционализации ряда вопросов; (4) открытое соревнование и выбор ценностей, которые должны быть защищены (на основе сравнения друг с другом). Также мы не заметили изменений, связанных с тем, что юридическая функция развилась от просто дозатора официальных разъяснений к пути и инструменту разрешения многоакторных социальных проблем.⁵⁹

Вытекающий из этого неумолимый вывод — из трихотомии типологии предмодерна, модерна и следующего за ним постмодерна потенциал имеет только последний. Средства постмодернизма, по сути, остались неиспользованными в юридической практике бывших социалистических стран Центральной и Восточной Европы. Сфера нашего действия была ограничена тем, что предоставляет модернизм. Это, очевидно, привело к относительной неконкурентоспособности, которая является своего рода нашей «врожденной недостаточностью» на общем европейском правовом рынке.

⁵⁹ Об этих новых формах и направлениях см.: Varga C. What is to Come after Legal Positivism is Over? Debates Revolving around the Topic of «The Judicial Establishment of Facts».