

## ПРАВОВАЯ КОММУНИКАЦИЯ В СОВРЕМЕННОЙ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЕ\*

А. ГРОМИЦАРИС,\*\* В. КРАВИЦ,\*\*\* К. ФЕДДЕЛЕР\*\*\*\*

В настоящей статье авторы исследуют теоретические проблемы, связанные с коммуникативными процессами в праве. Авторы обращаются не только к вопросам правовой коммуникации в том виде, в котором она известна по ежедневной правовой жизни, но и прежде всего к коммуникации о праве, которая ведется в рамках более или менее научно осмысленных социальных условий и процессов. Размышления авторов относятся как к праву мирового сообщества, так и к праву различных региональных обществ, а также к соотношению правовой и научной коммуникации. Выдвигается и обосновывается тезис о том, что те образцы поведения, которые были институализированы с помощью права и которые допускают как свободное, так и вынужденное поведение, сами структурируют право и поддерживают его действие. Теория правовой коммуникации позволяет в рамках теории норм и теории действия прояснить все нормативно-фактические структуры и процессы, через которые создается право, а также сам механизм их социального действия. Эту идею авторы поясняют на примере концепций ряда правоведов, включая теорию Р. Кёнига и юриспруденцию интересов Р. фон Иеринга.

**КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА:** правовая коммуникация, философия права, глобализация, юриспруденция интересов, социальная действительность, теория норм и действий.

---

\* *Gromitsaris A., Krawietz W., Veddelar K. Rechtskommunikation im modernen Rechtssystem.* Статья подготовлена на основе докладов, сделанных 6 декабря 2012 г. в СПбГУ на ежегодном немецко-российском семинаре «Правовая коммуникация в современной правовой системе».

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

\*\* Афанасиос Громицарис — приват-доцент юридического факультета Дрезденского технического университета (Германия), приват-доцент юридического факультета Иенского университета (Германия).

Athanasios Gromitsaris — associated professor of Law Faculty of Dresden University (Germany), associated professor of Law Faculty of Jena University (Germany).

E-mail: athanasios.gromitsaris@uni-jena.de

\*\*\* Вернер Кравиц — профессор Вестфальского университета им. Вильгельма (Мюнстер, Германия).

Werner Krawietz — professor of Westphalian University Wilhelm (Münster, Germany).

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

\*\*\*\* Клаус Федделер — научный сотрудник Международной профессиональной организации «Общая теория права» (Германия).

Klaus Veddelar — research fellow of the International competence network “General theory of law” (Germany).

E-mail: klaus.veddeler@allianz.de

© Athanasios Gromitsaris, Werner Krawietz, Klaus Veddelar, 2013

© Антонов М. В., перевод на русский язык, 2013

GROMITSARIS A., KRAWIETZ W., VEDDELER K. LEGAL COMMUNICATION IN THE MODERN LEGAL SYSTEM

In this article the authors examine some theoretical problems connected with communication in law. The authors address not only the problems of legal communication as of a communication between legal actors, but also to the communication understood as an exchange of ideas about law. In this latter meaning legal communication is based on reflections about social conditions and processes. The conclusions made by the authors concern such aspects as the law of the global community, the laws of regional societies, and the correlation between legal and scientific communication. The main thesis developed and defended in this article is that certain patterns of behavior which have been institutionalized by law and which allow for both free and coerced actions are also capable of structuring law and of maintaining its validity. The theory of legal communication developed in the framework of the theory of norms and actions allows for a careful examination of all the normative and factual structures and processes through which law is created. The social mechanism of implementation of these structures and processes can also be explained in this perspective. The authors explain these ideas taking as examples conceptions of such legal scholars as René König or Rudolf von Ihering.

KEYWORDS: legal communication, philosophy of law, globalization, jurisprudence of interests, social reality, theory of norms and actions.

I. МОДЕРНИЗАЦИЯ ПОНЯТИЯ ПРАВА  
В ЮРИСПРУДЕНЦИИ ИНТЕРЕСОВ И В ЮРИСПРУДЕНЦИИ ЦЕННОСТЕЙ  
В КОНЦЕПЦИИ РУДОЛЬФА ФОН ИЕРИНГА

Модернизация права и общества в последние десятилетия по всему миру привела к дифференциации представлений о справедливости.<sup>1</sup> Эти представления в современном информационном и коммуникационном обществе играют роль эмерджентных и самовоспроизводящихся руководящих идей (целей, задач, принципов, ценностей) для бытия и действия людей. Критическое осмысление предпосылок и условий этих идей имеет место в рамках различных теорий справедливости,<sup>2</sup> возникновение которые сопряжено с развитием рассматриваемых идей. По своему происхождению эти теории справедливости весьма разнятся между собой. Особо обширное место среди них в последнее время заняли теории, связанные с этикой. Здесь мы не будем их разбирать. Впрочем, значимость таких теорий очевидна, если мы будем рассматривать право в динамико-функциональном ключе, т. е. анализировать его в темпоральном аспекте, в рамках длительной временной перспективы. Новым является лишь то, что осуществление права, его реализация в конкретных случаях (не важно, имеют ли они этическую коннотацию или нет) рассматривается как по своей сути парадоксальное действие (с точки зрения прагматического и реалистического подходов). Еще Иеринг настоятельно указывал на то, что в основе применения права и «осуществления права» лежит поистине

<sup>1</sup> *Luhmann N. Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft // Rechtstheorie. 1973. N 4. S. 131–167.*

<sup>2</sup> Подробнее см.: *Weber-Grellet H. Rechtsphilosophie und Rechtstheorie. 5. Aufl. Münster, 2010. S. 53, 75–79.*

парадоксальное явление. При любом применении права нормы обретают действительность — их содержание по большому счету определяется и конкретизируется в ходе применения права различными инстанциями и гражданами. С позиций динамико-функциональной перспективы, изменения в нормативной программе демонстрируют свою регулятивную силу только *ex post*. Этот парадокс получает свою разгадку, если провести различие между двумя временными перспективами: возникновения права и обретения им юридической силы в рамках правоприменения.

1. Легко можно распознать этапы развития права от эпохи раннего модерна к эпохе модерна по самой эволюции права (право мы понимаем здесь как социальное явление) и по социальной от-дифференциации правовой системы. В ракурсе теории права и общества такое развитие обуславливает потребность расширения и пересмотра понятия права как предмета научного исследования, которое сегодня ведется с позиций признания позитивности всего права.

а) Рабочее определение понятия права дается прежде всего с точки зрения его практической значимости и применимости к любому обществу. Ведь то, какая концепция права господствует в теории и практике, имеет последствия для бытия и действия людей в различных политических, экономических и иных социальных контекстах. Актуальность юриспруденции интересов и ценностей, разработанной Рудольфом фон Иерингом, заключается в том, что он в своей теории права рассматривает вопрос о решающих критериях разграничения права и неправа, ориентируясь при этом на реально существующие политико-правовые институты. На этом основании, с одной стороны, Иеринг смог придать новый, реалистичный образ правоведению и как теоретической, и как учебной дисциплине; с другой — ему удалось представить правовые явления, проявляющиеся в рамках конкретных социальных институтов, в качестве предмета юридико-правового и социологического исследования.

б) В то же время юриспруденция интересов и ценностей может до-страиваться на основе творчества Иеринга, которое содействовало развитию реалистической и прагматически ориентированной науки о праве. Поэтому с точки зрения соседних с правоведением научных дисциплин теория Иеринга остается актуальной как в деле изучения социальной реальности права, как и в деле формирования юридических понятий.

в) В аспекте юриспруденции интересов и ценностей понятие «интерес» отсылает к социальной среде существования правовой системы. Эти интересы неизменно подлежат оценке, а такая оценка может быть дана с разных позиций и различными методами: либо с точки зрения самого носителя интереса, либо в перспективе того институционального контекста, в котором формулируется интерес, либо в перспективе множества тех наук, которые так или иначе связаны с правом. Юриспруденция заново оценивает эти оцененные ранее интересы, но уже в свойственном ей специфически нормативно-правовом аспекте.<sup>3</sup> Именно из этого обстоятельства можно вывести принятое сегодня обозначение практического правоведения как

<sup>3</sup> *Krawietz W.* 1) *Interessen- und Wertungsjurisprudenz als Methode und Theorie des Rechts für das 21. Jahrhundert?* // *Zivil- und Wirtschaftsrecht im Europäischen und Globalen Kontext* / hrsg. K. P. Berger u. a. Berlin, 2006. S. 1163–1177, 1174 ff.; 2) *Interessenjurisprudenz / Wertungsjurisprudenz* // *Historisches Wörterbuch der Philosophie* / hrsg. J. Ritter. Bd. 4. S. 494–514, 496 ff., 499 f.; *Belvisi F.* *Die Positivität des Rechts beim frühen Ihering: Zwischen Formalismus und Realismus* // *Theorie des Rechts und der Gesellschaft* / hrsg. M. Atienza et al. Berlin, 2003. S. 429–458; *Salgado G. M. J.* 1) *Rechtliche versus gesellschaftliche*

«юриспруденции интересов и ценностей» или как «юриспруденции оценок» (Гарри Вестерман).

2. Собственно нормативно-правовое значение юриспруденции интересов и ценностей заключается в том, что в перспективе теории норм и структуралистской теории она предоставляет новые критерии для разделения права и неправа. Это достигается за счет глубоких изменений в методе действия и исследования. Подобное положение вещей заметно в ракурсе генезиса и от-дифференциации многочисленных и разнообразных социетальных интересов, которые обычно делятся на (1) публичные, (2) частные, (3) иные социальные интересы. Такое деление, в свою очередь, требует оценочных суждений. Критерии для подобного деления обычно принято искать либо в воле законодателя, либо в воле сторон договора. Однако само по себе обязательство следовать правилам не содержится в каком-то историческом акте волеустановления правил. Равным образом пробелы и возможности для усмотрения при толковании можно найти и в долгосрочных договорах; такие пробелы и возможности усмотрения ведут (в конфликтных ситуациях) к новым дебатам. По словам Иеринга, «то, что не реализуется в действительности и остается только в законе, на бумаге, есть лишь видимое право, пустые слова; и наоборот, правом будет то, что реализуется как право, даже если такое право и не найти в законах, даже если народ и наука ничего о таком праве не знают».<sup>4</sup>

б) Далее, показательными являются изменения в отношении между соблюдением права и правосознанием. Процирированное выше положение указывает на поведенческие структуры, которые в правовой коммуникации существуют независимо от правовых текстов; хотя в нормативном и фактическом планах эти структуры остаются юридически релевантными именно по причине такой независимости. Здесь можно вспомнить о структурных реформах в государстве и экономике.

в) Если кто-то в реформах видит опасность своим интересам, тот будет упорно выступать против любых фактических изменений в *status quo*. И наоборот, он легко воспримет символические изменения на уровне правовых текстов, не влекущие непосредственных последствий.<sup>5</sup> Если некто хочет воспользоваться результатами реформ, но при этом не может полностью оценить их последствия, такое лицо также будет выступать против изменений в *status quo*, поскольку такие изменения могут привести к потере этим лицом того, что оно имеет. Такое лицо видит, что оно не в состоянии использовать накопленное при прежнем порядке знание для выработки поведенческих стратегий при новом порядке. Этим объясняется то, почему новые правоположения часто не могут привести к осуществлению реформ. Иеринг мог пренебречь «сознанием» правового поведения, поскольку правомерное, «нормальное» социализированное поведение (как

Interessen? Philipp Hecks Konflikttheorie als Beitrag zur modernen Rechtsstheorie // Ibid. S. 613–633; 2) La Jurisprudencia de Intereses de Philipp Heck. Granada, 2011. P. 124 ff., 238 f.

<sup>4</sup> von Ihering R. Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Bd. II. 2, 9. Aufl. (Neudruck der 5. Aufl. Leipzig 1898). Aalen, 1968. S. 322. — Cp.: Gromitsaris A. Theorie der Rechtsnormen bei Rudolph von Ihering. Eine Untersuchung der Grundlagen des deutschen Rechtsrealismus. Berlin, 1989. S. 128 ff., 141; Schulte M. Recht, Staat und Gesellschaft rechtsrealistisch betrachtet // Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit / hrsg. A. Aarnio et al. Berlin, 1993. S. 317–332.

<sup>5</sup> Gromitsaris A. Symbolische und soziale Generalisierung von Erwartungen als Strukturelemente gesellschaftlichen Sinns // Kritik der Theorie sozialer Systeme. Auseinandersetzungen mit Luhmanns Hauptwerk / hrsg. W. Krawietz, M. Welker. Frankfurt/M., 1992. S. 133–146.

и регулярное соблюдение норм) не привлекает к себе внимания. Если же проблема разграничения права и неправа не получает своего бесспорного и несомненного решения в коммуникативной перспективе, то это приводит к ее переосмыслению, т. е. к осмыслению самой сути вопроса и к поиску некоего решения. Решение вопроса о разграничении права и неправа может быть найдено прежде всего в ретроспективном аспекте, с учетом накопленного ценного опыта. До тех пор пока действия протекают в привычных формах, актерам нет надобности осмыслять юридическое значение данного вопроса. Этот вопрос возникает тогда, когда вызревает возможность разграничения права и неправа, т. е. появляется комбинация формальных и неформальных аспектов, которые сливаются в некое синтетическое действие в рамках нормативно-социальных институтов.

3. Юриспруденция интересов и ценностей играет свою роль не только в демонстрации системной и поведенческой зависимости при создании и применении права. При проведении различия между различными референтами системы, которые должны учитываться применительно к вопросу о позитивности всего права, необходимо также установление структур действующего права и наблюдение за ними с установлением их соответствующих нормативных функций в отношении разных социальных референтов. При этом необходимо различать самонаблюдение и наблюдение со стороны (двойная перспектива, внешняя перспектива).

а) Если исходить из того (как это делает юриспруденция интересов и ценностей), что конфликт интересов и их оценка зависят от перспективы наблюдателя, то важнейшим моментом в работе юриста оказывается изучение дифференциации современного общества. Ведь потенциальная коллизия множества оцениваемых интересов и тех правовых понятий, которые используются для описания и разрешения конфликтов интересов, не в последнюю очередь проявляет также возможную коллизию между рациональностью права и рациональностью, функциональной логикой других социально от-дифференцированных функциональных областей (например, экономики, религии, политики). Вследствие этого речь идет не только о юридическом урегулировании конфликтов интересов, но и о возможности обращения к внеправовой рациональности, хотя бы и при посредстве рациональности юридической. Здесь нужно отметить, что рациональность права, которая не зависит от рациональности научной деятельности, заставляет принимать во внимание нормативные и фактические аспекты различных ситуаций для действия и для принятия решений — речь идет преимущественно о практической юридической рациональности в институциональных контекстах социальной правовой коммуникации.

б) Что касается тех социальных референтов в рамках существующей политико-правовой системы и ее «конституционных или государственных органов», для обозначения которых используется слово и понятие «правовое государство», в рассматриваемом нами аспекте эти названия обретают иное юридическое значение. Общая теория права, понимаемая здесь как теория самореферентной системы, с точки зрения теории норм и действия имеет дело с различными системными референтами (мультиреферентность) в рамках любой правовой коммуникации, в том числе и в случаях, когда речь заходит о государственно-организованной системе права. Только применительно к себе самой, т. е. своей формально/неформальной конституционной структуре, такая система может определить, воспринимать ли (и в какой степени) специфические элементы и компоненты современного правового государства в качестве обязательных для себя. И только в перспективе отношения к политическому, экономическому

и социальному контексту, составляющему конституцию такого государства, т. е. применительно к более широкой системе референтов регионального или глобального общества, проясняется, позволяют ли региональные социальные условия дальнейшую трансформацию политической системы данного общества в направлении правового государства.

в) Соседство правовой и неправовой рациональностей проявляется прежде всего через взаимоотношение права и экономики. Пример неправильного понимания функций права, равно как и неправового влияния на правоповедение и на правовую организацию, представляют собой международные дебаты о модернизации публичного управления, которые зашли весьма далеко в административном воздействии на экономику. Одним из важнейших новых принципов публичного управления, который пропагандируется повсюду, является принцип производственно-экономической ориентации. Административные органы представляются как своего рода предприятия по оказанию услуг, а граждане и акторы частного сектора — как заказчики и партнеры государства. Частно-государственное партнерство является еще одним примером, который демонстрирует противостояние или даже конфликт экономической и правовой рациональностей, которые при этом остаются взаимосвязанными. Так, с экономической точки зрения может показаться вполне разумным то, что частный владелец тюрьмы будет экономически мотивирован к тому, чтобы по возможности не выпускать заключенных из тюрьмы. Ведь недостаточное использование мощностей этой тюрьмы может вызвать стабильные издержки, которые не компенсируются доходами. Такая мотивация приводит частного предпринимателя к тому, чтобы через лоббирование оказать влияние на право и на политику, чтобы добиться увеличения сроков тюремного заключения. Но этой мотивации никак не соответствует правовая рациональность. Напротив, правовое государство пытается подвинуть участников экономического оборота к реализации публичных интересов, рассматривая этих участников как «материально гетерономных» (как сказал бы Макс Вебер). В рамках этой цели такие участники определяли бы свое поведение в определенных контекстах через отсылку к тем ценностям, которых не видит рынок. Вышеописанная ситуация также является примером неправильного функционального определения экономики через право. В рамках частных хозяйств и частно-государственного партнерства стоимость общего доступа к социальным ресурсам и к инфраструктурным благам определяется прежде всего административно, заранее, путем взвешивания публичных и частных интересов. Механизм ценообразования здесь не отдается просто на откуп свободному рынку: он контролируется ретроспективно с помощью юридических гарантий против ценовых картельных сговоров — это вполне соответствовало бы логике экономики и рынка.<sup>6</sup>

## II. ПРАВОВАЯ КОММУНИКАЦИЯ И ОТ-ДИФФЕРЕНЦИАЦИЯ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ

1. В рамках Пятого Московско-петербургского диалога, который с известного времени проводится дважды в год поочередно в Москве и Санкт-Петербурге с участием немецких коллег (особенно из Мюнстера)

---

<sup>6</sup> См. применительно к проблематике рациональности и оценки интересов (с примерами): *Gromitsaris A. Where Is The Public Law Element in Public Sector Contracts // The Public-Private Law Divide: Potential for Transformation? / ed. M. Ruffert. London, 2009. P. 245–281.*

и где общими усилиями ищутся ответы на вопросы общей теории государства и права, 6 декабря 2012 г. в СПбГУ состоялся семинар, центральной темой обсуждения на котором по инициативе петербургских коллег стала правовая коммуникация. Теория правовой коммуникации обладает большим научным инновационным потенциалом, который нельзя не заметить при развитии общей теории права, применимой к любым правовым системам. Дискуссия по этой проблематике далека от завершения как со стороны российских, так и со стороны немецких участников. Теоретико-правовое исследование нормативных и фактических проблем, социальных предпосылок правовой коммуникации может рассматриваться как одна из центральных задач российско-германского партнерства в области модернизации. В плане правового государства и нормативного порядка правовая коммуникация является условием позитивности всего права в целом. К этой проблематике относятся также глубоко изменившиеся представления о социальной справедливости, возникновение которых связано с возрастающей от-дифференциацией соответствующих правовых систем.

а) Авторы настоящей работы обращаются не только к вопросам правовой коммуникации в том виде, в котором она известна по ежедневной правовой жизни, но и прежде всего к коммуникации о праве, которая ведется в рамках более или менее научно осмысленных социальных условий и процессов. С научной точки зрения приводимые здесь размышления относятся (1) к праву целостного (мирового) общества, (2) к праву различных региональных обществ и (3) к соотношению правовой и научной коммуникации. Эти два последних вида коммуникации, в свою очередь, (могут быть) сформированы и сконструированы как интерактивные и организационно-системные единства. Из проводившихся в Москве и Санкт-Петербурге дискуссий можно вывести несколько центральных тем и основных заключений, представляющихся необходимыми для дальнейшего развития общей теории права, которая ориентируется на социальную действительность права.

б) В дальнейшем мы проведем аналитико-понятийное различие между правом и государством. В отличие от Кельзена мы не придерживаемся воззрения, согласно которому применительно к праву речь всегда идет о *двух сторонах одной медали*, образующих единство.<sup>7</sup> Поэтому мы отходим от обычного словоупотребления и не говорим ни об учении о праве и государстве, ни о теории права и государства, а настаиваем на необходимости построения и развития *общей теории права*.<sup>8</sup> Социальная от-дифференциация правовых систем и государственных организаций (последние понимаются как вторичные социальные системы) имеет огромные

<sup>7</sup> Так называемый тезис об идентичности, т. е. «тезис об идентичности государства и позитивного права», был метафорически выражен и обоснован Кельзеном: *Kelsen H. Reine Rechtslehre*. 2. Aufl. Wien, 1960. S. 289, 319 f. — См. подробно: *Krawietz W.* 1) Hans Kelsen — Ein normativer Mastermind des Rechts und der Rechtslehre für das 21. Jahrhundert? // *Rechtstheorie*. 2007. N 38. S. 33–98, 63f.; 2) Identität von Recht und Staat? Begriff des modernen Rechts und des Rechtsstaats in kommunikations- und systemtheoretischer Perspektive // *Ibid.* S. 269–305, 278f. — См. также: *Schröder R.* Kulturelle Identität von Recht und Staat? Kritische Anmerkungen zur Normen- und Kulturtheorie des Rechts // *Ibid.* 1998. N 29. S. 441–451.

<sup>8</sup> *Brusiin O.* Der Mensch und sein Recht. Ausgewählte rechtstheoretische Schriften / hrsg. U. Kangas. Berlin, 1990. S. 58 ff., 62f.; *Krawietz W.* 1) Theorie und Forschungsprogramm menschlicher Rechtserfahrung — Allgemeine Rechtslehre Otto Brusiins // *Rechtstheorie*. 1991. N 22. S. 1–37, 15 ff.; 2) Recht als Regelsystem. Wiesbaden, 1984. S. 155 f.

практические и теоретические последствия для конструирования и реконструирования понятия права.

2. Теоретический и философский вопрос о санкционированности и принудительном характере права и, следовательно, вопрос о практическом и теоретическом понятии права, который настоятельно ставят российские участники Московско-петербургского диалога, не получил исчерпывающего ответа в юридических и системных рамках современной общей теории права.

а) Мы исходим из того, что при принятии посылки о *позитивности всего права* — что противоречит воззрению, которое еще широко распространено сегодня, — система современного права не обязательно характеризуется и определяется исключительно своими свойствами, связанными с *императивностью, санкционированностью и принудительностью*. Право по своей сути — не только законодательный приказ (признанный, а стало быть, соблюденный до или в ходе соответствующего поведенческого акта), предписание которого в случае надобности приводятся в действие за счет (угрозы) санкции и принуждения. Как в фактическом, так и в аналитическом аспектах необходимо проводить различие между разрешением правовых конфликтов и применением принуждения, включая физическое насилие.

б) Нормативно-фактические посылки (имплицитно) допускаемой нами теории, которая связывает понятие права с принуждением, санкцией или признанием, здесь не могут исследоваться полностью. Из этих посылок в любом случае не следует с очевидностью то, что момент санкционирования, принуждения или признания (принятия) в социальной действительности права играет практически незначимую роль. Как раз наоборот! Авторы настоящей работы утверждают только то, что с точки зрения поиска понятия права данный момент не принадлежит к числу нормативных структурных элементов права, правового порядка.<sup>9</sup> Применительно к угрозе санкции и принуждения, включая физическое насилие, речь идет скорее лишь о *вторичном явлении* — следовании или нарушении права. В этом направлении строились также рассуждения нашего московского коллеги С. В. Королева об аналитической философии языка, о феноменологической и структурно-функциональной философии (здесь мы не можем остановиться на их подробном обсуждении).

в) Для авторов настоящей работы государство с точки зрения теории права представляет собой прежде всего организацию, т. е. большую организационную систему (обладающую собственной бюрократией, принимающей решения). Существуют и *иные* организационные системы, которые равным образом действуют в политико-правовом пространстве. По причине наличия конституции государство находится на службе существующего правового порядка, к которому оно с политико-правовой точки зрения принадлежит. Тот, кто утверждает «Государство — это мы!», имеет дело с совершенно иной проблематикой, которой должны заниматься теория демократии, новая антропология норм и новая онтология права.<sup>10</sup> Мы не можем подробно рассуждать здесь о данных дисциплинах и сфокусируем наши размышления на структурных проблемах современного права, которые сегодня находятся в центре внимания современной общей теории права.

<sup>9</sup> Подробнее см.: Krawietz W. Sind Zwang und Anerkennung Strukturelemente der Rechtsnorm? // Reine Rechtslehre im Spiegel ihrer Fortsetzer und Kritiker / hrsg. O. Weinberger, W. Krawietz. Wien; New York, 1988. S. 315–369, 327ff., 339 ff.

<sup>10</sup> Bayertz K. Der aufrechte Gang. Eine Geschichte des anthropologischen Denkens. 2. Aufl., München, 2013.



3. Современное государство, равно как и любое другое государство, укоренено в том политическом, экономическом и социальном контексте, в котором оно действует. Это распространяется и на правовое государство (которое может пониматься (1) в конституционном и социально-правовом смысле или (2) в теоретико-правовом смысле) с его более или менее бюрократизированной организацией, организованной по принципам разделения труда и разделения властей. Центральное место здесь занимают вытекающие из предыдущего изложения структурные проблемы общей теории права. Особенно щекотливые структурные проблемы возникают у некоторых государств по причине их размеров (например, США, Индия, Китай, РФ, не говоря о Евросоюзе, который при этом, разумеется, не выступает в форме *Соединенных Штатов Европы*). В европейских государствах в последние годы развиваются весьма специфические представления о правовом государстве и об отношениях с соседними государствами. Эти представления должны быть коренным образом переосмыслены европейцами в контексте информационного и коммуникационного общества.

а) При всех содержательных различиях, которые проявляются в существующих правовых порядках, системный характер таких порядков стоит вне сомнения. Поэтому в дальнейшем изложении мы сфокусируем наше внимание на системно-теоретическом подходе к праву. При этом мы осознаем тот факт, что государство или, лучше сказать, государства, за некоторыми исключениями, не имеют сегодня существенного влияния на процессы создания права, подобного тому влиянию, которое они оказывали в XX в.

б) Теория права сегодня должна формироваться как общая, чтобы охватывать все правовые порядки, включая также негосударственные правовые порядки и правовые системы (*State Legal Systems, Non-State Legal Systems*). Это воззрение противостоит гипертрофированному правовому этатизму, который в качестве права рассматривает только то, что было установлено государством в качестве права. Мы не можем далее здесь рассуждать об этой проблематике. С точки зрения современной теории права совершенно очевидно, что негосударственное право также является правом. В этой перспективе те немецкие правовые теории, которые принадлежат к направлению правового реализма, стыкуются с воззрениями русских мыслителей, особенно с правовыми и социологическими представлениями петербургского ученого Г. Д. Гурвича,<sup>11</sup> которые сегодня развиваются М. В. Антоновым.<sup>12</sup>

в) Подобный подход не является новым — в немецком правовом реализме он был представлен еще Рудольфом фон Иерингом. Тот же подход мы находим у представителей социологической юриспруденции, где он со

<sup>11</sup> *Gurvitch G. Grundzüge der Soziologie des Rechts. 2. Aufl. Darmstadt; Neuwied, 1974. S. 152 ff.* — Гурвич очень удачно говорит об «организованных надстройках» применительно к характеризуемым им «формам социальности и видам права» (*Ibid.* S. 132).

<sup>12</sup> Среди немецких исследований см.: *Riechers G. Die Normen- und Sozialtheorie des Rechts bei und nach Georges Gurvitch. Berlin, 2003. S. 228 ff., 266 f.* — В своем анализе нормативной теории Гурвича Рихерс приходит к выводу о том, что «некий нормативно-правовой смысл постепенно вырабатывается в правовой системе из множества связанных между собой решений и связей. С реалистической точки зрения в рамках правовой системы на множестве уровней — как внутри государства и входящих в него подсистем, так и между государственной организацией и иными сферами общества — происходит взаимосвязанная селекция, сопряженная с созданием правовых норм». Здесь мы говорим о нормативных структурных связях.

времен Иеринга и Роско Паунда (ориентированного на континентально-правовую доктрину) развивается в противовес нормативизму Кельзена Ойгеном Эрлихом, Георгием Гурвичем, Гельмутом Шельски и Никласом Луманом.<sup>13</sup> Это воззрение мы можем заключить в формулу, согласно которой все государственное право есть право социальное, но, разумеется, далеко не все социальное право является правом государственным. Здесь мы вновь выходим на проблему социальной от-дифференциации права от иных социетальных контекстов. Решить эту проблему можно только путем теоретико-правового расширения понятия права, анализ которого предполагает анализ *связи теории права и теории общества*.

4. Подобное расширение понятия права кажется подходящим для того, чтобы содействовать обновлению давно уже устаревшей парадигмы философско-правовых исследований. До настоящего времени философия права в этой парадигме развивалась как аналитически-понятийное учение позитивистского толка, сведенное к общему учению (!) о праве и государстве и к теории принципов права либо же некритически смешанное с этикой и моралью. Взамен этого учения мы сегодня имеем дело с множеством конкурирующих между собой теоретико-правовых конструкций.<sup>14</sup> Как в практической, так и в теоретической плоскости они предлагают правоведам возможность выбора.

а) Очевидно, что здесь речь идет (как уже было уточнено выше) о глубокой постановке вопроса, которая пока не дает нам полностью ясной картины. В полемике аналитически-волюнтаристские теории (теория воли, теория действия) встречаются сегодня с неволюнтаристскими теориями права (институциональная теория, системная теория). Системная теория при этом, конечно, не исключает из своего рассмотрения волевое, целенаправленное действие в рамках правовых сообществ, институтов и социальных систем — наоборот, она включает их в свой предмет.

б) Проблема всех мысленных конструкций, исходящих из субъективных мотивов и индивидуального действия, заключается преимущественно в том, что они опираются на догмат воли и на мысленный образ «лиц», которые *через* (!) свою волевою деятельность предположительно «создают» нечто в окружающем мире. В скандинавском реализме (Хэгерстрем, Лундштедт, Оливекрона и др. — к обсуждению этого направления мы здесь не будем обращаться)<sup>15</sup> была сформулирована непревзойденная

<sup>13</sup> Основополагающими работами для данного подхода являются: *Luhmann N.* 1) *Interesse und Interessenjurisprudenz im Spannungsfeld von Gesetzgebung und Rechtsprechung // Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte.* 1990. N 12. S. 1–13; 2) *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtslehre.* Frankfurt/M., 1980; 3) *Die soziologische Beobachtung des Rechts.* Frankfurt/M., 1986; 4) *Das Recht der Gesellschaft.* Frankfurt/M., 1993. — См. также: *Krawietz W.* 1) *Der soziologische Begriff des Rechts // Rechtshistorisches Journal.* 1988. N 7. S. 157–177; 2) *The Concept of Law Re-Visited: A New Approach to Theory and Sociology of Law // Laws and Rights. Proceedings of the International Congress for the Ninth Centenary of the University of Bologna / ed. V. Ferrari.* Milano, 1991. P. 155–170.

<sup>14</sup> *Krawietz W.* 1) *Zum Paradigmenwechsel im Juristischen Methodenstreit // Rechtslehre.* 1979. N 1. S. 113–152; 2) *Juristische Argumentation und Argumentationstheorien auf dem Prüfstand // Metatheorie juristischer Argumentation / hrsg. W. Krawietz, R. Alexy.* Berlin, 1983. S. 3–84 ff. — Забавную характеристику можно найти в: *Haba E. P.* *Standortbestimmung zeitgenössischer Rechtstheorie — Rawls, Dworkin, Habermas und andere Mitglieder der Heiligen (Rede-) Familie // Rechtstheorie.* 1996. N 27. S. 277–327, 301 ff., 307 ff.

<sup>15</sup> См. по этому вопросу: *Lundstedt V.* 1) *Superstition or Rationality in Action for Peace?* London, 1925; 2) *Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft.* Bd. 1–2. Berlin,

по остроте критика догматизированной теории воли, в рамках которой предполагалось, что правовое воздействие осуществлялось неким таинственным образом; эту теорию реалисты обвинили в нормативной магии и колдовстве.<sup>16</sup> Они отказывали в научном статусе подобной юриспруденции, которая исходит из подобных метафизически-спекулятивных теорем и исчерпывает себя в безжизненном понятийном конструктивизме.<sup>17</sup>

в) Как было неоднократно подчеркнуто в рамках предыдущих российско-германских встреч, наша критика в этом отношении направлена прежде всего против безжизненного конструктивизма и против слабого теоретико-правового обоснования большинства либертарных позиций.<sup>18</sup> Абсолютизация индивидуалистического образа мысли и способа аргументации<sup>19</sup> никак не может показать, как и когда в современном обществе происходят правовая коммуникация и коммуникативное правовое действие. Здесь мы соглашаемся с выдвигаемым А. В. Поляковым, М. В. Антоновым и другими российскими теоретиками воззрением, согласно которому право с точки зрения социальной теории выступает в первую очередь в качестве эмерджентного явления, хотя в правовой коммуникации, имеющейся в современном обществе, право в высшей степени зависимо от системы и от практики. В этом плане право также следует искать в рамках *теории социальной от-дифференциации и правовой коммуникации*.

г) Обыденное политико-правовое действие, равно как и индивидуальные сделки между лицами в повседневной жизни подвергаются все более сильному воздействию различных культурно обусловленных нормативных институтов, организаций и социальных систем. Они оказывают решающее воздействие на образ жизни людей, тем самым нормативно структурируя и обуславливая его, хотя при этом не исключают самостоятельного свободного действия. Скорее наоборот. Те образцы поведения, которые были институализированы с помощью права и которые допускают как свободное, так и вынужденное поведение, сами структурируют право и поддерживают его действие. Мы отмечаем, что развиваемая нами теория правовой коммуникации позволяет в рамках теории норм и теории действия прояснить все нормативно-фактические структуры и процессы, через которые коммуницируется право, равно как и сам механизм их социального действия. Тем самым обеспечивается рост рациональности правовой коммуникации как в правовой теории и практике, так и в связанных с ними правовом поведении и правовой жизни.

1932; 1936; 3) *Legal Thinking Revised: My Views on Law*. Stockholm, 1956. — См. также: *de Groot A. G. G. Der skandinavische Realismus und seine Bedeutung für die rechtliche Grundlagenforschung*. Amsterdam, 1997. S. 220 f. — Автор этой работы приходит к выводу о том, что «традиционная теория *declaratio voluntatis* не может противостоять критике».

<sup>16</sup> *Faralli C. Diritto e Magia: Il Realismo di Hägerström e il Positivismo Filosofico*. Bologna, 1987.

<sup>17</sup> *Faralli C. The Reception of Scandinavian Legal Realism // Theorie des Rechts und der Gesellschaft / hrsg. M. Atienza et al.* S. 485–523. — См. критику позитивизма и различных волевых теорий права: *Frändberg Å. Naturalism and Positivism // Frändberg Å. Rättsordningens ideen antologi i allmän rättslära*. Uppsala, 2005. P. 319–328. — Так, Фрэндберг говорит: «Воля суть мысленное положение вещей, но абстрактные явления не могут иметь мысленного положения вещей».

<sup>18</sup> *Krawietz W. Beyond Methodological and Theoretical Individualism — Are There Collective Actors or Collective Subjects in Modern Legal Systems? // Values and Norms in the Age of Globalization / hrsg. E. Czerwinska-Schupp*. Frankfurt/M., 2007. S. 385–396, 387 ff., 392 f.

<sup>19</sup> *Ibid.* S. 392 f.

д) При расширении понятия права центр тяжести изучения юридической действительности права переносится на опыт и наблюдение. Здесь, в деле построения современной общей теории права, находят свое применение юриспруденция и история (понимаемая нами как правовой опыт и наблюдения прошлого), методология исторической науки и науки о социальном действии, политология и социология. С такой сменой методологических и теоретических парадигм, которая происходит в правовом мышлении начиная с середины XX в., связан и окончательный отказ от естественного права — оно выводится в область правовой теологии и морали. Также происходит и отказ от мыслей о разумном праве — в области теории права такие мысли основаны на априорных посылах, ошибочно отрицающих научное познание права на базе опыта и наблюдения (самонаблюдения, стороннего наблюдения) как ненужное и невозможное. За пределами внимания сторонников такого подхода остаются также саморефлексивность и зависимость от действия, лежащие в основе *позитивности всего права* и являющиеся неперенным условием создания действительно *общей теории права*.

5. *Зачем нам нужна теория правовой коммуникации?* Как видно, в своей целостности коммуникативная и информативная система права является нормативно-институциональной сетью, длящейся во времени. Данная сеть составляет себя из системных *коммуникаций и операций*. Последний пункт особо важен, поскольку указывает на *оперативную* зависимость любой правовой коммуникации от деятельности.

а) Система правовой коммуникации строится и развивается на основе контингентного числа правовых коммуникаций. В повседневной правовой практике такие коммуникации *связываются* между собой коммуникативным и оперативным способом, т. е. за счет *нормативно-структурных* связей. Это происходит в организационном, содержательном и процедурном аспектах в рамках правовой по своей сути программы деятельности по вынесению решений, осуществляемой от случая к случаю, по мере потребности и всегда *ad hoc*. Поэтому применительно к нормативно-фактической структуризации правовой системы мы в отличие от Лумана говорим о *нормативной (!) структурной связке*.<sup>20</sup> Она непрерывно осуществляется через правовую коммуникацию.

б) Структурные связи имеются во всех правовых системах, они также возникают между *другими* частичными системами общества, поскольку право как функциональная система ставит перед собой определенные структурные задачи. *Общая теория права*, которая в общих чертах была обрисована в настоящей работе, является поэтому рамочной теорией (*frame-work-theorie*) права. *Структурные связи* одновременно являются социально-структурным, коммуникативным и оперативным *эквивалентом функциональному разделению властей (применительно как к праву, так и к государству)*. Здесь также требуются обширные исследования, поскольку здесь мы встречаемся с многочисленными и разнообразными возможностями нормативно-фактических связей, через которые разные социальные системы могут юридически соединяться между собой в кратко- или долгосрочной перспективе.

<sup>20</sup> *Krawietz W.* Ausdifferenzierung des modernen Rechtssystems und normative strukturelle Kopplung — sozial oder sozial? // Selbstbeobachtung der modernen Gesellschaft und die neuen Grenzen des Sozialen / hrsg. G. Peter, R.-M. Krauß. Frankfurt/M., 2012. S.73–101, 86 ff., 95 ff.

в) С точки зрения теории норм и действия подобные сети с помощью права могут расширяться в любом направлении, охватывая, программируя и обуславливая все социальные сферы человеческого существования и деятельности — тем самым данные сети распространяются практически на весь мир. Коммуникативная теория права частично обгоняет подобное развитие правовой практики во всем мире, частично следует за ним.

6. В дальнейшем мы проводим различие между (1) социетальной и (2) социальной от-дифференциацией. Данное различие имеет основополагающее значение как для саморефлексии правовой системы, так и прежде всего для саморефлексии и конструирования современной теории права.

а) В современном информационном и научном сообществе вся деятельность основывается на информационно связанных, интенциональных, коммуникативных образцах поведения. Центральный тезис нашей работы заключается в том, что данный вывод относится прежде всего к правовому действию. Такие образцы имплицитно предполагают нормативные и фактические компоненты поведенческого ориентирования — состав и степень концентрации таких компонентов с трудом могут быть распознаны сторонним наблюдателем. Торстейн Экхоф очень удачно говорил в этом отношении о непрозрачности (*opaqueness*) или о черных ящиках (*black boxes*) межсистемных социальных отношений.<sup>21</sup> В исторической и социальной перспективе вырисовывается новый подход к общей теории права — здесь исследователь исходит из *теории эволюции права и общества*, образуемой за счет связи между современными теориями права, общества и систем. Мы затрагиваем только основные моменты образования данной теории, которые заметны в ракурсе другой теории — *теории социальной дифференциации*. Речь идет о происходящей в современном обществе дифференциации функционально различных частичных систем, а именно о делении коммуникативных систем на политику, экономику, образование и воспитание, культуру, религию, право, науку и пр. Здесь мы имеем дело преимущественно с социетальным эмерджентным явлением, которое, разумеется, затрагивает и другие сопряженные с ним интеракционные и организационные системы.

б) Частичные социальные системы со своей стороны определяют социетальные *жизненные условия и формы жизнедеятельности во всех сферах общества* и оказывают решающее влияние на них. Этот процесс происходит не намеренно, т. е. не через более или менее осознанные действия и поведенческие акты. Частичные социальные системы функционируют только в форме *коммуникативных социетальных структурных задач* (так называемый *примат функции!*). Функции таких систем различаются в зависимости от своего содержания и варьируются от одной частичной системы к другой. *При этом действовать могут только интеракционные и организационные системы.*<sup>22</sup> Данное обстоятельство имеет ряд следствий для отношений между правовой коммуникацией и научной коммуникацией.

<sup>21</sup> Eckhoff T., Sundby N. K. Rechtssysteme. Eine systemtheoretische Einführung in die Rechtstheorie. Berlin, 1988.

<sup>22</sup> Подробнее см.: Werner P. Soziale Systeme als Interaktion und Organisation. Zum begrifflichen Verhältnis von Institution, Norm und Handlung // Kritik der Theorie sozialer Systeme / hrsg. W. Krawietz, M. Welker. Frankfurt/M., 1992. S. 200–214, 203. — Петра Вернер приходит к выводу о том, что «хотя любая коммуникация, включая правовую, является социальной, но само по себе общество не может себя организовать как единство и не может самостоятельно действовать».

в) Существование и значимость таких новых социальных жизненных условий для построения современных правовых порядков в течение долгого времени оставлялись без внимания в общей теории права. Современные правовые системы отличаются тем, что в рамках общества они образуют примерно одинаковые с точки зрения разделения труда социальные частичные системы, обособляют себя и институализируются на длительный срок. В первую очередь такие частичные системы ориентируются только на какую-либо одну из свойственных им функций. Эти системы институционально формируются и проявляются через язык права благодаря кодированию — например, право/неправо для правовых систем, истина/ложь для научных систем. Тем самым рассматриваемые системы образуют своего рода стыки для дальнейших коммуникаций, протекающих в рамках обособленных систем. Так, в нормативном плане происходит структурная связка права с правом (в деятельностном, содержательном и процедурном аспектах), т. е. «новое» право связывается со «старым» правом, но не с моралью. Мораль не может образовать таких стыков без предварительной правовой институционализации (или, по меньшей мере, обеспечения возможности такой институционализации) процессов трансформации правовой системы в нормативном и фактическом аспектах. Настолько, насколько это возможно, функция частичной системы должна обеспечиваться за счет дальнейших системных мер — например, через программирование стыкующихся между собой действий людей (коммуникации, операции). А с помощью права происходит длительная институционализация данной функции.

7. На основе социетальной от-дифференциации в частичных системах современного общества уже в качестве вторичного процесса происходит (в рамках функциональной системы права) от-дифференциация государственно организованных правовых систем. Эти системы посредством конституций в нормативно-структурном плане оказываются связанными с политической системой и ее коммуникативными средствами (власть, авторитет). Они служат основой для принятия обязательных для коллектива решений.

а) Поэтому речь идет не об от-дифференциации на уровне общества, т. е. не о *социетальной от-дифференциации*, действенной на уровне целостного общества (регионального, мирового общества), а о *социальной от-дифференциации* на уровне частичной системы. В рамках частичной системы общества право на (1) национальном, (2) межнациональном и (3) транснациональном уровнях воздействует на множество *негосударственных подсистем* (негосударственные организации, международные негосударственные организации) — здесь мы не будем далее развивать данный вопрос. Применительно к частичным социетальным системам речь порой идет о функциональных системах, функции которых в обществе могут быть частично явными, а частично оставаться латентными. При этом, как кажется, исключается то, что функциональная система может быть сформирована как полностью организационная, не говоря уже о том, что такая система не может быть представлена только некоей одной организацией. Несмотря на разного рода представления о целеориентированной рациональности и образе права, в современном обществе право было и остается по своей сути нормативным эмерджентным явлением.

б) *Что происходит со сформировавшимися социетальными частичными системами (особенно с правовой системой) при дальнейшем росте глобального общества?* Функциональная дифференциация при дальнейшем росте глобального общества (особенно заметном на примере

многократного возрастания мирового населения) ведет к тому, что право как социетальная частичная и функциональная система не может не расти вместе с обществом. При этом право *внутренне* от-дифференцирует себя: иными словами, оно образует *вторичные* социальные (под)системы. Эти системы, которые были ранее обозначены нами как *вторичные социальные системы*,<sup>23</sup> должны (как и все остальные социальные системы) в своем непосредственном окружении нормативно-институциональным путем установить свои системные границы на длительный срок. В рамках таких границ данные системы могут обрести определенную автономию для своего интенционального (целеориентированного) действия. Такая автономия, разумеется, будет лишь относительной. Речь здесь, например, может идти о нормативной деятельности по вынесению решений судами, т. е. судьями, которые не представляют собой «ничтожную величину», как утверждал Монтескье. С точки зрения системной теории судьи, наряду (!) с законодателями, находятся в центре процесса постоянного утверждения, обновления и создания права (нормативный аутопойезис). По этой причине общая теория права в современном обществе постепенно становится не только теорией первичных социальных систем (семья, родство и пр.), но и прежде всего теорией *вторичных* социальных систем, которые обретают свое социальное бытие благодаря коммуникативной от-дифференциации правовой системы и становятся важнейшей структурой современных правовых систем.

в) Таким путем в институциональных рамках права посредством правовой коммуникации в частичных системах создаются государственно организованные правовые системы (не путать с общесоциальной системой права!). Такие системы *действуют* (например, системы законодательства, власти, управления, судопроизводства и т. п.) в соответствующих системных социальных средах. Это может происходить и путем дальнейшей бинарной от-дифференциации, последствием создания социальных (под)систем. Например, создание системных, организационных, материально-правовых, процессуальных форм рассмотрения дел в рамках правосудия (жалоба, обжалование, надзор) — эти формы взаимосвязаны и нормативно-структурным образом соединены между собой. Таким путем суды, действующие в соответствующих средах как социальные системы, оказываются структурно связанными между собой.

г) Посредством постоянно развивающейся от-дифференциации (как социетальной, так и социальной) правовой системы от других социальных систем она одновременно развивает и свою целостную, разнообразно устроенную структуру (ступенчатое строение, иерархия правопорядка). Этот процесс происходит посредством новой системной от-дифференциации и формирования взаимозависимости социальных систем в тех социальных средах, в которых они существуют; он корреспондирует постоянному росту количества нормативных структурных связей.

аа) В этом отношении общесоциальное развитие многолинейной модернизации (*multiple modernities*),<sup>24</sup> социальной и правовой культуры,

<sup>23</sup> См., прежде всего: *Krawietz W. Moderne Rechtstheorie als Theorie primärer und sekundärer sozialer Systeme // Neuer Mensch und kollektive Identität in der Kommunikationsgesellschaft / hrsg. G. Preyer. Wiesbaden, 2009. S. 249–271, 263 ff.*

<sup>24</sup> См. об этом: *Eisenstadt S. N. Multiple Modernities — A Paradigma of Cultural and Social Evolution // ProtoSociology. 2007. N 24. S. 20 ff., 47 ff., 57.* — Ср. также предисловие к этой работе (*Preyer G. Vorwort // Ibid. S. 4 ff., 7 ff.*) и другие работы: *Preyer G. Zur Aktualität von Shmuel N. Eisenstadt. Einleitung in sein Werk. Wiesbaden, 2011. S. 7 ff., 61 ff.,*

описываемых современными теориями культуры и общества, дает новый импульс для размышлений. С точки зрения теории права и теории общества *правовая система* прежде всего является глобальной процессуальной коммуникативной системой, сочетающей в себе нормативно-фактические, институциональные, организационные и структурные связи. Данная система создает себя из функционально дифференцированных *первичных* и *вторичных* социальных систем, которые укоренены в своих региональных и общесоциальных средах. На уровне различных стадий принятия решений она обретает действительность посредством правовой коммуникации и определяет социетальную рациональность нашего жизненного мира.<sup>25</sup>

бб) Право может быть сокращенно определено как «нормативная структура общества» (Г. Шельски). Со стороны русских участников было отмечено, что мы в этом отношении имеем дело с *плюрализмом правовых культур*, которые находятся между собой не в иерархической связи, а, скорее, в отношении плюралистической структуризации (М. В. Антонов), которая очевидным образом организована не иерархично.<sup>26</sup> Мы можем только согласиться с этим воззрением.

д) В деле научного познания права нет никаких привилегий, которые могли бы обосновать некое подобие монополии на познание права для какой-либо дисциплины, занимающейся изучением права. Здесь открывается дальнейшая перспектива для междисциплинарного совместного поиска научной истины, для исследований с позиций теории норм, теории действия, институциональной и системной теорий, которые интегрированы в деле построения коммуникативной теории права.

аа) Очевидно, теория интеграции теорий, — о которой писали Г. Шельски, Н. Луман, В. Кравиц, В. Г. Графский и иные задействованные в нашем проекте теоретики теории коммуникации из Москвы и Санкт-Петербурга, — находится только в начале своего развития.<sup>27</sup> Вместе с тем современные исследования в области коммуникации и общей теории права, основанные на опыте и наблюдении, сталкиваются с целым рядом юридических, культурологических и антропологических вопросов, которые до настоящего времени остаются без ответа.<sup>28</sup> На это очень удачно обратил внимание И. Л. Честнов. Данные вопросы связаны с другими проблемами, которые возникают при построении общей теории права и общества. Такие проблемы связаны в первую очередь с взаимоотношением между антропологическими, функционально-личностными

---

209 ff.; *Multiple Modernität, Globalisierung der Rechtsordnung und Kommunikationsstruktur der Rechtssysteme* / hrsg. W. Krawietz, R. Narits. Berlin 2007; *Krawietz W. Multiple Modernität in den juristischen Zeitschriften — Rechtslehre ist super!* // *Iuridica International. Law Review University of Tartu*. 2010. N XVII. S. 11–18.

<sup>25</sup> *Krawietz W. Ausdifferenzierung des modernen Rechtssystems*. S. 94 ff., 96 f.

<sup>26</sup> *Krawietz W. Der soziologische Begriff des Rechts*. S. 173 ff.

<sup>27</sup> Ранние наброски этой теории см.: *Krawietz W. Recht als Regelsystem*. Wiesbaden, 1984. S. 158 ff., 192 ff. — См. также: *Berman H. J. 1) Toward an Integrative Jurisprudence: Politics, Morality, History* // *California Law Review*. 1988. N 76. P. 779–801; 2) *Integrative Jurisprudence and World Law* // *Theorie des Rechts und der Gesellschaft* / hrsg. Manuel Aтиenza et al. S. 3–16.

<sup>28</sup> Богатый материал на эту тему см.: *Pospišil L. Anthropologie des Rechts. Recht und Gesellschaft in archaischen und modernen Kulturen*. München 1982; *Sprache, Symbole und Symbolverwendungen in Ethnologie, Kulturanthropologie, Religion und Recht* / hrsg. W. Krawietz, L. Pospišil. Berlin, 1993; *Monismus oder Pluralismus der Rechtskulturen? Anthropologische und ethnologische Grundlagen traditioneller und moderner Rechtssysteme* / hrsg. P. Sack et al. Berlin, 1991.



и системно-функциональными представлениями, ставя вопрос о необходимости аналитически-эмпирического подхода, основанного на опыте и наблюдении.<sup>29</sup> Современная теория и практическая философия права, заданные в контексте политики, экономики и культуры, не могут более мириться с чисто метафизическими философскими спекуляциями о *conditio humana* человеческой мысли, которые до сих пор существуют в традиционной философии (права) и, что еще хуже, в юридической философии. Для теории норм и действия, степень от-дифференциации которой постоянно возрастает, уже нет пути назад к неким заданным природой человека или его разумом отношениям, что исключительно конгитивно априоризируют и (в перспективе) апологизируют себя вне какой-либо связи с опытным познанием (естественное право, разумное право, учение о принципах и пр.).

бб) Поэтому при условии позитивности всего права *общая теория права* оказывается *теорией первичных и вторичных социальных систем* (интеракционных, организационных систем), которые соединены между собой нормативно-структурными связками. Такие системы основываются на различных региональных и общесоциальных базах, они способны коммуницировать и взаимодействовать между собой в рамках социальной действительности права.<sup>30</sup> Мы можем охарактеризовать эту теорию несколько иначе — как *теорию юридической коммуникации*.<sup>31</sup> С точки зрения теории норм и системной теории, а также с точки зрения целостного видения общества мы тем самым приближаемся к модерну современного права. За счет этого современное право обретает общемировое измерение, которое, с одной стороны, позволяет охватить весь земной шар, но с другой — в материально-правовом смысле не сводится к какому-либо одному (!) универсальному мировому правопорядку (*world law, global legal order*).

вв) Мы видим значительные новации в деле построения общей теории права в том факте, что современное общество в мировой перспективе не является ни вершиной, ни центром (это более никем не постулируется). С позиций теории права современное общество нельзя характеризовать как такое, в котором имеет место доминирование некоего определенного государственно организованного правопорядка или некоего привилегированного союза, состоящего из правовых систем (Соединенные Штаты Америки, Соединенные Штаты Европы и пр.). Современному обществу нельзя атрибутировать гегемонию или верховенство создаваемого такими союзами права. Мировая история не является европейской мировой историей! Разумеется, это распространяется и на отношения между западным и незападным правом.<sup>32</sup> Авторы настоящей работы рассчитывают подчеркнуть данный факт тем, что, принимая во внимание структуру государственно

<sup>29</sup> Подробнее см.: *Luhmann N. Beobachtungen der Moderne. Opladen, 1992.*

<sup>30</sup> Подробнее см.: *Krawietz W. Recht als normatives Kommunikat in normen- und handlungstheoretischer Perspektive // Normative Systems in Legal and Moral Theory. Festschrift for Carlos E. Alchourrón and Eugenio Bulygin / ed. E. Garzón Valdés, W. Krawietz, G. H. von Wright et al. Berlin, 1997. P. 369–390. — См. также: Krawietz W. Legal Communication in Modern Law and Legal Systems. A Multi-Level Approach to the Theory and Philosophy of Law // My Philosophy of Law. The Law in Philosophical Perspectives / ed. L. J. Wintgens. Dordrecht; Boston, 1999. P. 69–120.*

<sup>31</sup> *Krawietz W. Juridische Kommunikation im modernen Rechtssystem in rechtstheoretischer Perspektive // Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert / hrsg. W. Brugger, U. Neumann, St. Kirste. Frankfurt/M., 2008. S. 181–206, 197 ff.*

<sup>32</sup> *van Hoecke M. Western and Non-Western Legal Cultures // Rechtstheorie. 2002. N 33. S. 197–217.*

организованных правовых систем при построении теории, они также исходят из мультиреферентности различных социальных систем и из плюрализма совершенно различных правовых культур, отношения которых между собой не организованы по иерархической модели.

### III. СОЦИАЛЬНАЯ ДЕЙСТВИТЕЛЬНОСТЬ ПРАВА В ТЕОРИИ НОРМ И КУЛЬТУРЫ РЕНЕ КЁНИГА

1. В современном развитии нормативно-праксиологической теории права, которая, по нашему мнению, в значительной степени определяется постпозитивистским правовым реализмом, Рене Кёниг выступает за своеобразное понимание нормы. Согласно этому пониманию свойства социокультурных норм в целом и свойства правовых норм в частности не должны рассматриваться через тот язык, который используется в этих нормах, поскольку тогда их мысленная структура предполагается как заранее заданная. Это подтверждают и случаи использования правовых понятий. Кёниг особо подчеркивает зависимость права от социокультурных процессов структуриации и делает такую зависимость предметом своего исследования.<sup>33</sup> Этому пути следуют современная этология права, антропология права и общая теория права. Позиция Кёнига может быть обозначена как по-настоящему нелингвистическая концепция нормы: она схожа с теоретико-правовыми и социологическими концепциями Рудольфа фон Иеринга, Макса Вебера, Теодора Гейгера, Гельмута Шельски, Никласа Лумана, Вернера Кравица, Казимира Опалека и др.;<sup>34</sup> эти концепции сегодня развиваются в перспективе *постпозитивистского правового реализма*.<sup>35</sup> Такой подход к праву совпадает с представлениями Рене Кёнига, который оперировал методикой и учением о принципах, развитых в аспекте аналитической философии языка, с самого начала ориентируясь на социальную действительность всего права, не игнорируя при этом языковое измерение права, которое понимается здесь в качестве средства коммуникации.

2. Обращаясь к вкладу, внесенному Кёнигом в изучение права в аспекте различий между правовой нормой, правовой действительностью и социальной действительностью права, можно констатировать важность его понимания нормативного значения и смысла правовых текстов (конституционных положений, текстов законов, судебных решений, административных предписаний и правоприменительных актов, договоров и пр.). Кёниг решительно выступает против фикции законодательного и правового позитивизма, согласно которой «все возможные жизненные отношения урегулированы законом».<sup>36</sup> В этом отношении речь идет скорее о «неуместном

<sup>33</sup> *Veddeler K.* Rechtsnorm und Rechtssystem in René Königs Normen- und Kulturtheorie. Berlin, 1999.

<sup>34</sup> *Опалек К.* 1) The Concept «Culture» in Legal Theory and in Political Science // Archivum Juridicum Cracoviense. 1978. N XI. P. 5–22; 2) Problems of Schools in Legal Theory and in Political Science // Man, Law and Modern Forms of Life / ed. Eugenio Bulygin et al. Dordrecht; Boston, 1978. P. 161–173; 3) Theorie der Direktiven und Normen. Wien; New York, 1986; *Veddeler K.* Das Recht als Kultur — Was steckt dahinter? // Theorie des Rechts und der Gesellschaft / hrsg. M. Atienza et al. S. 99–108.

<sup>35</sup> *Wyduckel D.* Recht und Rechtswissenschaft im nachpositivistischen Rechtsrealismus // Soziologische Jurisprudenz und realistische Theorien des Rechts / hrsg. E. Kamenka, R. S. Summers, W. L. Twining. Berlin, 1986. S. 349–365.

<sup>36</sup> См. подробнее: *Veddeler K.* Rechtsnormen und Rechtssystem... S. 20 f.

обобщении», использование которого применительно к праву Кёниг критикует как идеологическое. При этом Кёниг вполне обоснованно отмечает, что хотя подобное обобщение с теоретической точки зрения является «полностью несостоятельным», тем не менее «правовой позитивизм в практике правоприменения еще далеко не преодолен». Не каждый разговор ведет к коммуникации, да и не каждая коммуникация создает язык. Тем самым коммуникация не исчерпывает себя полностью в языковой практике: есть множество других возможностей коммуникации (например, морально-этическая или религиозная коммуникация, которая служит верующим для культурно обусловленной символизации предметов почитания и до того момента, когда произойдет языковая артикуляция человеческих переживаний и действий).

3. Социальная действительность права с точки зрения развиваемой Рене Кёнигом теории норм и действия проступает с еще большей ясностью, если эту действительность рассматривать в аспекте теории правовой коммуникации, которая сегодня предствалена в перспективе постпозитивистского правового реализма и прагматизма. Этот подход к праву с точки зрения структурной теории является вполне институционалистским, хотя при этом выходит за пределы институционалистского правового позитивизма австрийских и британских авторов,<sup>37</sup> которые не могут полностью описать социальную действительность всего права. Именно в связи с этим (а по времени еще и раньше) в континентально-европейской правовой мысли сформировался *новый постпозитивистский институционализм* (Шельски, Луман, Кравиц, Видукель, Бельвизи, Мартин Шульте, Райнер Шредер, Громицарис, Ханос, Рихерс, Генри Кергер, Петра Вернер, Флориан Симон, Гарсия Сальгадо, Шеман, Федделер и др.)<sup>38</sup> как направление общей теории права. За счет этого современная общая теория права получила развитие в аспекте теории норм и действия. В рамках коммуникативной теории правовая коммуникация предствалется как в значительной степени независимая от языковых средств коммуникации. Иными словами, правовая коммуникация не только не зависит от языка, но и в коммуникативном и оперативном аспектах определяет себя как нормативно-институциональная, нормативная и системно-теоретическая, т. е. как по своей сути постпозитивистская. Правовая коммуникация постоянно проходит через зависимость от системы селективные социальные процессы дифференциации (1) информации, (2) ее передачи и (3) ее понимания. Из этих трех компонентов возникают (разумеется, при условии содержательного совпадения скоординированных и управляемых системой селективных шагов) элементарные единицы (*last units*) правовой коммуникации, которые мы обозначаем как «правовые коммуникаты». На их основе происходит дальнейшее воспроизводство и связывание правовых систем.

<sup>37</sup> См. по этому вопросу: MacCormick N., Weinberger O. 1) Grundlagen des Institutionalistischen Rechtspositivismus. Berlin, 1985; 2) An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism. Dordrecht; Boston, 1986.

<sup>38</sup> Дальнейшие указания см.: Krawietz W. Gemeinschaft und Gesellschaft. Das Tönnies'sche Handlungs- und Forschungsparadigma in neueren Rechtstheorien // Rechtstheorie. 2004. N 35. S. 579–652, 581 ff., 617 f. — См. также: Schröder R. Rechtsfrage und Tatfrage in der normativistischen Institutionentheorie Ota Weinbergers. Kritik eines institutionalistischen Rechtspositivismus. Berlin, 2000; Werner P. Die Normentheorie Helmut Schelskys als Form eines Neuen Institutionalismus. Berlin, 1992; Kerger H. Zum Verhältnis von Normen und Regeln bei Nietzsche, Wittgenstein und Ihering // Theorie des Rechts und der Gesellschaft / hrsg. M. Atienza. Berlin, 2003. S. 189–216, 199 f.

В своей глубинной нормативной структуре право, несмотря на все усилия по его рационализации и приданию ему научного вида (хотя бы частично), в общемировой перспективе предстает как социетальное эмерджентное явление.

а) Коммуникативные операторы и их нормативные функции, которые проявляются в форме предписаний, запретов, разрешений и пр., могут и должны быть дифференцированы в аналитико-понятийной перспективе, поскольку иначе останется неясным, что же конкретно должно быть сделано (например, в ситуации, когда непонятно, можно ли расценить как правонарушение тот факт, что во время пребывания в России я отмечаю Новый год не по русским правилам). Выбор значений такой дифференциации не обязательно происходит через речевые акты. Ведь при коммуникативной отсылке к «уже действующим правовым нормам (например, к символизированным через язык права нормативным предложениям) некоей уже установленной, обычно территориально ограниченной правовой системы» с ее различными социальными системными референтами социальное поведение уже выступает в качестве переданной информации и поэтому является имманентным системе, оцениваясь как правомерное или неправомерное.

б) Нормативно-правовая коммуникация связана в первую очередь не с языком и/или с писанным текстом как средствами коммуникации — в своей глубинной структуре (*deep structure*) она опирается на уже институализированное в долгосрочной перспективе межличностное поведение, в котором, по мысли Кёнига, изначально укоренены и продолжают укореняться нормы. Из этого выводятся следствия для дальнейшего конструирования теории юридической коммуникации, которая в современных дискуссиях нередко оставляется без должного внимания или даже игнорируется.

в) Кёниг особенно акцентирует внимание на том, что поведение в рамках права не должно пониматься в исключительно бихевиористском смысле как социальный механизм «стимул — реакция». Это поведение всегда имеет социальную и нормативную смысловую ориентацию, оно сформировано и пропитано социальными и нормативными факторами.<sup>39</sup> Данное утверждение распространяется и на существующие социальные предпосылки и следствия некоего образа поведения. В том, что касается тех ситуаций, когда применение и соблюдение предписаний действующего права происходит на основе обычая, социальное поведение формируется без особых критических размышлений. Любой поведенческий акт (действие, бездействие) определяет себя по отношению к своей среде, к правовой культуре того (регионального) общества, в котором проявляется данный акт. С точки зрения теории права поведение связано прежде всего с действительной/возможной нормативной ориентацией культуры того или иного общества. Вместе с тем поведение может также во вторичном порядке переформулироваться и переструктурироваться с помощью нормативно-правовой коммуникации, в ее рамках.

<sup>39</sup> Veddeler K. Rechtstheorie versus Kulturtheorie? Plädoyer für eine aufgeklärte Kulturtheorie des Rechts // Rechtstheorie. 1998. N 29. S. 453–473.