

САНКТ-ПЕТЕРБУРГСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ
УРАЛЬСКАЯ ГОСУДАРСТВЕННАЯ ЮРИДИЧЕСКАЯ АКАДЕМИЯ

РОССИЙСКИЙ ЕЖЕГОДНИК
ТЕОРИИ ПРАВА

№ 1
2008

RUSSIAN YEARBOOK
OF LEGAL THEORY

№ 1
2008



УНИВЕРСИТЕТСКИЙ
ИЗДАТЕЛЬСКИЙ КОНСОРЦИУМ
ЮРИДИЧЕСКАЯ КНИГА

2009

СОДЕРЖАНИЕ

ББК 67.0
УДК 340.12
Р76

РЕДАКЦИОННАЯ КОЛЛЕГИЯ:

Поляков А. В. (главный редактор, Санкт-Петербург), Антонов М. В. (ответственный секретарь, Санкт-Петербург), Днепровская И. В. (Чита), Касаткин С. Н. (Самара), Луковская Д. И. (Санкт-Петербург), Стоба А. В. (Харьков, Украина), Тимошина Е. В. (Санкт-Петербург), Честнов И. Л. (Санкт-Петербург), Четвернин В. А. (Москва).

РЕДАКЦИОННЫЙ СОВЕТ:

Атиенза М. (Аликанте, Испания), Булыгин Е. В. (Буэнос-Айрес, Аргентина), Ван Хук М. (Гент, Бельгия), Варга Ч. (Будапешт, Венгрия), Графский В. Г. (Москва), Кравиц В. (Мюнстер, Германия), Максимов С. И. (Харьков, Украина), Лазарев В. В. (Москва), Мамут Л. С. (Москва)

В первом номере «Российского ежегодника теории права» собраны разнообразные материалы, позволяющие обозреть все многообразие современной палитры теоретико-правовой мысли как в России, так и за рубежом. Ведущими российскими учеными прокомментированы современные варианты правопонимания, сложившиеся на постсоветском пространстве. Впервые переведены на русский язык и представлены читателю статьи ряда авторитетных зарубежных авторов по ключевым проблемам теории права. Одно из центральных мест в Ежегоднике занимают публикации классических теоретико-правовых работ XX в., отражающие идеи таких малоизвестных в России направлений, как правовой экзистенциализм, правовой реализм, коммуникативный подход к праву и др. Привлекает внимание читателей и впервые переведенная на русский язык полемика между ведущим представителем социологической школы права О. Эрлихом и знаменитым создателем «чистой» теории права Г. Кельзеном. В разделе «Петербургская школа философии права» публикуются как новые материалы о творчестве Л. И. Петражицкого, так и неизвестная в России работа этого великого правоведа.

Издание предназначено для всех интересующихся теорией, философией и социологией права; оно также может использоваться как учебное пособие и хрестоматия по курсам «Теория права и государства», «Философия права», «Социология права», «История правовых учений», читаемым на юридических факультетах и в вузах.

Р76 **Российский ежегодник теории права.** № 1. 2008 / Под ред. д-ра юрид. наук А. В. Полякова. — СПб.: ООО «Университетский издательский консорциум "Юридическая книга"», 2009. — 872 с.
ISBN 978-5-91661-015-4

EDITORIAL COMMITTEE:

Andrey V. Polyakov (Editor-in-Chief, Saint-Petersburg), Mikhail V. Antonov (Executive Editor, Saint-Petersburg), Inessa V. Dneprovskaya (Chita), Sergey N. Kasatkin (Samara), Dzhenevra I. Lukovskaya (Saint-Petersburg), Alexey V. Stobva (Kharkov, Ukraine), Elena V. Timoshina (Saint-Petersburg), Ilya L. Chestnov (Saint-Petersburg), Vladimir A. Chetvernin (Moscow) Ukraine), Valery V. Lazarev (Moscow), Leonid S. Mamut (Moscow)

EDITORIAL COUNCIL:

Manuel Atienza (Alicante, Spain), Eugenio Bulygin (Buenos-Aires, Argentina), Mark Van Hoecke (Gent, Belgium), Csaba Varga (Budapest, Hungary), Vladimir G. Grafsky (Moscow), Werner Kravitz (Münster, Germany), Sergiy I. Maksimov (Kharkov, Ukraine), Valery V. Lazarev (Moscow), Leonid S. Mamut (Moscow)

The first volume of the "Russian Yearbook of Legal Theory" incorporates various materials which allow to review the whole diversity of the modern pattern of thought in the field of legal theory both in Russia and abroad. Leading Russian scholars give comments on the contemporaneous ways of legal understanding emerged in the post-Soviet space. Some works on legal theory which are created in the XX century and reflect the ideas of approaches not widely known in Russia, such as legal existentialism, legal realism, communicative approach to law et al. The discussion between the major representative of the sociological school of law Eugen Ehrlich and well-known author of the "pure" theory of law Hans Kelsen would draw attention of the reader, for it is translated into Russian for the first time. The section "Saint-Petersburg School of Legal Philosophy" includes new materials related to the work of Leon Petrazicki along with his own paper not previously known in Russia.

The volume is intended for anyone who is interested in theory, philosophy and sociology of law; it may also be used both as the textbook and anthology for the courses of "Theory of Law and State", "Philosophy of Law", "Sociology of Law", "History of Legal Teachings" read at law faculties and higher education institutions.

© Авторы статей, переводчики, 2009
© ООО «Университетский издательский консорциум "Юридическая книга"», 2009

ISBN 978-5-91661-015-4

ОТ ГЛАВНОГО РЕДАКТОРА

6

СОВРЕМЕННОЕ ПРАВОПОНИМАНИЕ: КОНЦЕПТУАЛЬНЫЕ ПОДХОДЫ

ПОЛЯКОВ А. В. (РОССИЯ)	ПРОЩАНИЕ С КЛАССИКОЙ, ИЛИ КАК ВОЗМОЖНА КОММУНИКАТИВНАЯ ТЕОРИЯ ПРАВА	9
ВАРЛАМОВА Н. В. (РОССИЯ)	ПОНИМАНИЕ СВОБОДЫ, РАВЕНСТВА И СПРАВЕДЛИВОСТИ В КОНТЕКСТЕ ЛИБЕРТАРНОЙ КОНЦЕПЦИИ ПРАВА	43
ЧЕСТНОВ И. Л. (РОССИЯ)	ДИАЛОГИЧЕСКАЯ АНТРОПОЛОГИЯ ПРАВА КАК ПОСТКЛАССИЧЕСКИЙ ТИП ПРАВОПОНИМАНИЯ: К ФОРМИРОВАНИЮ НОВОЙ КОНЦЕПЦИИ	67
СТОВБА А. В. (УКРАИНА)	ПРАВОСУДИЕ: ПРОЦЕСС, СОБЫТИЕ, ПРОИСШЕСТВИЕ? КАУЗАЛЬНЫЕ РЯДЫ ВИНЫ И ПРИГОВОРА	84
СЫРЫХ В. М. (РОССИЯ)	ОСНОВЫ МАТЕРИАЛИСТИЧЕСКОГО ПРАВОПОНИМАНИЯ	99
МАКСИМОВ С. И. (УКРАИНА)	МИРОВОЗЗРЕНЧЕСКО-МЕТОДОЛОГИЧЕСКИЕ ПОДХОДЫ К ОСМЫСЛЕНИЮ ПРАВА	124

ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОЙ ОНТОЛОГИИ

СТОВБА А. В. (УКРАИНА)	АРТУР КАУФМАНН: В ПОИСКАХ «ЦЕЛОГО» ПРАВА	144
КЛУФМАНН А. (ГЕРМАНИЯ)	ОНТОЛОГИЧЕСКАЯ СТРУКТУРА ПРАВА	151
СТОВБА А. В. (УКРАИНА)	ВЕРНЕР МАЙХОФЕР: ОТ «БЫТИЯ И ВРЕМЕНИ» К «ПРАВУ И БЫТИЮ»	175
МАЙХОФЕР В. (ГЕРМАНИЯ)	ПРАВО И БЫТИЕ	186
КАСАТКИН С. Н. (РОССИЯ)	НОРМАТИВНО-РЕАЛИСТИЧЕСКАЯ ПЕРСПЕКТИВА ФИЛОСОФИИ ПРАВА	259
ПАТТАРО Э. (ИТАЛИЯ)	НЕТ ПРАВА БЕЗ НОРМ	284
ВАРГА Ч. (ВЕНГРИЯ)	ПРИРОДА ПРАВА И ПРАВОВОЕ МЫШЛЕНИЕ	343
АНДРИАНОВ Н. В. (РОССИЯ)	ПРАВОСУБЪЕКТНОСТЬ: РЕЗОНЫ И РИЗОМЫ	357

СОДЕРЖАНИЕ		СОДЕРЖАНИЕ	
ПРАВО И КОММУНИКАЦИЯ		Скандинавский правовой реализм	
ПОЛЯКОВ А. В. (РОССИЯ)	ТЕОРИЯ ПРАВА В ЭПОХУ ГЛОБАЛИЗАЦИИ	АНТОНОВ М. В. (РОССИЯ)	СКАНДИНАВСКАЯ ШКОЛА ПРАВОГО РЕАЛИЗМА
ВАН ХУК М. (БЕЛГИЯ)	ПРАВО КАК КОММУНИКАЦИЯ	ОЛИВЕКРОНА К. (ШВЕДИЯ)	ПРАВО КАК ФАКТ
КРАВИЦ В. (ГЕРМАНИЯ)	ПЕРЕСМОТР ПОНЯТИЯ ПРАВА: ДИРЕКТИВЫ И НОРМЫ СТОЧКИ ЗРЕНИЯ НОВОГО ПРАВОГО РЕАЛИЗМА	433	645
ЮРИДИЧЕСКАЯ ЛОГИКА И ЮРИДИЧЕСКАЯ АРГУМЕНТАЦИЯ		Позитивистская теория права	
АЛЕКСИ Р. (ГЕРМАНИЯ)	ЮРИДИЧЕСКАЯ АРГУМЕНТАЦИЯ КАК РАЦИОНАЛЬНЫЙ ДИСКУРС	446	669
РАЗД. (США)	МЫСЛЯ С ПОМОЩЬЮ ПРАВИЛ	457	753
АЛЕКСАНДРОВ А. С. (РОССИЯ)	ДИСПОЗИТИВ ДОКАЗЫВАНИЯ И АРГУМЕНТАЦИЯ В УГОЛОВ- НОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ	473	786
ЛИСАНЮК Е. Н. (РОССИЯ)	ФОРМАЛЬНО-ПРАГМАТИЧЕСКАЯ ПРОЦЕДУРА АНАЛИЗА АПЕЛЛИРУЮЩИХ АРГУМЕНТОВ	498	805
ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОЙ ЭПИСТЕМОЛОГИИ		НОВЫЕ ОСНОВАНИЯ ЛОГИКИ И КЛАССИФИКАЦИЯ НАУК	
ШАУЕР Ф. (США)	СУЩЕСТВУЕТ ЛИ ПОНЯТИЕ ПРАВА?	510	825
СОВРЕМЕННАЯ ФИЛОСОФИЯ ПРАВА		РЕЦЕНЗИЯ НА КНИГУ: LAW AND MORALITY. BY LEON PETRAZYCKI. TRANSLATED BY HUGH W. BABB. INTRODUCTION BY NICHOLASS. TIMASHEFF. CAMBRIDGE: HARVARD UNIVERSITY PRESS. 1955. PP. XLVI, 335	
МЕЛКЕВИК Б. (КАНАДА)	ФИЛОСОФИЯ ПРАВА В ПОТОКЕ СОВРЕМЕННОСТИ	527	847
ФИЛОСОФИЯ, СОЦИОЛОГИЯ И ТЕОРИЯ ПРАВА XX ВЕКА		ДИССЕРТАЦИОННЫЕ ИССЛЕДОВАНИЯ	
КОТТЕРРЕЛЛ Р. (ВЕЛИКОБРИТАНИЯ)	<i>Социологическая теория права</i> ЭРЛИХ НА ОКРАИНЕ ИМПЕРИИ: ЦЕНТРЫ И ПЕРИФЕРИИ В ПРАВОВЫХ ИССЛЕДОВАНИЯХ	546	855
АНТОНОВ М. В. (РОССИЯ)	У ИСТОКОВ СОЦИОЛОГИИ ПРАВА: ОЙГЕН ЭРЛИХ	565	857
ЭРЛИХ О. (АВСТРИЯ)	СОЦИОЛОГИЯ ПРАВА	593	862
	ДИСКУССИЯ Г. КЕЛЬЗЕНА И О. ЭРЛИХА	604	

того, что происходит в действительности». Но это предложение было мною процитировано дословно применительно к описанию Эрлихом живого права (с. 873, строчки 9–12) и поэтому дано в кавычках.

Я принимаю благоприятную для профессора Эрлиха оценку его положений, отметив, что он не читал эту часть моей рецензии.

В моей «Реплике», где я мог ссыльаться на уже сказанное ранее (что на самом деле я и делал), я передал заложенную в цитированное предложение мысль по поводу «живого права» в форме следующего предложения: «Правоведение занимается не только отображением того, что предписывает закон (т. е. правилом должно-го), но также тем, что фактически происходит». Мне, равно как и любому другому способному мыслить объективно, должно быть совершенно непонятно, в чем моя передача указанного предложения из книги Эрлиха искажает его смысл. Если Эрлих утверждает, что слова цитируемого предложения относятся именно к правоведению, то ведь тот же самый смысл имеет и приводимое в моей «Реплике» описание, где я также делаю «правоведение» субъектом предложения.

СОЦИОЛОГИЧЕСКАЯ ТЕОРИЯ ПРАВА

М. В. Антонов*

Скандинавская школа правового реализма

На фоне роста и усложнения теоретического знания о праве в первой половине XX в. два шведских ученых-правоведа — Аксель Хэгерстрём (1868–1939) и Вильгельм Лундштедт (1882–1955) — рискнули поставить вопрос об изучении права таким, каково оно есть в эмпирически воспринимаемой реальности. Обшим для этих двух мыслителей стал отказ от рассмотрения в качестве права всего того, что не имело опоры в «фактически обусловленных понятиях», что отсылало к неким субстанциям или явлениям, не связанным с окружающим миром. При всем сходстве исходных посылок данный подход позиционировал себя как более радикальный по сравнению с социологическим позитивизмом: основным моментом правового реализма стало отрицание характерной для социологического направления двойственности правовой реальности (нормативно-фактической у Эрлиха, идеалреалистической у Гурвича и т. п.). Как считали Хэгерстрём и его последователи, право имеет только «психофизическое» измерение — все остальное является метафизическими иллюзиями, которыми люди обманывают самих себя.

Уже из этой краткой характеристики реализма (у отдельных представителей которого были довольно значительные разногласия между собой по отдельным частным вопросам) становился ясен будущий проблемный круг этого движения. Что есть фактическость, какие понятия отвечают критерию фактической обусловленности, возможно ли вообще понятие с фактическим содержанием, и что, по большому счету, понимается под «фактом» и «реальностью»? В трудах двух других грандов скандинавского реализма — Карла Оливекроны (1897–1980) и Альфа Росса (1899–1979) — эти базовые вопросы получили более детальное освещение, хотя не во всем эти ученые следовали программе Лундштедта и Хэгерстрёма, пытаясь подстроить свои теории под общую динамику философско-правовой мысли. Особенно это относится к датчанину Россу, который был ближе к американской традиции правового реализма, чем к традиции собственно скандинавской.¹

* Антонов Михаил Валерьевич — кандидат юридических наук, преподаватель юридического факультета СПбГУ.

¹ Здесь и далее при употреблении терминов «реализм», «реалисты» будет иметься в виду только скандинавское направление правового реализма. Исследование американского правового реализма в рамках настоящего исследования не входит. Отметим лишь, что основное различие между американской и скандинавской версиями правового реализма сводится к предмету исследования: для американского реализма это процесс вынесения судебных решений (*adjudication*),

Научно-философской базой этого направления стали социальный дарвинизм, бихевиоризм, психологизм, а также общий научный дух той эпохи, стремящийся к конструированию позитивного, эмпирически верифицируемого знания. В данном плане скандинавский реализм проявил себя как разновидность философского натурализма, как попытка освободиться от «метафизических» категорий и вывести знание из непосредственных эмпирических ощущений и связанных с ними представлений. Так, реалисты пытались выделить в понятии права два аспекта: эмпирическую реальность права и внеэмпирическое основание действительности, причем второе измерение права должно было быть освобождено от связи с метафизикой и приведено в соответствие с первым эмпирическим измерением. Как утверждал Росс, «нашей целью является избавление от метафизической трактовки принадлежащих к действительности понятий и их реинтерпретация в реалистическом аспекте».²

В связи с этим не будет преувеличением сказать, что правовой реализм сформировался именно как полемическое движение, как протест против «антинеучности» положений господствовавших в XX в., особенно в первой его половине, направлений. В первую очередь это как раз другое направление позитивизма в правоведении — аналитическая юриспруденция. Парадоксально, но борьба представителей аналитической юриспруденции с метафизикой обернулась против самого этого движения: метафизикой, с точки зрения реалистического подхода, был объявлен и сам нормативный анализ права. Срывая маски со всех «псевдонаучных» правовых теорий, реалисты не остановились и перед «демистификацией» идей Кельзена и Остина, утверждая, что нормы — это не некие априорные данности, анализ которых может пролить свет на сущность права, а лишь более или менее правильные представления людей о причинно-следственной связи в социальной жизни, своего рода предсказания о том, что будет признано правомерным поведением, а что нет, что получит поддержку власти, а что подвергнется наказанию. Но данные предсказания, или то, что обычно называется нормами, вовсе не являются объективными фактами, на анализе которых можно строить научный анализ. Следовательно, нормы, регламентирующие правовые отношения между людьми, устанавливают не действительные, а воображаемые связи, с фактической реальностью никак не соотносящиеся.

Как справедливо отмечают Е. В. Булыгин и К. Е. Альчуррон, «реализм сформировал реакцию против попытки правовой догматики построить науку о праве как дедуктивную систему. Отсюда нападки на всякую систематизацию, отказ от самой идеи системы и попытка основать истинность выражений науки о праве на наблюдении за эмпирическими фактами, как это принято в других эмпирических науках».³

для скандинавского — изучение природы правовых понятий. Соответственно первые более интересовались социальными предпосылками правовых процессов, тогда как вторые — в значительной степени именно психологической составляющей правовых отношений и процессов образования понятий. Дополнительно можно упомянуть, что по образованию и кругу деятельности представители американского реализма были преимущественно юристами, а скандинавы — преимущественно философами. См. об этом: Leiter B. *Naturalizing Jurisprudence*. Oxford, 2007. Ch. 2; Martin M. *Legal Realism — American and Scandinavian*. New York, 1997.

² Ross A. *Towards a Realistic Jurisprudence: A Criticism of Dualism in Law*. Copenhagen, 1946. P. 145.

³ Alchourron C. E., Bulygin E. *Normative Systems*. Wien; New York, 1971. P. 52–53.

Действительно, одним из ценнейших аспектов трудов реалистов стала полемика с концепциями таких ее классиков, как Остин, Кельзен, Харт. В то же время здесь речь шла не о непримиримой методологической вражде — эти два течения во многом походили друг на друга, прежде всего в своем стремлении основывать научный анализ на объективных данностях. Но если представители аналитического направления искали эти данности в логической структуре бытия, то реалисты склонялись к изучению именно фактической данности права как социально-психического явления.

Здесь наблюдается явное родство с другими новаторскими течениями начала XX в. — психологическим и социологическим подходами, а также с анализом языка науки в работах Л. Витгенштейна. Нужно отметить, что реалисты практически не пытались провести четкую демаркационную линию между своим направлением и психологическим подходом.⁴ Судя по всему, о психологическом подходе реалистам вообще долгое время ничего не было известно (ни Хэгерстрём, ни Лундштедт никак не упоминают разработки Петражицкого и его психологической школы). Что касается направления социологического, то при всем сходстве вопрос сводился к определению того, что есть факт как объект научного исследования. Реалисты предполагали (и во многих отношениях безосновательно), что в основе социологической школы лежит изучение права исключительно как социального факта (или «социальной вещи», по Дюркгейму), в содержание которого входят нормы, переживания, отношения, идеи, идеалы и т. д., вместе образующие некую фактическую данность, называемую «правом». На самом же деле, как убеждены реалисты, речь идет о разнородных феноменах, которые «традиционно» обозначаются как право — термином, не имеющим никакого референта в окружающей действительности.

Задачей науки о праве объявляются демистификация и фрагментация представлений об этой фактической данности: необходимо изучать не право (как таковое оно не имеет никакого содержания), а те элементы, которые составляют содержание фактического правового общения.⁵ Под таким содержанием понимаются не только и не столько чувственно осязаемые явления, сколько психические, интеллектуальные состояния, идеи, чувства, представления, верования, а также система фактически существующих отношений. Претендую на совершение «коперникианской революции» в правоведении,⁶ реалисты натыкались на давно известную из истории правовых идей проблему: для обозначения границ исследования необходимы некие критерии, которые из фактически данного многообразия непосредственно извлечь нельзя. Каждый из представителей данного направления по-своему пытался

⁴ Из реалистов только Оливекрона посвящает одну из своих статей критическому сопоставлению принципов упсалской школы и учения Петражицкого (*Olivecrona K. Is a Sociological Explanation of Law Possible? // Theoria*. 1948). Характерной в этом отношении представляется позиция А. Росса, который указывал на правовой реализм как на теорию, способную совместить психологический («рассмотрение права с точки зрения принятия народным правосознанием») и «бихевиористский» («рассмотрение права с точки зрения принятия судами как основы для будущих решений») подходы (*Ross A. On Law and Justice*. Berkley, 1959. P. 71–73). В этом плане у Росса можно найти знакомые по многим правовым теориям XX в. нотки интегрального подхода к праву, хотя подчеркнутое стремление к методологическому монизму в значительной степени эти нотки нивелировало.

⁵ См. об этом: Schmidt F. *The Uppsala School of Legal Thinking // Scandinavian Studies in Law*. 1978. Vol. 22. P. 151–175.

⁶ Hägerström A. *Inquiries into the Nature of Law and Morals*. Stockholm, 1953.

обойти данную трудность. С учетом многих разнотечений между идеями основоположников правового реализма было бы неблагодарной задачей выводить общую программу этого движения; продуктивным, скорее, представляется обратиться к последовательному краткому анализу концепций каждого из четырех названных мыслителей.⁷

Основатель этого направления Аксель Хэгерстрём⁸ первоначально был классическим представителем метафизической философии права. Его первые работы в данной области (помимо философии права Хэгерстрём вел обширные исследования в области истории права) демонстрировали стремление к постановке абстрактных вопросов о природе права. Возможно, эволюция научных представлений мыслителя и далее развивалась бы в этом ключе, если бы не его исследования истории римского права, особенно того, что касается связи между правовыми и магическими практиками древних римлян. Собственно, именно в книге, написанной по результатам данных исследований, Хэгерстрём сформулировал идеи, ставшие впоследствии стержневым элементом реализма как учения о праве.⁹ Речь идет о сделанном философом выводе о том, что механизм действия права и магии, по сути, тождествен. В обоих случаях речь идет о специфических верованиях в способность человека управлять явлениями внешнего мира с помощью определенных слов, жестов, действий. Когда мы говорим о праве вообще или о наших субъективных правах в частности, то речь идет именно о нашей вере в понятия, которые не имеют основы в реальном мире. Например, защита со стороны государства, правомочия владения, пользования и распоряжения иные классические атрибуты собственности далеко не всегда сопровождают фактическую власть человека над вещью и далеко не всегда могут быть осуществлены в действительности (здесь многое значит возможность найти доступ к правосудию, доказать свой титул собственности, добиться осуществления судебного решения и т. п.). Но в любом случае факт государственного (судебного) признания и защиты собственности возникает лишь апостериори и не может объяснять фактов, связанных с обладанием и властью собственника над вещью. Вывод Хэгерстрёма сводится к тому, что в действительности нет фактов, которые соответствовали бы нашим представлениям о праве собственности, поэтому мы имеем дело с представлениями, не имеющими ничего общего с действительностью.¹⁰

⁷ Разумеется, скандинавский правовой реализм имел гораздо больше сторонников и представителей. Среди наиболее значимых можно также назвать Т. Эхкофа, П. Экелёфа, И. Гедениуса, Т. Стрёмберга, Ф. Шмидта и др.

⁸ Вот как описывает Хэгерстрёма его ученик: «Он был низкорослым худощавым человеком с большой головой и длинными волосами, что сейчас носит молодежь, но что было необычно в те годы. Хотя ему было около 65 лет, его волосы еще не были седыми. Поскольку он еще обладал и резким тонким голосом, то все это придавало ему нечто женское. Читая свои лекции, он сидел, согнув голову над рукописным текстом, и никогда не подымал глаз. Аудитория его слушателей также была неординарной — обычно на лекции присутствовала дюжина слушателей, из которых только двое были студентами, посещавшие лекции с целью подготовки к экзаменам. Остальные слушатели были людьми зрелого возраста и, как казалось, слушали лекции Хэгерстрёма из года в год» (Schmidt F. The Uppsala School of Legal Thinking. P. 152). Оливекроне вспоминает, что лекции Хэгерстрёма воспринимались легко и что сам Хэгерстрём был расположен к общению со студентами (Olivecrona K. Introduction // Hägerström A. Inquiries into the Nature of Law and Morals. Stockholm, 1953. P. XXVI).

⁹ Hägerström A. Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung. Bd. 1, 2. Uppsala, 1927, 1941.

¹⁰ Hägerström A. Inquiries into the Nature of Law and Morals. P. 3–5.

АНТОНОВ М. В. СКАНДИНАВСКАЯ ШКОЛА ПРАВОГО РЕАЛИЗМА

В действительности же существуют отдельные индивиды, которые группируются в союзы, подчиняя себя власти этих союзов (опять-таки только в своем воображении). Благодаря факту такого подчинения они начинают чувствовать некую коллективную психическую поддержку, особое ощущение силы, данное индивиду в силу его участия в общественном целом (группе, союзе, государстве, обществе и т. п.). Это чувство коллективной силы делится на два основных компонента: чувство связаннысти неким регламентом, соблюдение которого необходимо для участия в общественном целом, и чувство власти, которое индивид получает по отношению к другим членам союза, — требовать от них соблюдения воображаемого регламента, который, в конечном счете, опирается на подобные же индивидуальные психические представления окружающих лиц. На этих представлениях и зиждется то, что мы называем обязанностями и правами.

Выражая данную мысль иными словами, Хэгерстрём говорит о том, что правовой порядок основывается на социальном инстинкте, общем моральном настрое и страхе внешнего принуждения.¹¹ Социальный инстинкт, по мнению упсальского ученого, присущ в равной мере и людям, и так называемым стадным животным; единственное, что отличает в данном аспекте людей, так это возможность сознательно создавать правила поведения, руководствуясь стимулами указанного инстинкта. В этом и заключается исходное звено правового регулирования, которое дает индивидам чувство ответственности перед коллективом за соблюдение таких правил («общий моральный настрой»). И уже в третью очередь действие права подкрепляется внешним принуждением властных органов общества, которые следят за соблюдением этих правил. Точнее, не столько самим внешним принуждением, сколько ожиданиями и страхами людей, связанными с возможными санкциями со стороны властных органов, которые могут карать за нарушение «воображаемого социального регламента», содержание которого никогда не исчерпывается писанным правом.¹²

Вокруг точного определения содержания этого социального регламента (иными словами, прав и обязанностей) и строятся многочисленные конфликты, последовательная практика разрешения которых приводит к относительной униформизации представлений о правах и обязанностях и их возможному закреплению в законах и иных писанных актах. Из этого рождается и то, что люди называют «правом» — данное понятие для Хэгерстрёма означает «организованный процесс принуждения в рамках общества, который осуществляется с тем, чтобы принудить к исполнению того, что в этом обществе считается обязанностями, и чтобы защитить то, что считается правами».¹³ Фактическое действие системы психического принуждения еще в большей степени побуждает, мотивирует людей соблюдать установленные нормы, которые, по сути, оказываются равными по силе простым правилам приличия, если они не обеспечены реальной принудительной властью. При этом в отличие от Остина и других сторонников теории принуждения ни Хэгерстрём, ни другие

¹¹ Hägerström A. Das Prinzip der Wissenschaft (1908) (цит. по: Bjarup J. Epistemology and Law According to Axel Hägerström // Scandinavian Studies in Law. 1985. P. 38).

¹² Этую мысль Хэгерстрём впоследствии детально развивает в своей ключевой работе: Hägerström A. Inquiries into the Nature of Law and Morals. P. 348 ff.

¹³ Ibid. P. 348. — См. анализ механизма долженствования в концепции Хэгерстрёма в: Bjarup J. Ought and Reality: Hägerström's Inaugural Lecture Reconsidered // Scandinavian Studies in Law. 2000. Vol. 40.

реалисты наличие властной организации, осуществляющей эффективное принуждение, ключевым моментом для существования права не считали. Для существования права достаточно того, чтобы два или более индивида разделяли общие представления о связывающих их правах и обязанностях и чтобы для их представлений был задан соответствующий социальный контекст.

Эта ситуация несколько затмнена в современном обществе из-за доминирующей роли писанных источников права в юридической жизни, но она со всей отчетливостью проявляется в древнем праве; как доказывает Хэгерстрём, в римской манципации (ритуальном обряде перенесения права собственности на нового владельца) мы имеем дело не с чем иным, как с представлением о правах и обязанностях как о магической связи, отождествляемой одновременно и с божественной, и с социальной силой. Но если это было так для римлян, то «ясно, что и современные правовые тексты, находящиеся под влиянием общих идей римского права, также не имеют никакой опоры в действительности».¹⁴ Если посмотреть внимательнее на правовые представления людей, то по большей части вплоть до настоящего времени права и обязанности представляются некой мистической, сверхъестественной силой, одновременно и связывающей, и упражняющей.¹⁵ Эта мистическая сила проявляется в словах и фразах, которые заставляют индивидов верить в то, что они подчинены некоему началу, диктующему, что есть их права и их обязанности. Проблема заключается в том, что, говоря о правах и обязанностях, мы подразумеваем «некие реальные силы, которые существуют полностью независимо от естественных сил, принадлежащих миру природы, а другому миру и освобождаются посредством законодательствования или иных форм создания права... Отсюда нам кажется, что где-то в глубине существуют мистические силы, от которых мы можем получить поддержку».¹⁶

Уже здесь видно, что Хэгерстрём, а за ним и другие последователи этого направления сосредотачивают свое внимание именно на категории (субъективных) прав и обязанностей. Сам же термин «право» и попытки поиска его содержания (природы) безоговорочно отвергаются реалистами как эсценциалистские и поэтому ненаучные. С этой позиции такие термины, как «права» или «обязанности», понимаются лишь как «ярлыки», позволяющие атрибуировать некие качества определенным индивидуальным переживаниям — никакой другой реальности за этими терминами, как считает шведский ученый, нет. Герберт Харт точно охарактеризовал такой подход как «попытку показать, что понятия, которые традиционно принимаются в качестве существенных элементов правовой структуры, — права, обязанности, перевод прав, действительность — составлены из предрассудков, мифов, фикций, магии».¹⁷ Для того чтобы создать возможность познания права, необходимо избавиться от догматических ярлыков и найти фактическую основу юридических понятий.¹⁸ Поэтому

¹⁴ Hägerström A. Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung. Bd. 1 (mit no: Schmidt F. The Uppsala School of Legal Thinking. P. 152).

¹⁵ Hägerström A. Vergleich zwischen den Kraftvorstellungen der primitiven und der modernen Kulturvölker // Festskrift tillägnad Arvi Grotenfeld. Helsinki, 1933. P. 63–84.

¹⁶ Hägerström A. Inquiries into the Nature of Law and Morals. P. 5-6.

¹² Hart H. L. A. Scandinavian Realism // Essays in Jurisprudence and Philosophy. Oxford, 1983.

¹⁶¹ Hart H. L. A. Scandinavian Realism, 1968, 3, 11-12.

¹⁸ Bierup, J., Epistemology and Law According to Axel Hägerström, P. 11 f.

первойшей задачей юриспруденции шведский ученый считал критический анализ общепринятых концептуальных построений юридического языка, в частности в историческом ракурсе. Точнее, предметом исследования должны были стать не сами нормы и иные юридические конструкции, а идеи и представления, которые связаны с этими конструкциями и которые обнаруживаются через анализ правовых понятий. Но какую научную выгоду можно извлечь из изучения безжизненных (и поэому ненаучных) понятий, которые полностью оторваны от реальности? На этот вопрос у Хэгерстрёма ясного ответа нет.

По мнению современного шведского исследователя Йеса Бьярупа, Хэгерстрём видел задачу правоведения в «предоставлении информации в виде истинных суждений о юридических правилах как причинно-следственных регулярностях, существующих между социальными явлениями, т. е. в изучении образного языка права, который вызывает соответствующее человеческое поведение».¹⁹ Но даже такая спорная характеристика²⁰ не дает представления о том, какие механизмы связывают языковые структуры и реальное поведение, если не брать в расчет рассуждения Хэгерстрёма об аналогиях между правовым регулированием и магическими ритуалами. Впрочем, эти рассуждения действительно играют важнейшую роль в правовой концепции Хэгерстрёма — по верному замечанию британского исследователя Джейфри Маккормака, выводы и положения теории Хэгерстрёма в целом могут быть поняты, только исходя из результатов его исследований о магических основаниях римского права.²¹ Но здесь остается неразрешенной проблема того, как же совместить призыв к построению правоведения как исключительно эмпирической науки с признанием абстрактности и тем самым фиктивности предмета этой научной дисциплины²² — права, которое оказывается только неверным обозначением фактических реалий. Данную проблему пытались разрешить его последователи, которые (за исключением Росса) практически во всем опирались на концепцию Хэгерстрёма, заложившего идеиную основу скандинавского правового реализма.

В том же направлении развивает свою теорию современный Н.Хегерстрёма Вильгельм Лундштедт,²³ профессор Лундского, а затем Упсальского университета.²⁴

¹⁹ Bjarup J. Ought and Reality: Hägerström's Inaugural Lecture Reconsidered. P. 72.

²⁰ См. ее критику в: Spaak T. Recension: Legal Theory / Scandinavian Studies in Law. 2000. Vol. 40 // Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie. 2002. N 2. P. 302.

²¹ MacCormack G. Hägerström on Rights and Duties // *Juridical Review*. 1971. P. 59.

²² В своей ранней философской работе 1908 г. (*Hägerström A. Das Prinzip der Wissenschaft*) мыслитель занимал позиции интуитивистской философии, говоря о «чувстве непосредственно данного» как об единственном руководстве к познанию (приводится по: *Bjärap J. Epistemology and Law According to Axel Hägerström*. P. 19). В дальнейших работах Хэгерстрём не конкретизирует свою философскую позицию, и, судя по всему, для него реальность была попросту тождественна чувству реальности (*Ibid.* P. 22). По меньшей мере, никаких других критериев в работах этого мыслителя не предлагается, в связи с чем Бьяруп вполне обоснованно квалифицирует философский базис его теории как «наивный реализм» (*Ibid.* P. 19).

²³ Полное имя — Андерс Вильгельм Лундштедт. По непонятным причинам ученый опускал свое первое имя в работах, публикуемых на немецком языке. Возможно, с тем, что мыслитель большинство своих работ публиковал на немецком языке, связана и германизация его фамилии — на шведском языке фамилия звучит как Лундстет.

²⁴ «Лундштедт был высоким, приятным человеком, чем-то похожим на киноактера... Он был довольно-таки наивен, поэтому ему легко было льстить. В целом он был приветлив и добр по отношению к студентам, но был чувствителен и быстро давал отповедь тем, кто открыто признавал иные

Принимая основные положения сформулированной первым позиции, мыслитель основной упор делает на значении санкций в правовой жизни (и соответственно уголовного, административного и деликтного права, которые он определяет как «генераторы морали развития права»).²⁵ Вторя Хэгерстрёму, он утверждает, что общее чувство связности правом обусловлено социально-психическим опытом людей, которые привыкают к действию в обществе определенных карательных механизмов. Здесь Лундштедт с консервативных позиций критикует либеральные нововведения в уголовном праве и утверждает, что сущность и основной смысл уголовного права заключаются не в наказании за конкретное преступление, а в «общем направлении уголовного преследования», которое психологически предотвращает будущие преступления и тем самым необходимо для выживания общества.²⁶ Поэтому, с одной стороны, шведский мыслитель критикует естественноправовой подход и утверждает, что в уголовном и деликтном праве «нет места для учета соображений справедливости», с другой — дополняет критические выпады Хэгерстрёма против аналитической юриспруденции указанием на ошибочность рассмотрения санкций как следствия правонарушения. Такое понимание санкции связано с представлением о праве как о некоем реально существующем феномене, нарушение предписаний которого влечет следствия наподобие механизма причинно-следственной связи в природном мире. Применительно к сфере права, по убеждению Лундштедта, ситуация как раз обратная: именно постоянное и систематическое применение санкций приучает людей (в этом плане шведский мыслитель буквально следует тезисам социального дарвинизма) куважению некоторых стандартов поведения, за нарушения которых властные органы (суды и т. п.) последовательно налагают наказание.

Тем не менее речь идет не собственно о принуждении как признаке права и не о некоем «вечно неуловимом призраке государственной воли»,²⁷ а именно о чувстве связности правовым принуждением.²⁸ Это чувство связности выражается в словесных утверждениях о неких обязанностях — словах, единственное значение которых в том, что они отражают верования людей в то, что есть определенные грани, преступление которых повлечет применение неблагоприятных последствий со стороны властей. Тот же самый механизм применения санкций объясняет и возникновение представлений о правах, основа которых в том, что чувство систематической защиты отдельных благ создает у людей чувство существования некоей социальной силы, предоставляющей им возможность пользоваться благами и защищающей их от посягательств. Это чувство силы, по Лундштедту, тождественно тому, что мы называем правом.²⁹

²⁵ Lundstedt V. Even though he was a professor of law, he had a very original style and liked paradoxes... In the course of time he became the most prominent legal philosopher of the Uppsala School of Legal Thinking. Schmidt F. The Uppsala School of Legal Thinking. P. 159–160.

²⁶ Lundstedt V. Legal Thinking Revised. My Views on Law. Stockholm, 1956. P. 167. — О важности анализа механизма действия уголовного права в общей системе правовой теории Лундштедта см.: Schmidt F. The Uppsala School of Legal Thinking. P. 162–163.

²⁷ Lundstedt V. Legal Thinking Revised. My Views on Law. P. 168 ff.

²⁸ Lundstedt V. Superstition or Rationality in Action for Peace. London, 1925. P. 124.

²⁹ Lundstedt V. Legal Thinking Revised. My Views on Law. P. 18.

³⁰ Ibid. P. 123.

Как видно, речь здесь идет не о правах в смысле норм, правил, правомочий, а об особом психическом переживании, которое сопряжено с социальным опытом. Поэтому мыслитель убежден в том, что из юридического языка должны быть изгнаны все метафизические концепции вроде нормативности или действительности права, а само правоведение должно ограничиться изучением взаимосвязи между «обуславливающим фактом» и применением соответствующей санкции через принудительный правовой механизм.³⁰ Доводя данный тезис до логического конца, мыслитель доходит до отрицания традиционной юридической терминологии («такие термины, как «юридические права», «обязанности», «обязательства», «отношения», «претензии» и «требования», собственно говоря, нельзя использовать, даже в качестве ярлыков»),³¹ хотя тут же признает, что без этих терминов людям не обойтись. Более сложным оказался для Лундштедта вопрос о том, что же побуждает властные органы, в частности суды, более или менее систематически применять санкции. Фактически мы оказываемся перед логическим кругом, ведь Лундштедт заявляет, что суды руководствуются представлениями, которые вытекают из их социального опыта, а этот опыт в свою очередь основывается на том колективном психологическом опыте, который связан с применением санкций.³²

Данные радикальные выводы объясняются попыткой шведского ученого быть последовательным в конструировании правоведения как эмпирической науки о фактах, которая не имеет ничего общего с метафизическими концепциями прав и обязанностей.³³ Лундштедт не останавливается даже перед классификацией правоведения как естественнонаучной дисциплины (*natural science*) и заявляет, что «правоведение должно основываться на опыте, наблюдении фактов и действительных взаимосвязей и тем самым быть естественнонаучной дисциплиной».³⁴ В область исследования такой дисциплины входят только факты (психической или социальной жизни), но не нормативные оценки этих фактов. Такие оценки не имеют никакого социального значения, и «ничего не меняет даже тот факт, что ценностные суждения в юриспруденции зачастую могут разделяться большинством того или иного сообщества либо даже приниматься единодушно».³⁵ Вместе с тем мыслителю тут же приходится признать, что основным предметом правоведения будут не собственно факты как таковые, а «их социальная оценка и иные психологические

³⁰ Ibid. P. 17.

³¹ Ibid. — Например, первоначально Лундштедт призывал заменить понятие «право» понятием «выгодная позиция» (*Lundstedt V. Law and Justice: A Criticism of the Method of Justice // Interpretations of Modern Legal Philosophies / Ed. P. Sayre. London, 1947. P. 470*). Затем в качестве паллиатива шведский мыслитель предлагает использовать термин «право» исключительно в кавычках, с тем чтобы подчеркнуть то, что он не соответствует действительности и является лишь лингвистическим обобщением для обозначения сложных социопсихических явлений (*Lundstedt V. Legal Thinking Revised. My Views on Law. P. 17*).

³² Lundstedt V. Legal Thinking Revised. My Views on Law. P. 93. — Впрочем, как и Росс, Лундштедт не видел иного выхода из этого доказательственного круга, чем обращение к идеологии, которая суммирует социально значимые принципы поведения и под именем справедливости навязывает их как судьям, так и обычным гражданам (*Lundstedt V. The Relation between Law and Equity // Tulane Law Review. 1950–1951. Vol. 25. P. 65 ff.*).

³³ Lundstedt V. Legal Thinking Revised. My Views on Law. P. 42 ff.

³⁴ Ibid. P. 126.

³⁵ Ibid. P. 48.

причинно-следственные связи».³⁶ С этой точки зрения, для Лундштедта категорически неприемлемо идущее из кантианской традиции деление мира на сущее и должное,³⁷ что, по мнению правоведа, в принципе антинаучно, и «тот, кто в своей аргументации хочет оставаться в контакте с реальным миром, должен принимать существование только этого мира и полностью исключать любую логическую мысль о существовании идеального мира».³⁸

К этому идеальному миру, от которого должен отказаться любой ученый, относится и мир юридической терминологии, который не только научно ошибочен, но и опасен в практическом аспекте. В качестве примера опасности использования категорий «право», «обязанности» и т. п. Лундштедт приводит международное право, где идея о том, что нации и государства наделены некоторыми правами или обязанностями, не соответствует никаким реалиям и приводит к тяжелейшим последствиям в виде конфронтации и войн.³⁹ Избежать этого, как верил шведский правовед, можно лишь с помощью пересмотра традиционной юридической терминологии. Если говорить о философском подтексте его утверждений, то стоит отметить доминирующее влияние утилитаризма. Так, в качестве замены традиционной догматической методологии правоведения Лундштедт предлагает «метод социального благосостояния» (*method of social welfare*),⁴⁰ согласно которому юриспруденция, законодательство и правоприменение должны ориентироваться на то, что составляет благо человечества в данный конкретный момент истории.⁴¹

Уже в трудах двух вышеназванных основателей скандинавского правового реализма можно найти основные черты анализа действия права с точки зрения механизма межличностной коммуникации, особенно ее верbalного аспекта.⁴² Но если

³⁶ Ibid. P. 126.

³⁷ Это деление он понимает в том смысле, что «эти два мира одновременно существуют рядом друг с другом» (*Lundstedt V. The Responsibility of Legal Science for the Fate of Man and Nations* // *New York University Law Quarterly Review*. 1932. Vol. 10. P. 328).

³⁸ Ibid. P. 329.

³⁹ Ibid. P. 332–333. — В другой статье того же времени шведский мыслитель прямо говорит о «ложных» понятиях международного права как о «силах, очень даже способных воспалить и расплатить эгоизм и ненависть народов» (*Lundstedt V. La part de responsabilité de la science juridique dans le destin des peuples* // *Introduction à l'étude du droit comparé: Recueil d'études en l'honneur de d'Edouard Lambert*. 1938. P. 29). См. об этом также: *Lundstedt V. Superstition or Rationality in Action for Peace; Ross A. A Textbook of International Law*. Copenhagen, 1947. P. 41 ff. — О международно-правовой доктрине Расса см.: *Escorial A. L. Alf Ross: Towards a Realist Critique and Reconstruction of International Law* // *European Journal of International Law*. 2003. Vol. 4. P. 703–766.

⁴⁰ Под этим термином шведский ученый понимал «метод законодательствования и юридической аргументации, заключающийся в рассмотрении правовой системы как социального механизма» (*Lundstedt V. Legal Thinking Revised. My Views on Law*. P. 172). В духе Петражицкого Лундштедт утверждает, что данный метод позволяет через последовательное и всеобщее применение юридических правил гарантировать внедрение социально благоприятных моделей поведения. См. критику данного метода: *Ross A. On Law and Justice*. P. 289–297.

⁴¹ *Lundstedt V. Legal Thinking Revised. My Views on Law*. P. 171 ff. — Для того чтобы понять подобную декларативность некоторых тезисов правового учения мыслителя, нужно принимать во внимание его активную роль в политике: Лундштедт был одним из лидеров шведских социал-демократов, на протяжении многих лет был депутатом парламента Швеции (*Bjärgup J. Skandinavischer Realismus*. Freiburg; München, 1978. S. 104–108).

⁴² Хотя, разумеется, эти основы не были изложены в детальной форме и во многом оставались неявными. См., напр., критику концепции Лундштедта со стороны современного шведского

для Хэгерстрёма юридические формулировки, предписания, утверждения были сродни магическим заклинаниям (и поэтому малоинтересными собственно с точки зрения их содержания), а для Лундштедта, как было показано выше, они вообще были лишены какого либо значения, поскольку не имели референтов в окружающем мире, то их ученики Оливекроне и Росс⁴³ (правда, применительно к последнему об ученичестве можно говорить лишь с натяжкой) сделали анализ вербальных средств правовой коммуникации краеугольным камнем своих правовых концепций. Формулировки выражений о правах и обязанностях, как полагал Оливекроне, не являются просто выражениями чувств и верований людей. За ними стоит сила, определенная психологическая реальность, которая позволяет данным формулировкам вызывать в окружающем мире определенные действия и последствия.⁴⁴ В организации такой фактически-психологической силы в первую очередь и заключаются функции права, изучение которых может дать представление о том, что же представляет собой правовая действительность.

В ранних трудах Оливекроны, в частности в первом издании «Право как факт»⁴⁵ (1939), этому аспекту не было уделено сколько-нибудь значимого внимания. Но в последующих работах, наряду с изучением юридического языка как средства описания реальности, Оливекроне указывает и на директивную (или «перформативную», если использовать терминологию Остина) функцию языка:⁴⁶ побуждать людей действовать в определенном направлении через имитацию правомерного поведения большинства. Право в этом смысле оказывается «инструментом социального контроля и взаимодействия»,⁴⁷ даже если в окружающем мире нет никаких соответствующих этому термину реалий. Такие термины служат как бы знаками, которые говорят людям, что им следует делать; на основании этих знаков законодатель формулирует общеобязательные предписания,⁴⁸ а суды выносят суждения применительно

исследователя М. Замбони, который указывает на смешение у Лундштедта юридической терминологии с более широким понятием юридического дискурса: *Zamboni M. Law and Legal Politics: Vilhelm Lundstedt and the law-maker Function* // <http://ssrn.com/abstract=92707>.

⁴³ О научной преемственности Оливекроны и Хэгерстрёма см.: *Schmidt F. The Uppsala School of Legal Thinking*. P. 156 ff. — Характерно, что Оливекроне всегда крайне уважительно относился к теории своего наставника (*Olivecrona K. The Legal Theories of Axel Hägerström and Vilhelm Lundstedt* // *Scandinavian Studies in Law*. 1959) и даже приписывал Хэгерстрёму те мысли, которые были развиты самим Оливекроной (*Arnholm C. J. Olivecrona on Legal Rights. Reflections on the Concept of Rights* // *Scandinavian Studies in Law*. 1962. P. 11).

⁴⁴ *Olivecrona K. Law as Fact* (1939). P. 134 ff.

⁴⁵ Нужно учитывать, что тематическое наполнение двух изданий книги «Право как факт» (1939 и 1971) существенно разнилось, и фактически речь шла о двух самостоятельных книгах, что признает и сам Оливекроне в предисловии ко второму изданию (*Olivecrona K. Law as Fact*. London, 1971. P. VII). Интересно, что шведские версии обоих этих изданий носят разные названия: «*Om lagen och staten*» («О праве и государстве»), 1940; «*Rättsordningen. Ideer och fakta*» («Правопорядок. Идеи и факты»), 1966, что характеризует и несколько различную направленность этих изданий.

⁴⁶ *Olivecrona K. Legal Language and Reality* // *Essays in Jurisprudence in honor of Roscoe Pound* / Ed. R. A. Newmann. Indianapolis, 1962. — См. критику сильных и слабых сторон теории перформативных выражений в: *Ross A. The Rise and Fall of the Doctrine of Performatives* // *Contemporary Philosophy in Scandinavia* / Ed. R. E. Olson, A. M. Paul. Baltimore, 1972. P. 197–212.

⁴⁷ *Olivecrona K. Legal Language and Reality*. P. 191.

⁴⁸ «Вторичные императивные сигналы», по терминологии Оливекроны (*Arnholm C. J. Olivecrona on Legal Rights. Reflections on the Concept of Rights*. P. 18 ff.).

к ожиданиям людей, формулируя эти ожидания в юридических терминах.⁴⁹ Если воспользоваться классическим для правового реализма примером, то правовые нормы в данном аспекте оказываются подобны сигналам светофора, которые сами по себе никакого концептуального содержания не несут, но в конкретном контексте служат четким руководством к действию «в той степени, в которой мы верим в такое руководство».⁵⁰

В юридическом языке присутствуют две основные разновидности терминов: это либо чисто технические выражения («пустотельные слова»), которые не соотносятся ни с каким объектом внешнего мира, либо предписания должного поведения («перформативы» или «директивы»).⁵¹ По данному мыслителем определению, «пустотельные слова подобны указательным знакам, в соответствии с которыми люди научены ассоциировать идеи о своем собственном поведении и о поведении других».⁵² В этом смысле и «пустотельные» термины могут иметь значение для социальной жизни — классический пример тому дают денежные единицы: «Тут мы встречаемся с существительным, которое явно используется для обозначения объекта. Но здесь нет никакого объекта, а само слово “денежная единица” перестало обозначать что-либо. Тем не менее это слово играет важную роль при его использовании в особых случаях согласно праву и социальному обычаю. Посредством его использования осуществляется весь обмен товарами и услугами».⁵³ Речь идет лишь о слове, которое в сопряжении с некоей идеей что-то обозначает.⁵⁴

В отличие от таких выражений перформативные выражения имеют своей задачей не обозначение какого-либо объекта, а «осуществление некоего изменения в правоотношении».⁵⁵ Такое изменение происходит благодаря тому, что в психике людей с древнейших времен сохраняются архетипические верования в то, что слова могут обладать магическим действием и производить перемены в окружающем мире. Но в отличие от древности в современности правовой механизм приводится в действие не напрямую магическими представлениями, а психологическим связыванием (обязыванием), которое люди проецируют на самих себя и на других в силу тех или иных юридических выражений и тем самым производят смену/новацию социальных ролей, позиций и т. п.⁵⁶

⁴⁹ Здесь проявляются три функции права как вербализованного средства коммуникации: директивная (направлять поведение людей), информативная и процессуальная (служить способом фиксации статусов и интересов людей в рамках судебного процесса).

⁵⁰ Olivecrona K. Legal Language and Reality. P. 188. — В более поздней работе Оливекрона повторяет тот же пример, но дополняет его концептуальным анализом механизма действия директив. Ученый обозначает независимый императив, с помощью которого властные органы общества регулируют социальную жизнь, как *ideatum* — желаемый образец поведения, на который указывается в директиве. Для достижения этой цели в рамках *ideatum* определяется некая абстрактная ситуация, гипотеза, обозначаемая как *requisitum*, и устанавливается алгоритм действия *agendum* (Olivecrona K. Law as Fact (1971). P. 116 ff.).

⁵¹ Olivecrona K. Legal Language and Reality. P. 173 ff.

⁵² Olivecrona K. Law as Fact (1971). P. 253.

⁵³ Olivecrona K. Legal Language and Reality. P. 173.

⁵⁴ См. об этом: Olivecrona K. The Problem of Monetary Unit. New York, 1957.

⁵⁵ Olivecrona K. Legal Language and Reality. P. 174.

⁵⁶ Ibid. P. 179.

Здесь Оливекрона вновь сталкивался с основной трудностью реализма — определения того, что есть фактичность и реальность. С одной стороны, отказывая в реальности субъективным правам и обязанностям и иным конструкциям традиционной юридической доктрины, мыслитель признает, что оперативные факты существуют только в юридической терминологии, и поэтому «чистыми фактами» эти оперативные факты (договоры, завещания и т. п.) считаться не могут.⁵⁷ Следовательно, так же как и все иные юридические конструкции, они являются фикциями. Но, с другой стороны, они даны в чувственно воспринимаемой действительности или, по меньшей мере, производят в ней определенные действия и изменения, и поэтому такие факты все же принадлежат действительности. Еще большую неясность в данный вопрос вносит проблема прав, которые Оливекрона считал «неизбежной реальностью в юридической практике и в умах людей»,⁵⁸ хотя в то же время говорил о них как о пустотельных понятиях, не связанных с реальностью. Ясно, что как в случае с фактами, так и в случае с реальностью речь идет о различных толкованиях данных понятий по объему — вопрос, которому мыслитель так и не уделил внимания. В то же время Оливекрона не дал окончательного ответа на вопрос о том, какова же природа юридических прав и обязанностей: либо они существуют как реальность субъективного плана (в представлениях, психике людей), либо же они вообще никакой реальностью не обладают и являются попросту иллюзией (как будет продемонстрировано ниже, в своих поздних работах шведский правовед склонялся именно ко второму варианту).

Стоит отметить то значительное влияние, которое оказали на Оливекрону представления его наставника Хэгерстрёма, причем не только и не столько в аспекте соописания механизмы действия магии, религии и права, сколько в критике нормативизма; здесь Оливекрона практически полностью повторяет аргументацию, высказанную Хэгерстрёмом в 1928 г. в рецензии на работу Кельзена «*Hauptprobleme der Staatrechtslehre*». В общем аргументы обоих ученых сводятся к тому, что в действительности не существует никаких прав и обязанностей, что связь между юридическими («оперативными», по терминологии Оливекрона) фактами и юридическими последствиями всегда ситуативна и не имеет объективной значимости — она основывается исключительно на вере в нее людей.

Классический пример этого положения дел — предложенный Оливекроной анализ правовой природы брака. Изменение статуса супругов в момент бракосочетания, как считает шведский ученый, связано отнюдь не с наступлением каких-то объективных следствий, а исключительно с верой самих супругов, окружающих их людей, включая судей и иных чиновников, в то, что их статус изменился, тогда как в реальности никакого изменения не произошло.⁵⁹ «Значение брака заключается в помещении акта бракосочетания в определенный социальный контекст, который создается единообразной реакцией людей на брачную церемонию».⁶⁰ Без этой реакции юридического эффекта никогда не произойдет. Реальный же эффект от изменения статуса может произойти лишь в той ситуации, когда супруги поставят

⁵⁷ Olivecrona K. Law as Fact (1971). P. 214.

⁵⁸ Olivecrona K. Rätt och dom (цит. по: Arnholm C. J. Olivecrona on Legal Rights. Reflections on the Concept of Rights. P. 13).

⁵⁹ Olivecrona K. Law as Fact (1971). P. 225 ff.

⁶⁰ Ibid. P. 225.

вопрос о своих правах и обязанностях перед судом, который будет решать дело исходя из представлений о том, что эти лица состоят в юридическом состоянии, называемом браком. Но эти представления опять-таки не имеют никакой опоры в «материальной» действительности, поскольку «юридический эффект акта бракосочетания сводится исключительно к эффекту психологическому». ⁶¹ То же самое можно распространить и на обязательственное правоотношение, где каждая из сторон чувствует себя связанный и одновременно управомоченной. Если данное обязательство соответствует публично-правовому порядку, то каждая из сторон может рассчитывать на поддержку со стороны властных органов общества; от этого психологическая связанность обеих сторон данным обязательством становится еще более сильной. С такой точки зрения содержанием любого юридического правила оказывается «идея воображаемого действия судьи в воображаемой ситуации» ⁶² — «магия слов», ⁶³ с помощью которой законодатель побуждает людей действовать в том или ином направлении. ⁶⁴

Профессор международного права и теории права Копенгагенского университета Альф Росс использует ту же самую логику, что и его упсальский коллега: он выделяет в качестве основного предмета своего исследования роль вербальных конструкций в процессе правового общения. Путь к познанию права, по мнению Росса, лежит через изучение «тех предпосылок, которые воспринимаются юристами как данность», ⁶⁵ — юридических традиций, доктрин, принципов, норм и т. п. Вводя несколько иную по сравнению с Оливекроной терминологию, датский ученый говорит об индикативных и директивных выражениях. Первые «выражают идею или же описывают некий топический объект» ⁶⁶ и тем самым передают информацию о существующем положении вещей. Вторые содержат в себе директивы — «идеи-действия, понимаемые как образец поведения», ⁶⁷ с помощью которых одно лицо имеет возможность влиять на поведение других лиц. Директивы не обязательно должны выражаться в императивных повелениях — это может быть обычное повествовательное предложение, но либо выраженное в особом контексте, либо снаженное санкцией, либо исходящее от лица, обладающего властью в глазах адресата директивы. ⁶⁸

Поэтому первостепенную важность, по Россу, имеют не сами фразы и выражения, а сопровождающий их социальный контекст. При этом значение имеют и со-путствующие эмоции (скажем, эмоция долга), но (что отличает Росса и других реалистов от сторонников психологического направления) сама эмоциональная составляющая не создает прав и обязанностей, а лишь выступает средством передачи директивы и, соответственно, понуждения ее адресата к определенному поведению. В качестве примера датский мыслитель приводит игру в шахматы: если мы обращаем внимание только на эмоции или на поведенческие стереотипы, то

⁶¹ Ibid. P. 226.

⁶² Ibid. P. 28.

⁶³ Olivecrona K. Legal Language and Reality. P. 151.

⁶⁴ Olivecrona K. Law as Fact (1971). P. 31.

⁶⁵ Ross A. On Law and Justice. P. 25.

⁶⁶ Ross A. Directives and Norms. P. 9.

⁶⁷ Ibid. P. 34.

⁶⁸ Ibid. P. 50.

сущность этой игры мы не поймем. Значимым является именно восприятие игроками некоторых правил игры как обязательных (*felt to be binding*). Эти правила можно рассматривать как действительные при условии, что игроки фактически соблюдают правила и в то же время чувствуют себя связанными данными правилами. ⁶⁹ Также и о правовых нормах можно говорить как о действительных при условии, что они «на самом деле соблюдаются и соблюдаются именно в силу того, что они воспринимаются ищаются как социально обязательные». ⁷⁰ То же распространяется и на государственное (признанное государством) право, только здесь значимым будет поведение судей, которые применяют нормы государственного права и чувствуют себя связанным им. ⁷¹

Но, как видно, действительность (что для реалистов было синонимом социально-психологической эффективности) норм сводилась именно к воплощению этих норм (директив) в реальном поведении людей. ⁷² Нормы, которые Оливекроне обозначает как «независимые императивы», ⁷³ а Росс — как «квазикоманды», ⁷⁴ имеют только служебное значение (как средства передачи директив), но не как объективные критерии для правовой оценки поведения. Сущность норм заключается в том, что они обозначают установленные авторитетным социальным органом правила поведения, используя при этом особую терминологию для того, чтобы избежать (насколько это возможно при данном уровне юридической техники) разнотечений в понимании смысла директив. Важное отличие Оливекроне и Росса от реалистов американской школы заключается в том, что основное назначение директив видится ими в передаче информации о желательном поведении, но не в наделении судей и других чиновников полномочием интерпретировать и формулировать правила поведения. ⁷⁵ Эта последняя функция также выполняется нормами права, но она для них не является основной.

Другим отличием скандинавского направления правового реализма от американского стал отказ от ограничения сферы изучения права только действиями правоприменителей, или, иными словами, от рассмотрения права как «суммирования прошлых действий властей и предсказаний об их будущих действиях». ⁷⁶ Важно при этом отметить, что скандинавские реалисты не приемлют характерную

⁶⁹ Ross A. On Law and Justice. P. 15–16.

⁷⁰ Ibid. P. 17.

⁷¹ Ibid. P. 34–35.

⁷² Характерно в этом отношении предложенное Оливекроной разделение между вопросами об истинности права (соответствии правовых норм окружающей реальности) и вопросами о соответствии реального поведения правовым и социальным нормам (Olivecrona K. Legal Language and Reality. P. 188). Если в первом значении юридические правила не являются истинными, то применительно ко второму значению можно говорить о степени эффективности правовых предписаний, хотя бы они и не обладали никакой реальностью сами по себе.

⁷³ Olivecrona K. Law as Fact. London, 1939. P. 43. — Во втором издании этой книги шведский мыслитель вводит также понятие «перформативного императива», которым обозначаются правила, устанавливающие презумпцию того или иного положения вещей, которое должно повлечь некие правовые последствия (Olivecrona K. Law as Fact (1971). P. 133–134).

⁷⁴ Ross A. Directives and Norms. P. 48.

⁷⁵ Olivecrona K. Law as Fact. P. 130; Ross A. Directives and Norms. P. 118. — См. об этом: Bjarup J. The Philosophy of Scandinavian Legal Realism // Ratio Juris. 2005. Vol. 18. P. 1–15.

⁷⁶ Olivecrona K. Legal Language and Reality. P. 156.

для американского реализма идею права как «предсказания того, что будут делать суды»; речь идет именно о психологических переживаниях правовых субъектов, последствия которых наука предсказать никоим образом не может.⁷⁷

Однако здесь реалисты встретились с трудностью, связанной с ограничением права от других социальных регуляторов. Если такое ограничение связано с тем, что право всегда подразумевает регулирование использования силы,⁷⁸ то логично увязывать правовые нормы именно с предназначенными для судей регулятивными предписаниями. Именно по этому пути первоначально и пошел Росс, следуя своему наставнику Гансу Кельзену.⁷⁹ Для Оливекрона позиция Кельзена по этому вопросу была категорически неприемлемой: выражая австрийскому правоведу, Оливекроне пытался найти источник нормативной действительности права в «социальной значимости», которая приписывается тому или иному императиву в рамках конкретно взятой общности.⁸⁰ Как было показано выше, действительность правового предписания, по мнению упсальского профессора, обусловлена «общим соблюдением» со стороны членов данной общности, что в свою очередь обеспечивается наличием принудительного правоприменительного механизма, с одной стороны, и негативной психологической реакцией других членов общества на девиантное поведение — с другой. Эти два условия действительности права являются также критерием, который позволяет отличить правовое установление от «памятников права», т. е. таких предписаний, которые формально сохраняют характеристики правовых, но фактически утратили (в значительной степени) поддержку как со стороны правоприменителей, так и со стороны обычных членов общества. При этом первое условие служит, как считают Оливекрона и Росс, предпосылкой второго: люди «привыкают» соблюдать правовые установления и считать это само собою разумеющимся, в первую очередь исходя из представлений о возможных неблагоприятных последствиях их несоблюдения.

Но это не означает сведения вопроса о действительности права к вопросу о принуждении в духе эстетического позитивизма и отождествления права с принудительным порядком, гарантированным государством.⁸¹ Помимо собственно страха наказания, как считает Оливекроне, существуют и другие мощные психологические стимулы к соблюдению законов. В частности, в большинстве обществ действия этого или иного социального авторитета по изданию обязательных правил поведения автоматически принимаются индивидами, поскольку этот порядок составляет одну из основ данного социума. В этом плане принятие и обнародование парламентом закона по психологическому эффекту приравнивается ученым к приказу, который командир отдает своим солдатам, — в обоих случаях приказы, как правило, исполняются автоматически.⁸² Двумя другими психологическими механизмами,

⁷⁷ Ibid. P. 158 ff.

⁷⁸ Olivecrona K. Law as Fact (1939). P. 134.

⁷⁹ См. об этом: Martin M. Legal Realism — American and Scandinavian. P. 125. — Это не мешало Россу критиковать позицию австрийского правоведа. См., напр.: Ross A. Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis, zugleich Prolegomena einer Kritik der Rechtswissenschaft. Copenhagen; Leipzig, 1933.

⁸⁰ Olivecrona K. Law as Fact (1939). P. 50.

⁸¹ Olivecrona K. Law as Fact (1971). P. 172 ff.

⁸² Olivecrona K. Law as Fact (1939). P. 51.

принуждающими индивидов повиноваться правовым предписаниям, являются: ассоциирование терминов «право» и «обязанность» с ощущением коллективной силы на своей стороне либо же, наоборот, со страхом быть противопоставленным силе общественного целого; необъяснимая склонность людей видеть некую объективную реальность за этими терминами (право и обязанность), из-за чего индивид считает себя связанным чужим правом либо считает связанными своим правом тех, по отношению к кому он его осуществляет.⁸³ Хотя, как повторяется шведский мыслитель, такая связанность является лишь воображаемой, и ничего во внешнем мире ей не соответствует.⁸⁴

Оливекрона даже делает смелое предположение о том, что существование права от этой воображаемой связанности совершенно не зависит и что это архаическое представление следует изгнать из человеческих умов.⁸⁵ Действительно реальным фактом является сила (власть),⁸⁶ а право оказывается в интерпретации шведского правоведа лишь относительно эффективной, но всегда мнимой отсылкой к силе — «идеалом воображаемой силы»⁸⁷ или даже « ошибочным выражением для обозначения мистической силы»⁸⁸ поскольку в действительности такой силы не существует. В этом плане пустотелая «идея права совершенно ничего не означает; она даже не отсылает к существующим в воображении фантазиям наподобие кентавров».⁸⁹ Хотя мыслитель не так радикален, как его учитель Хэгерстрём, он признает полезность термина права, который оправдывает свое использование как в законодательной технике (выражение императивности), так и в побуждении индивидов к определенным действиям через «краткое обозначение того, что на самом деле представляет собой сложное нагромождение фактов, правил и представлений».⁹⁰

В отличие от Оливекрона Росс первоначально придерживался мнения о том, что действие права связано не с фактическим поведением людей, а с деятельностью судей и других правоприменителей. Так же как и Харт, датский философ предполагал,

⁸³ Ibid. P. 14. — Здесь Оливекрона пользуется игрой слов: «bind» по-английски имеет значение «связывать» и «обязывать». Поэтому ключевой термин его философии права «binding force» можно переводить как «связывающая сила» и как «обязывающая сила». Стоит отметить немаловажный момент для понимания творчества скандинавских реалистов: большинство своих работ они первоначально писали на родном языке (шведском, датском, норвежском и т. п.) и лишь затем переводили. Поэтому изначальный смысл многих терминов терялся в другом языковом контексте, особенно когда перевод осуществлялся без участия автора, как это было с ключевой работой Хэгерстрёма «Inquiries into the Nature of Law and Morals». См. критику перевода терминологии правовой концепции Хэгерстрёма в: Pattaro E. The Law and the Right: a Reappraisal of the Reality that Ought to Be. Dordrecht, 2007. P. 133 ff.

⁸⁴ Olivecrona K. Law as Fact (1939). P. 17.

⁸⁵ Ibid. P. 10.

⁸⁶ Эти два термина обозначаются в английском языке одним словом «power».

⁸⁷ Ibid. P. 90.

⁸⁸ Olivecrona K. Legal Language and Reality. P. 154.

⁸⁹ Olivecrona K. Law as Fact (1971). P. 183.

⁹⁰ Olivecrona K. Law as Fact (1939). P. 103–110. — Как считал Росс, назначение таких терминов, как «право» и т. п., — служить эффективным способом передачи информации, быть своего рода «стенографией», «средством презентации» (*tool of presentation*), которое позволяет одним словом описать воображаемые правовые последствия определенных фактических состояний (Ross A. On Law and Justice. P. 170–175).

что правовые нормы являются «директивами»,⁹¹ пред назначенными для правопримени телей и указывающими, как разрешать рассматриваемые ими дела. Сходство с концепцией Харта можно видеть и в выделении Россом в структуре правовой директивы двух аспектов — внешнего и внутреннего: первый обрисовывал требования к формальному ведению процесса, а второй содержал в себе некие императивы, которые воспринимались судьями в качестве обязывающих.⁹² Действенность/действительность таких императивов зависит не от страха (как в случае с обывателями, для которых страх, по Россу, — основной мотив к соблюдению права), а от «переживания чистого чувства долга».

С этой точки зрения Росс критикует Оливекрону за его «психологический реализм», в рамках которого признание некоей нормы в качестве правовой ставится в зависимость от индивидуальных переживаний.⁹³ Хотя у самого датского правоведа не было вразумительного объяснения того, чем же психология судьи существенно отличается от психологии обывателей, представляется, что такое искусственное различие было введено лишь для того, чтобы выдержать логическую схему, предложенную Россом в ранних работах: чувство связанности правом возникает у людей при столкновении на опыте (личном или опосредованном) с применением правовых директив судами.⁹⁴ Но для самих судей такой механизм «правовой социализации» предположить трудно — это равнялось бы замкнутому кругу: судьи чувствуют себя связанными тем, что сами делают в качестве судей, и действуют как судьи, поскольку чувствуют связанность своей деятельности по применению правовых директив. Для объяснения этой «диалектики верований и принуждения»⁹⁵ Россу (так же как ранее Лундштедту) оставалось обратиться к достаточно сомнительному средству — ссылке на особую идеологию, «которая фактически вдыхает жизнь в суды» и которой судьи должны следовать в силу своей принадлежности к судебной профессии.⁹⁶ Но существует ли в судебском сообществе такая идеология, и если да, то за счет чего она возникает и на чем основывает свою действенность и контингентность? На эти вопросы до 1960-х гг. мыслитель окончательного ответа так и не дает.⁹⁷

Этот недостаток Росс исправляет в своей поздней работе «Директивы и нормы», где отходит от узкой трактовки правовых директив как обращенных исключительно к судье, но не отказывается окончательно от разделения норм по их адресатам. Если раньше, используя терминологию Харта, он говорил о первичных и вторичных правилах, первые из которых адресованы всем обывателям, а вторые — только судьям,⁹⁸ то в «Директивах и нормах» датский ученый уточняет свою позицию: в основе

⁹¹ «Директивами, которые в определенном виде соответствуют некоторым социальным фактам» (Ross A. Directives and Norms. P. 78).

⁹² Ibid. P. 37–43.

⁹³ Ibid. P. 72.

⁹⁴ Ross A. Towards a Realistic Jurisprudence: A Criticism of Dualism in Law. P. 12 ff. — См. критику этого воззрения в: Simpson A. The Analysis of Legal Concepts // Law Quarterly Review. 1964. Vol. 80. P. 535 ff.

⁹⁵ Ross A. Towards a Realistic Jurisprudence: A Criticism of Dualism in Law. P. 96.

⁹⁶ Ross A. On Law and Justice. P. 76 ff.

⁹⁷ Очевидно, что речь не шла об обосновании такой идеологии ни справедливостью, ни какими-либо другими правовыми ценностями, которые приравнивались Россом всего лишь к «эмоциональным выражениям благорасположенной реакции на право» (ibid. P. 280).

⁹⁸ Ross A. Towards a Realistic Jurisprudence: A Criticism of Dualism in Law. P. 90 ff.

судейского усмотрения лежат первичные нормы, значимые для всех граждан (в том числе и судей) и устанавливающие общие представления об организованном применении силы в данном обществе. Правила же второго порядка («директивы») лишь указывают на те внешние образцы судебной (в более широком смысле — право-применительной) деятельности, в которой фиксируется содержание норм⁹⁹ — нечто вроде «нормативных фактов» в концепции Петражицкого. В этой работе Росс сближается с позицией Оливекроны и считает, что залог действительности правовой нормы в ее фактическом регулярном соблюдении и психологической обязанности: «Для установления нормы необходимо, чтобы она исполнялась не только с некоей внешней регулярностью, т. е. с внешне наблюдаемым соответствием поведения правилу, но и с сознанием следования правилу и чувством обязанности поступать так».¹⁰⁰

В этом аспекте ученый отказывается от исключительно бихевиористской трактовки основания действительности права (страх перед наказанием), что было характерно для его первых работ, и видит залог существования правовых норм также и в «опыте действительности» (*experience of validity*),¹⁰¹ переживаемом индивидами. Этот опыт состоит из наблюдения за повседневным фактическим соблюдением права и проявлением уважения к нему со стороны других членов общества — свидетельство такого систематического соблюдения и уважения вкупе со знанием о возможных неблагоприятных последствиях нарушения внушает индивиду представление о праве как о некоем объективно существующем явлении.¹⁰² Таким образом, действенность и действительность права совпадают. При этом сама действительность права никакой объективной реальностью не обладает — «это просто слово... концептуально рационализированное выражение некоторых субъективных восприятий... обязанное своим существованием естественной иллюзии, которая рационализирует идею "действительности" как якобы объективно данную».¹⁰³ Право в этом аспекте понимается как бинарный феномен, который состоит из собственно фактического опыта правовой реальности («истинное право») и из норм действующего права, которыми оперирует судья в процессе вынесения решений. Последние нормы, как было показано выше, трактуются в духе кельзеновской теории как концептуальные рамки для интерпретации фактов¹⁰⁴ и какого-то собственного содержания не имеют.

Здесь можно увидеть нюансы в понимании обязанности права. Для Оливекроны обязанность всегда означает лишь верование в некое не существующее состояние «связанности» (или «обязанности»), тогда как для Росса чувство обязанности опирается на предположение того, что в норме заложено некое объективное качество (религиозный, моральный долг, чувство приличия и т. п.), сила которого связана с некоей ценностью (Бог, разум, благо, и т. п.).¹⁰⁵ Росс расходится в этом

⁹⁹ Ross A. Directives and Norms. P. 90–92.

¹⁰⁰ Ibid. P. 83.

¹⁰¹ Ibid. P. 84.

¹⁰² Ibid.

¹⁰³ Ross A. Towards a Realistic Jurisprudence: A Criticism of Dualism in Law. P. 77. — См. схожие идеи в работах Лундштедта: Lundstedt V. Legal Thinking Revised. My Views on Law. P. 46 ff.

¹⁰⁴ Ross A. On Law and Justice. P. 11.

¹⁰⁵ Ross A. Directives and Norms. P. 96 ff.

вопросе и с Хартом: для датского ученого значимым является именно описанное выше чувство обязанности, а не принятие нормы членами общества (в отличие от Харта он считает правовую норму гетерономной и существующей независимо от формального признания индивидами)¹⁰⁶ и не соответствие процедуры принятия нормы базовым критериям данной правовой системы (хотя Росс считает такое соответствие «норме компетенции» дополнительным критерием действительности). Датский правовед не считает возможным сводить все право к судебным решениям,¹⁰⁷ хотя здесь нужно отметить, что собственная трактовка правовых норм Россом, о чем было сказано чуть выше, приводит его к тому же самому логическому тупику: если предположить, что нормы возникают в момент вынесения решения судьей, то тогда как отличить нормотворческую деятельность судьи от всех остальных его действий, не имея при этом заранее заданного нормативного критерия? Если же отказаться от такого предположения, то приходится признать, что нормы существовали ранее, и тогда сведение правовых норм исключительно к судебному правотворчеству неосновательно.

Схожую эволюцию претерпело само понимание термина «право» датским ученым. В первых работах право представляется Россу всего лишь «рационализацией определенных эмоциональных опытов»¹⁰⁸ или «рационализацией чувства силы»¹⁰⁹ а использование юридической терминологии связывается им с ативистическими формами мышления людей, где право ассоциируется с невидимой магической силой¹¹⁰ (здесь ощутимо влияние Хэгерстрёма, который был научным руководителем докторской диссертации Росса).¹¹¹ Углубление в лингвистический анализ процесса общения заставляет мыслителя в последующих работах внести некоторые уточнения: термин «право» обязан своим существованием не столько магическому верованию в возможность изменения мира с помощью слов, сколько объективным языковым структурам, в рамках которых этот термин получает особое значение и способность воздействовать и изменять поведение людей.¹¹² Данный термин — «техническое орудие презентации», которое связывает оперативные факты с правовыми последствиями¹¹³ или «всего лишь редукция, осуществляемая с целью систематизации».¹¹⁴ Можно пояснить это достаточно туманное определение приводимым

¹⁰⁶ Ibid. P. 49.

¹⁰⁷ Ross A. On Law and Justice. P. 36.

¹⁰⁸ Ibid. P. 10.

¹⁰⁹ Ross A. Towards a Realistic Jurisprudence: A Criticism of Dualism in Law. P. 189.

¹¹⁰ Так, в своей работе о социальных функциях юридического языка в примитивных обществах Южной Океании Росс говорит: «Наша терминология и наши идеи имеют существенное структурное сходство с первобытной магической мыслью, взывающей к сверхъестественным силам, которые, в свою очередь, обращаются в фактические эффекты» (Ross A. Tu-Tu // Harvard Law Review. 1957. Vol. 70. P. 818).

¹¹¹ Ross A. Theorie der Rechtsquellen. Leipzig, 1929.

¹¹² «Мы выражаемся так, как если бы что-то существовало между обуславливающим юридическим фактом и обусловленным юридическим последствием, а именно некое требование, право, которое было бы подобно некоему опосредующему средству или случайному связующему звену, которое производит действие или создает основу для юридического последствия» (Ross A. Tu-Tu. P. 818).

¹¹³ Ross A. On Law and Justice. P. 174.

¹¹⁴ Ibid. P. 172.

Россом примером права собственности: «В своей интегральной целостности утверждение о том, что А обладает правом собственности на вещь, семантически связано со сложной ситуацией, состоящей из фактов собственности — возможности для А добиваться защиты, требовать возмещения убытков и т. п., а термин "право собственности" является лишь техническим сокращением для множества эмпирических фактов, которые составляют конкретное содержание собственности в той или иной системе права».¹¹⁵

В рамках предложенного Россом лингвистического анализа права речь шла о том, чтобы перевести «традиционную» юридическую терминологию (права, обязанности, действительность и т. п.) на «язык человеческого поведения»,¹¹⁶ где первостепенным значением для научного познания обладают лишь внешние поведенческие формы, по которым можно догадываться о стоящих за ними эмоциях и представлениях; иными словами, подвергнуть концептуальному анализу язык повседневного юридического общения и в его терминах проследить реальную эмпирическую составляющую правовой практики. Здесь прослеживается близость Росса к американскому правовому реализму с его ориентацией на изучение фактического поведения и социальных факторов поведения. Характерно, что именно в связи с этим датский правовед говорит о необходимости принципиального единства установок правового реализма американской и скандинавской школ, общим для которых должно стать «изучение права как набора социальных фактов (определенного человеческого поведения и связанных с ним идей и настроений) и как отрасли социальной психологии».¹¹⁷

Подобное видение права полагалось возможным благодаря особому методологическому подходу: Росс, как и его соратники по правовому реализму, исходил из необходимости ограничения правовой науки исключительно эмпирическим знанием, тем самым продолжая разработку начатой Хэгерстрёмом проблематики. По мнению датского мыслителя, наука о праве должна быть исключительно эмпирической, отправив «метафизические спекуляции в небытие вместе с другими мифами и легендами детства нашей цивилизации».¹¹⁸ В этом плане он даже отказывался от предположения о специфике правового, аналитического, гуманитарного знания по отношению к естественным наукам: «Я отказываюсь от идеи о том, что познание права представляет собой особую форму нормативного познания, которое выражается в дополнении, и формально рассматриваю правовое мышление в рамках той же самой логики, на которой основаны все остальные эмпирические науки».¹¹⁹

Росс так выражает свое научное кредо: «Ведущая идея заключается в том, чтобы в сфере права довести принципы эмпиризма до их логического завершения. Из этого вытекают методологическое требование того, что изучение права должно следовать тем традиционным образцам наблюдения и верификации, которые

¹¹⁵ Ross A. Tu-Tu. P. 822. — Французский исследователь Пьер Брюне охарактеризовал этот подход как «онтологическую редукцию лишенных реального бытия целостностей» или, в более метафорической форме, как «способ сбрить бороду Платона бритвой Окама» (Brunet P. Alf Ross et la conception référentielle de la signification en droit // Droit et Société. 2002. Vol. 50. P. 23).

¹¹⁶ Ross A. On Law and Justice. P. 17.

¹¹⁷ Ibid. P. IX.

¹¹⁸ Ibid. P. 258.

¹¹⁹ Ibid. P. X.

вдохновляют всю современную эмпирическую науку, и аналитическое требование того, что базовые правовые концепты должны пониматься как концепции социальной действительности, пониматься через поведение человека в обществе и никак иначе». ¹²⁰ Но тут опять-таки делаются оговорки о присутствии идеального элемента в праве — о верованиях в идеалы и нормы, факт действия которых изменяет саму действительность. Росс не выдерживает последовательного утверждения эмпиризма: «Для понятия права характерна вера в инкарнацию действительного, метафизического, идеального в актуальном, физическом, реальном. В отличие от морали право не является полностью идеальным. Тем более оно не является и чисто эмпирической реалией, наподобие тирании грубой силы». ¹²¹ Но какой смысл в «чисто эмпирической» науке, которая не имеет в своем арсенале адекватных средств для изучения этой особой, своеобразной, идеалистической природы права, вернее, ее идеалистического аспекта? Росс осознает эту проблему, и совершенно не случайны те лестные отзывы, которые он адресует идеалистической правовой концепции Г. Д. Гурвича. ¹²² Но стремление к чистоте метода берет верх над прагматическими соображениями: все попытки совместить идеализм и реализм клеймятся как «метафизический дуализм», а задачей науки о праве объявляется «редуцирование этого дуализма, растворение антиномий и реконструкция понятия права»¹²³ в рамках позитивной науки.

Если обратиться к общей оценке данного движения, то среди слабых мест скандинавского правового реализма можно указать прежде всего его философскую непроработанность. Что есть реальность, каковы ее критерии и границы — на эти, казалось бы, основополагающие вопросы у реалистов ответа не находилось. Было достаточно легко признать реальным только эмпирически данное, но в правовой жизни к числу эмпирически данных явлений относится лишь ее весьма незначительная часть. Поэтому приходилось делать оговорки, исключения, со временем ставшие подтверждением правила, согласно которому право нельзя трактовать как исключительно эмпирическое явление. Харт по этому поводу точно отметил то противоречие, к которому пришел правовой реализм из-за желания избежать метафизики через отказ от всего нефактического: ведь то же самое «нефактическое использование языковых конструкций неотделимо от использования юридических правил», ¹²⁴ которые в любом случае входят в сферу права.

В целом попытка представителей этого направления отказаться от терминов, не имеющих референтов в окружающем мире, и трактовать их как мистические или магические привела, по мнению Харта, к «отказу от серьезного анализа важных изменений языка, использование которого не всегда связано с правовыми контекстами, и завела последователей Хэгерстрёма в тупик». ¹²⁵ Сторонники реализма исходили из предположения о единстве пространственно-временного континуума, где идеи, представления, ценности, нормы развивались в том же самом круге причинности,

что и природные процессы.¹²⁶ Отсюда предполагалось, что эти духовные феномены могут анализироваться в рамках единой познавательной модели, пригодной для анализа природных явлений,¹²⁷ с помощью инструментария эмпирической философии. Хэгерстрём четко изложил парадигму данного подхода в одной из своих первых работ «Принцип науки» (1908), говоря о том, что речь идет о «логической точке зрения или научном видении действительности, которое тождественно материалистическому мировоззрению, где предполагается, что человек как психофизический организм находится в определенном отношении к внешнему порядку, воспринимает его, чувствует его и выражает желания по отношению к этому порядку». ¹²⁸ По словам другого представителя реализма, «существует один-единственный мир и одно знание. Все науки, в конечном счете, занимаются одним и тем же набором фактов, и все научные утверждения о реальности (если здесь не подразумеваются чисто логико-математические утверждения) могут быть подвергнуты экспериментальной проверке».¹²⁹

Здесь проявлялась, пожалуй, основная посылка реализма — решительный и полный отказ от дуализмаенного и сущего, которые должны совпадать в единстве реального мира. Это распространялось и на право. Вот как об этом пишет Росс: «К очевидно непреодолимым противоречиям современной теории права относится дуализм в рамках априорного донаучного понятия права, которое в той или иной степени сознательно кладется в основание таких правовых теорий. Речь идет о дуализме реальности и действительности [reality and validity] в праве, который проявляется в ряде антиномий теории права». ¹³⁰ И отказ от такого дуализма, как надеялись реалисты, является ключом к разрешению данных антиномий: то, что не выдерживает «эмпирической проверки», может смело отвергаться как ненаучное. Но задача оказалась куда сложнее, чем предполагалось. Как показывает эволюция представлений ученых этого круга, все они исходили из попытки отказаться от метафизики, взять право таким, как оно есть в реальности, постигнуть действительное право в его фактической данности. Реалисты формировали свои представления, идя от частного к общему, создавая все более детализированные схемы, в которых (особенно если вспомнить о лингвистическом анализе Оливекроне и Росса) право в конечном счете, оказывалось абстрактной величиной, хотя и не отвечающей критериям научной истинности, но тем не менее неизбежной для социального регулирования. Отрицание тезиса (попытка отказаться от понимания права как не связанного с реальными фактами понятия) диалектически вело к его утверждению, ведь признавалось, что абстрактные правовые предписания в действительности выполняли вполне реальные функции, не будучи при этом связаны с какой-то эмпирически осязаемой реалией.

¹²⁶ См., напр.: Olivecrona K. Law as Fact. 1971. P. VII.

¹²⁷ Об этих двух разновидностях «натуралистического» подхода в правоведении (онтологический и методологический натурализм) см.: Spaak T. Naturalism in Scandinavian and American Realism: Similarities and Differences // Working Paper Annual Legal Research Network Conference. 2008 (www.rug.nl/crbs/onderzoek/networkconference2008/Paper%20-%20Torben%20Spaak,%20Uppsala.pdf?as=pdf). — См. также: Leiter B. Naturalizing Jurisprudence. P. 34 ff.

¹²⁸ Цит. по: Bjarup J. Epistemology and Law According to Axel Hägerström. P. 17.

¹²⁹ Ross A. On Law and Justice. P. 67.

¹³⁰ Ross A. Towards a Realistic Jurisprudence: A Criticism of Dualism in Law. P. 11.

Тем не менее скандинавский правовой реализм оставил заметный след в эволюции теоретического правоведения XX в., войдя в историю как, пожалуй, один из наиболее последовательных проектов построения науки о праве как строго эмпирической. Если реалистам и не удалось довести до конца свой проект, то связано это не со слабостью их концепций, а с объективными качествами самого права, не сводимого к чистой эмпирии. В данном отношении показательны работы наиболее значимого из современных европейских сторонников правового реализма — Энрико Паттаро, который строит свою концепцию именно на синтезе эмпирических и идеальных элементов права, по возможности очищая их от метафизических наложений.¹³¹

¹³¹ Pattaro E. *The Law and the Right: a Reappraisal of the Reality that Ought to Be*. Dordrecht, 2007.

Карл Оливекрона

Право как факт*

Посвящается моей жене

Предисловие

Когда эта книга готовилась к печати, пришло известие о смерти профессора Акслея Хэгерстрёма. Он был почитаемым и любимым мной учителем. Я не могу здесь даже попытаться описать характер и размах его философского исследования, которое, несомненно, станет со временем более широко известно и ценимо, чем сейчас. Достаточно будет сказать, что моя попытка изучить право как факт не могла бы осуществиться без базы, обеспеченной его работами.

Я также глубоко благодарен профессору Вильгельму Лундштедту как за вдохновение, подаренное мне, так и за идеи, почертнутые мной из его разносторонних исследований права. Я свободно пользовался аргументами, взятыми из его трудов, так же, как и из трудов профессора Хэгерстрёма.¹

Моя жена, помимо стимулирования моей работы своим неустанным интересом, оказала неоценимую помощь разъяснениями по вопросам психологии.

Необходимо также высказать слова благодарности доктору Аста Кильбому, ассистент-профессору Лундского университета, и господину А. Х. Кингу, преподавателю английского языка в том же Университете, за исправление рукописи и вычитку корректуры.

Лунд, Швеция, июль 1939 г.

Карл Оливекрона

Введение

Обязывающая сила ** права

По-видимому, право в наиболее общем виде можно определить как нормы, обязывающие членов общества. Будучи достаточно туманным, это определение может

* Olivecrona K. *Law as Fact*. London, 1939. Перевод Е. Ю. Таранченко; научная редакция перевода А. В. Полякова и М. В. Антонова.

¹ Общая отсылка может быть сделана к следующим работам: Hägerström A. 1) *Der römisches Obligationsbegriff*. I. Upsala; Leipzig, 1927; 2) *Selbstdarstellung // Philosophie der Gegenwart in Selbstdarstellungen*. Leipzig, 1928. — См. также несколько его работ на шведском, прежде всего «*Till frågan om den objektiva rättens begrepp*» (1917), которая, помимо прочего, содержит интересный анализ природы приказа и понятия обязанности. Кроме того, см.: Lundstedt V. 1) *Superstition and Rationality in Action for Peace?* London, 1925; 2) *Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft*. Berlin, 1932–1936.

** Ключевое для Оливекрона выражение «binding force of Law» имеет несколько смысловых оттенков, попеременно выходящих на первых план в зависимости от контекста, и, соответственно, может пониматься и как «обязывающая сила права», и как «связывающая, ограничивающая, понуждающая сила права». — Прим. науч. ред.