

ПРАВОВАЯ И ПОЛИТИЧЕСКАЯ МЫСЛЬ

А. В. Алексенко

КОНЦЕПЦИЯ ЛЕГИТИМАЦИИ ПОЛИТИКО-ПРАВОВЫХ РЕШЕНИЙ НИКЛАСА ЛУМАНА

*Аннотация: Статья раскрывает одну из самых значимых концепций немецкого классика социологии двадцатого века Н. Лумана, сформулированную им на страницах таких книг как *Legitimation durch Verfahren* (Легитимация через процедуру), *Rechtssoziologie* (Социология права) и *Politische Soziologie* (Политическая социология). Согласно ей, легитимность норм права, устанавливаемых государством, измеряется степенью, в которой признание этих норм ожидается от индивида неопределенным кругом третьих лиц. Этот результат обеспечивается символически представленной возможностью физического принуждения и участием граждан в политико-правовых процедурах (например, судебный процесс, выборы).*

Концепция Н. Лумана сравнивается с концепцией легитимации Юргена Хабермаса, которая подчеркивает роль рационального элемента в признании официальных решений гражданами.

Ключевые слова: политология, луман, хабермас, легитимность, право, государство, социология, дискурс, процедура, повиновение.

Проблема легитимности официальных решений сегодня занимает скорее политологов или социологов, в то время как для юристов (по крайней мере, тех, которые придерживаются позитивистской традиции) ключевым вопросом остается легальность принимаемых решений. Так Ганс Кельзен называет принципом легитимности «принцип, который гласит, что норма должна устанавливаться только компетентным органом, т.е. уполномоченным на то более высокой нормой»¹. В его понимании, легальность, т.е. законность правоустановления приравнивается к его легитимности, т.е. признанию его обязательности, и, пожалуй, в юриспруденции не может быть иначе. Однако, с социологической и философской точки зрения именно факт повиновения большинства граждан законно принятым решениям и нормам, или обеспечение легитимности правопорядка через его легальность, составляет интереснейшую проблему.

В современной западной науке, концепции легитимации официальных норм и решений, продолжающие традиции естественного права, принимают все более формализованный вид и указывают не столько на конкретные содержательные ценности, сколько на условия или процедуру их формирования. В некоторой степени этому подходу соответствуют классические теории общественного договора, а в современной философии, например, – теории справедливости Джона Ролза или Юргена Хабермаса. Другое

направление в интерпретации феномена легитимности права развивается в рамках социологии и, вместо того, чтобы искать нормативные критерии легитимности, обращается к изучению фактов. В этом случае под легитимностью понимают чисто фактически распространенное убеждение в обязывающей силе права – в обязательности правовых решений, норм, принципов и ценностей. К представителям последнего направления относился, например, Макс Вебер, с его концепцией легального типа господства.

Ниже, я хотел бы критически проанализировать концепцию легитимации политико-правовых решений² разработанную Никласом Луманом (1927-1998) – одним из крупнейших немецких социологов второй половины двадцатого века, чьи правовые идеи российские юристы незаслуженно обходят вниманием. При этом я буду опираться в основном на ранние работы Н. Лумана, написанные до перехода к парадигме автопоэзиса, и на критику другого выдающегося немецкого философа и социолога – Ю. Хабермаса.

Н. Луман формулирует проблему легитимности политико-правовых решений в виде вопроса «как возможно распространить фактическое убеждение в правильности или обязывающей силе этих решений, если решение

² Под политико-правовыми решениями понимаются решения органов судебной, исполнительной и законодательной власти. Поскольку Н. Луман исходит из того, что все право устанавливается путем принятия официального решения, и приговор суда, и принятие закона, и издание административного акта рассматриваются как принятие или вынесение решения.

¹ Kelsen H. *Reine Rechtslehre*. Wien, 1960. С. 280.

принимают лишь немногие»? С одной стороны, никакая политическая система не может опираться исключительно на физическое принуждение – длительное правление возможно только в случае наличия добровольного консенсуса граждан относительно норм государственного управления и общежития. С другой стороны, актуальный консенсус, основанный на совпадении интересов или убеждений, также не может быть достаточен для обеспечения господства государственной власти. В плюралистическом обществе, не скованном цементом единой религии, морали, традиции или идеологии, а, напротив, признающем свободу исповедовать разные ценности и отстаивать разные интересы, любое согласие кажется маловероятным и мимолетным. Никакой общественный строй не полагается на одно добровольное соблюдение порядка – несогласные должны быть при необходимости подавлены и принуждены к повиновению. И консенсус, и принуждение Н. Луман называет ограниченными ресурсами политической системы. Их простое сложение, по его мнению, не способно объяснить институционализацию легитимности. При фактическом принятии решений действительное состояние мотивов и действительное соотношение согласия и принуждения может оставаться неопределенным, и именно в этой неопределенности, в этой абстракции легитимности до почти немотивированного признания обязательности официальных решений, он видит социологическую проблему.

В работе 1969 года «Легитимация через процедуру», Н. Луман определяет легитимность как *общую готовность в определенных границах терпимости признавать обязывающую силу решения, содержание которого не определено заранее*³. Эта дефиниция требует дальнейшего разъяснения понятия «принятия» или «признания» гражданами обязывающей силы официальных решений. Господствующее мнение, по оценке Н. Лумана, трактует это понятие слишком узко, связывая его с «убежденностью» в правильности ценностей и принципов, оправдывающих решения, или в правильности содержания решений. Никакая политическая система, по мнению Н. Лумана, не может ставить свою стабильность в зависимость от достижения столь претенциозной цели – убедить всех в оправданности государственных решений, и ни один гражданин не в состоянии составить убеждение обо всех актуальных решениях. Такое понимание не учитывает высокую сложность, вариативность и противоречивость тем и предпосылок решений, с которыми приходится иметь дело политико-административной системе современного общества. Руководство общепринятой и общепонятной морали не достаточна для принятия решений в ситуации, где борьба с безработицей ведет к инфляции, повышение пенсии означает увеличение

налогового бремени для молодого поколения, а переход к экологически-безвредному производству грозит закрытием предприятий и увеличением безработных. Отрасли законодательства достигли такой сложности, что кажутся необозримым самим юристам – зачастую владение гражданским правом не помогает разобраться в уголовном или налоговом, и наоборот. Очевидно, что рядовые граждане, руководствующиеся, в общем и целом, здравым смыслом и житейским опытом, не в состоянии оценить эффективность и справедливость тех или иных законодательных нововведений. Н. Луман считает, что ответом на такую сложность современного общества может быть только генерализация (обобщение) признания решений. Речь поэтому должна идти не о мотивированной убежденности в своей обязанности следовать конкретным решениям, а скорее о принятии, не привязанном к определенным мотивам и не связанном с особенностями индивидуальной личности, – о принятии, которое можно ожидать, не обладая слишком конкретной информацией о гражданах, которых касается принимаемое решение.

Принятие гражданами адресованного им официально-го решения, согласно идеи немецкого социолога, означает, что те, кого это касается, должны принять государственное решение в качестве предпосылки собственного поведения (не важно, по каким основаниям), и в соответствии с этим реструктурировать свои ожидания. Такая настройка новых ожиданий в прежнее (т.е. сохраняющую свою идентичность) личность может произойти совершенно различными способами, изучение которых занимает больше психологов. Так или иначе, согласно Н. Луману, в основе принятия или признания обязывающей силы решений лежит процесс обучения, процесс изменения предпосылок, на основе которых отдельный индивид будет обрабатывать собственные переживания, совершать действия, презентовать себя и т.д. Этого не происходит, когда лицо о котором идет речь, пытается продолжать жизнь, протестуя против решения (например, судебного или законотворческого), оказывает сопротивление, постоянно напоминает о своем нарушенном праве, и пытается добиться помощи и солидарности для противостояния решению. В этом случае, он не учится, а остается при старых, разочарованных ожиданиях. При несостоявшемся обучении от случая к случаю необходимы новые раздражители извне, чтобы повлиять на поведение соответствующим образом.

Такое обучение, как пишет Н. Луман, не может быть осуществлено в одиночку, без социальной поддержки. Изменения ожиданий, которые служат предпосылкой поведения и структурируют социальные роли, могут нарушать персональную идентичность человека. Чтобы этого не произошло, изменение человеком своих ожиданий не должно восприниматься как противоречие самому себе, как разрыв со своим прошлым, как признак личной нена-

³ Luhmann N. Legitimation durch Verfahren. Neuwied, 1969. С. 28.

дежности или как вина самого человека. Оно не должно дискредитировать его самопрезентацию, напротив, оно должно восприниматься окружающими как нечто само собой разумеющееся, как нечто имеющее *внешние* причины. Легитимность политико-правовых решений, таким образом, основывается совсем не на «добровольном» признании, не на убеждении за которое несетя личная ответственность, а, наоборот, – на социальном климате, который *институционализирует* признание обязательных решений как нечто само собой разумеющееся. Это признание считается не следствием личного решения, а следствием юридической силы официального решения. Лишь через такое освобождение от личной ответственности и мотивации может быть обеспечено необходимое среднестатистическое следование нормам и гладко протекающая практика принятия решений в сложных функционально-дифференцированных социальных порядках.

Пытаясь координировать свои действия с действиями окружающих, мы строим ожидания не только касательно их действий, но и касательно их ожиданий, обращенных к нам и другим людям. Проблема *социально поддерживаемого* образования ожиданий, по мнению Н. Лумана, заключается в том, что мы должны ожидать контингентные⁴ ожидания других. Это ожидание ожиданий распространяется не только на тех, кто участвует с нами от случая к случаю в одной интеракции (т.е. непосредственных контрагентов), но и на абстрактных третьих лиц, которые не участвуют в данном актуальном взаимодействии. Для взаимодействия с людьми нам важно представлять себе, что думают о нас «другие», как оценит «общество» тот или иной поступок, какое поведение является приемлемым, а какое нет, в каком случае мы можем рассчитывать на поддержку, а в каком – на общее осуждение и порицание. Во всех примерах речь идет именно об абстрактных третьих лицах, о нашем предположении того, что они от нас ожидают, или об ожидании чужих ожиданий. Тот «объем, в котором ожидания могут опираться предполагаемые ожидания ожиданий третьих лиц»⁵ Н. Луман называет *институционализацией*.

Когда определенные поведенческие ожидания институционализируются в виде социальной роли гражданина, акцептирующего официальное решение, это означает, что лицо, действующее в этой роли соответственно чужим ожиданиям, может с достаточной уверенностью рассчитывать на согласие окружающих с его поведением. Ему не требуется проверять наличие консенсуса. Это лицо может

предполагать, что каждый, кто наблюдает его поведение, молчаливо с ним соглашается. Тот, кто хочет возразить, должен сделать это открыто и на него ложится бремя обоснование своей точки зрения. Если такое ожидание одобрения обеспечено в достаточной степени, действие становится настолько само собой разумеющимся, что уже не кажется личным действием. Оно приписывается не действующему лицу, а норме или институту, послужившей для него поводом. Оно не воспринимается как выражение свободного решения, личностно-обусловленное действие или существенная черта индивидуального характера, поэтому нет нужды отвечать за это действие, давать объяснения или извиняться. По мысли Н. Лумана, институционализация не только обеспечивает поддержку действия уверенностью в консенсусе, но и одновременно освобождает от личной ответственности и от необходимости формировать личные мотивы. Чем сильнее институционализация, тем обыденнее и легче действие может быть стабилизировано как безличная рутина.

Когда действие общеобязательных решений институционализировано настолько, что тот, кто их принимает как предпосылку своего поведения, может ожидать одобрение и освобождение от ответственности, решение (закон, указ, административный акт, решение суда или что бы то ни было) превращается в символ, который может далее передаваться в социальном обращении. Сужение альтернатив и снижение сложности социальной ситуации, которая с этим связана, принимаются всеми как предпосылка действия, независимо от ситуации. «Никому не приходит в голову, - пишет Н. Луман, - обсуждать с кондуктором поезда или автобуса план маршрута, цену за проезд, остановки и т.д. Скорее, принятые решения рассматриваются как факты, поскольку не предоставлены специфические способы их оспаривания или изменения»⁶. То же самое верно по его мнению для функционирования позитивного права. Следование официальным решениям помогает избежать конфликта ролей, поскольку правомерное поведение принимается как правильное или неизбежное также в случае конфликта с другими ролями. И наоборот, продолжает он, легитимность становится проблематичной или невозможной там, где институционализированные поведенческие ожидания (например, семьи, клана, сословия или группы) идут в разрез с официальными решениями. Если же такой проблемы нет, то процесс подготовки решений освобождается от предварительной заботы о мотивации адресатов решения. Каждому оставляется на его усмотрение, будет ли он следовать решению из боязни принуждения, из лояльности государству, из равнодушия или недостатка времени на размышления.

⁴ В логике понятие «контингентность» означает одновременное исключение невозможности и необходимости. Оно обозначает, что актуальное положение дел (которое не является невозможным) может или могло бы быть другим (т.е. не является необходимым).

⁵ Luhmann N. Rechtssoziologie. Opladen, 1987. С. 65.

⁶ Luhmann N. Politische Soziologie. Berlin, 2010. С.99.

Все эти группы мотивов необходимы в качестве реальной основы легитимности, т.к. всякая институционализация должна опираться на фактически наличные мотивы. Задача состоит в том, чтобы обеспечить признание государственных решений независимо от того, насколько сильны и в каком соотношении находятся эти группы мотивов в каждом отдельном случае. Чтобы сделать бюрократию независимой от колебания в мотивации граждан, легитимность официальных решений должна быть обеспечена институционализированной абстрактной символикой «юридической силы». «Принимающий решение должен, так сказать, быть в состоянии распоряжаться символом «общеобязательное решение» как денежной купюрой»⁷, - пишет Н. Луман.

Идея Н. Лумана заключается в том, что лишь при условии отказа от понятия легитимности, основанного на личной вере в правильность решений, возможно адекватно изучать социальные условия институционализации легитимности и способности к обучению в социальных системах. Возражая против правового понятия легитимности как веры в обязательность, Н. Луман говорит о том, что признание обязательности принятого официального решения нельзя путать с верой в принципы или ценности, через соответствие которым, это решение может получить оправдание. Такая вера в принципы, считает он, является лишь частным и ограниченным по своей эффективности мотивом, который, конечно, может усиливать шансы господствующего порядка, обеспечивая повиновение. Те, кто понимают легитимность как веру в принципы, полагают, что стабильность политической системы обеспечивается именно такой верой *лучше всего*. Однако, отмечает Н. Луман, это верно далеко не при любых обстоятельствах. Такая вера может фиксировать принципы и ценности (например, в качестве традиции), которые становятся в быстроменяющемся мире нецелесообразными. Жесткая фиксированность тех или иных способов поведения может неблагоприятно повлиять способность политической системы к обучению и инновациям. Стремительные социальные изменения, характерные для современных обществ, могут вести к сильным расхождениям между ролевыми структурами, обуславливаемыми правом, и ценностными предпосылками. Не только общая вера, заключает Н. Луман, но и общее безразличие или общая безысходность могут вести к тому, что власть политической системы выливается в форму легитимных, всеми признаваемых решений.

Именно безразличие, в соответствии с рассматриваемой концепцией, во многом характеризует отношение современного человека к позитивному праву. Позитивность права, т.е. его зависимость от принятия политико-правовых решений, влечет за собой, по словам Н. Лумана, «триви-

ализацию» права. В отличие от представителей естественно-правового и либертарного типов правовопонимания, Н. Луман утверждает, что позитивное право тривиально в том смысле, что для отдельного человека почти все предписания не имеют никакого значения с точки зрения его самоидентификации. Отдельный человек не может воспринимать необозримый массив правовых норм как свое личное дело, он может видеть себя лишь в личных нормативных проекциях, в личных притязаниях и интересах, которые *более или менее* охватываются правом. Это делает возможным такое изменение норм, которое почти не привлекает внимание людей, почти не трогает ни головы, ни сердца. Границы возможности изменять право, по мнению Н. Лумана, находятся в интимной сфере, а в политической плоскости эти границы заданы равновесием крупных организаций, представляющих главные секторы общества, но не «правильностью» самого права. Такое изменение типичного отношения к праву делает сносным для психической системы высокую сложность нормативно-правовых систем и облегчает приспособление к изменчивому позитивному праву.

Итак, лумановская концепция легитимаций решений связана не с интернализацией норм и ценностей, а с эффективным обучением в социальной системе. Речь идет о части более общей проблемы, а именно «как изменяются ожидания», а именно о вопросе о том, как политико-административная подсистема общества может своими решениями изменять структуру ожиданий в обществе в целом. Каким образом достигается описанная выше институционализация ожиданий, определяемых политико-правовым решением? Общественные механизмы, которые делают это возможным, Н. Луман сводит к двум дополняющим друг друга механизмам: 1) к символически-генерализованной действенности физической силы и 2) к участию в процедуре.

Вопреки распространенному мнению, Н. Луман считает, что физическую силу и консенсус (или физическую силу и легитимность) противопоставлять нельзя. Связь права и использования физической силы он объясняет тем, что последняя является элементом *демонстрации* своего права и консолидации доверия к праву, особенно в архаических обществах в начале зарождения права. Это остается верным, по его мнению, и для позитивного права, хотя и в иной форме. Физическая сила отдает функцию демонстрации нормативных ожиданий процессу принятия юридических решений, который и символизирует действующее право. Но сила остается необходимым, хотя и недостаточным, фактором легитимации. Она обладает важным преимуществом – предвидимой высокой успешностью ее воздействия, основанной на предположении того, что люди покорятся однозначно превосходящей их физической силе и не предпримут безрассудной борьбы. Речь идет именно о таком

⁷ Luhmann N. Politische Soziologie. С.96.

общем предположении. Поэтому ожидания относительно ожиданий третьих лиц должны опираться на общее допущение, что все ожидают, что адресаты решений покоряются физической силе, иными словами – на ожидание, что все ожидают, что никто не предпримет бунта.

Важно подчеркнуть, что в этой концепции речь идет лишь об обобщенном предположении, о *возможности* физического принуждения, а не о действительном его использовании в каждом отдельном случае. Как пишет Н. Луман, политическая система, которая вынуждена приводить свои решения в исполнение каждый раз *непосредственно угрожая принуждением*, опирается на непрочное мотивационное основание и обладает слабым потенциалом к развитию собственной сложности (комплексности). Ее способность принимать решения не превысила бы силы ее принуждения и, что накладывает еще большие ограничения, одновременно с каждым решением должна была бы сообщаться и обрабатываться информация о возможности его принудительного исполнения. Такая необходимость вряд ли позволила бы политической системе высвободить ресурсы для организационного обособления и рационализации процесса подготовки решений. Не иначе обстояли бы дела, если для каждого решения пришлось бы обеспечивать реальный консенсус. Это также ограничило бы количество возможных решений и обременило бы коммуникационный потенциал системы на столько, что она не смогла бы достичь сколько-нибудь значимой комплексности. То же самое верно для смеси консенсуса и принуждения. Как отмечает Н. Луман «служащий администрации, которому предоставлялся бы выбор, будет ли он при каждом конкретном решении заботиться о консенсусе или применять средства принуждения, с такой альтернативой еще не приобрел бы большой свободы»⁸.

Изолированное использование механизмов принуждения, как отмечает Н. Луман, сводилось бы к очень нестабильному режиму террора. Нестабильному, потому, что такой режим не может эффективно исключать возможность предположения гражданами общего интереса против террора. Поэтому необходимы дополнительные механизмы, которые препятствуют консолидации ожидаемого интереса третьих лиц против общеобязательных решений. В этом заключается, по его мнению, существенная функция юридически урегулированных процедур (политических выборов, процедуры принятия законов и решений органов исполнительной власти, а также судебного процесса).

Н. Луман пишет, что если понимать легитимацию как институционализированный процесс обучения, как постоянную реструктуризацию ожиданий граждан в результате принятия официальных решений, тогда концепцию легитимации через процедуру не следует связывать с правом,

регулирующим эти процедуры, или с политико-правовой оценкой процедурного права. Речь в данной концепции идет о реструктуризации ожиданий через *фактический процесс коммуникации*, который протекает в соответствии с правовыми установлениями, т.е. о фактическом явлении, а не о нормативных смысловых связях.

Процедуры Луман определяет как социальные системы особого рода, которые создаются на короткий срок, чтобы выработать общеобязательное решение. Ради этой функции они более или менее от-дифференцируются от более широкой общественной взаимосвязи ролей. Их легитимирующая функция основана именно на этом разделении ролей. Участники процедуры получают особые роли: избиратель, депутат, истец, ответчик и т.д. В этих ролях участники могут действовать свободно от других своих ролей (например, ролей супруга, ученого, врача), но по правилам процедурной системы. Их поведение вырывается из естественных связей их повседневной жизни. Прочие роли участников нейтрализуются той ролью, которую они выполняют в процедуре, и могут быть введены в систему лишь в качестве тем для обсуждения. Коммуникативный вклад участников в поиск решения стилизуется под свободно выбранное поведение и приписывается им лично. Одновременно участники стоят перед необходимостью снижать комплексность социальной ситуации, исключая те возможные линии коммуникации, которые не могут повлиять на решение. Так, в роли избирателей граждане не предлагают новых кандидатов и не формулируют политические программы. Эта работа сделана уже за них, им остается выбирать из заранее предложенных вариантов. В качестве сторон судебного процесса, граждане вынуждены специфицировать свои позиции в отношении еще не достигнутого результата так, что их позиции получают свою индивидуальность. Эти позиции приобретают форму мнения или интереса конкретного лица в противоположность ожиданиям третьих лиц и не могут быть уже представлены в виде общепринятой истины или морали. После самопрезентации в процедуре участники находят себя снова в положении конкретных лиц, которые артикулируют свое мнение и свой интерес, свою добровольно избранную позицию и поэтому, по расчетам Н. Луман, у проигравших почти не остается шанса мобилизовать на свою сторону ожидания и действия третьих лиц. Они теряют возможность апеллировать к общим представлениям. Этот же механизм работает *mutatis mutandi* когда речь идет не о судебном споре, а, например, о борьбе политических партий за места в парламенте, или о принятии (отклонении) законопроектов. Таким образом, процедуры имеют целью специфицировать темы конфликтов так, чтобы сопротивляющиеся остались изолированы в качестве отдельных лиц, а их интересы – деполитизированы. Причем это происходит до того, как вступает в игру физическая сила. Таким образом, механизм

⁸ Luhmann N. Politische Soziologie. С. 96.

процедур наряду с физической силой участвует в легитимации решений.

В результате процедуры рождается общее впечатление, что разочарованные в общеобязательном решении не могут опираться на институционализированный консенсус, а должны учиться. Риторика правовой процедуры, участник которой уже в силу своего участия скрыто подчиняется, усиливает это впечатление до нормы. Таким образом, каждому человеку внушается необходимость ожидать, что третьи лица нормативно ожидают, что все кого касается решение, когнитивно (т.е. с готовностью обучаться) ориентируются на общеобязательные решения.

Легитимация через процедуру и через равенство шансов получить удовлетворительные решения, вступает за место старых естественно-правовых обоснований или методов построения консенсуса построенных по модели обмена. Процедуры находят своего рода общее признание, которое не зависит от степени удовлетворительности отдельного решения, и это признание влечет за собой принятие и соблюдение принятых в них решений. Кроме того, они гарантируют, что общеобязательные решения будут приниматься как предпосылка поведения, без предварительной конкретизации того, какие решения будут приняты.

Концепция легитимации через процедуру делает акцент вовсе не на соблюдении процедурных предписаний в судебном процессе, правоприменении и правотворчестве, как неверно интерпретирует идею Н. Луман Ю. Хабермас. Неверное прочтение Ю. Хабермаса заставляет его утверждать, что в аргументации Н. Лумана есть порочный круг: легитимность права основана на легальности его установления и применения, но при этом легитимность правил его установления и применения предполагается данной⁹. На самом же деле, как было показано выше, Н. Луман выводит легитимирующий эффект процедур не из легитимности процедурных норм права, а с эффектом участия в принятии решения и с эффектом социальной изоляции в случае проигрыша.

По замечанию Лумана, бесспорность легитимного действия обязывающих решений относится к типичным признакам современной политической системы и представляет собой основной консенсус, стабилизирующий систему, который может быть достигнут даже без согласия о правильном в каждом отдельном случае. Без уверенности в том, что общеобязывающие решения будут приняты, большие системы рациональной бюрократии не могли бы работать. С ростом сложности общества в ходе цивилизационного развития растут проблемы, требующие решения, старые формы непосредственного согласия заменяются более генерализованными обходными меха-

низмами построения и стабилизации смысла. Удивляет тот факт, насколько принятие обязывающих решений стало само собой разумеющимся, рутинным, не вызывающим вопросов. Однако отсюда вовсе не следует, что работа по легитимации официальных решений должна быть отдана на волю случая. Процессу легитимации официальных решений должен способствовать сам процесс их принятия в политико-административной системе. В этой связи Н. Луман интересуется вклад в легитимацию решений, который вносит сама политическая система (и прежде всего за счет организации специальных политических и правовых процедур институционализации нормативных ожиданий). Согласно его концепции, легитимна та власть, которая устанавливает и принимает свой собственный должный процесс легитимации. Следовательно, ответственность за решение проблемы легитимности решений может взять на себя только сама политическая система. Легитимность официальных решений в функциональном понимании не означает больше внешнего оправдания (и ограничения изменчивости) политической системы за счет надпозитивных принципов и ценностей. Как монополизация распоряжения физической силой, так и учреждение процедур являются достижениями политической системы, которая сама заботится об эффективном отправлении решений и собственной легитимности. Именно потому, что система сама обеспечивает свою легитимацию, по мнению Н. Лумана, ее можно критиковать за то, как она это делает. Расхождение концепции Н. Лумана с классической дискуссией о легитимности политико-правовых решений состоит в том, что он отказывается от связи понятия легитимности с конечными нормами и ценностями или с фактическим распространением убежденности в их значимости.

На основе проведенного нами анализа можно заключить, что лумановское понимание процесса легитимации официальных решений очень тесно связано с понятием институционализации ожиданий. В данном случае институционализация должна происходить в связи с принятием общеобязательных решений в ходе политических и правовых процедур (таких, как избирательный, законодательный, судебный процессы и т.д.). В условиях общества, в котором право в основной своей массе позитивно и имеет высокий темп изменения, должна быть организована институционализация перечисления поведенческих ожиданий, которая обеспечивала бы гладкое и безболезненное протекание этого процесса изменений. Это предполагает с одной стороны общественные структуры и процессы, которые освобождают отдельного человека от личной ответственности за его повиновение, а с другой стороны, - разрешают ему иметь персонально мотивированную реакцию. Но политическая система заботится также о том, чтобы эта реакция не вырастала в общий протест. Безразличие к личным мотивам

⁹ Habermas J. Theorie des kommunikativen Handelns. Том 1. Frankfurt aM., 1981. С. 358.

граждан и устойчивость рациональных процедур решения политико-правовых проблем обеспечивают работоспособность политической системы и становятся основанием ее легитимности.

По верному замечанию Вольфганга Штреэка, Н. Луман берет за исходную точку своих исследований перспективу политического центра, на котором лежит функция по принятию общеобязательных решений¹⁰. Из такой перспективы, процессы политического просвещения грозят этому центру ограничением свободы в принятии решений и сужением границ терпимости или безразличия подчиненных ему граждан, в рамках которых этот центр мог бы преследовать любые угодные ему цели. Н. Луман как бы предлагает политическим элитам опираться на базовый общественный консенсус и автономно принимать политико-правовые решения, а гражданам – признавать обязательность любых решений и не вмешиваться в работу специалистов. Эта концепция предлагает использовать политическую апатию граждан в качестве «рабочей гипотезы» политической системы. Очевидно, что такая перспектива умаляет значение возможности формирования рациональной позиции гражданским обществом в целом и отдельным гражданином в частности.

В противовес Н. Луману, Ю. Хабермас, подчеркивая рациональную составляющую легитимности правопорядка, настаивает на том, что легитимность правил измеряется возможностью так называемой дискурсивной реализации их нормативного притязания на значимость: «Как участники в рациональных дискурсах, граждане должны быть способны проверить, находит ли (или могла бы найти) спорная норма согласие всех кого она может коснуться»¹¹ – пишет он. Этот ключевой легитимирующий принцип, согласно Ю. Хабермасу, воплощается в жизнь через свободное обсуждение политических и правовых тем гражданской общественностью, через демократическое участие граждан в принятии официальных решений, а в парламентских и судебных органах его соблюдение должно обеспечиваться процедурными нормами, которые способствуют беспристрастному, свободному и всестороннему обсуждению решений, готовящихся к принятию. В конечном итоге, легитимность политико-правового решения должна зависеть от того, принято ли оно *реально* в результате рациональной процедуры или, по меньшей мере, *могло ли бы* оно быть оправдано в такой процедуре с прагматической, этической и моральной точки зрения. Соответственно отличается и его взгляд на соотношение физического принуждения и легитимности: «разрешение на правовое принуждение должно

быть *объяснено ожиданием легитимности*, связанным с принятием решения (...) законодателем»¹².

Существенная поправка Ю. Хабермаса состоит в том, что объективирующий подход, выбранный Н. Луманом, т.е. подход рассматривающий право исключительно как внешний социальный факт, должен быть дополнен перформативной перспективой участника социального взаимодействия. Эти перспективы Ю. Хабермас связывает соответственно с установкой на *стратегическое действие*, в котором актер преследует собственные цели и смотрит на других как на средства или как на препятствия в ее достижении, и установкой на *коммуникативное действие*, целью которого является достижение согласия с окружающими. Для «произвола» актора, который ориентируется на собственный успех, правовая норма и ожидание приведения ее в действие образуют фактическое ограничение в виде предсказуемых последствий в случае ее нарушения. Напротив, в случае актора, который желает достичь согласия с другими акторами, правило обязывает его «свободную волю» нормативным притязанием на значимость и возможностью его критической проверки. Открытость этой альтернативы не означает смешения двух названных моментов, которые остаются для актора несоединимыми. В зависимости от выбранной перспективы правовая норма образует разного рода составляющую социальной ситуации: для того кто действует из стратегической установки она является социальным фактом, который внешне ограничивает его свободу действий, а для действующего в коммуникативной установке, она рассматривается как обязательное поведенческое ожидание, в отношении которого предполагается рационально-мотивированное согласие граждан. Поэтому актер будет приписывать правовой норме с соответствующих позиций либо статус факта с прогнозируемыми последствиями либо деонтологическую обязательность нормативного поведенческого ожидания. В то время как, Н. Луман смотрит на юридические нормы скорее как на внешние ограничения целерационального действия, Ю. Хабермас считает, что юридическая сила нормы должна предполагать оба момента: во-первых, обеспеченность нормы санкциями, для ее принудительного исполнения, и, во-вторых, легитимность нормы, которая делает возможным следование норме из уважения к закону. С объективирующей точки зрения, выбранной Н. Луманом, легитимность, как фактическое признание обязательности официальных решений, является мерой стабильности системы. Из перформативной же установки следует, что претензия официальных решений на легитимность скрыто или явно отсылает к возможности их дискурсивного обоснования.

Благодаря критике Ю. Хабермаса становится видно, что Н. Луман в своей концепции легитимации официальных

¹⁰ Habermas J., Luhmann N. Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie... С. 268-269.

¹¹ Habermas J. Faktizität und Geltung. Frankfurt aM., 1992. С. 134.

¹² Habermas J. Faktizität und Geltung. С. 51.

решений делает акцент на «иррациональных» факторах и пренебрегает рациональными. Например, к его тезису, согласно которому процедуры способствуют принятию обязательности официального решения в силу их изолирующего эффекта, следует добавить, что процедура может способствовать рациональной легитимации даже нежелательного решения в случае, когда она воспроизводит в своей структуре рациональный дискурс т.е. если она предоставляет каждой заинтересованной стороне свободно приводить аргументы, исключает прямое насилие и нивелирует дисбаланс властных ресурсов сторон¹³.

Тот, на мой взгляд, бесспорный факт, что обязательность официальных решений принимается многими гражданами как данность, без критической проверки, может быть объяснен при помощи концепции «вторичного традиционализма» Макса Вебера. Аналогично действенности порядка основанного на традиции и предании, действенность современного рационального порядка основывается главным образом на повиновении знакомому, привычному, привитому с детства, раз за разом повторяющемуся. Общественная дифференциация и рационализация влечет за собой все большее дистанцирование людей участвующих в рациональных практиках и порядках от их рационального базиса, который стремится стать для них скрытее, чем смысл магических действий волшебника для древних. В результате люди следуют общественным нормам не в силу осознания их разумности, а в силу сложившейся традиции. Для М. Вебера и для Н. Лумана, вера в легитимность легальности основана на этом вторичном традиционализме. Однако и она, по мнению Ю. Хабермаса, в конечном итоге зиждется на предположении рационального основания правопорядка. Правопорядок имплицитно претендует на значимость в смысле рационального согласия, даже если граждане исходят из того, что лишь эксперты способны обосновать его разумность, тогда как непрофессионалы не способны *ad hoc* произвести необходимую рациональную реконструкцию его основ¹⁴. В среднем слабое владение юридическими и политическими знаниями, в котором Н. Луман справедливо усматривает препятствие для критической оценки гражданами законов и других официальных решений, по мнению Ю. Хабермаса лишь удлиняет путь рациональной легитимации, но отнюдь не отменяет его необходимость. Однако и он соглашается, что более длинный путь рациональной реконструкции до некоторой степени снимает с публичного управления бремя необходимости

убеждать граждан в правильности и обоснованности официальных решений.

Концепция легитимности Ю. Хабермаса опирается в проблему осуществимости рациональных дискурсов в гражданском обществе¹⁵. Известно, что количество политических вопросов, в отношении которых «демос» в целом может сформировать обоснованное мнение, в каждом заданном временном отрезке крайне мало, даже если предположить, что граждане инвестируют в эти вопросы относительно много времени и усилий. Невозможно себе представить, чтобы все, кого затрагивает принятие того или иного официального решения действительно участвовали бы в его публичном обсуждении. Многие не могут себе этого позволить, а многие вполне осознанно отказались бы от такого участия. Помимо дефицита времени, внимания, информации и экспертных знаний, необходимых для формирования рационального мнения относительно политических проблем, задачу усложняют такие явления как культурный плюрализм и конфликт ценностных ориентаций, характерные для современного общества. «Даже интерпретация таких ключевых элементов процедурной беспристрастности как равное рассмотрение и равное отношение «принципиально оспоримы», что доказывается разногласиями касательно *значимых отношений* в которых граждан следует рассматривать как равных и относиться к ним как к равным» - пишет американский критик Ю. Хабермаса Томас МакКарти¹⁶. Корректные с т.з. процедуры усилия по достижению рационально мотивированного консенсуса могут вполне разбиться о различия в ценностных ориентациях, интерпретациях потребностей, мировоззрений и т.п. Эти разногласия могут оказаться принципиально неразрешимыми и Т. МакКарти допускает, что в таком случае компромисс будет признан легитимным «проигравшей» стороной не в силу признания его рациональности, а только в силу его формальной корректности¹⁷.

По большому счету, у Ю. Хабермаса с его принципом рационального дискурса, речь идет лишь об идеальной нормативной модели, которая должна служить критерием оценки существующих в обществе практик. Рациональность процедур принятия решений как и рациональность самих решений (а значит и их легитимность) остаются в основной массе лишь *допущением* или *предположением*. Требование, заключенное в его теории, состоит в том,

¹³ См. например: Machura S. The Individual in the Shadow of Powerful Institutions: Niklas Luhmann's Legitimation by Procedure As Seen by Critics. // Roehl K.F., Machura S. (Hrsg.). Procedural Justice. Aldershot, 1997. С. 195.

¹⁴ Habermas J. Theorie des kommunikativen Handelns. Том 1. Frankfurt aM., 1981. С. 361.

¹⁵ Довольно взвешенный анализ возможностей и границ рационального формирования мнения и воли гражданской общественностью предлагает статья: Peters B. Der Sinn von Öffentlichkeit // Peters B. Der Sinn von Öffentlichkeit. Frankfurt aM., 2007.

¹⁶ McCarthy T. Legitimacy and Diversity: Dialectical Reflections on Analytical Distinctions // Rechtstheorie. 1996. №27. С. 346.

¹⁷ McCarthy T. Legitimacy and Diversity... С. 350.

что общество должно предоставлять институциональную возможность реальной проверки этого предположения.

Н. Луман исходит из того, что причина следования официальным правилам и признания официальных решений располагается на более глубинном уровне, нежели дискурсивная рациональность. Следование законам передается и усваивается так же как все образцы поведения, правила общежития, морали, обычая, гигиены и т.д. Эти процессы осознаются и рационализируются индивидами лишь отчасти, поскольку являются неотъемлемой частью привычной повседневной практики, воспроизводимой ими автоматически. Можно сказать, что следование законом происходит на основе «смеси осознанно-мотивационных и нерефлектировано-усвоенных элементов»¹⁸. Теория

легитимации Н. Лумана объясняет как и почему следование официальным решениям и нормам превращается в обыденность и отчасти ускользает от контроля разума. Согласно ей, в среднем, каждый член общества ожидает, что остальные, по каким бы причинам то ни было, ожидают от него следование установленному порядку и покоряется этому реальному или только мнимому социальному давлению. Институционализация повиновения государству, усиленная возможностью физического принуждения и возможностью участия в политико-правовых процедурах, ведет к тому, что частное несогласие с установленным порядком не переходит с необходимостью в общественное, а оно, в свою очередь, не ведет напрямую к неповиновению.

Библиография:

1. Dimmel N. Überlegungen zur Funktion des Nicht-Wissens von Recht. Zeitschrift für Rechtssoziologie. 1986. №7.
2. Habermas J. Faktizität und Geltung. Frankfurt aM., 1992.
3. Habermas J., Luhmann N. Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie – Was leistet die Systemforschung? Frankfurt aM., 1971.
4. Luhmann N. Politische Soziologie. Berlin, 2010.
5. Luhmann N. Rechtssoziologie. Opladen, 1983.
6. Luhmann N. Legitimation durch Verfahren. Neuwied, 1969.
7. Kelsen H. Reine Rechtslehre. 2. Aufl. Wien, 1960.
8. Peters B. Der Sinn von Öffentlichkeit. Frankfurt aM., 2007.
9. McCarthy T. Legitimacy and Diversity: Dialectical Reflections on Analytical Distinctions // *Rechtstheorie*. 1996. №27.
10. Machura S. The Individual in the Shadow of Powerful Institutions: Niklas Luhmann's *Legitimation by Procedure* As Seen by Critics. // Roehl K.F., Machura S. (Hrsg.). *Procedural Justice*. Aldershot, 1997.
11. Habermas J. Theorie des kommunikativen Handelns. Том 1. Frankfurt aM., 1981.

References (transliteration):

1. Dimmel N. Überlegungen zur Funktion des Nicht-Wissens von Recht. Zeitschrift für Rechtssoziologie. 1986. №7.
2. Habermas J. Faktizität und Geltung. Frankfurt aM., 1992.
3. Habermas J., Luhmann N. Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie – Was leistet die Systemforschung? Frankfurt aM., 1971.
4. Luhmann N. Politische Soziologie. Berlin, 2010.
5. Luhmann N. Rechtssoziologie. Opladen, 1983.
6. Luhmann N. Legitimation durch Verfahren. Neuwied, 1969.
7. Kelsen H. Reine Rechtslehre. 2. Aufl. Wien, 1960.
8. Peters B. Der Sinn von Öffentlichkeit. Frankfurt aM., 2007.
9. McCarthy T. Legitimacy and Diversity: Dialectical Reflections on Analytical Distinctions // *Rechtstheorie*. 1996. №27.
10. Machura S. The Individual in the Shadow of Powerful Institutions: Niklas Luhmann's *Legitimation by Procedure* As Seen by Critics. // Roehl K.F., Machura S. (Hrsg.). *Procedural Justice*. Aldershot, 1997.
11. Habermas J. Theorie des kommunikativen Handelns. Том 1. Frankfurt aM., 1981.

¹⁸ Dimmel N. Überlegungen zur Funktion des Nicht-Wissens von Recht. Zeitschrift für Rechtssoziologie. 1986. №7. С. 151.