

Свободная трибуна



Артём Георгиевич Карапетов

профессор Российской школы частного права,
ректор Юридического института «М-Логос»,
зав. кафедрой Государственной академии
повышения квалификации (ГАСИС),
кандидат юридических наук

Во второй части статьи автор освещает движение научно-правовой мысли от догматического формализма к политико-правовому анализу во Франции, дореволюционной России и США.

Ключевые слова: французская школа экзегезы, лэнгделлианский формализм, социологическая юриспруденция, экономический анализ права

Политика и догматика гражданского права: исторический очерк

*Окончание. Начало читайте в предыдущем номере
«Вестника Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации»*

II. Противостояние догматики и политики гражданского права во Франции, дореволюционной России и США

Франция

Научная ортодоксия XIX в.

Огромную роль в развитии научной методологии во Франции XIX в. сыграла ранняя гражданская кодификация. Кодекс Наполеона 1804 г. буквально заморозил ученых. Р. Кабриак называет это эффектом кристаллизации, который следует обычно за любой серьезной кодификацией¹. Ученые приложили все усилия к тому,

¹ Кабриак Р. Кодификации. М., 2007. С. 154.

чтобы понять и разъяснить смысл, заложенный в Кодексе. Балом правила так называемая школа экзегезы, требовавшая признания правотворческой монополии за законодателем, сведения любого правового анализа к поиску применимой нормы Кодекса, исключения каких-либо прямых отсылок к справедливости и иным политико-правовым критериям и сведения научной работы к комментированию Кодекса². Высшим пилотажем считалось умение манипулировать нормами Кодекса с целью выявления его внутренней логики и систематики с целью получения ответов на сложные вопросы³.

Р. Давид, подразумевая в первую очередь Францию, так описывает последствия кодификации в отношении правовой науки: «...Складывается представление, что отныне право и закон совпадают и что университетам остается лишь толковать новые кодексы... Профессора права вернулись к школе глоссаторов, занявшись комментированием новых кодексов. Таким образом, кодексы вопреки идее, которая вдохновляла их создание, вызвали к жизни юридический позитивизм, усиленный национализмом»⁴.

Известный компаративист Р. Доусон отмечает три базовые посылки школы экзегезы. Первая — монополия законодателя на правотворчество и сугубо правоприменительная, пассивная роль суда. Вторая — идея о том, что в позитивном праве нет пробелов и решения всех вопросов следует искать в тексте Кодекса. Третья — вся совокупность позитивного регулирования во главе с Французским гражданским кодексом (далее — ФГК) представляет собой внутренне согласованную систему, элементы которой не противоречат друг другу⁵. Эти посылки сформировали французский научно-правовой мейнстрим, доминировавший до конца XIX в. Научный дискурс был посвящен техническому комментированию статей ФГК и манипулированию отдельными нормами с целью их системного согласования.

Творческое же начало научной мысли было сведено к минимуму. Полноценные научные исследования заменялись простым комментированием текста Кодекса. Представлялось, что задача правовой науки состоит в том, чтобы «объяснять, а не реформировать законы»⁶. Распространилось учение, согласно которому стало принято считать, что законодатель предусмотрел все если не непосредственно в нормах ФГК, то в подразумеваемых в тексте Кодекса принципах и концепциях, из которых дедуктивно можно вывести ответ на любой вопрос. Необходимо только прочесть Кодекс и открыть заложенные в нем принципы, чтобы из них при помощи силлогизма, аналогии и других приемов формальной логики вывести решение любой правовой проблемы⁷.

² *Carbonnier J. Authorities in Civil Law: France // The Role of Judicial Decisions and Doctrine in Civil Law and in Mixed Jurisdictions / ed. by J. Dainow. 1974. P. 112.*

³ *Подробнее о школе экзегезы см.: Dawson J.P. The Oracles of Law. 1968. P. 392.*

⁴ *Давид Р. Основные правовые системы современности. М., 1988. § 49.*

⁵ *Dawson J.P. Op. cit. P. 393–394.*

⁶ *Caenegem R.C., van. An Historical Introduction to Private Law. 1992. P. 151.*

⁷ *Fouillée A., Charmont J., Duguit L., Demogue R. Modern French Legal Philosophy. 1968. P. 113.*

К концу XIX в. наука французского гражданского права также оказалась интоксичированной концептуальным формализмом, помогавшим формировать правовые решения там, где очевидно отсутствовало прямое законодательное регулирование. Согласно этой точке зрения правовые концепции, выводимые из текста законодательства и реконструируемые по его отдельным фрагментам, ограничены в числе и имеют априорный и трансцендентальный статус, императивно направляющий ученого и судью на верный путь, в случае когда буква закона напрямую не дает однозначного ответа. Эти правовые концепции (такие, как собственность, обязательство, договор и другие) стали подаваться как объективные, вневременные и абсолютные истины, императивно дедуцирующие ответы на все вопросы, прямо не оговоренные в тексте Кодекса. Причем считалось, что все эти абстрактные идеи логически взаимосвязаны и охватывают все гражданское право⁸.

Анализ политики гражданского права как инструмента влияния на социальную и экономическую жизнь страны вытеснялся на обочину правовой науки. Догматический анализ, с помощью которого разбирались и систематизировались уже существующие нормы и сделанные на их основе обобщения, провозглашался единственной формой научной работы. Это в значительной степени тормозило научное признание многих востребованных на практике правовых инструментов. Например, в силу догмы о том, что не может быть права без субъекта, под вопрос ставилась допустимость востребованного в практике страхования жизни в пользу еще не родившегося наследника⁹.

Отличие французского цивилистического стиля от пандектной методологии немецких романистов XIX в. заключалось прежде всего в том, что вместо обрывков фраз из римско-правовых источников в качестве основы для индуктивных обобщений и герменевтических упражнений использовались статьи Кодекса Наполеона. Если в Германии того времени царил культ римских пандектов, то во Франции ученые боготворили Кодекс. На факультетах права читался курс не гражданского права, а Гражданского кодекса¹⁰. В середине XIX в. французский цивилист Бугне заявлял: «Я не знаю гражданского права. Я преподаю Гражданский кодекс»¹¹. Демолом подчеркивал, что «тексты законов превыше всего». Ректор Парижского университета Лиард в конце XIX в. писал: «Право — это законодательство. Соответственно задача юридического факультета — учить толкованию законов. Вытекающий из этого метод — дедуктивный. Статьи кодекса — теоремы». А юрист, по его мнению, является всего лишь экспертом в этой «геометрии»¹².

Р. Доусон аллегорически описывает стилистику французских научных работ того времени как детский конструктор, в который играют не для достижения каких-то конкретных социальных целей, а для удовольствия и где побеждают наиболее но-

⁸ *Gény F. Methode d'Interpretation et Sources en Droit Privé Positif. 2nd ed. 1954 / an English Translation by Louisiana State Law Institute. 1963. P. 86–87.*

⁹ *Fouillée A., Charmont J., Duguít L., Demogue R. Op. cit. P. 114.*

¹⁰ *Tunc A. Methodology of the Civil Law in France // 50, Tulane Law Review. 1975–1976. P. 469.*

¹¹ *Cum. no: Mayda Y. François Gény and Modern Jurisprudence. 1978. P. 140.*

¹² *Ibid. P. 150.*

вые и оригинальные конструкции. Воспользовавшись цитатой из Ф. Вольтера, он обозначает эту методику как «хаос чистых идей»¹³.

Борьба за признание политики права

Одним из первых против злоупотребления экзегетической методологией и концептуальным формализмом выступил великий французский правовед Ф. Жени. Он не отрицал роль и ценность построенных на основе кодифицированных норм обобщений, но высмеивал веру в их объективную и неинструментальную природу и опровергал идею о том, что все гражданское право может быть сведено к нескольким базовым априорным концепциям, из которых дедуктивно надлежит выводить решения всех вопросов¹⁴. Правовые концепции (собственность, сделка, ответственность и т. п.) возникают не сами по себе, а создаются юристами как обобщения частных решений. Они помогают преодолевать конкретные сложности, и их возникновение, изменение и исчезновение подчинено реальным целям права (справедливости и общей пользе) и защите тех или иных интересов.

По словам Ф. Жени, господствующий метод злоупотребляет манипуляциями абстрактными формулами и категориями и незаслуженно исключает все содержательные элементы живого права, этические, психологические, экономические, политические и социальные мотивы¹⁵. Это приводит к стерилизации правового анализа, ложной объективизации на самом деле производных и рукотворных обобщений и стиранию понимания истинной изменчивой природы правовых концепций¹⁶.

При этом Ф. Жени не выступал против правовых концепций как таковых. Они помогают судье быстро находить нужные решения. Более того, те концепции, содержание которых прямо закреплено в законодательстве, имеют обязательное значение, и судья должен дедуктивно выводить из них конкретное решение. Но в тех случаях, когда правовая концепция прямо не урегулирована в Кодексе, она не имеет обязательной и неизменной силы для суда. Было бы ошибкой считать, что каждая норма, выводимая в Кодексе или в рамках свободного судебного правотворчества, является эманацией некой абстрактной правовой концепции. В действительности эти нормы устанавливаются чаще всего напрямую исходя из политико-правовых соображений (пользуясь терминологией Ф. Жени, из природы вещей) без участия правовых концепций в качестве посредников. Судья или ученый не обязан следовать решениям, дедуктивно выводимым из абстрактных правовых концепций, а должен рассматривать такие решения как рабочие гипотезы, опровержимые соображениями политики права¹⁷.

¹³ Dawson J.P. *Op. cit.* P. 396.

¹⁴ Gény F. *Op. cit.* P. 87 ff.

¹⁵ *Ibid.* P. 100–101.

¹⁶ *Ibid.* P. 111–112.

¹⁷ *Ibid.* P. 359–361.

Таким образом, Ф. Жени считал, что правовые концепции, в действительности являясь лишь средствами, не должны рассматриваться как цели и тем самым ставить формальную логику выше соображений сущностной рациональности¹⁸. Выведение из правовых концепций тех или иных решений не бесполезно, оно помогает найти ответы на конкретные вопросы без какой-либо априорной силы. Однако само по себе логическое соответствие того или иного решения какой-либо сложившейся концепции права еще не означает, что решение достаточно обоснованно¹⁹.

Для Ф. Жени гражданское право представляет собой инструмент примирения субъективной свободы и гармонии интересов для достижения высших целей права. Ученый, по крайней мере в своей основной работе по методологии частного права, редко использовал термин «политика права», оперируя вместо этого понятиями «природа вещей» или «научный поиск права»²⁰. Он поддерживал идею Р. Йеринга о том, что право формируют его цели. При этом Ф. Жени не останавливался на констатации приоритета телеологии в правовом поиске, а пытался выразить конечные цели права, которыми, с его точки зрения, являются справедливость и общая польза. Он выступал против подчинения одной из этих целей другой, считая обе равноправными и требуя нахождения оптимальной гармонии между ними²¹.

При этом Ф. Жени вслед за Й. Колером отмечает, что при оценке политико-правовых критериев справедливости и общей пользы не обязательно следовать общественному мнению²².

Протест Ф. Жени против догматизма в правовой науке поддержали и ряд других французских ученых (в частности, Саллейль и Ламбер).

Результаты борьбы

Общими усилиями Ф. Жени и его коллегам в начале и первой половине XX в. удалось дестабилизировать классическую экзегетическую научную парадигму, в соответствии с которой позитивное право рассматривалось как закрытая система, исчерпывающим образом наполненная исключительно статьями Кодекса и правовыми концепциями, а также требующая послушного дедуктивного выведения решений из этих объективных начал без прямого научного анализа политики права. В частности, Л. Дюги в начале XX в. писал: «Мир права — не замкнутый идеальный мир, оторванный от реальности, как показывали нам некоторые юристы, а мир реальных фактов, которые должны быть объяснены и классифицированы; человеческих желаний, которые должны быть познаны в их конкретных проявлениях,

¹⁸ *Gény F. Op. cit. P. 131.*

¹⁹ *Ibid. P. 139.*

²⁰ *Mayda Y. François Gény and Modern Jurisprudence. 1978. P. 26.*

²¹ *Gény F. Op. cit. P. 363–365.*

²² *Ibid. P. 356–357.*

и тех вытекающих из них социальных последствий и материальной силы,... которые должны быть определены и оценены»²³.

В результате научной борьбы начала XX в. во французской доктрине больше не проявлялось столь характерное для прежних времен возвеличивание буквы Кодекса и игнорирование политики права. Ученые намного больше внимания уделяют критике институтов Кодекса, их историческому происхождению, социальным и экономическим предпосылкам права и сравнительному правоведению.

Знаменитый французский цивилист XX в. Ж. Карбонье пишет, что современные цивилисты во Франции сильно отличаются от тех, кто занимался наукой гражданского права в XIX в. Они стараются «примирить антагонистические социальные силы и привнести в свои научные работы оценку социальных интересов и принципы гуманизма»²⁴.

Отход от экзегетического метода прослеживается и в учебной литературе. Некоторые учебники стараются не только освещать правовые вопросы с догматической точки зрения, но и помещать их в соответствующие социально-экономический, культурный и сравнительно-правовой контексты. Например, в одном из самых знаменитых учебников по гражданскому праву XX в., учебнике Карбонье, догматическое изложение системы гражданского права сопровождается соответствующими политико-правовыми соображениями²⁵.

Другой пример — известный в России учебник Морандьера. Профессор Л.Ж. де ла Морандьер в своем курсе по французскому гражданскому праву в середине XX в. отмечал, что право опирается на моральные, социальные, экономические, религиозные и философские концепции²⁶. Более того, он объявил право разделом социологии²⁷. По его мнению, труд юриста будет напрасен, если создаваемые или применяемые им нормы противоречат экономическим положениям²⁸. При этом в некоторых случаях социологическая и экономическая детерминированность права должна корректироваться этическими соображениями (требованиями нравственности)²⁹. Социально-экономические и нравственные основы права, как признает Л.Ж. де ла Морандьер, очень изменчивы и неустойчивы. Соответственно нормы права также находятся в постоянном движении, что придает «изучению права, может быть, больше новых трудностей, но сообщает ему особый интерес»³⁰.

²³ Fouillée A., Charmont J., Duguit L., Demogue R. *Op. cit.* P. 255–256.

²⁴ Carbonnier J. *Authorities in Civil Law: France // The Role of Judicial Decisions and Doctrine in Civil Law and in Mixed Jurisdictions.* P. 106.

²⁵ Steiner E. *French Legal Method.* 2002. P. 201.

²⁶ Морандьер Л. Ж., де ла. *Гражданское право Франции.* Т. I. М., 1958. С. 27.

²⁷ Там же. С. 33.

²⁸ Там же. С. 34.

²⁹ Там же.

³⁰ Там же. С. 27.

Концептуальный формализм, который ранее, хотя и в меньшей степени, чем в Германии, сковывал творческий потенциал французских ученых по развитию права как инструмента достижения социальных и этических целей, теперь потерял свое прежнее влияние в науке. Р. Давид, характеризуя современную специфику французской правовой науки, пишет, что «в общем и целом французские юристы менее догматичны, менее озабочены чистой логикой и поиском согласованности в праве, чем немцы, итальянцы или испанцы. Французы рассматривают правовые концепции как нечто релятивное»³¹.

Но говорить о том, что политика права приобрела господствующее положение во французской науке, нельзя. Франция, как и Германия, остается страной с устойчивыми догматическими традициями в правовой науке. Баталии вокруг научной методологии, начавшиеся в конце XIX в. и продолжающиеся до сих пор, привели к тому, что появилось самостоятельное направление научного анализа — политика права. Поиск оптимальных с точки зрения экономической эффективности, справедливости, морали и прав человека решений стал рассматриваться как один из методов научной работы в области права. Этот метод, не отрицая традиционную догматическую обработку законодательного материала, комментирование норм кодексов и манипуляции с концепциями, в некоторой степени дополняет их.

Во Франции борьба против концептуального формализма в начале XX в., как и в Германии, имела лишь частичный успех. Нередко это считают одной из причин затруднений, с которыми сталкивается основная методология политики права последних 40 лет — экономический анализ права. Во Франции много ученых, разбирающихся в этой методологии, периодически выходят статьи и книги, посвященные *law & economics*³². В последнее время наблюдается некоторая активизация в использовании данной методологии юристами. Но говорить о доминировании этой научной теории и сколько-нибудь серьезном ее успехе, сравнимом с той ролью, которую она играет в США, не приходится. Более того, во Франции рецепция экономического анализа права встречает куда больше препятствий, чем в Германии или Скандинавских странах. Но хотя основной цивилистический мейнстрим противится экспансии *law & economics*, в общем наука не отвергает возможность анализа экономической эффективности права как одной из целей правовой политики.

Показательной в этом смысле является работа, недавно подготовленная группой французских цивилистов в качестве ответа американской правовой экспансии вообще и экономического анализа права в частности, — «Цивилистические правовые традиции под вопросом»³³. В ней авторы критикуют претензии экономического анализа права на поглощение политики права и в целом науки права.

³¹ David R. *French Law. Its Structure, Sources and Methodology*. 1972. P. 74–75.

³² *Об истории развития и современной литературе по экономическому анализу права во Франции см.: Montagné L. Law & Economics in France // Encyclopedia of Law and Economics. Vol. I: The History and Methodology of Law and Economics / ed. by B. Bouckaert and G. De Geest, 2000 (доступно в Интернете на сайте www.encyclo.findlaw.com).*

³³ *Цивилистические правовые традиции под вопросом. По поводу докладов Doing Business Всемирного банка. Т. I / пер. с франц. М., 2007.*

Но главным препятствием к тому, чтобы принять на вооружение методологию экономического анализа права, признается то, что данное направление политики права нацелено на определение наиболее экономически эффективных правовых норм и поэтому часто игнорирует другие политико-правовые факторы, такие как справедливость, социальная гармония в обществе, этические принципы, права человека и т. п. Как отмечают французские цивилисты, «посчитав Экономику с большой буквы единственной целью права, можно, к несчастью, спровоцировать конец Права с большой буквы»³⁴, так как «справедливое», к которому извечно стремится право, не совпадает с «чисто экономическим»³⁵. Авторы этой работы настаивают на том, что «существуют и другие богатства, помимо золота, другие параметры, помимо экономических: социальные, моральные, демографические и др., которые должны приниматься во внимание при разработке нормы права». Право рассматривается как «наука о «человеческом», и рассуждение о нем исключительно в экономических терминах угрожает отсечь его от своих корней»³⁶. Цитируется известное высказывание профессора Корню, который отмечал, что «Гражданский кодекс является *res publica*, а не *lex mercatoria*»³⁷.

Иными словами, французские юристы куда большее значение придают идее о том, что право есть искусство добра и справедливости. Утилитаризм никогда не был в такой же чести в континентальном праве, как в англосаксонских правовых системах. Когда французский ученый видит, что методология *law & economics* нацелена исключительно на максимизацию экономической эффективности, он быстро отворачивается от этой политико-правовой методологии, не усматривая в ней отражения других важнейших составляющих идеального права³⁸.

При этом авторы этой коллективной работы не отвергают возможность полезного применения экономического анализа права. Они радуются тому, что в последнее время экономико-правовая методология все чаще используется французскими юристами. Но отстаивают идею, согласно которой правовая наука не может быть сведена к вычитыванию эффективных норм, а должна принимать во внимание и другие политико-правовые ценности³⁹.

Таким образом, сложности с восприятием экономического анализа права во Франции связаны не с тотальным господством догматического учения, а с доминированием иных политико-правовых приоритетов. Если судить по работе «Цивилистические правовые традиции под вопросом», французские цивилисты больше не стремятся защищать идею автономности гражданского права. Отстаивая классический цивилистический научный стиль, авторы этой работы не упоминают о том, что право может быть самодостаточным и анализироваться изнутри, без учета тех

³⁴ *Цивилистические правовые традиции под вопросом. С. 150.*

³⁵ *Там же. С. 152.*

³⁶ *Там же. С. 152.*

³⁷ *Цит. по: Там же. С. 158.*

³⁸ *Montagné L. Op. cit. P. 153.*

³⁹ *Цивилистические правовые традиции под вопросом. С. 4–5, 165.*

целей, которые оно преследует. Таким образом, суть разногласий состоит в том, что во Франции укоренен менее утилитарный и более деонтологически ориентированный подход к политике права. Но отрицать важность анализа гражданского права с точки зрения его справедливости, этичности, соответствия современным представлениям о правах человека никто уже не возьмется.

Если такие взгляды защищаются ведущими французскими современными цивилистами, это верный признак значительного прогресса в области научной методологии. Иначе говоря, судя по доступным нам источникам, во Франции политико-правовой анализ с трудом, но завоевывает равноправное положение в системе правовых наук.

Реакция дореволюционных российских юристов

Общие замечания

До революции 1917 г. российская правовая наука находилась еще в стадии формирования. В основном она испытывала влияние немецкой пандектистики XIX в. Многие российские ученые проходили обучение в Германии и возвращались, впитав немецкую правовую ментальность того времени.

С учетом этого следовало ожидать реакции российских юристов на новые веяния в правовой науке Европы и в первую очередь самой Германии. Эта реакция наступила, но касалась в основном первой атаки на бастионы пандектного учения (учение позднего Р. Йеринга). На активно публиковавшиеся в начале XX в. труды Е. Эрлиха, Г. Канторовича, Г. Радбруха, Ф. Хека и других сторонников движения за свободное право и юриспруденции интересов в Германии и тем более Ф. Жени во Франции, российские ученые полноценно среагировать не успели, если не считать несколько настороженных статей.

В самом общем виде идеи о том, что необходимо отойти от сугубо догматической научной методологии, комментировали С.А. Муромцев, Ю.С. Гамбаров, С.В. Пахман, Г.Ф. Шершеневич, И.А. Покровский, Л.И. Петражицкий и некоторые другие российские юристы, но полностью рассмотреть эти вопросы российская дореволюционная правовая наука не успела. Первая мировая война, потрясения 1917 г. и установление большевистского режима прервали нормальное развитие российского гражданского права. Кроме того, большинство авторитетных российских правоведов начала XX в. только освоили немецкую пандектную науку, и для них отказаться от этой системы координат психологически было достаточно сложно. Первая книга, в которой более или менее детально рассматривалась работа сторонников движения за свободное право, была опубликована в России только в 1916 г.⁴⁰

⁴⁰ Завадский А.В. К учению о толковании гражданских законов. Новейшие течения по этому вопросу в немецкой литературе (школа свободного права и др.). Казань, 1916. Недавно переиздана: Завадский А.В. К учению о толковании и применении гражданских законов. М., 2008.

Иначе говоря, наша наука права (советский период истории правовой науки мы оставляем за скобками в силу его крайней специфичности) просто не успела от-рефлексировать методологические проблемы, захватившие немецких и французских юристов на рубеже XIX–XX вв. У российских юристов не было возможности осмыслить и движение за свободное право, и юриспруденцию интересов, и революцию судебного правотворчества в Германии после Первой мировой войны, и ренессанс естественного права после Второй мировой войны, и взлет в США экономического анализа права в последние 40 лет, и научную борьбу вокруг принятия этой методологии в Европе в конце XX в.

С.А. Муромцев

Идеи позднего Р. Йеринга в России подхватил знаменитый русский цивилист С.А. Муромцев, который в молодости слушал лекции этого немецкого правоведа. По сути, через труды С.А. Муромцева в российское дореволюционное гражданское право проникали на тот момент новаторские идеи Р. Йеринга и других немецких правоведов, начавших в конце XIX в. последовательное наступление на доминирующую пандектную научную парадигму и отстаивавших новое политико-правовое направление.

Некоторые взгляды этого российского ученого сохраняют свою актуальность и спустя более ста лет.

С.А. Муромцев считал, что цель правовой науки «всегда... состоит в удовлетворении потребностей, которые создаются жизнью». Иными словами, «наука служит жизни»⁴¹. Но форма, в которой выражается деятельность ученого, иногда, к сожалению, выглядит «наукой для науки»⁴². Как отмечал С.А. Муромцев, «за немногими, можно сказать случайными, исключениями любое произведение юридической литературы подкрепляет это суждение» и «толкование действующих определений права, систематизирование их... поглощает громадную долю сил юриспруденции»⁴³.

Развивая мысль Р. Йеринга, российский цивилист писал: «Каждое правовое отношение (право в субъективном смысле) есть защищенный юридическим образом интерес. Так как, с одной стороны, не могут быть найдены сразу наилучшие средства к достижению данной цели, с другой же — самые цели подлежат постоянному изменению, то происходит постоянная взаимная борьба целей и средств. В области целей устаревшие цели вытесняются новыми; в области средств — средства менее целесообразные уступают свое место средствам более целесообразным»⁴⁴. Таким образом, «не может быть речи об отделении гражданского правоведения из прочих отраслей социальной науки в смысле какого-либо обособления его. Обь-

⁴¹ Муромцев С.А. *Определение и основное разделение права*. 2-е изд., доп. СПб., 2004. С. 22.

⁴² Там же. С. 23.

⁴³ Там же. С. 26.

⁴⁴ Там же. С. 40.

яснить гражданское право как факт социальной жизни можно только при помощи психологии, общей социологии, политической экономии и т. д. Гражданское правоведение не занимается явлениями и факторами, которыми в то же время не были бы заинтересованы многие другие науки»⁴⁵.

По его словам, «оставаясь на почве практических стремлений, нельзя ограничиваться одной догмой. Кроме применения права существует еще другое, практическое дело юриспруденции — реформа существующего и создание нового права. Если же в этом деле наука будет призвана на помощь, а нет причины, по которой следовало бы отвергнуть изучение гражданского права с этой стороны, то оно не будет в состоянии обойтись без широкого изучения общих социальных факторов»⁴⁶. Ученый призывал отечественную науку наконец обратить внимание на новое направление — политику права.

При этом догматика, на взгляд С.А. Муромцева, никуда не исчезает и имеет свою практическую ценность. Он пишет: «Гражданско-правовая политика определяет цели и приемы, которыми должны руководиться гражданский законодатель и суд. На основании ее указаний слагается догма гражданских правоопределений, которая излагает действующие в стране правоопределения в таком виде и по такой системе, которые прямо отвечают требованиям гражданско-судебной политики»⁴⁷. Если осовременить дихотомию, предложенную С.А. Муромцевым, ее суть можно выразить следующим образом: политика гражданского права — это поиск оптимального правового регулирования (*de lege ferenda*), а догматика гражданского права — это изложение и систематизация уже полученного правового регулирования (*de lege lata*).

С.А. Муромцев выступал против основного формально-догматического приема — абсолютизации общих принципов, из которых дедуктивно должны выводиться конкретные решения для частных проблем. Развивая идеи Р. Йеринга и предвосхищая мысли Ф. Хека, он писал: «Именно в общем принципе усматривают источник частных норм. Но общий принцип по существу своему составляет только обобщенное выражение их. Обобщая нормы, мы не издаем ничего и не открываем ничего нового, но только упрощаем их передачу. Поэтому нельзя сказать, что общий принцип существует ранее частных норм и что они получаются из него. Общий принцип существует настолько, насколько существуют обобщенные в нем нормы, которые, открыто или скрытно, подразумеваются уже при самом акте обобщения. Источник же норм заключается не в принципах, но в общих социальных факторах»⁴⁸.

Таким образом, С.А. Муромцев выступал за то, чтобы проводить социологический анализ конкретных проблем с целью нахождения оптимального регулирования. Затем на основе такого регулирования должны формироваться общие юридические принципы, цель которых состоит в основном в упрощении восприятия.

⁴⁵ Муромцев С.А. Указ. соч. С. 48–49.

⁴⁶ Там же. С. 49–50.

⁴⁷ Там же. С. 28.

⁴⁸ Там же. С. 54–55.

Ю.С. Гамбаров

С.А. Муромцев оказал сильнейшее влияние⁴⁹ на другого выдающегося российского юриста Ю.С. Гамбарова.

Ю.С. Гамбаров был ярким критиком концептуального формализма и сторонником телеологической юриспруденции Р. Йеринга. Он писал, что именно Р. Йерингу, первому юристу нашего времени, он обязан тем, что оставил точку зрения господствующей теории права и вступил на почву, «которой принадлежит все будущее юридической науки»⁵⁰. По его мнению, «никому не позволено игнорировать со времени Йеринга, что юридические понятия суть не простые логические категории, а живые исторические образования, которые возникают из социальных отношений и лишь после своего возникновения овладеваются юридической диалектикой, напрасно приписывающей себе привилегию творчества на эти образования. Культ логики подменяет реальные силы, управляющие общественной жизнью, мертвой диалектикой и забывает, по выражению того же Йеринга, что не жизнь существует для понятий, а понятия для жизни и что право повинует не тому, что логично, а тому, что предписывается общественной солидарностью и чувством права»⁵¹.

Он присоединялся к позиции Р. Йеринга, в соответствии с которой «право не ведет изолированного существования, а составляет часть общей духовной и культурной жизни человечества. Оно связано теснейшим образом с этой жизнью, разделяет все ее судьбы, подчиняется ей и из нее заимствует, так сказать, свои соки. Вот почему ничего не может быть вернее утверждения Йеринга в его посмертном сочинении, что право развивается не из себя, а извне: развитие из себя было бы развитием трупа, тогда как право как живое явление стоит под постоянными внешними влияниями, в которых находит условия своего существования и развития»⁵².

Отмечая дефектность гражданско-правовой науки, от которой та начала избавляться только после резкой критики Р. Йеринга, Ю.С. Гамбаров объясняет ее нежеланием видеть в развитии права элемент борьбы и целей в праве. По его словам, литература гражданского права «не заключала в себе до самого последнего времени и следа той борьбы, которая ведется с установления человеческих обществ за основные учреждения права...» Далее он продолжает: «Как было совершенствоваться... гражданскому правоведению, когда отдававшиеся его разработке узкие специалисты по одним Юстиниановым кодексам не касались обыкновенно вовсе их отношения даже к римской жизни и не исследовали ни оснований, ни функций, ни целей учреждений гражданского права, ни их соотношений друг с другом и с остальными общественными учреждениями! Они занимались только передачей мертвого материала, по преимуществу римских определений права, распределяемых в известной системе, которая в руках мастеров, какими были, например, Пухта и Савиньи, получала прекрасную форму, удовлетворяла эстетическому чув-

⁴⁹ О научном влиянии С.А. Муромцева на Ю.С. Гамбарова см.: Шершеневич Г.Ф. *Наука гражданского права*. М., 2003. С. 221.

⁵⁰ *Цит. по: Йеринг Р., фон. Избранные труды. В 2 т. Т. I. СПб., 2006. С. 439.*

⁵¹ *Гамбаров Ю.С. Гражданское право. Общая часть. М., 2003. С. 7.*

⁵² *Он же. Право в его основных моментах // Правоведение. 1995. № 4–5. С. 97–133.*

ству, но оставалась, тем не менее, неподвижной формой, изменявшей свой внешний образ, но не принимавшей и не выделявшей из себя ничего нового»⁵³.

Ю.С. Гамбаров писал: «В существе права как исторического образования лежат разнообразие, подвижность и изменчивость. Юридические понятия так же изменяются в условиях времени и пространства, как и юридические нормы, и это не может быть иначе, раз мы знаем, что юридические понятия состоят не из одних логических форм, входящих только составной частью в их содержание, и притом — такой частью, которой это содержание не исчерпывается и не объясняется. Юридические понятия представляют собой скорее, по удачному выражению того же Йеринга, «формы концентрации юридических норм», обусловленных в своем содержании регулируемые ими отношениями и подверженных необходимым изменениям вместе с изменениями тех же отношений... Ввиду сказанного мы охотно подписываемся под положением, которое формулируется... таким образом: нет ни одной юридической нормы, которая могла бы быть в своем положительном содержании установлена a priori».⁵⁴

Выступая против историцизма, ученый отмечал, что, попав под влияние исторической школы права, юриспруденция «была выдвинута в ложное, чуждое ее природе русло. Юридическое исследование было отвлечено от своей настоящей цели, которая лежит в понимании действительной юридической жизни и удовлетворении запросов этой жизни. Оно было обращено почти исключительно на задачи, принадлежащие не юриспруденции, а другой науке — истории права,... и юристы превращались в скрытых историков, археологов и филологов»⁵⁵.

Ю.С. Гамбаров в полном соответствии с духом нового политико-правового направления в науке права отмечает: «Закон резюмирует в действительности только прошлое и уже пережитое, рядом с которым быют и никогда не иссякаемые ключи настоящего. Эти ключи исходят из ежедневно нарождающихся потребностей экономической и общественной жизни. Из вновь складывающихся в различных общественных слоях навыков и обычаев, из доминирующих в тот или иной момент умственных течений и нравственных идей, из устанавливающейся часто в противоречии с действующим законодательством судебной практики, из соответствующих образцов иностранного права, из потребностей международной жизни, из постоянно обновляющихся учений юристов, экономистов, политиков и т. д. Отсюда уже видно, что вопреки господствующей доктрине право не может быть ни изучаемо в смысле теоретической науки, ни даже толкуемо и применяемо... иначе, как при соображении всей общественной среды, в которой оно возникает и проявляет свое действие»⁵⁶.

Вместо схоластической юриспруденции исторической школы в целом и пандектистики в частности Ю.С. Гамбаров вслед за Р. Йерингом ратовал за развитие «социальной юриспруденции». Он отмечал, что «тот, кто хочет знать право, должен знать

⁵³ Гамбаров Ю.С. *Право в его основных моментах*. С. 97–133.

⁵⁴ Там же.

⁵⁵ Гамбаров Ю.С. *Гражданское право. Общая часть*. С. 18.

⁵⁶ Там же. С. 11.

социальную жизнь во всех ее многообразных проявлениях, и юриспруденция, если она желает быть верной своей социальной задаче, должна начинать с изучения отдельных социальных отношений... Центр тяжести юридического исследования переходит от содержания юридических норм на содержание жизненных отношений, регулирование которых юридическими нормами имеет только формальное значение, то есть значение простого средства для осуществления той или другой цели. О праве как цели для самого себя не может быть и речи»⁵⁷. И как вывод: «Корни права лежат... во внешнем по отношению к нему мире, и поэтому его критерий может быть извлечен лишь из этого мира, а не из самого права, которое только регулирует социальные отношения, но не объясняет, почему и для чего оно регулирует их так, а не иначе»⁵⁸.

Г.Ф. Шершеневич

В дореволюционном российском гражданском праве с более сдержанной реакцией на теорию Р. Йеринга выступила плеяда представителей классической, догматической цивилистики.

Так, Г.Ф. Шершеневич, не впадая в огульную критику нового направления и считая вполне возможным социологическое изучение правовых явлений, призывал к сотрудничеству политики и догматики права и восставал лишь против претензий политики права на полное упразднение догматики⁵⁹. «Правоведение, — писал он, — несомненно провинилось перед обществом тем, что, порвав с традициями естественного права, пренебрегло своими задачами в сфере критики и политики, и за то потеряло общественные симпатии. Восстановить свою истинную высокую роль еще не поздно... Тогда юриспруденция перестанет быть «служанкой законодателя», как внушал ей Виндшейд, а станет гласной советницей законодателя, руководительницей всей социальной жизни, — пока не исчезнет потребность принудительного нормирования человеческих отношений»⁶⁰.

Таким образом, он выделил в правовой науке методы догматического и политико-правового исследования, настаивая на важности обоих, и призывал к активному развитию ранее игнорируемого элемента политики права.

При разработке учеными политики права, по мнению Г.Ф. Шершеневича, важно использование различных неправовых сфер знания (социологии, экономики, статистики и др.). Конечной задачей политико-правовой разработки права является, с его точки зрения, формирование идеального правового регулирования, к которому законодателю следует позитивное право приближать. Г.Ф. Шершеневич отрицал значение права как самодостаточного феномена, не имеющего практических целей⁶¹.

⁵⁷ Гамбаров Ю.С. *Гражданское право. Общая часть*. С. 23–24.

⁵⁸ Там же. С. 24.

⁵⁹ Шершеневич Г.Ф. *Общая теория права*. М., 1910. § 45.

⁶⁰ Там же. § 81.

⁶¹ Там же.

С.В. Пахман

Близкие к позиции Г.Ф. Шершеневича взгляды высказывал и другой российский цивилист С.В. Пахман. В одной из своих статей в 1882 г.⁶² он пытался бороться с наступлением политики права и учения Р. Йеринга. С.В. Пахман несправедливо упрекал новую школу в стремлении полностью упразднить догматику и лишить ее права на самостоятельное существование. Выставив цель нового течения в таком агрессивном свете, он с удовольствием встал на защиту правовой догматики. По мнению С.В. Пахмана, право можно изучать в том числе и изнутри, т. е. «со стороны его содержания, ... независимо от вопросов о происхождении и развитии права». Такой подход объясняется, на его взгляд, тем, что право не сводится к роли средства по достижению каких-либо социальных целей и в нем существуют некие неизменные сугубо юридические начала. Иными словами, С.В. Пахман допускал, что догматический анализ права является серьезной научной задачей.

На его взгляд, в этой самодостаточной ипостаси оправдывается сравнение юридической науки с математикой. Привнесение же в юридическую науку элементов социологии С.В. Пахман считал весьма опасным. В этом контексте неудивительно, что, по его мнению, ставший модным акцент на интересах, которые право защищает или должно защищать, вредит развитию правовой науки.

Но после столь резких оценок С.В. Пахман неожиданно занимает примирительную позицию и приходит к выводу, что новое «историко-философское», как он его называл, направление в правовой науке все-таки имеет право на существование и, более того, по своей важности и широте задач даже превосходит классическую догматическую юриспруденцию. «Поэтому я даже не настаиваю на равноправности, — писал ученый. — Я возражаю только против той исключительности, с какой одна из отраслей науки права присваивает себе не только гегемонию, но и привилегию на название науки».

С учетом того, что новое движение в правовой науке и не ставило себе целей списать в утиль догматику, как справедливо отмечал Г.Ф. Шершеневич⁶³, позиция С.В. Пахмана должна быть охарактеризована как «обозначение сопротивления». Бессмысленно было противиться очевидной необходимости развития политики гражданского права. Вероятно, поэтому стратегической задачей приверженцев догматического подхода, таких как С.В. Пахман, в этой дискуссии было подчеркнуть важность и ценность той, безусловно, полезной и кропотливой работы по систематизации, комментированию и дидактической переработке правового материала, которой они занимались. Обезоруживающая сила учения Р. Йеринга не оставляла сторонникам догматической парадигмы никакой другой возможности, кроме попыток защитить как минимум равноправие двух научных направлений.

⁶² Пахман С.В. *О современном движении в науке права // Вестник гражданского права. 2008. № 3. Т. 8. С. 187–232.*

⁶³ Шершеневич Г.Ф. *Наука гражданского права. С. 232.*

Л.И. Петражицкий

Выдающийся российско-польский правовед и создатель оригинальной, но несколько уже подзабытой психологической теории права Л.И. Петражицкий был, пожалуй, одним из немногих российских дореволюционных ученых, сказавших действительно новое слово в праве и вызвавших интерес у мировой правовой науки.

Как и все предыдущие российские авторы, Л.И. Петражицкий призывал признать, что правовая политика, в частности политика гражданского права, играет роль, равноценную роли правовой догматики. При этом он указал на то, что «прежняя так называемая школа естественного права исполняла в известной степени функции политики права (указывая пути для прогресса и совершенствования права)», а также на то, что «в этом смысле в возникновении гражданской политики мы можем усматривать возрождение естественного права». По его мнению, «аргументация в пользу «возрождения естественного права» в этом смысле, подкрепленная специальными... исследованиями для иллюстрации соответствующего метода и плодотворности его применения, поколебала, по-видимому, прежде аксиоматическую веру в то, что задачей науки права является только изучение и разработка «позитивного» права; и идея политики права, первоначально встреченная скептически..., стала постепенно приобретать сторонников в сфере правоведения»⁶⁴.

Более того, Л.И. Петражицкий поставил развитие теории и методологии политики права в целом и политики гражданского права («гражданской политики») в частности, отвечающее за поиск оптимального правового регулирования, основной целью своей научно-исследовательской программы. Показательно, что в польский период своей научной карьеры он занимал должность профессора законодательной политики в одном из университетов⁶⁵.

Но при разработке политики права Л.И. Петражицкий, по крайней мере в ранних своих работах, считает важным сохранить метод концептуальной юриспруденции. Он пишет, что «наука политики права должна исходить из известного круга данных, отличных от тех данных, из которых исходит юриспруденция, как из своего круга посылок, но в то же время должна перерабатывать эти данные по правилам той же логики, которой оперирует юриспруденция, и стремиться к сведению результатов своей логической работы к общим понятиям, принципам, системе etc., к чему стремилась всегда и стремится и теперь, несмотря на войну против «Begriffsjurisprudenz», догматика положительного права». Иными словами, политика права не ограничена нормами закона, так как направлена на поиск путей реформы законов, но тем не менее обязана облекать свои изыскания о справедливом и полезном в формы классической концептуальной юриспруденции.

Л.И. Петражицкий возражал против, на его взгляд, необоснованных нападок на юриспруденцию концепций и классическую догматическую методологию. Их он считал «временным затмением мысли и легкомысленным самозабвением

⁶⁴ Петражицкий Л.И. *Теория права и государства в связи с теорией нравственности*. СПб., 2000. С. 378–379.

⁶⁵ Подробнее см.: Тимошина Е.В. *Логические принципы в философии Л.И. Петражицкого* // *Российский ежегодник теории права*. 2008. № 1. С. 805–823.

юриспруденции»⁶⁶. Политико-правовой анализ должен не устранять классическую догматическую методологию, а дополнять ее.

И.А. Покровский

Среди дореволюционных российских цивилистов особенно выделялся выдающийся ученый И.А. Покровский. В своей важнейшей работе «Основные проблемы гражданского права», опубликованной в 1917 г., он попытался осмыслить и критически проанализировать те течения в области научной методологии права, которые в начале XX в. набрали силу в Европе.

И.А. Покровский не был сторонником узкого позитивизма в духе французской школы экзегезы и настаивал на понимании права в широком философском контексте. «Воспитанные на позитивистской боязни перед всяким подобием «метафизических естественно-правовых фантазий», — писал он, — погруженные в повседневную и кропотливую догматическую работу, мы окончательно отвыкли от широкой теоретической трактовки наших проблем и потеряли всякую связь с глубокими идейными течениями нашего времени. Можно ли удивляться при таких условиях тому, что наука гражданского права стала казаться какой-то отгороженной от жизни, засохшей схоластикой, а цивилисты — какой-то замкнутой отживающей кастой?»⁶⁷

Такая замкнутость цивилистики не устраивала И.А. Покровского. Поэтому он, как и его предшественники, пришел к мысли о необходимости выделить в правовой науке два направления: догматическое, ответственное за изложение и систематизацию позитивного права, и политико-правовое, указывающее русло для развития позитивного права⁶⁸. Как отмечает Покровский, первое работает в «мире сущего», а второе — в «мире должного»⁶⁹. Долгое время, по его словам, юриспруденция отмахивалась от анализа политики права, «считая обсуждение правовых норм... *de lege ferenda*, выходящим за пределы ее задач», но к концу XIX в. игнорировать эту телеологическую сторону правовой науки стало невозможно: без научного осмысления политики права нельзя было вести развернувшуюся активную законодательную деятельность⁷⁰.

Но, как справедливо замечает И.А. Покровский, чтобы наука могла действительно приступить к анализу политики гражданского права, следует четко определить цели права как таковые и установить «критерии разумного и справедливого». Если

⁶⁶ *Петражицкий Л.И. Права добросовестного владельца на доходы с точки зрения догмы и политики гражданского права. СПб., 1897. (Оценка нового течения в правовой науке приводится в приложениях к этой книге «Модные лозунги юриспруденции» и «Обязанности юриспруденции в России», которые из второго издания были устранены.)*

⁶⁷ *Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М., 2003. С. 38–39.*

⁶⁸ *Там же. С. 77.*

⁶⁹ *Там же. С. 64–65.*

⁷⁰ *Там же. С. 78.*

не давать ответы на эти вопросы, то «все наши законодательные построения будут лишены надлежащей телеологической ориентировки». Ученый иногда может уловить верное политико-правовое решение интуитивно, «но необходимую уверенность это последнее может приобрести только тогда, когда неопределенное угадывание будет заменено ясным сознанием». И.А. Покровский верно заметил, что для формирования полноценной научной парадигмы политики права необходимо пойти несколько дальше общих слов о балансировании различных интересов и разработать методологию поиска оптимальных политико-правовых решений.

В связи с этим прежде всего возникает проблема определения целей права. «Пока царила вера исторической школы в неизменную разумность правообразования из глубины народного духа, — писал И.А. Покровский, — все подобные вопросы могли иметь только чисто теоретическое значение; практически беспокоиться было не о чем: естественное развитие этого народного духа само собою приведет к тому, что в данный исторический момент возможно. Но когда эта вера была подорвана, когда вместо пассивного выжидания общество оказалось призванным к активному правотворению, к борьбе за право, вопросы о том, во имя чего бороться, чего желать, куда идти, приобрели неотвратимое практическое значение... Естественно, что перед лицом этих вопросов позитивистическая юриспруденция оказалась беспомощной и растерянной: у нее не было ни подготовки, ни методов к их трактованию. И скоро общим настроением юриспруденции стало то, которое выразил Гирке своим известным восклицанием: «Мы должны найти ее, эту потерянную идею права, иначе мы сами себя потеряем!»... И действительно, конец XIX века — начало XX знаменуется в истории гражданского правоправедения исканием этой «потерянной идеи права», этого «справедливого» или «правильного» права и т. д. Эти поиски, в свою очередь, привели не к чему иному, как к возрождению того, что казалось похороненным навсегда — к возрождению естественного права. С разных сторон заговорили о «природе вещей» в социальных отношениях, о «неизменных моральных ценностях» и т. д. XIX век, умирая, вернулся к тем идеям, которые он слышал в своем раннем детстве, но которые он потом так тщательно старался заглушить в себе в течение всей своей жизни»⁷¹.

В этих словах И.А. Покровский абсолютно верно уловил назревающую актуальность формирования нового вектора правовой науки.

Но И.А. Покровский не остановился на констатации проблемы и попытался предложить в самом общем виде конечные цели права, детализацией которых применительно к отдельным проблемам гражданского права и должна заниматься политика гражданского права. Он выделил в качестве таковых расширение сферы индивидуальной свободы и одновременно социализацию и солидаризацию в экономической сфере⁷². По нынешним временам такое редуccionистское, несколько романтическое и исторически обусловленное понимание конечных целей гражданского права представляется неудовлетворительным, но не стоит забывать, что по тем временам для российского права попытка формирования учения о политике права даже в таких общих штрихах была серьезным шагом вперед.

⁷¹ Покровский И.А. Указ. соч. С. 78–79.

⁷² Там же. С. 89–90.

Оценка взглядов российских цивилистов

Научные взгляды С.А. Муромцева и Ю.С. Гамбарова, как мы видели, в целом совпадали с теориями ведущих прозелитов учения Р. Йеринга, движения за свободное право и юриспруденции интересов. По сути, эти ученые заглянули в будущее и угадали тенденции развития права в развитых странах, к которым, наверное, могла бы относиться и наша страна, не случись Октябрь 1917 г. Большинство других цивилистов, хотя сами себя и не ассоциировали с новым политико-правовым направлением, но признавали важность и необходимость его развития наравне с правовой догматикой (Г.Ф. Шершеневич, С.В. Пахман, И.А. Покровский и др.).

Далее требовался следующий шаг — собственно развитие политико-правовой методологии. Как искать оптимальное правовое решение? Какие факторы (справедливость, мораль, экономическая эффективность и т. п.) влияют на выбор решения *de lege ferenda*? Какова роль дедукции из концепций и систематики гражданского права? Следовало, наконец, начать применять эту методологию в исследованиях конкретных частных проблем гражданского права. Но этот второй шаг так и не был сделан.

Правда, некоторые российские дореволюционные юристы пытались выдвинуть более конкретные указания в отношении политики гражданского права. В частности, Л.З. Слонимский еще в 1879 г., за сто лет до Р. Коуза, Р. Познера, Г. Беккера и Г. Калабреззи с их экономическим анализом права в США, в статье «Новая юриспруденция» писал: «Теория гражданского права без политико-экономических основ — это здание без фундамента, постройка без почвы, система понятий без положительного содержания... Умозрительная юридическая метафизика должна уступить место трезвой экономической науке: таково должно быть, по нашему мнению, новое направление теоретической юриспруденции». А в вышедшей в том же году статье «Правоведение и политическая экономия» этот же автор отмечает, что «юристы должны быть в то же время экономистами и правоведение должно слиться воедино с политической экономией»⁷³.

По нынешним меркам все эти попытки наполнить идею политики права каким-то конкретным содержанием выглядят немного несерьезно. Но в этом не было чисто российской беды. Правовая наука зарубежных стран в части политики права дальше указаний на необходимость сбалансировать различные социальные интересы, соображения этики и морали и факторы предсказуемости и системной согласованности права в то время также не продвинулась. Потребовался еще не один десяток лет, прежде чем правовая наука развитых стран смогла найти более убедительные подходы к политике права. На них наша правовая наука в силу наметившейся с 1917 г. оторванности от мирового научно-правового дискурса и идеологической специфики системы, навязанной советским режимом, не успела в полной мере отреагировать. Те же политико-правовые идеи, которые советские юристы обсуждали, в современных условиях в большинстве своем абсолютно не актуальны. Таким образом, состояние дел в отечественной правовой науке в области разработки политики гражданского права осталось на том же начальном уровне, что и сто лет назад.

⁷³ Цит. по: Шершеневич Г.Ф. Наука гражданского права. С. 147.

Антидогматический поворот в американской науке права

Американский правовой формализм

Очень похожие процессы происходили в начале XX в. и в праве США. Но, конечно, в силу специфики общего права история антидогматической и антиформалистской революции в этой стране существенно отличается от европейской версии.

Начнем с того, что правовая методология в США XIX в. только складывалась и не имела столь славных догматических традиций многовекового ковыряния в своде правил давно умершей цивилизации. После завоевания независимости новое американское государство сохранило основные методологические черты общего, прецедентного права. В большинстве штатов (за исключением разве что купленной у Франции Луизианы, которая в качестве приданого получила романскую систему гражданского права) количество законов было незначительным, а кодексы встречались редко. В этих условиях было абсолютно невозможно развитие правовой науки по модели французской школы экзегезы. Последняя требовала некоего священного текста, комментарием параграфов которого могли занять себя ученые. Для того чтобы правоведы выглядели достойными высокого звания ученых, эта комментаторская деятельность должна была быть посвящена действительно амбициозному, универсальному и детальному своду правил, который порождает множество герменевтических загадок. Конституция США, по степени сакральности близкая к Кодексу Наполеона во Франции, все-таки была слишком кратким и общим документом, к тому же весьма далеким от вопросов частного права. В связи с этим экзегетическая версия догматической научной парадигмы не могла получить развитие в США.

Но во второй половине XIX в. на основе уточненной и приноровленной к заокеанской специфике систематики английского общего права в США постепенно стала формироваться версия концептуально-формалистской догматической парадигмы, несколько напоминающая пандектное учение в Германии того же времени. По словам К. Ллевеллина, наступила эпоха формального стиля⁷⁴. Этот стиль некоторое время доминировал в правовой науке.

Лидером правового формализма в США стал Кристофер Коламбус Лэнгделл — с 1870 по 1895 г. декан Гарвардской школы права, один из основателей блестящей американской системы юридического образования и автор знаменитого кейс-метода обучения праву. Его роль в развитии науки того времени была настолько велика, что последователей концептуального формализма в праве часто называли лэнгделлианцами.

Суть теории К.К. Лэнгделла состояла в том, что право представлялось как сочетание правовых концепций, выведенных путем индуктивного обобщения множества на первый взгляд хаотичных прецедентов, накопившихся за сотни лет в английской и американской судебных системах⁷⁵. Так же как пандектисты видели цель

⁷⁴ Friedman L.M. *A History of American Law*. 2nd ed. 2005. P. 475.

⁷⁵ Подробнее о лэнгделлианской версии концептуального формализма см.: Grey T.C. *Langdell's Orthodoxy* // 45 *University of Pittsburgh Law Review*. 1983–1984. P. 1 ff.

научной деятельности в создании стройной систематики права на основе римско-правовых источников, американские формалисты второй половины XIX в. пытались построить логичную систему на основе источников прецедентного права. Задача юриста-ученого в рамках этой парадигмы состояла в том, чтобы найти в массиве прецедентов имплицитные общие принципы и доктрины, которые могли бы логически связать и объяснить весь этот разрозненный нормативный материал или хотя бы его большую часть. Из отдельных прецедентов индуктивно выводились принципы, которые затем обобщались в доктрины. А те в свою очередь превращались в жесткие аксиомы, позволяя ученым и судам проще находить конкретные решения для новых вопросов, просто предварительно поместив их в эту систему доктрин. Для этого было достаточно формально-логической дедукции⁷⁶.

К.К. Лэнгделл писал: «Право как наука состоит из определенных принципов и доктрин. Задача истинного юриста состоит в том, чтобы овладеть искусством их четкого... применения... к различным общественным отношениям». Вольно или невольно этот автор дублировал идею Г.Ф. Пухты о пирамиде концепций. На взгляд К.К. Лэнгделла, из ограниченного количества базовых принципов и концепций дедуктивно выводятся многочисленные принципы и доктрины, которые являются источниками для дедуцирования уже частных правовых норм⁷⁷.

Создающаяся таким образом система должна была быть стройной и последовательной, чтобы ее легко могли усвоить студенты. Но главная ее особенность — автономность, отсекающая прямое влияние на сформированную систематику общего права ценностей и целей, внешних к позитивному праву (морали, общественной пользы и т. п.). В известной речи К.К. Лэнгделла говорится, что для юриста основное место работы — это библиотека, которая является для него тем же, что лаборатория для химиков и физиков, музей естественной истории — для зоолога и ботанический сад — для ботаника⁷⁸. Изучение реалий жизни, ее потребностей, интересов общества, вопросов этики, практических последствий тех или иных норм К.К. Лэнгделл, как и его современник Б. Виндшейд и впоследствии Г. Кельзен, призывал вывести за рамки правовой науки. Л.М. Фридман пишет: «Лэнгделл рассматривал право как чистую, автономную науку... Правовая наука по Лэнгделлу была геологией без гор, астрономией без звезд»⁷⁹. Судья или ученый должен был искать решения именно в систематике права, а не в прямом анализе его политики⁸⁰. Все, что имело значение, — это догматика права: прецеденты и построенные на их обобщении доктрины.

Таким нехитрым образом из сложившихся в свое время правовых концепций путем их формально-логического развития (анalogии, дедукции и т. п.) лэнгделлианский формализм выводил решения для любых конкретных правовых вопросов. Сухая геометрия лэнгделлианского формализма обещала полную и согласованную

⁷⁶ Подробнее см.: Friedman L.M. *Op. cit.* P. 468–771.

⁷⁷ Grey T.C. *Langdell's Orthodoxy.* P. 11–13.

⁷⁸ *Cum. no: Been W., de. Legal Realism Regained. Saving Realism from Critical Acclaim.* 2008. P. 5.

⁷⁹ Friedman L.M. *Op. cit.* P. 472.

⁸⁰ Примеры см.: Grey T.C. *Langdell's Orthodoxy.* P. 3–5.

систему правовых норм, способных дать единственно верный ответ на любой вопрос⁸¹. Согласно этой методологии, когда возникает вопрос, прямо не урегулированный конкретной позитивной нормой, достаточно просто определять правовую природу, квалифицировать и классифицировать — конкретное решение возникает в результате дедукции из концепций и нескольких базовых правовых принципов⁸². Таким образом, задача ученого была сведена к классификациям и определениям⁸³, а судьи — к формальному применению прецедентов и выведенных на их основе абстрактных правовых концепций и доктрин.

Эта сугубо догматическая научная парадигма стала очень популярной и доминировала вплоть до 1920-х гг.⁸⁴ Причем К.К. Лэнгделл и его последователи, такие как Эймс, Биэл, считали именно этот подход к научно-правовой методологии истинно научным⁸⁵.

Знакомая картина? Ничего удивительного: во второй половине XIX в. американское право, как и право Германии, вступило в эру систематизации. Замените лэнгделлианцев на пандектистов, массив прецедентов как основу для построения индуктивных обобщений на нормы *Corpus Juris*, уменьшите в несколько раз масштаб и интенсивность научной мысли (американская наука того времени находилась в начале своего развития), и вы увидите уже известные черты исследовательской программы пандектной школы.

Важность этого систематизационного этапа не стоит недооценивать, так как систематизация права является важнейшей ценностью, которой нельзя пренебрегать в любом государстве. В США эта работа была особенно актуальна с учетом прецедентного характера права и федеративной системы государства, в рамках которой практически все сферы частного права, включая договорное, деликтное, вещное и корпоративное право, относились к компетенции штатов. Пестрота правового регулирования и судебной практики судов штата должна была компенсироваться унифицированной системой подготовки юристов. А для этого требовалось формирование единого правового языка, методологических стандартов и общей систематики права, позволяющих юристам из разных штатов понимать друг друга и снижать издержки внутренней торговли, вызванные плюрализмом правового регулирования. Здесь опять же не трудно увидеть параллели с немецкой историей: одна из важнейших причин выдвижения пандектного формализма на олимп правовой науки состояла в необходимости преодолеть отрицательное влияние раздробленности немецких государств.

Недостатки эпохи формализма в США также были типичными. Догматический и систематизационный уклоны всегда приводят к замораживанию правового развития и, как следствие, ригидности и стремительному усилению трений между стати-

⁸¹ Grey T.C. *Langdell's Orthodoxy*. P. 36.

⁸² *Ibid.* P. 11.

⁸³ Pound R. *Fifty Years of Jurisprudence // 50 Harvard Law Review*. 1936–1937. P. 565.

⁸⁴ *Been W., de. Op. cit.* P. 6.

⁸⁵ Grey T.C. *Langdell's Orthodoxy*. P. 5.

кой правовой надстройки и динамикой социально-экономического и культурного базиса. Кроме того, для эпохи формализма типично продуцирование множества фикций и логических ухищрений, при помощи которых строящаяся система пытается сглаживать разрыв между догматикой права и современной действительностью⁸⁶. Если на первом этапе такого строительства они и могут быть оправданы необходимостью укоренить формирующуюся систему, то после интернализации юридическим сообществом искомой систематики эти фикции и лицемерие начинают резать глаза реалистично настроенным молодым ученым.

Конечно, строить жесткую систематику права проще, когда кирпичи и план этой системы наделяются полусакральным статусом некой непреложной и имманентной истины, которую, по счастью, удалось открыть. С точки зрения стратегии это позволяет с меньшими издержками институализировать систематику и легче подавить потенциальные возражения апологетов альтернативных проектов систематизации или сторонников классического, принципиально антисистемного подхода общего права. Но среди юристов, особенно чутких к нерву времени, рано или поздно возникает протест и стремление к более реалистичному взгляду, отвергающему фикции и лицемерие, а также желание добиться не столько формальной, сколько содержательной рациональности права. Рано или поздно против догматического формализма восстают те, кто всерьез верит, что право есть искусство добра и справедливости, и те, кто видит в нем средство достижения максимальной общественной пользы и считает, что феномен права должен быть научно изучаем именно исходя из этой его функциональной природы.

Здесь описана закономерность, в полной мере характерная как для немецкого, так и для американского права. Если в Германии бунт против формализма в науке был организован Р. Йерингом, движением за свободное право и юриспруденцией интересов, то в США аналогичная исследовательская программа была выдвинута и реализована великими американскими юристами О.У. Холмсом и Р. Паундом, а также их последователями.

О.У. Холмс

Знаменитого судью Оливера Уенделла Холмса можно назвать легендарной фигурой. Уважение к судьям, граничащее с преклонением перед ними, является характерной чертой американского права. Любой юрист в США знает десятки имен американских судей прошлого века. Большими тиражами публикуются биографии и исследования творчества таких судей прошлого, как Кардозо, Брэндайс, Франкфуртер, Хэнд, и многих других, работавших в первой половине XX в. Их решения детально анализируются, речи часто цитируются, многие высказывания становятся афоризмами. Их имена и достижения впечатываются в историю права и заставляют молодых юристов стремиться к столь же громкой славе. Но ни перечисленные, ни последующие знаменитые судьи (Познер, Калабреззи, Скалия, Брейер и др.) не могут сравниться по своей известности с О.У. Холмсом.

⁸⁶ *О роли фикций на стадии развития правовой системы см.: Pound R. The Spirit of the Common Law. 1921. P. 173.*

Историю жизни этого великого судьи знают все американские юристы. О.У. Холмс был героем Гражданской войны, по легенде чуть ли не спасшим жизнь президенту США Аврааму Линкольну. Короткое время он занимал должность профессора Гарвардской школы права, затем за научные заслуги был назначен судьей в Массачусетсе. Входил в знаменитый Метафизический клуб, в рамках которого формировался американский философский прагматизм (Ч. Пирс, У. Джеймс, Дж. Дьюи). Из-за своего высочайшего авторитета был назначен судьей Верховного суда, где и прослужил первую треть XX в.

Славу О.У. Холмсу принесли ряд небольших научных эссе и многочисленные решения и особые мнения, принятые и написанные им в качестве судьи Верховного суда. За его независимость и частые особые мнения, в которых он расходился с большинством судей Верховного суда, его даже прозвали Великим возражателем (Great Dissenter). Благодаря бесспорному литературному таланту О.У. Холмса многие его тезисы превратились в афоризмы и часто цитируются в правовой науке США.

О.У. Холмс не был академическим ученым, поэтому его позиция не всегда последовательна. Многие современные авторы отмечают противоречия и неясности в системе правовых и философских взглядов О.У. Холмса⁸⁷. И действительно, при желании в его творчестве можно найти множество внутренних противоречий. В то же время его многочисленные броские и запоминающиеся лозунги вкуче с очевидным литературным талантом и лаконичной афористичностью во многом предопределили результаты борьбы с правовым формализмом на рубеже XIX–XX вв. В своих несистематических, но точных и ярких прозрениях О.У. Холмс в чем-то напоминал Р. Йеринга. Так же как Р. Йеринг не создал стройного учения, альтернативного пандектистике, но несколькими точными ударами смертельно ранил господствующую парадигму, а затем в общих чертах набросал образ будущего гегемона — юриспруденцию интересов, так и О.У. Холмс не создал новой научной парадигмы. Но именно с его именем связан закат формализма и становление новой правовой парадигмы — прагматической юриспруденции, господствующей в США и поныне⁸⁸.

Ниже мы приведем несколько наиболее важных мыслей, высказанных О.У. Холмсом, и особенностей его системы взглядов.

1. По мнению О.У. Холмса, в основе правового развития лежит вопрос о конечных целях права. Эти цели носят практический характер и заключаются в той или иной

⁸⁷ См., напр.: Grey T.C. *Holmes and Legal Realism* // 41, *Stanford Law Review*. 1988–1989. P. 787. Т.К. Грей называет О.У. Холмса «эклетицистическим афористом».

⁸⁸ Некоторые современные комментаторы трудов О.У. Холмса отмечают, что, несмотря на его тесные личные связи с основателями философского прагматизма в США У. Джеймсом и Дж. Дьюи, он прямо не примыкал к этому философскому направлению и зачастую высказывался о нем достаточно критически. На этом основании, например, Т.К. Грей считает неправильным расхожее мнение о том, что О.У. Холмс был де-факто основателем правового прагматизма (см.: Grey T.C. *Holmes and Legal Realism* // 41, *Stanford Law Review*. 1988–1989. P. 789). В то же время отметим, что именно О.У. Холмс, независимо от его собственного отношения к философскому прагматизму, заложил основы для становления прагматического, инструментального понимания права как средства по достижению конкретных социальных целей. До него в США не было столь ярких апологетов такого правовопонимания. Поэтому нет никаких причин отказывать ему в роли отца-основателя правового прагматизма.

форме изменения или сохранения социальной реальности. Соответственно каждая правовая норма должна иметь четкое политико-правовое обоснование. Если это обоснование постепенно устаревает, нет никаких причин не менять саму правовую норму. В такой ситуации юристы должны найти новое решение, отвечающее современному пониманию политики права. Как писал О.У. Холмс, «истинная наука права не состоит только лишь в теологической переработке догм или логических упражнениях, как то имеет место в математике, и не состоит в изучении права как антропологического документа прошлого». Куда более важную роль в правовой науке должно играть «формирование права на основе аккуратно оцененных социальных потребностей»⁸⁹. Как отмечал О.У. Холмс, суды редко признают прямо, что они зачастую черпают мотивы своих решений из «секретного источника» — соображений общественной пользы. Но на самом деле так и есть. В основе правотворчества, включая и прецедентное право, лежат в первую очередь политико-правовые соображения⁹⁰. Следовательно, нет никаких оснований изгонять политико-правовой анализ из сферы правовой науки. Иными словами, О.У. Холмс призывал к тому же, чего требовали и многие его европейские современники, — к признанию в рамках правовой науки важной роли политики права⁹¹.

2. Де-факто О.У. Холмс был первым американским апологетом правового утилитаризма Й. Бентама, который рассматривал право как инструмент достижения основной социальной цели государственного регулирования — максимизации счастья и минимизации страданий людей. Но ставить знак равенства между ними не стоит. Правовой утилитаризм Й. Бентама был частью созданной им в начале XIX в. версии аналитического позитивизма. Й. Бентам считал, что возможно разработать и принять с нуля совершенное законодательство, которое смогло бы урегулировать все вопросы жизни общества и лишит наконец суды необходимости создавать и применять правовые нормы ретроспективно. Его наивный реформизм кардинально отличается от скептицизма и реализма О.У. Холмса, ставших визитной карточкой правового прагматизма. Иначе говоря, правовой прагматизм, возникший благодаря О.У. Холмсу в США, был продолжением английского утилитаризма, только максимально реалистичным, осознающим пределы своих возможностей, пытающимся увязать реформизм с историей и культурным контекстом и лишенным иллюзий в отношении всемогущества законодателя в области правового регулирования. Думается, во взглядах О.У. Холмса больше общего не столько с утилитаризмом Й. Бентама, сколько с юриспруденцией интересов Р. Йеринга. По сути, О.У. Холмс примкнул к той научной парадигме, которая в Германии стала формироваться в конце XIX в., — пониманию права как инструмента по достижению конкретных социальных целей путем взвешивания и балансирования различных и противоречащих друг другу социальных интересов. О.У. Холмс писал, что «ре-

⁸⁹ *Holmes O.W. Law in Science and Science in Law // 12, Harvard Law Review. 1899. Reprinted: Holmes O.W. Collected Legal Papers. 1920. P. 225–226.*

⁹⁰ *Kellog F.R. Oliver Wendell Holmes, Jr., Legal Theory, and Judicial Restraint. 2007. P. 121.*

⁹¹ *В некоторых исследованиях судебных решений О.У. Холмса отмечается, что в период его работы судьей в Массачусетсе он редко прямо ссылался на политико-правовые аргументы и обычно выносил решения, аргументируя их в основном догматическими доводами. Так что в этом вопросе его собственный судебный опыт подтверждает тот факт, что многие судьи скрывают истинные политико-правовые мотивы своих решений. См.: Tushnet M. The Logic of Experience: Oliver Wendell Holmes on the Supreme Judicial Court // 63, Virginia Law Review, 1977. P. 1017; Kellog F.R. Op. cit. P. 119, 121–122.*

альное оправдание верховенства права... в том, что оно помогает обеспечить достижение желаемых социальных целей»⁹². Поэтому истинным оправданием любой нормы должна быть конкретная социальная цель, которую эта норма преследует⁹³. В этой связи М.Дж. Хорвиц прямо называет О.У. Холмса первым американским правоведом, который выступил за принцип балансирования интересов и открыл эру правового модернизма, сменившего в итоге формализм в американской правовой науке⁹⁴. Как писал О.У. Холмс, вопреки мнению лэнгделлианцев наиболее важную роль в правовом анализе играет «справедливость и разумность решения, а не его соотношение с ранее озвученными взглядами»⁹⁵.

3. В самом начале своей книги «Общее право» О.У. Холмс заявил: «Право живет посредством опыта, а не логики. Насущные потребности времени, превалирующие моральные и политические теории, интуиции в области общественной политики, осознанные или бессознательные, даже предрассудки, которые встречаются у судей как и у любых граждан, имеют при выборе правовых норм, регулирующих поведение людей, куда более важное значение, чем силлогизм. Право отражает историю национального развития в течение многих веков, и к нему нельзя относиться, как если бы оно содержало только аксиомы и заключения из учебника математики»⁹⁶. Как мы видим, О.У. Холмс скептически относился к попыткам правового формализма представить правовой анализ как некий логически совершенный процесс. Право является инструментом и должно оцениваться по справедливости своих результатов, а не по своей формальной согласованности с некими абстрактными аксиомами. А соответственно без накопления эмпирического опыта и постоянных экспериментов право развиваться не может. Именно поэтому О.У. Холмс подчеркивал важную роль опыта в правовом развитии. Де-факто его тезис можно понять так: правом движет практический разум. О.У. Холмс писал о том, что «мы должны думать о вещах, а не о словах или по крайней мере не терять из виду те социальные факты, которые данные слова обозначают, если, конечно, хотим держаться реальности и правды».

4. По сути, О.У. Холмс дискредитировал лэнгделлианский формализм. Основателя правового формализма и концептуализма в США К.К. Лэнгделла он с сарказмом называл «величайшим теологом права»⁹⁷. Современный ему формализм, по его словам, пытается сделать из правовых постулатов, найденных когда-то судами, некие априорные сакральные догмы, достойные только формально-логического развития, и тем самым предотвратить попытки оценки их содержательной рациональности. На взгляд О.У. Холмса, право не может быть представлено как система концепций и доктрин, из которых суд обязан механистически дедуцировать решения для конкретных споров. Он считал серьезной ошибкой идею пандектистов в Германии и лэнгделлианцев в США о том, что правовая наука

⁹² Цит. no: Grey T.C. *Holmes and Legal Realism*. P. 818.

⁹³ Holmes O.W. *Law in Science and Science in Law*. P. 238.

⁹⁴ Horwitz M.J. *Transformation of American Law 1870–1960*. 1992. P. 56–57.

⁹⁵ Цит. no: Grey T.C. *Holmes and Legal Realism*. P. 818.

⁹⁶ Holmes O.W. *The Common Law*. 1881 (доступно в Интернете на сайте www.gutenberg.org).

⁹⁷ Цит. no: Friedman L.M. *Op. cit.* P. 479.

может быть представлена исключительно как поиск *elegancia juris*, логической согласованности и симметрии в архитектонике правового материала⁹⁸. Научное развитие права не может состоять исключительно в форме логической обработки базовых аксиом⁹⁹.

5. Как писал О.У. Холмс, юристы, будучи приученными к представлению правового анализа в виде формально-логических аргументов, могут создать иллюзию того, что истинные мотивы решений лежат в области логики. Но это лишь иллюзия. Чтобы по-настоящему понять право, надо уметь читать между строк. Формальная логика, по словам О.У. Холмса, это «вечернее платье, которое надевают, чтобы выглядеть солидно», в то время как на самом деле «все самое важное таится не в пальто, а в том, на что оно надето»¹⁰⁰. По его мнению, при желании «любому заключению можно найти логическое обоснование». На самом же деле в основе развития права лежит оценка политики права¹⁰¹.
6. В том, чтобы применять формальную логику к праву, О.У. Холмс не видел ничего зазорного. Лэнгделлианский метод концептуализации и формализма он считал полезным как способ преподавания студентам догматики права¹⁰². Доктринальный правовой анализ права не отвергался О.У. Холмсом как таковой, который и сам, как справедливо замечают некоторые комментаторы, был не прочь пуститься в формальный анализ доктрин¹⁰³. Но О.У. Холмс в отличие от К.К. Лэнгделла видел в разработке догматики права второстепенную функцию правовой науки. Основная цель правовой науки, как считал О.У. Холмс, состоит в поиске оптимальных решений с точки зрения политики права.
7. Но при этом его не устраивало, что в правовой науке не существует методологии выбора наиболее адекватных с политико-правовой точки зрения решений. Поэтому он призывал юристов изучать смежные дисциплины, в которых можно было бы почерпнуть необходимую экспертизу для оценки права по его последствиям. «Я гляжу в будущее, — писал О.У. Холмс, — во времена, когда роль, которую сейчас при объяснении догматики права играет история, станет крайне незначительной, и вместо этого... мы будем тратить нашу энергию на изучение самих целей, которые право должно достигать, и причины, по которым они того заслуживают. Как шаг в сторону этого идеала, мне представляется, что юристам следует начать разбираться в экономике»¹⁰⁴. Он считал, что юридическая герменевтика, приковывающая ученого к одним лишь текстам и истории, в будущем уйдет на второй план. Куда большую роль станет играть статистика и экономическая наука, позволяющие правотворцам осуществлять правильный политико-правовой выбор.

⁹⁸ *Holmes O.W. The Common Law. Об отношении О.У. Холмса к пандектному учению см.: Grey T.C. Holmes and Legal Realism. P. 819.*

⁹⁹ *Holmes O.W. The Path of the Law. 1897. P. 15.*

¹⁰⁰ *Cum. no: Friedman L.M. Op. cit. P. 479.*

¹⁰¹ *Holmes O.W. The Path of the Law. P. 16.*

¹⁰² *Grey T.C. Holmes and Legal Realism. P. 816.*

¹⁰³ *Ibid. P. 819.*

¹⁰⁴ *Holmes O.W. The Path of the Law. P. 27.*

8. О.У. Холмс не разделял характерную черту классического аналитического позитивизма — полное выдворение морали из сферы права. Но и смешение права и морали с замещением первого последней было для него неприемлемой и вредной затеей¹⁰⁵. Он, видимо, имея в виду сторонников естественного права, выступал против тех, кто «пытается включить в сферу права как можно больше этики», и даже размышлял на тему о целесообразности полного выдворения из правового дискурса «любых этически окрашенных понятий»¹⁰⁶. О.У. Холмс (особенно в своих ранних работах) не отрицал, что моральные стандарты влияют на право¹⁰⁷, но считал, что право перерабатывает этические принципы, уравнивает их с иными интересами, такими как соображения общественной пользы. Он скептически относился к какой-то непосредственной юридической силе морали в развитии права. В этом стремлении О.У. Холмса видеть в праве скорее проявления прагматического инструментализма, чем деонтологических императивов, конечно, отражается общий скептический, релятивистский и несколько мрачноватый взгляд на жизнь этого юриста. Во многих судебных решениях О.У. Холмса его иногда неприкрытый, а иногда завуалированный скепсис в отношении аргументов о моральности или аморальности создали ему вполне заслуженный образ радикального утилитариста и морального релятивиста. Апогеем этой стороны его творчества является его знаменитая фраза в написанном им судебном решении Верховного суда по делу *Buck & Bell (274 U.S. 200, 1927)*, поддержавшем конституционность практики принудительной стерилизации некоторых категорий умалишенных. О.У. Холмс, посчитав, что разумнее пресекать размножение и воспроизводство психически ненормальных людей, чем потом карать их за совершенные проступки, заявил, что «трех поколений эмбициллов достаточно».
9. О.У. Холмс выступал против всякой метафизики в праве. Он писал, что, «когда мы изучаем право, мы изучаем не загадку, а общеизвестную профессию» или, как он уточнил позднее, «бизнес»¹⁰⁸. Его подход был предельно реалистичным, доходившим до цинизма. О.У. Холмс насмеялся над верой людей в естественное право и не признавал веру в абсолютные истины и ценности. Он считал, что «правда — это то, за что проголосует большинство нации, которое одержало верх над своими оппонентами»¹⁰⁹. По его словам, «юристы, верящие в естественное право, наивны», так как «считают то, что является знакомым и принятым ими самими и их соседями, как нечто, что обязательно должно быть принято всеми людьми повсеместно»¹¹⁰. Идея естественных прав человека, принадлежащих ему имманентно, независимо от формального признания казалась О.У. Холмсу благоглупостью. Так, он писал, что фундаментальное право — право на жизнь — сплошь и рядом приносится в жертву не только на войне, но и в иных ситуациях, когда нужно удовлетворить потребности

¹⁰⁵ Kellog F.R. *Op. cit.* P. 111.

¹⁰⁶ Holmes O.W. *The Path of the Law*. P. 174–175, 179.

¹⁰⁷ Kellog F.R. *Op. cit.* P. 36–37.

¹⁰⁸ Grey T.C. *Holmes and Legal Realism*. P. 832.

¹⁰⁹ Holmes O.W. *Natural Law // 32, Harvard Law Review*. 1918. Reprinted: Holmes O.W. *Collected Legal Papers*. 1920. P. 310 (сборник статей и эссе О.У. Холмса «Collected Legal Papers» доступен в Интернете на сайте www.archive.org).

¹¹⁰ *Ibid.* P. 312.

общества. Его инструменталистское отношение к правам человека проявилось достаточно четко в решении Верховного суда по делу *Schenck v. United States* (249 U.S. 47, 1919), в котором О.У. Холмс ввел известную впоследствии доктрину «прямой и явной угрозы». Согласно этой доктрине свобода слова, дарованная Конституцией, может быть ограничена законом, если реализация этой свободы создает прямую и явную угрозу причинения существенного вреда общественным интересам, которые законодатель уполномочен защищать. Таким образом, О.У. Холмс не верил в абсолютность прав человека и достаточно легко шел на признание допустимости их ограничения в целях обеспечения общественной пользы.

10. На взгляд О.У. Холмса, в действительности субъективное право — это лишь прогноз, предсказание, что в отношении того, кто нарушит защищаемый этим правом интерес, будет применена государственная сила¹¹¹. Аналогичным образом суть правовой обязанности состоит в том, что в случае ее нарушения последует санкция¹¹². Например, О.У. Холмс отказывался видеть какой-то моральный оттенок принципа обязательности соблюдения договоров. Он писал, что обязательство исполнить договор де-факто лишь «означает обязательство выплатить убытки, если ты решишь уклониться от исполнения, и более ничего»¹¹³. Нормы о деликтной ответственности он считал не проявлениями морального принципа коррективной справедливости, а всего лишь инструментом распределения риска между теми или иными участниками оборота в соответствии с соображениями общественной пользы. Например, случаи ответственности без вины возлагают на причинителя вреда бремя несения риска тех или иных последствий его поведения, и нет ничего предосудительного в том, что в некоторых ситуациях право будет вводить безвиновную ответственность исходя из соображений политики права¹¹⁴. Учитывая, что по общему правилу американское договорное и деликтное право на тот момент за нарушение договора или деликт присуждало пострадавшему только причиненные ему убытки, О.У. Холмс представил эти санкции как своего рода тариф, готовность уплаты которого дает правонарушителю полное моральное право нарушать закон. Само гражданское правонарушение, по крайней мере в тех случаях, когда право не дает пострадавшему никаких других прав, кроме присуждения убытков, не выглядело в интерпретации О.У. Холмса аморальным нарушением какой-то обязанности. Де-факто нет ни обязанности, ни нарушения, если от исполнения обязанности можно откупиться, выплатив «отступное» в виде убытков, а обычно используемая юристами терминология просто вводит в заблуждение¹¹⁵.
11. О.У. Холмс достаточно серьезно занимался историей развития общего права, но был против абсолютизации догм, сформированных в прежние времена. Согласно одному из его знаменитых тезисов учет истории права «является лишь необходимостью,

¹¹¹ *Holmes O.W. Natural Law. P. 313.*

¹¹² *Id. The Path of the Law. P. 6.*

¹¹³ *Ibid. P. 11.*

¹¹⁴ *Cum. no: Grey T.C. Holmes and Legal Realism. P. 831.*

¹¹⁵ *Этот подход к природе нарушения договора по сути предвосхитил дискуссии сторонников и противников экономического анализа права о проблеме эффективного нарушения (efficient breach). О проблеме эффективного нарушения договора см.: Карапетов А.Г. Иск о присуждении к исполнению обязательства в натуре. М., 2003.*

но не обязанностью». Если, например, законодатель решит, что было бы разумно отменить ту или иную укорененную в правовой традиции доктрину, то он абсолютно свободен это сделать. История права не может сдерживать развитие права¹¹⁶. При этом изучение истории права само по себе ценно и является важным занятием, помогающим лучше понять правовые доктрины. Прослеживание генеалогии, происхождения тех или иных правовых доктрин, по мнению О.У. Холмса, помогает «очистить право от мусора» — пережитков, заслуживающих немедленной реформы¹¹⁷. История права представляет собой одно из средств достижения конечных практических целей, помогающее понять суть и границы той правовой доктрины, которая стоит на повестке дня. Но сам по себе факт того, что та или иная доктрина была установлена много лет назад и применялась прошлыми поколениями, в нынешний рациональный век не может быть непреодолимой преградой для правовых инноваций¹¹⁸.

12. Лучше, чем кто-либо того времени, О.У. Холмс понимал весь имманентный динамизм права. Если право есть телеологическое предприятие и зависит напрямую от политико-правовых соображений, то динамика неизбежна. Это связано с тем, что политико-правовые соображения очень изменчивы и, в свою очередь, зависят от конкретного времени и места. То, что признается адекватным сегодня, завтра будет отвергнуто. Соответственно изменения в общественных убеждениях влекут пересмотр и принятых правовых решений. Самым ярким проявлением этого антидогматического уклона было известное особое мнение О.У. Холмса в одном из наиболее спорных решений Верховного суда, вынесенном по делу *Lochner v. New York*¹¹⁹. Суд признал неконституционным ограничением догмы свободы договора нью-йоркский закон, вводящий максимальный десятичасовой рабочий день. Это решение послужило началом так называемой «эры Лохнера». Верховный суд США, в котором доминировали консервативно настроенные сторонники либертарианской экономической теории, вплоть до 1930-х гг. пытался противостоять попыткам законодателей штатов под давлением рабочего движения осуществлять социально-ориентированные реформы, ограничивать свободу трудовых договоров и вводить защиту менее защищенных слоев населения. О.У. Холмс в своем особом мнении по делу *Lochner v. New York* не согласился с позицией своих коллег, которые отвергли эту социально-ориентированную реформу нью-йоркских законодателей. Он посчитал, что ограничение свободы договора в данном случае вполне обоснованно с позиций общественной пользы, а судьи не должны пытаться найти в Конституции закрепление той или иной экономической теории. Как он написал в этом особом мнении, Конституция не закрепляла «Социальную статику» Г. Спенсера, и поэтому, прикрываясь ею, суд не вправе мешать социальным реформам¹²⁰.

¹¹⁶ Holmes O.W. *Law in Science and Science in Law*. P. 211.

¹¹⁷ *Ibid.* P. 210, 226.

¹¹⁸ *Ibid.* P. 224–225.

¹¹⁹ 198 U.S. 45 (1905).

¹²⁰ Важно отметить, что О.У. Холмс не был принципиальным сторонником дирижизма и вмешательства государства в сферу экономической свободы. Он писал, что вмешательство государства является по определению злом, если не будет доказано, что оно в конкретной ситуации полезно. См.: Holmes O.W. *The Common Law*. 1881 (доступно в Интернете на сайте www.gutenberg.org). Его позиция была чисто прагматической: в каких-то ситуациях соображения общей пользы могут потребовать отхода от любых принципов, и задача правотворца — разумно взвешивать эти различные интересы и ценности.

Влияние идей О.У. Холмса на молодых американских юристов начала XX в. было колоссальным. Его опубликованные лекции и судебные решения указали путь дальнейшего развития правовой науки и приговорили формализм и доктринализм в лэнгделлианском духе к забвению.

Авторитет О.У. Холмса несколько поубавился в 1940-е гг., когда по всему миру произошел всплеск естественно-правовой мысли¹²¹. Его имидж радикального морального релятивиста, циничного скептика и прагматичного утилитариста вызывал раздражение в эпоху борьбы с фашизмом и сталинизмом и воскрешения дискурса о правах и свободах человека. Впоследствии интерес к наследию О.У. Холмса то усиливался, то ослабевал, но в целом до сих пор, несмотря ни на что, остается на очень высоком уровне. Только за период с 1984 г. по настоящее время было опубликовано четыре биографии этого судьи, проведено четыре симпозиума о его творчестве, вышло два сборника его трудов и десятки монографий и статей, посвященных его научным идеям¹²². Если же принять в расчет и все написанное о нем и его идеях до 1984 г., то российскому читателю, не привыкшему к такой роли личности в истории права, остается только застыть в изумлении. Насколько О.У. Холмс заслуживает такого внимания, вопрос спорный. Его научное наследие достаточно скудно. Интерес вызывают прежде всего те многочисленные его прозрения и зачастую провокационные суждения, которые оставались на острие общественных, юридических и этических дискуссий в США на протяжении всего XX в.

Р. Паунд

Если О.У. Холмс смертельно ранил формализм и наметил черты новой телеологической правовой парадигмы, то по-настоящему ее оформил знаменитый декан Паунд. Роско Паунд, декан Гарвардской школы права, был выдающимся американским правоведом, первым, чей масштаб научного творчества приближался к интеллектуальному уровню великих немецких или французских ученых того времени. Объем написанных им статей и научных монографий поражает воображение. Р. Паунд до сих пор остается одним из самых цитируемых американских юристов. И хотя в последнее время его имя постепенно теряет широкую известность, в первой половине XX в. среди академических ученых в области теории права ему не было равных. Основной вклад Р. Паунда — детальная разработка актуальных вопросов теории и философии права и в первую очередь формирование парадигмы прагматической юриспруденции (юриспруденции интересов) на американской почве.

Его имя стало особенно известно в 1908 г., когда в статье «Механическая юриспруденция»¹²³ он выступил резко против доктринального и судебного формализма, но первые его статьи стали появляться в печати с самого начала XX в.

¹²¹ Kellog F.R. *Op. cit.* P. 17; White G.E. *The Rise and Fall of Justice Holmes* // 29 *University of Chicago Law Review*. 1971. P. 65–74.

¹²² *Обзор литературы см.: Kellog F.R. Op. cit. P. XI.*

¹²³ Pound R. *Mechanical Jurisprudence* // 8, *Columbia Law Review*. 1908. P. 605 ff.

Широко образованный ученый, прекрасно знавший историю общего права и читавший самые последние исследования немецких и французских правоведов, Р. Паунд де-факто был последовательным проводником идей Р. Йеринга¹²⁴ и в значительной степени симпатизировал взглядам сторонников движения за свободное право и юриспруденции интересов в Германии¹²⁵. Его основные тезисы, касающиеся в той или иной степени темы нашего исследования, можно суммировать следующим образом.

1. Р. Паунд вслед за О.У. Холмсом выступил за телеологический подход к праву как средству достижения конкретных целей. В рамках такой парадигмы само право рассматривается не как вещь в себе и для себя, а как инструмент, средство влияния на реальность. Следовательно, основной вопрос права — это вопрос о его целях. Проведя историческое исследование, Р. Паунд показывает, что понимание целей права менялось на разных этапах истории. На первом этапе эволюции права его основной целью было банальное поддержание мира и порядка. Право пыталось монополизировать и систематизировать применение насилия, предотвратить частные войны и кровную месть, предлагая пострадавшим менее социально опасные субституты мести. На втором этапе возникало так называемое строгое право (гражданское право Рима, английское общее право). В этот период право уже утвердилось в системе механизмов социального контроля общества и ставило себе в качестве основной цели обеспечение правовой определенности (отсюда формализм, ритуальность многих правовых процедур, ригидность, отказ поиска содержательной справедливости и безразличие к вопросам морали). Формализм на этом этапе был вызван необходимостью сдерживать произвол судей и чиновников, обеспечивать четкий и однозначный порядок, который сам по себе предотвращал споры, и выполнял иные, отчасти сакральные, функции, поддерживая веру людей в авторитет права и соответственно государства на подсознательном уровне. На третьем этапе на первый план выходит такая цель, как реализация принципов морали и содержательной справедливости (развитие права справедливости в Англии, взлет естественного права в континентальной Европе XVIII в.). В это время распространяется мнение, что право должно смотреть на существо, а не на форму; на дух, а не на букву. Появляются такие правовые концепты, как добросовестность, добрые нравы и иные подобные гибкие ориентированные на содержательную справедливость институты. В результате смены всех этих трех первых этапов формируется достаточно большой объем позитивного права, сочетающий в себе и уравнивающий наследие всех трех этапов. Право входит в период зрелости, который становится четвертым этапом в его развитии. На этом этапе основными целями права являются правовая защищенность и определенность, унаследованная от второго этапа строгого права, а также идея свободы и личных прав, уходящая корнями в третий естественно-правовой этап. Кроме того, закрепляются основные правовые идеи эпохи *laissez faire* — абсолютная защищенность прав собственности и гарантированность принципа свободы контрактов. В центре правового регулирования находится институт субъективных прав, обе-

¹²⁴ Р. Паунд очень уважительно относился к наследию Р. Йеринга и прямо признавал его первенство в формировании парадигмы юриспруденции интересов (в терминологии Р. Паунда — социологической юриспруденции). См., напр.: Pound R. *Contemporary Juristic Theory*. 1940. P. 60.

¹²⁵ Herget J., Wallace S. *The German Free law Movement as the Source of American Legal Realism* // 73, *Virginia Law Review*. 1987. P. 423–424.

спеченных эффективными правовыми механизмами формальной защиты. Этот этап был отмечен в Германии расцветом пандектистики, а в США — лэнгделлианского формализма. Наконец, в конце XIX — начале XX в. Р. Паунд фиксировал наступление пятого этапа — этапа социализации права. Наравне с целью защиты индивидуальных прав появляется идея общественных, социальных интересов. Постепенно становится понятным, что социальные интересы могут перевесить индивидуальные права. Исходя из этого основная цель права — максимизация защиты и удовлетворения социальных интересов за счет минимальных жертв и издержек в отношении частных прав. В свою очередь, это вызывает ограничение абсолюта частной собственности и свободы договора, спецификацию регулирования трудовых правоотношений, защиту прав должников и слабой стороны договора, введение безвиновной ответственности производителей за дефекты и другие социально-ориентированные новации¹²⁶.

2. Р. Паунд приветствовал новую эру, когда право повернулось лицом к социальным интересам и целям. Более того, основные свои усилия он приложил к тому, чтобы научно оформить доктрину этого этапа развития права. По его мнению, наравне с философией права, исторической юриспруденцией и аналитическим позитивизмом постепенно возникает новое направление — социологическая теория права¹²⁷. В центре новой теории права — проблема установления баланса разных социальных и частных интересов и попытка найти разумный компромисс¹²⁸. Без понимания социальных целей права его развитие и научное осмысление невозможны, так как оценивать его можно только по эффективности достижения поставленных перед ним целей¹²⁹. Как писал Р. Паунд, вся история права состоит в постоянных попытках сбалансировать и примирить конфликтующие интересы. В прежние времена эти компромиссы находили после долгих лет проб и ошибок, т. е. эмпирически. Правотворцы всегда пытались найти такое решение, с помощью которого можно будет защитить максимальное количество общественных интересов с минимальными потерями и жертвами, иными словами, старались вывести наиболее общественно полезное решение¹³⁰. Но если раньше в периоды строгого права, естественного права и зрелости права эта цель не признавалась в качестве приоритетной, то теперь именно сбалансированная защита разнонаправленных социальных интересов становится центральной задачей правового развития.
3. В связи с поиском баланса интересов, таких как стабильность права, защита этических ценностей и другие, встает вопрос о критериях оценки интересов. Р. Паунд высказывает скептицизм в отношении самой возможности выявля-

¹²⁶ *Подробнее об этой периодизации см.: Pound R. The End of Law as Developed in Legal Rules and Doctrines // 27, Harvard Law Review. 1913–1914. P. 195 ff; Id. The End of Law as Developed in Juristic Thought // 27, Harvard Law Review. 1913–1914. P. 605 ff; Id. The End of Law as Developed in Juristic Thought. II // 30, Harvard Law Review. 1916–1917. P. 201 ff.*

¹²⁷ *Pound R. The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence // 24, Harvard Law Review. 1910–1911. P. 591, 594.*

¹²⁸ *Id. Social Control Through Law. 2006. P. 66–67.*

¹²⁹ *Id. An Introduction to the Philosophy of Law. 1922. P. 91–92, 94 (книга доступна в Интернете на сайте www.archive.org).*

¹³⁰ *Id. Contemporary Juristic Theory. P. 72, 75–76.*

ния такого метакритерия. По его мнению, юристы просто должны осознавать необходимость балансировки различных интересов и пытаться честно достичь гармонии¹³¹. При этом следует стремиться за счет правовых реформ обеспечить максимальное количество потребностей за счет как можно меньших жертв и издержек¹³². Эта идея возникла под влиянием не только учения Р. Йеринга и юриспруденции интересов на англосаксонской почве, но и классического английского утилитаризма и нового философского направления — американского прагматизма (Ч. Пирс, У. Джеймс, Дж. Дьюи)¹³³. Такой подход к праву Р. Паунд, на наш взгляд, не совсем удачно называл социологической юриспруденцией¹³⁴, хотя бы и мог с тем же успехом обозначить его как обновленную версию юриспруденции интересов. Иногда Р. Паунд использовал по отношению к своей теории термин «правовой прагматизм», что, на наш взгляд, в полной мере и лучше всего отражает ее суть¹³⁵. Он выступал за подчинение догматических принципов и доктрин социальным потребностям и за сведение формальной логики до роли одного из инструментов обеспечения основных целей права как социального регулятора¹³⁶.

4. Под правом Р. Паунд понимал механизм социальной инженерии и контроля. Задача социального контроля состоит в защите человеческих потребностей, в то время как задача социальной инженерии — в оказании влияния на социальные процессы. Этой парадигме Р. Паунд посвятил книгу «Социальный контроль посредством права»¹³⁷, а также ряд научных статей¹³⁸. Конечно, как писал Р. Паунд, и сейчас значительную роль в обеспечении социального контроля и социальной инженерии играют такие институты, как семья, церковь, школа, профессиональные и иные ассоциации, различные клубы и тому подобные структуры. Но в настоящее время, когда ослабевает эффективность многих из этих институтов, куда большая нагрузка приходится именно на право¹³⁹. И поэтому для оптимального функционирования этого регулятора так важно, чтобы юристы действовали с полным осознанием истинной природы права и возложенной на них ответственности.

¹³¹ *Pound R. An Introduction to the Philosophy of Law. P. 96.*

¹³² *Ibid. P. 98–99.*

¹³³ *Id. Social Control Through Law. P. XVII.*

¹³⁴ *Понятие «социологическая юриспруденция» создает ложное впечатление о близости теории Р. Паунда к точке зрения позднего Е. Эрлиха и некоторых других сторонников радикальной социологии права, видевших в праве не позитивные нормы (как позитивисты) и этические императивы (как юснатуралисты), а саму социальную реальность человеческого взаимодействия и поведения. Термин «социологическая юриспруденция» также ближе к трудам правовых реалистов, считавших правом деятельность судей. Правопонимание Р. Паунда было далеко от такого сугубо социологического взгляда на право. Отмечая «социальность» права, он подчеркивал роль права как социального регулятора и внешнее, социальное влияние, которое оказывается на развитие позитивного права.*

¹³⁵ *Pound R. Mechanical Jurisprudence. P. 609.*

¹³⁶ *Ibid. P. 610.*

¹³⁷ *Pound R. Social Control Through Law.*

¹³⁸ *См., напр.: Id. The Lawyer as a Social Engineer. P. 292ff.*

¹³⁹ *Id. Contemporary Juristic Theory. P. 79–80.*

5. Как и его единомышленники в Европе, Р. Паунд считал, что право должно адаптироваться к изменяющимся социальным обстоятельствам. Аналитическая юриспруденция и лэнгделлианский формализм, сосредоточившиеся на систематизации позитивированных норм и доктринальных аксиом, лишены способности динамично развивать право вслед за изменениями общей социальной и культурной среды. Аналитическая юриспруденция вывела за скобки то, что Р. Паунд называл «идеальным элементом права»¹⁴⁰, а мы бы сейчас назвали политикой права, и поэтому, по мнению ученого, не способна представить работающую теорию правотворчества судов, толкования неоднозначных положений закона, применения того или иного оценочного стандарта или примирения противоречий в законах¹⁴¹. В результате возникал разрыв между «правом в книгах» и «правом в действии», который может быть устранен, только если будет принята парадигма права как социального регулятора.
6. Применительно к правовой науке такой подход к праву предполагал, что на первый план будет выдвинут политико-правовой анализ. Именно в поиске оптимальных политико-правовых решений Р. Паунд видел специфику правовой науки, а отнюдь не в манипуляции с позитивными нормами и абстрактными доктринами. Как он писал, «истинная юридическая теория и истинный юридический метод — тот, который обеспечивает лучшие результаты», а не тот, который уловил какую-то объективную истину¹⁴². Это связано с тем, что в праве нет объективной истины или каких-то аксиом, требующих своего открытия. В отличие от естественных наук здесь в полной мере применим лозунг американских прагматистов: истиной является то, что работает.
7. Соответственно Р. Паунд выступил против двух побратимов — лэнгделлианского концептуального формализма в США и пандектной юриспруденции понятий в Германии. Прекрасно знакомый как с доморощенным концептуальным формализмом в духе К.К. Лэнгделла, так и с немецкой пандектной юриспруденцией концепций, он обращал внимание на их близость и признавал тупиковыми путями развития науки¹⁴³. Многочисленные представители такого вида формализма, на взгляд Р. Паунда, забыли, что право всего лишь практический инструмент, а его внутренняя согласованность и логичность — одни из многих его искомым достоинств¹⁴⁴. Сторонники такого концептуального формализма якобы раскрывают некую имманентную согласованность правовых концепций и доктрин, потенциально покрывающих всю сферу права и содержащих в себе ответы на все вопросы. Однако на самом деле, как считает Р. Паунд, они-то и создают эту систематику, индуктивно обобщая, будь то фразы из *Corpus Juris* или прецедентное право¹⁴⁵.

¹⁴⁰ В 1958 г. Р. Паунд издал цикл своих лекций о природе идеального элемента в праве, прочитанных в 1948 г., в виде книги — см.: Pound R. *The Ideal Element in Law. 2002* (доступна в Интернете на сайте www.oll.libertyfund.org).

¹⁴¹ *Id. Social Control Through Law. P. 5.*

¹⁴² *Id. The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence. P. 598.*

¹⁴³ *Id. The Ideal Element in Law. P. 19.*

¹⁴⁴ *Id. The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence. P. 591, 596.*

¹⁴⁵ *Id. The Ideal Element in Law. P. 19, 26–27.*

8. Формальная логичность и концептуальная согласованность доктрин, как писал вслед за О.У. Холмсом Р. Паунд, не есть та основная цель, которую правовая наука должна преследовать. Роль логики важна, но не является решающей, так как формальная логика всего лишь одно из средств по достижению конкретных прагматических целей права, а не цель сама по себе¹⁴⁶. Главное — обеспечить оптимальные с точки зрения политики права нормы социального регулирования и контроля. Как писал Р. Паунд, право, которое представляет собой прежде всего средство по достижению целей, «может быть оценено по результатам, а не по красоте его внутренней структуры... логических процессов или строгости, с которой его нормы проистекают из базовых догм»¹⁴⁷. В этом понимании Р. Паундом роли концепций и обобщений в праве видится проявление общей философской теории прагматизма, зародившейся в начале XX в. в США и провозглашавшей, что любые абстракции и обобщения адекватны в той мере, в которой они приносят прагматическую пользу¹⁴⁸.
9. Таким образом, Р. Паунд выступил против превращения науки права в самостоятельную, автономную дисциплину. На склоне лет он писал, что «эра самостоятельности права прошла», возможности «исключительно аналитического и исторического развития позитивного права исчерпаны» и настало время «создавать, а не просто упорядочивать и систематизировать»¹⁴⁹. Наука ради науки, а не ради достижения конкретных социальных целей была для него бессмысленной¹⁵⁰. То, что он называл механической юриспруденцией, дедуктивное выведение правовых решений из правовых аксиом и догм без учета содержательной рациональности результатов и без критической оценки самих этих аксиом и догм представлялось ему ошибочной правовой теорией. Юриспруденция концепций, как считал Р. Паунд, не работает, так как те причины, которые стимулировали и оправдывали формирование той или иной концепции, могут отпасть в будущем¹⁵¹. Как только мы начинаем воспринимать право как инструмент социального контроля, а не автономную и самостоятельную систему, становится очевидным, что концептуальный формализм и вера в абсолютность правовых принципов, концепций и доктрин не могут быть реализованы в полной мере. Исключение конечных социологических и этических целей из сферы права и представление его только в позитивистском ключе удобно для целей преподавания. Но право в первую очередь является практической наукой, и поэтому устраниться от своего идеального элемента оно не может¹⁵².
10. Классическим примером такого ниспровергаемого Р. Паундом концептуального формализма были решения, в которых суды, осуществляя дедукцию из принципа

¹⁴⁶ *Pound R. Mechanical Jurisprudence. P. 610; Id. Fifty Years of Jurisprudence // 50, Harvard Law Review. 1936–1937. P. 565–566.*

¹⁴⁷ *Id. Mechanical Jurisprudence. P. 605.*

¹⁴⁸ *Tamanaha B.Z. Realistic Socio-Legal Theory. Pragmatism and A Social Theory of Law. 2004. P. 37.*

¹⁴⁹ *Pound R. The Function of Legal Philosophy // 14, Vanderbilt Law Review. 1960–1961. P. 20–21.*

¹⁵⁰ *Id. Mechanical Jurisprudence. P. 607–608.*

¹⁵¹ *Id. Justice According to Law // 136 Columbia Law Review. 1913. P. 706.*

¹⁵² *Id. The Ideal Element in Law. P. 108.*

свободы договора, приходили к выводу о неконституционности законов, ограничивающих свободу трудовых договоров¹⁵³. В одной из своих наиболее известных статей «Свобода договора» ученый обрушился на судей «эры Лохнера», которые во имя абстрактного принципа упорно отказывались прислушаться к элементарному здравому смыслу и заметить, что в действительности отношения работодателя и работника по существу значительно отличаются от сделки по продаже лошади между двумя фермерами и требуют соответственно особого подхода¹⁵⁴. Судья и ученый в рамках предлагаемой Р. Паундом правовой парадигмы должны быть в первую очередь знатоками жизни и реальных социальных условий и задач, а не теологами, абсолютно верящими в некие абстрактные и формальные догмы. Лучше и образнее всего эта смена парадигм правовой науки описана Р. Паундом в следующих словах: «В прошлом веке мы изучали право изнутри. Юристы нынешние изучают право извне»¹⁵⁵.

11. Соответственно для полноценного функционирования новой юридической парадигмы право должно вбирать в себя достижения смежных социальных наук (социологии, экономики и других). Это не означает, что исчезает граница между разными дисциплинами. В качестве одного из приоритетов права выступает обеспечение стабильности, определенности и единообразия правового регулирования. Это предполагает некоторую разумную степень ригидности и формализма, без которого право не может эффективно выполнять свои задачи. Поэтому право не может мгновенно реагировать на изменения в интеллектуальной среде смежных наук и философии. Ценность единства и стабильности правовой системы, таким образом, является важным ограничителем резких изменений в праве. Р. Паунд писал, что в современном мире нормы права настолько взаимосвязаны, что любое локальное нарушение этого единства может иметь далеко идущие последствия, зачастую абсолютно непредвиденные. Поэтому нет ничего плохого в том, что экономические и социологические представления могут опережать право¹⁵⁶. Главное — и в этом принципиальная особенность социологической юриспруденции Р. Паунда и ее отличие от правового формализма, — чтобы право не игнорировало эти данные, осознавало свой имманентный динамизм и правильно оценивало вектор движения, в отношении которого социология, экономика и другие социальные науки предоставляют ценнейшую информацию.
12. Как и О.У. Холмс, Р. Паунд считал очень ценным изучение истории права и потратил немало сил на историко-правовые исследования как в области общего, так и в сфере романо-германского права. Но так же как и О.У. Холмс, основную цель изучения истории права он видел в приобретении опыта, полезного для продуктивного развития права¹⁵⁷. Такое инструментальное понимание целей историко-правовых исследований не следует путать с классическим заблуждением формалистов: они, по мнению Р. Паунда, неверно рассматривали выявленные в рамках исторического анализа правовые принципы и доктрины прошлого как некие аксиомы, из которых юристы

¹⁵³ *Pound R. Mechanical Jurisprudence. P. 616.*

¹⁵⁴ *Id. Liberty of Contract // 18, Yale Law Journal. 1909. P. 454–455.*

¹⁵⁵ *Id. The Spirit of the Common Law. 1921. P. 212.*

¹⁵⁶ *Id. Social Justice and Legal Justice // 75, Central Law Journal. 1912. P. 461–462.*

¹⁵⁷ *Id. The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence. II // 25, Harvard Law Review. 1911–1912. P. 147.*

должны дедуцировать ответы на сегодняшние насущные вопросы социального контроля и инженерии¹⁵⁸. Скорее всего Р. Паунд согласился бы с тезисом О.У. Холмса о том, что учет истории права является необходимостью, но не обязанностью.

13. Сказанное не значит, что Р. Паунд обесценивал правовую догматику. Более того, он писал, что долгое время догматическая разработка права оставалась практически единственной формой научно-правовой мысли. Создаваемая им новая научная парадигма только начинала выводить наравне с догматикой и политику права, которая ставит перед ученым вопросы о конечных целях права, оптимальных средствах их достижения и реальных последствиях применения тех или иных норм или доктрин¹⁵⁹. Но догматика права не исчезает с повестки дня, а просто дополняется новой формой научного анализа.
14. Учитывая эту новую парадигму, первое, что должен сделать любой правоведа, пытающийся работать в области политики права, — четко осознать основные частные и социальные интересы, которые право защищает, распределяя права и обязанности. В этой связи Р. Паунд попытался даже предложить подобный инвентарный перечень релевантных для права интересов. К основным категориям социальных интересов, защищаемых правом, он в том числе отнес интерес в общей безопасности и безопасности социальных институтов, в защите доминирующих моральных устоев, в сохранении общественных ресурсов, в обеспечении экономического, политического и культурного прогресса, в обеспечении индивидуальной свободы и ряд других¹⁶⁰. Этот перечень Р. Паунд не считал закрытым и допускал, что прогресс общества может выводить на авансцену новые интересы, достойные защиты посредством права.
15. Р. Паунд в отличие от таких радикальных утилитаристов, как О.У. Холмс, делал серьезный акцент на том, что одним из важнейших социальных интересов является защита моральных ценностей и справедливости. Он, солидаризируясь с немецким правоведа Берольцхаймером, считал, что Р. Йеринг этот аспект незаслуженно игнорировал, в то время как история показывает, что этические ценности играли и играют зачастую решающее значение в развитии права. И, по мнению Р. Паунда, так должно быть и впредь¹⁶¹. Исключить мораль и справедливость из перечня релевантных в процессе балансировки интересов факторов невозможно. Р. Паунд писал о том, что этические соображения играют очень важную роль не только в том случае, когда принимаются законы, но и когда суды их толкуют, применяют оценочные правовые категории, закрепленные в законах, и разрешают споры, в законах не разрешенные¹⁶². Эта значительная роль этики в вопросах правоприменения не позволяет отделить одно от другого абсолютно последовательно и допустить мораль исключительно как ценностную шкалу, на основе которой мож-

¹⁵⁸ Pound R. *The Spirit of the Common Law*. P. 205.

¹⁵⁹ *Id.* *The Spirit of the Common Law*. P. 175.

¹⁶⁰ О необходимости инвентаризации подлежащих защите интересов людей см.: *Id.* *Contemporary Juristic Theory*. P. 58–59; *Id.* *The Revival of Natural Law // 17, Notre Dame Lawyer*. 1941–1942. P. 376–368.

¹⁶¹ *Id.* *The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence*. II. P. 145.

¹⁶² *Id.* *Law and Morals — Jurisprudence and Ethics // 23, North Carolina Law Review*. 1944–1945. P. 200 ff.

но лишь критиковать позитивное право¹⁶³. Это было заблуждение аналитической юриспруденции, не замечавшей того, что сугубо механическое правоприменение невозможно, а, следовательно, суды, желая того или нет, используют соображения этики и справедливости при отправлении правосудия.

16. Но сам факт того, что защита моральных устоев и справедливости рассматривалась Р. Паундом в качестве одного из нескольких релевантных праву интересов, предполагал относительность этих целей и допустимость компромиссов, когда ради достижения иных более ярко выраженных социальных интересов в жертву приносятся те или иные моральные принципы или допускается ограниченная несправедливость. Например, современное общество требует определенности не в меньшей степени, чем справедливости. В связи с этим зачастую идея стабильности права требует, чтобы нормы позитивного права по общему правилу применялись механически, независимо от того, что, возможно, принципам морали в конкретной ситуации больше соответствовало бы иное решение¹⁶⁴. Поэтому право должно создавать баланс этических ценностей и иных политико-правовых ценностей. Р. Паунд писал, что «право не может игнорировать этику, но и не может полностью от неё зависеть»¹⁶⁵.

Если оценивать научный вклад Р. Паунда объективно, то становится очевидным, что этот ученый был талантливым компилятором, а отнюдь не революционером. Его учение было в целом вторично по отношению к трудам Р. Йеринга, Е. Эрлиха, Г. Канторовича, Ф. Хека и других европейских теоретиков права того времени, а также провидческим инсайтам О.У. Холмса в США. Кроме того, его взгляды не были в полной мере последовательными и со временем становились все более консервативными¹⁶⁶.

Но не стоит забывать о том, что для американской правовой науки это был период молодости. По сути, Р. Паунд был первым американским теоретиком права. Иногда его даже называли «деканом американской юриспруденции»¹⁶⁷. Роль Р. Паунда в становлении собственно американской правовой науки колоссальна. Именно его видение правовой теории во многом отразилось на всей американской юриспруденции в дальнейшем. Фактически он был основателем и первопроходцем политико-правовой парадигмы американской правовой науки.

Во второй половине XX в. интерес к трудам Р. Паунда в США постепенно снижается. Прежде всего потому, что его исследовательская программа была во многом реализована. Основные тезисы, за которые он агитировал, были интернализированы научным и судебным сообществом¹⁶⁸. Многие мысли Р. Паунда, в начале XX в. звучавшие в американском контексте достаточно смело, уже к середине века ста-

¹⁶³ Pound R. *The Ideal Element in Law*. P. 96.

¹⁶⁴ *Id.* *The Ideal Element in Law*. P. 100.

¹⁶⁵ *Id.* *Law and Morals — Jurisprudence and Ethics*. P. 222.

¹⁶⁶ Duxbury N. *Patterns of American Jurisprudence*. 1997. P. 62–63.

¹⁶⁷ Fisher III W.W., Horwitz M.J., Reed T.A. (eds.). *American Legal Realism*. 1993. P. 50.

¹⁶⁸ Wigor D. *Roscoe Pound: Philosopher of Law*. 1974. P. 234.

ли очевидными и неинтересными¹⁶⁹. Догматическая научная парадигма, представленная в США лэнгделлианским формализмом, не была столь сильно укоренена, как пандектистика в Германии. Поэтому ее сопротивление в рамках развернувших в начале XX в. споров было легко преодолено. Соответственно творчество Р. Паунда стало заложником его успеха. Во второй половине XX в. американская правовая наука постепенно выходит на лидирующие позиции в мире, перестает компилировать и начинает продуцировать и навязывать собственные научные теории, которые стали поглощать внимание молодых ученых. Творческий вклад Р. Паунда перестал быть интересен просто как истинная банальность. В этом важное отличие наследия Р. Паунда от куда более противоречивых и неоднозначных мыслей О.У. Холмса, которые вызывают живые обсуждения до сих пор, так как в силу своей радикализированности и некоторой провокационности зачастую не могут быть полностью приняты научным мейнстримом, но при этом задевают самые актуальные этические и правовые вопросы.

Кроме того, причина относительного забвения воззрений Р. Паунда состояла еще и в идеалистичности некоторых представлений этого ученого о государстве как благородном радетеле об общем благе. 1960–1980-е гг. знаменовались в США развалом социального консенсуса и накалом внутреннего социального, культурного и идеологического противостояния. Общество фрагментировалось на группы, имеющие свои собственные, нередко конфликтующие интересы. На авансцену в 1970–1980-е гг. вышла школа критических правовых исследований (*critical legal studies*), которая призвала честно признать, что право лишь притворяется, будто честно устанавливает баланс различных интересов, а в действительности преимущественно защищает интересы привилегированных элитных групп. Возникшая примерно тогда же теория публичного выбора (*public choice theory*) добавила масла в огонь. Согласно этой теории чиновники, включая законодателей и в некоторой степени судей, стремятся обеспечить свои собственные экономические и политические интересы, в том числе обменяв свои голоса за взносы и иные блага, предоставляемые им лоббистами. В этих условиях идеи Р. Паунда о праве как честном механизме защиты общественных интересов некоторым реалистически настроенным юристам казались идеалистическими и устаревшими. Как писал Дж. Стоун, «золотой век Паунда» прошел¹⁷⁰.

Но сказанное отнюдь не обесценивает значение его работ для того периода истории американского права.

Во-первых, благодаря энциклопедическим познаниям Р. Паунда американская правовая наука оказалась связана с европейским научно-правовым дискурсом. Своей популярностью в США Р. Йеринг, Е. Эрлих, Г. Канторович, Ф. Жени и многие другие заокеанские ученые обязаны именно Р. Паунду. Недаром он стал де-факто основателем сравнительного правоведения как научной дисциплины в США.

Во-вторых, ему удалось придать многим антидогматическим полуинтуитивным прозрениям О.У. Холмса академическую основательность, поместить их в европейский контекст правовой науки и впервые в США сформировать полную теорию

¹⁶⁹ Pound R. *Social Control Through Law*. P. XLIV.

¹⁷⁰ Цит. no: *Ibid*. P. XLVII.

правового прагматизма, которой было суждено стать доминирующей во второй половине XX в. После Р. Паунда лэнгделлианский формализм в США был обречен, а движение правовых реалистов в 1920–1930-е гг. окончательно уничтожило смертельно раненого прежнего гегемона.

Последователи Р. Паунда

Политико-правовую научную парадигму развивали и другие американские юристы. Защитников лэнгделлианского формализма в США уже к 1930-м гг. почти не осталось.

Идею об инструментальной природе права поддерживало все больше и больше юристов. Например, Дж. Бингэм в 1912 г. резко отвергал понимание права как системы норм и принципов, реализуемых государственной властью¹⁷¹.

Среди известных сторонников правового прагматизма следует особо выделить знаменитого американского судью Верховного суда, по-видимому, второго по популярности и авторитету после О.У. Холмса — Бенджамина Н. Кардозо. Его научные взгляды были очень близки к позиции Р. Паунда¹⁷². Но если Р. Паунд развивал прагматический подход к праву на академическом уровне, то Кардозо уточнял детали работы этой парадигмы применительно к судебному процессу. В части же вопросов научной методологии их точки зрения были почти идентичны¹⁷³. Б.Н. Кардозо отвергал саму возможность существования права как автономной системы и видел в нем прежде всего инструмент достижения конкретных социальных и этических целей. Формальная, историческая и традиционная стороны права имели для него важное значение, но никогда не исчерпывали природу этого феномена.

Среди активных сторонников развития новой научно-правовой парадигмы нельзя не назвать выдающегося американского философа и мыслителя Джона Дьюи, одного из лидеров философского прагматизма наряду с Ч. Пирсом и У. Джеймсом. В отличие от Ч. Пирса, который был все же чистым философом, и У. Джеймса, талантливого популяризатора нового философского направления, Дж. Дьюи был прежде всего реформатором и проводником прагматической философии в жизнь применительно к реальным социальным, гуманитарным и политическим проблемам.

Особенно большое влияние на право оказала его статья «Логический метод и право», опубликованная в 1924 г.¹⁷⁴ В ней Дж. Дьюи попытался показать, что логиче-

¹⁷¹ Bingham J. *What is Law?* // 11, *Michigan Law Review*. 1912. P. 1 ff.

¹⁷² Hull N.E.H. *Roscoe Pound and Karl Llewellyn. Searching for an American Jurisprudence*. 1997. P. 126.

¹⁷³ См.: Cardozo B.N. *The Nature of the Judicial Process*. 1921 (книга доступна в Интернете на сайте www.archive.org). Эта книга является, без сомнения, одной из самых цитируемых во всей американской правовой науке и, безусловно, наиболее авторитетной среди работ, посвященных судебной методологии. См. также: Id. *The Growth of the Law*. 1924; Id. *The Paradoxes of Legal Science*. 1927.

¹⁷⁴ Dewey J. *Logical Method and Law* // 10, *Cornell Law Quarterly*. 1924–1925. P. 17 ff.

ская систематизация права в любой его части (контрактное, деликтное, уголовное или иное право) очень важна. Позитивные нормы должны формировать максимально согласованную систему, так как это упрощает и ускоряет правовой анализ и облегчает поиск решения. Но систематизация права не является целью сама по себе, а представляет собой всего лишь инструмент по достижению истинных конечных целей права¹⁷⁵. Дж. Дьюи призывал к тому, чтобы признать любые обобщения и концепции полезными инструментами систематизации правовой сферы; не априорными аксиомами, а всего лишь рабочими гипотезами, актуальность которых поверяется результатами их применения.

При необходимости обеспечить потребности прогресса любые эти концепции и доктрины могут быть изменены или выдвинуты новые теории. Любая сакрализация рукотворных концепций становится преградой на пути насущных правовых реформ. Поэтому на повестке дня стоит внедрение в правовую сферу не столько формальной дедуктивной логики, механически выводящей решения из неких предустановленных оснований, сколько гибкой инструментальной логики, направленной на выбор решений с наиболее разумными последствиями. Дж. Дьюи писал, что «непонимание того, что общеправовые нормы и принципы являются всего лишь рабочими гипотезами,... объясняет тот парадокс, что либеральные лозунги одного периода часто становятся оплотом реакции в другом»¹⁷⁶.

Эта статья Дж. Дьюи стала сильнее ударом по лэнгделлианскому формализму концепций и в значительной степени дополнила картину той новой парадигмы, которую формировали О.У. Холмс, Р. Паунд и Б.Н. Кардозо, вписав в нее догматический элемент как имеющий определенную прагматическую, но далеко не абсолютную ценность.

В конце 1920-х гг. на авансцену американской правовой науки выходит движение правовых реалистов — плеяда молодых правоведов, в основном выходцев из Йельского и Колумбийского университетов. Основным организатором этого движения стал *Карл Ллевеллин*¹⁷⁷, выдающийся американский правовед, ведущий эксперт в области контрактного права и один из главных авторов Единообразного торгового кодекса США. Вторым, более радикальным лидером движения был юрист Дж. Фрэнк¹⁷⁸, впоследствии ставший известным судьей. Кроме них, значительную роль в движении играли такие известные ученые, судьи и юристы, как Г. Олифант¹⁷⁹, М. Радин¹⁸⁰, Дж.К. Хат-

¹⁷⁵ Dewey J. *Logical Method and Law*. P. 19.

¹⁷⁶ *Ibid.* P. 26–27.

¹⁷⁷ Llewellyn K.N. *A Realistic Jurisprudence — the Next Step* // 30, *Columbia Law Review*. 1930. P. 431 ff; *Id.* *Some Realism About Realism — Responding to Dean Pound* // 44, *Harvard Law Review*. 1930–1931. P. 1222 ff; *Id.* *The Bramble Bush. On Our Law and Its Study*. 1996.

¹⁷⁸ Frank J. *Law and the Modern Mind*. 1985.

¹⁷⁹ Oliphant H. *A Return to Stare Decisis* // 14, *American Bar Association Journal*. 1928. P. 71 ff.

¹⁸⁰ См., напр.: Radin M. *The Theory of Judicial Decision: Or How Judges Think* // 11, *American Bar Association Journal*. 1925. P. 357 ff.

чесон¹⁸¹, Ф. Коэн, У.У. Кук¹⁸², Х. Интема¹⁸³, Л. Грин¹⁸⁴, А. Мур¹⁸⁵, Ф. Роделл¹⁸⁶, Т. Арнольд¹⁸⁷ и ряд других правоведов, которые подняли в американской правовой науке того времени настоящий бунт против формализма. Публиковались десятки статей, выходили книги, проводились конференции — происходило все то, что в любой стране с признаками развитой научной жизни ассоциируется с понятием «научное движение». Эти ученые придерживались во многом различных взглядов, более того, не все они были согласны с тем, чтобы их относили к некому единому организованному движению. Это не позволяет говорить о какой-то единой правовой школе, но в целом общий для этих правоведов антиформалистский настрой и ряд общих базовых подходов и тем позволяют обозначить их активное творчество как полноценное научное движение.

Как и у сторонников движения за свободное право в Европе, в центре исследовательской программы американских реалистов были вопросы не столько научной, сколько судебной методологии. В большинстве своем эти авторы обращали внимание прежде всего на вопросы судебной методологии, свободу судебного усмотрения и правила следования прецедентам. Они ставили в качестве основной своей цели признание реальности судебного правотворчества. В отношении же научно-правовой методологии реалисты в основном просто восприняли и незначительно уточняли политико-правовую парадигму, сформированную О.У. Холмсом, Р. Паундом и Дж. Дьюи, в дополнение обозначив важность социологического изучения функционирования правовой системы.

За точку отсчета нового движения часто берут выступление профессора Школы права Колумбийского университета и президента Ассоциации американских правовых школ Германа Олифанта. На ежегодном съезде этой Ассоциации в 1927 г. он призвал ученых разрушить баррикады формализма и начать смотреть на право реалистично, изучать не тексты судебных решений, а причины и обстоятельства, в которых эти решения выносятся, не полагаться полностью на формальную логику с ее индукциями, дедукциями и аналогиями, а пытаться найти политику права, стоящую за этими логическими манипуляциями¹⁸⁸.

Известный юрист и активный сторонник правового реализма *Феликс Коэн* был одним из тех, кто интересовался вопросами научной методологии. Особую попу-

¹⁸¹ См., напр.: *Hutcheson J.C., Jr. The Judgment Intuitive: the Function of the «Hunch» in Judicial Decision // 14, Cornell Law Quarterly. 1928–1929. P. 274 ff.*

¹⁸² См., напр.: *Cook W.W. Scientific Method and the Law // 13, American Bar Association Journal. 1927. P. 303 ff.*

¹⁸³ См., напр.: *Yntema H. American Legal Realism in Retrospect // 14, Vanderbilt Law Review. 1960. P. 317–330.*

¹⁸⁴ См., напр.: *Green L. Innocent Misrepresentation // 19, Virginia Law Review. 1933. P. 242–252.*

¹⁸⁵ См., напр.: *Moore U., Callahan C.C. Law and Learning Theory: A Study in Legal Control // 53, Yale Law Journal. 1943. P. 1 ff.*

¹⁸⁶ См., напр.: *Rodell F. Goodbye to Law Reviews // 23, Virginia Law Review. 1936. P. 34 ff.*

¹⁸⁷ См., напр.: *Arnold T.W. Institute Priests and Yale Observers — A Reply to Dean Goodrich // 84, University of Pennsylvania Law Review. 1936. P. 811 ff.*

¹⁸⁸ Опубликовано годом позже: *Oliphant H. Op. cit. P. 71 ff.*

лярность приобрела его статья «Трансцендентальный нонсенс и функциональный подход», опубликованная в 1935 г. В этой статье он, развивая воззрения на науку права Р. Йеринга, О.У. Холмса, Р. Паунда и Дж. Дьюи, подверг жесткой критике концептуальный формализм и примкнул к функциональному, прагматическому подходу к праву. В частности, Ф. Коэн писал, что «эра классических юристов окончена» и по-настоящему творческие правоведы будущего не станут посвящать себя таксономии правовых концепций и систематизации принципов, вытекающих из «правильных» прецедентов. Ученые все больше будут сосредоточиваться на том, как на самом деле рассматриваются споры, и изучать вопросы политики права, которые станут основной точкой притяжения для научного анализа¹⁸⁹. Вместо анализа того, что допускает или не допускает некая правовая природа концепции договора или корпорации, юристы начнут изучать этические и иные прагматические преимущества и недостатки тех или иных правовых решений¹⁹⁰. Эти слова, как известно любому, кто знаком с нынешней американской правовой наукой, оказались провидческими.

Как считал Ф. Коэн, в рамках нового функционального подхода к правовому анализу явления оцениваются по их последствиям. В этом случае действует принцип, согласно которому, если хочешь понять какой-то феномен, надо оценить его в действии¹⁹¹. Ф. Коэн считал первым прагматиком права И. Бентама и справедливо отмечал, что наметившийся прагматический и функциональный подход в американской науке является вариацией утилитаризма, специфичной тем, что включает в рамки правового анализа широкий спектр данных из смежных наук, таких как психология, экономика, социология¹⁹², а также соображения этики¹⁹³.

Л. Фуллер и школа правового процесса

Движение правовых реалистов по ряду причин исчерпало себя к концу Второй мировой войны. Но политико-правовая научная методология все более и более укоренялась в американском праве. Странники большинства научных теорий, доминирующих в науке США во второй половине XX в., де-факто разделяли именно этот подход. Стало общепризнанным, что главное в работе ученого-юриста — найти решение, которое было бы наиболее содержательно рациональным (справедливым, моральным, либеральным, эффективным и т. п.). Соблюдение же формальной рациональности, обобщения, концепции, дедукции и индукции играют важную, но лишь второстепенную и исключительно инструментальную роль, упрощая понимание и преподавание права.

Этот подход в полной мере был свойствен и пришедшей на смену движению реалистов на авансцене американской правовой науки в середине XX в. школе правового

¹⁸⁹ Cohen F. *Transcendental Nonsense and the Functional Approach* // 35, *Columbia Law Review*. 1935. P. 833–834.

¹⁹⁰ *Ibid.* P. 847.

¹⁹¹ Cohen F. *The Problems of a Functional Jurisprudence* // 1, *Modern Law Review*. 1937–1938. P. 8.

¹⁹² *Ibid.* P. 25–26.

¹⁹³ Cohen F. *The Ethical Basis of Legal Criticism* // 41, *Yale Law Journal*. 1931–1932. P. 201 ff.

процесса (*legal process school*). Она настаивала на приоритетной роли нейтральных принципов, рационального развития права и институциональных основ распределения правотворческих функций и получила свое название по крайне популярному сборнику методических материалов американских правоведов Г.М. Харта и А.М. Сакса «Юридический процесс»¹⁹⁴. Среди наиболее активных сторонников этой школы были, помимо авторов этой программной работы, Г. Векслер¹⁹⁵ и Л. Фуллер¹⁹⁶.

Согласно теории *Генри Харта* и *Альберта Сакса* право представляет собой не статичный набор правил, а процесс, целевую деятельность, направленную на решение проблем общества¹⁹⁷. Отсюда и название новой теории — школа правового процесса. Разумное развитие права (*rational elaboration*) немислимо без участия ученых как в процессе поиска того, каким право должно быть, так и в анализе действующего права. Право является одновременно и динамичным и статичным. Компромисс здесь неизбежен. Эту идею позднее развивал Рональд Дворкин¹⁹⁸, близость которого школе правового процесса особенно заметна, если сравнить основные идеи Г. Харта и А. Сакса и знаменитую книгу Р. Дворкина «Империя права» (1986)¹⁹⁹.

Один из самых известных американских правоведов середины XX в. *Лон Фуллер*, примыкавший к школе правового процесса, радовался тому, что все реже в научных журналах встречаются распространенные ранее статьи, в которых автор начинает анализ с изучения некой внутренней природы той или иной правовой концепции и заканчивает дедуцированием из нее ответов на все связанные с ней вопросы, мало задумываясь о практических последствиях своих заключений²⁰⁰. Л. Фуллер был резко против таких злоупотреблений концептуальным мышлением. Но при этом он считал, что некоторые реалисты зашли слишком далеко в своем крестовом походе против концептуализма. Л. Фуллер, как и Дж. Дьюи, видел в обобщениях и концепциях определенную прагматическую пользу, и поэтому выступал лишь против злоупотребления концептуальным формализмом²⁰¹.

Реальное состояние правовой науки США

Как бы то ни было, сила, с которой О.У. Холмс, Р. Паунд, Дж. Дьюи и реалисты обрушились на формализм, лицемерие и фикции, доминировавшие в праве ранее, была настолько мощной, что к середине XX в. американское право, по всей видимости, оказалось наименее догматичным, наиболее инновационным и прагматичным в мире. Из правовой науки США во второй половине XX в. представление

¹⁹⁴ Hart H.M., Sacks A.M. *The Legal Process. Basic Problems in the Making and Application of Law*. 1994.

¹⁹⁵ См., напр.: Wechsler H. *Toward Neutral Principles of Constitutional Law* // 73, *Harvard Law Review*. 1959. P. 1 ff.

¹⁹⁶ См., напр.: Fuller L.L. *The Forms and Limits of Adjudication* // 92 *Harvard Law Review*. 1978. P. 353 ff.

¹⁹⁷ Hart H.M., Sacks A.M. *Op. cit.* P. XCII, 148.

¹⁹⁸ *Ibid.* P. CXXXI.

¹⁹⁹ Dworkin R. *Law's Empire*. 1986.

²⁰⁰ Fuller L.L. *American Legal Realism* // 82, *University of Pennsylvania Law Review*. 1933–1934. P. 443.

²⁰¹ *Ibid.* P. 447–448.

о праве как самодостаточной системе было вытеснено полностью и без каких-либо надежд на возвращение²⁰². Американские юристы перестали верить в лэнгделлианское понимание права как автономной системы формально согласованных концепций и принципов²⁰³.

Правопонимание юристов, юридическое образование и методология научного исследования в США сильно изменились²⁰⁴. В литературе отмечается, что социологическая юриспруденция сейчас стала «чуть ли не официальной американской судебной доктриной»²⁰⁵. Господство инструментального и прагматического подхода к праву и научному анализу обычно характеризуется как банальная истина²⁰⁶. Большинство юристов, ученых и судей воспринимают право как социальный регулятор, направленный на достижение конкретных социальных целей, а соответственно изучаемый, толкуемый и развиваемый именно как инструмент социальной инженерии, а не как объективно существующая замкнутая трансцендентная область, состоящая из систематизированных и логически непротиворечивых правовых норм. Например, известный современный философ права Дж. Рац характеризует право как инструмент, который, как и любой инструмент, должен оцениваться по его способности достигать поставленных целей²⁰⁷.

Концептуальный формализм был полностью дискредитирован, а некоторые даже отмечают, что в современной правовой науке США сторонников такого варианта формализма в принципе не существует²⁰⁸. Правоведы почти единодушно признают, что роль правовых концепций и доктрин чисто инструментальная и не абсолютная. Когда одного из двух самых выдающихся классиков договорного права США первой половины XX в. А. Корбина спросили, верит ли он в существование правовых принципов, тот ответил, что верит, но не считает их спускающимися откуда-то с небес, а видит в них лишь индуктивные обобщения судебной практики, подверженные изменениям при возникновении новых обстоятельств²⁰⁹. В этих словах нашел отражение новый консенсус о значении правовых обобщений, концепций и доктрин, который сформировался в американском праве к середине XX в. и доминирует до сих пор. Американская правовая наука больше не вернулась к классической догматической форме²¹⁰.

²⁰² Posner R. *The Decline of Law As an Autonomous Discipline: 1962–1987* // 100, *Harvard Law Review*. 1986–1987. P. 761 ff.

²⁰³ Duxbury N. *The Reinvention of American Legal Realism* // 12, *Legal Studies*. 1992. P. 138.

²⁰⁴ Freeman M. *Law and Sociology* // *Law and Sociology. Current Legal Issues*. 2005. Vol. 8 / ed. by M. Freeman. Oxford, 2006. P. 2.

²⁰⁵ Коммейджер Г. *Американское сознание // США: экономика, политика, идеология*. 1993. № 10. С. 106.

²⁰⁶ Rorty R. *The Banality of Pragmatism* // *South California Law Review*. 1990. № 63. P. 1811.

²⁰⁷ Raz J. *The Rule of Law and its Virtue*. in: *Authority of Law*. Oxford, 1979. P. 225–226.

²⁰⁸ Tamanaha B.Z. *Realistic Socio-Legal Theory. Pragmatism and A Social Theory of Law*. 2004. P. 35–36.

²⁰⁹ *Id.* *Law as a Means to an End. Threat to the Rule of Law*. 2006. P. 67.

²¹⁰ Grechenig K., Gelter M. *The Transatlantic Divergence in Legal Thought: American Law and Economics vs. German Doctrinalism* // *University of St. Gallen Law School. Law and Economics Research Paper Series. Working Paper № 2007-25*. P. 18 (доступно в Интернете на сайте www.ssrn.com).

При этом считается, что правовые концепции и систематика права имеют важное практическое значение, так как задают систему координат и влияют на мышление судей и юристов в целом, определяя некую схему мышления и терминологию. Но, как отмечается в литературе, современные американские юристы более не считают систематизацию права и формальное согласование правовых концепций предметом серьезных научных усилий. Считается, что догматическая обработка позитивного права полезна в большей степени с педагогической точки зрения, и в целом она рассматривается как второстепенное и рутинное научное занятие²¹¹. Все усилия амбициозных ученых направлены скорее на область политики права, поиск наиболее справедливых, экономически эффективных, моральных и либеральных ответов, которые право может дать на многие животрепещущие и фундаментальные вопросы реальной социальной жизни и экономики: от эвтаназии, смертной казни и расовой дискриминации до сугубо частных проблем контрактного, деликтного и корпоративного права.

Во второй половине XX в. споры в правовой науке преимущественно разгорались уже в отношении той или иной теории политики права. В самом общем виде обозначим основные направления научной мысли, порожденные антидогматической революцией начала XX в.

1. Огромное число американских ученых (юристов, экономистов, социологов и психологов) со времен реалистов было вовлечено и до сих пор постоянно вовлекается в изучение реалий функционирования правовой системы (социоправовой анализ). Проводятся многочисленные статистические и социологические исследования, которые оказываются очень полезными для целей понимания и реформирования действующего позитивного права. Из наиболее громких можно назвать ставшее уже классическим исследование Р. Элликсона о порядке разрешения споров между фермерами, значительно скорректировавшее базовые методологические постулаты экономического анализа права и показавшее важнейшее значение социальных норм²¹². Т. Улен даже предположил, что вскоре можно будет себе представить вручение Нобелевской премии в области правовой науки²¹³. Анализируются психологические особенности мышления судей и иных активных участников правовой сферы. Эксперименты, опросы, статистика и многие другие элементы эмпирического научного анализа, которые начисто отсутствуют в российской правовой науке, являются важнейшим элементом американской юриспруденции.
2. В 1970-е гг. на авансцену американской правовой науки вышло левое движение критических правовых исследований, соединившее правовой реализм, с одной стороны, и критическую философию Франкфуртской школы и теорию гегемонии Грамши, с другой. Такие известные правоведы, как Унгер, Кеннеди, Хорвиц, Зингер, Тушне, Келман, Хатчинсон, Гордон, а также многие другие сторонники

²¹¹ *Grey T.C. Langdell's Orthodoxy. P. 49.*

²¹² *Ellickson R.C. Of Coase and Cattle: Dispute Resolution Among Neighbors in Shasta County // 38, Stanford Law Review. 1986. P. 623 ff.*

²¹³ *Ulen T.S. A Nobel Prize in Legal Science: Theory, Empirical Work, and the Scientific Method in the Study of Law // 2002, University of Illinois Law Review. 2002. P. 875 ff.*

движения критических правовых исследований в период его зенита в 1980-е гг. углубили понимание реалий права, открывая его политическую подоплеку, выявляя точки влияния идеологических и политических интересов элит в сфере права. Лозунг «критиков» гласит, что «право — это политика». Они считали, что право, притворяющееся беспристрастным и механическим, на самом деле скрытым образом легитимизирует те социальные структуры и иерархии, которые выгодны правящим элитам²¹⁴. Обнаруживая реальные приводные ремни права, сторонники этого течения пытались просветить общественность и подорвать основу манипулятивной тактики элит²¹⁵. Именно в этом разоблачении «критики» видели смысл научного исследования. В 1990-е гг. в период резкого падения популярности неомарксистской риторики движение критических правовых исследований неожиданно (или, напротив, вполне предсказуемо) прекратило свое существование, однако, несмотря на это, анализ права в контексте политики продолжает будоражить умы правоведов, в том числе и в связи с теорией публичного выбора (*public choice theory*)²¹⁶.

3. Экономический анализ права, ставший со времен его появления в 1970-е гг., пожалуй, самой успешной и влиятельной политико-правовой методологией в США²¹⁷, представляет собой квинтэссенцию инструментального понимания права²¹⁸. Процветание экономического анализа права в США и ограниченность его рецепции в Германии или Франции иногда объясняют полным успехом антидогматического движения в США и более ограниченным успехом по смещению классической цивилистической парадигмы в Европе²¹⁹. О.У. Холмс, Р. Паунд, реалисты и их последователи полностью низвергли догматический анализ, показав его бесплодность и консерватизм, убедив всех в приоритетности политико-правовой парадигмы. Но при этом они не смогли предложить более конкретную методологию поиска наиболее содержательно рациональных норм. В итоге ощущение того вакуума, в котором оказалась американская наука, не могло не спровоцировать лучшие и самые пытливые умы попытаться его заполнить, предложив полноценную методологию политико-правового анализа. Первой такой теорией стал экономический анализ права. Сторонники экономического анализа взялись всерьез разрабатывать научную теорию политико-правового выбора, продвигаясь дальше общих слов о необходимости балансирования интересов в духе Р. Паунда и О.У. Холмса. На сегодня эту научную

²¹⁴ Martin M. *Legal Realism. American and Scandinavian*. 1997. P. 210.

²¹⁵ О непростом взаимоотношении теории правового реализма и критических правовых исследований см.: Been W., de. *Legal Realism Regained. Saving Realism from Critical Acclaim*. 2008.

²¹⁶ См., напр.: Farber D.A., Frickey P.P. *Law and Public Choice. A Critical Introduction*. 1991; Id. *The Jurisprudence of Public Choice* // 65, *Texas Law Review*. Vol. 65. 1986–1987. P. 873–927. О применении теории публичного выбора к вопросам судебной методологии и толкования законов см.: Macey J.R. *Promoting Public-Regarding Legislation Through Statutory Interpretation: an Interest Group Model* // 86, *Columbia Law Review*. 1986. P. 223 ff.

²¹⁷ Статистику, подтверждающую рост количества научных статей, написанных на основе методологии экономического анализа права в том числе и в 1990-е гг., см.: Ellickson R.C. *Trends in Legal Scholarship: A Statistical Study* // 29, *Journal of Legal Studies*. 2000. P. 517 ff.

²¹⁸ Tamanaha B.Z. *Realistic Socio-Legal Theory. Pragmatism and A Social Theory of Law*. P. 44.

²¹⁹ Grechenig K., Gelter M. *Op. cit.* P. 42–43.

методологию используют сотни американских ученых и профессоров. Ежегодно выходит множество статей и научных монографий, постоянно переиздаются учебники по *law & economics*²²⁰. Издаются специальные журналы, печатаются сборники и проводятся конференции. В университетах студенты проходят углубленные курсы *law & economics*. Более того, в последнее время от классического экономического анализа права начали отпочковываться новые политико-правовые направления, такие, например, как бихевио-экономический анализ права (Коробкин, Улен, Санстайн и др.)²²¹.

Основная идея экономического анализа права состоит в том, чтобы подсказать правотворцам, какие нормы будут наиболее экономически эффективными. Используя современные методы экономической науки, правоведы моделируют последствия применения разных вариантов норм. В итоге отбирается та из них, которая максимизирует экономическую эффективность, т. е. достигает максимальной экономической выгоды с наименьшими издержками. У такой методологии множество преимуществ и недостатков, вызывающих жесточайшие споры в американских и европейских академических кругах. Но ее бесспорное преимущество в том, что она позволяет действительно во многих (но далеко не во всех) случаях просчитать последствия применения различных норм и делать осмысленные и научно обоснованные предложения правотворцам. Экономический анализ права стал первой более или менее конкретной попыткой сформировать полноценную политико-правовую методологию. Но думается, что некоторые дефекты этой методологии оставляют ученым еще много работы по окончательному наполнению политико-правовой научной парадигмы конкретным методологическим содержанием.

4. Широко представлены в американской науке и многочисленны правовые теории, делающие упор на достижение справедливости и максимизацию защиты прав человека. Здесь можно отметить знаменитую теорию справедливости Джона Ролза²²², теорию естественных прав австралийского философа права Джона Финниса²²³ и труды англо-американского правоведа Рональда Дворкина, выдвинувшего одну из самых амбициозных теорий правового процесса и роли прав человека в развитии этических принципов права²²⁴.
5. Наконец, следует отметить и современный американский правовой прагматизм. Данное направление следует изначальной прагматической линии основателей новой научной парадигмы и носит интегративный характер. Современный правовой прагматизм ставит во главу угла поиск оптимальной политики права с учетом раз-

²²⁰ Основные учебники по экономическому анализу права см.: Познер Р. *Экономический анализ права*. В 2 т. СПб., 2004; Cooter R., Ulen T. *Law and Economics*. 2004; Polinsky M. *An Introduction to Law and Economics*. 2003.

²²¹ См., напр.: Korobkin R.B., Ulen T.S. *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics* // 88, *California Law Review*. 2000. P. 1051 ff.

²²² Ролз Дж. *Теория справедливости*. Новосибирск, 1995.

²²³ Finnis J. *Natural Law and Natural Rights*. 1980.

²²⁴ Dworkin R. *Law's Empire*. 1986; Дворкин Р. *О правах всерьез*. М., 2004.

личных целей права — от достижения справедливости до экономической эффективности²²⁵. Это направление шире экономического анализа права, так как берет в расчет в качестве политико-правовых векторов не только экономическую эффективность, но и иные нормативные факторы, включая деонтологические, такие как справедливость, права человека, мораль и т. п.

В настоящей статье мы не ставим себе целью подробное изучение ни одной из этих теорий. Мы лишь хотим показать то направление, в котором в последние годы движется американская правовая наука.

Заключение

Выше мы постарались показать то, как политико-правовая научная парадигма отвоёвывала себе место под солнцем в правовой науке разных стран. К концу XX в. большинству ученых-правоведов стала очевидна важность анализа права *de lege ferenda* с точки зрения критериев содержательной рациональности. Такие факторы, как права человека, моральные ценности западной культуры, экономическая эффективность, дистрибутивная и иные формы справедливости, пределы патернализма, окончательно проникли в сферу правовой науки и разрушили миф о возможности существования права как сугубо формальной и автономной системы понятий, концепций и позитивных норм. Ученые не могут анализировать те или иные проблемы публичного или частного права, не принимая во внимание политико-правовой контекст, ценности, идеалы и запросы общества и бизнеса.

Конечно, степень успеха новой политико-правовой научной парадигмы различается по обоим берегам Атлантики. В США догматика права перестала существовать как серьезное научное предприятие и сохранилась только на уровне учебников и вторичных научных публикаций. На европейском же континенте, судя по доступным нам источникам, можно говорить лишь о некоем паритете между догматической и политико-правовой научными парадигмами. Концепции, обобщения, доктрины здесь играют как минимум не менее важную роль, чем соображения справедливости, этики и экономической эффективности.

Не пора ли и российской правовой науке подключиться к анализу того, какие правовые нормы позволят сделать жизнь нашей страны лучше, и начать формировать позитивную программу правовых реформ, а не покорно комментировать уже вышедшие законы? Не стоит ли еще раз прислушаться к призывам российских дореволюционных юристов (С.А. Муромцева, Ю.С. Гамбарова, Г.Ф. Шершеневича, С.В. Пахмана, И.А. Покровского и других) начать изучать право с точки зрения его политики, а не одной лишь голой догматики и истории?

²²⁵ О современном американском правовом прагматизме см.: Grey T.C. *Holmes and Legal Pragmatism*. P. 787 ff; Siegel M.L. *Pragmatism Applied: Imagining a Solution to the Problem of Court Congestion* // 22, *Hofstra Law Review*. 1993–1994. P. 567 ff; Farber D.A. *Reinventing Brandeis: Legal Pragmatism for the Twenty-First Century* // 1995, *University of Illinois Law Review*. 1995. P. 163 ff; Cotter T.F. *Legal Pragmatism and the Law and Economic Movement* // 84, *The Georgetown Law Journal*. 1995–1996. P. 2071 ff; Farber D.A. *The Inevitability of Practical Reason: Statutes, Formalism, and the Rule of Law* // 45, *Vanderbilt Law Review*. 1992. P. 533.

На наш взгляд, давно пора сформировать новое направление в правовой науке, которое будет заниматься научным поиском наиболее справедливых, этичных и эффективных нормативных решений и тем самым помогать правотворческим органам в осуществлении их основной деятельности. Чем больше молодых ученых воспримут этот призыв, тем раньше российская наука выйдет из глубокой спячки, тем скорее профессия правоведа приобретет наконец какой-то практический смысл и тем более серьезным окажется вклад науки в решение насущных проблем развития нашей страны.

Остается только самое сложное — сформировать приемлемую методологию данной научной парадигмы и начать применять ее к актуальным частноправовым проблемам. Для этого необходимо наконец открыть научные границы, расширить горизонты и вовлечься в мировой научный дискурс, который уже более века мучительно формирует конкретную методологию политико-правовой парадигмы. Без глубокого изучения экономического анализа права и альтернативных политико-правовых методологий со всеми их преимуществами и дефектами, без серьезной сравнительно-правовой работы и без расширения кругозора цивилистов за счет современных достижений таких наук, как экономика, социология, психология и моральная философия, сдвинуть дело с мертвой точки не получится.

Будущее покажет, насколько эта задача выполнима в условиях нашей крайне пассивной научной жизни. Но успех страны в немалой степени зависит от того, насколько эффективно удастся эту проблему решить и соответственно насколько открыта, динамична и энергична будет российская правовая наука. В конечном счете ее судьба во многом зависит от молодых ученых. Думается, именно они смогут наконец развернуть правовую науку в сторону будущего и при этом не потерять из виду мудрость прошлого.