

ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

Г. А. Адыгезалова

**СОЦИОЛОГИЧЕСКАЯ
ЮРИСПРУДЕНЦИЯ
США В XX ВЕКЕ**



Гюльназ Эльдаровна Адыгезалова
Социологическая
юриспруденция в США в XX веке
Серия «Теория и история государства и права»

Текст предоставлен издательством

http://www.litres.ru/pages/biblio_book/?art=11284240

Социологическая юриспруденция в США в XX веке: Юридический центр-Пресс; Санкт-Петербург;

2012

ISBN 978-5-94201-653-1

Аннотация

Книга посвящена исследованию правовой доктрины американской социологической юриспруденции XX в. При этом рассматриваются концепции, разработанные Р. Паундом, Т. Парсонсом, Г. Бредемейером, О. Холмсом, К. Левеллином, Дж. Фрэнком, Т. Арнольдом. В научный оборот введены работы указанных ученых, раскрыты положения данного направления, которые находят воплощение и в современной российской юридической практике, что составляет их особую ценность.

Для преподавателей, аспирантов и студентов юридических вузов, а также для всех интересующихся проблемами социологии, теории и философии права.

Содержание

Введение	5
1. Этапы становления американского социологического правопонимания	9
1.1. Классическая американская социологическая юриспруденция (Р. Паунд, Т. Парсонс, Г. Бредемейер)	9
1.2. Радикальная американская социологическая юриспруденция (реалистическая школа права) (О. Холмс, К. Ллевеллин, ДЖ. Фрэнк Т. Арнольд)	19
2. Особенности понимания права представителями американской социологической юриспруденции XX в.	29
2.1. Право как средство социального контроля в правовой теории Р. Паунда: инструментальный подход	34
2.2. Функциональное понимание права Т. Парсонса И Г. Бредемейера	42
Конец ознакомительного фрагмента.	49

Гюльназ Адыгезалова
Социологическая
юриспруденция в США в XX веке

© Г. Э. Адыгезалова, 2012

© ООО «Юридический центр-Пресс», 2012

Введение

Формирование и развитие американской социологической юриспруденции явилось одним из определяющих факторов развития западной юриспруденции XX в. Обычно к числу четырех ведущих американских теоретиков права двадцатого столетия относят Оливера Уэнделла Холмса, Роско Паунда, Карла Ллевеллина и Лона Фуллера. И если Лон Фуллер был последовательным критиком позитивизма и ведущим на тот момент представителем естественно-правовой традиции, то остальные ученые являются представителями американской социологической школы права. Это говорит о значимости той роли, которую играло данное направление в США. В настоящее время актуальность и востребованность социолого-правовых теорий не вызывает сомнений, поэтому взгляды указанных ученых (а также взгляды ряда иных американских правоведов и социологов), которые послужили фундаментом для множества современных концепций, были положены в основу данного исследования.

Система организации юридической профессии, судебной системы, а также научного сообщества оказали непосредственное влияние на формирование и развитие американской социологической школы права.

В Европе право обычно рассматривается с интерналистской точки зрения (*from the inside*), т. е. в качестве автономной дисциплины, независимой от прочих гуманитарных наук. В большей своей части правовая наука доктринальна: ученые-юристы занимаются толкованием правовых норм для того, чтобы объяснить, что есть право, и системно описать его, притом часто еще до того, как с тем или иным вопросом сталкиваются суды на практике.

Для представителей же американской социологической юриспруденции характерна экстерналистская позиция, для которой свойственен междисциплинарный подход к исследованию права. В США социологическое правопонимание и правовой реализм в той или иной степени дискредитировали достижения того, что принято называть классической правовой мыслью, отличающейся правовым формализмом. Как следствие, американские правоведы были готовы к восприятию новых подходов в изучении права, которые основаны на внешних по отношению к праву критериях и стали процветать уже с XX века. Кроме того, начиная с XIX в. в американских интеллектуальных кругах широкое признание начал завоевывать утилитаризм, послуживший теоретической основой для экономики благосостояния того времени. В результате антипозитивистские правовые теории, завоевавшие доминирующее положение, вылились не в «ценностное» направление в юриспруденции, а в социально-полезное направление, позволяющее минимизировать социальные конфликты и их последствия и максимизировать общую полезность и общее социальное благосостояние.

Развитию американских концепций, критикующих позитивизм, в том числе социолого-правовых, способствовала и большая открытость научной сферы для новых подходов. В Европе монополия на допуск научной статьи к публикации в юридическом журнале принадлежит профессорам, которые могут активно противостоять публикации научной работы, противоречащей традиционной и их собственной позиции. В США же авторитетные юридические журналы зачастую требуют, чтобы в статье для принятия ее к публикации были выдвинуты какие-либо новые и спорные тезисы.

В конце XIX – начале XX в. в правовой науке США господствовали идеи, именуемые сегодня классической правовой мыслью (американский правовой формализм). Эти идеи часто связывают с именем Кристофера Коламбуса Лэнгделла (*Christopher Columbus Langdell*)¹, называя его последователей лэнгделлианцами. Классическая правовая мысль вос-

¹ См., напр.: *Horwitz M. J. The Transformation of American Legal Thought 1870–1960*. N.Y.: Oxford University Press, 1992. P. 9; *Kennedy D. The Rise and Fall of Classical Legal Thought*. Washington: Beard Books, 1998.

принимала право как особую юридическую науку (legal science). Согласно Лэнгделлу, общие правовые принципы должны выводиться из судебных решений и на них должна основываться внутренне согласованная система права. На основе этих принципов также можно дедуктивно вывести решения для конкретных (будущих) споров. Те же судебные решения, которые не встраиваются в общую систему, следует просто игнорировать как ошибочные, лишая таким образом суд права на правотворчество. В основе данной классической теории права лежало стремление оградить право от влияния прочих научных дисциплин. Результатом подобных рассуждений стал формализм, который американский социолог права Роско Паунд впоследствии критиковал, называя «механической юриспруденцией»².

Центральной идеей правового формализма, доминировавшего в американской юриспруденции вплоть до 1920-х гг., было разделение права на частное и публичное и придание частному праву политически нейтрального статуса. Согласно этому подходу, государство должно равным образом оставаться нейтральным при конфликтах групп интересов и не вмешиваться в перераспределение ресурсов.

Самым главным предвестником американского правового реализма, несомненно, был Оливер Уэнделл Холмс, вначале занимавший пост профессора на юридическом факультете Гарварда, затем – кресло судьи Верховного Суда штата Массачусетс и, наконец, ставший судьей Верховного Суда США. В своей авторитетнейшей статье «Путь закона» («The Path of the Law»)³, опубликованной в 1897 г., он раскритиковал доминировавший тогда подход к изучению права, в соответствии с которым общее право воспринималось как формирующееся в результате применения объективного набора методов к разрешению споров, а также абстрактных принципов. Он был первым, кто предложил «теорию предвидения» (или «теорию предсказания»), согласно которой задача юриста при консультировании клиента состоит в предвидении решения судьи.

Достаточно большую известность приобрела критика Холмсом историко-логических методов, которые классическая правовая мысль использовала при анализе права, и доктринальных выводов, получаемых на их основе. Он подчеркивал, что изучение права должно концентрироваться на изучении прошлых и настоящих социальных целей, которые право стремится достичь.

Благодаря пребыванию в должности судьи Верховного Суда США Холмс стал идиолом для целого поколения юристов, прославившимся своими особыми мнениями. Однако все сказанное выше не означает, что Холмс разделял традиционные для многих правовых реалистов взгляды, направленные на радикальное отрицание идей классической правовой мысли, скорее, он выработал свой собственный подход к пониманию права, основанный на социолого-правовых идеях, на придании особого статуса юридической профессии (прежде всего, судьи), на значимости судебных решений в формировании права на основе исторических знаний, не отрицая при этом необходимости судебных ограничений.

Помимо Холмса были и другие авторы, которые отрицали идеи классической правовой мысли: в частности, среди них можно назвать таких прогрессивных ученых того времени, как правовед Роско Паунд и социолог Толкотт Парсонс.

Взгляды О. Холмса, Р. Паунда и Т. Парсонса получили развитие в американском движении правового реализма в 1920-е и 1930-е гг. Под влиянием «юриспруденции понятий» Р. Иеринга и школы свободного права Е. Эрлиха движение правовых реалистов заимствовало у Холмса идею о восприятии права как определенного опыта и стало отрицать важность «права в книгах» в отличие от «права на практике». Реалисты считали, что право сле-

² Грехениг К., Гелтер М. Трансатлантические различия в правовой мысли: американский экономический анализ права против немецкого доктринализма // Вестник гражданского права. 2010. № 6. С. 217–220.

³ Holmes O. W. The Path of the Law // Harv. L. Rev. 1897. Vol. 10. P. 457.

дует понимать не как систему норм, а как совокупность судебных решений. «Они отвергали идею о том, что право может быть автохтонной наукой, свободной от субъективных суждений, которая позволяет получить заранее известные решения во всех возможных случаях посредством применения объективных методов (таких, как аналогия) в рамках замкнутой логической системы. Одновременно они отрицали в любых проявлениях концептуальную юриспруденцию, пытавшуюся обосновать возможность достижения конкретного результата на основе абстрактных предпосылок»⁴.

Основная идея школы правового реализма – теория неопределенности права, наличие которой признавали все авторы, но относились к этому по-разному: либо как к неизбежному явлению, в котором есть положительный эффект, либо как к состоянию, с которым необходимо бороться. С точки зрения правовых реалистов, судебные решения не основываются на объективном применении предустановленных правил поведения, а определяются во многом оценочными суждениями судей, которые формируют абстрактные правила и принципы в соответствии со своими собственными убеждениями и которые ограничены в этом отношении только обязанностью юридически аргументировать свои выводы.

В целом, несмотря на то что различные подходы, методы и начинания школы правового реализма сложно назвать цельными, а ее наиболее радикальные идеи так и не получили всеобщего признания, данному движению удалось оказать огромное влияние на развитие правовой науки в США.

В рамках американской социологической школы права мы предлагаем выделять два направления:

1) Американская «социологическая юриспруденция». Этот термин использовался Р. Паундом как противоположность «механической юриспруденции». По мнению автора, она возникла в начале века как протест против существующего порядка и неспособности правовой системы преодолевать социальные проблемы. В области права это было выступление против «механической юриспруденции», сторонники которой, отмечал Р. Паунд, считали, что все правовые ситуации разрешимы посредством норм права и не стоит вмешивать в это социальные элементы. По Р. Паунду, именно для стимулирования развития права и адаптации правовой системы к изменяющимся социальным условиям нужна социологическая юриспруденция. Р. Паунд писал, что «социологическое направление в юриспруденции – это и есть движение за прагматизм, за приспособление всех принципов и доктрин к человеческому фактору, за то, чтобы поместить человека в центр внимания»⁵.

2) Реалистическая школа права, развившаяся из социологической юриспруденции и популярная в США в 20–30-х годах XX в., сторонники которой делали акцент на правотворческой функции суда и утверждали, что нет двух одинаковых судебных дел, каждое дело уникально по набору обстоятельств.

Несмотря на некоторую нечеткость, границы между этими направлениями, несомненно, существуют. С этой точкой зрения согласны, судя по изложению соответствующего материала в их трудах, такие ученые, как С. Ф. Кечекьян, В. Н. Кудрявцев и В. П. Казимирчук, О. Э. Лейст и Л. С. Ма мут, Е. А. Воротилин, С. С. Пракаш, Ю. В. Тихонравов, Ю. Я. Баскин и Е. В. Балин⁶ и некоторые другие. Иногда эти два течения называют умеренной

⁴ Цит. по: Грехениг К., Гелтер М. Трансатлантические различия в правовой мысли: американский экономический анализ права против немецкого доктринализма // Вестник гражданского права. 2010. № 6. С. 217–220.

⁵ Law in a social context: Liber amicorum honouring Prof. Lon L. Fuller / Ed. by Thomas W. Bechtler; Deventer (The Netherlands): Kluwer, 1978. P. 12.

⁶ См.: История политических учений / Под ред. С. Ф. Кечекьяна и Г. И. Федькина. М.: Госюриздат, 1960; Кудрявцев В. Н., Казимирчук В. П. Современная социология права. М.: Юристъ, 1995.; История политических учений / Под ред. К. А. Мокичева. М.: Высшая школа, 1972. Ч. 2; История политических и правовых учений: Хрестоматия / Авт. – сост. Е. А. Воротилин и др.; под ред. О. Э. Лейста. М.: Городец, 2000; Пракаш С. С. Юриспруденция. Философия права: Краткий курс. М.: Академия, 1996; Тихонравов Ю. В. Основы философии права: Учеб. пособие. М.: Вестник, 1997; История политических и

американской социологической юриспруденцией и радикальной социологической юриспруденцией. Так, В. Д. Зорькин отмечал, что социологическая юриспруденция США «представлена двумя главными разновидностями: умеренным крылом, так называемой гарвардской школой права во главе с Р. Паундом, и более радикальным крылом – „реалистами“ (К. Ллевеллин, Дж. Фрэнк и др.)»⁷.

Итак, к первому направлению – умеренной американской социологической юриспруденции – нами были отнесены социально-правовые теории Р. Паунда, Т. Парсонса, Г. Бредемейера, дополнившего и развившего концепцию Т. Парсонса. Данный выбор обусловлен тем, что социологическая юриспруденция объединяет в себе социологическое и юридическое знание. Р. Паунд, без сомнения, считается общепризнанным основоположником американской социологической юриспруденции. При этом он являлся правоведом и практикующим юристом. Известный американский социолог Т. Парсонс, а также один из его последователей Г. Бредемейер внесли свой вклад в формирование указанного направления.

К радикальному течению, по нашему мнению, следует отнести социально-правовые теории О. У. Холмса, К. Н. Ллевеллина, Дж. Фрэнка, Т. Арнольда. Если по поводу троих последних ученых не возникает сомнений, так как они сами относили себя к «реалистической» школе права, то О. У. Холмса отечественные авторы не всегда указывают в качестве представителя данной школы.

По их мнению, он предвосхитил идеи правового реализма, что не дает достаточных оснований причислять его к этому радикальному направлению социологической школы права⁸. Мы предлагаем считать О. Холмса реалистом, соглашаясь в данном случае с позицией Синха Сурия Пракаш, на том основании, что он определял право как прогноз того, что в действительности совершит суд и призывал к осознанному признанию законодательной функции судов, не отрицая значимость судебных ограничений. Он стал идейным вдохновителем Дж. Фрэнка и оказал серьезное влияние на развитие взглядов реалистов.

Автор выражает благодарность научному консультанту – доктору юридических наук, профессору Виктору Викторовичу Момотову, доктору юридических наук, профессору Игорю Юрьевичу Козлихину, а также кандидату юридических наук, доктору исторических наук, профессору Леониду Владимировичу Карнаушенко за профессиональную помощь и поддержку при написании данной работы.

правовых учений: Конспект лекций / Под ред. Ю. Я. Баскина, Э. В. Кузнецова, Е. В. Балина. СПб.: Альфа, 1999.

⁷ Нерсисянц В. С. Философия права: Учебник для вузов. М., 1983. С. 611–612.

⁸ См.: Грехенин К., Гелтер М. Трансатлантические различия в правовой мысли: американский экономический анализ права против немецкого доктринализма // Вестник гражданского права. 2010. № 6. С. 207–278.

1. Этапы становления американского социологического правопонимания

1.1. Классическая американская социологическая юриспруденция (Р. Паунд, Т. Парсонс, Г. Бредемейер)

В XIX – начале XX в. в США господствовал так называемый формализм, сторонники которого отличались приверженностью к логическому мышлению в философии, экономике и юриспруденции. При этом получаемое знание не опиралось на фактические жизненные обстоятельства. Тем не менее постепенно эмпиризм начал набирать силу в науке. Этот процесс обычно связывают с именами Уильяма Джеймса и Джона Дьюи в философии и логике, Торстейна Веблена в экономике, Чарльза Беарда и Джеймса Робинсона в истории, в правовой науке – со школой социологической юриспруденции. Все эти ученые настаивали на необходимости накапливать знания эмпирическим путем и связывать их с решением практических проблем человека в современном обществе. Отсюда прагматизм, направленный на соединение теории с практическим решением проблем, на оценку теоретических положений с точки зрения их практической пользы. Это в свою очередь привело к развитию инструментализма. Существует мнение, что именно эти течения философской мысли (прагматизм и инструментализм) сыграли важную роль в постепенном переходе США в XX в. от крайнего индивидуализма к развитию коллективистских черт.

Прагматизм – это философское учение, возникшее в конце XIX в. Идейным вдохновителем этого течения является американский ученый Чарльз Сандерс Пирс. Наибольшую популярность, однако, оно приобрело благодаря другому американскому философу и психологу Уильяму Джеймсу, который прочел курс лекций под этим названием. Не согласный с позицией Джеймса и его популяризацией прагматизма, Пирс обозначил свои идеи другим термином – «прагматизм». Пирс полагал, что истина – это не соответствие фактам, а устойчивые заключения, к которым приходят исследователи. Достаточно долго продолжающееся исследование должно привести к устойчивому мнению по любому вопросу. Эти его идеи связаны с тем, что он видел в людях потребность в устойчивой системе убеждений, которые должны формироваться, следуя авторитетам или в результате веры в то, что приходит человеку в голову первым и чего он начинает придерживаться⁹.

Пирс придавал особое значение рациональному методу и сообществу исследователей, которые постепенно формируют систему знаний. Истина для него составляла конечный результат. В результате можно сказать, Пирс оптимистично верил в то, что информация и размышления приведут к тому, что истинно и реально.

Тем не менее, несмотря на вклад Пирса, прагматизм часто ассоциируется с именем У. Джеймса, для которого истинным является то, что полезно для того, кто верит в эту истину. «Такие истинные идеи ведут к последовательности, стабильности и установлению связей между людьми. При этом все истинные идеи должны подтверждаться „разумным опытом“»¹⁰.

Утверждение, что ценность истины определяется ее полезностью для индивида, который ее несет, составляет суть прагматизма. Он сформулировал свою идею «радикального

⁹ См.: Пирс Ч. С. Закрепление верования // Вопросы философии. 1996. № 12. С. 106–120.

¹⁰ James W. Pragmatism's Conception of Truth. Lecture 6 // Pragmatism: A New Name for Some Old Ways of Thinking. N.Y.: Longman Green and Co, 1907. P. 83.

эмпиризма», отказавшись от понятия «сознание» и утверждая, что в процессе познания различие между объектом и субъектом познания не является фундаментальным. В общей форме данный метод означал, что каждое понятие следует рассматривать в зависимости от того, как оно работает в потоке опыта. Если оно не работает, его следует отбросить. Чтобы понять, какие объекты существуют, а какие нет, нужно посмотреть, какие ощущения и какие мыслимые практические последствия следуют из принятия той или иной гипотезы. Совокупность последствий, как непосредственных, так и ожидаемых, будет истиной данного объекта. Например, понятия «материя», «абсолютный разум» не оказывают осязаемых практических последствий, следовательно, лишены смысла¹¹.

Рассуждая о соотношении теории и практики, У. Джеймс писал: «Гипотеза и проверка, эти два лозунга науки вошли в плоть и кровь академического мышления»¹². При этом он имел в виду такие области деятельности, как медицина и право. «В этих сферах практик имеет дело с фактами жизни и природы, он делает выводы, исходя из своего опыта, и должен постоянно пересматривать свои теории, объясняя факты, с которыми сталкивается. Профессор же воспринимает факты через призму отношения к ним людей. Он обобщает их и разрабатывает концепции и теории, на которых строит свое учение, не соответствующее реальным фактам жизни и неопровержимое, по его мнению, а затем старается подогнать жизнь под эту теоретическую модель»¹³.

Третьим виднейшим представителем прагматизма был американский философ и педагог Джон Дьюи, развивший идею инструментализма. Центральное понятие его философии – опыт, как врожденный, так и приобретенный. Главная задача философии – помогать человеку двигаться в потоке опыта к достижению поставленных целей, преобразуя и совершенствуя при этом сам опыт.

Согласно инструментализму Д. Дьюи, различные виды человеческой деятельности – это инструменты, созданные человеком для разрешения индивидуальных и социальных проблем. Познание трактовалось Д. Дьюи как сложная форма поведения и в конечном итоге – средство борьбы за биологическое выживание. Истина определялась прежде всего как практическая эффективность, полезность. Такая позиция подвергала сомнению существование неизменных этических норм, считая критерием практическую целесообразность.

В социальной области Д. Дьюи выступал как приверженец либерализма и «американского образа жизни». Идеям классовой борьбы он противопоставлял идеи классового сотрудничества и «мелиоризма», то есть постепенного улучшения общества (особое место в этом процессе автор отводил реформам в области педагогики).

Цель теории воспитания Д. Дьюи – формирование личностей, умеющих «приспосабливаться к различным ситуациям». Он подвергал критике господствовавшую в США школу за отрыв от жизни, абстрактный схоластический характер обучения и предложил реформу всей школьной системы.

Школьной системе, основанной на приобретении и усвоении знаний, он противопоставлял обучение «путем делания», то есть так, чтобы все знания извлекались из практической самостоятельности и личного опыта ребенка. В школах, работавших по системе Д. Дьюи, не было постоянной программы с последовательной системой изучаемых предметов, а отбирались только такие знания, которые могли найти практическое применение в жизненном опыте учащихся. Воспитанию дисциплины учащихся ученый противопоставлял развитие их индивидуальности.

¹¹ Философия: Энциклопедический словарь / Под ред. А. А. Ивина. М.: Гардарики, 2004. 1072 с.

¹² Джеймс У. Введение в философию; Рассел Б. Проблемы философии / Пер. с англ.; общ. ред., послесл. и прим. А. Ф. Грязнова. М.: Республика, 2000. С. 19.

¹³ Pound R. Social control through law. New Haven: Yale Univ. Press; Oxford Univ. Press, 1942. P. 1.

Теория Д. Дьюи внесла серьезный вклад в теорию прагматизма, при этом она отличалась социологической направленностью. Он выделял три пути совершенствования опыта:

1) Социальная реконструкция, т. е. совершенствование самого общества, как условие совершенствования опыта, поскольку значительная доля опыта накапливается внутри общества. Социальная реконструкция подразумевает:

а) Совершенствование отношений собственности, наделение собственностью как можно большего числа людей, акционирование собственности (в ответ на идеи марксизма).

б) Через совершенствование отношений собственности – приближение человека к результатам своего труда, сокращение паразитирующей прослойки, присваивающей результаты труда (крупные собственники, монополисты).

в) Более справедливое распределение материальных благ.

г) Борьба с бедностью, постоянная забота государства об улучшении благосостояния граждан.

д) Обеспечение прав человека, совершенствование демократического государства.

2) Применение к опыту глубоко разработанных научных методов «высоких технологий».

3) Совершенствование мышления.

В качестве основных проблем морали и социальной философии Д. Дьюи можно назвать следующие:

1. Существует плюрализм целей и благ (нет единственно возможного «высшего блага»).

2. Цели и блага не абстрактны, но конкретны.

3. Основные блага – здоровье, богатство, честь, доброе имя, дружба, высокая общественная оценка, образованность, умеренность, справедливость, доброжелательность.

4. Люди стремятся не к самим благам, а к размеру благ. Достижение блага – изменение в качестве опыта, следовательно сам рост является главной моральной целью.

5. Моральные заповеди (не убий, не укради) не имеют абсолютного характера (например, на войне по отношению к врагу) и справедливы или не справедливы в каждом конкретном случае.

6. Демократия – наиболее оптимальная форма человеческого общежития.

7. Цели должны соответствовать средствам и, наоборот, применение неблагоприятных средств приведет к качественному изменению целей (цели придут в соответствие со средствами).

8. Основной рычаг социальной реконструкции – применение научных методов и высоких технологий в образовании и морали¹⁴.

Д. Дьюи разработал теорию научного метода, как инструмента успешной человеческой деятельности, достижения целей. При этом он утверждал, что нет «метода вообще», существуют конкретные методы для достижения конкретных целей. Основная идея ученого состоит в том, что достоверное знание и правильное использование научного метода приводят к превращению проблемной ситуации в решенную.

Достижение современного уровня знаний Д. Дьюи объяснял теми занятиями и той деятельностью, которую осуществляли древние люди, развитием науки¹⁵. А язык и его развитие – это следствие познавательной способности человека.

В философии Ж.-Ж. Руссо Д. Дьюи видел чрезмерный уклон в сторону индивида, а в теории Платона – в сторону общества, в котором индивид существует. Для него общество

¹⁴ Якушев А. В. Философия: Конспект лекций. М.: Изд-во «А-ПРИОР», 2007. С. 200–202.

¹⁵ Polito T. Educational Theory as Theory of Culture: A Vichian perspective on the educational theories of John Dewey and Kieran Egan // Educational Philosophy and Theory. Vol. 37. N 4. 2005.

реализуется через жизнь индивидов, при этом в работе «Опыт и природа» (1929) он признает значение субъективного опыта человека в процессе возникновения новых идей.

В отличие от Джеймса, который находился под влиянием английских утилитаристов и эмпириков, Дьюи был в меньшей степени релятивистом и утверждал, что экспериментирование (социальное, культурное, технологическое, психологическое) можно использовать как относительно точный критерий истины. Так, Джеймс считал, что люди недостаточно верующие в религиозные постулаты воспринимают жизнь человека менее ярко и интересно, и, хотя никакое религиозное верование не может представляться как единственно правильное, мы все же делаем тот или иной выбор и несем за него ответственность подобно игрокам, делающим ставку. Дьюи же, напротив, уважая религию и понимая важную роль религиозных институтов, отрицал веру в какой-то статичный идеал, каким, например, представляется Бог. Он утверждал, что только наука может быть надежным будущим для человека, отрицая при этом то, что религия может быть твердой основой для морали и социальных ценностей.

Все человеческое знание состоит из действий и результатов действий, совершаемых людьми в ходе их взаимодействия друг с другом и с окружающей средой. Результаты познания передаются через язык. При этом люди склонны допускать ошибки, поэтому любое знание, как обыденное, так и научное, является предметом для дальнейшего исследования, проверки и пересмотра.

Таким образом, «прагматист не склонен рассуждать о постижимости или непостижимости внутреннего смысла бытия. Он предпочитает думать о том, что ведет к успеху в жизни, а отсюда следует, что задача человека заключается в том, чтобы наилучшим образом устроиться в жизни, в мире, а задача философии – помочь ему в этом»¹⁶.

Взгляды американских философов, их принципы прагматизма оказали существенное влияние на «общий стиль американского мышления и практики»¹⁷, в том числе и на развитие направления социологической юриспруденции в правовой науке. Исходная посылка прагматизма состояла в том, что способность человека к теоретизированию неотделима от его практической деятельности. Как отмечал Дьюи, теорию и практику нельзя противопоставлять, скорее можно говорить о существовании разумной практики и нерациональной, когда она не обеспечена всем объемом необходимой информации. Теория же без опыта и практики – это абстракция.

В рамках американской социологической школы можно выделить прежде всего классическую американскую социологическую юриспруденцию, которая заложила основы этого направления в США, и развившееся из нее радикальное направление, представленное реалистической школой права.

Термин «социологическая юриспруденция» использовался одним из основоположников этой теории Р. Паундом как противоположность «механической юриспруденции». По мнению Р. Паунда, она возникла в начале прошлого века как протест против существующего порядка и неспособности правовой системы эффективно решать социальные проблемы. В области права это было выступление против «механической юриспруденции», сторонники которой, отмечал Р. Паунд, считали, что все правовые ситуации разрешимы посредством норм права и не стоит вмешивать в это социальные элементы. По Р. Паунду, именно для стимулирования развития права и адаптации правовой системы к изменяющимся социальным условиям нужна социологическая юриспруденция. Она будет способствовать возрождению права после крушения устаревших философских, исторических и аналитических течений. Ученый писал, что «социологическое направление в юриспруденции – это и есть движение

¹⁶ Спиркин А. Г. Философия: Учебник. 2-е изд. М.: Гардарики, 2001. С. 173.

¹⁷ Спиркин А. Г. Философия: Учебник. 2-е изд. М.: Гардарики, 2001. С. 173.

за прагматизм, за приспособление всех принципов и доктрин к человеческому фактору, за то, чтобы поместить человека в центр внимания»¹⁸.

Прежде чем раскрывать основные положения исследуемой правовой школы, а также сходство и различие между взглядами ее представителей, необходимо остановиться на их биографиях, которые позволят понять истоки формирования и направления развития правовых концепций, заложивших фундамент нового правопонимания.

Р. Паунд родился 27 октября 1870 г. в Линкольне, штат Небраска. Сын судьи, он окончил университет штата Небраска в 1888 г., а в 1889 г. уехал продолжать обучение в Гарвардской школе права. В 1897 г. Р. Паунд, увлекающийся ботаникой, получил ученую степень доктора в этой области. Возглавляя Институт ботаники в штате Небраска, он в то же время активно занимался юридической практикой (1890–1901), а с 1903 по 1907 г. работал членом Апелляционной комиссии Верховного суда штата Небраска. Удачно сложилась его научная и педагогическая карьера: преподаватель права в университете штата Небраска (1899–1901), декан Юридического колледжа Университета Небраска (1904–1907), профессор права Северо-Западного университета в Чикаго (1907–1909), профессор права Чикагского университета (1909–1910), профессор права Гарвардского университета (1910–1936), декан Гарвардской школы права (1916–1936), профессор права университета Калифорнии (1949–1953) и университета Калькутты (1953)¹⁹.

Р. Паунд раскрыл свои взгляды в таких работах, как «Поддельное толкование» (1907), «Основы лекций по юриспруденции» (1914), «Право и мораль» (1924), «Уголовное правосудие в Америке» (1930) и др. Он стал основателем «социологической юриспруденции», влиятельным критиком позиции Верховного суда по поводу «свободы договоров» и одним из ранних представителей зарождающегося движения правового реализма, выступающим за более прагматичное отношение к праву и сосредоточившим свое внимание на том, как протекают правовые процессы. С развитием идей правового реализма Р. Паунд на поздних этапах своего творческого пути занял позицию рьяного критика правовых реалистов.

По Р. Паунду, право необходимо изучать со всех точек зрения в рамках специализированной отрасли науки об обществе, какой является социология права. Ее задачу ученый видел в том, чтобы объяснить возникновение, развитие, действие, эффективность права в его взаимосвязи с иными общественными явлениями. Социология права, определял автор, «есть функциональное изучение юридической системы, в свете преследуемых ею социальных целей»²⁰. Отсюда широкое использование в теории права положений этики, истории, психологии и особенно социологии.

Продолжая идеи прагматистов о том, что теория часто не соответствует реальным фактам, Р. Паунд рассуждал об особой значимости практики, юридического опыта. Он отмечал, что судьи и юристы, практикующие в конце XIX в., опережали теоретиков в понимании права как основного средства социального контроля. Повсюду юридическая наука отставала от процесса законотворчества и судебной практики. Она имела значимость, пока обладала конкурентоспособностью. «То, что теперь вызывает нарекания в судебных решениях относительно социального законодательства последнего периода, представляет собой то, чему учила современная правовая наука»²¹. Исходя из этого, Р. Паунд пришел к выводу, что разрешение проблемы установления социального порядка с помощью средств социального контроля возможно только в рамках социальных наук и прежде всего социологии права, которая

¹⁸ Law in a social context: Liber amicorum honouring Prof. Lon L. Fuller / Ed. by Thomas W. Bechtler. Deventer (The Netherlands): Kluwer, 1978. P. 12.

¹⁹ Сызранцев Д. Г. Прагматизм в праве (метод Роско Паунда). Дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2002. С. 3.

²⁰ Pound R. Social control through law. P. 7.

²¹ Pound R. Social control through law. P. 1.

должна уделять значительное внимание реальным условиям жизни общества и достижениям практикующих юристов.

Р. Паунд также участвовал в проведении социолого-правовых исследований. Так, в 1922 г. совместно с Феликсом Франкфуртером они изучили публикации о преступлениях, размещенные в кливлендской прессе, и пришли к выводу, что несмотря на то, что в течение января 1919 г. в Кливленде наблюдался незначительный рост числа совершенных преступлений (в первой половине месяца – 345, во второй – 363), объем публикаций о них увеличился в 7 раз. Общественность, взбудораженная ростом преступности, потребовала действий от полиции и городских властей. В результате, заботясь больше о сохранении общественной поддержки, чем о соблюдении законов, власти предприняли меры, которые привели к росту судебных ошибок и назначению наказаний, несоразмерных с совершенными преступлениями²².

Р. Паунд вел активную научную деятельность. Он был избран членом академий наук многих стран мира и в разное время занимал посты председателя секции юридического образования Американской ассоциации адвокатов, президента Ассоциации американских школ права, президента Национальной ассоциации по проблемам probation и условно-досрочного освобождения, президента Академии сравнительного правоведения²³. Проблемы, с которыми сталкивался ученый в ходе своей практической деятельности, способствовали развитию его правовой теории. Его вклад в становление американской социологической юриспруденции не подвергается сомнению. В настоящее время действуют Студенческое общество имени Роско Паунда при Гарвардской школе права, способствующее общению студентов, обмену знаниями, развитию их научных интересов, а также Институт имени Роско Паунда, который объединяет судей, практикующих юристов и теоретиков права.

Так как социологическое правопонимание формировалось двумя путями: с одной стороны, путем создания правовых концепций в рамках общей социологии, а с другой – в результате применения социологических понятий и методов в области юридических наук, – очень важно при исследовании американской социологической юриспруденции обратиться к социально-правовым взглядам не только правоведов, но и социологов.

Особое значение для формирования правовой концепции американской социологической юриспруденции имеют взгляды на право выдающегося социолога, основоположника теории структурного функционализма Толкотта Парсонса (1902–1979). Он родился в 1902 г. в Колорадо в семье члена конгресса США. В 1920 г. он поступил в Амхерстский колледж, чтобы изучать биологию и философию, а в 1924 г. стал бакалавром. В процессе обучения он увлекся экономикой и с 1924 г. изучал социологию и экономику в Лондонской школе экономики. В 1925–1926 гг. Т. Парсонс стажировался в Гейдельбергском университете в Германии, где писал работы об основах капитализма в трудах немецких мыслителей от Карла Маркса до Макса Вебера. Он заинтересовался теорией М. Вебера и перевел многие его работы. В Гейдельберге он стал профессором социологии и экономики. С 1927 г. Т. Парсонс начал преподавать в Гарвардском университете. В это время он активно исследовал взаимодействие социологии и экономической теории, социальные ценности, а также проблему социального порядка. За время преподавания в Гарварде (до 1973 г.) он создал и возглавил междисциплинарный факультет социальных отношений, объединивший социологию, антропологию и психологию.

²² Pound R., Frankfurter F. Criminal Justice in Cleveland. Cleveland, OH: The Cleveland Foundation, 1922. P. 546.

²³ Interpretations of modern legal philosophies. Essays in honor of Roscoe Pound / Ed. by Paul Sayre. N. Y.: Oxford Univ. Press, 1947. P. 3–13.

Первое широкое признание в научных кругах Т. Парсонсу принесло издание «Структуры социального действия» (1937), где он переработал идеи Э. Дюркгейма, М. Вебера, В. Парето и др. Он выступал за развитие социологии и распространение ее в американской науке. В 1949 г. он был избран президентом Американской социологической ассоциации и оставался там секретарем с 1960 до 1965 г. Он несколько раз был в СССР (1962–1968 гг.), в частности выступал на семинаре в Институте социологии в Москве. В 1973 г. он ушел из Гарварда, но продолжил преподавать в других университетах и писать научные работы, пока не умер во время поездки в Германию в 1979 г.²⁴

Парсонс сформировал свою концепцию путем интеграции социальных наук. Его теория социального действия опиралась на предположение о том, что действие человека носит добровольный, намеренный и символический характер. При этом поведение рассматривалось как система взаимосвязанных действий, осуществляемых субъектом с целью реализации определенной функции и требующих его взаимодействия со средой. В поведении проявляются личность человека, особенности его характера, темперамента, его потребности, вкусы; обнаруживаются его отношения к предметам.

Диапазон интересов ученого простирался на сферы медицинской социологии, психоанализа, антропологии, расовых отношений, экономики и образования.

Центральное место в социальных науках, по Т. Парсонсу, занимает «система действия», состоящая из взаимосвязанных моделей поведения людей в условиях физико-организмической среды. Эту систему он анализировал с помощью так называемой AGIL-парадигмы или AGIL-схемы. Основной функциональный императив системы состоит в том, что для выживания и сохранения равновесия в окружающей среде каждая система должна в определенной степени адаптироваться к этой среде, достичь своих целей, интегрировать свои составные компоненты и поддерживать свои культурные шаблоны. Для анализа системы действий Парсонс обращался к взаимосвязанным и взаимопроникающим подсистемам через свою AGIL-схему, где А – поведенческие системы членов общества, G – их личностные системы, I – общество как система социальной организации и L – культурная система этого общества. При исследовании общества как социальной системы (I) люди рассматриваются как исполнители определенных ролей, которые постепенно все больше дифференцируются и в современном обществе представлены профессиональными, политическими, судебными и образовательными ролями.

Парсонс внес вклад в развитие теории эволюционизма. Он разделил эволюцию на 4 процесса:

- 1) дифференциация, в результате которой система эволюционирует;
- 2) адаптация, при которой система эволюционирует;
- 3) включение элементов, которые были исключены из системы ранее;
- 4) обобщение ценностей, повышение легитимации более сложной системы.

Эти процессы проходят три этапа эволюции:

1. Примитивные общества.
2. Архаические общества.
3. Современные общества.

Если в архаических обществах появляется знание письменности, то в современных – знание права. При этом Парсонс рассматривал западную цивилизацию как вершину развития современного общества, а США, по нему, представляет собой самое динамично развивающееся из западных обществ. За это его обвиняли в этноцентризме.

²⁴ Mayhew L. Talcott Parsons, 1902–79: a biographical note // Talcott Parsons on institutions and social evolution. Chicago: University of Chicago Press. 1982. P. xi – xii.

Система действия Парсонса тяжело воспринималась американскими социологами, которые находились под воздействием призыва 1960-х гг. к более эмпирическому, приземленному подходу.

В рамках своей теории структурного функционализма он обозначил следующие требования к обществу:

- общество должно быть приспособлено к среде;
- у общества должны быть поставлены цели;
- все элементы общества должны быть скоординированы;
- ценности в обществе должны сохраняться.

Парсонс считал, что необходимо выделить два типа обществ (общностей): экспрессивные и инструментальные. Он подразумевал, что существуют качественные различия между видами социального взаимодействия, характеристики которых он называл переменными образца. В основе различий видов социального взаимодействия лежат те роли, которые играют люди в обществе. Примерами экспрессивных обществ являются церкви, клубы, толпа и малые социальные группы, а в качестве инструментальных обществ Парсонс называл бюрократию, рынки.

Являясь социологом, Т. Парсонс не разрабатывал свою правовую концепцию, но право не осталось за пределами его научных исследований. Особенность его теории в том, что он анализировал право в широком социальном аспекте, кроме того в центре его внимания оказались юристы. В результате о праве, юристах и их роли в обществе автор рассуждал с позиции сформулированной им теории структурного функционализма. Хотя ряд авторов считает, что Т. Парсонс не оценил по достоинству идею американского прагматизма в социальных науках²⁵, можно утверждать, что положения его социально-правовой и экономической теории имели серьезное практическое значение и получили развитие в трудах его последователей. Взгляды Т. Парсонса на право и правовой порядок представляют особый интерес, так как наряду с трудами Р. Паунда стали фундаментальной основой американской социологической юриспруденции XX в.

Гарри Бредемейер – американский ученый, социолог, последователь Толкотта Парсонса, придерживающийся в своей социально-правовой теории гуманистических взглядов. С 1946 по 1949 г. он преподавал социологию в Принстонском университете, затем в колледже Дугласа при Рутгерском университете штата Нью-Джерси. В 1955 г. защитил докторскую диссертацию по социологии в Колумбийском университете на тему «Федеральное общественное движение по обеспечению жильем: изучение социальных изменений»²⁶. Будучи профессором социологии Рутгерского университета, он заведовал кафедрой экономики и социологии. Умер ученый в 1997 г. незадолго до выхода в свет своей последней работы²⁷.

Г. Бредемейер исследовал генезис социально-правовых проблем, пытался выявить их причины и разработать способы их разрешения. Сфера его научных интересов широка. Это и безработица, и религия, и преступность, и политика. Особое внимание он уделял изучению права, его функций в обществе. Заслуга автора в том, что он дал более подробный анализ (по сравнению с Т. Парсонсом) взаимодействия права с иными подсистемами современного общества.

Общий анализ вклада Роско Паунда, Толкотта Парсонса и Гарри Бредемейера в юридическую науку дается в работах таких известных правоведов, как Ж. Карбонье²⁸,

²⁵ Theorist of modernity / Ed. by R. Robertson and B. S. Turner. London: Sage Publications, 1991. P. 5.

²⁶ Bredemeier H. C. The Federal Public Housing Movement. A Case Study of Social Change. N. Y.: Arno Press, 1980.

²⁷ Bredemeier H. C. Experience vs. understanding: understanding yourself in twenty-first century societies. New Brunswick; New Jersey: Transaction Publishers; London: Janus Pub. Co, 1998.

²⁸ Карбонье Ж. Юридическая социология. М., 1986.

С. П. Синха²⁹, В. В. Лапаева³⁰, В. Д. Зорькин³¹, Е. А. Воротилин³², В. А. Четвернин³³, В. Н. Жуков³⁴, Ю. И. Гревцов³⁵, О. Э. Лейст и Л. С. Мамут³⁶, Ю. В. Тихонравов³⁷, В. Н. Ксенофонтов³⁸, К. Кульчар³⁹, С. В. Боботов⁴⁰, В. Н. Кудрявцев и В. П. Казимирчук⁴¹, О. Ф. Иваненко⁴² и др. Об усилении внимания к этой проблеме в современной российской правовой науке свидетельствует появление работ В. В. Посконина и О. В. Поскопиной⁴³, С. А. Дробышевского⁴⁴, Д. Г. Сыз ранцева⁴⁵, которые, однако, не дают достаточно полного анализа социально-правовых взглядов представителей социологической юриспруденции США XX в., а раскрывают лишь некоторые положения их правовых теорий.

Труды американских ученых, рассматриваемые в исследовании, в основном не были переведены на русский язык, поэтому для их анализа диссертантом выполнен перевод основных работ. Среди них такие работы Р. Паунда, как «Право и мораль» (1926), «Изложение истории права» (1930), «Судоустройство» (1940), «Социальный контроль через право» (1942), «Административное право: его рост, процедура и значение» (1942), «Федерализм как демократический процесс» (1942), «Конспекты лекций по юриспруденции» (1943), «Введение в философию права» (1945), «Уголовное правосудие в Америке» (1945), «Дух общего права» (1947), «Развитие конституционных гарантий» (1957), «Эпоха становления американского права» (1973), а также труды Т. Парсонса: «Структура социального действия» (1949), «Социальная система» (1951), «Структура и процесс в современных обществах» (1960), «Теории общества. Формирование современной социологической теории» (1961), «Право и социальный контроль» (1962), «Очерки социологической теории» (1964), «Девиантное поведение и механизмы социального контроля» (1975), «Эволюция обществ» (1977), «Теория действия и поведение человека» (1978) и некоторые другие.

Социально-правовая теория профессора социологии Университета Рутгерс (Rutgers University) в Нью-Джерси Г. Бредемейера вообще не была изучена в российской правовой науке. Она представляет особый интерес, так как развивает взгляды Т. Парсонса, который не проследил подробно взаимодействие права со всеми подсистемами общества. Для раскрытия содержания социально-правовой теории Г. Бредемейера был исследован ряд его научных трудов: «Социальные проблемы в Америке» (1960), «Анализ социальных систем» (1962), «Право как социальный механизм» (1969), «Окружающая среда, люди и неравенство: ряд текущих проблем» (1973), «Опыт против разума: познание себя в обществе двадцать первого века» (1998) и др.

²⁹ Пракаш С. С. Юриспруденция. Философия права: Краткий курс. М., 1996.

³⁰ Лапаева В. В. Социология права. М., 2000.

³¹ См.: История политических и правовых учений / Под ред. В. С. Нерсисянца. М.: Юрид. лит., 1988.

³² См.: История политических и правовых учений / Под ред. О. Э. Лейста. М., 2001.

³³ Четвернин В. А. Понятия права и государства. Введение в курс теории права и государства. М., 1997.

³⁴ История политических и правовых учений / Под общ. ред. О. В. Мартышина. М., 2000.

³⁵ Гревцов Ю. И. Очерки теории и социологии права. СПб., 1996.

³⁶ См.: История политических учений / Под ред. К. А. Мокичева. М., 1972. Ч. 2.

³⁷ Тихонравов Ю. В. Основы философии права: Учеб. пособие. М., 1997.

³⁸ Ксенофонтов В. Н. Основы социологии права. М., 1997.

³⁹ Кульчар К. Основы социологии права. М., 1981.

⁴⁰ Боботов С. В. Буржуазная социология права. М., 1978.

⁴¹ Кудрявцев В. Н., Казимирчук В. П. Современная социология права. М., 1995.

⁴² Иваненко О. Ф. Американская «социологическая юриспруденция»: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1962.

⁴³ Посконин В. В. Правопонимание Толкотта Парсонса: Монография. Ижевск: Изд-во Удм. ун-та, 1995; Поскопина О. В. Т. Парсонс и Н. Луман: два подхода в правопонимании: Монография. Ижевск: Изд-во Удм. ун-та, 1997.

⁴⁴ Дробышевский С. А. История политических и правовых учений: основные классические идеи. М.: Юрист, 2003.

⁴⁵ Сызранцев Д. Г. Прагматизм в праве (метод Роско Паунда): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2002.

Кроме того, в ходе исследования была изучена критическая литература на иностранном языке, посвященная американской социологической юриспруденции XX в.: «Социология права» Л. Мейхью⁴⁶, «Потенциал функционализма для социологического анализа права» Ф. Уилкинсона⁴⁷, «Становление американской социологии права» Дж. Стерлинга⁴⁸, «Краткая история западной правовой теории» Дж. Келли⁴⁹, «Теоретики современности» Р. Робертсона и Б. Тернера⁵⁰, «Право и социальные науки» Л. Липсона и С. Уилера⁵¹, «Толкование современной правовой философии. Очерки в память о Р. Паунде» П. Сэйра⁵², «Роско Паунд и Карл Ллевеллин: исследование американской юриспруденции» Н. Хулл⁵³, «Социальная теория Т. Парсонса. Критический анализ» М. Блэка⁵⁴, «Вклад в социологию права» Б. Блегвада⁵⁵ и др.

Американская социологическая юриспруденция совершила переворот не только в правовой науке, но и в жизни общества в целом. Были расставлены новые приоритеты и сформулированы два основных постулата:

- 1) право на бумаге – это не право в жизни;
- 2) жизнь права в окружающей его среде.

Эти положения до сих пор активно поддерживаются учеными, вызывают дискуссии и развиваются.

⁴⁶ Mayhew L. The sociology of law // American sociology: Perspectives, Problems, Methods / Ed. by Talcott Parsons. N. Y.; London, 1968.

⁴⁷ Wilkinson P. J. The Potential of Functionalism for the Sociological Analyses of Law // Sociological approaches to law / Ed. by Adam Podgorecki and Christopher J. Whelan. N. Y.: St. Martin's Press, 1981.

⁴⁸ Sterling J. S. The state of American sociology of law // Developing sociology of law / Ed. by Ferrari V. Milano, 1990.

⁴⁹ Kelly J. M. A short history of western legal theory. Oxford; N. Y.: Clarendon Press, 1992.

⁵⁰ Theorist of modernity / Ed. by R. Robertson and B. S. Turner. London: Sage Publications, 1991.

⁵¹ Law and the social sciences / Ed. by Leon Lipson and Stanton Wheeler. N. Y.: Russell Sage Foundation, 1986.

⁵² Interpretations of modern legal philosophies. Essays in honor of Roscoe Pound / Ed. by Paul Sayre. N. Y.: Oxford Univ. Press, 1947.

⁵³ Hull N. E. H. Roscoe Pound and Karl Llewellyn: searching for an American jurisprudence. Chicago; London: Univ. of Chicago Press, 1997.

⁵⁴ The social theories of Talcott Parsons. A critical examination / Ed. by M. Black. Englewood Cliffs: Prentice – Hall, 1961.

⁵⁵ Contributions to the sociology of law / Ed by B. M. P. Blegvad. Copenhagen; Munksgaard, 1966.

1.2. Радикальная американская социологическая юриспруденция (реалистическая школа права) (О. Холмс, К. Ллевеллин, Дж. Фрэнк Т. Арнольд)

Вторым направлением в рамках американской социологии права можно выделить реалистическую школу, которая развилась из классической социологической юриспруденции США. Возможно, граница между этими двумя направлениями не всегда четкая, но она есть. Этой точки зрения придерживаются такие ученые, как С. Ф. Кечекьян, В. Н. Кудрявцев и В. П. Казимирчук, О. Э. Лейст и Л. С. Мамут, Е. А. Воротилин, С. С. Пракаш, Ю. В. Тихонравов, Ю. Я. Баскин и Е. В. Балин⁵⁶ и некоторые другие. В. Д. Зорькин отмечал, что социологическая юриспруденция США «представлена двумя главными разновидностями: умеренным крылом, так называемой гарвардской школой права во главе с Р. Паундом, и более радикальным крылом – „реалистами“ (К. Ллевеллин, Дж. Фрэнк и др.)»⁵⁷.

Что касается реалистической школы права, то предлагались различные ее названия. Так, Дж. Фрэнк в отличие от К. Ллевеллина считал ошибочным употребление термина «правовой реализм», так как слово «реализм», помимо всего прочего, имеет в философии значение, которое совершенно не соответствует взглядам так называемых правовых реалистов. Поэтому он предложил называть правовых реалистов «конструктивными скептиками», а их позиции – «конструктивным скептицизмом»⁵⁸. Но все же это предложение не получило достаточной поддержки и обычно данное направление называют правовым реализмом. Отечественный автор Ю. В. Тихонравов, отмечал, что его можно назвать «юриспруденцией выработки и принятия решений»⁵⁹.

Движение реалистов, как отметил О. Э. Лейст, объединило в основном представителей отраслевых юридических дисциплин – специалистов в области гражданского, коммерческого, предпринимательского и других отраслей права⁶⁰. Многие реалисты прежде чем обратиться к научным исследованиям, занимались адвокатской практикой. Эта школа стала логическим продолжением и углублением теоретико-правовых воззрений представителей классической социологической юриспруденции США. Основное отличие правовых реалистов в том, что они поместили в центр правовой системы судебный процесс и профессиональных юристов. Многие реальные условия способствовали тому, чтобы эта теория была успешно воспринята американскими юристами: это и функции Верховного суда как цензора законодательства, решающего политические вопросы, и расхождения норм права и судебных решений, и явная вовлеченность судов в процесс создания новых законов и другие. Отличие реалистов состоит также в том, что они ввели эмпирическое социально-научное исследование в сферу правотворчества и реализации права.

В рамках реалистической школы права выделяют два направления: умеренное, которое представлено, на наш взгляд, Дж. Холмсом и К. Ллевеллином, и крайнее, среди сторонников которого можно назвать Дж. Фрэнка, Т. Арнольда. Если по поводу троих последних ученых

⁵⁶ См.: История политических учений / Под ред. С. Ф. Кечекьяна и Г. И. Федькина. М.: Госюриздат, 1960; Кудрявцев В. Н., Казимирчук В. П. Современная социология права. М.: Юрист, 1995; История политических учений / Под ред. К. А. Мокичева. М.: Высшая школа, 1972. Ч. 2; История политических и правовых учений: Хрестоматия / Авт. – сост. Е. А. Воротилин и др.; под ред. О. Э. Лейста. М.: Городец, 2000; Пракаш С. С. Юриспруденция. Философия права: Краткий курс. М.: Академия, 1996; Тихонравов Ю. В. Основы философии права: Учеб. пособие. М.: Вестник, 1997; История политических и правовых учений: Конспект лекций / Под ред. Ю. Я. Баскина, Э. В. Кузнецова, Е. В. Балина. СПб.: Альфа, 1999.

⁵⁷ Нерсисянц В. С. Философия права: Учебник для вузов. М., 1983. С. 611–612.

⁵⁸ Frank J. Are Judges Human? // University of Pennsylvania Law Review. 1931. V. 80.

⁵⁹ Тихонравов Ю. В. Основы философии права: Учеб. пособие. М.: Вестник, 1997. С. 568.

⁶⁰ История политических и правовых учений / Под ред. докт. юрид. наук, проф. О. Э. Лейста. М., 2001. С. 636.

не возникает сомнений, так как они сами относили себя к «реалистической» школе права, то О. У. Холмса отечественные авторы не всегда указывают в качестве представителя данной школы, что скорей всего связано с тем, что его подход был более философским и абстрактным, чем в общепринятом реализме. О. Холмса мы предлагаем считать реалистом, соглашаясь в данном случае с позицией Синха Сурия Пракаш, на том основании, что он определял право как прогноз того, что в действительности совершит суд, и призывал к осознанному признанию законодательной функции судов. Он стал идейным вдохновителем Дж. Фрэнка, повлиял на взгляды К. Ллевеллина и оказал серьезное влияние на развитие взглядов реалистов.

Оливер Уэнделл Холмс (1841–1935) – рос и обучался в Бостоне, сначала он посещал частную школу, затем Гарвардский колледж, который закончил в 1861 г. Выпуск совпал с началом Гражданской войны и Холмс сразу же пошел в армию. Он прослужил в армии 3 года, с 1861 по 1864 г., сначала лейтенантом, а потом капитаном 20-го полка волонтеров Массачусетса. Его полк был частью Потомакской Армии, с ним он принимал участие во многих сражениях, был трижды ранен, что не помешало ему называть войну «организованной скукой».

Демобилизовавшись из армии в 1864 г., Холмс столкнулся с проблемой выбора профессии. Посчитав, что интерес к философии и литературе не может послужить основой для прочной карьеры, он выбрал право и профессию юриста. В этом же году он поступил в Гарвардскую школу права. Окончив ее в 1866 г., он отправился в путешествие по Европе. Вернувшись в Америку, он стал работать юристом на фирме. С 1870 по 1873 г. Холмс являлся редактором *American Law Review*, а в 1873 г. выступил в качестве редактора двенадцатого издания «Комментариев по американскому праву» Кента в четырех томах. За год до этого он женился и в 1874 г. совершил второе путешествие в Англию. Здесь он познакомился с Фредериком Поллоком, который также интересовался правом и его историей. Результатом этого знакомства стала неоднократно издаваемая переписка, в которой Холмс наиболее полно выразил свои взгляды и мысли о праве.

В 1882 г. Холмсу предложили прочесть лекцию в Бостонском Лоуэллском Институте и он решил посвятить ее общему праву. В 1881 г. появилась его книга «Общее право», которая стала классической работой и обозначила новый этап в англо-американской юриспруденции. В результате в 1882 г. Холмс становится профессором Гарвардской школы права. 5 декабря 1882 г. в возрасте 41 года он был назначен помощником судьи Верховного Суда штата Массачусетс. Холмс занимал эту должность до 5 августа 1899 г., когда его назначили председателем. А 8 декабря 1902 г. президент Рузвельт назначил его членом Верховного Суда США.

Судьей Верховного Суда США Холмс оставался почти 30 лет и ушел в отставку в преклонном возрасте (ему был почти 91 год). За особые мнения, которые привлекали к его судебной деятельности повышенное внимание, его называли «Великий Несогласный».

Холмс никогда не занимался политической деятельностью. С 1876 по 1882 г. он был членом Совета Наблюдателей (Попечителей) Гарвардского университета, но никогда не участвовал в различных общественных организациях, в отличие от многих юристов Бостона. Судья Холмс был предан своей профессии, он посвятил себя изучению права и его применению на практике. Кроме издания «Комментариев Кента» и «Общего права», Холмс издал книги отчетов о своей работе судьи, сборник правовых заметок и сборники своих речей, многие из которых (хотя и не все) были посвящены праву.

Холмс внес заметный вклад в формирование американской социологической юриспруденции. В своих научных трудах многие отечественные и зарубежные ученые отмечают его роль в развитии идей социологической школы права в США. О Холмсе упоминают в своих работах В. А. Туманов, С. Ф. Кечежян, Ж. Карбонье, В. Н. Кудрявцев и В. П. Казимирчук, С. С. Пракаш, В. Н. Ксенофонов, Ю. В. Тихонравов, В. А. Четвернин, В. В. Лапаева,

И. Ю. Гревцов, В. М. Сырых⁶¹ и др. Однако несмотря на это, следует заметить, что практически все указанные авторы, признавая важность правовых идей Холмса, посвящают ему в лучшем случае абзац, не раскрывая многие положения его правовой концепции, ее истоки. При этом ряд ученых говорит о Холмсе, как об американском судье и правоведе, являющемся учеником и приверженцем Роско Паунда, развившем положение о том, что практическая целесообразность имеет решающее значение в судебных делах (В. А. Туманов, В. Н. Кудрявцев и В. П. Казимирчук, Ю. В. Тихонравов, В. Н. Ксенофонтов). Другие же авторы утверждают, что, наоборот, Холмс оказал влияние на Паунда. Так, В. В. Лапаева отмечает, что Паундом были развиты некоторые тезисы Холмса. Представляется, что в данном случае можно говорить о взаимовлиянии двух ученых, относящихся к так называемой Гарвардской школе права (Холмс поступил в Гарвардскую школу права в 1864 г., а Р. Паунд обучался в Гарвардской школе права с 1889 г., а в период с 1916 по 1936 г. был ее деканом), каждый из которых в ходе научной, а также практической деятельности сформировал свою правовую теорию. Таким образом, неудивительно, что взгляды Холмса и Паунда перекликаются друг с другом и имеют общую основу – прагматизм. Но если многие российские авторы посвящают Паунду и его концепции права целые параграфы и исследуют его взгляды в диссертациях⁶², то Холмсу они уделяют значительно меньше внимания.

Карл Никерсон Ллевеллин (1893–1962) – выдающийся американский юрист, родился в Западном Сиэтле, штат Вашингтон. В 1895 г. с семьей переехал в Нью-Йорк, а в 1909 г. окончил Высшую школу для мальчиков в Бруклине. Затем обучался в Мекленбурге (Германия), где жил у родственников друга его семьи. За три года, проведенные в Германии, Ллевеллин хорошо усвоил немецкий язык. В 1911 г., посетив Университет Лозанны в Швейцарии, он поступил в Йельский колледж. Весной 1914 г. для изучения латинского и французского языков он проучился семестр в Сорбонне в Париже. Ллевеллин был еще студентом, когда вспыхнула Первая мировая война, и хотя его не призывали в армию, он сражался с прусской армией на западном фронте и был награжден Железным Крестом. После ранения в ноябре 1914 г. он провел почти три месяца в военном госпитале.

Ллевеллин вернулся в Соединенные Штаты в 1915 г. и, продолжив обучение в Йельском университете, поступил в Йельскую школу права. В течение трех лет он работал редактором Йельского журнала права, где опубликовал многие свои статьи. В 1918 г., окончив обучение, Ллевеллин остался преподавать в Школе права (главным образом коммерческое право, которое позже стало его специальностью). В сентябре 1920 г., считая, что практический опыт важен для академической карьеры, он устроился работать в юридический отдел Национального Сити Банка в Нью-Йорке. Вскоре после того, как его приняли на работу, банк распустил юридический отдел и передал ведение своих дел юридической фирме Шермана и Стерлинга. Ллевеллин также был переведен на новую работу и продолжил заниматься банковским правом. Спустя два года он решил вернуться к образовательной деятельности и был принят на должность доцента в Йельскую школу права.

С 1925 г. до 1951 г. Ллевеллин работал в Школе права Колумбийского университета, в 1948–1949 гг. читал лекции в Гарвардской школе права. В этот период он стал профессором,

⁶¹ См.: Туманов В. А. Критика современной буржуазной теории права. М., 1957; История политических учений / Под ред. С. Ф. Кечекьяна и Г. И. Федькина. М., 1960; Карбонье Ж. Юридическая социология. М., 1986; Кудрявцев В. Н., Казимирчук В. П. Современная социология права. М., 1995; Пракаш С. С. Юриспруденция. Философия права: Краткий курс. М., 1996; Ксенофонтов В. Н. Основы социологии права. М., 1997; Тихонравов Ю. В. Основы философии права: Учеб. пособие. М., 1997; Четвернин В. А. Понятия права и государства. Введение в курс теории права и государства. М., 1997; Лапаева В. В. Социология права. М., 2000; Гревцов Ю. И. Социология права: Курс лекций. СПб., 2001; Социология права: Учебное пособие / Под ред. В. М. Сырых. М., 2001.

⁶² См., например: Дробышевский С. А. История политических и правовых учений: основные классические идеи. М.: Юрист, 2003; Иваненко О. Ф. Американская «социологическая юриспруденция»: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1962; Сызранцев Д. Г. Прагматизм в праве (метод Роско Паунда): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2002 и др.

написал много научных работ, включая «Куст ежевики» (1930), предназначенный для первокурсников юридического факультета. Он также написал и издал ведущую работу в сфере коммерческого права «Казусы и материалы по торговому праву» (1930). Его труды захватывали и неюридические области. Примером служит работа по антропологии «Шайеннский путь» (1941), написанная в соавторстве с антропологом Адамсоном Хобелем, где рассматривались особенности правового материала и самобытность Шайеннских индейцев. Ллевеллин также активно участвовал в деятельности различных общественных организаций.

В 1951 г. Ллевеллин приступил к работе в Университете Чикагской школы права, где преподавал в течение почти десяти лет и выступил главным докладчиком по поводу Унифицированного коммерческого кодекса, разработанного в начале 1950-ых гг.

Будучи профессором права в Колумбийском университете, Ллевеллин был приглашен в 1928 г. читать лекции по американской системе прецедентного права в Лейпцигском университете, где в 1931–1932 гг. он вновь читал лекции уже по социологии права. Являясь противником фашизма, он больше не вернулся в Германию. Ллевеллин умер, не успев осуществить еще одну поездку в Германию с лекциями. Незадолго до его смерти была опубликована его последняя работа «Традиция общего права» (1960). Карл Никерсон Ллевеллин умер в Чикаго 13 февраля 1962 г. Уже после его смерти были изданы такие его работы, как «Система прецедентного права в Америке» (1989) (на базе лекций, опубликованных в Германии на немецком языке в 1933 г.), «Юриспруденция: реализм в теории и практике» (1962).

Ллевеллин, исследовавший такие сферы, как торговое право, договорное право, судебная практика (прежде всего апелляционная инстанция), социология права, антропология, является, пожалуй, самым значительным среди правовых реалистов. Его биограф Уильям Твининг назвал его «самым романтичным из правовых реалистов и самым земным из теоретиков права»⁶³. Наиболее полно правовой реализм Ллевеллина отражен в таких его работах, как «Куст ежевики», «Система прецедентного права в Америке», «Традиция общего права».

«Куст ежевики» – это лекции, прочитанные студентам-первокурсникам юридического факультета Колумбийского университета. Представленные в этой работе идеи правового реализма привлекли к нему внимание. Ученый известен своим заявлением, относящимся к судьям, шерифам, клеркам, тюремным служащим и адвокатам, согласно которому «то, что делают эти должностные лица при разрешении споров и есть само право»⁶⁴. Он утверждал, что необходимо изучать правовые решения, чтобы понять, что судьи находятся под влиянием многих факторов, не имеющих ничего общего с правом. Ллевеллин писал: «В течение долгого пути, для крупномасштабного изменения и роста доктрины и наших правовых институтов... практически незаметные изменения... оказываются более значимы, чем исторически ключевые моменты»⁶⁵. Таким образом, он верил, что юристы должны уметь находить убедительные аргументы, которые подчеркивают специфичность дела, так как именно эти факты иногда могут оказывать больший эффект на конечный результат, чем подлежащее применению право.

«Система прецедентного права в Америке», основанная на лекциях 1933 г., отличается большей сложностью, так как предназначалась для лиц более опытных, уже знакомых с гражданским правом, что дало возможность Ллевеллину изложить свои взгляды более углубленно.

«Традиция общего права», создаваемая на протяжении десятилетий более растянута, полна отступлений. Профессор права Йельского университета Пол Гевирц отмечал, что,

⁶³ Twining W. Karl Llewellyn and the Realist Movement. Norman: University of Oklahoma Press, 1973.

⁶⁴ Llewellyn K. The Bramble Bush. N.Y.: Oceana, 1930. P. 3.

⁶⁵ Llewellyn K. The Bramble Bush. N.Y.: Oceana, 1930. P. 57.

несмотря на то, что это великая работа, ей не хватает «аккуратности и стройности аргументации, присущей более ранним работам»⁶⁶.

Тем не менее все эти книги являются продуктом изложения одних и тех же взглядов Ллевеллина на правовую систему. Он утверждал, что правовой реализм, это не философия, и не школа со своей четко выраженной, общепринятой теорией, это группа правоведов, высказывавших свои мнения в 1920–1930-е гг. и имеющих общий подход к праву. Соглашаясь с Джеромом Фрэнком, он отмечал, что они схожи только в своем отрицании, в своем скептицизме, в своей любознательности⁶⁷.

Реалисты стали наследниками традиции прагматизма, направленного на то, чтобы связать истины с практическим решением проблем (в более развитой форме превратившегося в инструментализм), и «бунта против формализма», возглавляемого Уильямом Джеймсом и Джоном Дьюи в философии и логике, Роско Паундом и Оливером Холмсом в юриспруденции. В правовой сфере в основе их размышлений лежала критика идей, ассоциировавшихся с Кристофером Коламбасом Лэнгделлом, деканом юридического факультета в Гарварде (в конце XIX в.), который рассматривал право как совокупность норм, набор понятий, который можно логически систематизировать и применять посредством «логической дедукции».

Описание правовых реалистов, сделанное Ллевеллином, является одним из лучших. Он выделил следующие основные точки соприкосновения их взглядов:

1. Концепция права в развитии, в движении и в судебном правоприменении.
2. Концепция права не как самоцели, а как средства для достижения социальных целей.
3. Концепция более быстрого развития общества по сравнению с правом.
4. Временный разрыв между сущим и должным с целью изучения.
5. Недоверие к традиционным правовым нормам и понятиям, которые якобы отражают то, что реально делают суды или люди.
6. Наряду с этим недоверием к традиционным нормам существует недоверие к теории, согласно которой традиционные предписывающие нормативные формулировки являются реально действующим фактором при вынесении судебных решений.
7. Уверенность в целесообразности группировать судебные дела и правовые ситуации в более узкие категории.
8. Настойчивое требование оценки последствий каждой части права.
9. Настойчивое требование непрерывной и программной атаки на правовые проблемы по всем указанным направлениям.

Все эти идеи, по сути, не являлись новыми, но важно было начать последовательно, настойчиво и упорно их осуществлять.

По Ллевеллину, 1, 2, 3 и 5-й из вышеперечисленных пунктов, хотя и характерны для представителей движения реалистов, не отражают их специфику, а остальные пункты (4, 6, 7, 8 и 9-й) являются отличительными признаками движения. Люди и работы, отвечающие этим характеристикам, для Ллевеллина «реалистичны», как бы их не называли иначе.

Реалисты отстаивали точку зрения, что право – это не дедуктивная наука. Ллевеллин и правовые реалисты делают акцент на фактах определенного случая, а не на общих правовых нормах. Своими работами Ллевеллин как бы сглаживает различия между взглядами реалистов. Исходя из содержания «Системы прецедентного права в Америке», для него реализм означает прежде всего блок взглядов на суды и методы их работы: дела не решаются просто дедуктивным размышлением по поводу правовых норм и прецедентов; чтобы понять судебные решения, часто приходится взглянуть шире на то, что говорится в суде; судебная прак-

⁶⁶ Gewirts P. Editor's Introduction // Llewellyn K. The Case Law System in America. Chicago: The University of Chicago Press, 1989. P. xiv.

⁶⁷ Llewellyn K. Some realism about realism // 44 Harvard Law Review, 1931. P. 1233.

тика и контекст рассмотрения дел сильно влияет на их разрешение. Ллевеллин приуменьшает роль норм в вынесении судебных решений и считает более значительной роль других факторов, но в то же время он борется с «непродуманными» версиями правового реализма, отвергая те, где полностью отбрасывались правовые нормы, и где правовые решения считались результатом каких-то личных предпочтений судьи.

Признавая важность как норм права, так и судебной практики Ллевеллин характеризовал функции норм права следующим образом: «Действительно существующую правовую определенность следует искать в предсказуемой реакции подготовленного адвоката или судьи с жизненным опытом на его окончательную оценку фактической ситуации. Крайне важно подчеркнуть, что это не затрагивает какой-либо интерпретации правовых норм. Другими словами, правовые нормы не устанавливают никаких границ, внутри которых должен действовать судья. Скорее, они устанавливают общие направления, по которым судья движется к принятию решений. Они показывают основу и благоприятное направление для развития, и таким образом составляют фундамент существующего права. От них можно быстро перейти к любому конкретному делу. Они раскрывают общепринятую совокупность, с которой должно быть согласовано новое решение. Эта согласованность направления гарантируется юридической подготовкой и совестью судьи. Тем не менее, правовая норма функционирует не как замкнутое пространство, внутри которого остается судья, а скорее как сук дерева, от которого растут ветви; как основное направление, а не стартовая предпосылка; не как негнущаяся железная броня, сдерживающая и даже не позволяющая рост, а как скелет, поддерживающий и обуславливающий рост, и даже способствующий ему»⁶⁸.

Ллевеллин выделял 3 группы факторов влияющих на разрешение дела в суде: 1) факторы, которые отличают одного человека, участвующего в судебном процессе, от другого; 2) факторы, характеризующие человеческие и профессиональные черты судьи; 3) факторы, связанные с тем, что все судьи руководствуются уже сложившимися правовыми традициями и условиями настоящего времени. Именно две последние группы факторов обеспечивают необходимую степень предсказуемости судебных решений. Проследив то, как они действуют, можно оценить нормы и разделить их на две группы: хорошо сформулированные и плохо сформулированные. Первую группу в свою очередь можно разделить на две подгруппы: нормы, ясные по смыслу и в применении, одинаково применяемые к любому участнику при рассмотрении дел в суде, и нормы, по-разному применяемые к разным участникам судебных процессов. И только в первом случае мы имеем дело с реальными нормами, одинаковыми для всех, справедливыми и абстрагирующимися от личности. Именно в условиях их существования и действия граждане будут с большим доверием относиться к праву, будут ценить его. Задача юриспруденции состоит в том, чтобы создавать подобные нормы.

Далее положения социально-правовых теорий Дж. Холмса и К. Ллевеллина были развиты представителями крайнего крыла реалистов, которые довели их до гротесковых форм. Их теории довольно разнообразны и многочисленны. В данном исследовании рассматриваются взгляды таких ярких сторонников этого течения, как Дж. Фрэнк и Т. Арнольд.

Джером Фрэнк (1889–1957) – философ права и судья Апелляционного суда США второго округа. Он родился в Нью-Йорке, закончил школу права в Чикагском университете и занимался адвокатской практикой с 1912 до 1930 г. в Чикаго и с 1930 до 1933 г. в Нью-Йорке. В то время когда президент США Франклин Рузвельт проводил политику «нового курса», Фрэнк работал советником в Управлении по сельскохозяйственным вопросам с 1933 до 1935 г., а затем занял должность специального советника в Ассоциации финансовой реконструкции. В 1937 г. Рузвельт назначил его специальным уполномоченным Комиссии по ценным бумагам и бирже, где он трудился до 1941 г., занимая с 1939 до 1941 г. пост председателя.

⁶⁸ *Llewellyn K. The Case Law System in America / Ed. by P. Gewirts. Chicago: The University of Chicago Press, 1989. P. 78–79.*

В 1941 г. президент назначил Фрэнка судьей Апелляционного суда США второго округа, юрисдикция которого распространяется на округ Коннектикут, Восточный, Северный, Южный и Западный округа Нью-Йорка и на район Вермонт. Он считался очень компетентным судьей, позицию которого в отношении гражданских прав и свобод считали довольно либеральной. Он оставался на этой должности до своей смерти. Личные и судебные документы Фрэнка хранятся в Йельском университете и открыты для исследователей. Среди наиболее известных его работ «Право и современный разум» (1930), где он рассуждает о «правовом реализме» и раскрывает психологические особенности в юридической практике, «Суды в процессе. Миф и реальность в американском правосудии» (1949), где подчеркиваются неопределенность права и ошибки в судебном процессе.

Дж. Фрэнк, как и К. Ллевеллин, вообще отрицал существование «школы реалистов», согласных друг с другом по большинству вопросов, так как все ее представители по-разному выражали свое несогласие с общепринятой правовой доктриной. Он выделил только одну общую черту так называемых реалистов – отрицание, скептицизм по отношению к общепринятой правовой теории, порожденный стремлением реформировать в интересах правосудия некоторые стороны деятельности судов.

В соответствии с делением реалистической школы на два течения (умеренное и крайнее), Фрэнк также делил «конструктивных скептиков» (как он называл правовых реалистов) на две группы.

Первую группу, виднейшим представителями которой являются Холмс и Ллевеллин, он назвал «скептиками в отношении норм» («rule skeptics»)⁶⁹. Они стремились к большей правовой определенности. То есть они считали желательным, чтобы юристы были способны предсказать своим клиентам решения судов по большинству еще не начавшихся дел. По их мнению, трудность состоит в том, что формальные правовые нормы, содержащиеся в судебных решениях (их иногда называют «нормами на бумаге»), очень часто ненадежны как руководство для предсказания решений. Они были убеждены, что им удастся за «нормами на бумаге» обнаружить некие «реальные нормы», отражающие единообразие и порядок в фактическом поведении судей, и что эти «реальные нормы» послужат более надежным инструментом предсказаний в судебных процессах. Другими словами, «скептики в отношении норм» заняты поиском того, как сделать точными предположения насчет судебных решений, но не решений судов первой инстанции, а вышестоящих судов, при рассмотрении ими апелляций.

Вторую группу Фрэнк назвал «скептиками в отношении фактов» (“fact skeptics”). Они также проявляли скептицизм в отношении норм, не доверяя «нормам на бумаге». Как и первая группа, они способствовали пробуждению интереса к факторам, которые, оказывая влияние на решения высших судов, зачастую не находят отражения в них. Однако «скептики в отношении фактов» пошли гораздо дальше. Они интересовались прежде всего деятельностью судов первой инстанции. «Вне зависимости от того, насколько точными и определенными будут формальные правовые нормы, считали они, и независимо от того, какое единообразие обнаружат за этими формальными нормами, все же невозможно, и никогда не станет возможным – в силу неопределенности фактов, на которые опирается суд, – предсказать будущие решения по большинству (но не по всему числу) еще не начавшихся либо незавершенных судебных процессов»⁷⁰. В эту группу можно включить самого Дж. Фрэнка, Т. Арнольда, Л. Грина и др.

⁶⁹ Антология мировой правовой мысли: В 5 т. Т. 3: Европа. Америка: XVII–XX вв. / Отв. ред. О. А. Жидков, соред. О. Э. Лейст, И. Ф. Мачин. Национальный общественно-научный фонд; руководитель науч. проекта Г. Ю. Семигин. Справоч. изд. М.: Мысль, 1999. С. 683.

⁷⁰ Антология мировой правовой мысли: В 5 т. Т. 3: Европа. Америка: XVII–XX вв. / Отв. ред. О. А. Жидков, соред. О. Э. Лейст, И. Ф. Мачин. Национальный общественно-научный фонд; руководитель науч. проекта Г. Ю. Семигин. Справоч. изд. М.: Мысль, 1999. С. 683.

Другой представитель реалистического направления в праве Турман Арнольд (1891–1969) родился в городе Ларамие, штат Вайоминг. Он окончил Принстон и получил диплом юриста в Гарвардской школе права в 1914 г. Он служил во время Первой мировой войны и, порабатав немного в Чикаго, вернулся в Ларамие, где был мэром в 1923–1924 гг.

В дальнейшем Арнольд стал известным адвокатом в Вашингтоне. Он прославился, будучи помощником генерального прокурора и активно поддерживая антимонопольную компанию, которая велась до тех пор, пока Рузвельт не переключил внимание корпораций на другую цель – победу в войне. До приезда в 1938 г. в Вашингтон Арнольд был профессором Йельской школы права, где он и присоединился к движению правового реализма, опубликовав такие работы, как «Символы Правительства» (1935) и «Фольклор капитализма» (1937). Позже он издал «Узкие тропы бизнеса» (1940). Особый интерес представляет научная статья Арнольда «Право как символизм» (1969), где он раскрыл свои взгляды на законы и судебные решения.

В 1943 г. Арнольд был назначен в Апелляционный суд США в округе Колумбия, но работа в суде его не устраивала и он оставил ее спустя два года, объяснив свое решение, тем, что он «скорее будет выступать перед смешными глупцами, чем слушать смешных глупцов»⁷¹. Он вернулся к частной практике и стал одним из основателей известной в США фирмы «Арнольд и Портер».

Сторонники американской социологической юриспруденции и прежде всего реалисты стали не просто нарушителями спокойствия, царившего в юридической науке США, а разрушили очень многие социальные и правовые мифы, с которыми общество уже не могло мириться. В этом состоит главная заслуга ученых.

В настоящее время научный интерес к изучению мифа неизбежно растет, так как с его помощью можно познать восприятие окружающей среды людьми, членами того или иного общества. Мифы – это незаменимая составная часть реальности.

Можно согласиться с С. Смирновым, что миф – это постоянно воспроизводимое подражание действию. Несомненно, это одно из средств социального контроля (наряду с моралью, религией и правом), с помощью которого регулируются отношения между членами общества, разрешаются социальные конфликты.

В «Словаре античности» дается следующее определение мифа: «Миф – это форма общественного сознания, возникшая в условиях сравнительно низкого уровня социального развития и отражающая в виде повествования фантастические представления о природе, обществе и личности»⁷². Бросается в глаза и вызывает споры оценочный характер этого определения.

Миф создает определенное представление об окружающей действительности у людей, которые в него верят, отражая таким образом саму реальность и условия жизни общества (социальные, экономические, политические). В схеме понятия мифа всегда будет две противоположные стороны: во-первых, человек, которым миф овладел (В. М. Розин назвал его условно «мифлянин»⁷³), во-вторых, обладатель истины, который знает, что речь идет о мифе.

Неверно представление о том, что мифы давно уже канули в Лету. Правильно следующее утверждение С. Смирнова: «Миф как мир, как культурная модель, как особая действительность культуры постоянно воспроизводится. Особенно это характерно в тех обществах и социальных группах, где доминируют схемы воспроизводства, имитации и копирования, в

воч. изд. М.: Мысль, 1999. С. 684.

⁷¹ URL: http://en.wikipedia.org/wiki/Thurman_Arnold (дата обращения – 02.10.2007).

⁷² Словарь античности. М., 1989. С. 358.

⁷³ Розин В. М. Генезис права: методологический и культурологический анализ. М., 2003. С. 137.

больших массах людей, в социальной практике больших групп, среди которых доминирует массовое сознание»⁷⁴.

В современных цивилизованных обществах мифы также формируются и довольно активно применяются для достижения тех или иных целей и оказания воздействия на членов общества со стороны определенных социальных групп. Особую категорию составляют мифы в области права, к которым можно отнести, например, миф кодексов и законов. Гражданский кодекс Наполеона 1804 г., несмотря на то, что претерпел существенные изменения с момента его принятия, до сих пор сохраняет свою значимость и выступает для большинства французов символом подчинения государству.

Юридические мифы тоже возникают из доктрин, концепций и теорий о праве, которые разрабатываются известными правоведами. Тут же появляются новые учения, опровергающие эти мифы и доказывающие их несоответствие окружающей действительности.

Представители реалистической школы права активно старались развенчать мифы. Когда это направление только начинало формироваться, общественность считала сторонников данного направления разрушителями, нападающими на устоявшиеся понятия и постулаты, которые обеспечивали стабильность и авторитет правовой системы. Но аргументы реалистов стали доходить до сознания людей, и их учение стало казаться полезным, а не несущим угрозу, и начало проникать в сферу юридического образования и в процесс профессиональной социализации.

Развенчиванию социально-правовых мифов посвятил свою теорию Джером Фрэнк, который, занимаясь практической юридической деятельностью, выступил в роли «обладателя истины», критикующего положения, поддерживаемые «мифлянами» (значительной части американского общества, в том числе многих правоведов, юристов-практиков). Он выделил и опроверг, во-первых, миф об определенности права, утверждая что право – это нечто неопределенное и подверженное постоянным и неисчислимым изменениям. Это связано с меняющимися условиями жизни развивающегося общества, а также с тем, что субъекты правотворческого процесса, в первую очередь судьи, могут по-разному оценивать те или иные правовые споры, фактические обстоятельства определенных правовых споров. Во-вторых, Дж. Фрэнк развенчал миф о судье-полубоге, доказав, что судьи – это обычные люди. Особые черты их характера, их предрасположенности, предрассудки и привычки оказывают непосредственное влияние на их юридическую деятельность. И, наконец, Дж. Фрэнк опроверг миф о Высшем суде, указав на то, что, если суд первой инстанции посчитает верными устные показания честного, но ненадлежащего свидетеля или свидетеля-лжеца, вышестоящий суд вряд ли сможет обнаружить ошибку – обычно он просто признает факты, установленные в суде первой инстанции. Поэтому не стоит слепо верить, что большинство ошибок, совершаемых в судах первой инстанции, могут быть исправлены вышестоящими судами в апелляционной или кассационной инстанциях.

Не менее яркий представитель данного научного течения – Турман Арнольд, о котором практически нет сведений в российской правовой науке. Как и все реалисты, он в своих трудах также развенчивал сложившиеся в современном американском обществе юридические мифы. Центральное место в его работах занимает миф о том, что право (т. е. существующие в обществе законы и иные источники права, за исключением судебных прецедентов) – это то, что определяет окружающую действительность, а также миф о том, что правовые нормы, закрепленные в законах, полностью реализуется при регулировании общественных отношений. Опровергая эти мифы, Т. Арнольд утверждал, что право – это некий символ, отражающий идеал общественных отношений.

⁷⁴ Смирнов С. Культурный возраст человека. Новосибирск, 2001. С. 157–158.

Различными авторами делались попытки выделить основополагающие положения американской реалистической школы права. Так, В. Н. Кудрявцев и В. П. Казимирчук выделили следующие пять основных постулатов реалистов: право находится в постоянном движении и создается судом; право есть не самоцель, а средство достижения социальных целей и функций; общество развивается значительно быстрее, чем правовая система, вследствие чего периодически возникает потребность в адаптации права к процессу социальных изменений; в судебной работе должны существовать рамки дискреции или вольного обращения с правом на том основании, что в праве временами возникает разрыв между «сущим» и «должным». И последний постулат состоит в том, что сами правовые нормы должны пониматься не в их абсолютном значении, а как обобщенные предсказания того, что делают или что должны делать судьи⁷⁵.

Представляется, что более точно обозначить основные положения реалистической школы права, чем это сделал К. Ллевеллин, очень непросто. Но в качестве основных принципов реалистов можно назвать следующие:

- реализм стоит на позиции ярого противостояния позитивному праву, что проявляется в вере в неопределенность права, когда нормы права не определяют результаты правовых споров;
- междисциплинарный подход к праву (использование, например, социологического и антропологического подходов к изучению права);
- право находится в постоянном развитии и создается судьями и иными должностными лицами;
- право является средством для достижения социальных целей (инструментализм в праве);
- судьи – это обычные люди, а не «сверхчеловеки».

Исходя из этого, можно сделать вывод, что основное отличие американской реалистической школы от американской социологической юриспруденции заключается в преувеличенном пренебрежении к закону. Как пишет Зорькин В. Д., «судебно-административное право-творчество они довели до гротесковых форм»⁷⁶ (это отмечал также Ю. В. Тихонравов). Так, О. Холмс определял право как прогноз того, что в действительности совершит суд, и призывал к осознанному признанию законодательной функции судов, а Т. Арнольд считал, что законы – это лишь символ, отвлеченные от действительности нормы, тот идеал, к которому общество должно стремиться. Право же, которое формируется в результате деятельности судов, приземлено, оно полностью отражает существующую действительность и далеко от идеала.

⁷⁵ Кудрявцев В. Н., Казимирчук В. П. Современная социология права. М., 1995. С. 293.

⁷⁶ История политических учений / Под ред. В. С. Нерсесянца. М., 1983. С. 613.

2. Особенности понимания права представителями американской социологической юриспруденции XX в.

Понимание права – это «старая, но вечная и очень важная проблема, так и не получившая до сегодняшнего дня бесспорного решения»⁷⁷. «Сегодня этот вопрос крайне важен для отечественного правоведения, поскольку он напрямую выходит на ценностные ориентиры общества, а ему необходима безупречная правовая основа, на качество законодательства, которое должно отвечать основным правовым признакам, и в конечном счете на человека, защиту его прав и свобод»⁷⁸. Это подчеркивают многие ученые, например, О. В. Мартышин, В. С. Нерсисянц, Е. А. Лукашева, В. Г. Графский, В. А. Четвернин, В. Н. Лопатин, Н. В. Варламова, Л. Е. Лаптева и др.

Понятие «правопонимание» происходит от двух слов «право» и «понимание». По В. Далю, понимание – постижение умом, познание, разумение; нахождение в чем-либо смысла, толка, видение причин и последствий, дар уразумения, соображения и заключения⁷⁹. По С. И. Ожегову и Н. Ю. Шведовой, понимание – «способность осмыслять, постигать содержание, смысл, значение чего-нибудь; то или иное толкование чего-нибудь»⁸⁰.

В философском словаре понимание трактуется как познавательная процедура, которая связана с раскрытием смысла как самоценности, самобытности явления⁸¹.

Как отмечает В. Н. Лопатин в Большом юридическом словаре, правопонимание упоминается как условие, влияющее наряду с правозначимыми ценностями и представлением должного правопорядка на правосознание⁸².

Однако в более позднем издании, в Российской юридической энциклопедии при характеристике правосознания термин «правопонимание» уже не применяется, а правосознание подразделяется на познавательную сферу (знания, идеи) – правовоззрение, и социально-психологическую сферу (переживания, установки и др.) – правовую психологию.

Соглашаясь с В. Н. Лопатиным, отметим, что правопонимание и правосознание различные, но взаимосвязанные понятия. При этом первое выступает здесь скорее как процесс, в динамике которого достигается второе – некое статическое состояние.

В общем можно сказать, что правопонимание отражает совокупность идей, представлений, раскрывающих смысл, содержание и значение права. О правопонимании советского периода писал В. Г. Графский⁸³, о либертарном правопонимании и правопонимании позитивистского типа – В. А. Четвернин⁸⁴ и т. п. О. В. Мартышин выделил четыре основных типа понимания права:

⁷⁷ Мартышин О. В. Совместимы ли основные типы понимания права? // Государство и право. 2003. № 6. С. 13.

⁷⁸ Лукашева Е. А. К вопросу о правопонимании / Основные концепции права и государства в современной России (По материалам «круглого стола» в Центре теории и истории права и государства ИГП РАН) // Государство и право, 2003. № 5. С. 10.

⁷⁹ Даль В. Толковый словарь: В 4 т. Т. 3. М., 1990. С. 286–287.

⁸⁰ Ожегов С. И., Шведова Н. Ю. Толковый словарь русского языка: 72 500 слов и 7500 фразеологических выражений. М.: АЗЪ, 1993. С. 578.

⁸¹ Кириленко Г. Г., Шевцов Е. В. Философский словарь. М.: Изд-во «АСТ», 2002. С. 426.

⁸² Лопатин В. Н. Проблемы правопонимания в информационном обществе / Основные концепции права и государства в современной России. (По материалам «круглого стола» в Центре теории и истории права и государства ИГП РАН) // Государство и право. 2003. № 5. С. 24.

⁸³ Графский В. Г. Основные концепции права и государства в современной России. (По материалам «круглого стола» в Центре теории и истории права и государства ИГП РАН) // Государство и право. 2003. № 5. С. 11.

⁸⁴ Четвернин В. А. Основы либертарного правопонимания / Основные концепции права и государства в современной

- 1) юридический позитивизм;
- 2) социологический позитивизм;
- 3) теория естественного права;
- 4) философское понимание права.

При этом вполне обоснованно можно говорить о правопонимании Р. Паунда, Т. Парсонса, Г. Бредемейера, О. Холмса, К. Ллевеллина, Дж. Фрэнка, Т. Арнольда и др., которые своими социально-правовыми теориями окончательно сформировали социологическое правопонимание.

Право является ключевым элементом любой правовой теории, поэтому при представлении какой-либо правовой концепции необходимо в первую очередь определить понятие права, а затем уже обращаться к иным вопросам.

В разные периоды времени в различных странах превалировало то или иное понимание права. Так, в СССР получила распространение позиция о том, что право – это возведенная в закон государственная воля. Право понималось как система установленных или санкционированных государством общеобязательных формально-определенных правил поведения, обеспеченных возможностью применения государственного принуждения. В отечественной правовой науке длительное время господствовало мнение, что право – совокупность правовых норм.

В начале XX в. отечественные ученые пытались разработать новую концепцию права. С участием М. Ю. Козловского и П. И. Стучки в Наркомюсте РСФСР (1919 г.) было сформулировано «советское понимание права»: «Право – это система (или порядок) общественных отношений, соответствующая интересам господствующего класса и охраняемая организованной силой его (т. е. этого класса)»⁸⁵. Е. Б. Пашуканис утверждал, что право – это буржуазное явление, и после буржуазного права невозможен какой-либо новый тип права, какое-то новое, послебуржуазное право⁸⁶. Классовую концепцию права развивал М. А. Рейснер с позиции психологической теории права: всякое так называемое «общее» право (общий правопорядок) – как при капитализме, так и после победы пролетарской революции – представляет собой компромисс и объединение наличных в данном обществе субъективных классовых прав. История права – это «история его угасания». При коммунизме оно угаснет навсегда⁸⁷.

Главная позиция была сформулирована известным прокурором А. Я. Вышинским, который предложил следующую формулировку: «Право – совокупность правил поведения, выражающих волю господствующего класса, установленных в законодательном порядке, а также обычаев и правил общежития, санкционированных государственной властью, применение которых обеспечивается принудительной силой государства в целях охраны, закрепления и развития общественных отношений и порядков, выгодных и угодных господствующему классу»⁸⁸. Эта формулировка стала отправной точкой для дальнейшего развития советской юридической науки и практики. Спустя 10 лет А. Я. Вышинский выделил главное, с его точки зрения, в определении: «Закон есть форма, в которой выражается воля господствующего класса. Право – это не один закон, а вся сумма или вся совокупность, законов»⁸⁹.

России (По материалам «круглого стола» в Центре теории и истории права и государства ИГП РАН) // Государство и право. 2003. № 5. С. 19.

⁸⁵ Стучка П. И. Избранные произведения по марксистско-ленинской теории права. Рига, 1964. С. 58.

⁸⁶ Нерсесянц В. С. Философия права: Учебник для вузов. М.: Норма, 2005.

⁸⁷ Нерсесянц В. С. Философия права: Учебник для вузов. М.: Норма, 2005.

⁸⁸ Вышинский А. Я.: 1) Вопросы теории государства и права. М., 1949. С. 84; 2) Основные задачи науки советского социалистического права. М., 1938. С. 37, 183.

⁸⁹ Вышинский А. Я. Вопросы теории государства и права. С. 421.

Сегодня также многие ученые активно поддерживают указанный подход к праву. Однако с 50-х годов XX в. начинает развиваться так называемый широкий подход к праву. С. Ф. Кечекьян и А. А. Пионтковский трактовали право как единство правовой нормы и правоотношений. А. К. Стальгевич и Я. Ф. Миколенко утверждали, что право – это единство правовой нормы, правоотношений и правосознания. Таким образом, в понятие права включались не только нормы права, но и правовые отношения, и даже правовое сознание. Этот широкий подход к праву получил развитие в современной отечественной науке. В настоящее время происходит процесс, направленный на усиление ориентации права на общечеловеческие ценности, на реальные потребности членов общества и общества в целом. Ведь «сущность и содержание права определяются не только экономическим строем данного общества, но и политикой, моралью, правосознанием, наукой, культурой, религией и всеми другими реалиями социальной жизни, достигнутым уровнем цивилизации»⁹⁰.

С. С. Алексеев считает право выражением цивилизации и культуры. Задача права – сообщить нормативность и гарантировать реальность таким доминирующим началам цивилизации и культуры, как, например, упорядоченность общественной жизни, свобода человека, его автономия и т. д.

Согласно такому правоведу, как Л. С. Явич, право – это правовые отношения, выраженные в нормах права и отраженные в правосознании. Автор отмечал, что нельзя преувеличивать значение общих норм и законов, отрывать право от общественных отношений, но «не меньше вреда приносит и нигилистическое отношение к законодательству, к специфике юридической формы...»⁹¹. Л. С. Явич критиковал социологическую юриспруденцию за отрицание значения анализа правовых норм законодательства, за то, что правом ее сторонники считают юридическую технику, покоящуюся не столько на законах, сколько на ценностях, которые отражают нужды сегодняшнего дня. Сведение юридической действительности к фактическим отношениям исключает научное понимание права и его сущности⁹².

Значительный вклад в раскрытие понятия права внес В. С. Нерсисянц. «Право по своей сущности, – пишет он, – и, следовательно, по своему понятию – это исторически определенная и объективно обусловленная форма свободы в реальных отношениях, мера этой свободы, форма бытия свободы, формальная свобода»⁹³, «...сам принцип формального равенства имманентен праву как таковому и выражает присущую ему справедливость»⁹⁴.

Другой автор, Р. З. Лившиц, призывает отойти от «классового узконормативного правопонимания». Он считает, что право по своему содержанию, по своей социальной сущности является средством общественного согласия, компромисса. Специфика права как такого средства раскрывается в его формальном, институциональном определении. Право – это нормативно закрепленная и реализованная справедливость. Поэтому справедливость без закона – это еще не право, а закон без справедливости – это уже не право: «Приведем краткую итоговую формулировку. *Право есть нормативно закрепленная справедливость, состоящая в реализации общественного компромисса.* Эта формулировка, как мы уже указывали, охватывает и ценностное, и нормативистское, и социологическое понимание права. Ее можно считать обобщающей, дающей представление о праве как о единстве идей, норм и общественных отношений»⁹⁵.

⁹⁰ Байтин М. И. Сущность права (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков). Саратов, 2001. С. 61, 82.

⁹¹ Явич Л. С. Общая теория права. Л.: Изд-во ЛГУ, 1976. С. 105.

⁹² Явич Л. С. Общая теория права. Л.: Изд-во ЛГУ, 1976. С. 104.

⁹³ Нерсисянц В. С. Право и закон. М., 1983. С. 342–343.

⁹⁴ Нерсисянц В. С. Правовое государство: проблемы и суждения. М., 1989. С. 52.

⁹⁵ Лившиц Р. З. Теория права. Учебник. М.: БЕК, 1994. С. 70.

Другие авторы рассматривали право с позиции равенства. Например, Е. В. Бурлай считал равенство сущностным атрибутом права. Историческое развитие права заключается в нарушении равенства и последующем возвращении к нему⁹⁶.

В. О. Мушинский рассматривал право как динамическое равновесие между свободой индивида и общественной необходимостью⁹⁷.

Итак, в ходе развития правовых теорий складывались различные представления о праве. Позитивисты понимали под ним исключительно совокупность установленных предписаний. Сторонники исторического направления акцентировали внимание на традиционных положениях, сложившихся обычаях, которые позволяют применять тот или иной правовой материал, приспособлявая его к определенным жизненным условиям. Представители школы естественного права главным образом останавливались на политико-философских и этических представлениях о цели права, которые наполняют правовые нормы новым содержанием, приводят к появлению новых принципов. Для них главным в праве был идеальный элемент. Сторонники исторической школы права выделяли другую составляющую права – обычай. Позитивисты утверждали, что это все не право, а лишь его источники, сырой материал, из которого формируются правовые предписания. Эти три различные точки зрения на право, придающие особое значение трем его элементам были вызваны потребностями правовой мысли на разных этапах правового развития.

Господствовавший длительное время (в том числе и в России) формально-догматический подход к праву привел к развитию социологического правопонимания. Еще Б. А. Кистяковский обратил внимание на то, что, рассматривая право как совокупность известных норм и правил, действующих в обществе (объективное право), традиционное учение о праве принимало во внимание и осуществление права, т. е. право как совокупность прав и обязанностей. «Но традиционное учение о праве рассматривает субъективное право как производное объективного права, а это и мешает ему подойти к тем характерным чертам правовых явлений, которые преобразуют их в социальные явления»⁹⁸.

При изучении права с социологической точки зрения основным моментом для его познания признается осуществление права, его действие, и соответственно этому авторы исходят из рассмотрения права в его воплощении в правовых отношениях. Это позволяет смотреть на то право, которое «живет в народе и выражается в его поведении, в его поступках, в его сделках, а не на то право, которое установлено в параграфах и кодексах»⁹⁹. В этом изменении самого объекта наблюдения и заключается расширение познания права в результате социологического изучения права.

Таким образом, можно сказать, что на формирование широкого подхода к праву в отечественной правовой науке XX в. оказали влияние не только такие отечественные мыслители XIX в., как Н. М. Коркунов, Б. А. Кистяковский, М. М. Ковалевский, но и европейские ученые Рудольф Иеринг, Георг Еллинек, Макс Вебер, Эмиль Дюркгейм, Леон Дюги, Евгений Эрлих. И не последнюю роль в становлении и распространении социологического правопонимания сыграли американские авторы, которые довели его до гротесковых форм. Именно социологи права США, опираясь на свой обширный юридический опыт, на практику, ярко продемонстрировали, что изучение права как социального явления наиболее продуктивно и

⁹⁶ Бурлай Е. В. Нормы права в социалистическом обществе. Киев: Наукова думка, 1987. 90 с.

⁹⁷ Мушинский В. О. Соотношение политики и права в регулировании социальных интересов // Советское государство и право. 1988. № 2. С. 3–12; Правовое государство и правопонимание // Советское государство и право. 1990. № 2. С. 12–19.

⁹⁸ Кистяковский Б. А. Очерки по методологии социальных наук и права // Анатомия истории. История русской правовой мысли / Отв. ред. С. А. Пяткина. М., 1998. С. 351.

⁹⁹ Кистяковский Б. А. Очерки по методологии социальных наук и права // Анатомия истории. История русской правовой мысли / Отв. ред. С. А. Пяткина. М., 1998. С. 352.

значимо для познания права. Такой подход обладает высокой степенью эффективности как для ученых, так и для практикующих юристов.

Сегодня во многих странах социологическое правопонимание набирает силу и поддерживается многими правоведами. В книге «Американская социология: перспективы, проблемы, методы» известный американский социолог Леон Мейю подчеркивает, что право нельзя рассматривать как статический набор правил, это процесс¹⁰⁰. Право формируют суды, административные органы, адвокатские конторы и так далее. Оно создается людьми, которые используют, толкуют, применяют его. Только изучив эти процессы, можно понять функцию правовых норм в социальной системе и каково ее влияние на судопроизводство.

Естественно, социологические исследования в праве ведутся на «стыке» социологии и права. Последователь американского социолога Т. Парсонса Г. Бредемейер отмечал, что важно различать два разных понятия, которые взаимосвязаны и связывают социологию и право: одно обозначается фразой «социология права», другое – «социология в праве»¹⁰¹. Первое делает право объектом социологического исследования. Целью здесь является как описание внутренних процессов в праве, так и объяснение его важности населению. Второе же ставит задачей содействие исполнению правом своих функций посредством дополнения социологическими знаниями его набора инструментов.

Необходимость социологических исследований права связана с потребностью изучения права в реальной действительности. Как верно отмечает В. Н. Ксенофонтов, «конкретные социологические исследования в праве ориентированы, с одной стороны, на анализ социальной обусловленности, а с другой – на социальное действие, эффективность права и его институтов; воздействие права на общественные отношения, практику, а также обратное влияние социальных факторов на право»¹⁰².

Особенностью американского социологического правопонимания является то, что, развивая идеи прагматизма и инструментализма, его авторы, как правило, формулировали два основных подхода к определению права. Первый подход связан с понятием социального контроля, основным средством которого и выступает право. Второй подход детерминирован стремлением американских ученых изучать действующее право. В результате к определению права они подходили через функции, выполняемые правом (функциональный подход к праву).

¹⁰⁰ Mayhew L. The sociology of law // American sociology: Perspectives, Problems, Methods / Ed. by Talcott Parsons. N. Y.; London, 1968. P. 171.

¹⁰¹ Bredemeier H. C. Law as an Integrative Mechanism // Sociology of law. Selected readings / Ed. by V. A. Harmondsworth (Midd'x), N. Y.: The Free Press of Glencoe, 1969. P. 53.

¹⁰² Ксенофонтов В. Н. Основы социологии права: Учебное пособие. М., 1997. С. 6.

2.1. Право как средство социального контроля в правовой теории Р. Паунда: инструментальный подход

Социальный контроль – механизм, с помощью которого общество и его подразделения (группы, организации) обеспечивают соблюдение системы ограничений (условий), нарушение которых наносит ущерб функционированию социальной системы; органический элемент управления. Социальный контроль осуществляется государством, а также любой социальной группой (взаимный контроль участников какого-либо процесса, различной формы выражения общественного мнения, например моральное осуждение, отказ от контактов и др.)¹⁰³.

Таким образом, под социальным контролем можно понимать совокупность механизмов, обеспечивающих поддержание социально-приемлемых образцов поведения и функционирование социальной системы в целом, т. е. это особый механизм социальной регуляции поведения и поддержания общественного порядка.

Несомненно, что развитие общества невозможно без социального порядка, который предполагает соблюдение определенных правил поведения членами общества. В результате вырабатываются механизмы, обеспечивающие поддержание социально приемлемых образцов поведения и функционирования социальной системы в целом. Это и есть социальный контроль. Его основными средствами в современном обществе являются мораль, религия и право, которые находились в центре внимания не только представителей американской социологической юриспруденции, но и сторонников иных направлений в правовой науке.

На раннем этапе развития права указанные средства социального контроля еще не были дифференцированы. Даже в такой развитой цивилизации, какой были греческие города-государства, одно и то же слово употреблялось для обозначения религиозных обрядов, моральных устоев, традиционных способов урегулирования отношений, законодательства. И все это рассматривалось в совокупности и характеризовалось чертами, которые сегодня относят к праву, т. е. регулятивная система была представлена так называемыми мононормами, специфическими нерасчлененными социальными нормами. Дифференциация была так незначительна, что в диалогах Платона Сократ говорит о наставлениях для садовников как о законах в сфере садоводства, а о кулинарной книге – как о законах в области кулинарии, проводя аналогию с существовавшими правилами для священников, моралистов, судей и законодателей, которые властно провозглашали порядок жизни в городе¹⁰⁴. Естественно, что в современных обществах приоритет отдается праву как основному средству социального контроля. Правовой порядок и право на протяжении длительного времени тщательно исследовались учеными, которые пытались выработать свое понимание этих социальных явлений.

Проблема социального контроля всегда была в центре внимания как философов, так и правоведов. По мнению Р. Паунда, расцвет правовой мысли в рамках философии при исследовании социального контроля можно отметить в период царствования естественного права, в эпоху классического римского права и в XVII–XVIII вв. в Америке и Европе. Юридическая литература содержала философское вступление, важные законодательные акты часто имели преамбулу философского содержания. Философские правовые теории разрабатывались для разрешения конкретных проблем определенного времени, а затем облекались в более общую

¹⁰³ Российский энциклопедический словарь: В 2 т. М., 2001 г).

¹⁰⁴ Платон. Диалоги. Ростов н/Д: Феникс, 1998. С. 85–90.

форму, чтобы разрешать все спорные моменты, связанные с правовым порядком как результатом осуществления социального контроля.

Но естественное право не оправдало возложенных на него надежд. По Р. Паунду, оно являлось скорее позитивным, а не действительно естественным. Это была лишь «идеализированная модель позитивного права», и она просто не могла не вызвать критики. При этом он приводил следующий пример: «Когда британцы учредили суд в Пинанге, в связи с отсутствием своего права было принято решение руководствоваться естественным правом, но оказалось, что применяемое право совпало с правом Англии»¹⁰⁵.

Во второй половине XIX в. произошел спад в развитии теории естественного права, и в странах англосаксонской правовой системы пытались уйти от философии, но, несмотря на попытку руководствоваться только конкретными нормами права, суды не могли не следовать идеалам. Таким образом, Р. Паунд указывал, что естественное право вернулось, но в преобразованном виде. Его задача заключалась уже не в создании идеальной системы общих норм, а в критике идеального элемента в позитивном праве. Даже при невозможности сформулировать абсолютные идеалы можно установить социальный идеал в соответствии с условиями конкретного времени и места, который будет положен в основу вынесения правовых решений, толкования и действия постулатов (стандартов) и обеспечит социальный порядок.

В первой половине XX в. проблема социального контроля получила новое развитие. В это время, отмечал Р. Паунд, произошло возрождение философии права. Примерно тогда социология, наука об обществе, основателем которой считается Огюст Конт, заняла свое место среди общественных наук, и начала формироваться социология права. Но и здесь, пишет правовед, теоретики идут своим путем, имея плохое представление о проблемах, с которыми приходится сталкиваться при отправлении правосудия. С этим связана необходимость развивать «философскую и социологическую юриспруденцию». Надо обращаться и к философии, и к этике, и к социологии при рассмотрении проблем в сфере юриспруденции.

При изучении социального контроля, по мнению Р. Паунда, необходимо рассмотреть понятие цивилизации, ключевое для всех социальных наук. Именно цивилизация способствует росту человека, проявлению его наивысших способностей. Автор подчеркивал, что максимальное развитие человека, человеческой власти достигается установлением максимального контроля над внешней, или физической, и над внутренней, или человеческой, природой. Эти две стороны в развитии цивилизации взаимосвязаны. Если бы не контроль над внутренней природой, которого достиг человек, то он вряд ли добился бы многого в области внешней природы. Если бы человек был вынужден вооружаться, находясь в состоянии постоянного страха перед нападением, если бы не постулат, согласно которому индивид в цивилизованном обществе может надеяться на то, что другие не совершат агрессии против него и что его сограждане будут вести себя с должной осторожностью и не подвергнут его неразумному риску нападения, было бы невозможно проводить исследования, эксперименты, которые и позволили обратить физическую природу на благо человека и извлечь из нее пользу (в связи с этим Р. Паунд выделил пять постулатов цивилизованного общества, которые будут рассмотрены далее). В то же время без контроля над физической природой, который существует в настоящее время, огромное население Земли не смогло бы выжить. Таким образом, контроль над внутренней природой дает возможность «жить на Земле и умножать ее наследие»¹⁰⁶.

Социальные науки изучают достигнутое господство над внутренней, или человеческой, природой, отвечают на вопросы о том, что означает это господство, как его поддерживать и сохранять. Сейчас оно поддерживается социальным контролем, давлением на каждого

¹⁰⁵ Pound R. Social control through law. P. 3.

¹⁰⁶ Pound R. Social control through law. P. 17.

человека со стороны сограждан, направленным на то, чтобы заставить его выполнять свою роль в укреплении цивилизованного общества и удержат от антисоциального поведения.

Следует заметить, что, по Р. Паунду, лейтмотивом истории цивилизации выступает социальный контроль, корни которого уходят в религиозные институты и предписания. В различных странах религия и церковь довольно долго выполняли контролирующие функции: существовало каноническое право, церковь имела свою собственную юрисдикцию. Религия до сих пор тесно связана с идеальным элементом в праве.

Религиозная организация, отмечал Р. Паунд, была эффективным средством социального контроля после перехода от родовых групп к социальным и даже после установления политически организованного общества. То, что сейчас называют совокупностью правовых норм, в архаических обществах являлось совокупностью предписаний, разработанных духовенством и обеспеченных применением епитимьи и исключением из благочестивого общества. Социальный контроль, как указывал Р. Паунд, носил сакральный характер, но в дальнейшем религия потеряла свою власть над значительной частью человечества.

Мораль, формирующаяся в обществе, за нарушение норм которой следует общественное осуждение, также является важным средством социального контроля. На протяжении длительного времени ученые исследовали проблему соотношения права и морали. «В добровольных ассоциациях образуется определенная форма моральных устоев, которая сегодня называется общественным мнением»¹⁰⁷, – писал Р. Паунд. Когда совершенствование этики приводит к установлению системы морали, наступает стадия правового развития и предпринимаются попытки установить тождество права и морали, превратить моральные предписания в правовые.

В качестве давно изжившего себя средства социального контроля Р. Паунд называл родовую организацию. При родовом строе, подчеркивал он, существовала группа родственников, и задача права была проста – сохранение мира между воюющими группами. Если один член группы причинял вред другому, вопрос решался внутри этого сообщества. Если же член одной группы причинял вред члену другой группы, применялась кровная месть при отсутствии единого руководства для разрешения конфликта. Первые правовые институты были предназначены для того, чтобы положить конец этой частной войне и мести. Эта идея режима поддержания мира преобладала над другими. Но родовая организация как существенное средство контроля уже давно перестала существовать. Даже семья потеряла свою дисциплинирующую силу в условиях урбанизации.

С XVI в. стала превалировать политическая организация общества, монополизировавшая силу. Все средства социального контроля здесь осуществляют свое действие в пределах, установленных правом. Семья, церковь, ассоциации, которые способствуют формированию устоев в противоречивом обществе, действуют прежде всего в рамках правовых предписаний.

В современном мире, утверждал Р. Паунд, именно право стало основным средством социального контроля. В настоящее время основная опора в обществе – это сила политически организованного общества. Люди нуждаются в регулировании отношений и упорядочивании поведения путем систематического и регулярного ее применения. Именно право обеспечивает эту силу. Однако важно помнить, что «право как средство социального контроля при этом приобретает и недостатки, связанные с подчинением этой силе»¹⁰⁸. Сегодня социальный контроль – это основная функция государства, осуществляемая через право.

Но, по Р. Паунду, право может выступать в качестве эффективного средства социального контроля, обеспечивающего правовой порядок, только если в нем присутствуют два

¹⁰⁷ Pound R. Social control through law. P. 23.

¹⁰⁸ Pound R. Social control through law. P. 20.

основных элемента: императивный (обязательный) и традиционный¹⁰⁹. Первый элемент – результат деятельности законодателя. Второй же элемент – результат опыта, это техника развита предписания. В Древнем Риме он основывался на практике юристов, разрешающих вопросы, которые возникали из споров, вынесенных на судебное рассмотрение. В США, где была воспринята правовая система Англии с ее «правом справедливости» (equity), этот элемент возник на основе принимаемых судом решений и из стремления судей вывести из практики общие принципы, чтобы применять их при разрешении конкретных дел. Таким образом, право может выступать и как приказ, и как способ установления справедливости на базе приобретенного опыта. Р. Паунд указывал также на идеальный элемент в праве, без которого оно не может быть эффективным средством социального контроля. При установлении справедливых предписаний все пытаются ориентироваться на какой-то идеал. В XVIII в. и первой половине XIX в. ученые попытались сформулировать такой идеал в теории естественного права, «теории системы предписаний, составляющих ценность для человечества»¹¹⁰, возникшей из представлений о том, как бы поступал или не поступал идеальный человек, в какой степени он уступал бы требованиям других. В настоящее время для формирования такого идеального элемента в праве, по мнению Р. Паунда, необходимо обращение к реальной жизни общества и действию в нем правовых норм, что может быть исследовано только при содействии различных общественных наук, в частности социологии. Соответственно возникновение социологической юриспруденции – важный этап в развитии правовой науки.

С точки зрения Р. Паунда, нельзя забывать и о том, что помимо права функцию установления социального порядка выполняют (хотя и опосредованно) и другие не менее значимые средства социального контроля. Это семья, воспитание, религия и образование. Антисоциальное поведение и конфликты с соседями можно устранять, руководствуясь разумом, воспитанием. Однако в условиях индустриального общества, в крупных городах эти средства не так эффективны, как в небольших поселениях, сообществах. Постепенно право захватывает всю область социального контроля.

Итак, именно Р. Паунд более подробно (по сравнению с иными представителями социологической юриспруденции США) рассмотрел в своей правовой теории понятие социального контроля, который придает стабильность обществу и способствует развитию цивилизации. В результате процесса урбанизации общества право как регулятор жизни политически организованного общества выходит на первое место. Для изучения его эффективности и взаимосвязи с иными общественными явлениями необходимо привлечение социологии и развитие такого направления в правовой науке, как социологическая юриспруденция.

Понятие права и его элементы. Вопрос о том, что такое право, был всегда дискуссионным и довольно сложным. Р. Паунд отмечал, что одна из главных проблем состоит в том, что одним термином «право» всегда пытались охватить различные явления.

Так, под правом понимали, во-первых, правовой порядок, режим правового поведения, контролируемого систематически и в установленном порядке силой политически организованного общества. Во-вторых, свод предписаний, (административных или судебных), т. е. тот властный, опорный материал, на основе которого разрешаются противоречия. Например, именно этот аспект права имеется в виду, когда говорят о праве Индианы, или о сравнительном праве, или о праве собственности, или о договорном праве (праве контрактов). И, в-третьих, судебный процесс, который американский правовед Бенджамин Натан Кардозо назвал «судебной кухней»¹¹¹. К нему можно добавить и административный процесс – про-

¹⁰⁹ Pound R. Social control through law. P. 2.

¹¹⁰ Pound R. Social control through law. P. 3.

¹¹¹ Cardozo B. N. Nature of the Judicial Process / D. Lloyd, M. Freeman. Introduction to Jurisprudence. London: Stevens,

цесс выявления противоречий и установления причин рассматриваемых споров в соответствии с законом с целью поддержания правового порядка. Именно этот смысл вкладывался в понятие «право» многими реалистами.

Эти три точки зрения на понимание права и приводили к спорам. Р. Паунд утверждал, что все перечисленные понятия необходимо объединить в единое целое и назвать одним термином – «право» и возможно это только при помощи идеи о социальном контроле. Таким образом можно представить режим, являющийся высоко специализированной формой социального контроля, обеспечиваемый сводом властных предписаний, получающих свое приращение в ходе судебного и административного процесса.

Много споров между правоведами возникало по поводу природы права в его втором понимании. В этом смысле Р. Паунд делил право на три элемента: сами «предписания», «техническую сторону» и «идеалы», т. е. свод предписаний, разработанный и применяемый технически, исходя из традиционных идеалов. Таким образом, ученый подчеркивал, что понимать право во втором его значении лишь как совокупность правовых предписаний недостаточно, очень важную роль играет техника их применения и совершенствования, искусство юристов. Именно на основе этого элемента права различают, например, две правовые системы: англосаксонскую и романо-германскую.

В первой из них (или в системе общего права) превалирует судебный прецедент, хотя закон и устанавливает общие правила, на основе которых должны разрешаться споры, но все же именно принципы, установленные при рассмотрении предыдущих дел имеют решающее значение. В другой же системе, как и в римском праве, техника совершенно иная: судебное решение здесь не рассматривается как основополагающий принцип, а лишь учитывается при рассмотрении дел, приоритет же отдается закону.

Особое внимание ученый уделял идеальному элементу в праве. Идеал определяется конкретным временем и местом, «преподаваемыми правовыми традициями» и показывает, что такое социальный порядок, какова цель социального контроля; на его основе происходит толкование и применение правовых предписаний, и именно он является отправной точкой для вынесения судебных решений.

В качестве примера американский правовед предлагал различное отношение к земле, например, в Англии и Америке. Английская концепция исходит из того, что земля представляет собой постоянное приобретение семьи, а американская из того, что это лишь некое имущество, место для осуществления предпринимательской деятельности. Именно на основе этого представления о земле будет определяться, выходят ли действия, совершаемые на ней индивидом, из-под его контроля, причиняя ущерб владельцу соседнего участка, а также будет ли человек нести ответственность независимо от своей вины, т. е. исходя из общей безопасности, либо только при ее наличии. В этом вопросе мнения американских и английских судов разделялись, отмечал Р. Паунд. Таким образом, в обществе отправным пунктом для разрешения дела могут служить совершенно различные правовые идеалы. Следовательно, толкование идеального элемента является решающим.

Что касается другого элемента – предписания, Р. Паунд подчеркивал, что оно состоит из «правовых норм», «принципов», «предписаний, описывающих концепции» (существующие понятия), и «предписаний, устанавливающих стандарты»¹¹².

Правовая норма (в узком понимании, поэтому ее можно назвать правилом) – это предписание, состоящее из конкретных последствий, которые наступают при наличии определенных фактов. Это наиболее простой тип правовых предписаний, который использовался в древних памятниках права. Например, законы Хаммурапи гласят: «Если мушкенум ударил

1979. Р. 906.¹¹² *Pound R. Social control through law. P. 45.*

[по] щеке мушкенума, [то] он должен отвесить 10 сиклей серебра»¹¹³. Салическая правда: «Если кто назовет другого волком, присуждается к уплате трех сол.»¹¹⁴. Законы XII таблиц: «Если отец трижды продаст сына, то пусть сын будет свободен [от власти] отца» (таблица IV, 2)¹¹⁵. Из подобных предписаний в основном состоят уголовные кодексы.

Принципы, будучи значимым элементом «предписания», выступают в качестве одного из важнейших исходных пунктов для вынесения судебного решения. Они вырабатываются в ходе деятельности юристов. При изучении и обобщении судебной практики выявляются сходные дела и вырабатываются общие принципы для их разрешения. Р. Паунд приводил следующие примеры: «...так, человек, который по своей вине причинил вред другому, должен отвечать за это; один не должен обогащаться за счет другого, т. е. существует ответственность за неосновательное обогащение и т. д.»¹¹⁶. Эти принципы являются исходными моментами для осуществления правосудия.

Принципы обладают свойством распространять свое действие на более широкий круг отношений, чем тот, который существовал изначально. Например, принципы, касающиеся обязанностей обычного перевозчика, в дальнейшем распространились на перевозку автобусом, трамваем, железной дорогой, самолетом. Таким образом, они устойчивы и имеют большое значение при вынесении правовых решений.

В отношении определенных категорий дел существуют выработанные «концепции», определенные понятия, на основе которых применяются нормы, «принципы» и «стандарты». «Принципы» и «концепции» делают возможным разрешение любых дел, в том числе и тогда, когда нет конкретных правовых норм для этого.

«Стандарт» – это такое поведение, которое предписано законом и от которого человек не должен уклоняться под страхом наступления правовых последствий и ответственности за причинение вреда. Надо отметить, что в «стандартах» присутствует элемент разумности или честности, что создает некоторые трудности. Нет определения разумности, и, по мнению Р. Паунда, было бы неправильно пытаться сформулировать его. В конце концов, это должно вытекать из существующего в обществе идеала. «Стандарты» необходимы для контроля над поведением человека.

Р. Паунд попытался сформулировать правовые постулаты (стандарты) цивилизованного общества применительно к обстоятельствам места и времени в целях систематизации изложения частного права (т. е. права, регламентирующего индивидуальные интересы частных лиц и их отношения между собой), выделив пять положений. Именно эти постулаты свидетельствуют об установлении контроля над внутренней, или человеческой, природой, о чем уже говорилось ранее.

В цивилизованном обществе любой человек должен быть уверен, что:

1. «...другие не будут допускать посягательств [на его интересы].
2. Блага, созданные его трудом и приобретенные в соответствии с правилами, существующими в данном обществе, будут находиться в его распоряжении, и он может использовать их по своему усмотрению.
3. Окружающие его люди, с которыми он вступает в признанные обществом отношения, будут действовать добросовестно, а следовательно:

¹¹³ Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран (Древность и Средние века) / Сост.: В. А. Томсинов. М., 1999. С. 27.

¹¹⁴ Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран (Древность и Средние века) / Сост.: В. А. Томсинов. М., 1999. С. 255.

¹¹⁵ Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран (Древность и Средние века) / Сост.: В. А. Томсинов. М., 1999. С. 114.

¹¹⁶ *Pound R. Social control through law. P. 46.*

а) их действия будут соответствовать тому, что разумно ожидать, исходя из их обещаний и поведения;

б) они будут руководствоваться в своих поступках представлениями, диктуемыми общественной моралью;

в) возмещать причиненный ими ущерб, который в данных условиях не может быть признан разумным и неизбежным.

4. Каждый будет проявлять должную осмотрительность и осторожность при осуществлении своих действий, чтобы не подвергнуть других лиц неразумно высокому риску причинения вреда.

5. Тот, кто владеет вещами, способными выйти из-под контроля и причинить вред, не допустит утраты над ними разумного контроля»¹¹⁷.

Эти постулаты должны направлять формирование и применение права в американском обществе, способствовать компромиссному разрешению противоречий в обществе.

Достоинны внимания, по мнению Р. Паунда, и две другие теории права.

Так, существовало утверждение, что право – это сила. Социальному контролю необходима сила, влияющая на поведение людей через давление их сограждан. Правовой порядок как высокоспециализированная форма социального контроля основывается на могуществе и силе политически организованного общества. Право же, не выступая в качестве такой мощной силы, является тем, что организует и систематизирует ее применение и делает ее эффективной для развития цивилизованного общества¹¹⁸.

Согласно другой теории, право – это всеобщая утвердившаяся норма ценностей. Ее представители (Р. Паунд имел в виду сторонников марксизма) считают, что те, у кого в руках власть политически организованного общества, интересами которого выступают интересы социально и экономически господствующего класса, произвольно устанавливают и низвергают эти нормы ценностей и заставляют всех следовать им. Но, как отмечал Р. Паунд, несмотря на то, что эти классы и их интересы все время меняются со времен Древнего Рима в ходе его исторического развития, многие предписания, сформулированные правоведами той эпохи, до сих пор регулируют отношения в важных сферах жизни¹¹⁹.

Можно также заметить, писал Р. Паунд, что в праве существуют «преподаваемые традиции проверки опытом разума и разумом опыта». В истории цивилизации, которой ученый уделял особое внимание, подобные традиции отличаются своей живучестью. Например, традиция изучения общего права при подготовке барристеров послужила дальнейшему развитию этого элемента английской правовой мысли. Она передавалась от юриста к юристу с XVII в. и сейчас сохраняется в академической правовой школе. Однако не только англосаксонская, но и романо-германская правовая система основана на традиции и не поддается влиянию тех сил, которые разрушают политические институты. В частности, работа юрисконсультов времен первого цезаря до сих пор оказывает свое действие на осуществление правосудия в половине стран мира.

Таким образом, в своем правовом учении Р. Паунд попытался дать такое определение понятия «право», которое объединило бы различные точки зрения на него. И ученому удалось сделать это по-средством идеи о социальном контроле и о праве как основном его средстве в современном политически организованном обществе. Достоинство правовой теории Р. Паунда состоит в том, что в ней подробно рассмотрены элементы, составляющие право. При их исследовании, несомненно, можно провести определенную параллель между право-

¹¹⁷ Антология мировой правовой мысли. Том III: Европа. Америка: XVII–XX вв./ Отв. ред. О. А. Жидков; сост. О. Э. Лейст, И. Ф. Мачин. М.: Мысль, 1999. С. 679.

¹¹⁸ *Pound R. Social control through law.* P. 49.

¹¹⁹ *Pound R. Social control through law.* P. 49.

выми взглядами Р. Паунда и европейской правовой мыслью. Так, например, идеальный элемент в праве, описанный Р. Паундом, можно представить как американский вариант концепции «естественного права с изменчивым содержанием», разработанной немецким юристом Рудольфом Штаммлером. Кроме того, представляется, что основные постулаты цивилизованного общества, сформулированные Р. Паундом, развивают положения, разработанные немецким юристом И. Кантом (его категорический императив) и австрийским правоведом Г. Кельзенем (его основная норма). Переосмыслив идеи европейских мыслителей, Р. Паунд сформулировал свою правовую концепцию, дал свое определение права, которое представляет особую ценность для правовой науки.

2.2. Функциональное понимание права Т. Парсонса И Г. Бредемейера

Как и для Р. Паунда, для Т. Парсонса довольно актуальна была проблема социального контроля. Социальный контроль Т. Парсонс связывал с понятием социализации. «В одной из статей на эту тему он обобщает классические положения о социализации Дюркгейма, Фрейда и Кули, анализирует актуальные теоретические положения Мида, представителей бихевиоризма и определяет социализацию как „процесс приобретения индивидами диспозиций, необходимых для того, чтобы исполнять роли, предписанные им обществом. В свою очередь, роли определяются нормами, связанными с общезначимыми, институционализированными ценностями, они соотносятся друг с другом в системах взаимодействия“»¹²⁰.

По мнению Т. Парсонса, экономические и политические институциональные комплексы устанавливают образцы поведения и структуру санкций, налагаемых в связи с этим. Они побуждают индивида следовать нормативным образцам, сформировавшимся в обществе. Однако в сфере мотивации поведения есть иные институционализированные механизмы для этого. В современном обществе, утверждал автор, особое значение имеют профессии, связанные с такими областями, как медицина, право и работа в социальной сфере. Автор признавал, что религия и идеология в настоящее время все-таки оказывают меньшее воздействие, но они по-прежнему являются механизмами ценностной «обработки» и поддержки. В ряде случаев их значение усиливается, как, например, при возрождении протестантского движения в западном мире. Ярким примером такой ситуации автор считал «советское идеологическое манипулирование, называемое агитацией».

Несомненно, социальный порядок и социальный контроль, являющиеся прежде всего социологическими категориями, подробно исследовались Т. Парсонсом. Однако, так как он является признанным автором структурно-функционального метода, можно сделать вывод о том, что Т. Парсонс выступает сторонником функционального подхода к праву.

Право представляет собой явление культуры, один из наиболее важных институтов общества, в котором оно выполняет определенные функции. Функциональное же изучение права – отправной пункт для понимания его как социального явления.

Социологическое направление в теории права основывается главным образом на эмпирических исследованиях, касающихся функционирования правовых институтов, их динамики. При социологическом подходе наблюдается попытка исследовать сущностные вопросы права с помощью структурно-функционального анализа. В отличие от формально-догматической трактовки права как системы нормативных предписаний, установленных государством, право понимается как хотя и относительно самостоятельный, но все же лишь один из многих факторов социальной действительности. Социологический подход с его структурно-функциональным анализом позволяет эффективно исследовать сущность права, его социальное назначение в многоаспектном плане, во взаимосвязи с другими элементами сложной социальной структуры общества, изучать реальные механизмы действия права.

Обращение к функциональному методу в процессе познания государственно-правовых явлений можно обнаружить еще в античной политико-правовой мысли, где не существовало четкого разграничения функций права и функций государства. Полис рассматривался в качестве некой функциональной системы, в рамках которой целый комплекс политико-пра-

¹²⁰ Абельс Х. Проблема социального порядка в социологии Т. Парсонса / Пер. с нем. А. М. Ложеницина; под ред. Н. А. Головина. URL: <http://www.soc.pu.ru/publications/pts/abels.shtml> (дата обращения – 26.11.2007).

вовых функций осуществлялся разными социальными группами – земледельцами, ремесленниками, торговцами, военными, правителями (Платон, Аристотель).

Средневековье представляло собой тот этап развития европейской политико-правовой мысли, на котором не было внесено сколько-нибудь существенного вклада в развитие функционального подхода к понятию политико-правового феномена. В средневековых учениях сущность государства и права связывалась прежде всего с божественным волеустановлением, а основными функциями государства и права выступало выражение божественной, «небесной» воли в «Граде земном» (Св. Августин, Фома Аквинский).

В эпоху Возрождения и Нового времени государственно-правовые явления начинают рассматриваться по аналогии с функционирующей системой биологических органов (Т. Гоббс, Г. Спенсер).

В юридической науке функциональный подход изначально был обусловлен системным пониманием феномена «государство». Но к началу XX в. в рамках функционального подхода к государственно-правовым явлениям выделяется теория функций права, что связывается, прежде всего, с появлением знаменитого труда французского юриста Л. Дюги «Государство, объективное право и позитивный закон» (1901 г.). Примерно в этот же исторический период структурно-функциональный подход активно начинает применяться в рамках немецкой и австрийской юридических школ. Особенно значимой является работа известного австрийского юриста К. Реннера «Правовые институты права собственности и их социальные функции» (1905 г.).

В конце XIX – начале XX в. структурно-функциональный метод в процессе познания государственно-правовых явлений широко использовался российскими юристами. С различной степенью конкретизации и на основании разных критериев обособленные направления государственного-правового воздействия выделяли П. Г. Виноградов, К. М. Коркунов, И. В. Михайловский, Л. И. Петражицкий, П. А. Сорокин, В. Ф. Тарановский, Е. Н. Трубецкой, В. М. Хвостов, Г. Ф. Шершеневич и др.

Но окончательно функциональный подход к исследованию государственно-правовых явлений оформился лишь в рамках политико-правовых воззрений Т. Парсонса, Р. Мертона, К. Дэвиса и ряда других ученых, в концепциях которых краеугольным камнем стал собственно метод структурно-функционального анализа, используемый в целях изучения структур и механизмов, обеспечивающих устойчивость социальных систем.

Особый вклад в развитие функционального подхода к праву в рамках американской социологической юриспруденции внес создатель теории социального действия и структурного функционализма Толкотт Парсонс. Хотя в известных работах ученого мало упоминается о праве, он довольно глубоко изучил роль правовой системы в ряде своих трудов и в исследованиях о социальной эволюции¹²¹. Чтобы лучше уяснить социологию права Т. Парсонса, в первую очередь следует рассмотреть его взгляды на подсистемы и эволюцию общества.

К началу XX столетия родоначальники культурной антропологии создали свою функционалистскую теорию. «Так, Бронислав Малиновский (1884–1942) и Альфред Риджинальд Рэдклифф-Браун (1881–1955) выступили с критикой исторического подхода в социальных науках и обосновали необходимость “исследования значения культурных явлений для повседневного существования общества”. Они полагали, что общество представляет собой своего рода организм, в котором отдельные компоненты выполняют конкретные функции для сохранения всей общественной системы. Далее, согласно их воззрениям, все обще-

¹²¹ См.: A Sociologist Looks at the Legal Profession: Essays in Sociological Theory / Ed. by T. Parsons. N. Y.: The Free Press of Glencoe, 1952; Jurisdiction: In Talcott Parsons on Institutions and Social Evolution / Ed. by Leon H. Mayhew. University of Chicago Press, 1959; The Law and Social Control: In Law and Sociology / Ed. by William M. Evan. N. Y.: The Free Press of Glencoe, 1962; Law as an Intellectual Stepchild: In Social System and Legal Process / Ed. by Harry M. Johnson. Jossey-Bass, 1978.

ства, большие и малые, стремятся к состоянию равновесия, поэтому функциональный вклад отдельных частей общества осуществляется, как правило, бесконфликтно и без помех»¹²².

«Другому представителю функционализма в культурной антропологии Рэдклиффу-Брауну принадлежит мысль о том, что функциональные связи отдельных частей общества представляют собой социальную структуру. Он определяет социальную жизнь как „функциональную роль социальной структуры. Функция любой повторяющейся деятельности, например, наказания преступников или церемония погребения, является частью социальной жизни всего общества и вносит вклад в сохранение его структуры“»¹²³.

Идея взаимосвязи структуры и функции оказала существенное влияние на теорию Парсонса. В своих работах он применял структурно-функциональный метод для выяснения способа обеспечения в обществе социального порядка. В таких крупных произведениях, как «Структура социального действия» (1937) и «Социальная система», автор конструирует формализованную модель системы действия, которая включает культурную, социальную, личностную и органическую подсистемы (поведенческий организм), находящиеся в отношениях взаимобмена. Для поддержания своего существования каждая подсистема должна удовлетворять четырем системным потребностям, или функционально необходимым условиям: адаптации, целедостижению, интеграции и воспроизводству образца. При этом социальная подсистема отвечает за функцию интеграции, а культурная, личностная и органическая выступают по отношению к ней как компоненты ее окружающей среды.

Т. Парсонс приводил следующую таблицу, наглядно отображающую его представление социальной системы.

Таблица

Общество (или более обобщенно – социальная система)¹²⁴

Подсистемы	Структурные компоненты	Аспекты процесса развития	Основная функция
Социетальное сообщество	Нормы	Включение	Интеграция
Воспроизводство образца, или подсистема фидуциарная	Ценности	Генерализация ценностей	Воспроизводство образца
Политика	Коллективы	Дифференциация	Целедостижение
Экономика	Роли	Повышение адаптивного потенциала	Адаптация

В приведенной схеме предпринята попытка представить в более развернутом виде четырехфункциональную парадигму применительно к обществу или любой другой разновидности социальной системы, играющей роль интегративной подсистемы в общей системе

¹²² Абельс Х. Проблема социального порядка в социологии Т. Парсонса / Пер. с нем. А. М. Ложеницина / под ред. Н. А. Головина. URL: <http://www.soc.pu.ru/publications/pts/abels.shtml> (дата обращения – 26.11.2007).

¹²³ Абельс Х. Проблема социального порядка в социологии Т. Парсонса / Пер. с нем. А. М. Ложеницина / под ред. Н. А. Головина. URL: <http://www.soc.pu.ru/publications/pts/abels.shtml> (дата обращения – 26.11.2007).

¹²⁴ Парсонс Т. Система современных обществ / Пер. Л. А. Седова и А. Д. Ковалева. М., 1997. С. 23.

действия. При этом функцию адаптации выполняет экономическая подсистема, играющая роль связующего звена между социумом и природным окружением; функцию целедостижения – политическая система, включающая все формы принятия решений, формирования целей и мобилизации ресурсов на их достижение; функцию воспроизводства образца – система ценностей, в которую входят мораль, верования, институты семьи и образования; функцию интеграции – правовые институты социального контроля, обеспечивающие выход из ситуаций коллективного напряжения и смягчение потенциальных конфликтов.

Социальная теория Т. Парсонса основывается на системе взглядов, которые раскрывают, как функционируют общества или как может обеспечиваться социальный порядок. Ученый использовал понятие системы и относил к ней все, что состоит из взаимосвязанных частей, которые выполняют определенные функции по отношению друг к другу и способствуют сохранению целого. Как уже было сказано, выделяя функции адаптации, целедостижения, интеграции и воспроизводства образца, американский социолог отмечал, что в современных обществах существуют четыре относительно самостоятельные подсистемы, выполняющие одну из указанных функций. Это соответственно экономика, политическая система, социетальное сообщество и фидуциарная система, или система ценностей. Каждая подсистема, утверждал Т. Парсонс, выполняет определенную функцию по отношению к другой подсистеме, как и по отношению к социальной системе в целом.

Т. Парсонсу принадлежит концепция социальной эволюции, которая указывает на доминирование и растущий универсализм системы ценностей. Он говорил об эволюционном процессе, в результате которого религиозные вопросы о сверхъестественном постепенно начали отделяться от социального и природного мира и привели к функциональному разделению на особые секуляризованные подсистемы. Наряду с этим процессом, подчеркивал Т. Парсонс, ценности фидуциарной подсистемы стали носить более общий, универсальный характер. Он описывал этот процесс, основываясь на нескольких изменчивых моделях, указывающих на тенденцию, согласно которой социальные действия все больше базируются на личных достижениях, универсальных стандартах квалификации, присущих специфической деятельности особенностях и на определенных частных интересах.

Своей главной задачей Т. Парсонс считал описание в рамках социологической теории и исторического эмпирического знания ряда существенных черт немногочисленной, но растущей группы обществ, которые можно назвать индустриальными. При этом автор останавливался на рассмотрении процесса их развития, а также на их структурных характеристиках, как экономических, так и иных. Но экономические факторы, по его мнению, несомненно, являются очень важными в жизни индустриального общества и обладают некоторым приоритетом, так как оно в определенный период времени придало «особые контуры» развитию экономики. Это в свою очередь означает, что, придавая относительную значимость внутреннему, т. е. ценностям, религии, частному интересу, собственной интеграции, такое общество ориентировано на господство внешнего. Не менее важен и политический момент. Если экономическое воздействие связано с материальной стороной и благополучием, вызванным торговыми отношениями с другими обществами, то политическое влияние возможно, когда политически организованное общество, или государство, опирается на силу. Но здесь стоит разграничивать политическое влияние, оказываемое внутри общества и в экономических рамках, например, в вопросе управления экономикой.

При рассмотрении индустриальной экономики автор руководствовался теорией известного экономиста Альфреда Маршалла, который использовал функциональный подход, заключающийся в том, что все экономические явления находятся между собой не в причинно-следственной, а в функциональной зависимости¹²⁵. Прежде всего, Т. Парсонс обратил

¹²⁵ См.: *Маршалл А.* Принципы экономической науки: В 3 т. / Пер. с англ., вступ. ст. Дж. М. Кейнса. М.: Прогресс, 1993.

внимание на различие между производством и потреблением. Естественно, что в индустриальном обществе существует разделение труда. Различные единицы производства (фирмы, предприятия) обеспечивают товарами его членов, а это приводит к необходимости формирования системы рынков – это и рынок потребительских товаров, и рынок труда. Такая рыночная система требует промежуточного звена в виде денег или какого-либо эквивалента. При этом должны быть гибкие экономические механизмы для распределения производственных факторов. Вслед за А. Маршаллом автор отнес к ним землю, труд, капитал и структурное устройство.

Земля – это производственный фактор из числа природных ресурсов, его количественная характеристика фиксирована. Поэтому в данном случае происходит распределение неизменного количества ресурса. Кроме того, тесную связь с землей имеет ряд элементов, представляющих особый интерес для социологов. Это так называемые культурные ресурсы. К ним относится, во-первых, технологическое знание, которое должно быть особенно развито, так как индустриальная экономика отличается высоким уровнем производительности. Этому способствуют неэкономические факторы, а особую роль играют два процесса: исследование и образование. Второй компонент автор соотносил с ценностями, которые воздействуют на экономику эмпирически в результате процесса снабжения, обслуживая членов общества.

При всей значимости земли и иных природных факторов применительно к производству они выступают в роли более пассивного фактора, чем труд и капитал. Все дело в том, что природные ресурсы, будучи в основном исходным сырьем, претерпевают превращение в материалы и далее в основные средства производства, которые уже и выступают в качестве собственно активных, созидających факторов.

Трудовой фактор представлен в процессе производства трудом занятых в нем работников. Соединение труда с остальными факторами производства инициирует производственный процесс как таковой. В факторе «труд» воплощено все многообразие видов и форм трудовой деятельности, направляющей производство, сопровождающей его и представляющей его в виде непосредственного участия в преобразовании вещества, энергии, информации. Следовательно, все участники, прямо или косвенно задействованные в производстве, вносят в него свой труд, а от этого общего труда зависит и ход производства, и его конечный результат.

Труд – это прежде всего конкретная деятельность индивида, вовлеченного в производство, включая все факторы, которые определяют эту деятельность. Сюда можно отнести и ценностную мотивацию человека, исходя из которой он затрачивает тот или иной объем энергии, необходимый для производственных целей. Учитывая выраженную ресурсную природу экономических факторов производства, довольно часто в виде производственного фактора рассматривают не сам труд как затраты физической и умственной энергии человека или рабочего времени, а трудовые ресурсы, численность занятых в производстве либо трудоспособное население. Особо следует подчеркнуть, что трудовой фактор производственной деятельности сказывается не только в количестве работников и затратах труда, но и в качестве и эффективности труда, в трудовой отдаче. Отсюда важны те обстоятельства, которые могут детерминировать производительность трудового фактора, например, вознаграждение, предоставляемое индивиду за его труд.

Фактор капитала представляет собой заимствованные в производстве и непосредственно участвующие в нем средства производства. Они в отличие от труда созданы именно для производства и целиком отдаются ему. В этом смысле капитал как фактор производства стоит даже выше трудового фактора.

Капитализация – это, в сущности, превращение результата производства в форму средств для следующего процесса производства. Чтобы подняться с доиндустриального

уровня, экономика нуждается в значительных капиталовложениях из внутренних источников либо извне, а также в гибкости массы капитала, направленной на производство, при его распределении.

И наконец, четвертый фактор, по Т. Парсонсу, связан со *структурной организацией*, которая касается как политического устройства, так и экономического, где главным институтом является предпринимательство. В том, что предпринимательская инициатива сказывается благоприятным образом на итогах производственной деятельности, сомневаться не приходится. Она повышает отдачу трудового фактора в производстве. От того, какова организация в обществе, какое место занимает в нем экономика, каковы полномочия государства в этой сфере, зависит степень внутреннего контроля над факторами производства.

Т. Парсонс, будучи сторонником структурного функционализма, считал, что развитие индустриального общества прослеживается не только в изменении его ценностных ориентаций, но и в совершенствовании структуры его институциональных систем. В качестве первого ее элемента автор назвал правовую систему. Отдавая должное рыночным отношениям, мобильности и содержанию факторов производства, он признавал, что существенные предпосылки индустриализации современных обществ прежде всего коренятся именно в этом институте, который сформировался в ходе промышленной революции.

В настоящее время основу правовых систем индустриальных обществ составляет, по Т. Парсонсу, модернизированное римское право и английское общее право. Это связано с тем, что именно они закрепили принципы, охватывающие наиболее широкий круг общественных отношений и соответствующие основным институциональным требованиям индустриальной экономики. Конечно, между системами общего права и римской существуют значительные различия, но они имеют и общие черты, в то время как исламская, китайская или индусская правовые системы абсолютно несопоставимы.

К числу общих черт относится то, что эти западные правовые системы институционализировали устойчивые модели прав и обязанностей, которые в рамках политически организованных единиц общества пересекли границы, установленные традиционными основами социальной солидарности, и в результате этого стали независимыми от них. Примерами такой солидарности, по мнению Т. Парсонса, выступают «кровное родство, „феодальные“ типы политической принадлежности и солидарность небольших территориальных общностей. А этнические виды солидарности сходны с кровным родством, но более обширны»¹²⁶.

В противоположность таким основам солидарности данные правовые системы заключали в себе принципы универсализма и специфичности. Под универсализмом автор понимал то, что нормы формулируются и применяются к индивидам или сообществам на общих основаниях, независимо от их статуса в «этих партикулярных солидарностях». При этом стороны, например, могут вступать в договорные отношения, последствия которых определяются независимо от кровного родства либо сложившихся внутри того или иного сообщества локальных правил. Если же обратиться к политической сфере, то возлагаемые на граждан обязанности не зависят от их дифференциации, осуществляемой этими «партикулярными солидарностями».

Принцип специфичности, по Т. Парсонсу, означает, что правовые нормы закрепляют права и обязанности, абстрагируясь от статуса и положения, продиктованного «партикулярной солидарностью», но и не нарушая ее.

В качестве основных областей правовой институционализации выступают экономическая и политическая. При этом, отмечал автор, важная особенность западных правовых систем состоит в их относительной свободе от управленческой структуры и процессов. Наличие определенной интеграции между правовой системой и органами управления (если

¹²⁶ Parsons T. Structure and process in modern societies. N.Y.: The Free Press, 1960. P. 143.

касаться сферы отправления правосудия и наложения санкций) – вполне естественное положение вещей в правовом обществе. «Право – это прежде всего право политически организованного общества»¹²⁷, – писал Р. Паунд. Но из этого не следует, что оно представляет собой лишь средство управления. Его действие в социальной структуре гораздо более сложное. Т. Парсонс подчеркивал, что даже в самых «централизованных и „абсолютистских“ ситуациях» в США сохранялась некоторая независимость судебной ветви государственной власти от законодательной и исполнительной. Автор полагал, что именно отсутствие этой характерной черты в советском государстве (а в большей степени в восточных государствах) создало благоприятные условия для господства органов управления в ходе индустриального развития. Главный же лозунг американцев, по Т. Парсонсу, звучит так: «Правление законов, а не людей»¹²⁸.

Исходя из представлений Т. Парсонса о праве, о правовой системе, можно сделать следующий вывод: характеристику права как средства реализации интегративной функции через нормативное регулирование ученый считал центральной, так как, основываясь на этом, можно установить функциональные потребности социального процесса, которому суждено существовать. Другими словами, если право «интегрирует», то необходимо исследовать его глубже и выяснить, как право достигает этой цели. Следовательно, анализ права – одновременно анализ проблем, которые должна разрешать любая правовая система, регулирующая социальное взаимодействие.

¹²⁷ *Pound R. Social control through law. P. 20.*

¹²⁸ *Parsons T. Structure and process in modern societies. P. 144.*

Конец ознакомительного фрагмента.

Текст предоставлен ООО «ЛитРес».

Прочитайте эту книгу целиком, [купив полную легальную версию](#) на ЛитРес.

Безопасно оплатить книгу можно банковской картой Visa, MasterCard, Maestro, со счета мобильного телефона, с платежного терминала, в салоне МТС или Связной, через PayPal, WebMoney, Яндекс.Деньги, QIWI Кошелек, бонусными картами или другим удобным Вам способом.