

ФІЛОСОФІЯ ПРАВА



Олександр Москаленко

кандидат юридичних наук,
докторант кафедри політології та філософії
Харківського регіонального інституту
державного управління
Національної академії державного управління
при Президентіві України
(Харків, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-4815-5023>
alexan4001@ukr.net

УДК 340.125

ПРАВОВА СИСТЕМА В КОНТЕКСТІ ЕВОЛЮЦІЇ
СОЦІОЛОГІЧНОГО РОЗУМІННЯ ПРАВА

АНОТАЦІЯ. На сучасному етапі розвитку суспільства все частіше виникає розуміння необхідності переходу до вивчення соціологічної природи права та його ролі у забезпеченні необхідних соціальних результатів.

Метою статті є висвітлення зв'язку концепції правової системи з соціологічним розумінням права, а також трансформації поглядів на сутність і функції правової системи в контексті розвитку соціології права від початку ХХ ст. до сьогодні.

У статті розглядається концепція правової системи з позицій соціологічного розуміння права у контексті історико-правового дискурсу, який відображає розвиток як соціології права за останні 100 років, так і еволюцію соціологічного розуміння сутності правової системи, зв'язок останньої з іншими соціальними підсистемами, її структуру і функції. У статті пропонується аналіз поглядів представників найбільш відомих шкіл соціології права. Зокрема, серед представників європейських учених особлива увага приділяється представникам німецької (М. Вебер та Є. Ерліх) та французької (Е. Дюркгейм, Л. Дюгі) шкіл соціології права. Відзначається той зв'язок між розвитком правової системи та змінами парадигми розвитку суспільних відносин, який свого часу підкреслювали представники обох зазначених шкіл. Серед інших цікавих ідей слід виокремити думку щодо зменшення ролі держави як регулятора суспільних відносин, пов'язану з розвитком приватноправової сфери та громадянського суспільства, яку свого часу запропонував Л. Дюгі. Аналізуючи праці представників американської школи соціології права (Б. Кардосо, Р. Паунд, К. Левеллін), підкреслюється зв'язок правової системи з процедурами здійснення правосуддя та судовою системою як такою, що являє собою механізм двостороннього зв'язку між правом та іншими соціальними підсистемами, який, зі свого боку, забезпечує відповідність розвитку правової системи швидким змінам постіндустріального суспільства.

Головним висновком статті є теза про те, що, аналізуючи право як основну регулятивну систему суспільних відносин, теоретики соціології права підкреслюють різноманітні й багатогранні зв'язки правової системи з іншими соціальними феноменами. Розуміння ж правової системи як системи юридичних комунікацій підкреслює необхідність усвідомлення проблематики особливого статусу інституцій і тих підстав, які уповноважують ці інституції для створення відповідної системи комунікацій.

Ключові слова: правова система; соціологія права; інституції; правова програма; правові коди.

У зв'язку з розбудовою правової держави в Україні все частіше виникає необхідність переходу від виключно формального розуміння сутності правової системи до вивчення соціологічного значення права, його динамічних функцій щодо регулювання процесів суспільних трансформацій та ролі у забезпеченні тих соціальних результатів, яких вимагає сучасний етап розвитку українського суспільства. Саме з цим пов'язане відновлення інтересу до вивчення правової системи з позиції соціології права. Це ж, відповідно, й обумовлює актуальність нашої статті.

Метою дослідження є висвітлення зв'язку концепції правової системи з соціологічним розумінням права, а також трансформації поглядів на сутність і функції правової системи в контексті розвитку соціології права від початку ХХ ст. до сьогодні.

Завданням статті є розгляд концепції правової системи, а також її структури, завдань і функцій із позиції соціології права. Вказаний аналіз пропонується у контексті історико-правового дискурсу, який відображає розвиток як соціології права за останні 100 років, так і еволюцію соціологічного розуміння сутності правової системи, її зв'язок з іншими соціальними підсистемами, а також структуру та функції.

Серед дослідників, які вивчали проблематику філософії та соціології права, варто назвати таких, як С. Алексеєв, О. Балинська, В. Бурдяк, В. Воднік, А. Гетьман, Л. Гуменюк, О. Джужа, К. Жоль, О. Зайчук, П. Захарченко, Ю. Калиновський, О. Ковальчук, М. Костицький, В. Лапаєва, Л. Луць, О. Марцеляк, В. Нагребельний, В. Нерсеянц, Н. Онищенко, П. Рабінович, А. Селіванов, О. Сердюк, О. Скакун, В. Судаков, Ю. Шемшученко, В. Щербина, Л. Явич.

Слід зазначити, що у працях провідних фахівців із соціології права дослідженню концепції правової системи, її функцій, завдань і внутрішньої структури приділяється чимала увага. Підтверджуючи визначальну функцію правової системи щодо забезпечення стабільності у суспільстві, сучасні соціологи права вказують на важливість інституційної системи та специфіку внутрішньої структури правової системи, засадою якої, як стверджують деякі дослідники, є так звані правові коди.

Незважаючи на те, що офіційно соціологія права була визнана в середині ХХ ст.¹, фактично перші дослідження у цій галузі з'являються на межі ХІХ та ХХ ст. Оскільки право завжди було одним із найбільш важливих регуляторів суспільних відносин, Г. Шершеневич свого часу вказував на необхідність установити закони розвитку суспільного життя, відкрити повторюваність у відомих умовах права та причинний зв'язок цих явищ у їх відношенні одне до одного та до явищ навколишнього середовища². Тобто йшлося про завдання вивчення правових явищ із позиції молодого на той час науки соціології. Серед піонерів соціології права зазвичай називають Є. Ерліха³, М. Вебера⁴, Е. Дюркгейма⁵ та низку інших дослідників, серед яких Р. Ієринг, К. Маркс, Л. Гумплович, Г. Тард, С. Муромцев, Н. Коркунов та ін.⁶. У контексті соціології права доволі часто виокремлюють психологічну теорію права Л. Петражицького⁷. Варто сказати, що на початкових етапах формування нової науки вказували на існування в Європі німецької та французької шкіл.

Коротко характеризуючи німецьку школу (М. Вебер, Є. Ерліх), необхідно сказати, що праці М. Вебера стосувалися таких проблем, як роль права у розвитку суспільства, співвідношення права та державної влади, типізація сучасних йому державних систем, підвищення рівня ефективності державного управління та роль демократизації влади у цьому контексті тощо. Праці ж Є. Ерліха присвячені передусім праву як самостійному феномену та зв'язкам права з іншими нормами регулювання суспільних відносин. За твердженням науковця, його підходи були спрямовані на вивчення "живого права". Він справедливо зауважував, що правові установки ґрунтуються не тільки на правових нормах. Мораль, релігія, звичаї, пристойність, а також добрий тон і мода регулюють не тільки позаправові відносини, вони на кожному кроці проникають і в галузь права. Лише взаємодія суспільних норм усіх видів дає нам повну картину суспільного механізму⁸. Крім того, вчений підкреслював, що сфера дії кодексів так віддалена від дійсності, що правові відносини, з якими вони повинні мати справу, незрівнянно багатші, різноманітніші, мінливіші, що вже одна думка вичерпати їх в одному кодексі була б дивовижною⁹.

¹ Соціологія права була офіційно визнана галуззю наукових знань лише у 1962 р. на V Всесвітньому соціологічному конгресі у Вашингтоні (США).

² Г Шершеневич, *Общая теория права* (1911) 52–3.

³ E Ehrlich, *Grundlegung der Sociologie des Rechts* (1913) 409.

⁴ M Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft* (Mohr 1922) 840.

⁵ Э Дюркгейм, *О разделении общественного труда* (Юшкевич П пер с фр, Г М Левинсон 1900) 331.

⁶ В Дубовицкий, *Социология права: предмет, методология и методы* (Право и экономика 2010) 13.

⁷ А Мережко, *Психологическая школа права Л. И. Петражицкого* (Феникс 2016) 524.

⁸ Ehrlich (n 3) 44–5.

⁹ Ibid.

Один із засновників французької школи соціології права Е. Дюркгейм, аналізуючи зв'язок права з еволюцією громадянського суспільства та державного устрою в європейських країнах, доходить доволі цікавих висновків. На його думку, паралельні процеси еволюції державного устрою та розвиток цивільно-правових відносин і договірної права призводять до посилення ролі у правовому регулюванні принципів свободи, рівності та справедливості, що, зі свого боку, призводить до заміни у відносинах держави та громадян принципу панування на принцип співробітництва. Як зазначав Е. Дюркгейм, члени суспільства більше не розглядаються як 'речі, на які держава має право, а розглядаються як партнери, без яких не можна обходитись і перед якими воно (суспільство) має обов'язки'¹⁰. Крім того, він зазначав, що основні соціальні явища у суспільстві, такі як право, релігія, мораль, навіть економіка, є ціннісними системами, які виникають із колективних ідеалів. Відповідно, зміна ідеальної колективної свідомості становить основу розвитку правових інститутів, оскільки 'суспільство не може створювати або ж відтворювати себе без одночасного створення ідеалу'. Саме через створення ідеалу 'воно періодично конструює та переробляє себе'¹¹.

Такий підхід залишається актуальним і сьогодні. З огляду на те, що право являє собою соціальний конструкт, воно є продуктом людської свідомості та результатом відображення соціально-суб'єктивної інтерпретації існуючих суспільних відносин, суперечностей, тенденцій тощо. Деякі сучасні фахівці з теорії права підкреслюють зв'язок права з існуючими у суспільстві морально-етичними цінностями крізь призму розуміння права. Як вказує А. Поляков, образ права, який формується у межах тієї чи іншої культури, характеризується як парадигмально обумовленими теоретичними ознаками права, так і культурно обумовленим практичним (ціннісним) ставленням до права¹². Це включає в себе не лише принципи та парадигму юридичного пізнання, а й методологію, що співвідноситься з відповідною концепцією юриспруденції¹³.

Як свого часу зазначав О. Лейст, особливо зв'язок права та суспільних ідеалів проявляється у періоди становлення або ж глибинних змін правової системи, коли на перший план виходить морально-етичне розуміння права. Ба більше, право, яке вже

¹⁰ Г Гурвич, *Философия и социология права: избранные сочинения* (Антонова М и Воронина Л пер, С-Петербург гос ун-т 2004) 642–3.

¹¹ E Durlcheim, *Sociologie et philosophie* (1924) 141.

¹² А Поляков и Е Тимошина, *Общая теория права: учебник* (С-Петербург гос ун-т 2005) 38.

¹³ В Нерсесянц (общ ред), *Проблемы общей теории права и государства: учебник для вузов* (НОРМА 2001) 136.

<...> стало дійсністю та звичайною практикою судів й інших державних органів <...> неминуче виходить за межі букви закону, створюючи при регулюванні нових суспільних відносин щось на кшталт синтезу морального й нормативного розуміння права на основі високої правової культури¹⁴.

Інший представник французької школи соціології права кінця ХІХ – початку ХХ ст. Л. Дюгі розглядав право в контексті соціальної солідарності. Він також підкреслював зв'язок права з суспільними ідеалами конкретного суспільства та його моральними устоями. Зокрема, Л. Дюгі писав:

<...> створює право саме віра, яка глибоко пронизує маси людей у конкретну епоху та в конкретній країні; віра в те, що те чи інше регулювання є обов'язковим, тобто відповідає почуттю справедливості, яке превалує у цей момент <...>. Право є психологічною творчістю суспільства, що зумовлюється його матеріальними, інтелектуальними та моральними потребами¹⁵.

Особливий інтерес викликає ідея Л. Дюгі щодо зменшення ролі держави у регулюванні суспільних відносин і поступове зменшення ролі державного суверенітету як одного з основоположних концептів у сфері публічного права та міжнародних відносин. Як писав сам дослідник, 'форми державного колективізму, пов'язані із принципом суверенітету, який є лише ще одним найменуванням для суб'єктивного права держави командувати <...> вимирають'. Їм на зміну, на думку Л. Дюгі, має прийти функціональний федералізм децентралізованих публічних об'єднань, що функціонують під керівництвом представників публічної влади¹⁶.

Деякою мірою продовженням зазначеного підходу стала концепція про центральну роль інститутів для правової системи. Ця концепція була запропонована ще одним представником французької школи – М. Оріу, який вважав, що з філософської точки зору саме в інституті ми повинні шукати об'єктивні юридичні цінності та ідеї. Особливо це стосується ідей справедливості та порядку. Як пише М. Оріу, інститут – це

юридична ідея завдання, яке здійснюється та застигає в соціальній структурі <...>. Це найбільш глибокий та найменш кристалізований рівень соціальної дійсності права, що протидіє будь-якому інтелектуальному

¹⁴ О Лейст, 'Три концепции права' (1991) 12 Советское государство и право 7–8.

¹⁵ Цит. за: Гурвич (н 10) 655.

¹⁶ Там само 656.

схематизму, будь-якій концептуальній оболонці <...>. Саме в інституті здійснюється перетворення фактичної ситуації на юридичну¹⁷.

Представники американської школи традиційно пильну увагу приділяли процесу здійснення правосуддя у межах судової системи. Ба більше, саме судову систему американські соціологи права розглядали як центральний інституційний механізм, який забезпечував зв'язок права з іншими соціальними системами. Відповідно, саме проблематика, пов'язана з діяльністю судової системи, найчастіше ставала предметом дослідження представників американської школи. Зокрема, Б. Кардозо підкреслював, що в основі судового прецеденту лежать основоположні правові концепції, які є постулатами правосвідомості, а під ними лежать життєві звичаї, інститути суспільства, в яких ці концепції зародились і які в процесі взаємодії у свою чергу змінилися¹⁸. Отже, саме неоднозначністю життя суспільства, яке і є джерелом живого права, на думку Б. Кардозо, можна пояснити ті труднощі, які постають перед суддями в процесі здійснення правосуддя.

Необхідно зазначити, що в одній зі своїх праць інший представник американської школи – Р. Паунд спробував визначити предмет вивчення соціології права як він його розумів. Зосереджуючись на практичних аспектах, учений, зокрема, вказує на необхідність: 1) вивчати фактичні соціальні наслідки діяльності правових інститутів і правових концепцій, концентруючи увагу на фактичному боці дії права, а не абстрактному його змісті; 2) сприяти соціологічним та юридичним дослідженням процесу створення правових норм, розглядаючи при цьому право як 'соціальний інститут, яким може бути вдосконалений інтелектуальними зусиллями'; 3) робити акцент на соціальних цілях права, які підкріплюються не лише санкціями, а й іншими механізмами правового регулювання; 4) вивчати проблематику правозастосування, концентруючи увагу на тому, щоб правові приписи розцінювались 'більшою мірою як керівництво до дії, а меншою – як непохитні шаблони'; 5) вивчати соціальний ефект правових доктрин минулого та ті механізми, які лежать в основі такого впливу¹⁹.

Вивчаючи соціологічну природу правової системи, Р. Паунд підкреслював різницю між різноманітними рівнями соціальної дійсності права, виділяючи при цьому таке: 1) судовий процес або ж здійснення правосуддя; 2) право як таке; 3) правопорядок; 4) правові цінності. При цьому він вказував, що нормативний рівень права суттєво відрізняєть-

¹⁷ Цит. за: Гурвич (н 10) 663–4.

¹⁸ B. Cardozo, *The Nature of the Judicial Process* (Yale University Press 1921) 20.

¹⁹ R. Pound, 'The Scope and Purpose of the Sociological Jurisprudence' (1912) 25 *Harvard Law Review* 513–6.

ся від рівня принципів і стандартів, а також від інтуїтивно визначеного “диспозитивного права”²⁰. Зауважуючи взаємозв’язок права і моралі, який постійно змінюється залежно від типу суспільства та його відповідних моральних і правових стандартів²¹, Р. Паунд підкреслює той факт, що як теорія права, так і “судовий емпіризм” уможлиблюють висновок, що право все ширше спрямовується на визнання та задоволення людських потреб і претензій (бажань) через соціальний та правовий контроль із найменшим ступенем обмеження таких потреб і бажань²².

Загалом же Р. Паунд наполягав на тому, що соціальна дійсність права тісно переплітається з ідеальними елементами та духовними цінностями²³. Таке розуміння соціології права доволі близько збігається з ідеями Е. Дюркгейма та М. Оріу, які теж підкреслювали взаємозв’язок права з духовними цінностями й ідеалами суспільства. Важливим є й широке розуміння Р. Паундом соціального контролю та той факт, що право є лише одним із його форм. Зокрема, він писав:

Ми не повинні забувати, що право – не єдиний орган соціального контролю. Домашнє господарство, церква, школа, добровільні організації, професійні асоціації, соціальні клуби та братські організації, кожний із своїм кодексом поведінки створюють більш або менш розвинуту соціальну інженерію. Проте головний акцент припадає на правопорядок – режим управління людськими діями через політично організоване суспільство шляхом застосування сили²⁴.

Варто зазначити, що подібне розуміння ролі соціальних інститутів, на перший погляд далеких від реалізації владних повноважень, було більш широко розкрито у працях одного з найбільш видатних соціальних філософів ХХ ст. М. Фуко²⁵.

Праці К. Ллевелліна присвячені проблематиці та діалектиці еволюції правових систем. Зокрема, учений підкреслював, що правові системи комплексного суспільства завжди частково плюралістичні та інстинктивні, пронизані різноплановими та ворогуючими передумовами росту. При цьому ‘плюралістична багатогранна система здатна на засвоєння або асиміляцію правового матеріалу та нових напрямів, що постійно

²⁰ R Pound, *Introduction to the Philosophy of Law* (Yale University Press 1922) 130–41.

²¹ R Pound, *Law and Morals* (1924) 115–7.

²² Pound (n 20) 68–9.

²³ M Aronson, ‘Roscoe Pound and the Resurgence of Juristic Idealism’ [1940] VI(1) *Journal of Social Philosophy* 47–83.

²⁴ R Pound, *Contemporary Juristic Theory* (Pamona College 1940) 80.

²⁵ M Foucault, *Madness and civilization: a history of insanity in the age of reason* (Pantheon Books 1965); M Foucault, *Naissance de la clinique. Une archéologie du regard médical* (Presses Universitaires de France 1963).

збільшуються, завдяки рухомим культурним кордонам²⁶. Учений окремо вказує на діалектичні взаємовідносини між правом і суспільством. Одночасно з тим, що право залишається основним регулятором соціальних відносин, К. Ллевеллін зазначає, що ‘наше суспільство змінюється, і право, щоб пристосуватись до суспільства, теж повинно змінюватися. Наше суспільство не є сталим, і право має пристосовуватися до нього, воно не повинно ставати фіксованим’²⁷.

Установивши, що мостом між соціологією та правом є людська поведінка в тих аспектах, які розглядаються як юридичні, К. Ллевеллін запропонував використовувати такі терміни, як “правові звичаї” та “правова матерія”. Під правовими звичаями він розумів будь-яку поведінку або ж практику, що є виключно правовою за характером, особливостями або ж результатом. Термін “правова матерія” варто використовувати для визначення будь-якого явища в культурі, яке має очевидний стосунок до сфери права, що включає в себе норми права, правові інститути, юристів, суди, звички тощо – тобто все, що присутнє в культурі і стосується права²⁸.

До середини ХХ ст. остаточно сформувалися дві основні тенденції у розвитку світової соціології права: європейська та американська. Якщо перша розвивалася у тісному контакті з соціальною філософією, то друга переважно сформувалася як наука про людську поведінку²⁹. Як зауважував свого часу відомий американський соціолог права Р. Паунд, американський юрист дивився на континентальні трактати про право як на соціологічні тракти, тоді як європейські соціологи дивилися на американську літературу з соціологічної юриспруденції як на юридичні дослідження у межах соціології³⁰.

Доволі чітко було сформульовано й завдання та предмет дослідження цієї дисципліни. На відміну від філософії права, яка вивчає право у загальному контексті розуміння сенсу, природи та призначення права, соціологія права здебільшого фокусується на вивченні соціальних функцій права та на його соціальній ефективності. Отже, соціологія права досліджує соціальну природу та призначення права, розкриває й аналізує характер і закономірності взаємозв’язків та взаємодії права з іншими соціальними явищами і життям суспільства загалом, виявляє соціальну обумовленість права, його соціальні функції, цілі та механізми соціальної дії. Наприкінці ХХ ст. соціологічна концепція праворозумін-

²⁶ K Llewellyn, ‘The Normative, the Légal and the Law-Jobs: The Problem of Juristic Method’ [1940] 49(8) Yale Law Journal 1355–400.

²⁷ K Llewellyn, The Bramble Bush (1930) 63.

²⁸ Llewellyn (n 26) 1357–59.

²⁹ В Ядов, ‘Размышления о предмете социологии’ (1990) 2 Социологические исследования 4–7.

³⁰ Цит. за: Гурвич (n 10) 830.

ня найбільш інтенсивно розроблялася такими науковими школами, як соціологічно-інституціональна, прагматична, реалістична, прикладна соціологія права тощо³¹. Варто зазначити, що такий багатосторонній підхід до вивчення соціології права дав змогу розробити інтегративний підхід до розуміння права, у межах якого останнє розглядається як особливий тип соціальної взаємодії, в якому норми, цінності та факти “зростаються та актуалізуються” на основі таких посткласичних методологічних підходів, як феноменологія, герменевтика, синергетика, комунікологія тощо³². Важливим фактором становлення інтегративного підходу стали дослідження концепції та феномена “правової держави”, що дало змогу забезпечити синергію позитивістського підходу до розуміння об’єктивного права та природно-правову доктрину з її розумінням прав і свобод людини як найбільшої цінності та їх основоположну роль для формування й ефективного функціонування громадянського суспільства³³.

З огляду на багатогранність взаємозв’язків права з іншими соціальними підсистемами суспільства деякі дослідники пропонували виділяти два елементи цих відносин. Перший елемент стосується природи правових норм, тобто проблеми їх соціальної обумовленості та тих відносин, які ці норми ініціюють. Очевидно, що соціальна обумовленість має конкретні прояви у межах процесу створення правових норм. При цьому під соціальною обумовленістю доволі часто розуміється відповідність, адекватність права суспільним відносинам, що регулюються, здатність права відображати потреби суспільного життя³⁴. Другий елемент становлять взаємозв’язки між правовими та фактичними суспільними відносинами, тобто соціальна дія права та соціальна ефективність його інститутів, норм тощо. Саме через цей (другий) елемент і проявляється зворотній зв’язок між правом та суспільними відносинами³⁵. Аналіз соціальної дії права включає в себе й дослідження випадків, коли зміна соціальних цінностей суспільства, мотивів та суспільної поведінки людей спричиняє зміну соціальної характеристики права, що може призвести до фактичної бездіяльності правових норм і необхідності їх зміни або ж відміни³⁶. У цьому аспекті доволі цікавим є розуміння права, запропоноване американським науковцем Т. Арнольдом, який писав, що право – ‘це перш за все гігантський резервуар емоційно важливих символів’. При цьому воно складається із великої кількості взаємно суперечливих символів та

³¹ В Сырых (ред), *Социология права: учеб. пособие* (Юстициформ 2001) 36–52.

³² Поляков и Тимошина (н 12) 50, 57.

³³ В Бабаев (ред), *Теория государства и права: учебник* (Юристь 2002) 195.

³⁴ В Лапаева, *Социология права* (НОРМА 2000) 171.

³⁵ В Кудрявцев и В Казимирчук, *Современная социология права: учебник для вузов* (Юристь 1995) 11–2.

³⁶ Г Осипов и Л Москвичев (отв ред), *Социология. Основы общей теории: учебник* (Норма 2008) 433.

ідеалів. Отже, частина функцій права – визнавати ідеали, які являють собою пряму протилежність реальній поведінці. Вважається, що принципи права управляють суспільством з огляду на те, що таке припущення є необхідним для логіки мріянь. Спостерігач має постійно мати на увазі, що функція права полягає не так в управлінні суспільством, як у підтриманні його існування³⁷.

Схожої думки щодо функцій правової системи дотримується й один із найбільш відомих соціологів права сучасності – Н. Луман, який підкреслював саме стабілізуючу роль правової системи, зокрема, її роль у стабілізації нормативних очікувань суспільства. На його думку, якщо правова система з будь-якої причини не зможе виконувати цю найбільш важливу функцію, то наслідки будуть катастрофічними для всіх інших соціальних підсистем суспільства. Відповідно, Н. Луман визначає основну функцію правової системи як ‘створення та забезпечення “контрфактичних” очікувань, незважаючи на розчарування’³⁸. При цьому зазначається, що виконанню правовою системою своєї основної функції не загрожують прямо чи опосередковано випадки неправосудних рішень, нерівний доступ до правосуддя, складність юридичних процедур тощо. Правова система має змогу подолати всі ці складнощі і при цьому продовжувати виконувати свою головну функцію. Навпаки, єдиною загрозою ефективності права є його “дедиференціювання”, тобто розмивання кордонів права до того рівня, коли юридичні комунікації втрачають свою визначеність³⁹. Це, зі свого боку, означає, що суспільство має право мати нормативні очікування, які йому надає правова система доти, доки ця система не створює новий закон на заміну старого, що являє собою заміну старого набору стабільних очікувань на новий⁴⁰.

Пояснюючи значення терміна “контрфактичний”, Н. Луман підкреслював, що правові норми мають бути в змозі створювати очікування такого типу, які б могли переживати власні розчарування, замість того, щоб співвідноситись із реальністю. Ба більше, нормативні очікування, які потрібно створити, повинні бути достатньо загального типу, щоб конфлікти можна було б розв’язувати заздалегідь, без необхідності отримувати інформацію щодо тих конкретних осіб, які є сторонами конфлікту. Ці очікування не повинні бути такими, що зруйнуються індивідуальними випадками, коли вони (очікування) не були реалізовані. Вони повинні обмежувати свободу поведінки заздалегідь, щоб це було відомо ‘всім, хто хоче діяти у такий спосіб, що вони будуть пору-

³⁷ T Arnold, *Symbols of Government* (Brace & World 1962) 34.

³⁸ N Luhmann, ‘Operational Closure and Structural Coupling: the Differentiation of the Legal System’ (1992) 13 *Cardozo Law Review* 1427.

³⁹ *Ibid* 1438.

⁴⁰ M King and C Thornhill, *Niklas Luhmann’s Theory of Politics and Law* (Palgrave Macmillan 2003) 54.

шувати очікування і що негативні наслідки для порушника настануть одразу ж⁴¹.

Визначаючи “дедиференціювання”, Н. Луман зазначає, якщо правові інститути (суди, трибунали, прокуратура тощо) почнуть реалізовувати політику уряду, ігноруючи при цьому законність або ж юридичну адекватність такої політики, при цьому диференціюючи застосування права залежно від соціального або ж майнового статусу суб’єктів і перекладаючи відповідальність за прийняття юридичних рішень на технічних експертів, або ж взагалі покладаючи юридично важливі рішення на волю Господа, тоді правова система стає “дедиференційованою”. Правова система отримує директиви, які не можуть бути оброблені в формально-юридичному форматі. У подібній ситуації вона (правова система) не може більше бути самодостатньою (“аутопоезисною”)⁴² і починає функціонувати вкрай нестабільно⁴³, оскільки все більше не в змозі виробляти комунікації, що стабілізують суспільні очікування, від яких залежить належне функціонування інших соціальних підсистем⁴⁴. Як зазначається у літературі, наявність поодиноких девіацій, які створюються правовими інституціями час від часу, не є критичними для правової системи, якщо такі девіації мають тимчасовий характер і швидко корегуються. Крім того, виправлення таких девіацій лише посилює стабілізаційну функцію правової системи, оскільки зміцнює суспільну віру в те, що у майбутньому подібні девіації також буде швидко скореговано.

У своєму підході до розуміння природи правової системи Н. Луман пропонує непрямий зв’язок між формально-юридичними концептами та соціологічним підходом до вивчення права. З методологічного погляду цей зв’язок проявляється у розумінні права як ‘ведення дискусії про різні речі, проте з використанням однакової термінології’⁴⁵. Проте формально-юридичні підходи до розуміння природи правової системи у Н. Лумана асоціюються саме з нормативним порядком⁴⁶. Слід підкреслити, що таке розуміння доволі прозоро повертає нас як до концепції суверенітету, так і до позитивізму, основою якого є розуміння права як самодостатньої сукупності норм, яка відокремлена від моральних, політичних та ідеологічних норм і суспільних структур. Відповідно, правова система зображується як самодостатня, оскільки всі юридичні проблеми мають вирішення виключно у межах внутрішніх структур та зв’язків, що

⁴¹ N Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft* (Suhrkamp 1993) 129.

⁴² R Cotterrell, *The Sociology of Law: An Introduction* (Butterworths 1992) 9.

⁴³ S Lukes, *Power: a Radical Theory* (Macmillan 1972).

⁴⁴ M King, ‘Future Uncertainty as a Challenge to Law’s Programmes: the Dilemma of Parental Disputes’ [2000] 63(4) *The Modern Law Review* 541.

⁴⁵ Luhmann (n 41) 14.

⁴⁶ *Ibid.*

існують всередині самої правової системи. Саме такий підхід і став лейт-мотивом теорії Г. Кельзена⁴⁷, який підкреслював автономність правових норм, які оперують виключно у світі того, “що потрібно”, та не корелюються із матеріальним або ж соціологічним “світом буття”⁴⁸.

Немає нічого дивного, що зазначений підхід отримав критику Ю. Габермаса, який вважав Н. Лумана юридичним позитивістом. Зокрема, він вважав, що Н. Луман відділяє факти від цінностей у такий спосіб, що ставить під загрозу зв'язок між формальною стороною права та тим морально-ідеологічним наповненням, яке воно має для Ю. Габермаса⁴⁹, який свій власний дослідницький проект побудував із метою подолання такого типу теоретичного мислення. Проте Н. Луман розглядає правову систему як недетерміновану систему комунікацій, яка має майже необмежену варіативність та еволюційні можливості. Такий підхід приводить вченого до необхідності окремо виділяти право, оскільки для нього факти реального світу мають обмежений характер через те, що з формально-юридичного погляду вони потребують власної інтерпретації вже у межах правової системи. При цьому динамічний характер права не дає можливості стабільно прив'язати право до тих конкретних морально-ідеологічних цінностей, які існують у певному суспільстві в конкретний історичний період розвитку⁵⁰. Такі правові інститути, як рабство або ж смертна кара, в історичній перспективі доволі чітко демонструють той факт, що зв'язок між правовою системою та морально-ідеологічними цінностями суспільства не є абсолютним. Сам же Н. Луман підкреслював, що завданням, яке стоїть перед правовою системою, “не є створення структури посилення на знання, яка була б когнітивно закритою, навпаки – метою є створення структури посилення на норми”⁵¹. Таке розуміння права лише підкреслює фактор часу в контексті функцій правової системи і являє собою спробу відірватись від таких концептів, як “соціальний контроль”, “суспільний консенсус” тощо⁵². Цілком очевидно, що підхід, запропонований Н. Луманом, суперечить інтегративній теорії Ю. Габермаса⁵³.

Проте, незважаючи на цей факт, як і на серйозний вплив позитивізму на теорії Н. Лумана, для нього правова система – це виключно систе-

⁴⁷ H Kelsen, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff: Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht* (Tübingen: J. C. B. Mohr 1922).

⁴⁸ H Kelsen, *General Theory of Law and State* (1961) 10.

⁴⁹ J Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy* (Rehg W trans, Polity 1996).

⁵⁰ King and Thornhill (n 40) 38.

⁵¹ Luhmann (n 41) 81.

⁵² H Bredemier, ‘Social Control through Law’ in Evan W (ed), *Law and Sociology* (Publisher 1942); R Pound, *Social Control through Law* (Transaction Publishers 1942).

⁵³ Habermas (n 49).

ма комунікацій – лише комунікації і нічого іншого⁵⁴. Вчений не включає у своє розуміння правової системи ані організаційну структуру з її інститутами, такими як суди, законодавчі органи тощо, ані організовану юридичну практику, тобто діяльність судових, законодавчих та адміністративних органів. Проте для більш повного розуміння підходів Н. Лумана необхідно почати з того, що він розуміє будь-яку соціальну систему загалом як систему комунікацій. При цьому в контексті комунікації є ланцюгами взаємодії, які в процесі такої взаємодії створюють власне значення⁵⁵. Правова ж система становить систему правових комунікацій – тобто така система, яка створює каркас, у межах якої право є основою для розуміння та структурування навколишньої дійсності – фактів реального об’єктивного буття. При цьому необхідно підкреслити два важливих моменти. По-перше, для розуміння того, чи є комунікація правовою, пропонується використання бінарного коду на кшталт право/не право, правомірний/протиправний тощо. Детальніше цей феномен розглянемо нижче. А по-друге, визначення того, чи є комунікація правовою, можливо лише через застосування саме правових процедур⁵⁶.

Крім того, необхідно підкреслити значення концепції “здорового глузду”, яку доволі часто використовують правники для розроблення правової аргументації та пошуку помилок. Визнаючи факти об’єктивного буття (поведінку, дії, документи тощо) раціональними, тобто такими, що відповідають “здоровому глузду”, право не лише забезпечує собі зовнішню (позаправову, загальносоціальну) легітимність, а й створює таким чином зв’язки з іншими соціальними підсистемами суспільства. Доволі часто концепція “здорового глузду” асоціюється із суддівськими рішеннями, пов’язаними з необхідністю вибору пріоритету, тобто домінуючої суспільної цінності в доволі частих ситуаціях дилем у конкретних судових справах⁵⁷. Проте в контексті такого підходу варто зауважити, що концепція “здорового глузду” та її практичне застосування слугують одним із механізмів забезпечення стабільності функціонування суспільства і, відповідно, створення та забезпечення незмінних суспільних очікувань щодо необхідних та бажаних правил поведінки. З такого погляду концепція “здорового глузду” безпосередньо пов’язана з основною функцією правової системи як її розуміє Н. Луман.

Погоджуючись із соціальною роллю правової системи, Н. Луман підкреслює її доволі високий рівень автономності, тобто закритість правової системи та її відособленість від інших соціальних підсистем. Зокре-

⁵⁴ Luhmann (n 41) 66.

⁵⁵ King and Thornhill (n 40) 36.

⁵⁶ N Luhmann, ‘Legal Argumentation: an Analysis of its form’ [1995] 58(3) *Modern Law Review* 294.

⁵⁷ J Griffith, *The Politics of the Judiciary* (Fontana 1991).

ма, завважається той факт, що позитивне право сучасного суспільства та процеси прийняття будь-яких рішень (законодавчих, судових тощо) не є підпорядкованими щодо будь-якої зовнішньої сили. Таким чином, наголошується на центральній ролі саме права та його власних можливостей щодо надання чинності власноруч прийнятим рішенням⁵⁸. Для Н. Лумана лише право має вирішувати, що є право, що є законним, а що – незаконним. А результати такого рішення мають сприйматись як “соціальні факти” без будь-якої залежності від намірів та мотивів як законодавця, так і відповідного органу правозастосування, оскільки джерелом чинності права є саме право. Таке розуміння знову відсилає нас до позитивізму, одночасно підкреслюючи феномен суверенітету та його зв’язок із правовими феноменами, передусім тому, що право розглядається як соціальна “даність”, що вже вироблена та затверджена законодавцем (або ж судом тощо). З теоретичного погляду такий підхід допускає існування правової системи як системи, ізольованої від інших соціальних систем суспільства, оскільки вона має можливість базувати свої рішення на власних попередніх комунікаціях. При цьому вона продовжуватиме своє існування як самодостатня система, яка визначає власне розуміння об’єктивного буття крізь призму своїх теоретичних доктрин⁵⁹.

Деталізуючи своє розуміння правової системи як системи правових комунікацій, Н. Луман надає доволі детальний аналіз розуміння правової комунікації та її відмінностей від інших соціальних комунікацій. Зокрема, він зазначає, що правовою комунікацією є будь-яка комунікація, яка визнається правом як така, що належить до правової системи. Проте таке широке визначання потребує уточнення, яке у Н. Лумана виглядає специфічно – правовою є будь-яка комунікація, яка базується або ж пов’язана з розмежуванням правовий/не правовий або ж законний/незаконний⁶⁰. З урахуванням розуміння функцій правових норм як таких, що створюють відповідний рівень очікувань⁶¹, відповідно, метою правової комунікації є забезпечення трансляції змісту тих правових рішень минулого, які створюють нормативну основу для нормативних очікувань, із розумінням того, що майбутнє конструюється правовими рішеннями минулого, що, зі свого боку, призводить до надання майбутньому певного ступеня передбачуваності. Таким чином, право забезпечує часовий зв’язок, розв’язуючи один із головних парадоксів системи

⁵⁸ King and Thornhill (n 40) 43.

⁵⁹ Cotterrell (n 42) 9.

⁶⁰ King and Thornhill (n 40) 36.

⁶¹ Luhmann (n 41) 130.

суспільних комунікацій і забезпечуючи зв'язок між самою комунікацією та її роллю щодо конструювання майбутніх очікувань⁶².

Необхідно підкреслити, що в контексті розуміння правової системи як системи соціальних комунікацій важливу роль відіграє концепція внутрішнього коду правової системи. Сам Н. Луман наполягає, що цей код є виключно бінарним. Наводячи такі приклади третіх змінних, як правомірно/протиправно/суспільне благо, або ж правомірно/протиправно/заходи для забезпечення політичного контролю, учений робить висновок, що будь-яка спроба внести третю змінну в решті-решт призведе до дезорієнтації правової практики⁶³. З цим погоджується і низка інших дослідників⁶⁴. Наявність третьої змінної в контексті юридичних рішень і правової системи являє собою проміжну стадію для формування правових програм. Проте в остаточному вигляді юридичні рішення навіть у межах правових програм мають залишатися виключно в межах бінарного коду. Важливо зазначити, що бінарний код поширюється не лише на події за межами правової системи, а й на юридичні рішення як такі. З погляду розуміння правової системи як системи комунікацій, вони (ці рішення) мають розрізнятися на основі права на правові та протиправні. Задля визнання рішення правовим необхідно, щоб таке рішення було прийнято відповідно до тих процесуальних правил, які є для нього обов'язковими, і базувалось би на ґрунтовній юридичній аргументації.

Той факт, що сама правова система вирішує, що є право, а що правом не є, та посилається виключно на власноруч вироблені (правові) комунікації, а не на будь-які універсальні цінності, це той чинник, який підкреслює закритість і самодостатність правової системи. А її (правової системи) бінарний код і є тим механізмом, який забезпечує таку закритість і самодостатність. Застосування цього коду вочевидь обмежує можливості для прийняття рішень правовою сферою, що, зі свого боку, потребує одночасного визначення цієї сфери та її антипода, тобто сфери неправової. Обмеженість сфери застосування права виключає необхідність звернення до універсальних цінностей, перфекціонізму або ж остаточності. Якщо система звертається до свого власного коду, то вона (система) не буде в змозі функціонувати у середовищі, або ж включати у себе те, що не є правом⁶⁵.

У цьому контексті необхідно вказати на співвідношення права та політики, оскільки ці системи не є взаємовиключними. Зокрема, йдеться про процес підготовки законодавства. Цей процес є політичним до того

⁶² Luhmann (n 41) 125.

⁶³ J Clam, *Droit et société chez Niklas Luhmann: la contingence des normes* (Presses universitaires de France 1997) 282.

⁶⁴ King (n 44) 523–43.

⁶⁵ N Luhmann, 'Codierung des Rechtssystems' (1986) 17 *Rechtstheorie* 198.

моменту, поки відповідний проєкт не набуває чинності закону. Після цього новий закон стає частиною правової системи у широкому сенсі та, відповідно, отримує всі властивості права, тобто загальнообов'язкових правил, які підлягають застосуванню у межах відповідної території та мають судовий захист. Традиційним є й інший погляд щодо того, яким чином формуються правові норми. Г. Тойберг наполягає на тому, що статутне право, тобто закони, набуває чинності лише через акти судів. Тобто саме суди визначають, що є, а що не є правовою комунікацією⁶⁶. Слід зазначити, що наявність та співіснування двох таких підходів лише підкреслює той факт, що правова комунікація потребує спеціальних суб'єктів. Відповідно, розуміння правової системи як системи соціальних комунікацій означає наявність інституцій, які спеціально уповноважені на ініціацію таких комунікацій. При такому розумінні очевидним є зв'язок правової системи із концепцією суверенітету та інституціональним підходом до розуміння феномена права. Коментуючи позицію Г. Тойберга, слід підкреслити, що роль судів, як і роль органів правозастосування, є особливо важливою в контексті індивідуалізації права, тобто перетворення загально нормативних норм, розрахованих на невизначене коло осіб (закону), на конкретне право або ж обов'язок конкретного суб'єкта права. Саме у цьому здебільшого й полягає комунікативна функція суду. У межах системи прецедентного права збільшується роль судів у контексті створення правових очікувань суспільства, проте навіть у межах цієї системи підтвердження індивідуальних прав, які отримали загально нормативні характеристики через судовий прецедент, все ж таки формально потребують рішення відповідного суду. Незважаючи на те, що нове судове рішення, як правило, підтверджує попередній судовий прецедент, нове рішення все ж є необхідним саме з огляду на необхідність індивідуалізації права.

Окрім концепції коду правової системи соціологія права запропонувала іншу доволі цікаву концепцію – програм права. Ба більше, саме комбінація кодів і програм дає змогу правовій системі адаптуватися до зовнішнього середовища, яке постійно змінюється. При цьому різниця між кодом і програмами та їх взаємозв'язок є парадоксом правової системи⁶⁷. Наявність цього парадоксу, на нашу думку, пов'язана з діалектикою правової системи як такої. З одного боку, вона є закритою та самодостатньою, а з другого – її основною метою є регулювання суспільних відносин, які перебувають за її власними межами. Як справедливо зазначається у доктрині, співвідношення та комунікація права з політи-

⁶⁶ G Teubner, *Law as an Autopoietic System* (Blackwell 1993) 42.

⁶⁷ Luhmann (n 41) 190.

кою, економікою, медициною тощо і визначає центральну роль правової системи у сучасному суспільстві⁶⁸.

Аналіз концепції програм права слід почати з проблематики співвідношення права і справедливості. Звісно, будь-які операції у межах правової системи базуються та виправдовуються здатністю права посилатися на справедливість і його (права) претензію на свою здатність знаходити цю справедливість. Відповідно, мова про справедливу правову систему виглядає як тавтологія, адже іншою правова система бути не може. Проте парадоксально, що правова система сама визначає, що є справедливістю, а що не є⁶⁹. Для правової системи вкрай важлива самоідентифікація, оскільки вона є головним джерелом легітимації її існування взагалі. Проте сама концепція справедливості видається доволі неоднозначною з погляду соціологічного розуміння права, враховуючи те, що в межах суспільства не існує абсолютного розуміння справедливості та відсутній будь-який консенсус щодо того, у чому ж вона полягає.

До цього слід додати історичну перспективу процесу еволюції суспільства, у межах якого ціннісні орієнтири постійно змінювалися залежно не лише від суспільно-політичної формації та ладу, а й від низки різноманітних короткочасних змінних, які також можуть суттєво впливати на розуміння сутності справедливості. Крім вже зазначених інститутів рабства або ж смертної кари, прикладом такої різкої зміни розуміння справедливості впродовж вельми короткого часу може бути ставлення до приватної власності на початку ХХ ст. у Російській імперії (РСФСР, СРСР). За перші 30 років ХХ ст. розуміння справедливості щодо інституту приватної власності зигзагоподібно змінювалося чотири рази від визнання та гарантування такого права за часів імперії (до 1917 р.) до повної відмови від такого інституту за часів “воєнного комунізму” (1918–1921 рр.), включаючи різні етапи часткового визнання цього інституту за часів нової економічної політики (НЕПу) (1921–1927 рр.) та період після її закінчення.

На думку Н. Лумана, ця специфіка правової теорії, яка полягає у необхідності підтримувати суспільну віру в абсолютну справедливість на тлі постійної зміни матеріального наповнення значення цієї концепції, призводить до необхідності для правової системи позиціонувати себе як справедливу. Як зазначає учений, сама система вимушена визначати справедливість у такий спосіб, який чітко вказує, що справедливість має торжествувати, і що система ідентифікує себе з ідеєю, принципами та цінностями справедливості⁷⁰. Необхідно сказати, з огляду на специфіку

⁶⁸ King and Thornhill (n 40) 39.

⁶⁹ Ibid 67.

⁷⁰ Luhmann (n 41) 218–9.

самої правової системи, її закритості та певного рівня відчуження від інших соціальних систем суспільства, розуміння справедливості у межах цієї системи має свою специфіку. Ніхто не має права очікувати від правової системи забезпечення соціальної справедливості, проте кожен, хто стикається з правом, має право очікувати рівного ставлення до себе порівняно з усіма іншими. Принаймні з формального погляду не повинно бути різниці, яка б базувалася на будь-якому чиннику, включаючи соціальний чи майновий статус, расу, національність, віросповідання тощо. В ієрархічно структурованих суспільствах ці чинники беруться до уваги, проте з переходом суспільства від ієрархічної структури до структури, що здебільшого ґрунтується на функціональних якостях, саме формальна рівність індивідів є початковою точкою відліку для правової системи. Проте самі індивіди мають свободу щодо створення різноманітних форм нерівності. Наслідуючи логіку суспільного розвитку, правова система розробила власну версію рівності, яка застосовується у межах її процедур прийняття рішень. Визнаючи існування різноманітних форм фактичної нерівності, правова система одночасно ігнорує їх щодо цілей та процесу прийняття власних рішень.

Саме забезпечення такої рівності має розглядатися основною формулою справедливості, формулою, яка легітимізує правову систему⁷¹. З погляду теорії права справедливість розглядається як нормативний орієнтир у контексті існування конкуруючих правових норм, принципів, цінностей та інтересів⁷². Проте справедливість не може використовуватися у праві в спосіб, подібний до правових норм, у зв'язку з тим, що вона не надає конкретних правових значень, які можна було б використовувати для прийняття рішень у конкретних справах⁷³. Відповідно, справедливість та рівність виступають як організаційні концепти права, які у своїй сукупності покликані забезпечувати єдність правової системи та процесуальні стандарти прийняття рішень у межах будь-якої галузі права. Незважаючи на цей факт, концепції справедливості та рівності залишаються головними концептами правової системи, перш за все, з огляду на символічність для суспільства.

Розуміючи той факт, що правова система не має на меті гарантувати соціальну справедливість, слід все ж таки зауважити значний потенціал правової системи в контексті забезпечення сталого розвитку суспільства та зростання його добробуту. Саме з цього погляду проаналізуємо концепцію правових програм, яка дає можливість більш детально розглянути не лише вказаний потенціал правової системи, а й ті механізми, які

⁷¹ Luhmann (n 41) 223.

⁷² Clam (n 63) 207.

⁷³ N Luhmann, *Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet* (1965) 66.

забезпечують практичні кроки у межах цього процесу. Ба більше, саме правові програми підкреслюють взаємозв'язок права з іншими соціальними системами суспільства.

Зазначимо, що Н. Луман особливо наголошує на значенні правових програм у контексті забезпечення стабільності та спадкоємності правової системи, а також як механізмів, спрямованих на забезпечення тих цінностей, які правова система покликана захищати⁷⁴. На його думку, всі правові програми мають форму умовних програм (*Konditionalprogramme*), які й визначають ті умови, за яких щось визнається правовим або ж правомірним⁷⁵. Це “щось” включає в себе низку різноманітних складових, зокрема факти, що можуть мати юридичне значення, або ж право, яке підлягає застосуванню, тощо. Може скластись враження, що часова направленість правових програм здебільшого стосується минулого, оскільки йдеться про аналіз того, що вже фактично сталося, проте таке враження є оманливим. Основною метою програм є саме майбутнє, оскільки посилаючись на минуле та даючи йому відповідну юридичну оцінку, правові програми направлені у майбутнє, адже вони структурують майбутнє, задаючи йому визначені правові параметри. Таке структурування відбувається через послідовні правові комунікації, які встановлюють межі можливого. Проте можливе і являє собою “контрфактичну” інформацію з огляду на очевидну різницю між можливістю та реальним фактом, який вже був в об'єктивній реальності⁷⁶. На думку Н. Лумана, “якщо ... то ...” формула умовних правових програм не дає фактичним змінним, невідомим на момент прийняття рішення, впливати на прийняття рішення щодо визнання чогось правовим або ж неправовим⁷⁷, що, зі свого боку, захищає правову систему від можливої критики, яка базувалась би на припущенні про неспроможність правової системи виконувати свою головну функцію – забезпечувати стабільність очікувань – з огляду на можливість нових змінних серйозно впливати на такі очікування.

Повертаючись до співвідношення правової та політичної систем, різниця між ними додатково виникає у контексті так званих “програм, орієнтованих на досягнення відповідної мети”, тобто програм, остаточною ціллю яких є досягнення певної соціально-політичної мети, яка інколи навіть вказується у самій програмі. Якщо з погляду політики такі програми базуються на балансі інтересів і владних повноважень, то у межах правової системи такі програми, тобто цілі таких програм,

⁷⁴ Luhmann (n 41) 223.

⁷⁵ Ibid 182.

⁷⁶ Ibid 196.

⁷⁷ Ibid 198.

монтуються у типові для права умовні програми⁷⁸. Уважно проаналізувавши юридичну практику, а особливо судову, можна побачити чимало емпіричних доказів припущення щодо існування якоїсь конкретної соціально-політичної мети в умовні програми правової системи. При цьому будь-яка конкретна мета такої соціально-політичної програми у межах правової системи може існувати виключно як частина правової умовної програми, яка, зі свого боку, в процесі прийняття відповідного юридичного рішення переводиться у бінарний код, що загалом притаманний правовій системі⁷⁹.

Незважаючи на цей факт, програми, орієнтовані на досягнення відповідної мети, можуть створювати враження того, що вони включають у себе універсальні цінності та мають завершеність, оскільки інкорпують такі цінності в правову систему. Проте таке враження є оманливим, оскільки подібна ситуація не є загальним правилом, і можливою вона є лише у разі, якщо правова система не робить чіткого розмежування між правовою та суспільно-політичною перспективою такої програми⁸⁰. Прикладом такої ситуації може бути програма з забезпечення прав людини, яка виглядає саме як така, що інкорпорує абсолютні та універсальні цінності. Проте якщо ознайомитися із судовою практикою щодо справ, пов'язаних із їх практичною реалізацією, стане очевидним, що застосування бінарного коду правової системи (наприклад, правомірний/протиправний) демонструє суттєву різницю між політичною та суто правовою перспективами. Прикладами такої різниці можуть бути правомірні обмеження свободи слова або ж свободи зібрань, або ж правомірні порушення недоторканності житла тощо.

Підкреслюючи різницю між кодами та програмами як складовими правової системи, Н. Луман зазначає, що різниця між ними є принциповою та важливою з погляду розуміння сутності правової системи. Зокрема, програми наповнюють правову систему фактичним змістом, який має джерелом зовнішнє щодо права суспільне середовище. Крім того, вони (правові програми) кодують таку інформацію за допомогою бінарних правових кодів, що дає змогу використовувати цю інформацію вже у межах правової системи⁸¹. За висловом самого Н. Лумана, правові коди та програми являють собою 'два стовпи, на яких тримається внутрішня єдність і самодостатність правової системи'⁸². Як зауважує Ж. Клам, коди та програми доповнюють одне одного у тому сенсі, що

⁷⁸ Luhmann (n 41) 197.

⁷⁹ King and Thornhill (n 40) 63.

⁸⁰ N Luhmann, 'The Coding of the Legal System' in Febbrajo A and Teubner G (ed), *State, Law, Economy as Autopoietic Systems* (Giuffrè 1991) 145–86.

⁸¹ Luhmann (n 41) 190–1.

⁸² Luhmann (n 65) 194.

обмежена природа кодів робить можливою варіативність програм, які, зі свого боку, є важливими для ефективного застосування кодів. Крім того, програми завдяки своїй гнучкості дають можливість інтегрувати в правову систему цінності, які є зовнішніми щодо правових кодів. Проте зазначений дослідник також вказує на вкрай важливий факт, що лише підкреслює різницю між кодами та програмами. Використання коду іншого, ніж правовий, призводить до виходу із правової системи. Використання ж іншої програми не має таких наслідків, а лише являє собою зміну організаційної структури інформації, що можлива залежно від конкретної ситуації⁸³.

Висновки. Підсумовуючи, необхідно підкреслити, що розглядаючи право як основну регулятивну систему суспільних відносин, теоретики соціології права простежують різноманітні та багатогранні зв'язки правової системи з іншими соціальними феноменами, зокрема з ідеологією, суспільними ідеалами та суспільною мораллю. Вказуючи на основну функцію правової системи щодо забезпечення стабільності у суспільстві, вчені-соціологи права підтверджують важливість інституційної системи та проблематики правозастосування, окремо зауважуючи роль судових органів. Розуміння правової системи як системи юридичних комунікацій, запропоноване Н. Луманом, виявляє необхідність розуміння сутності та специфіки суб'єктів такої комунікації. Це, зі свого боку, привертає увагу до проблематики особливого статусу інституцій як державних, так і тих, що не базуються на національному праві, та тих підстав, які уповноважують ці інституції на створення відповідної системи комунікацій. Окремо проаналізовано роль правових програм та їх дихотомію із правовими кодами, що сьогодні розглядаються як специфічна основа внутрішньої структури правової системи.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Arnold T, *Symbols of Government* (Brace & World 1962) (in English).
2. Cardozo B, *The Nature of the Judicial Process* (Yale University Press 1921) (in English).
3. Clam J, *Droit et société chez Niklas Luhmann: la contingence des normes* (Presses universitaires de France 1997) (in French).
4. Cotterrell R, *The Sociology of Law: An Introduction* (Butterworths 1992) (in English).
5. Durlcheim E, *Sociologie et philosophie* (1924) (in French).
6. Ehrlich E, *Grundlegung der Sociologie des Rechts* (1913) (in German).

⁸³ Cotterrell (n 42) 281–2.

7. Foucault M, *Madness and civilization: a history of insanity in the age of reason* (Pantheon Books 1965) (in English).
8. Foucault M, *Naissance de la clinique. Une archéologie du regard médical* (Presses Universitaires de France 1963) (in French).
9. Griffith J, *The Politics of the Judiciary* (Fontana 1991) (in English).
10. Kelsen H, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff: Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht* (Tübingen: J. C. B. Mohr 1922) (in German).
11. Kelsen H, *General Theory of Law and State* (1961) (in English).
12. King M and Thornhill C, *Niklas Luhmann's Theory of Politics and Law* (Palgrave Macmillan 2003) (in English).
13. Llevellin K, *The Bramble Bush* (1930) (in English).
14. Luhmann N, *Das Recht der Gesellschaft* (Suhrkamp 1993) (in German).
15. Luhmann N, *Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet* (1965) (in French).
16. Lukes S, *Power: a Radical Theory* (Macmillan 1972) (in English).
17. Pound R, *Contemporary Juristic Theory* (Pamona College 1940) (in English).
18. Pound R, *Introduction to the Philosophy of Law* (Yale University Press 1922) (in English).
19. Pound R, *Law and Morals* (1924) (in English).
20. Pound R, *Social Control through Law* (Transaction Publishers 1942) (in English).
21. Teubner G, *Law as an Autopoietic System* (Blackwell 1993) (in English).
22. Weber M, *Wirtschaft und Gesellschaft* (Mohr 1922) (in German).
23. Babaev V (red), *Teorija gosudarstva i prava: uchebnik [Theory of State and Law: Textbook]* (Jurist 2002) (in Russian).
24. Dubovickij V, *Sociologija prava: predmet, metodologija i metody [Sociology of Law: Subject Matter, Methodology and Methods]* (Pravo i jekonomika 2010) (in Russian).
25. Kudrjavcev V i Kazimirchuk V, *Sovremennaja sociologija prava: uchebnik dlja vuzov [Modern Sociology of Law: Textbook for Universities]* (Jurist 1995) (in Russian).
26. Lapaeva V, *Sociologija prava [Sociology of Law]* (NORMA 2000) (in Russian).
27. Merezko A, *Psihologicheskaja shkola prava L. I. Petrazhickogo [L. I. Petrazhicki Psychological School of Law]* (Feniks 2016) (in Russian).
28. Poljakov A i Timoshina E, *Obshhaja teorija prava: uchebnik [General Theory of Law: Textbook]* (S-Peterb gos un-t 2005) (in Russian).
29. Shershenevich G, *Obshhaja teorija prava [General Theory of Law]* (1911) (in Russian).

Edited and translated books

30. Bredemier H, 'Social Control through Law' in Evan W (ed), *Law and Sociology* (Publisher 1942) (in English).
31. Habermas J, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy* (Rehg W trans, Polity 1996) (in English).
32. Luhmann N, 'The Coding of the Legal System' in Febbrajo A and Teubner G (ed), *State, Law, Economy as Autopoietic Systems* (Giuffrè 1991) (in English).
33. Gurvich G, *Filosofija i sociologija prava: izbrannye sochinenija [Philosophy and Sociology of Law: Selected Works]* (Antonova M i Voronina L per, S-Peterb gos un-t 2004) (in Russian).
34. Djurkejm Je, *O razdelenii obshhestvennogo truda [On the Division of Social Labor]* (Jushkevich P per s fr, G M Levinson 1900) (in Russian).
35. Nersesjanc V (obshh red), *Problemy obshhej teorii prava i gosudarstva: uchebnik dlja vuzov [Issues of the General Theory of Law and State: Textbook for Universities]* (NORMA 2001) (in Russian).

36. Osipov G i Moskvichev L (otv red), *Sociologija. Osnovy obshhej teorii: uchebnik [Sociology. Fundamentals of General Theory: Textbook]* (Norma 2008) (in Russian).
37. Syryh V (red), *Sociologija prava: uchebnoe posobie [Sociology of Law: Study Guide]* (Justicinform 2001) (in Russian).

Journal articles

38. Aronson M, 'Roscoe Pound and the Resurgence of Juristic Idealism' [1940] VI(1) *Journal of Social Philosophy* 47–83 (in English).
39. King M, 'Future Uncertainty as a Challenge to Law's Programmes: the Dilemma of Parental Disputes' [2000] 63(4) *The Modern Law Review* 541 (in English).
40. Llevellin K, 'The Normative, the Légal and the Law-Jobs: The Problem of Juristic Method' [1940] 49(8) *Yale Law Journal* 1355–400 (in English).
41. Luhmann N, 'Codierung des Rechtssystems' (1986) 17 *Rechtstheorie* 198 (in German).
42. Luhmann N, 'Legal Argumentation: an Analysis of its form' [1995] 58(3) *Modern Law Review* 294 (in English).
43. Luhmann N, 'Operational Closure and Structural Coupling: the Differentiation of the Legal System' (1992) 13 *Cardozo Law Review* 1427 (in English).
44. Pound R, 'The Scope and Purpose of the Sociological Jurisprudence' (1912) 25 *Harvard Law Review* 513–6 (in English).
45. Jadov V, 'Razмышlenija o predmete sociologii' ['Reflections on the Subject Matter of Sociology'] (1990) 2 *Sociologičeskie issledovanija* 4–7 (in Russian).
46. Lejst O, 'Tri koncepcii prava' ['Three Concepts of Law'] (1991) 12 *Sovetskoe gosudarstvo i pravo* 7–8 (in Russian).

Oleksandr Moskalenko

LEGAL SYSTEM IN THE CONTEXT OF EVOLVING SOCIOLOGICAL UNDERSTANDING OF LAW

ABSTRACT. At today's stage of society development, there is an increasing understanding of the need for embarking upon the study of the sociological nature of law and its role in ensuring the necessary social results.

This article aims at highlighting the essence of the concept of legal system from the perspective of sociological understanding of law.

The article examines the concept of legal system through the lens of sociological understanding of law in the context of historical and legal discourse which evinces the development of sociology of law over the past 100 years, as well as the evolution of sociological understanding of the essence of legal system and the latter's relationship with other social subsystems, its structure and functions. The article presents an analysis of views of the scholars representing the most famous schools of sociology of law. In particular, as far as European scholars are concerned, special focus is given to representatives of German (M. Weber and E. Ehrlich) and French (E. Durkheim, L. Duguit) sociology of law schools. The article points to the link between legal system development and changes in the paradigm of development of public relations, which was emphasized by representatives of both schools. Among other interesting ideas, the author notes the opinion about a slimmed-down role of the State as a regulator of

public relations, which is related to the development of private law and civil society; this opinion was in his time proposed by L. Duguit. Based upon an analysis of the works by representatives of the American school of sociology of law (B. Cardozo, R. Pound, K. Llewellyn), the author brings into focus the relationship between legal system and the procedures for administration of justice and the judicial system as such, which is a mechanism of two-way communication between law and other social subsystems; this mechanism, for its part, ensures that legal system development is consistent with rapid changes in the (post)industrial society.

The main conclusion of the article is the thesis that when analyzing law as major regulatory system of social relations, law sociology theorists highlight the diverse and multifaceted connections of legal system to other social phenomena. And the understanding of legal system as a system of legal communications emphasizes the need for gaining insight into the issues stemming from the special status of institutions and the grounds empowering these institutions to create an appropriate communication system.

KEYWORDS: legal system; sociology of law; institutions; legal program; legal codes.