

РАЦИОНАЛЬНОСТЬ В ПРАВЕ: ПОДХОД Н. ЛУМАНА*

Тухватулина Лиана Анваровна – аспирант, младший научный сотрудник. Институт философии РАН. Российская Федерация, 109240, г. Москва, ул. Гончарная, д. 12, стр. 1; e-mail: spero-meliora@bk.ru



Автор анализирует основания системно-коммуникативной теории Н. Лумана в применении к проблеме рациональности в праве. Одним из главных преимуществ подхода Лумана видится отказ от субъектоцентристской интерпретации рациональности. Это обстоятельство позволяет рассматривать рациональность как интегральное свойство правовой системы, характеризующее меру ее чувствительности к процессам, происходящим вовне. Автор рассматривает значение понятий «нормативной закрытости» и «когнитивной открытости» в обосновании системного подхода к проблеме юридической рациональности. Особое внимание уделяется конструктивной функции парадоксов в праве, делается вывод о том, что парадоксы являются следствием «открытой структуры права» и во многом обеспечивают гибкость правоприменения.

Ключевые слова: Луман, рациональность, теория коммуникации, парадокс, тавтология, философия права, эпистемология права

RATIONALITY IN LAW: NIKLAS LUHMANN'S APPROACH

Liana A. Tukhvatulina – PhD student, junior research fellow. Institute of Philosophy, Russian Academy of Sciences. 12/1 Goncharnaya St., Moscow, 109240, Russian Federation; e-mail: spero-meliora@bk.ru

Author considers the foundations of Niklas Luhmann's communicative theory in application to the problem of rationality in law. She argues that one of the most important advantages of Luhmann's approach is the rejection of the subject-centric interpretation of rationality. This sort of rejection makes it possible to consider rationality as an integral property of the legal system which reflects system's sensitivity to some of incoming agitations. The author analyzes the concepts of "normative closure" and "cognitive openness" and their role in legal rationality justification. The author discusses the positive meaning of paradoxes in law and considers them as a consequence of the law's open structure.

Keywords: Luhmann, rationality, theory of communication, paradox, tautology, philosophy of law, epistemology of law

Осмысление проблемы рациональности в философии, как и в смежных социальных науках, на протяжении длительного времени было связано с проблемой субъекта как носителя этой самой рациональности. Обращение к субъекту позволяло заменить понятие рациональности более традиционным понятием разумности, обозначив

* Статья подготовлена при поддержке РФФИ, проект № 17-03-00733 «Системно-коммуникативный подход Н. Лумана в приложении к Российскому обществу».



необходимость поиска «неизменных и универсальных принципов человеческого понимания, согласно которым формировались идеи и которые управляли человеческим мышлением» [Тулмин, 1984, с. 36]. Подобное субстантивистское понимание рациональности многократно критиковалось за чрезмерный формализм и анти-историзм – отказ от учета всего многообразия культурно обусловленных факторов, влияющих на образ рациональности в ту или иную эпоху. Кроме того, подобная концептуализация требовала введения определенных этических и антропологических допущений по поводу природы субъекта, что делало ее особенно уязвимой для эпистемологической критики [Касавин, Сокулер, 1989, с. 8–28]. В философии права два полюса в осмыслении рациональности могут быть обозначены формальным нормативизмом Г. Кельзена, где основания рациональности правоприменителя редуцируются к действующим нормам права и правилам их интерпретации, и американским правовым реализмом, где главной формой рациональности оказывается судебское усмотрение, требующее особого внимания к личностным, а потому неизбежно случайным, особенностям того или иного судьи. Недостаточность каждой из этих концепций позволяет предположить, что более целостное представление о сущности рациональности в праве может быть получено благодаря отказу от субъектоцентристских подходов. И здесь особый интерес может представлять системный подход Н. Лумана.

Своеобразие подхода, предложенного Луманом, заключается в выведении вопросов, связанных с проблемой рациональности субъекта (в том числе субъекта, действующего в правовом пространстве), за рамки выстроенной им теории. Сам Луман характеризовал свою теорию общества, частью которой является и системная теория права, как «радикально антигуманистическую». «Антигуманизм» Лумана во многом является следствием общего разочарования, связанного с философскими поисками прочных оснований практической рациональности индивидуального субъекта. В общем виде эту идею выразил Ю. Хабермас в предисловии к своей работе по коммуникативной философии права: «...ни в телеологии истории, ни в природе человека не может быть обнаружено содержание практического разума, с тех пор как философские основания идеи познающего субъекта были разрушены. Мы также не можем обосновать соответствующее содержание случайными отсылками к “счастливым” историям и традициям. Это обстоятельство объясняет привлекательность единственно оставшейся возможности – дерзкого отказа от разума как такового, будь то в форме постницшеанской критики разума или в рамках более трезвого системного функционализма, который нейтрализует все, что, с точки зрения индивидуальной перспективы, принимается как обязательное или значимое» [Habermas, 1996, p. 35].



Концепция Лумана не является прямым продолжением структурно-функционального анализа Т. Парсонса; оригинальность и революционность социологического воображения Лумана делают эту (как и всякую другую) историко-философскую атрибуцию крайне затруднительной. Однако же, при всем своеобразии, немецкий социолог, воспринимая принципы системного анализа, тем самым отказывается от идеи конститутивной роли рационального субъекта в объяснении природы социальной нормативности. Эта идея, как известно, восходит к неокантианству и, главным образом, к типологии социального действия М. Вебера. **Радикальный разрыв Лумана с идеей суверенного индивида, или индивидуального сознания, происходит уже на самом фундаментальном для его теории уровне определения понятия коммуникации.** «Под коммуникацией Луман понимает не передачу некоего смыслового содержания от одного индивида к другому или от передатчика к приемнику, а “...некое исторически-конкретно протекающее, зависимое от контекста событие”. <...> Коммуникация является операцией, в которой происходит перераспределение знания и незнания, а не связь или передача информации» [Назарчук, 2009, с. 113]. Единственным агентом коммуникации для Лумана является общество, которое через коммуникацию воссоздает само себя. Общество, по Луману, представляет собой аутопойетическую систему, т. е. систему, способную к структурному самовоспроизводству за счёт способности избирательного реагирования на воздействия окружающей среды. Эта система, в свою очередь, состоит из множественных аутопойетических субсистем, которым, как и обществу в целом, свойственна «оперативная замкнутость». Последнее свойство, как известно, обозначает характерные для данной системы способы самовоспроизводства. Здесь существенно, что, стремясь описать характерные для каждой из систем способы аутопойезиса, Луман пытается заглянуть в «черный ящик» и понять механизмы, посредством которых система осуществляет выбор («селекцию») в ответ на сигналы тревоги, возникающие внутри. Эта особенность отличает подход Лумана от, скажем, сугубо «кибернетического» описания политической системы, предложенного американским политологом Д. Истоном, где политическая система предстает «черным ящиком», судить о функционировании которого можно лишь по косвенным признакам – по тому, какой «исход» (output) он выдает, реагируя на соответствующие «раздражающие» воздействия (input), поступающие извне. Напротив, для Лумана сам тезис о непосредственном взаимодействии системы со средой является крайне проблематичным.

Дело в том, что способность к автономии и конструированию границ, отделяющих систему от окружения, является одним из ее фундаментальных свойств. Устанавливая границы, система создает условие для выборки тех коммуникативных стимулов («информации» и «сооб-



щений»), которые могут представлять для нее интерес и инициировать определенные операции. Иными словами, отнюдь не адаптация к внешним вызовам является условием выживания системы. Луман полагает, что адаптация как эволюционный процесс приспособления системы к внешним условиям ее существования вообще не является «задачей» систем. Ведь адаптация так или иначе подразумевает «знание» специфики внешней среды, в то время как лумановские системы благодаря своей изоляции не имеют доступа к окружению и потому не могут обладать таким «знанием». Под адаптацией, как уточняет социолог, может подразумеваться лишь усложнение структурной композиции самой системы, ее нарастающая внутренняя дифференциация, которая позволяет компенсировать неизвестность окружающего мира благодаря избытку возможностей для ответа на возникающие раздражения («ирритации»). Между тем принципиально важно то, что ответом здесь будет не результат некоего обращения вовне (в окружающую среду), а самореферентная (аутопойетическая) реакция системы. Система всякий раз имеет дело только с самой собой. Даже «шоковое» (информационное) воздействие на систему, которое является для нее совершенно неожиданным и предполагает некоторое изменение операций, рассматривается Луманом как «определение к самоопределению», т. е. как внутренний процесс в системе. Всякое воздействие, исходящее из окружения системы, проходит через своеобразный фильтр, который представляет собой так называемый «бинарный код». Луман дает следующее определение бинарному коду: «Под кодом мы будем понимать такую структуру, которая для каждого произвольного элемента в пределах своей области релевантности может найти и упорядочить другой дополнительный элемент» [Луман, 2001, с. 54]. Таким образом, система, по Луману, производит так называемую «редукцию комплексности», упорядочивая воздействия благодаря бинарному коду. Релевантными являются лишь те воздействия, что подходят под установленную кодировку, либо же те, что должны были бы подходить, однако система не может распознать, какой именно стороне оппозиции их следует атрибутировать (в таком случае система имеет дело с «парадоксом»). В случае с правовой системой бинарным кодом является оппозиция «правовое/неправовое», а оперативная замкнутость специфицируется как *нормативная замкнутость*, поскольку «только норма решает, имеют ли конкретные факты правовую значимость или нет» [Luhmann, 1986, p. 113].

Требование «нормативной замкнутости» обусловлено, помимо прочего, особым местом правовой системы в системе общества: правовая система вынужденно пребывает на границе должного и сущего. Право выполняет нормативную функцию, формируя горизонт коммуникативных ожиданий. А потому на этом уровне функциони-



рование правовой системы должно оставаться полностью автономным. Это означает, что в процесс выработки правовых норм и осуществления нормативной функции не может вмешиваться никакая другая система (в первую очередь, политическая). Луман уточняет, что «понятие аутопойетической замкнутости означает, главным образом, то, что обращение системы к своим собственным операциям, являющимся, в свою очередь, результатом ее предшествующих операций, есть неотъемлемый элемент воспроизводства системы» [Luhmann, 1988, p. 336]. **Иными словами, ресурсом самоподдержания системы является совокупность ее собственных операций, которая обеспечивает темпоральное единство функционирования системы и предсказуемость направления ее развития.** Очевидно, что идея аутопойезиса, помимо прочего, выражает условия *стабильности* системы, что в применении к правовой системе обретает особый смысл. В свою очередь, стабильность оказывается первым условием выполнения правом той функции, что обеспечивает легитимность его нормативного вменения – а именно, «формирование коммуникативных ожиданий по поводу того, что должно (ought to) случиться» [Luhmann, 2004, p. 158].

Подобная формулировка может показаться не вполне убедительной, коль скоро функцию «формирования коммуникативных ожиданий» можно приписать всякой нормативной системе, а не только праву. Социокультурная специфика различных сообществ на этапах их истории отражает, в том числе, и разную степень общественного авторитета той или иной нормативной системы (морали, права, религии и пр.), в зависимости от чего будет различаться и мера их воздействия на регуляцию коммуникативных ожиданий. Однако же справедливости ради стоит отметить, что системная теория Лумана (по его собственному признанию) ориентирована, главным образом, на описание и объяснение реалий современного ему капиталистического Запада, где именно позитивное право благодаря принципу юридической ответственности очерчивает общезначимый горизонт нормативных ожиданий. Никакая иная нормативная система в современном обществе не может столь же эффективно обеспечивать эту функцию так, как это делает правовая система. Многообразие религиозных форм, идейный плюрализм, невозможность и нежелательность непогрешимой, а потому репрессивной, системы моральных догм выражают ценность единства в различии, где основу единства задает именно правовая система, построенная на принципе формального равенства. Эта специфическая особенность права стала результатом длительного общеисторического процесса, течение которого требовало нарастающей функциональной «дифференциации» социальных институтов, установления все более явных и жестких границ между системами внутри суперсистемы общества. Мера функциональной



обособленности (специализации) отдельных систем предстает здесь едва ли не определяющим критерием эволюционной динамики общества, которая выражается в нарастающей сложности его устройства.

Под «нормативной закрытостью» Луман, по-видимому, имеет в виду, в том числе, и то общепризнанное соображение, что единственным основанием и предпосылкой всех коммуникаций в системе права является совокупность позитивных норм. Никакие иные нормативные основания, существующие в рамках других систем (в религии, морали, науке и пр.), не могут лежать в основе коммуникаций в системе права. Прямым нарушением этого принципа будет, скажем, судебный приговор человеку за отрицание существования бога. Разумеется, такой приговор является заведомо неправосудным до тех пор, пока не будет законодательно закреплена соответствующая норма. Это очевидное для современных правоведов соображение Луман полностью разделяет с господствующими представлениями юридических позитивистов, которые ограничивают понятие права совокупностью действующих норм¹. Однако подход Лумана позволяет компенсировать одну из лакун в правовом позитивизме, поскольку он не ограничивается представлением о нормативной закрытости правовой системы. Не менее значимым условием здесь является и *когнитивная открытость*, или, как говорит Луман, способность системы «учиться у окружающей среды» [Luhmann, 2004, p. 117]. Социолог считает, что «правовая система является открытой для когнитивной информации, но закрытой для нормативного контроля» [Luhmann, 2004, p. 113].

Эта идея представляется чрезвычайно значимой, поскольку в ней заключается альтернативное решение той теоретической трудности в обосновании права, с которой сталкивался юридический позитивизм. Эта трудность – в неспособности позитивизма дать последовательное объяснение структурным и содержательным изменениям в системе правовых норм. Дело в том, что наиболее последовательное (с точки зрения теоретических установок юридического позитивизма и, главным образом, идеи борьбы за «чистоту» права) объяснение предполагает необходимость признания за правом способности к самокоррекции. Причем, процесс самокоррекции может быть наиболее легитимным лишь в том случае, если он исключает какое-либо внешнее волевое вмешательство. Иными словами, это – самокоррекция без непосредственного участия человека, поскольку неминуемые субъективные привнесения так или иначе вредят идее «чистого» правоприменения. Последнее, в пределе своем, должно представлять своего рода *эманацию* нормы, ее неискаженную актуализацию в мире сущего. Эту идею отличает несомненное

¹ Авторы введения к англоязычному переводу работы Лумана “Das Recht der Gesellschaft” (“Law as a Social System”) Р. Ноблз и Д. Шифф полагают, что немецкий социолог, несмотря на всю специфичность системной теории права, является прямым преемником юридических позитивистов [Luhmann, 2004, p. 1–52].



интеллектуальное изящество, однако ее реализация в мире, где в правоприменении участвуют люди, а не только идеальные структуры, всегда представлялась крайне затруднительной.

В этой связи любопытно, что логика построения системной теории Лумана предполагает возможность такой самокоррекции. И именно понятие «когнитивной открытости» призвано обосновать ее возможность. Как уже было сказано, Луман полностью отрицает факт адаптации системы под требования окружающей среды, отстаивая принцип аутопойезиса. Однако же здравый смысл не позволяет утверждать и наличие обратной ситуации – полную герметичность систем, отсутствие каких бы то ни было способов их взаимодействия с окружающей средой и получения информации из нее. Луман полагает, что «система контролирует окружающую среду, которая является операционально недоступной для нее, посредством уточнения своих собственных операций, используя для этого бинарный код, который фиксирует согласие или несогласие [системы включать операции в число релевантных для нее. – Л.Т.]» [Luhmann, 1988, p. 336]. **Значение бинарного кода (напомню, что в случае с правом речь идет об оппозиции «правовое/неправовое»)** заключается в том, что он является главным средством установления границ правовой системы. Границы, в свою очередь, являются конститутивным элементом всякой системы, поскольку они строго фиксируют «возможные сочетания элементов», включенных в систему. И именно четкость и непоколебимость границ систем обеспечивает то их специфическое свойство *рекурсивности*, которое требует, чтобы все операции в системе проходили исключительно через отсылку к другим, уже совершённым, операциям этой системы.

Наблюдатель как альтернатива субъекту

В свете сказанного вполне правомерным представляется вопрос о том, каким же все-таки образом система (и в частности, правовая система) способна «уточнять собственные операции»? Луман, похоже, оставляет единственную возможность для ответа. Поскольку код представляет собой средство различения «своего» и «чужого», а событие может быть воспринято как «свое» только через отсылку к уже существующему, то «опыт» системы, мера разнообразия уже существующих в ней связей во многом определяют ее функциональные возможности, а именно – степень чувствительности системы к внешним раздражителям, а также широту спектра самих этих раздражителей.

Для понимания специфики комплексной организации правовой системы чрезвычайно важным является понятие наблюдателя. Последнее служит альтернативой понятию субъекта и обладает в этом



смысле рядом преимуществ. В первую очередь, за счет введения понятия наблюдателя Луману удастся избежать необоснованных допущений, связанных с наделением субъекта особым «внеобыденным даром». Примечательно, что немецкому социологу удастся избежать этой опасной ловушки, главным образом, благодаря жестко функционалистской трактовке понятия наблюдателя. Итак, «...наблюдение есть применение различия для обозначения одной стороны и обозначения другой» [Луман, 2007, с. 149]. **Наблюдатель же – та инстанция, которая производит это различие.** Уже это определение делает очевидным тот факт, что «наблюдатель – это не то же самое, что психическая система, не то же самое, что сознание» [Луман, 2007, с. 152]. Ведь если роль наблюдателя определяется функцией проведения различий, то в таких сложных системах, как, например, право или экономика, наблюдателями оказываются не только отдельные индивиды, но целые институты, вроде судов или банков. Наблюдение понимается Луманом как постоянно воспроизводимая процедура конструирования различий внутри системы, которую осуществляет множество наблюдателей. Причем это множество до некоторой степени может быть определено устойчивой структурой самой системы (например, в праве – это иерархия судов), однако функцию наблюдения в той или иной мере осуществляет всякий участник коммуникации внутри системы. По Луману, наблюдение «есть перемещение границы между тем, что видно, и тем, что не видно, но нет никакого научного или просветительского разъяснения мира как совокупности вещей, форм или сущностей...» [Луман, 2007, с. 152]. Исходя из этого пояснения, можно сделать вывод, что Луман отрицает самую возможность оценки наблюдений с точки зрения каких-либо независимых критериев. Ведь всякое новое наблюдение, по сути, заключается в пересборке объекта наблюдения путем изменения производимых различий. Всякое наблюдение обладает собственной познавательной значимостью и не может подлежать сравнению с каким-либо другим наблюдением.

Очевидно, что принцип наблюдения в системной теории Лумана выявляет радикально-конструктивистскую позицию автора. Специфичность этой позиции заключается в отсутствии некоего исходного («глобального») наблюдателя (трансцендентального субъекта, Бога и т. д.), который удерживал бы единство наблюдения, задавая его общие принципы. Введение такого рода решающей инстанции невозможно, поскольку оно противоречило бы исходным посылкам системной теории Лумана – главным образом, основополагающей идее аутопойезиса. Ведь принцип самовоспроизводства и оперативной замкнутости систем не позволяет последовательно обосновать вмешательство каких-то внесистемных параметров в ход их операций. Между тем Луман вполне сознает недостаточность тезиса о несопоставимости наблюдений, а потому находит иное обоснование их



верифицируемости. Так, социолог отмечает, что всякий акт наблюдения предполагает наличие «слепого пятна», которым оказывается сам наблюдатель. Это обстоятельство требует введения еще одного уровня наблюдения («наблюдателя второго порядка»), что компенсирует «слепое пятно» первоначального наблюдения. А далее выстраивается целая иерархия наблюдений и наблюдателей, которая в своем единстве обеспечивает целостное самоописание системы.

С введением понятия наблюдателя Луман добивается большей ясности в понимании принципов функционирования систем. Так, именно благодаря этому понятию становится понятно, что все те свойства, которыми обладает система, реализуются посредством наблюдателя. В таком случае, очевидно, что наблюдатель – это не только исследователь, но и в некотором смысле инженер системы. Ведь акт наблюдения и описания системы не исчерпывается сугубо познавательными задачами; переописание системы в некотором смысле ведет и к ее реконфигурации [Антоновский, 2017].

В этой связи принципиально важным является вопрос о том, насколько равны наблюдатели в своих правах и возможностях для «пересборки» систем в процессе наблюдений? Ответ на этот вопрос не представляется столь уж очевидным. Ведь, с одной стороны, радикальный конструктивизм Лумана требует признания равной значимости за всяким наблюдением, или, по меньшей мере, не дает однозначных критериев для качественного отбора наблюдений. С другой стороны, институциональная организация правовой системы, наличие четко дифференцированных функций и полномочий акторов внутри нее требуют признания того, что наблюдение внутри правовой системы достаточно жестко упорядочено. Так, в качестве первичного наблюдателя в правовой системе можно выделить корпус правовых норм. Объектом его наблюдения является значительный сегмент общественных отношений, выделенный по критерию соответствия или несоответствия нормам права. Данный критерий задается самим правовым корпусом и не имеет оснований вне его самого. В качестве наблюдателей второго порядка, вероятно, можно рассматривать иерархию судов, осуществляющих правоприменение. Законодательные органы и конституционный суд также осуществляют наблюдение за правовым корпусом, обладая уникальным правом что-либо менять в нем. Здесь стоит отметить, что система наблюдения в правовой ед-ва ли имеет последовательную иерархичную структуру – скорее, она представляет собой сеть, где за одним и тем же элементом может осуществляться наблюдение с разных позиций. А кроме того, сами отношения наблюдения являются, по-видимому, симметричными, а вовсе не однонаправленными. Также важно и то, что сама «архитектура» наблюдений внутри системы может меняться в зависимости от принадлежности правовой системы той или иной правовой традиции.



Общей характеристикой наблюдения будет являться лишь то, что мера сложности организации системы будет напрямую связана с мерой дифференциации наблюдателей внутри нее.

Факторы рациональности права: тавтология и парадокс

Нарастающая сложность организации, в свою очередь, по Луману, свидетельствует в пользу нарастающей рациональности системы. Ведь «...функция дифференциации функциональных систем заключается в том, чтобы повысить возможности рациональности, повысить раздражимость, чувствительность, резонанс в функциональных системах, дать возрасти способности системы испытывать нарушения и в то же время держать наготове меры противодействия...» [Луман, 2007, с. 199–200]. **Стоит отметить, что Луман толкует понятие рациональности как совокупное свойство системы, характеризующее степень ее чувствительности к внешним воздействиям и «резонансу» от других систем.** Подобная трактовка позволяет Луману избежать опасных ловушек, связанных с субъектоцентристскими интерпретациями этого понятия.

Рациональность не является свойством индивидуального сознания и не может быть сведена к нему. Понятие рациональности в системной теории служит для качественной оценки функционирования системы в целом. Рациональность оказывается понятием, позволяющим фиксировать значимые тенденции в историческом развитии общественных систем. Так, в случае с правовой системой ретроспективный анализ западной системы права показывает, что ее нарастающая рационализация заключается в том, что все больше информации становится для нее «юридически релевантной». «Так, например, по сравнению с началом Нового времени или Средневековьем, мы располагаем более утонченными процедурами для проверки субъективных обстоятельств дела. Раньше не могла бы возникнуть сама идея считать волю на заключение договора юридически релевантной, потому что волю или мотивы невозможно было определить» [Луман, 2007, с. 199]. **Конечно, и в наши дни возникают существенные затруднения с анализом так называемой «субъективной стороны дела», однако же современное право невозможно представить совсем без учета таковой.**

Современную западную систему права характеризует принцип самовалидации: легитимность правового вменения обосновывается тавтологическим образом – особой социальной конвенцией, требующей следования этому вменению в силу законодательно закрепленного статуса норм. Согласно Луману, тавтология является неотъемлемой



характеристикой самоописания всякой сложной аутопойетической системы. Любопытно, что, с одной стороны, это свойство является собой ресурс для самосохранения системы, а с другой – угрозу полной консервации системы, что чревато утратой адекватности ее взаимодействия со средой. Ведь обратной стороной стабильности и упорядоченности могут оказаться косность и неповоротливость права. А потому подобное обстоятельство требует введения альтернативного типа описания, построенного на *принципе парадокса* [Teubner, 2006].

Для понимания сути парадоксов в праве и их конструктивной функции необходимо, в первую очередь, определиться с самим понятием парадокса. Так, согласно дефиниции, предложенной американским философом Н. Решером, **парадокс представляет собой «совокупность пропозиций, каждая из которых является правдоподобной (plausible), однако в сумме они оказываются несовместимыми»** [Rescher, 2001, p. xxi]. Общее решение парадоксов, которое в этой связи предлагает Решер, заключается в том, чтобы «отбросить или, по крайней мере, модифицировать один из тезисов, порождающих коллизию» [Rescher, 2001, p. 11]. **Иными словами, разрешение конфликта, возникающего вследствие избытка информации, заключается в снижении «информационного возмущения»** путем отказа от избыточных предпосылок.

Подобная тактика представляется достаточно последовательной, но ее применимость для разрешения парадоксов, возникающих в праве, едва ли выходит за рамки узко практических задач, стоящих перед юристами и правоведами. Так, способ, предложенный Решером, является едва ли не единственным средством разрешения правовых коллизий, возникающих, например, в результате наличия видимых противоречий между нормативно-правовыми и правоприменительными актами. Устранение подобных противоречий зачастую упирается в волевое решение, нацеленное на снижение «информационного возмущения» за счет признания приоритетности того или иного нормативного источника или конкретной нормы. Разумеется, подобное решение во многом оформляется благодаря структурной композиции самой правовой системы – тем принципам ее организации и функционирования, что создают основу для выработки желательных, с точки зрения системы, решений. Сами юристы сходятся во мнении, что коллизии в праве не только являются источником затруднений для правоприменения, но и во многом обеспечивают «динамику права», заставляя его всякий раз вновь и вновь пересматривать наличные нормативные установления на предмет их адекватности и эффективности.

Кроме того, современные правоведаы отмечают, что некоторая «парадоксальность», присущая правовой системе в целом, является признаком сложности ее организации. А значит, в определенном смысле, отражает меру ее совершенства. Так, О. Перез, один из по-



следователей Лумана в области правовой мысли, отмечает, что для современного права характерна своеобразная дилемма между «согласованностью» (consistency) и «чувствительностью к многообразию» (pluralistic sensitivity) [Perez, 2006]. Эта дилемма имеет аксиологическую природу: речь идет о ценностном конфликте, выражающем едва ли не взаимоисключающие требования общества к правовой системе. Одним из наиболее выдающихся достижений западных правовых систем является институционализация принципа универсальности правоприменения, благодаря которому были устранены статусные (классовые, сословные, расовые и проч.) различия в отношении к закону. Этот принцип также называют принципом формального равенства перед законом, реализация которого требует строгости, однозначности и единства в правоприменении. Однако же этот принцип может вступать в некоторое противоречие с другим ценностным приоритетом, согласно которому правовая система должна, в первую очередь, выполнять функцию справедливого арбитра, чувствительного к сложной специфике рассматриваемых им обстоятельств. Основные затруднения, возникающие в этой связи, связаны, по мнению Переза, с социокультурным многообразием в обществе и угрозой «дискриминации тех сообществ, ценностные установки которых оказываются в той или иной мере несопоставимыми (incompatible) с существующими правовыми нормами» [Perez, 2006, p. 122].

С точки зрения такой установки право оказывается инструментом постоянного проектирования и воссоздания желаемого образа общества. Общество (государство как форма общественной организации), в свою очередь, как бы выражает «действительность нравственной воли» людей, его составляющих. Вот только, в отличие от гегелевского телеологизма, нравственная воля отнюдь не является предсуществующей – напротив, она всякий раз нуждается в реализации посредством конкретных юридических решений. Право, тем самым, оказывается едва ли не ключевой формой самопонимания и самопрезентации общества. И потому мера рациональности (в лумановском смысле) права требует выработки особых процедур, повышающих меру его гибкости. В этой связи, разрешение противоречия между двумя важнейшими ценностными императивами, адресованными праву, едва ли может быть в полной мере осуществлено способом Решера. Ведь, следуя американскому философу, социокультурное многообразие оказывается тем самым «информационным шумом», который необходимо проигнорировать ради устранения противоречий. Вероятно, этот путь был бы наиболее простым, но, с учетом вышесказанного, едва ли желательным.



«Размытые понятия» и открытая структура права

Современные правовые системы находят решение обозначенной выше дилемме благодаря существованию в праве «размытых понятий» (*vague concepts*). Целый ряд конституционных принципов построен на использовании такого рода понятий – «равенство», «свобода мысли и слова», «достоинство личности», «защита чести» и пр. Эти понятия специфичны принципиальной недоопределенностью их значений и, как следствие того, чрезвычайной гибкостью их интерпретации в ходе реального правоприменения. Определенным образом вопрос о корректности интерпретации самых общих норм решается в более частных правовых источниках, где каждое из «размытых понятий» наделяется более или менее четким значением. Однако их общая недоопределенность всякий раз оставляет возможность опротестовать корректность той или иной интерпретации в конституционном суде.

Недоопределенность фундаментальных дефиниций оказывается, в данном случае, условием единства всей совокупности норм, поскольку каждая конкретная интерпретация может претендовать на генетическую связь с исходным принципом. Подобная недоопределенность позволяет примерять единые принципы под многообразие регулируемых отношений с учетом самой специфики этих отношений («открытая структура права») [Харт, 2007, с. 127–138]. Благодаря этому обе стороны дилеммы, казалось бы совершенно непримиримые, реализуются, не блокируя друг друга. Прекрасный пример подобного сосуществования демонстрирует принцип «превентивных действий» в экологическом праве, который анализирует О. Перез. Интересы защиты окружающей среды, реализуемые в этой области права, могут входить в противоречия с интересами технологического прогресса, а также экономического развития в целом, создавая дополнительные издержки для производителей. Вопрос о приоритетности того или иного интереса не может быть однозначно решен на уровне общей правовой регламентации. А потому в одном из основных документов – Рио-де-Жанейрской декларации по окружающей среде и развитию (1992) – предельно обобщенно формулируются принципы разрешения возможных противоречий. Так, Принцип 15 утверждает, что

в целях защиты окружающей среды государства в соответствии со своими возможностями широко применяют принцип принятия мер предосторожности. В тех случаях, когда существует угроза серьезного или необратимого ущерба, отсутствие полной научной уверенности не используется в качестве причины для отсрочки принятия экономически эффективных мер по предупреждению ухудшения состояния окружающей среды [Декларация, 1992].



Употребление «размытых понятий», вроде «угрозы серьезного и необратимого ущерба», «отсутствия полной научной уверенности», «экономически эффективных мер», приводит к колоссальным разночтениям в интерпретации этого положения Декларации. Так, антиглобалисты и «зеленые» активисты настаивают на необходимости введения дополнительных налоговых обременений в отношении крупных промышленных компаний и транснациональных корпораций, поскольку оценка «серьезности и необратимости» ущерб от их деятельности не требует «полной научной уверенности». Промышленное лобби требует признания того, что это положение Декларации лишь указывает на принципиальную неопределенность понятия «риска», а потому не может быть аргументом в пользу введения дополнительных производственных ограничений. Подобные дискуссии усиливают общественное давление на правосудие. Но, вместе с тем, «размытые понятия» являются важным элементом нормативной основы для гибкости правоприменения – его способности примеряться к регулируемым им обстоятельствам, всякий раз вынося конкретное решение о допустимом соотношении технологического прогресса и экологического ущерба.

Значимость «размытых понятий» подтверждается не только их практической востребованностью, но и ролью в решении проблемы информационной недостаточности, которую испытывает система по отношению к другим системам, пребывая в состоянии «оперативной замкнутости». В этой связи «размытые понятия» можно считать своего рода «защитным поясом» правовой системы, позволяющим ей сохранять стабильность и эффективность в условиях постоянного информационного дефицита.

Конструктивная функция «размытых понятий» в отправлении правосудия может обосновываться лишь в соотнесении с социокультурным и историческим контекстом, в котором эти понятия наделяются тем или иным значением. Современные европейские правоведы, отстаивая идею плодотворности таких понятий, по умолчанию отсылают к социокультурному контексту секулярного западного общества с развитыми демократическими институтами, независимым судом, важностью идеи верховенства прав человека и т. д. А потому определяющим фактором, позволяющим судить о том, насколько использование «размытых понятий» способствует гуманности и справедливости правосудия (а именно их достижение требует гибкости правоприменения), является именно качественное своеобразие социокультурного контекста, определяющего границы дозволенного при их интерпретации.

Конструктивная функция «размытых понятий» в правоприменении ярко иллюстрирует значимость того, что Луман называет «когнитивной открытостью» правовой системы – меры ее чувствительности к вызовам, поступающим извне ее границ. Последнее, в свою очередь, является ключевым основанием для признания за правом долж-



ной меры рациональности, требующейся для компенсации постоянного информационного дефицита, в котором существует, по Луману, всякая аутопойетическая система. Преодоление неопределенности через максимизацию этой самой неопределенности – тот путь, который в общем виде предлагает немецкий социолог. Представляется, что язык системной теории Лумана позволяет обосновать значимость понимания рациональности права как меры его «когнитивной открытости». По-видимому, именно такая интерпретация рациональности в большей степени соответствует тем ценностным установкам, которые требуют гибкости и в определенном смысле деликатности правоприменения в современном мире.

Список литературы

- Антоновский, 2017 – Антоновский А.Ю. Наука как социальная система. Никлас Луман о механизмах социальной эволюции знания и истины // *Вопр. философии*. 2017. № 7. С. 158–171.
- Декларация, 1992 – Рио-де-Жанейрская декларация по окружающей среде и развитию. URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/riodecl.shtml (дата обращения: 08.06.2017)
- Касавин, Сокулер, 1989 – Касавин И.Т., Сокулер З.А. Рациональность в познании и практике. Критический очерк. М.: Наука, 1989. 192 с.
- Луман, 2001 – Луман Н. Власть / Пер. с нем. А.Ю. Антоновского. М.: Праксис, 2001. 256 с.
- Луман, 2007 – Луман Н. Введение в системную теорию / Пер. с нем. К. Тимофеевой. М.: Логос, 2007. 360 с.
- Назарчук, 2009 – Назарчук А.В. Теории коммуникации в современной философии. М.: Прогресс-Традиция, 2009. 320 с.
- Тулмин, 1984 – Тулмин С. Человеческое понимание. М.: Прогресс. 1984. 327 с.
- Харт, 2007 – Харт Г.Л.А. Понятие права. СПб.: Изд-во С.-Петербург. ун-та, 2007. 302 с.
- Habermas, 1996 – Habermas J. Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy. Cambridge, Mass.: The MIT Press, 1996. xliii +631 p.
- Luhmann, 1986 – Luhmann N. The Self-Reproduction of Law and its Limits // *Dilemmas of Law in the Welfare State* / Ed. by G. Teubner. Berlin: Walter De Gruyter, 1986. 352 p.
- Luhmann, 1988 – Luhmann N. Closure and openness: on reality in the world of law // *Autopoietic law: a new approach to law and society* / Ed. by G. Teubner. Berlin: Walter de Gruyter, 1988. P. 335–348.
- Luhmann, 2004 – Luhmann N. Law as a Social System / Trans. by K.A. Ziegert. Oxford: Oxford University Press, 2004. 512 p.
- Perez, 2006 – Perez O. The Institutionalisation of Inconsistency: From Fluid Concepts to Random Walk // *Paradoxes and Inconsistencies in the Law* / Ed. by O. Perez, G. Teubner. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publ., 2006. P. 119–144.



Rescher, 2001 – *Rescher N. Paradoxes. Their Roots, Range and Resolution.* Chicago and La Salle, Illinois: Open Court. 2001. 320 p.

Teuber, 2006 – *Teubner G. Dealing with Paradoxes in Law: Derrida, Luhmann, Wiethoelter // Paradoxes and Inconsistencies in the Law / Ed. by O. Perez & G. Teubner.* Oxford and Portland, Oregon: Hart Publ., 2006. P. 41–64.

References

Antonovski, A. Yu. Nauka kak sotsial'naya sistema. Niklas Luman o mekhanizmakh sotsial'noi evolyutsii znaniya i istiny [Science as a social system. Niklas Luhmann on mechanisms of the social evolution of knowledge and truth], *Voprosy filosofii*, 2017, no. 7, pp. 158–171. (In Russian)

Habermas, J. *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy.* Cambridge, Mass.: The MIT Press, 1996. xliii + 631 pp.

Hart, G. L. A. *Ponyatie prava* [The Concept of Law]. Saint Petersburg: Saint Petersburg Univ. Publ., 2007. 302 pp. (In Russian)

Kasavin, I. T., Sokuler, Z. A. *Ratsional'nost' v poznanii i praktike. Kriticheskii ocherk* [Rationality in cognition and practice. Critical essay]. Moscow: Nauka, 1989. 192 pp. (In Russian)

Luhmann, N. Closure and openness: on reality in the world of law, in: G. Teubner (ed.), *Autopoietic law: a new approach to law and society.* Berlin: Walter de Gruyter, 1988, pp. 335–348.

Luhmann, N. The Self-Reproduction of Law and its Limits, in: G. Teubner (ed.), *Dilemmas of Law in the Welfare State.* Berlin: Walter De Gruyter, 1986. 352 pp.

Luhmann, N. *Vlast'* [Macht]. Moscow: Praxis, 2001. 256 pp. (In Russian)

Luhmann, N. *Vvedenie v sistemnyuyu teoriyu* [Introduction to systems theory]. Moscow: Logos, 2007. 360 pp. (In Russian)

Luhmann, N., Ziegert, K. A. (transl.). *Law as a Social System.* Oxford: Oxford University Press, 2004. 512 pp.

Nazarchuk, A. V. *Teorii kommunikatsii v sovremennoi filosofii* [Theories of communication in contemporary philosophy]. Moscow: Progress-Traditsiya, 2009. 320 pp. (In Russian)

Perez, O. The Institutionalisation of Inconsistency: From Fluid Concepts to Random Walk, in: O. Perez, G. Teubner (eds.), *Paradoxes and Inconsistencies in the Law.* Oxford and Portland, Oregon: Hart Publ., 2006, pp. 119–144.

Rescher, N. *Paradoxes. Their Roots, Range and Resolution.* Chicago and La Salle, Illinois: Open Court. 2001. 320 pp.

Rio-de-Zhaneirskaya deklaratsiya po okruzhayushchei srede i razvitiyu [The Rio Declaration on Environment and Development (1992)]. [http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/riodecl.shtml, accessed on 08.06.2017]. (In Russian)

Teubner, G. Dealing with Paradoxes in Law: Derrida, Luhmann, Wiethoelter, in: O. Perez & G. Teubner (eds.), *Paradoxes and Inconsistencies in the Law.* Oxford and Portland, Oregon: Hart Publ., 2006, pp. 41–64.

Toulmin, S. *Chelovecheskoe ponimanie* [Human Understanding]. Moscow: Progress, 1984. 327 pp. (In Russian)