

ИСТОРИЯ ПРАВОВОЙ МЫСЛИ

В. А. Слыщенко*

ПРАВОВОЕ УЧЕНИЕ НИКЛАСА ЛУМАНА И КРИЗИС СОВРЕМЕННОГО ОБЩЕСТВА

Аннотация. Статья знакомит с основными понятиями системной теории Н. Лумана о праве, такими как коммуникация, аутопойесис, нормативное ожидание, код законное/незаконное, парадокс правовой системы, формула неопределенности, а также содержит критический разбор положений системной теории с опорой на позиции В. С. Нерсесянца и Ю. Хабермаса. Рассмотрение Н. Луманом общественных отношений сквозь призму коммуникаций отражает подчинение человека бездушной логике социальных систем в современном обществе. Подмеченный Н. Луманом основополагающий парадокс правовой системы оборачивается зависимостью права от политической власти, что свидетельствует об отказе от поиска внутреннего системообразующего фактора правовой системы. Позитивистский подход угрожает системности права. Предложенное системной теорией понимание справедливости не помогает саморазвитию правовой системы. Правовая система не имеет цели, права человека рассматриваются с инструментальной точки зрения как средство беспрепятственного самовоспроизводства социальных систем. В рамках этого подхода дальнейшее развитие прав человека ради обеспечения достойного уровня жизни видится нежелательным искажением. Правовые воззрения Н. Лумана выражают кризисные явления современного общества, где право постепенно утрачивает свою значимость для обыденной жизни людей. Основной недостаток системной теории Н. Лумана о праве состоит в сведении нормы к факту в социологическом ключе. Либертарно-юридическая теория В. С. Нерсесянца видится более последовательным приложением системного подхода к изучению права, которое преодолевает парадокс правовой системы благодаря надлежащей трактовке нормативности права, тем самым решая проблему самообоснования права. Правовая норма не может быть фактом, потому что является теоретической моделью позитивного права. Либертарно-юридическая теория понимает правовую норму не в логическом смысле нормативного высказывания со связкой «должен», а в юридическом смысле особой формы долженствования, отличающейся структурой «если..., то..., иначе...» (гипотеза, диспозиция и санкция). Здесь позитивное право в целом осмысливается как одна правовая норма. Это позволяет придать системности права определенность в качестве регулятивного идеала, раскрыв значение принципа формального равенства как внутреннего системообразующего фактора правовой системы.

Ключевые слова: системная теория, правовая коммуникация, парадокс правовой системы, справедливость, аутопойесис, код законное/незаконное, нормативность права, системность права, либертарно-юридическая теория, принцип формального равенства.

DOI: 10.17803/1729-5920.2016.111.2.184-205

Коммуникация состоит в передаче информации с помощью языка (устно или письменно) или поведения, поэтому любое общественное отношение можно представить как коммуникацию. Согласно системной теории Н. Лумана, общество есть система коммуни-

© Слыщенко В. А., 2016

* Слыщенко Владимир Александрович, кандидат юридических наук, доктор права (Ph. D. in Law), заведующий кафедрой сравнительного права Московской высшей школы социальных и экономических наук (МВШСЭН)

[vslyshchenkov@universitas.ru]

119571, Россия, Москва, пр. Вернадского, 82, корп. 2

каций. Хотя коммуникация невозможна без людей, в рамках основополагающего для системной теории разделения между системой и окружающей средой люди относятся к окружающей среде, иначе говоря, элементами общества как системы являются коммуникации, а не люди¹. По Н. Луману, любая коммуникация включает информацию, высказывание (сообщение) и понимание, причем каждая из этих составляющих является предметом выбора соответствующего участника коммуникации. Предположим коммуникацию между Альтером (*alter*) и Эго (*ego*), где Альтер передает информацию: «Первый выбор имеет место, когда Альтер выбирает что-либо в качестве информации. Например, Альтер купил новую красивую машину. Эта информация сообщается Эго, допустим, по электронной почте. В классической модели отправитель — получатель этот акт был бы признан коммуникацией, но для Лумана коммуникации еще нет. Коммуникация происходит только тогда, когда Эго делает третий выбор, а именно, выбор понимания, и это понимание имеет место, если Эго может ... провести различие между информацией и высказыванием»². Эго может понять полученную информацию как свидетельство о намерении Альтера пригласить Эго для поездки на новой машине, или о нежелании Альтера хвастаться покупкой (если новость о машине промелькнула в электронном письме по другим вопросам). Коммуникация состоится, даже если Эго понял Альтера неправильно, например, Эго предположил, что Альтер иронизирует, ведь на деле машина некрасивая (Альтер не мог позволить себе приобрести более удачную модель). В этой связи важно отличать коммуникацию от восприятия: если Эго услышал слова Альтера о машине,

но не провел различие между информацией и высказыванием, т.е. между тем, что именно сказано, и тем, почему или как это сказано, то слова Альтера воспринимаются Эго как шум, а не образуют коммуникацию³. Иначе говоря, в целях понимания следует различать информацию и то, что осталось несказанным, — коммуникация представляет собой наблюдение этого различия⁴. Принцип различия Н. Луман именуется формой⁵, посредством формы коммуникация конструирует окружающий мир: «Итак, конструктивизм Лумана не отрицает реальность, но просто утверждает, что реальность всегда дается нам через конструкции, которые создаются наблюдателем. В отличие от реализма... и идеализма... Луман исходит из того, что реальность существует, но мы не имеем к ней прямого доступа»⁶. Благодаря выбору понимания коммуникация становится источником другой коммуникации, применительно к вышеприведенному примеру такой новой коммуникацией может стать ответ Эго Альтеру. С этой точки зрения «только коммуникации могут коммуницировать»⁷.

Каждый участник коммуникации делает свой выбор самостоятельно, что ставит под угрозу координацию между участниками, т.е. успех коммуникации, под которым Н. Луман понимает влияние полученной информации на дальнейшее поведение адресата. Социальный порядок возникает благодаря решению этой проблемы «двойной неопределенности» (*double contingency*)⁸. Прежде всего, по утверждению Н. Лумана, общественные коммуникации опираются на ожидание ожидания: отправитель не просто добивается от получателя определенного ответа, но учитывает (ожидает) ожидания получателя, выбирая информацию и высказывание в соответствии со своим ожи-

¹ Подробнее см.: Borch C. Niklas Luhmann. London — New York, 2011. P. 31–38.

² Borch C. Op. cit. P. 33–34.

³ Borch C. Op. cit. P. 34.

⁴ Borch C. Op. cit. P. 65.

⁵ Borch C. Op. cit. P. 52–53.

⁶ Borch C. Op. cit. P. 61.

⁷ Borch C. Op. cit. P. 36.

⁸ Borch C. Op. cit. P. 75. Ю. Хабермас ясно объясняет проблему: «Каждая ситуация предлагает деятелю больше возможностей, чем может быть реализовано в действии. Если каждый участник взаимодействия выбирает одну альтернативу из набора вариантов на основе его собственных ожиданий успеха, то результатом вероятного соприкосновения (*confluence*) таких независимо сделанных предпочтений будет постоянный конфликт» (Habermas J. *Between Facts and Norms: Contribution to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Cambridge, Massachusetts, 1996. P. 66).

данием ожидания⁹. Кроме того, коммуникации образуют функциональные системы (подсистемы общества), в рамках каждой из которых реализуется особый вариант коммуникации, определяемый кодом данной системы. Каждая система на свой лад выполняет функцию координации между участниками коммуникаций в этой системе. Одной из таких подсистем общества является право¹⁰.

Н. Луман подчеркивает временное (*temporal*) измерение как основу функциональности права: «Даже если отдельная коммуникация длится только краткое мгновение, лучше сказать, когда она преодолевает пределы того мгновения, в котором она возникла, она нуждается в том, чтобы определить себя по отношению к времени путем возвратной связи (*recursive networking*), иными словами, путем отношения как к прошлым, уже законченным коммуникациям, так и к вероятным соединениям в будущем. В этом смысле каждая коммуникация связывает время, поскольку она определяет состояние системы, которую следующая коммуникация должна принять»¹¹. Наличие правил помогает поддерживать это связывание времени (*time binding*) между прошлым и будущим: функция норм состоит в «попытке предвосхитить, по меньшей мере на уровне ожиданий, все еще неизвестное, полностью неопределенное будущее»¹². Правовой системе свойственны нормативные ожидания, т.е. ожидания, которые сохраняются даже в том случае, если не осуществляются в действительности¹³. Например, правила дорожного движения не отменяются, хотя неред-

ко нарушаются на практике. «Нормы, — пишет Н. Луман, — не обещают поведения, которое согласуется с нормами, но они защищают всех тех, которые ожидают такого поведения. Тем самым нормы создают преимущества при взаимодействии...»¹⁴ Функция права состоит в стабилизации нормативных ожиданий (*stabilization of normative expectations*). Существует множество неюридических нормативных ожиданий (в области этики и проч.); право реагирует на не-вероятность успеха коммуникации, поэтому юридическое качество и сопутствующую стабильность получают лишь в том или ином отношении проблематичные нормативные ожидания¹⁵. Благодаря своей способности связывать время, т.е. соединять прошлые и будущие коммуникации на основе нормативных ожиданий, правовая система содержит решения еще не возникших конфликтов. В этом смысле право — это иммунная система общества¹⁶.

В характерном для социологического подхода эмпирическом ключе Н. Луман устраняет из правовой системы нормативное измерение, т.е. противоположность между должным и сущим: в качестве ожиданий, которые сохраняются вопреки разочарованию, нормативные ожидания видятся особыми познавательными ожиданиями, отличающимися от познавательных ожиданий в собственном смысле лишь неспособностью учиться, иными словами, изменяться в зависимости от опыта собственного осуществления. В этом смысле нормативные ожидания — это «несоответствующие фактам познавательные ожидания» (*counterfactual*

⁹ Borch C. Op. cit. P. 25.

¹⁰ Borch C. Op. cit. P. 77–80. Обзор юридического учения Н. Лумана также см.: Алексенко А. В. Код правовой системы в социологии права Н. Лумана // Труды Института государства и права Российской академии наук. Статьи аспирантов и стажеров Института государства и права. 2010. № 5. С. 5–13.

¹¹ Luhmann N. Law as a Social System. Oxford, 2004. P. 143–144.

¹² Luhmann N. Law as a Social System. P. 147.

¹³ Borch C. Op. cit. P. 25: «Луман различает две основные формы ожиданий, а именно, познавательные и нормативные ожидания. Познавательные ожидания (*cognitive expectations*) характеризуются адаптацией при разочаровании. Если в рамках системы науки обнаруживается, что ожидание постигло разочарование (*disappointment*), скажем, гипотеза не соответствует эмпирическим данным, тогда система учится и изменяет свои ожидания (создает модифицированную гипотезу). Напротив, нормативные ожидания (*normative expectations*) остаются после разочарования. Например, уголовное право включает ожидание, что убивать неправильно и убийство должно быть наказано. Это ожидание сохраняется несмотря на тот факт, что на деле некоторые люди не оправдывают это ожидание и совершают убийства и/или побег из тюрьмы (*курсив оригинала*. — В. С.)».

¹⁴ Luhmann N. Law as a Social System. P. 150.

¹⁵ Luhmann N. Law as a Social System. P. 151–152.

¹⁶ Luhmann N. Law as a Social System. P. 171.

cognitive expectations)¹⁷. Критическое замечание Ю. Хабермаса кажется убедительным: «Разница между “есть” и “должно”, между истинностью и нормативной значимостью (*normative validity*) сводится к двум возможным вариантам реагирования — обучение и необучение, которые представляют собой альтернативы *только* в области *познавательных* ожиданий. Таким образом, познавательные ожидания становятся “нормативными”, если они не пересматриваются в случае разочарования. Трактуют собственные основополагающие понятия в этом духе, функциональная социология оказывается невосприимчивой к самому смыслу сложного комплекса правовой значимости (*blinds itself to the meaning of the complex mode of validity found in law*) (курсив оригинала. — В. С.)»¹⁸.

В защиту своей позиции Н. Луман объясняет, что нормативность является основой самоописания правовой системы. Иначе говоря, с точки зрения права теория права мыслима только как учение о правовых нормах: «...самоописание должно включить себя в систему, которую оно описывает... Иначе самоописание не могло бы... отличать себя от внешних описаний. Другими словами, самоописание не может оспаривать,

что в принципе правильно соблюдать нормы и делать то, что предписывает правовая система. Функция стабилизации ожиданий истолковывается как инструкция для поведения. <...> А социология права, которая настаивает на простой фактичности норм, обвиняется в непонимании особых характеристик норм. Поскольку различие между нормами и фактами имеет решающее значение для самой системы... любое “сведение” норм к фактам неприемлемо (сохранен курсив оригинала. — В. С.)»¹⁹. Напротив, подчеркивая неспособность самоописания правовой системы (юридического позитивизма и учения естественного права) доказать единство правовой системы изнутри системы,²⁰ Н. Луман предлагает внешнее описание правовой системы с точки зрения науки (как особой подсистемы общества), более конкретно, основанной на системной теории социологии²¹.

Однако фактичность не нуждается в обосновании («что есть, то есть!»²²) — устранение нормативности означает уклонение от поиска первоисточника права²³. С точки зрения правовой системы учение Н. Лумана о праве предстает одной из социологических версий юридического позитивизма²⁴.

¹⁷ Habermas J. Between Facts and Norms. P. 49. Действительно, Н. Луман предлагает «функциональное понимание нормы как стабилизированного вопреки фактам ожидания (counterfactually stabilized expectation)» (см.: Luhmann N. Law as a Social System. P. 149).

¹⁸ Habermas J. Between Facts and Norms. P. 50.

¹⁹ Luhmann N. Law as a Social System. P. 427 (сноски внутри цитаты опущены).

²⁰ Н. Луман приводит примеры самоописаний, каждое из которых в конечном итоге вынуждено прибегнуть к ссылкам на внешние обстоятельства (external references), чтобы показать единство правовой системы: поскольку должно быть показано, что правовые коммуникации всегда приводят к правильному решению (ибо вообще правовая система не может устраниваться от того или иного решения спора), «система должна быть описана таким образом, чтобы поиск правильного ответа имел значение.... Вновь и вновь делаются попытки предложить принципиальные ответы — пусть не воля Бога, но максимальное увеличение благосостояния. Эти описания не случайно прибегают к архимедовой точке опоры за пределами правовой системы, в наших примерах — к религии и экономике. То же самое относится к предложениям Иеремии Бенета и Джона Остина сделать суверенную власть политического лидера источником права. Чистая теория права Кельзена в конечном счете строится по тому же шаблону, потому что формулирует проблему как проблему юридического знания, а значит, пытается решить ее в научном стиле, представив высказывание (proposition) в виде гипотезы (курсив оригинала. — В. С.)» (Luhmann N. Law as a Social System P. 429).

²¹ Luhmann N. Law as a Social System. P. 70–72, 429, 446–448, 475.

²² Luhmann N. Law as a Social System P. 448.

²³ Luhmann N. Law as a Social System P. 153: «Право никогда не “возникает”. Оно всегда может присоединиться к наличным традициям. Право может, если общество позволяет его дифференциацию [в отдельную подсистему], замкнуть свои системные операции самоотносимым образом (self-referentially) и работать с нормами, которые существовали всегда».

²⁴ О социологическом направлении правового позитивизма см.: Лапаева В. В. Типы правопонимания: правовая теория и практика. М., 2012. С. 62–77.

В правовой системе основополагающий для коммуникации принцип различия (форма) существует в виде кода законное/незаконное (*legal/illegal*), посредством которого правовые коммуникации конструируют правовую реальность. Иначе говоря, коммуникации принадлежат праву, если порожаемый ими смысл (*meaning*) ограничен областями законного или незаконного. Н. Луман приводит пример такой коммуникации из обывденной жизни: «Директор государственного органа (*public agency*) может сказать супруге работника, которая хочет обсудить вероятность перевода своего мужа на более высокую должность, т.к. видит, что муж сильно переживает из-за неповышения по службе: “Я не имею права говорить с вами о служебных делах”. Он может сказать это, чтобы избавиться от нее; но это только его мотив. Коммуникация как таковая... является коммуникацией правовой системы»²⁵. В некоторых случаях коммуникация выдает себя за правовую коммуникацию, хотя подчиняется коду другой подсистемы общества, зачастую политической системы (основанной на коде правительство/оппозиция). Если подобное «вторжение кода» (*code clash*)²⁶ происходит постоянно, данная правовая система разрушается. «Применительно к собственным нормам, — отмечает Н. Луман, — она признает, что не может противостоять политическому давлению. Она сохраняет видимость законности (*dummy of legality*). Она не отказывается, но сохраняет нормы как таковые. В то же время она опосредует двоичный код законное/незаконное предварительным различием, а именно, отбраковкой (*rejection*)... которое позволяет оппортунистиче-

ским образом приспосабливаться к политическим элитам. Таким образом, в определенных избранных случаях проводится предварительное изучение вопроса, нужно или не нужно применить закон»²⁷.

Коммуникации связаны друг с другом: коммуникация является источником последующей коммуникации, которая воспроизводит тот же код, которому подчинена предшествующая коммуникация²⁸. В этом смысле Н. Луман говорит о праве как самовоспроизводящейся (аутопойетической) системе: «...право само воспроизводит все различия и понятия (*concepts*), которые оно использует, а единство системы состоит только в факте этого самовоспроизводства, этого “аутопойесиса” (*autopoiesis*). Соответственно, общество нужно рассматривать как окружающую среду, которая делает это самовоспроизводство права возможным, более того, признает его»²⁹. Однако решение нельзя принять только на основе кода, потому что код устанавливает различие, но не показывает, что именно является законным или незаконным в данной ситуации. Поэтому код нуждается в программах, т.е. инструкциях по применению кода, иначе говоря, конкретных правилах принятия решений, составленных по формуле «если..., то...»³⁰. Именно в качестве таких условных программ правовые нормы (стабилизированные нормативные ожидания)³¹ образуют, наряду с кодом законное/незаконное, структуру правовой системы³²; тогда как правовые коммуникации являются элементами системы³³.

«Только само право может сказать, что такое право»³⁴ — в русле конструктивистской

²⁵ Luhmann N. Law as a Social System. P. 99.

²⁶ Borch C. Op. cit. P. 72–73.

²⁷ Luhmann N. Law as a Social System. P. 109.

²⁸ Luhmann N. Law as a Social System. P. 82: «Структуры только тогда действительно существуют, когда они используются для связи коммуникативных событий...»

²⁹ Luhmann N. Law as a Social System. P. 70.

³⁰ Luhmann N. Law as a Social System. P. 192, 196–197.

³¹ Luhmann N. Law as a Social System. P. 199–200: «Соединение правовой системы с формой условной программы есть следствие функции права, а именно стабилизации несоответствующих фактам ожиданий. Ожидания приобретают форму норм именно в тех случаях, когда они не исполняются. Эта замена определенности (ожиданий) на неопределенность (осуществления) требует структурных компенсаций. Более того, нельзя зависеть от будущего в вопросе, останутся ли существующие ожидания правомерными (*legitimate*) в будущем. Нужно знать сейчас или в момент решения, а это может быть обеспечено только посредством формы условной программы».

³² Luhmann N. Law as a Social System. P. 209.

³³ Luhmann N. Law as a Social System. P. 80.

³⁴ Luhmann N. Law as a Social System. P. 85.

эпистемологии Н. Луман стремится исследовать правовые коммуникации как наблюдение, т.е. наблюдать наблюдателей (наблюдение второго порядка)³⁵. Код законное/незаконное выявляется только на уровне наблюдения второго порядка³⁶. Заявленная методология предполагает выделение (абстрагирование) отдельных эмпирических признаков изучаемого материала³⁷. В данном случае на основе наблюдения наблюдений (самонаблюдений) правовой системы возникает абстракция кода правовой системы³⁸. Поэтому для Н. Лумана задача научного изучения права состоит не в поиске скрытой сущности юридических явлений, а изложении языком обобщений (эмпирических абстракций)³⁹ того, что уже известно о праве наблюдателям внутри правовой системы. Системная теория доверяет рассказу права

о себе: правовая система характеризуется не только самовоспроизводством, самоотносимостью, самоописанием и самонаблюдением, но также самообозначением (*self-designation*)⁴⁰. Хотя коммуникация приобретает юридическое качество путем присоединения к правовой системе⁴¹, по всей видимости, ничто не мешает наблюдению второго порядка присвоить коммуникации код законное/незаконное в отсутствии подсоединения к наличной правовой системе. Один шаг до правового плюрализма: если совокупности основанных на коде законное/незаконное коммуникаций следуют собственным программам, очевидно, каждая такая совокупность образует обособленную правовую систему, ведь программы входят в структуру системы. Этот шаг сделан Г. Тойбнером, деятельным последователем системной теории

³⁵ Borch C. Op. cit. P. 12–13. По мысли Н. Лумана, «любое онтологическое наблюдение может быть поставлено под сомнение... По этой причине он выступал за переход от наблюдения первого порядка (first-order observation) к наблюдению второго порядка (second-order observation), которое относится к тому, как другие наблюдатели... наблюдают. По Луману, тем самым происходит переход от онтологии к эпистемологии... этот переход также предполагает фундаментальное изменение критики: вместо того, чтобы начинать с идеи, будто социальная действительность есть такая или иная, а затем критиковать ее как неправильную, несправедливую, репрессивную и проч., он предпочел критическое наблюдение того, как наблюдатели наблюдают устройство общества. <...> Вместо того, чтобы критиковать конкретные “действительно” существующие социальные структуры, это наблюдение второго порядка указывает на необходимость выяснения, как конструируются общественные проблемы и вопросы (*курсив оригинала*. — В. С.)».

³⁶ Luhmann N. Law as a Social System. P. 101.

Наблюдение второго порядка имеет место также внутри правовой системы, в частности, при толковании и юридической аргументации: «Здесь некто наблюдает себя (или других) читающим текст и испытывающим сомнения» (Luhmann N. Law as a Social System. P. 307).

³⁷ Luhmann N. Law as a Social System. P. 71: «...Мы избегаем суждений из мира идей, особенного “высшего” уровня ценностей, норм или “должного”... без эмпирической привязки. Нет никакой “идеи права” над правом (для социологов)... Термин “норма” относится к определенной форме фактических ожиданий, которые наблюдаемы либо в психологическом плане, либо как предполагаемый и понимаемый смысл коммуникации. Такие ожидания или существуют, или не существуют».

³⁸ Коммуникация (как наблюдение) содержит самонаблюдение: «Самонаблюдение (self-observation) представляет собой просто координацию индивидуальных операций со структурами и операциями правовой системы, главным образом неявное или явное признание факта (implication or explication of the fact), что коммуникация включает законную или незаконную коммуникацию» (Luhmann N. Law as a Social System. P. 86, 424).

³⁹ В отличие от диалектического понятия, абстракция в указанном смысле не выражает конкретную истину предмета: «Если я опускаю все определения какого-либо предмета, то не остается ничего. Если же я опускаю одно из определений и, наоборот, выдвигаю другое, то это последнее и есть абстракция (разрядка в оригинале заменена на курсив. — В. С.)» (см.: Гегель Г.-В.-Ф. Введение в философию: Философская пропедевтика. М., 2011. С. 96).

⁴⁰ Luhmann N. Law as a Social System. P. 87.

⁴¹ Luhmann N. Law as a Social System. P. 80. «Все, что не может быть подведено под эту контролируемую схему законное/незаконное, принадлежит не правовой системе, но ее... окружающей среде» (Luhmann N. Law as a Social System. P. 94).

среди ученых-юристов⁴², но не Н. Луманом⁴³. Действительно, гипотеза правового плюрализма угрожает единству правовой системы в качестве особой подсистемы общества: в отличие от плюралистической морали (нравственности), правовая система должна функционировать как единство, чтобы обеспечить единообразие (*consistency*) собственных решений⁴⁴. Недопущение правового плюрализма обнаруживает скрытую предпосылку юридического учения Н. Лумана, а именно зависимость права от политической системы: только благодаря принимающей общеобязательные решения политической власти правовая система сохраняет единство⁴⁵. «Заниматься политикой означает политическим путем решать, какое право будет действительным правом (*valid law*)...»⁴⁶. Даже признание существования глобальной (всемирной) правовой системы не устраняет подчиненность права политической власти,

потому что на глобальном уровне право не играет той роли, которую исполняет внутри государства: «... вполне возможно, что нынешнее выдающееся положение правовой системы и зависимость общества в целом и большинства его функциональных систем от работающего правового кода представляет собой лишь европейскую аномалию, которая может быть устранена по мере эволюции глобального общества»⁴⁷. Конституция, которая представляет собой структурное соединение (*structural coupling*) между правовой системой и политической системой, т.е. встроенный в структуру механизм влияния одной системы на другую⁴⁸, не только закрепляет взаимозависимость двух систем⁴⁹, но также позволяет правовой системе вывести наружу (экстернализовать) свой парадокс, оставляя за политической системой окончательное решение, что является законным и незаконным⁵⁰.

⁴² Teubner G. The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism // Cardozo Law Review. 1991–1992. № 13. P. 1451: «Правовой плюрализм (legal pluralism) есть... множественность разных коммуникативных процессов, которые наблюдают общественную деятельность сквозь призму кода законное/незаконное. <...> Именно явное или подразумеваемое использование правового кода лежит в основе феномена правового плюрализма — в диапазоне от официального права государства до неофициальных законов рынков и мафии». О восприятии различными юридическими дискурсами друг друга посредством «распрограммирования и перепрограммирования» (deprogramming and reprogramming) см.: Teubner G. The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism. P. 1455.

⁴³ Luhmann N. Law as a Social System. P. 261.

⁴⁴ Luhmann N. Law as a Social System. P. 107.

⁴⁵ Вывод А. В. Алексенко о близости (ранних) теоретических позиций Н. Лумана к учению правового плюрализма кажется слишком поспешным: «Теория социальных систем Н. Лумана и правовой плюрализм Дж. Гриффитса и С. Мур сходятся в том, что между органом правоустановления и конечным адресатом правовых предписаний — индивидом существует множество социальных систем или полуавтономных социальных полей, которые тоже стремятся формировать поведенческие ожидания отдельных лиц и коллективных субъектов» (см.: Алексенко А. В. Право как инструмент управления обществом в правовых концепциях Н. Лумана, Дж. Гриффитса и С. Мура. С. 53). Н. Луман допускает возрастание сложности, уменьшение надежности и предсказуемости правовой системы, но не множественность правовых систем одного общества (см.: Luhmann N. Law as a Social System. P. 261).

⁴⁶ Luhmann N. Law as a Social System. P. 370.

⁴⁷ Luhmann N. Law as a Social System. P. 490.

⁴⁸ Luhmann N. Law as a Social System. P. 382–383.

⁴⁹ Luhmann N. Law as a Social System. P. 405: «...конституция была понята как позитивный закон, который создает позитивное право как таковое и посредством этого регулирует, каким образом можно организовать и применять политическую власть в юридических формах с предусмотренными юридическими ограничениями». В изложении Марка ван Хоека подобная взаимосвязь права и политики ясно обнаруживает свое подлинное значение круговой поруки: «...право выполняет функцию обоснования (*legitimating*) политической власти, одновременно право, с другой стороны, полагается на эту политическую власть для своего собственного обоснования» (см.: Hoecke M. van. Law as Communication. Oxford — Portland, Oregon, 2002. P. 63).

⁵⁰ Luhmann N. Law as a Social System. P. 409–410. Даже если традиционное еврейское право можно называть негосударственным правом, это исключение подтверждает правило, учитывая «основания этого права в религиозном и этическом единстве, а также общей традиции текстов» (Luhmann N. Law as a Social System. P. 482, fn. 41).

Н. Луман формулирует парадокс правовой системы как парадокс самоприменения: «Код законное/незаконное не может быть применен к себе без образования парадокса, который блокирует дальнейшие наблюдения»⁵¹. Типичный парадокс самоприменения — парадокс лжеца, также называемый парадоксом Эпименида. Житель Крита сказал, что все критяне лжецы. Это утверждение истинно или ложно? — Возникает логическое противоречие: если критяне никогда не говорят правду, то утверждение ложно, а значит, оно истинно⁵². Обыденная жизнь создает нечто подобное всякий раз, когда дела расходятся со словами: люди совершают действия, которые сами осуждают и проч. Объяснение возникновения парадокса самоприменения, будто «систему отсчета путают с тем, что в ней помещается»⁵³, не означает, что он не указывает на проблему системы. Подмеченный Н. Луманом парадокс правовой системы может быть наглядно изображен как парадокс бесконечного спуска по типу «что появилось раньше — яйцо или курица?»⁵⁴. Должен существовать закон, согласно которому данный закон законен, потому что иначе закон оказывается незаконным — и так далее до самого первого закона. Но также самый первый закон должен быть основан на предыдущем законе, ведь в противном случае самый первый закон будет незаконным. Не в силах разрешить парадокс, правовая система неизбежно выходит за свои пределы: «Систе-

ма может основываться только на парадоксе и не может основываться на парадоксе»⁵⁵. По логике системной теории Н. Лумана источник права находится в произволе первоначального законодательного установления, голой силе⁵⁶. Г. Тойбнер объясняет: «...в конечном итоге любые попытки опереть право на легитимные нормативные основания или даже на понятие справедливости являются бессмысленными. Все они сталкиваются с насилием при изначальном разделении на законное и незаконное, которое как таковое не претендует на законность, легитимность или справедливость, представляя собой всего лишь произвольное насилие (*violent arbitrariness*)»⁵⁷.

«Результатом парадокса является паралич. По этой причине парадоксы обычно либо высмеиваются, либо табуируются... Нет ничего более антисистемного, чем парадоксы. Они ведут только к противоречию, несообразности, хаосу, параличу и ужасу»⁵⁸. Однако социальные системы, подчеркивает Н. Луман, не разрушаются из-за логических противоречий⁵⁹. В силу операционной закрытости (*operative closure*), которая означает, что именно операции системы признают другие операции принадлежащими системе⁶⁰, право самостоятельно определяет собственные границы: «нет никакого другого общественного авторитета, который может объявить: это законно, а это незаконно»⁶¹. Правовая система, по мысли Н. Лумана, делает свой парадокс невидимым, функцио-

⁵¹ Luhmann N. Law as a Social System. P. 102, 191.

⁵² Подробнее см.: О'Коннор Дж., Макдермотт И. Искусство системного мышления: необходимые знания о системах и творческом подходе к решению проблем. М., 2006. С. 114–116.

О парадоксах в логике см.: Ивин А. А. Логика. М., 2008. С. 207–224.

Популярное изложение логических и математических парадоксов см.: Гарднер М. А ну-ка, догадайся! М., 1984.

⁵³ О'Коннор Дж., Макдермотт И. Указ. соч. С. 115.

⁵⁴ О парадоксе бесконечного спуска см.: Гарднер М. Указ. соч. С. 15–16.

⁵⁵ Luhmann N. Law as a Social System. P. 461.

⁵⁶ О принуждении как факторе обоснования (легитимации) позитивного права согласно ранним взглядам Н. Лумана см.: Алексенко А. В. Концепция легитимации политико-правовых решений Никласа Лумана // Право и политика. 2012. № 3. С. 586–587 («...все ожидают, что адресаты [юридических] решений покоряются физической силе... что никто не предпримет бунта»).

⁵⁷ Teubner G. Economics of Gift — Positivity of Justice: The Mutual Paranoia of Jacques Derrida and Niklas Luhmann // Derrida and law / ed. by P. Legrand. Aldershot, 2009. P. 459.

⁵⁸ Teubner G. Dealing with Paradoxes of Law: Derrida, Luhmann, Wiethölter // Paradoxes and Inconsistencies in the Law / ed. by O. Perez, G. Teubner. Oxford — Portland, Oregon, 2006. P. 45–46 (сноски внутри цитаты опущены).

⁵⁹ Borch C. Op. cit. P. 62.

⁶⁰ Luhmann N. Law as a Social System. P. 78.

⁶¹ Luhmann N. Law as a Social System. P. 100.

нирует так, как будто парадокса нет. Соккрытие парадокса запускает механизм внутреннего развития правовой системы: программы, процедуры принятия решений, судебные решения (ибо предопределенность решения прошлым есть иллюзия) и юридическая аргументация маскируют существование парадокса⁶².

Парадокс правовой системы напоминает об обнаруженных И. Кантом антиномиях разума, ведь подобно последним покоится на противопоставлении абстрактных моментов. Так, антиномия времени ставит в тупик доказательством противоположных утверждений: мир имеет начало во времени (тезис) и мир не имеет начала во времени (антитезис). Однако «разум рассматривает не мир во времени, а мир в его сущности и понятии»⁶³: антиномии и парадоксы могут помочь пониманию, но едва ли содержат конкретную истину предмета⁶⁴. Системная теория Н. Лумана не находит внутреннего системообразующего фактора правовой систе-

мы. Парадокс заставляет правовую систему искать опору в политической власти как внешнем системообразующем факторе, т.е. воздействии окружающей среды⁶⁵. Во времена нацизма правовая система продолжала функционировать, хотя была переориентирована на обслуживание текущей политики: «... суды считались формой осуществления воли “фюрера” и сферы юрисдикций были выделены соответствующим образом — включая возможность производства в специальных судах, — [но] все же не допускалось политическое вмешательство в большую часть судебных разбирательств»⁶⁶. Если суды как центр правовой системы⁶⁷ в основном сохранили независимость даже при нацистах, если также учесть, что автономность есть свойство системности⁶⁸, то понимание системности права, согласно системной теории, оказывается неопределенным и бессодержательным: любой произвол может стать системой⁶⁹. Пока право остается инструментом в

⁶² Luhmann N. Law as a Social System. P. 176, 205–208, 283–284, 339.

Ср. оценку Г. Тойбнером парадоксов как источника социальной динамики и новых смыслов (см.: Teubner G. Dealing with Paradoxes of Law. P. 47).

⁶³ Гегель Г.-В.-Ф. Указ. соч. С. 111.

⁶⁴ Основанная на парадоксе социальная система, т.е. социальная система, замалчивающая парадокс посредством усложнения собственной структуры, подобна замку на песке: «...депарадоксификация (deparadoxification) имеет также в высшей степени паталогический характер. Она не обещает разрешения кризиса, но в лучшем случае его временную отсрочку, соккрытие, незаметность, сдерживание, подавление. Кризис возникнет снова, это только вопрос времени. Это не случайно напоминает [психологические] теории вытеснения, согласно которым повторяющийся возврат того, что было вытеснено, обнаруживает себя в симптомах. “Неладно что-то в датском государстве” — это постоянное состояние таких обществ, даже если временная депарадоксификация кажется работающей хорошо. И, в отличие от психоанализа, нет никакой многообещающей терапии. Прямое столкновение с парадоксом приносит не освобождение, а паралич. В лучшем случае наше общество существует благодаря рациональности подавления» (сноска внутри цитаты опущена. — В. С.)» (см.: Teubner G. Dealing with Paradoxes of Law. P. 48).

⁶⁵ О системообразующем факторе см.: Сурмин Ю. П. Теория систем и системный анализ. Киев, 2003. С. 67–73.

⁶⁶ Luhmann N. Law as a Social System. P. 110.

⁶⁷ О положении судов в центре правовой системы см.: Luhmann N. Law as a Social System. P. 291–296.

⁶⁸ Luhmann N. Law as a Social System. P. 95–97.

⁶⁹ Ср. сведение М. ван Хоеком в лингвистическом духе автономности права к особому языку права и терминологической строгости: «Когда правовая система “производит” правила, это просто означает, что правила технически подогнаны к правовой системе (technically adapted to fit into the legal system), а поэтому получают ярлык “правовые”. Но это очень слабая форма “автономии”» (Hoecke M. van. Law as Communication. P. 43). Поэтому правовая система почти не обладает автономией в определении содержания собственных норм, представляет собой скорее правовой дискурс (Там же. P. 41, 45–50). Общие сведения о дискурсе см.: Степанов Ю. С. Альтернативный мир, Дискурс, Факт и принцип Причинности // Язык и наука конца XX века : сб. статей / под ред. Ю. С. Степанова. М., 1995. С. 36–46). «При таком подходе, — замечает Ю. Хабермас, — право получает обоснование (legitimacy) благодаря не демократической процедуре, а своей грамматической форме» (Habermas J. Between Facts and Norms. P. 189).

руках политиков, системность права находится под угрозой разрушающего политического давления⁷⁰.

Признание неустранимой парадоксальности правовой системы приводит к выводу, что право не может оправдать собственное существование, лишь тщательно маскирует отсутствие внутренней точки опоры⁷¹. Различные внеправовые обоснования с точки зрения правовой системы являются случайными и произвольными⁷². Н. Кедар ясно описывает сложность: «Парадокс правовой самоотносимости (*self-reference*) в действительности указывает на более существенную и мучительную проблему основания права (*legal authority*). С внутренней юридической точки зрения право представляет собой закрытую, самоотносимую систему. Тем не менее с внешней точки зрения подчинение правопорядку должно находить оправдание в конечном итоге в трансцендентном — внеправовом — источнике. Власть закона есть всегда власть человека. Закон не изменяет и не оправдывает сам себя; только люди изменяют и оправдывают свои законы. С внеюридической точки зрения основание права лежит в предправовом (*prelegal*) источнике, который предшествует праву и не подчиняется ему. Единственная вещь, которую право никогда не сможет оправдать самостоятельно, заключает-

ся в его собственных предправовых (а значит, неправовых) истоках. <...> До права было отсутствие права (неправо); а если это так, мы не можем объяснить или обосновать его с нашей внутренней, юридической позиции. Право как таковое есть всегда частичное и несовершенное самооправдание»⁷³. Невозможное возможно! Либертарно-юридическая теория В.С. Нерсесянца предлагает убедительное решение проблемы самообоснования права.

Поскольку юриспруденция, подобно любой иной науке, призвана исследовать наличную действительность (сущее), оспаривание эмпирической направленности системной теории представляется неуместным. Основной недостаток правового учения Н. Лумана состоит в неверном понимании нормативности. По мысли Н. Лумана, письменные тексты законов содержат, и тем самым стабилизируют, представленные в виде информации нормативные ожидания, т.е. нормы права⁷⁴. Однако с эмпирической точки зрения массив законодательства (позитивное право) состоит из кодексов, законов, постановлений, решений судов, глав и параграфов, статей, пунктов, подпунктов и проч., а также слов, но никак не норм, которые возникают только в результате осмысления законодательного материала ради приведения его в систему⁷⁵. Иначе говоря, вопреки

⁷⁰ М. ван Хоек отмечает умаление системности права в нацистской Германии и ГДР: «Благодаря неограниченной власти создавать, изменять и применять право при разрешении споров (или не делать это) лидеры... [правлящих] политических партий могли приводить традиционную правовую систему на всех уровнях в полный беспорядок» (*Hoecke M. van. Law as Communication. P. 120*). Однако вышеприведенная позиция М. ван Хоека касательно лингвистической автономии права на деле не помогает (или помогает в очень малой степени) отстаивать независимость права от политики.

⁷¹ *Luhmann N. Law as a Social System. P. 227*: «Основание права не есть идея, которая играет роль принципа, основание права — это парадокс».

⁷² Так, если право основано на божественной воле, любой приказ Бога есть право. Фома Аквинский поясняет: «...смерть любого, как виновного, так и невинного, может быть причинена по решению Божию без какой бы то ни было несправедливости. То же самое можно сказать о прелюбодеянии, связи с чужой женой, которая была назначена... в соответствии с исходящим от Бога законом. Поэтому связь с любой женщиной по распоряжению Бога не является ни прелюбодеянием, ни блудом. То же самое относится и к воровству, которое является присвоением чужой собственности. Ведь все, что берется по распоряжению Бога, Которому принадлежит все, берется согласно воле хозяина, а суть воровства состоит как раз в том, что [присвоение происходит] против воли [хозяина]. И то, что любое распоряжение Бога является правым, относится не только к человеческим вещам, но также и к природным, поскольку... что бы ни сделал Бог, оно в определенном смысле будет естественным» (*Аквинский Ф. Сумма теологии. Часть II-I. Вопросы 90–114. Киев, 2010. С. 54*).

⁷³ *Kedar N. The Political Origins of the Modern Legal Paradoxes // Paradoxes and Inconsistencies in the Law / ed. by O. Perez, G. Teubner. Oxford — Portland, Oregon, 2006. P. 102*.

⁷⁴ *Luhmann N. Law as a Social System. P. 241–242*.

⁷⁵ *Нерсесянц В. С. Философия права. М., 2011. С. 75*.

предположению Н. Лумана, тексты правовых актов обычно не составляют в соответствии со структурой правовой нормы (включающей гипотезу, диспозицию и санкцию: «если..., то..., иначе...») или, по терминологии системной теории, формулой условной программы («если..., то...»)⁷⁶. Напротив, формулирование правовой нормы видится этапом правоприменения и толкования законодательства: для определения действующей в данной ситуации правовой нормы нужно объединить в единое целое разрозненные положения позитивного права, находящиеся в разных статьях закона или в разных законах и иных правовых актах. Поэтому изображение нормы как эмпирического факта равнозначно игнорированию существенной черты позитивного права как изучаемого предмета. Норма не может быть фактом именно потому, что сама является результатом идеализации, теоретической моделью позитивного права⁷⁷.

Понимание права как системы указывает скорее на «регулятивный идеал» (*regulative ideal*), а не на реальность позитивного права, ибо последнее зачастую хаотично, содержит противоречия, пробелы и неясности⁷⁸. В рамках распространенной трактовки системы права как системы правовых элементов (норм и проч.) не вполне ясна природа системности права⁷⁹. На этом основании М.В. Антонов отказывается эмпирически данному позитивному праву в свойстве системности⁸⁰. Однако последовательное решение этих трудностей видится в придании системности права как регулятивному идеалу большей ясности и определенности. Это достигается посредством осмысления всего позитивного права в целом как одной правовой нормы. В. С. Нерсисянц пишет: «...понимание права как системы норм права по существу означает и вообще логически допустимо лишь при условии, что прежде всего само право в целом (право как системное нормативно-регулятивное целое)

⁷⁶ Luhmann N. Law as a Social System. P. 111: «Типичная форма, которая сочетает нормативную закрытость и познавательную открытость [правовой системы], есть форма условной программы. Эта форма требует, чтобы нормативные правила для принятия решений (которое может иметь место только внутри системы) формулировались таким образом, чтобы вывод решения из фактов (устанавливаемых познавательным путем) был возможен: если имеется факт а, решение х законно (*сноски внутри цитаты опущены, сохранен курсив оригинала. — В. С.*)».

⁷⁷ Ср.: Hoeske M. van. Law as Communication. P. 134: «Несмотря на нормативный характер права большая часть установленных законодательством юридических правил оказываются сформулированными описательным образом: “Образование является свободным” (ст. 17 Конституции Бельгии) вместо “образование должно быть свободным”; ...в законодательстве нормативные положения спрятаны за описательными высказываниями. Следовательно, для правильного понимания значения положений законодательства нужно ясно различать между текстом закона, с одной стороны, и нормой за текстом, с другой стороны (*курсив оригинала. — В. С.*)».

⁷⁸ Hoeske M. van. Law as Communication. P. 109.

⁷⁹ Приблизительное разъяснение М. ван Хоека не добавляет ясности: «Можно исходить из понимания системы в очень сильном смысле как закрытой системы, которая завершена и согласована, и всегда можно определить, является что-либо частью системы или нет. В этом случае нетрудно “доказать”, что право не является “правовой системой”. Каждая из этих характеристик проблематична применительно к праву. Однако открытое, незавершенное и не полностью согласованное нормативное целое все же можно назвать “системой”. Система в слабом смысле лишь требует некоторую структуру, некоторое отношение между элементами системы, которые позволяют определить ее как что-то самостоятельно существующее, отличное как от набора неорганизованных элементов и других систем (*сноски внутри цитаты опущены, сохранен курсив оригинала. — В. С.*)» (см.: Hoeske M. van. Law as Communication. P. 109–110).

⁸⁰ Антонов М. В. О системности права и «системных» понятиях в правоведении // Правоведение. 2014. № 1. С. 26: «Использование в правоведении терминов, производных от понятия “система”, чревато недопустимым упрощением понимания нормативного характера права, в ракурсе которого эмерджентность, целостность, структурность, функциональность, полнота и прочие приписываемые праву системные свойства представляются не объективной данностью, а возможным результатом (скорее целью, “рациональным идеалом”) упорядочивающей (систематизирующей) творческой деятельности юристов (*сноска внутри цитаты опущена. — В. С.*)».

мыслится как единая норма права и именно как позитивно-правовая норма (с соответствующими структурными компонентами — гипотезой, диспозицией и санкцией). Понимание (и понятие) права в целом как единой (основополагающей исходной и вместе с тем предельной, большой, всеобщей, высшей, генеральной, основной) позитивно-правовой нормы логически предшествует пониманию (и понятию) отдельной нормы права в качестве системного элемента права. Понятие права в целом как единой нормы права составляет юридико-логическую основу понимания права как системы норм права и включает в себя понятие отдельной нормы права как элемента этой системы»⁸¹.

Если данная норма приобретает правовое качество (общеобязательность) благодаря включению в систему, возможны два варианта обоснования правового качества нормы. Правовая система самостоятельно обосновывает правовой характер нормы путем вечного поиска несуществующей первой нормы, ибо при таком подходе система должна предшествовать любой норме. Поскольку этот вариант заключает в себе парадокс бесконечного спуска, правовой системе остается прибегнуть к помощи внесистемных факторов, таких как политическая власть или практическое признание гражданами действующего правопорядка, которые вместо правовой системы наделяют нормы правовым качеством, но такой вариант угрожает существованию системы (системности права)⁸². Преодоление присущей системе правовых норм внутренней противоречивости

связано с решением проблемы самообоснования права. По мысли В. С. Нерсисянца, позитивное право как система и позитивное право как (одна) правовая норма — это одно и то же. Действительно, норма как теоретическая модель позитивного права (единство гипотезы, диспозиции и санкции) выводится из всего позитивно-правового материала в целом, а не части позитивного права (например, отдельного закона), ведь в противном случае нельзя логически правильно объяснить применение теоретической конструкции нормы, полученной на основе осмысления какой-либо части позитивного права, к другой части позитивного права. Как в капле воды отражается океан, так каждая правовая норма содержит в себе все позитивное право: в обоих случаях, когда говорится об отдельной норме или о позитивном праве в целом, речь идет о правовой норме как особой юридической форме должествования⁸³. Поэтому надлежащее обоснование правового качества обособленной правовой нормы состоит в демонстрации ее соответствия позитивному праву в целом как одной норме. Правовое качество отдельной нормы заключается в юридической нормативности по образцу особой нормативности позитивного права в целом: «... нормативность права означает прежде всего специфическую юридическую нормативность всего права в целом и лишь на этой исходной основе (позитивное право в целом как единая основная позитивно-правовая норма) — юридическую нормативность его системных элементов (от-

⁸¹ Нерсисянец В. С. *Философия права*. С. 76.

⁸² Об основной норме по Г. Кельзену и социальной эффективности как системообразующих факторах см.: Ноеске М. van. *Law as Communication*. P. 105–106.

⁸³ Также см. критику чистого учения о праве Г. Кельзена: Нерсисянец В. С. *Философия права*. С. 785–786. Либертарно-юридическое учение о праве понимает правовую норму не в логическом смысле голого должествования, нормативного высказывания со связкой «должен» (общие сведения касательно логики норм см.: Ивин А. А. *Указ. соч.* С. 92–109), а в юридическом смысле особой формы должествования, отличающейся структурой «если..., то..., иначе...» (гипотеза, диспозиция и санкция). Н. Луман подчеркивает значение нормативной формулы «если..., то...»; таким образом, согласно системной теории правовое предписание содержит не только должное в смысле логики норм: «Форма условной программы является одним из важнейших эволюционных достижений общественного развития. Она впервые возникла после появления письменности в Месопотамии в дидактических текстах с предсказаниями, медицинских текстах и юридических текстах. В ситуации быстрого развития они (т.е. тексты в форме условной программы. — В. С.) сделали возможным упорядоченное размышление в терминах устойчивой связи в областях, где знание и нормативное регулирование... имеет значение. Гарантии порядка в форме последовательности «если..., то...», которая структурирует область возможного и используется экспертами, были установлены задолго до появления возможности выводить... положения из правил или принципов...» (Luhmann N. *Law as a Social System*. P. 197).

дельных норм позитивного права)»⁸⁴. Поскольку позитивное право в целом одно для всех, любая позитивно-правовая норма также одна для всех — на этом положении основан принцип формального равенства, который согласно либертарно-юридической теории выражает особое качество юридической нормативности, обнаруживает сущностные свойства права⁸⁵. Право и закон полагаются здесь тождественными, но не в позитивистском смысле (любой закон есть право), а в субстанциональном отношении, т.е. закон — это правовой закон, тогда как неправовой закон вообще не есть закон⁸⁶. Несогласующийся с правовым принципом формального равенства закон именуется законом по аналогии внешних признаков, но по сути представляет собой лишь приказ власти — манифестацию силы, а не права⁸⁷. Вопреки принципу Юма касательно невыводимости должного из сущего⁸⁸ (который зачастую выдается за

аксиому, хотя его самоочевидность обманчива)⁸⁹, либертарно-юридическая теория формулирует принцип формального равенства (должное) как итог осмысления позитивного права (сущее)⁹⁰. Здесь показано, каким должен быть закон — закон должен соответствовать собственной сущности, т.е. принципу формального равенства. Тем самым достигается обоснование права без парадокса бесконечного спуска и без поиска первоисточника права вне правовой системы, будь то воля Бога, естественное право или политическая власть.

Формальное равенство в правовой области отличается от арифметического равенства, которое уравнивает граждан по количеству полученной выгоды или понесенного ущерба⁹¹. Превратное истолкование принципа формального равенства приводит В.А. Четвернина к некоторым неудовлетворительным выводам касательно особенностей правового законодательства.

⁸⁴ Нерсисянц В. С. *Философия права*. С. 77.

⁸⁵ Подробнее см.: Нерсисянц В. С. *Философия права* С. 28–48.

⁸⁶ Указ. соч. С. 61. Определение предмета философии права согласно либертарно-юридической теории («право и закон в их различии, соотношении и искомом единстве») предполагает, что право изучается как сущность, а закон как явление этой сущности (*Там же*. С. 2). Приказ власти называется законом безотносительно его соответствия праву, но неправовой закон не есть закон именно потому, что не являет собой право.

⁸⁷ Ср.: Ильин И. Л. *О сущности правосознания*. М., 1993. С. 133: «Власть есть, прежде всего, сила».

⁸⁸ «Я заметил, — пишет Д. Юм, — что в каждой этической теории, с которой мне до сих пор приходилось встречаться, автор в течение некоторого времени рассуждает обычным способом, устанавливает существование Бога или излагает свои наблюдения относительно дел человеческих ; и вдруг я, к своему удивлению, нахожу, что вместо обычной связки, употребляемой в предложениях, а именно есть или не есть, не встречаю ни одного предложения, в котором не было бы в качестве связки должно или не должно. Подмена эта происходит незаметно, но тем не менее она в высшей степени важна. Раз это должно или не должно выражает некоторое новое отношение или утверждение, последнее необходимо следует принять во внимание и объяснить, и в то же время должно быть указано основание того, что кажется совсем непонятным, а именно того, каким образом это новое отношение может быть дедукцией из других, совершенно отличных от него. Но так как авторы обычно не прибегают к такой предосторожности, то я позволяю себе рекомендовать ее читателям и уверен, что этот незначительный акт внимания опроверг бы все обычные этические системы и показал бы нам, что различие порока и добродетели не основано исключительно на отношениях между объектами и не познается разумом (*курсив оригинала*. — В. С.)» (Юм Д. *Трактат о человеческой природе* // *Сочинения в двух томах*. М., 1996. Т. 1. С. 510–511).

⁸⁹ Подробнее о принципе Юма см.: Ивин А. А. Указ.соч. С. 95–100. Также логически неправильный обратный переход от «должного» к «сущему» (*Там же*. С. 99: «...из оценочных суждений логически не выводимы описательные утверждения. Ни логика оценок, ни логика норм не считают переход от “должен” к “есть” обоснованным») наблюдается каждый раз при добросовестном выполнении законодательных предписаний (закон устанавливает, что никто не должен курить в общественных местах, поэтому в общественных местах не курят, и т.д.).

⁹⁰ О либертарно-юридической гносеологии см.: Нерсисянц В. С. *Философия права*. С. 93–95.

⁹¹ Аристотель ограничивает сферу применения арифметического равенства отношениями обмена, т.е. отношениями частных лиц в собственных интересах, например, купля-продажа или иные сделки, тогда как отношения публичного характера подчиняются распределяющей справедливости (*Аристотель*. Никомахова этика // *Сочинения в 4 томах*. М., 1983. Т. 4. С. 150–154).

Утверждается, среди прочего, будто принципу формального равенства вполне соответствует налогообложение только в абсолютном выражении, чтобы каждый гражданин уплачивал одинаковую денежную сумму налога, т.е. не некоторый процент от дохода, тем более не дифференцированный процент от дохода⁹². Подобный сугубо арифметический подход к правовому равенству гипертрофирует имущественное измерение человеческого бытия, вполне в капиталистическом духе подчиняет правовое регулирование эгоистическим интересам частных собственников⁹³. Поскольку право содержит регулирующие поведение людей запреты и до-

зволнения⁹⁴, формальное равенство как юридический принцип означает равенство в свободе⁹⁵. Правовой закон придает свободе форму. Напротив, отрицающий свободу закон (приказ власти), даже если применяется ко всем без исключения (например, запрет частной собственности на средства производства при социализме), не соответствует принципу формального равенства⁹⁶. При этом сведение свободы к частной собственности, возможностям приобретения и накопления имущества⁹⁷ не учитывает всего богатства этой отличительной человеческой способности. Свобода есть прежде всего самореализация⁹⁸. Свобода многообразна: позитивное содержание

⁹² Четвернин В. А. Введение в курс общей теории права и государства. М., 2003. С. 47–48: «Уплачивая налоги, налогоплательщики участвуют в “общем деле”. Государство расходует средства из казны на всех граждан, обеспечивает правовую свободу, предоставляет всем полицейскую и судебную защиту, оказывает социальные услуги и т.д. И если все граждане равноправны, то каждый вправе получить от государства столько же, сколько может получить любой другой гражданин-налогоплательщик. Поэтому правовым и справедливым является первый вариант налогообложения, при котором граждане выступают как формально равные абстрактные лица-налогоплательщики (т.е. платят одинаковую сумму налога в абсолютном выражении. — В. С.). Они неравны по имущественному положению, но к ним применяется одинаковый масштаб — и когда они платят налоги, и когда они пользуются государственной защитой. Второй вариант, при котором налоги взимаются пропорционально доходам, строго говоря, нельзя считать справедливым, так как государство защищает своих граждан не пропорционально их доходам, а в той мере, в которой они нуждаются в защите (*курсив оригинала*. — В. С.)».

⁹³ Связь между стремлением уравнивать граждан только арифметическим образом, т.е. на основе количественного измерения имущественных приобретений и потерь, и капиталистической экономикой проясняется благодаря произведенному М. Вебером исследованию рациональности и выделению формальной рациональности как основы индустриального (капиталистического) общества: «Формальная рациональность, в веберовском понимании, — это прежде всего калькулируемость, формально-рациональное — это то, что поддается количественному учету, что без остатка исчерпывается количественной характеристикой» (Гайденко П. П., Давыдов Ю. Н. История и рациональность : Социология М. Вебера и веберовский ренессанс. М., 1991. С. 76).

⁹⁴ Нерсисянц В. С. Философия права. С. 120–123.

⁹⁵ Указ. соч. С. 36–44.

⁹⁶ Указ. соч. С. 36.

⁹⁷ Ср.: Habermas J. Between Facts and Norms. P. 78: «С исторической точки зрения либеральные права (т.е. не политические и не социальные права. — В. С.) кристаллизировались вокруг общественного положения частного собственника».

⁹⁸ Ср.: Гегель Г.-В.-Ф. Указ. соч. С. 35–36: «Часто выражаются так: моя воля была определена такими-то мотивами, обстоятельствами, побуждениями и стремлениями. Это выражение прежде всего содержит в себе предположение, что я был при этом пассивен. На самом же деле я не был пассивен. Я был существенно активен, ибо моя воля допустила эти обстоятельства в качестве мотивов и санкционировала за ними такое значение. Причинное отношение не имеет здесь места. Обстоятельства не являются здесь причинами, а моя воля — их следствием. Согласно причинному отношению, то, что заложено в причине, должно следовать необходимо. Однако, обладая рефлексией, я могу выйти из всякого определения, поставленного передо мной обстоятельствами. Когда человек ссылается на то, что он действовал под влиянием обстоятельства или раздражения, — он просто хочет отстранить от себя поступок. Он низводит себя до положения несвободного существа, существа природы, в то время как всякий его поступок в действительности всегда является его собственным поступком и не может быть поступком кого-либо другого или следствием чего-либо, находящегося вне его. Обстоятельства и мотивы господствуют над человеком лишь тогда, когда он сам допускает это господство».

свободы (свобода для чего?) изменяется по мере развития общества; в масштабе всемирной истории происходит прогресс свободы, т.е. «движение ко все большей свободе все большего числа людей»⁹⁹. Поэтому разнообразные социально-экономические права и иные новые права человека, составляющие содержание относительно недавно достигнутого уровня свободы, не нарушают принцип формального равенства¹⁰⁰. Практическим критерием соответствия отдельной позитивно-правовой нормы принципу формального равенства является справедливость. Закон должен быть справедливым — это требование предполагает проверку законодательных положений на общезначимость (всеобщность), ибо справедливость в любом понимании претендует на всеобщность, «выражает общезначимую правильность»¹⁰¹. Категорический императив И. Канта подчеркивает присущее справедливости свойство общезначимости («поступай только согласно такой максиме, руководствуясь кото-

рой ты в то же время можешь пожелать, чтобы она стала всеобщим законом»)¹⁰². Если установленные законодательством преимущества или особые права отдельных лиц (или групп лиц) выдерживают проверку на справедливость как всеобщность в смысле категорического императива, иными словами, если в данных условиях места и времени общепризнанно, что управомоченные лица получают свое, а не чужое¹⁰³, такие преимущества или особые права соответствуют принципу формального равенства¹⁰⁴. Таким образом, принцип формального равенства (триединство равной меры, свободы и справедливости)¹⁰⁵ в гносеологическом плане служит понятием права (посредством которого познается позитивное право как эмпирическая данность), в плане онтологии представляет собой сущность позитивного права, а в рамках аксиологии — юридическую ценность, т.е. цель права¹⁰⁶.

Н. Луман отрицает наличие у правовой системы цели¹⁰⁷, в том числе код законное/неза-

⁹⁹ Нерсесянц В. С. *Философия права*. С. 40.

¹⁰⁰ Подробнее об основных видах прав человека см.: Варламова Н. В. *Юридическая природа прав человека разных поколений и ее влияние на их обеспечение и защиту* // Ежегодник сравнительного права. 2011. С. 27–62.

¹⁰¹ Нерсесянц В. С. *Философия права*. С. 44.

¹⁰² Кант И. *Основы метафизики нравственности* // Сочинения в шести томах. М., 1965. Т. 4. Ч. 1. С. 260.

¹⁰³ Ср. слова Ульпиана (D. 1,1,10,1): «Предписания права суть следующие: жить честно, не чинить вред другому, каждому воздавать то, что ему принадлежит» (цит. по: *Дигесты Юстиниана* : пер. с латин. / отв. ред. Л. Л. Кофанов. М. : Статут, 2002. Т. I. С. 85).

¹⁰⁴ Правовые преимущества называются льготами в отличие от привилегий, которые в нарушение принципа формального равенства предусматривают исключения из общих правил в эгоистических интересах отдельных лиц. О различии между льготами и привилегиями см.: Лапаева В. В. *Социология права*. М., 2000. С. 186–187.

¹⁰⁵ Касательно трактовки права в качестве единства равенства, свободы и справедливости как отличительной черты и квинтэссенции либертарно-юридической теории права см.: Лапаева В. В. *Типы правопонимания*. С. 131–147.

¹⁰⁶ М. ван Хоек допускает неточность, когда отмечает, будто «право не есть цель права» (*Hoecke M. van. Law as Communication*. P. 114, fn. 27). Цель позитивно-правового предписания состоит в его практическом применении, а урегулированные правом общественные отношения — это правоотношения. Право есть цель права: право в статике («право в книгах») стремится быть правом в динамике (правом в действии), и наоборот (также см.: Нерсесянц В. С. *Общая теория права и государства : учебник для юри. вузов и факультетов*. М., 1999. С. 475–478).

¹⁰⁷ *Luhmann N. Law as a Social System*. P. 184: «...система не может быть целевой системой (goal-oriented system), которая функционирует по направлению к завершению как цели в телеологическом смысле и которая останавливает свои операции, когда достигает этого завершения. Другими словами, единство системы не может быть представлено в системе как цель, или как конечное состояние, которое может быть достигнуто. Направленность на цель может присутствовать в системе, но только в рамках эпизодов, например, отдельных процессов, которые ведут к принятию закона или судебного решения, или переговоров с целью заключения договора....[но] право как таковое не завершается и не останавливает свои операции. <...> Итак, право есть бесконечная история (never-ending story), самовоспроизводящаяся система, которая создает свои элементы только для того, чтобы иметь возможность создавать последующие элементы... (курсив оригинала. — В. С.)».

конное не является целью или ориентиром¹⁰⁸. Подобное воззрение, по всей видимости, не вполне согласуется с системной теорией, ибо у «всех систем есть цель, даже если эта цель — просто сохранение себя, выживание»¹⁰⁹. Н. Луман подчеркивает, что помимо юридического закрепления нормативных ожиданий должно иметь место осуществление этих ожиданий, поскольку выполнение ожиданий поддерживает их существование¹¹⁰. Однако очевидно, что разные правовые предписания зачастую обладают разной эффективностью, иными словами, не все законы исполняются одинаково хорошо¹¹¹. Поиск цели права связан с проблемой обоснования права (каким должен быть закон?); только обоснованные законы являются эффективными, тем самым обеспечивая самосохранение системы позитивного права¹¹². В отличие от либертарно-юридического учения, по которому формальное равенство есть внутренний системообразующий фактор и цель правовой системы, так что несоответствие принципу формального равенства делает закон неправовым, системная теория

Н. Лумана отрывает существование или действительность (*validity*) права от обоснования (*legitimacy*) права, в духе Г. Харта отождествляя действительность нормы с практическим признанием¹¹³. Эта позиция выглядит ничуть не более убедительной, чем предложенное системной теорией понимание справедливости.

Если действительность служит символом единства правовой системы, юридическим обозначением аутопойесиса и операционной закрытости права¹¹⁴, то справедливость как особая норма (которая не является условной программой по формуле «если..., то...»)¹¹⁵ выражает единство правовой системы на уровне само-описания: «Правовая система хочет быть справедливой...»¹¹⁶. По Н. Луману, справедливость есть «формула неопределенности» (*formula for contingency*) правовой системы¹¹⁷. Все является неопределенным, т.е. может быть таким или иным, поэтому правовая система обнаруживает консервативную склонность принимать решения по образцу прошлых решений, что в условиях неопределенности представляет собой сравнительно легкий путь¹¹⁸. Справедливость

¹⁰⁸ Luhmann N. Law as a Social System. P. 190: «...понятие кода не является преемником старого понятия принципа».

¹⁰⁹ О'Коннор Дж., Макдермотт И. Указ. соч. С. 77.

¹¹⁰ Luhmann N. Law as a Social System. P. 164: «Определенность ожидания подвергается риску... в случае, когда поведение, которое соответствует поддерживаемому правом ожиданию, не может быть обеспечено и когда нет даже малейшего шанса, что ожидания могут быть исполнены. Право не может только сообщать: вы правы, но, к сожалению, мы не можем вам помочь. По меньшей мере, право должно быть способно предложить замену (наказание, убытки и т.д.) и принудительно обеспечить эту замену».

¹¹¹ Об эффективности законодательства см.: Лапаева В. В. Социология права. С. 209–223.

¹¹² Ср. Habermas J. Between Facts and Norms. P. 30: «...фактическая действительность (*de facto validity*) или фактическое соблюдение изменяется вместе с изменением веры людей в обоснованность (*legitimacy*) [закона], а эта вера, в свою очередь, основывается на предположении, что данная норма оправдана. Чем менее обоснованным является правопорядок, или хотя бы считается таковым, тем больше требуется других факторов, таких как устрашение, сила обстоятельств, обычай и простая привычка, чтобы добиться выполнения».

¹¹³ Luhmann N. Law as a Social System. P. 130. Касательно взглядов Н. Лумана на обоснование права также см.: Hoeske M. van. Law as Communication. P. 193–194.

¹¹⁴ Luhmann N. Law as a Social System. P. 122–131.

¹¹⁵ Luhmann N. Law as a Social System. P. 217: «Здесь также под нормой понимается просто противостоящее фактам притязание (*contra-factual claim*) на действительность, которое может сохраняться даже в случае разочарования. <...> Никакая отдельная операция системы, тем более никакая структура не избегает проверки на соответствие ожиданию, что она справедлива; иначе будет утрачено соотношение данной нормы с единством системы. С другой стороны, норма справедливости должна сообщить определенный ориентир для отдельной ситуации, однако из связи данной операции с системой непосредственно не следует, что она (*m.e. операция. — В. С.*) является справедливой».

¹¹⁶ Luhmann N. Law as a Social System. P. 213.

¹¹⁷ Luhmann N. Law as a Social System. P. 214.

¹¹⁸ Luhmann N. Law as a Social System. P. 228.

как формула неопределенности исправляет эту косность правовой системы, обеспечивая чувствительность права к воздействиям окружающей среды, т.е. других социальных систем¹¹⁹. Справедливость в понимании Н. Лумана означает подлинно юридический самоконтроль правовой системы, преодолевающий противоречие естественно-правового учения и юридического позитивизма¹²⁰.

Справедливость нельзя понимать как желательное направление развития правовой системы в смысле стремления к большей справедливости¹²¹. Формула неопределенности состоит в наблюдении посредством различия определенность/неопределенность (*determinacy/indeterminacy*)¹²². В качестве формулы неопределенности правовой системы справедливость использует особый вариант этого различия — равное/неравное (*equal/unequal*)¹²³. Справедливость требует лишь одинаковых решений в одинаковых ситуациях и разных решений в разных ситуациях: «Равное обращение (*equal treatment*) является, таким образом, правилом, которое допускает исключения при обнаружении очевидной несхожести между рассматриваемыми вопросами»¹²⁴. В сфере юридической аргументации похожую роль выполняет различие между повторяемостью и разнообразием (*redundancy/variety*)¹²⁵. Добавление новой информации в порядке изменения правовой системы под воздействием окружающей среды (разнообразие)¹²⁶ не может прерывать системные коммуникации (повторяемость): «Нечто должно происходить... чтобы останавливать дезинтеграцию правовой системы на группы отдельных решений, которые не имеют связи друг с другом.... Создание достаточной повторяемости является ответом на эту проблему. Если справедливость состоит

в последовательности решений (*consistency of decisions*), мы также можем сказать: справедливость — это повторяемость»¹²⁷. Юридическая аргументация основана на повторении: «Аргументирование очевидно предпочитает повторяемость, уменьшение информации и неожиданностей»¹²⁸. Изложенное понимание справедливости и аргументации защищает стабильность правовой системы, но едва ли является верным: «Доводы (*reasons*) служат не только повторяемости, но изначально обоюдоостры: они не только обеспечивают согласованность знания, но также являются новаторскими, иначе говоря, показывают новые вещи в новом свете и могут изменить контекст знания»¹²⁹.

Итак, юридическая аргументация ищет опору скорее в прошлом, подводит решение под уже известное и установленное, чем обращается к желательным последствиям в неясном будущем¹³⁰. Подобным образом справедливость предпочитает уравнивать, чем обнаруживать неравенство: «Равное обращение не нуждается в обосновании, тогда как неравное обращение требует оправдания. Симметрия двух сторон формы [равное/неравное] превращается в асимметрию (т.е. подчинение неравенства равенству. — В. С.) с помощью схемы правило/исключение из правила»¹³¹. Теория справедливости Н. Лумана не может объяснить возникновение неравного внутри правовой системы. Неодинаковое применение правила или различие правил для различных обстоятельств, т.е. неравенство, должно быть обосновано, однако в каждом конкретном случае такое обоснование приходит из окружающей среды, а не изнутри правовой системы. Границы системы становятся прозрачными, право в виде признанно-

¹¹⁹ Luhmann N. Law as a Social System. P. 219.

¹²⁰ Luhmann N. Law as a Social System. P. 213.

¹²¹ Luhmann N. Law as a Social System. P. 217.

¹²² Luhmann N. Law as a Social System. P. 216.

¹²³ Luhmann N. Law as a Social System. P. 217–218.

¹²⁴ Luhmann N. Law as a Social System. P. 132.

¹²⁵ Luhmann N. Law as a Social System. P. 220.

¹²⁶ Luhmann N. Law as a Social System. P. 332.

¹²⁷ Luhmann N. Law as a Social System. P. 319.

¹²⁸ Luhmann N. Law as a Social System. P. 332.

¹²⁹ Habermas J. Between Facts and Norms. P. 526.

¹³⁰ Luhmann N. Law as a Social System. P. 334–339.

¹³¹ Luhmann N. Law as a Social System. P. 132.

го неравенства обнаруживается за пределами правовой системы¹³². Г. Тойбнер разъясняет это слабое место системной теории: «Хотя... позитивное право может возникнуть только благодаря сокрытию юридического парадокса, понятие справедливости, которое отделено от позитивного права, но связано с ним, непосредственно противостоит парадоксу права, больше не относится только к внутренней последовательности права или его соответствию окружающей среде. Вместо того чтобы оставаться формулой неопределенности права, справедливость становится формулой его трансцендентности»¹³³.

Вполне в духе консервативно понимаемого равенства Н. Луман заявляет об опасности дополнения прав человека правами на социальную поддержку. Социально-экономические права в разных странах защищаются неодинаково, поэтому появление подобных прав угрожает всемирной значимости прав человека¹³⁴. Согласно системной теории, права человека делают возможной включенность в различные социальные системы, что соответствует открытости современного общества: «С функциональной точки зрения предназначение прав человека заключается в том, чтобы не стеснять будущее самовоспроизводство соответствующих систем. Никакое распределение, классификация, тем более никакое политическое разделение людей не может ограничивать бу-

дущее»¹³⁵. Иначе говоря, права человека обеспечивают беспрепятственный аутопойесис социальных систем.

Тема прав человека в трактовке системной теории связана с социологической проблемой включенности (*inclusion*) и исключенности (*exclusion*) человека в обществе. Если в традиционном и иерархическом обществе человек был включен только в одну систему, приобретал статус благодаря принадлежности к одному сегменту или страте общества, то в современном функционально дифференцированном обществе ни одна социальная система не включает человека полностью. Нельзя быть только ученым или художником. «Каждый, — продолжает К. Борх, — постоянно перемещается между включенностью в различные функциональные системы (находится в экономической системе при оплате пива в баре; затем в религиозной системе во время молитвы; затем в политической системе при обсуждении политических инициатив и проч.). Это также означает, что никто не может определять свою индивидуальность на основе включенности, поскольку она постоянно изменяется от одного контекста к другому»¹³⁶. Права человека служат компенсацией за утрату определенности общественного положения¹³⁷. Однако они не вполне помогают человеку в нынешних условиях все более усложняющегося общества, неопределенного

¹³² Здесь также проявляется недостаточная разработка отношения между системой и окружающей средой в рамках системной теории: «Несмотря на предложенные понятия, такие как структурное соединение и взаимопроникновение (*structural coupling and interpenetration*), трудно избавиться от впечатления, что теория Лумана может очень мало предложить для понимания того, как системы относятся к своей окружающей среде, включая отношения системы к системе» (*Borch C. Op. cit. P. 139*).

¹³³ *Teubner G. Economics of Gift — Positivity of Justice. P. 471.*

¹³⁴ *Luhmann N. Law as a Social System. P. 48–485.*

¹³⁵ *Luhmann N. Law as a Social System. P. 135.*

¹³⁶ *Borch C. Op. cit. P. 49.* Поэтому Н. Луман говорит об индивидуальности исключения (*exclusion individuality*): «...человек больше не может полагаться на определенные системы для определения своей индивидуальности; индивидуальность должна создаваться независимо от этих систем, так сказать, за их пределами или как остаток после них (*as their residue*). Грубо говоря, идентичность больше не определяется рождением; напротив, она представляет собой нечто требующее постоянной работы. Хотя это можно рассматривать как бремя, с другой стороны, это можно рассматривать как освобождение от сковывающих социальных структур. Функциональная дифференциация предоставляет человеку больше пространства для создания своей индивидуальности. <...> Усложняющаяся социальная дифференциация не ведет к меньшей индивидуальности. Скорее наоборот, чем более дифференцированным является общество, тем больше простора для индивидуальности» (*Luhmann N. Law as a Social System*).

¹³⁷ *Luhmann N. Law as a Social System. P. 417.*

будущего, неуправляемых рисков и экологических проблем¹³⁸. Право постепенно утрачивает способность стабилизировать нормативные ожидания, сталкиваясь, кроме прочего, с новыми требованиями гуманитарного характера, которые возникают в неформальных субкультурах и зачастую направлены против правовой системы¹³⁹. Право не противостоит вынужденной исключенности значительно-го числа людей из социальных систем и не объединяет тех, кто включен в социальные системы¹⁴⁰. Хотя грубейшие нарушения прав человека по-прежнему могут вызывать общественное противодействие, в том числе на глобальном уровне¹⁴¹, по всей видимости, современная правовая система находится в кризисе: «...право теряет свою значимость и информационную ценность для обыденной жизни людей»¹⁴².

В социологическом плане системная теория Н. Лумана принадлежит к заложенной Э. Дюркгеймом структурно ориентированной традиции изучения общества, которая отличается от оформленной М. Вебером исследовательской парадигмы, направленной на

изучение общества сквозь призму действий рациональных субъектов¹⁴³. «Деятели (*actors*) должны рассматриваться как самостоятельные авторы событий или их действия представляют собой лишь отражение мощных надличностных структур и традиций, которые, так сказать, руководят деятелями?»¹⁴⁴ Н. Луман полностью поддерживает второй из указанных вариантов. Его системная теория указывает на господство информации и знаний в современном обществе, когда кажется, что не человек владеет информацией, а информация — человеком. Индивидуальность растворяется в коммуникациях, которые отражают не столько человеческие нужды, сколько бездушную логику социальных систем. В юридической функциональной подсистеме общества законы создаются не людьми и для людей, напротив, возникают и действуют практически сами по себе. Обнаруженный Н. Луманом основополагающий парадокс права лишь подчеркивает нежизнеспособность этого порядка, а усилия правовой системы по сокрытию парадокса предлагают человеку жизнь в мире иллюзий.

¹³⁸ Luhmann N. Law as a Social System. P. 418–419: «...право утрачивает важность для структурного соединения индивидуального сознания и общественной коммуникации. Следовательно, в необходимых случаях право теряет способность мобилизовать сознание для достижения юридических целей.... Поэтому правовая система нуждается в скандалах, которые привлекают большое общественное внимание, или в огромных отчетах в стиле Amnesty International, чтобы поддерживать главенство права (*rule of law*), в котором индивидуально никто более не заинтересован. <...> Субъективные права гарантируют возможность человеку самому решать, осуществлять права или нет. Чисто психологические факторы могут играть роль при принятии этого решения, однако на него могут влиять также поддержка со стороны общественных связей, например, мнение семьи и друзей, степень финансового риска, или вопрос времени, которое готовы потратить на подобную стрессовую деятельность. <...> Судебный процесс создает для человека огромное неудобство, с точки зрения каждодневной жизни участие в нем едва ли имеет смысл. “Судись” или “уйди”, вот в чем вопрос (*сноски внутри цитаты опущены*. — В. С.)».

¹³⁹ Luhmann N. Law as a Social System. P. 469.

¹⁴⁰ Luhmann N. Law as a Social System. P. 489: «Люди, которые не имеют адреса проживания, не могут отправить своих детей учиться в школу. Люди, которые не имеют регистрационных документов, не могут жениться или обратиться за социальной помощью. Неграмотные, будь они формально исключены или нет, не участвуют в политике. Исключенность из одной функциональной области мешает включенности в другие. Напротив, включенность делает возможной меньшую интеграцию, что означает больше свободы, тем самым соответствуя логике функциональной дифференциации. Функциональная дифференциация требует неплотного соединения функциональных систем.... В этом скрываются возможности для нарушения права и коррупции. Возможности, предоставляемые включенностью, могут быть преобразованы в личную выгоду, восходящую мобильность и карьеру (*курсив оригинала*. — В. С.)».

¹⁴¹ Luhmann N. Law as a Social System. P. 485–486.

¹⁴² Luhmann N. Law as a Social System. P. 417.

¹⁴³ Подробнее см.: Eriksen E. O., Weigard J. Understanding Habermas. Communicative Action and Deliberative Democracy. London — New York, 2003. P. 18.

¹⁴⁴ Eriksen E. O., Weigard J. Op. cit. P. 87.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Аквинский Ф. Сумма теологии. Часть II-I. Вопросы 90—114. — Киев, 2010.
2. Алексенко А. В. Код правовой системы в социологии права Н. Лумана // Труды Института государства и права Российской академии наук. Статьи аспирантов и стажеров Института государства и права. — 2010. — № 5.
3. Алексенко А. В. Концепция легитимации политико-правовых решений Никласа Лумана // Право и политика. — 2012. — № 3.
4. Алексенко А. В. Право как инструмент управления обществом в правовых концепциях Н. Лумана, Дж. Гриффитса и С. Мур // Современная социология права. — М., 2013.
5. Антонов М. В. О системности права и «системных» понятиях в правоведении // Правоведение. — 2014. — № 1.
6. Аристотель. Никомахова этика // Сочинения в 4 томах. — Т. 4. — М., 1983.
7. Варламова Н. В. Юридическая природа прав человека разных поколений и ее влияние на их обеспечение и защиту // Ежегодник сравнительного права — 2011.
8. Гайденок П. П., Давыдов Ю. Н. История и рациональность: Социология М. Вебера и веберовский ре-
нессанс. — М., 1991.
9. Гарднер М. А ну-ка, догадайся! — М., 1984.
10. Гегель Г.-В.-Ф. Введение в философию: Философская пропедевтика. — М., 2011.
11. Дигесты Юстиниана : пер. с латин. / отв. ред. Л. Л. Кофанов. — Т. I. — М. : Статут, 2002.
12. Ивин А. А. Логика. — М., 2008.
13. Ильин И. Л. О сущности правосознания. — М., 1993.
14. Кант И. Основы метафизики нравственности // Сочинения в шести томах. — Т. 4. — Ч. 1. — М., 1965.
15. Лапаева В. В. Социология права. — М., 2000.
16. Лапаева В. В. Типы правопонимания: правовая теория и практика. — М., 2012.
17. Нерсисянц В. С. Общая теория права и государства : учебник для юридических вузов и факультетов. — М., 1999.
18. Нерсисянц В. С. Философия права. — М., 2011.
19. О'Коннор Дж., Макдермотт И. Искусство системного мышления: необходимые знания о системах и творческом подходе к решению проблем. — М., 2006.
20. Степанов Ю. С. Альтернативный мир, Дискурс, Факт и принцип Причинности // Язык и наука конца XX века / под ред. Ю. С. Степанова. — М., 1995.
21. Сурмин Ю. П. Теория систем и системный анализ. — Киев, 2003.
22. Четвернин В. А. Введение в курс общей теории права и государства. — М., 2003.
23. Юм Д. Трактат о человеческой природе // Сочинения в двух томах. — Т. 1. — М., 1996.
24. Borch C. Niklas Luhmann. — London — New York, 2011.
25. Eriksen E. O., Weigard J. Understanding Habermas. Communicative Action and Deliberative Democracy. — London — New York, 2003.
26. Habermas J. Between Facts and Norms: Contribution to a Discourse Theory of Law and Democracy. — Cambridge, Massachusetts, 1996.
27. Hoeske M. van. Law as Communication. — Oxford — Portland, Oregon, 2002.
28. Kedar N. The Political Origins of the Modern Legal Paradoxes // Paradoxes and Inconsistencies in the Law / ed. by O. Perez, G. Teubner. — Oxford — Portland, Oregon, 2006.
29. Luhmann N. Law as a Social System. — Oxford, 2004.
30. Teubner G. Dealing with Paradoxes of Law: Derrida, Luhmann, Wiethölter // Paradoxes and Inconsistencies in the Law / ed. by O. Perez, G. Teubner. — Oxford — Portland, Oregon, 2006.
31. Teubner G. Economics of Gift — Positivity of Justice: The Mutual Paranoia of Jacques Derrida and Niklas Luhmann // Derrida and law / ed. by P. Legrand. — Aldershot, 2009.
32. Teubner G. The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism // Cardozo Law Review. — 1991—1992. — № 13.

Материал поступил в редакцию 17 июня 2015 г.

Legal doctrines of Niklas Luhmann and the crisis of modern society

SLYSHCHENKOVA Vladimir Aleksandrovich — PhD in Law, PhD in Law, Head of the Department of Comparative Law, The Moscow School of Social and Economic Sciences (MSSES)
[vslyshchenkov@universitas.ru]
119571, Russia, Moscow, Prospect Vernadskogo, 82, building 2.

Review. The article introduces the basic concepts of system theory of law by Niklas Luhmann, such as communication, autopoiesis, normative expectations, legal / illegal code, the paradox of the legal system, the formula of uncertainty, and also suggests a critical analysis of the provisions of the system theory backed by the position of V.S. Nersesyants and Ju. Habermas. N. Luhmann's consideration of communications through the prism of public relations reflects the subordination of human heartless logic of social systems in modern society. The fundamental paradox, which was noted by N. Luhmann, regarding the legal system turns into the dependence of law from political powers, which indicates the failure of the internal search system-forming factor of the legal system. The positivist approach threatens the systematicity of rules. The proposed by system theory understanding of justice does not help self-development of the legal system. The legal system has no purpose, human rights are considered from instrumental point of view as a means of smooth self-reproduction of social systems. In this approach, the further development of human rights for the sake of ensuring a decent standard of living seems undesirable distortion. Legal opinions of N. Luhmann express the crisis of modern society, where the right is gradually losing its relevance to everyday life. The main drawback of the Luhmann's system theory of law consists in reducing standards to the fact in a sociological way. Libertarian legal theory of V.S. Nersesyants seems more consistent application of the system approach to the study of law which overcomes the paradox of legal system due to the proper interpretation of regulations, thus solving the problem of self-justification of law. A legal rule can not be a fact because it is a theoretical model of positive law. Libertarian legal theory understands the legal norm not in the logical sense of the normative statements with a bunch of "should", but in a legal sense as a special form of obligation other than the structure of "if ... then ... else ..." (hypothesis, disposition and sanction). Here, the positive law as a whole is conceptualized as one legal norm. This allows you to make system rules defined as a regulatory ideal, revealing the importance of the principle of formal equality as the backbone of the internal factors of the legal system.

Keywords: system theory, legal communication, the paradox of legal system, justice, autopoiesis, code, legal / illegal, normative rules, systematicity of rules, libertarian legal theory, the principle of formal equality.

REFERENCES

1. St. Thomas Aquinas Summa Theologica Part II-I. Questions 90-114. Kiev, 2010.
2. Aleksenko A.V. The code of legal system in the N. Luhmann's sociology of law Proceedings of the Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences The articles by postgraduates and interns of the Institute of State and Law, 2010. №5. Moscow, 2010
3. Aleksenko A.V. The concept of legitimation of the political and legal decisions by Niklas Luhmann Law and Politics, 2012. No. 3.
4. Aleksenko A.V. Law as a tool of social control within the legal concepts of Luhmann, J.. Griffith and S. Moore Modern Sociology of Law, Moscow, 2013.
5. Antonov M.V. About System Rules and the "system" in terms of jurisprudence Jurisprudence, 2014, №1.
6. Aristotle. Nicomachean Ethics Works in 4 volumes, T.4. Moscow, 1983.
7. Varlamova N.V. Legal nature of the human rights of different generations and its impact on their welfare and protection Yearbook of Comparative Law, MOSCOW, 2011.
8. Gaidenko P.P., Davydov Ju.N. Sociology of Max Weber and Weber renaissance, Moscow, 1991.
9. Gardner M. Try to guess, Moscow, 1984.
10. Hegel G.W.F. Philosophical propaedeutics, Moscow, 2011.
11. Digesty The Digest of Justinian Translation from Latin. L. L. Kofanov (ed.) Vol. 1, MOSCOW, Statut, 2002.
12. Ivin A.A. Logics, Moscow, 2008.
13. Il'in I.L. On the essence of justice Moscow, 1993.
14. Kant I. Metaphysical Foundations of Natural In 6 Volumes T.4. Part 1, Moscow, 1965
15. Lapaeva V. V. Sociology of La], Moscow, 2000.

16. *Lapaeva V. V.* Types of understanding the law: legal theory and practice Moscow, 2012
17. *Nersesiants V. S.* General Theory of Law and State. Textbook for law schools and institutes Moscow, 1999.
18. *Nersesiants V.S.* Philosophy of Law MOSCOW, 2011.
19. *O'Connor J., McDermott I.* The Art of Systems Thinking: Essential Skills for Creativity and Problem Solving, Moscow, 2006.
20. *Stepanov Iu. S.* Alternative World, Discourse, Fact and the principle of Causality Language and Science in the end of the XX century S. Stepanov (ed.), Moscow, 1995.
21. *Surmin Iu. P.* Systems theory and system analysis, Kiev, 2003.
22. *Chetvernin V.A.* Introduction to the general theory of law and state, Moscow, 2003.
23. *Hume D.* Treatise of Human Nature In two volumes, VOL. 1, Moscow, 1996.
24. *Borch C.* Niklas Luhmann. London – New York, 2011;
25. *Eriksen E. O., Weigard J.* Understanding Habermas. Communicative Action and Deliberative Democracy. London – New York, 2003;
26. *Habermas J.* Between Facts and Norms: Contribution to a Discourse Theory of Law and Democracy. Cambridge, Massachusetts, 1996;
27. *Hoecke M. van.* Law as Communication. Oxford – Portland, Oregon, 2002;
28. *Kedar N.* The Political Origins of the Modern Legal Paradoxes // Paradoxes and Inconsistencies in the Law. Ed. by O. Perez, G. Teubner. Oxford – Portland, Oregon, 2006;
29. *Luhmann N.* Law as a Social System. Oxford, 2004;
30. *Teubner G.* Dealing with Paradoxes of Law: Derrida, Luhmann, Wiethölter // Paradoxes and Inconsistencies in the Law. Ed. by O. Perez, G. Teubner. Oxford – Portland, Oregon, 2006;
31. *Teubner G.* Economics of Gift – Positivity of Justice: The Mutual Paranoia of Jacques Derrida and Niklas Luhmann // Derrida and law. Ed. by P. Legrand. Aldershot, 2009;
32. *Teubner G.* The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism // Cardozo Law Review. 1991–1992. N 13.