

Балансирование ценностей и ценность балансирования (часть вторая)

© 2021 г. Г.А. Гаджиев^{1*}, Е.А. Войниканис^{2**}

¹ Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»,
Санкт-Петербург, 190121, ул. Союза Печатников, д. 16.

² Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»,
Москва, 109028, Покровский бульвар, д. 11.

* E-mail: ggadzhiev@hse.ru

** E-mail: evoinikanis@hse.ru

Поступила 10.03.2021

Вторая часть статьи посвящена анализу двух эпистемологических проблем, которые непосредственно связаны с балансированием ценностей в судебной практике, – природе прав человека и взаимосвязи права с неправовой нормативностью. По мнению авторов, спор между Хабермасом и Алексисом о том, каковы «полномочия» права в сфере прав человека, иллюстрирует конфликт между неокантианской философией права и юриспруденцией интересов, между абсолютизмом деонтологической этики и консеквенциализмом. Балансирование правовых ценностей, использующее в том числе экономический анализ права, является одним из способов осознанной эволюции права, его синхронизации с жизнью социума. Другая проблема связана с конфликтом между естественными границами права как научной и практической области знания и регуляторной функцией права, которая предполагает своевременное и адекватное реагирование права на внешние события и вызовы. Авторы обращаются к идеям Н. Лумана, различавшего нормативную закрытость права и его когнитивную открытость, и приходят к выводу, что между правом и другими нормативными системами (такими как этика и экономика) осуществляется и прямая, и косвенная коммуникация. Право ассимилирует и преобразовывает идеи и ценности других областей знания, но оно также развивается с ними в одном контекстуальном пространстве, что позволяет говорить о наличии общих структур познания.

Ключевые слова: ценности, балансирование, юриспруденция интересов, деонтология, консеквенциализм, автопойетическая система, нормативная закрытость, когнитивная открытость.

DOI: 10.21146/0042-8744-2021-10-53-64

Цитирование: Гаджиев Г.А., Войниканис Е.А. Балансирование ценностей и ценность балансирования (часть вторая) // Вопросы философии. 2021. № 10. С. 53–64.

Balancing of Values and the Value of Balancing (Part Two)

© 2021 Gadis A. Gadzhiev^{1*}, Elena A. Voinikanis^{2**}

¹ HSE University, 16, Soyuza Pechatnikov str., St. Petersburg, 190121, Russian Federation.

² HSE University, 11, Pokrovsky blvd., Moscow, 109028, Russian Federation.

* E-mail: ggadzhiev@hse.ru

** E-mail: evoinikanis@hse.ru

Received 10.03.2021

The second part of the article is devoted to the analysis of two epistemological problems that are directly related to the balancing of values in judicial practice – the nature of human rights and the relationship between law and non-legal normativity. According to the authors, the dispute between Habermas and Alexy over what is the authority of law in the area of human rights illustrates the conflict between Kantian legal philosophy and jurisprudence of interests, between the absolutism of deontological ethics and consequentialism. Balancing legal values, using, among other things, the economic analysis of law, is one of the ways of the conscious evolution of law, its synchronization with the flow of life of society. Another problem is related to the conflict between the natural boundaries of law as a scientific and practical field of knowledge, and the regulatory function of law, which presupposes a timely and adequate response of the law to external events and challenges. The authors turn to Luhmann's distinction between the normative closeness of law and its cognitive openness and come to the conclusion that there is both direct and indirect communication between law and other normative systems (such as ethics and economics). Law assimilates and transforms ideas and values of other areas of knowledge, but it shares with them the same context, which allows us to speak of the common cognitive structures.

Keywords: values, balancing, jurisprudence of interests, deontology, consequentialism, autopoietic system, normative closeness, cognitive openness.

DOI: 10.21146/0042-8744-2021-10-53-64

Citation: Gadzhiev, Gadis A., Voinikanis, Elena A. (2021) "Balancing of Values and the Value of Balancing (Part Two)", *Voprosy filosofii*, Vol. 10 (2021), pp. 53–64.

Проблемы юридической оптимизации: спор Алекси и Хабермаса

Не все ученые солидарны в том, что допустимо взвешивание основных прав-принципов. Хабермас полагает, что «участие» в процедуре взвешивания, оптимизации само по себе дискредитирует право человека. По сути, именно так он сформулировал свою позицию, критикуя фундаментальную и получившую широкое признание статью Р. Алекси «Формула веса». Суть теории Алекси заключается в том, что «правовые принципы – это требования оптимизации, т.е. требования, чтобы нечто было воплощено в жизнь в той степени, в какой это возможно юридически и фактически; таким образом они характеризуются тем, что их реализация всегда происходит в той или иной мере. Правовые нормы не обладают указанным свойством: в каждом конкретном случае они либо выполняются, либо нет... В случае конфликта принципов необходимо определить, какой из правовых принципов имеет больший вес, и действовать

в соответствии с правилом: чем выше степень ограничения одного принципа, тем выше важность проведения в жизнь другого» [Тимошина, Краевский 2015, 139]. Почему же авторитетный философ выступает как противник взвешивания? Причин, по его мнению, несколько, но самая главная состоит в том, что в процессе балансирования судьи вынуждены будут использовать любые аргументы, то есть не только юридические, и тогда стена, возведенная в ходе многовекового юридического дискурса посредством деонтологического понимания права, разрушится [Habermas 1996, 258–259]. «В той мере, в которой конституционный суд принимает доктрину объективного порядка ценностей и основывает свои решения на своего рода моральном реализме или моральном конвенционализме, опасность иррациональных решений возрастает, потому что аргументы, основанные на функционализме, берут верх над нормативными аргументами» [Habermas 1996, 259]. Доктрина объективного порядка ценностей была сформулирована Конституционным судом Германии в 1958 г. в деле Люта [Федеральный Конституционный суд Германии 2018, 276–283]. Интерпретация данной доктрины, предложенная Хабермасом, означает, что права человека должны быть изъяты из-под действия метода взвешивания, а случаи их конкуренции должны разрешаться догматически – по сути, как коллизии норм. Заслуживает упоминания также подход Р. Пошера. Ученый считает, что для вступающих в коллизию норм-принципов «...существует определенное количество фактических ситуаций, к которым они применимы. Для этого количества ситуаций государство должно предусмотреть правила разрешения коллизий между фактическими составами, а эти правила могут быть преобразованы в фактический состав соответствующей коллизионной нормы [Пошер 2015, 150].

У описанной точки зрения есть один серьезный изъян: если бы практически было возможно создать сонмище коллизионных норм или же реализовать советы Р. Пошера, то практика давно бы уже пошла по этому пути. Нереалистичность такого подхода состоит в том, что коллизия не может «ждать», пока появятся новые фактические составы, то есть новые нормы. Собственно, иногда это и происходит, если после решения суда, оптимизирующего коллизионные нормы-принципы, законодатель закрепляет полученную судами ситуационную норму в законе. По сути дела, аналогичные аргументы использует Е.В. Тимошина [Тимошина 2017]. Позиция Хабермаса непрактична потому, что он не учитывает важного обстоятельства: как это ни покажется парадоксальным, балансирование, юридическая оптимизация может рассматриваться как разновидность социального квазиэкспериментирования (хотя многих такое предположение может возмутить). Юрист А. Корбин, декан Йельской школы права, в своем прощальном письме преподавателям при уходе в отставку показывает, почему Хабермас не прав. Обобщая свой многолетний опыт изучения права, Корбин считает важным напомнить, что бесполезно искать в праве, которое создано человечеством, что-то абсолютное, и идея абсолютных правовых ценностей, абсолютных и неизменных прав скорее всего утопична. Поэтому он видит надежду на человеческое счастье и благополучие в том, что человечество осознает имеющиеся ограничения и перестанет искать абсолют, в том, что оно признает, что есть «только относительная и человеческая» (а не абсолютная!) справедливость. Намекая на концепцию Р. Дворкина, он оценивает правила и принципы следующим образом: «Правила и принципы, как бы мы их ни называли (политическими, экономическими, эпическими или юридическими), – это результат балансирования интересов. Это пробные действующие жизненные правила, и их не следует отвергать за то, что они не абсолютные» [Калабреззи 2016, 295].

У этой дискуссии есть философская компонента, на которую целесообразно обратить внимание. Итак, «суть догматического проекта Р. Алекси и сторонников его теории заключается, – как резюмирует Е.В. Тимошина, – в том, чтобы за счет характерных для принципов свойств – прежде всего их относительного характера, обусловленного зависимостью от фактических и юридических возможностей их осуществления, – представить конституционные нормы о правах человека в качестве оптимизирующих предписаний и разрешить возникающие ситуации их конкуренции через оптимизирующее

взвешивание» [Тимошина 2017, 471]. Почему же Ю. Хабермас, Р. Пошер и разделяющая их взгляды Е.В. Тимошина не склонны соглашаться с концепцией Р. Алекси? Указанные авторы прежде всего оспаривают базовую для концепции позицию *нормативного дуализма*, иными словами, различия между нормативностью правовых принципов и нормативностью конкретных юридических норм, причем различия настолько глубокого, что при разрешении споров между носителями конфликтующих основных прав требуется совершенно иной метод разрешения этих дел, основанный на оптимизации принципов.

В юриспруденции есть научная традиция рассматривать принципы права как категорические нормы, то есть нормы, не имеющие гипотезы в качестве условия ее применения. Так, Л.И. Петражицкий, как заметила Е.В. Тимошина, интерпретировал принципы права как категорические нормы и, «соответственно... считал “недоразумением” доказательство условного характера нормы, запрещающей убийство, со ссылкой на допущение смертной казни, убийства на войне и т.д.» [Тимошина 2017, 473]. Считаем необходимым привести следующую цитату Л.И. Петражицкого, которую помещает в своей статье Е.В. Тимошина: «...Есть много таких норм, которые не только... переживаются нормально в категорической форме, но вместе с тем соответствуют таким общим принципам права, которые уже на теперешней ступени развития человеческой культуры имеют в цивилизованном мире характер абсолютно-общих, чуждых всяких исключений принципов. Такой характер не только категорических норм, но и абсолютно-общих принципов цивилизованного права имеют, например, нормы, не допускающие пыток, так называемой квалифицированной смертной казни... порабощения людей и торговли ими и проч. Какие бы “интересы” или “цели” ни имелись в виду, такие и т.п. *посягательства на личность и права другого культурным правом отвергаются*» [Петражицкий 2000, 270–271]. Права, содержащиеся в категорических нормах, являются, согласно Е.В. Тимошиной, «абсолютными (безусловными) в том смысле, что связываются исключительно с самим существованием (экзистенцией) человека, являясь своего рода “мерилом человечности” в человеке» [Тимошина 2017, 473–474]. Таким образом, по мнению Е.В. Тимошиной, «с позицией нормативного дуализма невозможно согласиться, исходя из того, что правовые принципы (фундаментальные права), с точки зрения особенностей текстуального выражения их нормативной природы в конституционных актах, могут быть рассмотрены как *категорические (безусловные) нормы высокой степени абстрактности, имеющие представительно-обязывающий характер*» [там же, 471].

«...Традиция отрицания категорических норм связывается с именем основоположника юриспруденции интересов Р. фон Иеринга, а в российской теории права – с именами его последователя Н.М. Коркунова, а также Г.Ф. Шершеневича» [там же, 474]. По словам Е.В. Тимошиной, Коркунов утверждал, что «безусловных норм не существует, *потому что на их основе невозможно разграничение интересов*» [там же, 475]. Этот аргумент можно встретить и в концепции Р. Алекси. Следовательно, Р. Алекси продолжает научную традицию, заложенную Р. фон Иерингом, в рамках которой нормы права рассматриваются с точки зрения их функции, то есть *телеологически*, как средство достижения определенной цели. Е.В. Тимошина уточняет: Ю. Хабермас в споре с Алекси указывает, что «в результате интерпретации принципов, как оптимизирующих предписаний они теряют свою деонтологическую (нормативную) природу, вследствие чего принципы права приобретают исключительно телеологический, утилитарный смысл» [там же, 476]. В позиции Ю. Хабермаса, как и позиции Л.И. Петражицкого, можно обнаружить влияние философии Канта, и это дает основание предположить, что взгляды Алекси на оптимизацию норм-принципов имеют сходство с консеквенциалистской версией этики [Möller 2007, 462], а взгляды Ю. Хабермаса в большей степени соотносимы с деонтологией [Habermas 1990, 203]. С точки зрения традиционной теории права совместимость и даже приоритетность применения деонтологической этики к пропорциональности и балансированию вполне может быть обоснована, и такие попытки предпринимаются [Šušnjar 2010; Zamie, Medina 2010].

Напротив, в исследованиях по праву и экономике, ориентированных на реальные потребности судебной практики, преобладает подход, основанный на понимании норм как принципов, близкий философии Алекси и консеквенциализму [Матис 2015; Cserne 2011; Fried 2012]. В рамках традиции консеквенциализма благополучие или счастье общества понимается как баланс между счастьем и несчастьем, в котором счастье всегда должно перевешивать. С правовой точки зрения это означает, что суды должны руководствоваться правилами, которые позволяют обеспечить такой баланс. Консеквенциализм выдвигает на первый план вопрос об *оценке последствий судебных решений*, что на практике означает новый уровень взаимосвязи между правовыми ценностями и фактами.

Здесь можно вспомнить Дж. Дьюи, который отстаивал точку зрения, согласно которой консеквенциализм увеличивает, а не уменьшает юридическую определенность. Для него было очевидно, что статичная логика и система юридических категорий и понятий не соответствуют скорости социальных изменений. Смысл и значение правовой определенности заключаются не в идентичных судебных решениях как таковых, а в том, каковы «правовые последствия», которые общество в лице судов связывает со сделками и другими экономически важными действиями, которые они совершают [Dewey 1924]. Использование готовых и привычных понятий дает чувство стабильности, но это ложное чувство: пытаюсь сохранить в неприкосновенности правовые доктрины и понятия, суды принимают решения, которые все больше расходятся с реальной жизнью. Дж. Дьюи пишет о необходимости новой логики, которая «уменьшит воздействие привычки и будет способствовать использованию здравого смысла в отношении вопросов, касающихся социальных последствий» [ibid., 21]. Интересно, что больше всего Дьюи беспокоило то, как будут восприняты его идеи, касающиеся судебных решений, поскольку именно их он оценивал как «революционные»: «Они указывают либо на то, что от логики следует отказаться, либо на то, что это должна быть логика, которая относится к последствиям, а не к antecedентам, логика предсказания вероятностей, а не логика вывода достоверностей» [ibid., 26].

Подход Дьюи является актуальным и для сегодняшнего дня. В то же время необходимо указать на особенность современной эпохи. В распоряжении права в целом и судов в частности находится новый инструмент, не использовавшийся во времена Дьюи. Речь идет об экономическом анализе права, который может служить дополнительным средством, поддерживающим связь права с обществом в его экономическом измерении. Богатство социальных взаимодействий не ограничивается экономическими отношениями, поэтому экономический анализ, как и любой специальный анализ, несет в себе риски определенной редукции и искажения. И все же значение экономического анализа не следует недооценивать – отражая внеправовую реальность, такой анализ служит естественным «раздражителем» и стимулирует переосмысление тех или иных собственно правовых подходов и понятий. К. Матис в этой связи отмечает специфику экономического анализа, который может быть особенно полезен, когда речь идет об оценке судебных решений: «С позиции юриста нужно давать оценку каждому конкретному делу по его завершении (*ретроспективная точка зрения*). При этом при рассмотрении последствий судебного решения акцент делается на прямых последствиях на микроуровне. Рассмотрению реальных последствий на макроуровне обычно не уделяется такого же внимания. Однако с точки зрения экономической науки основной интерес представляет рассмотрение реальных последствий на макроуровне, в особенности того воздействия, которое судебный прецедент оказывает на будущее поведение адресатов нормы (*перспективная точка зрения*). В этом случае в качестве критерия оценки выступает *эффективность распределения ресурсов*» [Матис 2015, 209].

Чем плоха идея Хабермаса и сторонников, критикующих судебный метод проведения в жизнь юридической оптимизации? Она нереалистична, иллюзорна, избыточно фикционна, поскольку полагается на невероятно и нереально прозорливого законодателя, который все может предугадать в социальной жизни. Прав был Г.В. Мальцев,

когда он писал: «Под воздействием синергетической парадигмы, выполняющей интегративные функции в отношении естественно-научного и социогуманитарного знания, может позитивно измениться статус юриспруденции в научной сфере; она увидит в себе настоящую полноценную науку, избавленную от вечного подражания математике, физике и даже экономике, потому что “новый закон природы” мыслится как изоморфный элемент, присущий всем разновидностям знаний, от математических до юридических. Исчезнет различие между “старшими” и “младшими”, “ведущими” и “ведомыми” науками, междисциплинарное общение станет свободным. Наконец, есть надежда (но не более того!), что синергетика поможет праву избавиться от старых и злейших его недостатков – субъективизма и волюнтаризма» [Мальцев 2007, 106–107].

Сравним эти две научные позиции – Ю. Хабермаса и Г.В. Мальцева. Обе они имеют, как ни странно, самое непосредственное отношение к юридической оптимизации. Хабермас обосновывает свое отрицательное отношение к балансированию тем, что «в случае коллизии *все* аргументы способны принять политический характер...», то есть речь идет об аргументах метаюридических – этических, экономических, использование которых неизбежно разрушит юридический концепт с его деонтологическим «скелетом». А Г.В. Мальцев, напротив, видит опору в метаюридических идеях, познавательных структурах, надежду на преодоление формализма как явления. Е.В. Тимошина приводит опасение Хабермаса [Habermas 1996, 259–260]. При взвешивании возникает опасность «отсутствия рациональных критериев “взвешивания”: “взвешивание”, при котором функциональные аргументы берут верх над нормативными, помещает правовые решения в сферу субъективизма и дискреции, ограничиваемых исключительно “инстинктом самосохранения” судебной власти» [Тимошина 2015, 173]. А Г.В. Мальцев ученый-юрист, разрабатывавший проблему рациональности в праве, напротив, полагается на пользу от «командной игры» разных социальных наук. Нам его аргументы кажутся более убедительными.

Автономность права и выход права за собственные пределы

Метод оптимизации конкурирующих основных прав приспособлен для урегулирования правового спора в ситуации отсутствия конкретной нормы, содержание которой давало бы ответ на вопрос, кого из обладателей двух конкурирующих прав следует поддержать. Этот метод представляет собой интерес в аспекте поиска рациональности в праве. В какой мере юридический концепт действительности автономен, замкнут, самодостаточен или возможно иное, экстерналистское понимание рациональности? Прав ли Г. Кельзен, отстаивая так называемую «чистоту юриспруденции»?

Так же, как и нереалистичность упования на абсолютные права, генетически связанного с категорическими императивами Канта, кантианская чистота в интерпретации Г. Кельзена не оправдалась. XX в. прошел под знаменем междисциплинарности, извлечения пользы из «командной игры» с экономической наукой, философией, социологией. Это был путь использования новых познавательных структур, преодоления того, что называется «метафизической юриспруденцией». Эту парадигму еще в начале XX в. заметил О. Шпенглер, который, оценивая процесс восприятия римского права средневековой Европой, так называемую рецепцию римского права, обратил внимание на то, как устроено мышление юристов: «Западноевропейское правовое мышление, переняв античные слова, усвоило лишь поверхностное их значение. В контексте раскрывается лишь логическое словоупотребление, но не жизнь, лежащая в его основе. Умолкшую метафизику древних правовых понятий не пробудить мышлением чуждых ей людей, сколько бы они их ни применяли. Ведь самое главное, глубинное подразумевается здесь само собой, ни в каком праве в мире о нем не говорится. Самое существенное всякое право предполагает, этого не оговаривая; право обращено к людям, а люди и помимо статутных, внутренним образом принимают то, о чем нет нужды говорить, понимают именно в силу этого и прекрасно

себе представляют, как им пользоваться. Всякое право есть по преимуществу обычное право: пускай себе закон определяет слова – жизнь их истолковывает» [Шпенглер 1998, 85].

Гибкость правового регулирования, преодоление формального нормативизма в духе Г. Кельзена как познавательные ориентиры оказались объективно необходимы, поскольку право балансирует на грани должного и сущего. В области юридического мировоззрения сдвиг в сторону изучения взаимодействия различных нормативных систем – этической, экономической и юридической – на поведение человека, на учет сложного контекста, в котором оказываются юридические нормы.

Особый интерес в контексте темы рациональности в праве представляет системно-коммуникативная теория Н. Лумана. Л. Тухватулина подчеркивает, что «одним из главных преимуществ подхода Лумана видится в отказе от субъектоцентристской интерпретации рациональности» [Тухватулина 2017, 175]. Эпоху Просвещения интересовала, прежде всего, рациональная сущность человека как центра и основы социальной реальности. Луман противопоставляет идеям Просвещения социологический подход, согласно которому рациональность представляет собой не свойство каждого отдельного человека, а характеристику общества как системы и его подсистем таких как право, экономика или политика. К. Торнхил разясняет, что единственной значимой рациональностью для Лумана является системная рациональность системы, то есть «аутопойетическая саморефлексия социальной системы, поскольку она реагирует на сложность своей окружающей среды и порождает адекватные уровни внутренней сложности» [Thornhill 2006, 79]. С точки зрения общей социологической теории, разработанной немецким философом, право представляет собой «*нормативно закрытую систему*» (ein normativ geschlossenes System). Она производит свои собственные элементы как юридически значимые единицы. Такими элементами могут быть события всех видов (например, рождение, смерть, несчастный случай, действия, решение, но в рамках системы они имеют только правовое значение и рассматриваются только в правовом контексте, в котором они функционируют во взаимосвязи с другими элементами. Закрытость права как аутопойетической системы (то есть системы, которая сама себя воспроизводит) означает, что право производит свои операции, структуры и устанавливает собственные границы самостоятельно, без какого-либо вмешательства извне. Фактически речь идет об интерналистском подходе, в рамках которого право рассматривается исключительно как автономная система, что ставит под сомнение межсистемную коммуникацию и возможность использования в праве неправовой информации, в том числе информации из других областей знания (такими как экономика, социология, философия, математика, естественные науки и т.д.). В концепции Лумана данная проблема не стоит так остро, как может показаться. Дело в том, что право является *одновременно* нормативно закрытой и «когнитивно открытой» системой (ein kognitiv offenes System). Под когнитивной открытостью Луман подразумевает не что иное, как способность или готовность к обучению (die Lernbereitschaft) [Luhmann 1987, 43, 265, 357]. Несмотря, но также и благодаря своей замкнутости право остается ориентированным на окружающую среду. В этом смысле можно утверждать, что право обладает высокой способностью к обучению, но аутопойетическая закрытость предъявляет высокие требования к когнитивной ориентации на внешние, внесистемные источники: «Нормативное качество не импортируется из окружающей среды в систему, то есть ни из окружающей среды в целом (природы), ни из социальной среды (такой как религия и мораль). Никакой смысл, присутствующий в окружающей среде, как таковой не является нормативно обязательным для правовой системы (что, конечно, не исключает того факта, что нормативные ожидания могут формироваться и вне правовой системы). Если правовая система ссылается на неправовые нормы, такие как добросовестность (Treu und Glauben) или добрые нравы, то эти нормы приобретают юридическое качество только посредством данной ссылки» [ibid., 357]. Необходимым условием для того, чтобы что-то изменить в праве, является расхождение между правом и реальной

жизнью: «Несогласованность опыта ставит проблему выбора между тем, чтобы обучаться или не обучаться» [Luhmann 1986, 116]. На уровне структуры системы такая рассогласованность между правом и окружающей средой проявляется как асимметрия: «Нормативная закрытость требует симметричных отношений между компонентами системы, когда один элемент поддерживает другой и наоборот. Когнитивная открытость, с другой стороны, требует асимметричных отношений между системой и ее окружением. Работа системы зависит от окружающей среды и адаптируется к меняющимся условиям» [ibid., 113]. Иными словами, право как обезличенная и автономная социальная система не диктует необходимость изменений, изменения происходят только при определенных условиях и являются кумулятивным результатом выбора субъектов, которые своей деятельностью поддерживают существование системы. Луман приводит в пример судей: «Судьи должны обладать особыми навыками и чувствительностью к контексту при рассмотрении дел. Они применяют нормы в зависимости от обстоятельств и, если необходимо, создают исключения для подтверждения правила. Они пытаются восстановить справедливость – и от случая к случаю откладывают гибель мира» [ibid., 119]. Но такой же выход за пределы права возможен и на уровне правовой догматики, тем более что ее позиции, в отличие от судебных решений, не имеют обязательной силы. С точки зрения Лумана, основной проблемой является не само изменение права, а скорость, с которой оно осуществляется: «Новые концептуальные изменения или новые догматические правила должны ждать появления стимулирующих судебных дел, а судебные дела могут быть обобщены таким образом, чтобы выявить типы проблем, только тогда, когда концептуальные разработки являются достаточно продвинутыми» [ibid.]. В том, насколько и каким образом, право может быть открыто для внешнего воздействия, важную роль играет «структурная взаимосвязь» (die strukturelle Kopplung) права с другими системами. Под «структурной взаимосвязью» Луман подразумевает «особую форму, в которой система предполагает особые состояния или изменения в своей окружающей среде и полагается на них» [Luhmann 1992, 1432]. Соответственно, если ожидания в отношении окружающей среды (политики, экономики, социальных отношений) не выполняются, то такое несоответствие вызывает в системе «возмущение» (die Störung), «раздражение» (die Irritation) и заставляет право изменяться: «...Без структурного взаимодействия не было бы возмущений и у системы не было бы никого шанса чему-то научиться и трансформировать свои структуры» [ibid., 1433].

Вопрос, следовательно, не в том, что право неспособно или не должно выходить за свои пределы, а в том, что является результатом «обучения» у других наук, и можно ли говорить об объединении правовой науки с иными областями знания? По мнению Г. Тойбнера, одновременная фрагментация и интерференция, независимость и зависимость между дискурсами различных наук является характерной особенностью современной эпохи, которую можно назвать «эпистемической ловушкой». В концепции Лумана закрытость социальных систем, включая право, – это «слепое пятно», поскольку без ответа остается вопрос о том, как именно осуществляется такое взаимодействие и можно ли говорить о каком-то общем основании и перспективах интеграции между системами [Teubner 1989, 730, 738].

Выводы Тойбнера во многом продолжают идеи, заложенные в концепции Лумана. Ученый пишет о том, что конструкции, заимствованные правом из других наук, «не импортируются в право с ярлыком “сделано в науке”, а реконструируются внутри закрытой операционной сети правовых коммуникаций» [ibid., 749]. В итоге понятия и конструкции, например, социологии и экономики, начинают жить в праве своей жизнью, их первоначальное содержание и назначение изменяются. Один из примеров, который приводит Тойбнер, касается анализа интересов. Понятие интересов изначально разрабатывалось социологической юриспруденцией в целях противодействия юридическому формализму, когда правовой анализ ограничивается анализом правовых норм и понятий. В итоге научное направление мысли было воспринято судами, которые при анализе правовых конфликтов стали учитывать лежащие

в их основе социальные интересы и балансировать эти интересы в соответствии с выработанными стандартами. На вопрос о том, можно ли считать, что таким образом правой анализ включает в себя анализ социологический, немецкий правовед и социолог отвечает отрицательно: «Существует слишком много явных и неявных нормативных допущений, основанных на сложной системе правовых соображений, которые входят в анализ юридических интересов. Проще говоря, анализ правовых интересов не может быть легитимирован с точки зрения социологических теорий или методов... Вполне возможно, что “анализ интересов” содержит элементы новой правовой рациональности, но они, безусловно, отличаются от первоначальных целей социологической юриспруденции и развиваются посредством институциональных экспериментов, а не за счет инкорпорирования социологического знания» [Teubner 1989, 748]. И все же, в отличие от Лумана Тойбнер убежден в том, что между правом, экономикой и другими социальными системами возможен не только косвенный контакт (через интернализацию раздражений, поступающих из окружающей среды), но и прямая, ничем не опосредуемая коммуникация: «Поскольку право, политика, экономика и другие подсистемы являются продуктом процесса внутренней дифференциации общества, их “структурная взаимосвязь” приобретает определенные специфические качества, которые я буду рассматривать под заголовком “интерференция”. Я предполагаю, что именно такая интерференция позволяет социальным системам вступать в прямой контакт друг с другом, выходя за рамки простого наблюдения» [Teubner 1993, 86].

Особое место в концепции Лумана занимает *вопрос о взаимосвязи права и морали*. Поскольку право является операционально закрытой системой, мораль как таковая для него не имеет значения. Правовые и этические суждения могут быть сходными, но правовое значение этические нормы приобретают только тогда, когда они инкорпорированы правовой системой в качестве собственно правовых ограничений. Включение в правовую систему моральных норм «должно осуществляться в рамках самой системы и проверяться обычными ссылками на юридические тексты, прецеденты или решения, ограничивающие сферу правовой аргументации» [Luhmann 1992, 1429]. Интересно, что философ рассматривал в качестве важных дополнительных доводов в пользу своего понимания соотношения права и морали *исторические аргументы*, а не аргументы, относящиеся к теории систем и коммуникаций. Для него было важно обратить внимание на тот факт, что правовая система должна обеспечивать единообразие решений и функционировать как единое целое, а моральные оценки в современном обществе обычно, являясь плюралистическими [Luhmann 1993, 42]. Кроме того, автономность права по отношению к морали свидетельствует не о «моральной слабости права», а является «неизбежным следствием религиозного и морального плюрализма, порожденного печатной прессой» [Luhmann 1992, 1429]. Иначе понимает взаимосвязь морали и права Р. Алекси, с точки зрения которого нравственность играет первостепенную роль в идеальном измерении права как того, что является правильным. В своей статье «О понятии и природе права» ученый предложил следующий мыслительный эксперимент: представим себе судебное дело, в котором требования закона допускают две различные интерпретации. При этом доступен один-единственный дополнительный аргумент, который является моральным и который говорит в пользу первой интерпретации. С точки зрения позитивизма, если судья выберет вторую интерпретацию, противоречащую морали, то его решение с правовой точки зрения останется безупречным. Согласно Алекси данный вывод неверен, так как не учитывает идеального измерения права. Судья, который выбрал морально ошибочную интерпретацию в случае, в котором позитивное право допускает также морально правильную интерпретацию, совершает юридически ошибочный выбор, поскольку «существует необходимая связь между моральной и правовой правильностью» [Alexy 2008, 296]. Алекси, безусловно, прав в том, что у права есть идеальное измерение, но его мыслительный эксперимент исключает возможность наличия нескольких противоречащих друг другу моральных аргументов, и таким образом не отвечает на вопрос о том, как именно следует праву

поддерживать взаимосвязь с моралью в современном плюралистическом обществе. Позиция Лумана в этой связи выглядит более реалистичной. Так, Ф. Бельвизи обращает внимание на тот факт, что ассимиляция моральных ценностей совсем не обязательно связана с потерей правом своей автономности. Скорее, в такой ассимиляции следует видеть «знак или свидетельство “нормативной закрытости”, которая достигается через “когнитивную открытость” автопойетической правовой системы». Но важнее всего то, что ассимилированные моральные ценности становятся позитивными правовыми ценностями, которые применяются юристами в соответствии с законом [Belvisi 2014, 344].

Полагаем, приведенная логика ассимиляции моральных ценностей в праве применима также и иным внеправовым областям. Системный подход, реализованный в концепции социальных систем Лумана, «позволяет рассматривать рациональность как интегральное свойство правовой системы, характеризующее меру ее чувствительности к процессам, происходящим вовне» [Тухватулина 2017, 175]. По сути, то, что Луман называет «окружающей средой» (*die Umwelt*), на более общем языке гуманитарного знания можно назвать «контекстом». Речь идет, таким образом, о своего рода признании *сложной контекстуальности юридических норм*, которые, исходя из концепции целостности, находятся в контекстуальной взаимосвязи с другими (экономическими, этическими, социальными и политическими) нормативными измерениями. Определенные объективно сложившиеся экономические и социальные ценности признаются обладающими свойствами нормативности, что и позволяет включать их в систему толкования содержания того или иного конституционного принципа. Самое важное, что при этой сложной методологии появляется возможность «разомкнуть» право, подключить к командной игре научные идеи из сопредельных социальных наук (то есть использовать новые познавательные структуры). По всей видимости, ценность балансирования ценностей состоит в том, что она является способом, юридической техникой, способствующей усложнению юридической картины мира, который логично встраивается в новое, постклассическое правопонимание – концепцию сложной контекстуальности юридических норм.

Источники и переводы – Primary Sources and Translations

Dewey, John (1924) “Logical Method and Law”, *The Cornell Law Quarterly*, Vol. 10, pp. 17–27.

Luhmann, Niklas (1986) “The Self-Reproduction of Law and its Limits”, Teubner, Gunther, ed., *Dilemmas of Law in the Welfare State*, De Gruyter, Berlin, Boston, pp. 111–127.

Luhmann, Niklas (1987) *Rechtssoziologie*, Westdeutscher Verlag, Opladen.

Luhmann, Niklas (1992) “Operational Closure and Structural Coupling: the Differentiation of the Legal System”, *Cardozo Law Review*, Vol. 13, pp. 1419–1441.

Luhmann, Niklas (1993) *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main.

Habermas, Jürgen (1990) *Moral Consciousness and Communicative Action*, Polity Press, Cambridge (Habermas, Jürgen, *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, English Translation).

Habermas, Jürgen (1996) *Between Facts and Norms: Contribution to a Discourse Theory of Law and Democracy*, MIT Press, Cambridge (Habermas, Jürgen, *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, English Translation).

Петражицкий 2000 – *Петражицкий Л.И.* Теория права и государства в связи с теорией нравственности. СПб.: Лань, 2000 (Petrazhitzky, Leon I., *The Theory of Law and State in Connection with the Theory of Morality*, in Russian).

Федеральный Конституционный Суд Германии 2018 – Избранные решения Федерального Конституционного Суда Германии / Сост. Ю. Швабе, Т. Гайсслер. М.: Инфотропик Медиа, 2018 (*Ausgewählte Entscheidungen des deutschen Bundesverfassungsgerichts*, Russian Translation).

Шпенглер 1998 – *Шпенглер О.* Закат Европы. Очерки морфологии мировой истории. Т. 2 / Пер., с нем. и примеч. И.И. Маханькова. М.: Мысль, 1998 (Spengler, Oswald, *Der Untergang des Abendlandes*, Russian Translation).

Ссылки – References in Russian

- Калабреззи 2016 – *Калабреззи Г.* Будущее права и экономики. М.: Институт Гайдара, 2016.
- Мальцев 2007 – *Мальцев Г.В.* Социальные основания права. М.: Норма, 2007.
- Матис 2015 – *Матис К.* Консеквенциализм в праве // *Вестник гражданского права.* 2015. № 5. С. 204–241.
- Пошер 2015 – *Пошер Р.* Теория призрака – безрезультатный поиск теорией принципов своего предмета // *Известия высших учебных заведений. Правоведение.* 2015. № 5. С. 134–157.
- Тимошина, Краевский 2015 – *Тимошина Е.В., Краевский А.А.* Толкование VS «взвешивание» в ситуации конкуренции прав человека: не-реалистический подход // *Проблемы методологии и философии права: сборник статей участников II Международного круглого стола (27–28 февраля 2015 года, Самарская гуманитарная академия, г. Самара) / Под ред. С.Н. Касаткина. Самара: Самар. гуманит. акад., 2015. С. 131–146.*
- Тимошина 2017 – *Тимошина Е.В.* Проблема юстициальности прав человека в ситуации их конкуренции и принцип пропорциональности // *Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки.* 2017. Т. 21. № 4. С. 464–485.
- Тухватулина 2017 – *Тухватулина Л.А.* Рациональность в праве: подход Н. Лумана // *Эпистемология и философия науки.* 2017. Т. 54. № 4. С. 175–190.

References

- Alexy, Robert (2008) “On the Concept and the Nature of Law”, *Ratio Juris*, Vol. 21, No. 3, pp. 281–299.
- Belvisi, Francesco (2014) “Legal Argumentation and Justice in Luhmann’s System Theory of Law”, *International Journal for the Semiotics of Law*, Vol. 27, pp. 341–357.
- Calabresi, Guido (2016) *The Future of Law and Economics*, Institut Gajdara, Moscow (in Russian).
- Cserne, Peter (2011) “Consequence-Based Arguments in Legal Reasoning: A Jurisprudential Preface to Law and Economics”, *Efficiency, Sustainability, and Justice to Future Generations*, Springer, Berlin, New York, pp. 31–54.
- Fried, Barbara (2012) “The Limits of a Nonconsequentialist Approach to Torts”, *Legal Theory*, Vol. 18, No. 3, pp. 231–262.
- Maltsev, Gennadij V. (2007) *Social Foundations of Law*, Norma, Moscow (in Russian).
- Mathis, Klaus (2011) “Consequentialism in Law”, *Efficiency, Sustainability, and Justice to Future Generations*, Springer, Berlin, New York, pp. 3–29.
- Möller, Kai (2007) “Balancing and the Structure of Constitutional Rights”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 5, No. 3, pp. 453–468.
- Poscher, Ralf (2010) “Theorie eines Phantoms – Die erfolglose Suche der Prinzipientheorie nach ihrem Gegenstand”, *Rechtswissenschaft*, Vol. 4, S 349–372.
- Sušnjar, Davor (2010) *Proportionality, Fundamental Rights and Balance of Powers*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston.
- Teubner, Gunther (1989) “How the Law Thinks: Toward a Constructivist Epistemology of Law”, *Law & Society Review*, Vol. 23, No. 5, pp. 727–758.
- Teubner, Gunther (1993) *Law as an Autopoietic System*, Blackwell Publishers, Oxford, Cambridge.
- Thornhill, Chris (2006) “Luhmann’s Political Theory: Politics After Metaphysics?”, *Luhmann on Law and Politics: Critical Appraisals and Applications*, Hart, Oxford, pp. 75–100.
- Timoshina, Elena V., Kraevsky, Arseny A. (2015) “Interpretation VS weighing in a Situation of Human Rights Competition: a Non-Realistic Approach”, Kasatkin, Sergey N., ed., *Problems of methodology and philosophy of law: a collection of articles by the participants of the II International round table (February 27–28, 2015, Samara Academy of Humanities, Samara)*, Samar. Humanities Acad., Samara, pp. 131–146 (in Russian).
- Timoshina, Elena V. (2017) “The Problem of the Justice of Human Rights in a Situation of Their Competition and the Principle of Proportionality”, *Vestnik Rossijskogo Universiteta Druzhy Narodov. Seriya: YUridicheskie Nauki*, Vol. 21, No. 4, pp. 464–485 (in Russian).
- Tukhvatulina, Liana A. (2017) “Rationality in Law: Niklas Luhmann’s Approach”, *Epistemology & Philosophy of Science*, Vol. 54, No. 4, pp. 175–190 (in Russian).
- Zamir, Eyal, Medina, Barak (2010) *Law, Economics, and Morality*, Oxford University Press, Oxford, New York.

Сведения об авторах**ГАДЖИЕВ Гадис Абдуллаевич –**

доктор юридических наук, профессор кафедры гражданского права и процесса юридического факультета Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» в Санкт-Петербурге.

ВОЙНИКАНИС Елена Анатольевна –

кандидат философских наук, доктор юридических наук, доцент, ведущий научный сотрудник Международного центра конкурентного права и политики БРИКС Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики».

Author's Information**GADZHIEV Gadis A. –**

DSc in Legal Science, professor at Department of Civil Law and Civil Process of the HSE University School of law in St. Petersburg.

VOINIKANIS Elena A. –

CS in philosophy, Doctor of Sciences in Legal Science, Associate Professor, Leading Research Fellow at the International BRICS Competition Law and Policy Centre of the HSE University in Moscow.