

Мягкое право и верховенство права*

ФОГЕЛЬСОН Юрий Борисович, доктор юридических наук, профессор кафедры публичной политики Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики»
Российская Федерация, 101000, г. Москва, ул. Мясницкая, 20

Данная статья — вторая из цикла публикаций автора по мягкому праву. В первой статье на основе коммуникативного подхода рассматривались основные атрибуты мягкого права в правовом дискурсе и было показано, что современные правовые системы переходят от моно(государственно)центричности к полицентричности. В настоящей статье сквозь призму различных правовых теорий рассматриваются причины этого явления, показывается, что децентрализация права диктуется исчерпанием возможностей государства как в регулировании, так и в разрешении споров. Показано, что не любая децентрализация права сохраняет правовую определенность, а вместе с ней и верховенство права. Децентрализация путем создания однородного поля правовых коммуникаций не позволяет сохранить определенность права, тогда как полицентричность позволяет это сделать.

Ключевые слова: мягкое право, правовая определенность, полицентричность правовой системы, верховенство права.

Soft Law and the Rule of Law

Yu. B. Fogel'son, doctor of jurisprudence
National Research University "Higher School of Economics"
20, Myasnitskaya st., Moscow, 101000, Russia
E-mail: yfogelson@hse.ru

This is the second paper from the series of two papers. In the first paper based on the communicative approach the main attributes of soft law in modern legal discourse were considered and their study showed that the modern legal systems moving from mono(state)centricity to a polycentricity. In this paper, through the prism of various legal theories the causes of this phenomenon are discussing. The research shows that the exhaustion of the capacity of the state both in regulation and in dispute resolution dictates the deviation from the legal monism and decentralization of law. It is also showing that some kinds of decentralization of law do not retain legal clarity and rule of law. Decentralization of law by creating a field of homogeneous legal communications does not allow preserving legal clarity, whereas polycentric one does allow.

Keywords: soft law, legal clarity, polycentric legal system, rule of law.

DOI: 10.12737/6210

В предыдущей статье автора из этого цикла был представлен коммуникативный подход к мягкому праву. Рассмотрено значение, кото-

рое придает этому термину современный политико-правовой дискурс; показано, что мягкое право отличаются в дискурсе от права только ввиду отсутствия связи мягкого права с государством. Во всем остальном мягкому праву приписывают те же атрибуты, что и собственно праву, а именно: 1) это систематизированный свод правил, он объективирован и публично доступен; 2) прави-

* Подготовлено при информационной поддержке ЗАО «КонсультантПлюс». Настоящая статья — вторая из цикла публикаций автора по мягкому праву. Первую статью см.: Фогельсон Ю. Б. Мягкое право в современном правовом дискурсе // Журнал российского права. 2013. № 5, 9.

ла являются социально действенными, и поддержание их действенности происходит организованно, специализированным центром; 3) правила сознательно изменяют, приспосабливая к меняющейся жизни; 4) для их создания и изменения функционирует особый корпус профессионалов — юристов. Соответственно, было показано, что право в современном дискурсе из моно(государственно)центрического превращается в полицентрическое. Однако причины, по которым это происходит, остались невыясненными. В настоящей статье предпринята попытка их выяснить и ответить вопрос: для чего появился в правовом дискурсе термин «мягкое право»?

Моно(государственно)центричность права, или так называемый правовой монизм, возникла в общественной жизни и соответственно в дискурсе примерно 300—350 лет тому назад как следствие развития европейской государственности. Власть в европейских государствах централизовалась, и монизм обеспечивал возможность управления на данной территории. Но ко времени появления в Европе сильных национальных государств право воспринималось людьми не только как инструмент власти, служащий ей для управления, но и как общественный инструмент, ограничивающий притязания власти. Во втором случае право остро нуждается в определенности. Определенность — важнейшее свойство правовой системы — является одной из основ верховенства права, и именно определенность также обеспечивается правовым монизмом.

Следовательно, анализ причин децентрализации права надо начинать с правовой определенности, поскольку децентрализация представляет собой очевидную угрозу именно этому свойству права и, соответственно, верховенству права. И прежде всего рассмотрим современное понимание правовой определенности. Затем проанализируем некоторые правовые теории конца

XX в. для демонстрации причин, по которым, если так можно выразиться, «постепенно размывается» правовой монизм в правовом дискурсе, и способов, которыми он «размывается». Отметим недостаточность существующих теорий для решения задач, возникающих перед современным правом, а также то, что одна из таких теорий — аутопой-этическая теория права — хотя и достаточно адекватна для понимания состояния современных правовых систем, но важнейшее их свойство — правовую определенность — она упускает. Причина заключается в том, что эта теория представляет поле правовых коммуникаций как однородное, между тем именно неоднородность, полицентричность необходима для решения проблемы определенности, а следовательно, верховенства права.

В завершение рассмотрим возможность коллизий в регулировании, исходящем из разных регулирующих центров, и покажем, как полицентричность может решить эту проблему.

Правовая определенность в ее современном понимании. Требование определенности права не вызывает сомнений. Однако о его содержании в конце XIX — начале XX в. велись интенсивные дискуссии, в которых приняли участие и российские правоведы. И. А. Покровский, например, был категорическим противником оценочных норм, т. е. того, что через 50 лет Г. Харт назвал «открытой текстурой»¹.

И. А. Покровский высказывался по этому вопросу очень жестко и эмоционально², но время показа-

¹ В предыдущей статье цикла данная мысль Харта об открытой текстуре норм была подробно рассмотрена. Здесь дается лишь ссылка на книгу, в которой эта мысль впервые прозвучала. См.: Харт Г. Л. А. Понятие права. Пер. с англ. / под общ. ред. Е. В. Афонина, С. В. Моисеева. СПб., 2007. С. 128—139.

² См.: Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С. 105, 259.

ло его неправоту. Происходящие в жизни изменения настолько разнообразны и стремительны, что реагирование на них через законодательную процедуру неэффективно. Примеры всем известны: мобильные телефоны и Интернет проникли в повседневную жизнь относительно недавно. Право должно меняться, приспособляясь к жизни не только «в большом», но и «в малом», т. е. при разрешении конкретных споров. Законодательная процедура для этого слишком неповоротлива, а открытая текстура норм, напротив, очень неплохо подходит. В этом смысле Харт, по-видимому, совершенно прав, хотя его открытой текстуры все же недостаточно, чтобы идти в ногу со временем.

Сегодня вопрос об определенности права может считаться в достаточной степени решенным Европейским судом по правам человека. «...Норма не может считаться “законом”, если она не сформулирована с достаточной степенью точности, позволяющей гражданину сформировать с ней свое поведение: он должен иметь возможность — пользуясь при необходимости советами — предвидеть, в разумной применительно к обстоятельствам степени, последствия, которые может повлечь за собой данное действие. Эти последствия не обязательно предвидеть с абсолютной определенностью: опыт показывает, что это недостижимо. Более того, хотя определенность весьма желательна, она может сопровождаться чертами окаменелости, тогда как право должно обладать способностью идти в ногу с меняющимися обстоятельствами. Соответственно, во многих законах неизбежно используются термины, которые в большей или меньшей степени расплывчаты: их толкование и применение — задача практики»³.

³ Постановление ЕСПЧ от 26 апреля 1979 г. «Санди Таймс против Соединенного Королевства» (жалоба № 6538/74).

То есть без «судейского правотворчества» в современной жизни невозможно обойтись. Однако суды — это часть государства, и признание роли судов в достижении определенности права не нарушает правовой монизм.

В Средневековье, например, правовой монизм отсутствовал. Как же тогда обстоит дело с определенностью? Рассмотрим проблему соглашений, называемых в римских источниках «*pacta*», т. е. договоренностей, ничем более не подкрепленных: ни специальной процедурой заключения, ни передачей имущества, ни их связью с ранее заключенным контрактом, ни специальными письмами. Вопрос об обязательности «чистых пактов» решался в тот период по-разному в разных секторах регулирования. Так, в каноническом праве принцип *pacta sunt servanda* признавался, поскольку неисполнение обещаний считалось грехом. В торговой практике, где действовало *lex mercatoria*, торговцы также считали, что выполнение обещаний независимо от каких-либо условий входит в понятие торговой чести, и свое честное слово держали. В то же время цивилистическая доктрина того периода *ius commune*, которая использовалась большинством светских судов, не предоставляла исков из такого «чистого пакта», и лишь значительно позже правило *pacta sunt servanda* распространилось повсеместно⁴.

По существу, в тот период право разграничивалось не территориально, а по секторам регулирования. И в каждом таком секторе определенность обеспечивалась теми, кто приводил в действие соответствующие нормы: церковью, купеческими сообществами, светскими судами и т. д. Таким образом, в каждом секторе регулирования обеспечивался монизм.

⁴ Подробнее об этом см.: Полдников Д. Ю. Институт договора в правовой науке Западной Европы XI—XVIII веков: учеб. пособие. М., 2013. С. 144—169.

Говоря сегодня об определенности права и о монизме, мы имеем в виду Вестфальскую систему, т. е. предполагаем, что правовые системы разделены не по секторам регулирования, а по территориям: в каждом национальном государстве своя правовая система. Так что термин «правовой монизм» следовало бы уточнить и говорить о «территориальном правовом монизме» в противовес средневековому, который можно называть «секторальным».

Некоторые теории права конца XX в. Именно с правовых систем Вестфальского типа начал шествие по Европе правовой позитивизм: доктрина, отграничивающая право, как оно есть, от права, каким оно должно быть.

Как уже было отмечено, один из апологетов правового позитивизма Г. Харт отразил в своем учении о праве свойство, которое он назвал «открытой текстурой» права. Смысл этого свойства в том, что право позволяет судам в случаях, не урегулированных имеющимися нормами, создавать новые нормы на основе уже существующих.

Однако последние 50—70 лет показали, что полностью решить проблему новых споров не удастся. Таких споров стало существенно больше, они стали разнообразнее из-за ускорения и усложнения жизни, и право обратило на них более пристальное внимание, чем раньше. К сожалению, идея Харта о том, что в подобных случаях суды создают новую норму, не всегда работает. Слишком разнообразны эти споры, и, выработав правило для одного из них, мы не получаем гарантии, что оно подойдет для другого. Такое правило вряд ли можно сделать общеобязательным. Например, дела о морских нефтяных пятнах настолько разнообразны, что невозможно применять к ним одинаковые правила⁵.

В последней четверти XX в. несколько правовых школ практически одновременно взялись ликвидировать эту проблему, но для этого им пришлось отказаться от правового позитивизма.

Рассмотрим прежде всего комплекс идей Р. Дворкина, в основе которого лежит тезис о том, что основным элементом права являются политические права, служащие «политическими козырями в руках людей»⁶ в противовес решениям обществ. Некоторые из них закреплены законом, другие — нет, но все они обеспечены судебной защитой.

Ученый показывает, что в новых случаях суд не всегда создает новые нормы, как предполагает Харт, а часто руководствуется и иными правилами. Дворкин называет их принципами и стратегиями⁷. Подчеркнем, что их нельзя назвать нормами, так как они не обязательно соблюдаются.

Для того чтобы придать правам как «политическим козырям» определенность, Дворкин выводит все права, как закрепленные в нормах, так и не закрепленные, из одного общего принципа, который он, в свою очередь, извлекает из существенно модифицированной⁸ теории справедливости Дж. Роллза⁹. Таким образом, параллельно решается задача очищения права от несправедливости.

Нашей правовой системе, как и другим континентальным системам, правовые принципы хорошо известны¹⁰. Они либо эксплицитно закреп-

терархии изменяющихся паттернов правовых интеротношений) // Правоведение. 2007. № 4. С. 13—42.

⁶ Дворкин Р. О правах всерьез. Пер. с англ. / ред. Л. Б. Макеева. М., 2004. С. 10.

⁷ Там же. С. 12.

⁸ Там же. С. 210—251.

⁹ См.: Роллз Дж. Теория справедливости. Пер. с англ. / науч. ред. и предисл. В. В. Целищева. 2-е изд. М., 2010.

¹⁰ О правовых принципах см., например: Гражданское право: учебник: в 2 т. Т. I / отв. ред. Е. А. Суханов. 2-е изд. М., 1998. С. 37;

⁵ См.: Ладёр К.-Х. Теория аутопойэзиса как подход, позволяющий лучше понять право постмодерна (от иерархии норм к ге-

лены в нормах, либо содержатся в них имплицитно и служат для толкования и восполнения пробелов. Но принципы Дворкина существенно отличаются от этого тем, что они никак не связаны с нормами, не являются общеобязательными для применения, но позволяют защищать вновь возникающие права.

Если Дворкин решал прежде всего проблему многочисленных новых споров, а решение проблемы справедливости понадобилось ему как вспомогательное, то Р. Алекси, напротив, во главу угла ставит решение проблемы справедливости в праве, а проблему возникновения новых споров он решает как вспомогательную.

Алекси характеризует право тремя атрибутами: надлежащее установление, социальная действенность и правильность содержания. Позитивизм же имеет дело лишь с первыми двумя атрибутами.

Под правильностью содержания ученый понимает отсутствие в правовых актах перформативных противоречий. Приведем пример такого противоречия: Винни Пух пришел в гости к Кролику и, постучав, спросил: «Есть кто-нибудь дома?». «Никого», — ответил Кролик. Этот ответ содержит перформативное противоречие — предпосылка ответа противоречит его содержанию.

Алекси приводит несколько гипотетических примеров перформативных противоречий в правовых актах. Например, «Подсудимый приговаривается к пожизненному заключению, что является ложным толкованием действующего права»¹¹. Правовые акты не должны вступать в перформативное противоречие со справедливостью — вот главная идея Алекси.

Бержель Ж.-Л. Общая теория права / под общ. ред. В. И. Данилевского. Пер. с фр. М., 2000. С. 163.

¹¹ Алекси Р. Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму) / пер. с нем.: А. Лаптев, Ф. Кальшойер. М., 2011. С. 46.

Свойством правильности должны обладать все правовые акты. Правильные решения выводятся из правильных норм путем рациональной аргументации. Для новых, не встречавшихся ранее дел, по которым также необходимо принятие судебных решений, ученый вводит в право принципы, также обладающие свойством правильности, из которых рациональной аргументацией выводятся правильные решения.

Кроме того, понимая, что включение справедливости в определение права ведет к неопределенности¹², он использует для минимизации неопределенности так называемую формулу Радбруха¹³.

Если посмотреть на обе эти концепции под углом зрения коммуникативных атрибутов права, перечисленных выше, то видно, что идеи Алекси мало чем отличаются от идей Дворкина. Оба юриста — немецкий (носитель континентальной доктрины) и американский (носитель доктрины системы общего права), решая проблемы увеличивающегося разнообразия споров и очищения права от несправедливости, вынуждены признать, что государство перестало справляться с правотворчеством, и поэтому право у этих авторов — не только совокупность общеобязательных правил.

По существу, оба они говорят о праве как о средстве защиты прав людей независимо от принятых и опубликованных правил. Дворкин пишет об этом прямо, Алекси в свою

¹² См.: Алекси Р. Указ. соч. С. 65.

¹³ «Конфликт между справедливостью и правовой стабильностью мог бы быть разрешен в том смысле, что позитивное и обеспеченное властной санкцией право имеет приоритет даже тогда, когда оно несправедливо и нецелесообразно. Исключение составляют лишь ситуации, когда действующий закон становится столь вопиюще несовместимым со справедливостью, что закон как “несправедливое право” отрицает справедливость» (Радбрух Г. Философия права / пер. с нем. Ю. М. Юмашева. М., 2004. С. 233—234).

очередь акцентирует внимание на правильных судебных решениях, т. е., по сути, также на защите прав. Оба они сохраняют суд в качестве конечной инстанции, которая и обеспечивает эту защиту прав, иными словами, не отходят от моноцентрического понимания права.

При этом в право включаются, кроме норм, дополнительные ненормативные элементы, которые строго не формулируются и не публикуются. Они существуют лишь в решениях судов и не являются обязательными для применения. Поскольку определенность означает, что «индивид может, получив при необходимости консультацию по делу, предвидеть в разумных пределах последствия своих действий», то в подобных случаях предвидеть последствия можно, консультируясь с адвокатом. Иными словами, и Дворкин, и Алекси для обеспечения определенности хотя и неявно, но накрепко привязывают нас к адвокатам.

Фактически, оба этих автора перекладывают основную функцию права с государственной системы создания норм на государственную систему разрешения споров, тем самым еще больше ее нагружая.

Но имеется также и проблема рациональности. Возможность разрешить спор, рационально выводя решение непосредственно из текстов норм, по свидетельству Харта, интересовала в конце XIX в. судью О. Холмса¹⁴. В середине XX в. ей уделял внимание и сам Харт¹⁵.

В рассмотренных выше правовых теориях конца XX в. (Дворкина и Алекси) все решения, даже в сложных ситуациях, выводятся путем рациональной аргументации из норм, а если это не удастся, то выводятся из принципов, стратегий и т. д. При

этом способность судьи к рациональному рассуждению этими авторами не ставится под сомнение.

Однако сегодня, когда жизнь существенно усложнилась и ускорилась, проблема рациональности выходит на первый план. Причиной этого является сомнительность самой возможности рационального рассуждения при такой массе и таком разнообразии происходящих событий. Рациональные процедуры слишком громоздки (в силу их универсальности), и получение решения в сложном случае путем рациональных рассуждений наталкивается на физические и интеллектуальные ограничения человеческих возможностей¹⁶.

Вот что пишут по этому поводу бельгийские ученые: «Появление множественной и нечеткой рациональности — из-за которой говорят о “туманности права” — не допускает односложных ответов (да/нет) на фундаментальные юридические вопросы: применимо ли данное правило к конкретному случаю, принадлежит ли данная норма исходному правовому порядку, носит ли данное решение чисто юридический характер, но чаще всего предполагает оценку, выражающую скорее степень принадлежности, чем категорическое суждение, которое существенно повредило бы гибкости, подвижности правовой системы»¹⁷.

Для придания нового смысла феномену «права» в этой ситуации в

¹⁴ См.: Харт Г. Л. А. Позитивизм и разграничение права и морали / пер. с англ. В. В. Архипова; под ред. И. В. Мироновой, Н. С. Лосева; науч. рук. И. Ю. Козлихин // Известия ВУЗов. Правоведение. 2005. № 5. С. 120—124.

¹⁵ Там же.

¹⁶ Автору лично пришлось быть свидетелем такой ситуации. Рассматривая арбитражное дело, возникшее из договора перестрахования, и пытаясь разобраться в условиях этого договора, судья обратился к сторонам со следующим вопросом: кто-нибудь из присутствующих может объяснить мне, что здесь написано? И его можно понять — даже профессионально занимающийся страхованием юрист не всегда может понять гражданско-правовой смысл договора перестрахования.

¹⁷ Kerchoue M. van de, Ost F. Le système juridique entre ordre et désordre. P., 1988. P. 16.

США был разработан подход, названный Critical Legal Studies (CLS), основой которого является «метод правовой деконструкции»¹⁸. Этот метод исходит из множественности смыслов правовой нормы. Его авторы изучают всевозможные обстоятельства, реально воздействующие на результат правоприменения: от политического климата до характера судьи¹⁹, и включают все эти факторы в обоснование судебного решения. Таким образом, содержание нормы становится многозначным и суд, по сути, освобождается от вынесения рационально обоснованного решения.

Однако этот подход, позволяя судье не очень вдумываясь в содержание дела, представляет собой лишь паллиативное решение проблемы, так как судья остается. То есть подобный подход решает проблему ограниченной рациональности судьи, но не решает основную проблему: исчерпания пропускной способности государственной судебной машины. И, конечно, такой подход полностью уводит в сторону от правовой определенности.

Совершенно иной способ преодоления ограниченности рациональности предлагает аутопойэтическая теория, в основе которой лежит социальная философия Н. Лумана²⁰. Для понимания этой теории необходимо описать основные идеи Лумана.

По Луману, общество следует рассматривать не как совокупность индивидов, а как совокупность коммуникаций. Действительно, обще-

ство состоит из индивидов, которые вступают в коммуникации, а можно сказать, что общество состоит из коммуникаций, в которые вступают индивиды. Оба утверждения верны, но акценты расставлены по-разному.

Общество коммуникаций, по Луману, состоит из различных автономных систем. Слово «автономные» означает, что в каждой такой системе коммуникаций (правовой, экономической, этической и т. д.) существует способ, позволяющий отделять «свои» коммуникации от других. Ученый называет его «бинарный код». Например, существует бинарный код, позволяющий отделять правовые коммуникации от неправовых.

Коммуникации каждой из систем сохраняются в ее памяти. Все наши законы, принципы, договоры, судебные акты, постановления о привлечении к административной ответственности и проч. — это коммуникации, сохраненные в памяти правовой системы. Коммуникации порождают другие коммуникации, но всегда используют то, что уже имеется в памяти в качестве образца, т. е., развиваясь в рамках замкнутой системы, коммуникации самовоспроизводятся. Используя биологический термин, этот процесс называли аутопойэзисом.

Каждая такая система выполняет свою задачу, а правовая система — задачу стабилизации ожиданий. Во введении к английскому учебнику гражданского права написано: «Функции английского судьи заключаются не в том, чтобы искать и находить какие-то элементы умственного характера, а обеспечивать, насколько позволяет практический опыт, чтобы разумные ожидания порядочных людей были оправданы»²¹. Видимо, именно это понимает Луман под стабилизацией ожиданий.

Стабилизация ожиданий осуществляется судом. Он же обеспе-

¹⁸ См.: *Кашин А. А.* Дискурс постмодернизма в американском праве // *Юриспруденция*. 2009. № 13. С. 13—19.

¹⁹ См.: *Bruschke J.* Deconstructive Arguments in the Legal Sphere: An Analysis of the Fischl/Massey Debate about Critical Legal Studies // *Argumentation and Advocacy*. Vol. 32. Iss. 1. 1995. P. 16.

²⁰ См.: *Луман Н.* Социальные системы. Очерк общей теории. СПб., 2007. О социальной философии Н. Лумана также см.: *Назарчук А. В.* Учение Никласа Лумана о коммуникации. М., 2012. С. 185—191.

²¹ *Cheshire H., Fifoot D.* The Law of Contract. 11th ed. / ed. by *M. P. Furmston*. 1986. P. 28f.

чивает отсев «чужих» коммуникаций²². То есть для Лумана центральным элементом правовой системы коммуникаций остается суд. Суд стабилизирует ожидания, принимая решение с учетом подходящих для данного случая коммуникаций, имеющихся в памяти системы. Если в памяти системы имеется общий образец, подходящий конкретно для данного случая, для решения берут этот образец. Но если образца пока нет и дело новое, то решение выносится исходя из других соображений, но также с использованием хранимых в памяти коммуникаций. Как в этом случае суд использует память, Луман не объясняет²³. Для ученого важны не соображения, которыми руководствуется суд, принимая решение, а то, чтобы суд стабилизировал ожидания, т. е. оправдывал «ожидания порядочных людей». Принятое решение также попадает в память системы и будет использоваться при последующих аналогичных случаях. Система Лумана существенно отличается от рассмотренного выше метода правовой деконструкции тем, что суд действует здесь не произвольно — он стабилизирует ожидания на основе накопленных в системе коммуникаций.

Однако центром правовой системы у Лумана все еще остается государственный суд, что, как мы видели, не позволяет правовой системе нор-

мально функционировать в условиях резко увеличившихся сложности и скорости жизни. Необходимость четко отделять право от неправа с помощью бинарного кода, функции которого выполняет суд, заставляет «гнать» все увеличивающееся число правовых коммуникаций через эту «узкую горловину».

В статье К.-Х. Ладёра²⁴ изложен подход, модифицирующий теорию Лумана так, чтобы решить проблему пропускной способности²⁵.

Аутопойзтическая теория права, изложенная К.-Х. Ладёром, предлагает, оставаясь в системе Лумана, перестать рассматривать не только государственного законодателя, но и государственный суд в качестве центрального элемента этой системы, стабилизирующего ожидания. Конечно, оба эти органа остаются в системе и выполняют свои функции, насколько они в состоянии с ними справляться. Но в аутопойзтической теории права коммуникации признаются правовыми не обязательно с помощью одного из них.

Источником правовых коммуникаций становится в такой системе вся правовая практика²⁶ без обязательного участия государства в признании коммуникаций правовыми. Споры в такой системе не должны проходить через «узкое горло» какого-то универсального, рационально действующего механизма и этим решается проблема лавинообразного роста числа споров.

При этом функцию разграничения права и неправа и функцию стабилизации ожиданий К.-Х. Ладёр предлагает отдать частным деятелям, создателям правовых коммуникаций. Они должны осуществлять самонаблюдение, саморегулирование и самоконтроль²⁷.

²² См.: Луман Н. Указ. соч. С. 401—406, 489—492.

²³ В какой-то степени такая система принятия решений напоминает весьма своеобразное «прецедентное право». Различие же с настоящим прецедентным правом правовых систем общего права, во-первых, в том, что в системах общего права прецедент — это лишь один из нескольких источников прав, а здесь на основе «прецедентов» принимаются любые решения; во-вторых, «прецедентами» в такой правовой системе могут являться любые правовые коммуникации: законы, судебные акты, индивидуальные правовые акты, например договоры, и т. д.

²⁴ См.: Ладёр К.-Х. Указ. соч. С. 13—50.

²⁵ Более подробно об этом подходе см.: Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society / ed. by G. Teubner. Berlin; N. Y., 1988.

²⁶ См.: Ладёр К.-Х. Указ. соч. С. 21.

²⁷ Там же. С. 24.

Рассмотрим эту модель с точки зрения основных коммуникативных атрибутов права, приведенных выше.

В аутопойэтической модели правила поведения объективированы в любых правовых коммуникациях. Они сохраняют свою системность, но эта системность несколько иного толка, чем раньше. Она не основана на рациональном выведении правил поведения из неких метанорм, принципов и проч. Системность права в аутопойэтической теории — это саморазвитие, создание одних коммуникаций на основе уже существующих, но при этом в систему отбираются лишь те коммуникации, которые стабилизируют ожидания (хотя алгоритм этого отбора, называемый «бинарным кодом», не вполне ясен).

Ни у одного из авторов, описывающих аутопойэтическую модель, нет ссылки на наличие некоего центра или нескольких центров, функционирующих в правовой системе. Способ обеспечения действенности права, вопросы опубликования, доступности права, необходимость в специальном корпусе юристов авторов этой теории также не интересуют. Во главе угла стоят, по существу, два вопроса: непрерывное изменение, обеспечивающее приспособление права к быстро меняющейся жизни, и сетевой характер однородных, по сути, коммуникаций, позволяющий включить в правовую систему не только правила поведения и решения по спорам, выработанные официальными государственными органами, но и правила, решения, выработанные самими участниками оборота.

Можно предположить, что создатели и исследователи аутопойэтической теории не уделяют внимания перечисленным характеристикам права не потому, что считают эти характеристики несущественными для права. Главным направлением «удара» авторов аутопойэтической модели является недостаточная «пропускная способность» рационального дискурса и неповоротливость госу-

дарственной машины, не позволяющие праву эффективно и своевременно подстраиваться к стремительным изменениям жизни, а остальное они, по-видимому, считают вторичным. Действительно, какое значение может иметь публичная доступность норм, наличие авторитетного центра, обеспечивающего действенность и исполнение норм, если их исполнение реально неосуществимо просто в силу физической и интеллектуальной перегруженности соответствующих механизмов?

Таким образом, аутопойэтическая модель прежде всего пытается обеспечить такую систему правовых коммуникаций, которая не перегружала бы механизмы их создания и их признания правовыми. Основная задача этой системы — стабилизация ожиданий, но конкретные способы стабилизации авторов аутопойэтической модели интересуют мало.

Между тем способы стабилизации ожиданий важны, так как именно они обеспечивают определенность права, без которой невозможно верховенство права.

Из сказанного ясно, что проблема пропускной способности государства как центра правового регулирования может быть решена и без включения в систему дополнительных регулирующих центров, путем выстраивания однородного поля правовых коммуникаций. Но при таком способе децентрализации права не будет обеспечиваться правовая определенность.

Правовая определенность и полицентричность правовой системы. При решении вопроса определенности в ситуации, когда не только государство создает и применяет право, будем отталкиваться от назначения правовой системы — стабилизации ожиданий. Именно для этого и организуется давление на нарушителей правил, обеспечивается действенность правил, создаваемых правовой системой, а также их доступность.

При этом, если говорить, например, о моральном долге, то мы часто

можем слышать: «У каждого свои представления о хорошем и плохом». Мы готовы к тому, что не все люди вокруг нас будут исполнять те же самые моральные обязанности, которые внушены нам нашими родителями и нашим окружением. Наши ожидания в отношении исполнения окружающими тех правил морали, которые мы считаем себя обязанными соблюдать, вовсе не так стабильны, как в отношении правовых обязанностей.

В отличие от моральных обязанностей, содержание правовых обязанностей нам точно известно (они опубликованы) и нам также известно, что на нарушителя правовой обязанности будет специально организовано давление и даже, возможно, применена сила, пусть и мягкая. Тем самым мы можем предвидеть последствия своих и чужих действий. За определенностью права следят те самые авторитетные центры, о которых шла речь выше, а за определенностью моральных правил специально не следит никто.

Аутопойэтическая теория, признавая, что правовые коммуникации могут происходить без участия государства, оставляет в стороне проблему определенности права. Тем не менее эту проблему необходимо решать и, как уже было сказано, решать ее следует исходя из действительности права, поскольку без социальной действительности правовые коммуникации не будут выполнять свою главную функцию — стабилизацию ожиданий. Но уже было показано, что важным элементом обеспечения действительности права является организованный характер его создания и применения: наличие соответствующих авторитетных центров и корпуса специалистов. Неизвестно ни одного примера, когда правом, в том числе мягким, правом назывались бы правила, не зависящие ни от одного авторитетного центра²⁸.

Именно такие организующие центры, либо пропуская определенные коммуникации, либо их отсеивая, обеспечивают предвидимость последствий поведения, т. е. определенность, а это, в свою очередь, позволяет надеяться на возможность осуществления принципа верховенства права.

Таким образом, не однородное, как в аутопойэтической теории, поле коммуникаций, а полицентрическое позволяет приблизиться к решению проблемы правовой определенности, поскольку имеется совокупность авторитетных центров, каждый из которых обеспечивает действенность правовых коммуникаций. В терминологии Н. Лумана именно эти центры и будут отграничивать право от неправа, создавая бинарный код. Но это будет не единственный государственный орган — суд, а ряд центров, среди которых государственные органы занимают свое место. При этом коммуникациям теперь не нужно обязательно проходить через «узкое горло» единственного центра, который признавал бы их правовыми.

Более того, в такой системе не требуется и предположение об универсальной рациональности. В одном из центров аргументация признания коммуникаций правовыми может быть одна, а в другом — другая. Ситуация аналогична средневековой, когда церковь требовала исполнения любых обещаний, так как считала их нарушение грехом, а купцы требовали от своих контрагентов того же по совершенно другим причинам — они считали нарушение торговцем своего обещания бесчестным.

зывают «мягким правом», однако мы знаем, что эта совокупность правил сегодня систематизирована, например в 1994 г. УНИДРУА выпустила Принципы международных коммерческих договоров и регулярно их обновляет — целенаправленно приспосабливает к меняющейся жизни. Затем выпустили редакцию 2004 г., а сегодня действует уже редакция 2010 г.

²⁸ Казалось бы, контрпримером может служить *lex mercatoria*, которое также на-

Ясно, что неоднородность, полицентричность поля правовых коммуникаций является средством обеспечения действенности, а значит, и определенности права — однородное поле правовых коммуникаций не обеспечивает ни того, ни другого.

И, наконец, не приведет ли к неопределенности возможность коллизий в регулировании, создаваемом несколькими центрами?

Способ разрешения коллизий, известный в моно(государственно)центрической системе — создание правила разрешения коллизий, — здесь не подходит, так как единых общих правил у этих разных центров нет. Однако само наличие центров регулирования позволяет надеяться на то, что разумные средства устранения коллизий будут найдены.

Например, в сфере финансовых услуг Базельские принципы банковского надзора, являющиеся типичным мягким правом, предъявляют определенные требования к банкам, имеющим головной офис в одной стране, но предоставляющим услуги в других странах. Эти требования ограничивают свободу торговли услугами. В то же время Генеральное соглашение по торговле услугами (ГАТС), входящее в систему соглашений ВТО, требует предоставления такой свободы. Однако ГАТС учитывает возможность возникновения коллизий и для этого содержит специальное приложение по финансовым услугам, которое позволяет отступать от требований ГАТС, в том числе «для обеспечения целостности и стабильности финансовой системы»²⁹.

Пример Базельских принципов относится к сфере международных отношений. Внутри государства подобные механизмы также действуют, примером может служить шведское здравоохранение. Оно обеспечивается системой местных «окружных советов». В Швеции имеется ассоциация САЛАР, в которую вхо-

дят эти советы. В 2001 г. САЛАР выработала юридически необязательные Рекомендации по выбору пациентами медицинских учреждений. Важным элементом Рекомендаций являлось право пациентов обращаться за медицинской помощью в любой точке страны за счет того совета, на территории которого они постоянно проживают. Сначала многие советы отказались присоединиться к Рекомендациям, заявив, что это приводит к увеличению расходов. Но затем все они присоединились к Рекомендациям и их выполняют.

Исследования показали³⁰, что важным фактором общего согласия была вполне реальная угроза того, что в случае отказа Рекомендации все равно будут введены, но уже центральным правительством в форме юридически обязывающего документа. Добровольно принятые на себя нормы можно быстро и эффективно корректировать, чего нельзя сказать о законодательстве. В данном случае средство приведения в действие мягких норм, использованное САЛАР, можно назвать «угрозой отвердения», хотя фактически «отвердения» не произошло. Ну а возможная коллизия норм разрешается здесь тем, что один регулирующий центр (государство) воздерживается от регулирования в данной сфере в пользу негосударственного центра. Похожим образом регулируется ликвидация последствий стихийных бедствий в Нидерландах³¹.

Таким образом, в настоящее время сферы регулирования каждого центра, вырабатывающего нормы мягкого права, отграничиваются друг от друга, но не по территориально-

³⁰ См.: Fredriksson M., Blomqvist P., Winblad U. Conflict and Compliance in Swedish Health Care Governance: Soft Law in the “Shadow of Hierarchy”. 2011.

³¹ См.: Brandsen T., Boogers M., Tops P. Soft Governance, Hard Consequences: The Ambiguous Status of Unofficial Guidelines // Public Administration Review. Vol. 66(4). July—August 2006.

²⁹ См. ГАТС. Ст. 2а Приложения по финансовым услугам.

му признаку, как в Вестфальской системе, а по секторам регулирования.

Безусловно, проблема двух принципов разграничения регулирования — территориального и секторального — возникнет. Однако поскольку правовая система представляет собой не однородную сеть коммуникаций, а полицентрическую, то из приведенных примеров видно, что центры регулирования могут согласованно принять меры по предотвращению коллизий. Это было бы невозможно в однородной системе правовых коммуникаций.

Итак, проблема правовой определенности, а значит, и верховенства права, в полицентрической системе решается. То, о чем Т. Белл писал в 1992 г. как о возможном пути развития права³², сегодня стало реальностью.

Соответственно, мы можем ответить на вопрос, поставленный в начале статьи. Имеются две причины перехода от моно(государственно)центричности к полицентричности права: 1) нехватка пропускной способности у государства как единственного центра регулирования; 2) необходимость обеспечить правовую определенность, без которой невозможно верховенство права.

Библиографический список

Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society / ed. by G. Teubner. Berlin; N. Y., 1988.

Bell T. W. Polycentric Law // *Humane Studies Review*. Vol. 7. No. 1. Winter 1991/92.

Branden T., Boogers M., Tops P. Soft Governance, Hard Consequences: The Ambiguous Status of Unofficial Guidelines // *Public Administration Review*. Vol. 66(4). July—August 2006.

Bruschke J. Deconstructive Arguments in the Legal Sphere: An Analysis of the Fischl/Massey Debate about Critical Legal Studies // *Argumentation and Advocacy*. Vol. 32. Iss. 1. 1995.

Cheshire H., Fifoot D. The Law of Contract. 11th ed. / ed. by M. P. Furmston. 1986.

Fredriksson M., Blomqvist P., Winblad U. Conflict and Compliance in Swedish Health Care Governance: Soft Law in the “Shadow of Hierarchy”. 2011.

Kerchove M. van de, Ost F. Le système juridique entre ordre et désordre. P., 1988.

Алекси Р. Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму) / пер. с нем А. Лаптев, Ф. Кальшойер. М., 2011.

Бержель Ж.-Л. Общая теория права / под общ. ред. В. И. Данилевского. Пер. с фр. М., 2000.

Гражданское право: учебник: в 2 т. Т. I / отв. ред. Е. А. Суханов. 2-е изд. М., 1998.

Дворкин Р. О правах всерьез. Пер. с англ. / ред. Л. Б. Макеева. М., 2004.

Кашин А. А. Дискурс постмодернизма в американском праве // *Юриспруденция*. 2009. № 13.

Ладёр К.-Х. Теория аутопойэзиса как подход, позволяющий лучше понять право постмодерна (от иерархии норм к гетерархии изменяющихся паттернов правовых интеротношений) // *Правоведение*. 2007. № 4.

Луман Н. Социальные системы. Очерк общей теории. СПб., 2007.

Назарчук А. В. Учение Никласа Лумана о коммуникации. М., 2012.

Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. М., 1998.

Полдников Д. Ю. Институт договора в правовой науке Западной Европы XI—XVIII веков: учеб. пособие. М., 2013.

Радбрух Г. Философия права / пер. с нем. Ю. М. Юмашева. М., 2004.

Роллз Дж. Теория справедливости. Пер. с англ. / науч. ред. и предисл. В. В. Целищева. 2-е изд. М., 2010.

Фогельсон Ю. Б. Мягкое право в современном правовом дискурсе // *Журнал российского права*. 2013. № 5, 9.

Харт Г. Л. А. Позитивизм и разграничение права и морали / пер. с англ. В. В. Архипова; под ред. И. В. Мироновой, Н. С. Лосева; науч. рук. И. Ю. Козлихин // *Известия ВУЗов. Правоведение*. 2005. № 5.

Харт Г. Л. А. Понятие права. Пер. с англ. / под общ. ред. Е. В. Афонасина, С. В. Моисеева. СПб., 2007.

³² См.: Bell T. W. Polycentric Law // *Humane Studies Review*. Vol. 7. No. 1. Winter 1991/92.