

**ФЕДЕРАЛЬНОЕ ГОСУДАРСТВЕННОЕ БЮДЖЕТНОЕ УЧРЕЖДЕНИЕ НАУКИ
ИНСТИТУТ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА
РОССИЙСКОЙ АКАДЕМИИ НАУК**

На правах рукописи

Тонков Дмитрий Евгеньевич

**КОНСТРУКТИВНЫЙ СКЕПТИЦИЗМ
Д. ФРЭНКА И В. ЛУНДШТЕДТА: СРАВНИТЕЛЬНЫЙ АНАЛИЗ
ПОДХОДОВ РАДИКАЛЬНОГО ПРАВОВОГО РЕАЛИЗМА**

**диссертация на соискание ученой степени
кандидата юридических наук**

Специальность: 5.1.1. Теоретико-исторические правовые науки

**Научный руководитель: доктор юридических наук
Лапаева Валентина Викторовна**

Москва – 2022

ОГЛАВЛЕНИЕ

ВВЕДЕНИЕ	3
ГЛАВА 1. ФАКТОСКЕПТИЦИЗМ Д. ФРЭНКА КАК ОБЪЯСНЕНИЕ «БАЗОВОГО МИФА» ЮРИСПРУДЕНЦИИ В АМЕРИКАНСКОМ ПРАВОВОМ РЕАЛИЗМЕ	18
1.1. Д. Фрэнк как лидер направления «фактоскептиков» американского правового реализма	18
1.2. «Базовый миф» юриспруденции как иллюзия правовой определенности в подходе Д. Фрэнка	46
1.3. Критическая оценка подхода Д. Фрэнка и американского правового реализма	59
ГЛАВА 2. МЕТОДОЛОГИЧЕСКИЙ РЕДУКЦИОНИЗМ В. ЛУНДШТЕДТА КАК ИНСТРУМЕНТ ДОСТИЖЕНИЯ «СОЦИАЛЬНОГО БЛАГОПОЛУЧИЯ» В СКАНДИНАВСКОМ ПРАВОВОМ РЕАЛИЗМЕ	70
2.1. В. Лундштедт как представитель первого «поколения» скандинавского правового реализма	70
2.2. Метод «социального благополучия» как содействие права потребностям индивидов в подходе В. Лундштедта	91
2.3. Критическая оценка подхода В. Лундштедта и скандинавского правового реализма	108
ГЛАВА 3. РАДИКАЛЬНЫЕ ПОДХОДЫ Д. ФРЭНКА И В. ЛУНДШТЕДТА В КОНТЕКСТЕ РЕАЛИСТИЧЕСКОЙ ПРАВОВОЙ МЫСЛИ	123
3.1. Д. Фрэнк и В. Лундштедт в сравнительной перспективе американского и скандинавского правового реализма	123
3.2. Конструктивный скептицизм Д. Фрэнка и В. Лундштедта в рамках постклассического правопонимания	143
3.3. Значение радикального правового реализма для зарубежной и отечественной правовой мысли	157
ЗАКЛЮЧЕНИЕ	178
СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ	182

ВВЕДЕНИЕ

Актуальность темы исследования. Американский судья Джером Фрэнк (1889–1957) и шведский политик Вильгельм Лундштедт (1882–1955) являются ведущими представителями американского и скандинавского движений¹ правового реализма – научных направлений, которые были весьма влиятельны в США и Швеции в период между Первой и Второй мировыми войнами. Среди многочисленных сторонников этих движений Д. Фрэнк и В. Лундштедт выделяются наиболее радикальным характером своих подходов и ярко выраженным скептическим отношением к судебному формализму и абстрактному характеру норм права в современной им юриспруденции, которой они стремились найти конструктивную альтернативу. Авторы предлагали свои идеи для более «реалистического», по их мнению, подхода к пониманию права как результата юридической деятельности, познаваемого на эмпирических основах.

С этих позиций Д. Фрэнк и В. Лундштедт, как и другие сторонники американского и скандинавского правового реализма, пытались переосмыслить предшествовавшее им наследие мировой правовой мысли. Их идеи до сих пор вдохновляют многих правоведов из разных государств: с конца XIX в. современными учеными выделяется «немецкий правовой реализм», в XX в. развиваются «итальянский правовой реализм» в виде генуэзского и болонского вариантов (с 1960-х гг.), «французский правовой реализм» (с 1980-1990-х гг.), в XXI в. расширяются исследования «нового правового реализма» в его американском (с 2000-х гг.) и европейском (с 2010-х гг.) вариантах. В настоящее время идет процесс формирования концепций европейского «континентального (психологического) правового реализма», «российского правового реализма» и др. Современные подходы к анализу, реконструкции и критике правового реализма разрабатываются ведущими зарубежными и отечественными

¹ В рамках настоящего исследования используется уже устоявшийся в специальной литературе термин «движение», который подчеркивает развивающийся характер идей американского и скандинавского правового реализма и хронологическую сопоставимость этих идей.

исследователями, что свидетельствует о востребованности реалистической парадигмы в праве, ее способности давать новые импульсы для познания правовых реалий.

Тем не менее исследования американского, скандинавского и других вариантов правового реализма до сих пор сталкиваются со многими методологическими трудностями, вытекающими как из разных значений термина «реализм» в социогуманитарных науках, так и из наличия многочисленных и неоднородных в своей теоретической основе направлений реалистического подхода в юриспруденции. Наблюдаемый в современной зарубежной и отечественной науке широкий интерес к американской и скандинавской юриспруденции XX в. стимулирует попытки устранения существующих неточных и упрощенных трактовок американского и скандинавского правового реализма в целом и отдельных подходов в рамках этих научных направлений.

Идеи сторонников радикального (по отношению к традиционной юриспруденции) американского и скандинавского правового реализма, отвергающего, по их мнению, «вненаучный» (т.е. не соответствующий естественно-научной методологии) подход к познанию мира, рассмотренные через призму его наиболее радикальных представителей – Д. Фрэнка и В. Лундштедта, – представляют несомненный интерес в рамках идущих в российской теории права дискуссий о типах правопонимания. Стоит отметить и актуальный современный дискурс, темой которого является «реалистический поворот» в эпистемологии, философии сознания и философии науки² наряду с произошедшими во второй половине XX в. лингвистическим, практическим и антропологическим «поворотами» в социогуманитарном знании вследствие беспрецедентного усложнения мира и осмысления ограниченности человеческого разума³. В контексте этих дискуссий сравнительный анализ радикальных

² См.: «Реалистический поворот» в современной эпистемологии, философии сознания и философии науки? Материалы «круглого стола». Участники: В.А. Лекторский и др. // Вопросы философии. 2017. № 1. С. 5–38.

³ См.: Честнов И.Л. Постклассическая интерпретация ускользающего бытия права: вместо введения // Постклассическая онтология права / Под ред. И.Л. Честнова. СПб., 2016. С. 12.

подходов Д. Фрэнка и В. Лундштедта позволяет расширить и углубить представления о методологии юридического позитивизма и способствует поиску синтеза метафизической и позитивистской парадигм познания права в русле предлагаемого современными учеными перехода от классической юриспруденции к постклассической, которая рассматривает теорию права как прежде всего «инструмент личностного ответственного выбора решения в проблемной юридической ситуации»⁴.

В диссертационном исследовании радикальный правовой реализм в лице Д. Фрэнка и В. Лундштедта рассматривается не как непротиворечивая и целостная теория права, а скорее как «гносеологическая стратегия» в рамках деятельностного подхода⁵ к анализу судебных решений и определению онтологического статуса права. Диссертант исходит из перспективности современной интерпретации американского и скандинавского направлений правового реализма в качестве «исследовательских программ»⁶, возможная польза от которых определяется эмпирическими исследованиями в юриспруденции.

Степень разработанности темы исследования. В отечественной правовой науке комплексному сравнительному изучению трудов американских и скандинавских правовых реалистов, в том числе Д. Фрэнка и В. Лундштедта, не уделялось специального внимания. При наличии отдельных исследований, зачастую затрагивающих только одно из указанных направлений правового реализма или обращающих основное внимание на других представителей реалистических движений в США и Швеции (таких как К. Ллевеллин, К.

⁴ Тимошина Е.В. Классическое и постклассическое правопонимание как стили философско-правового мышления // Там же. С. 281. Отличительной чертой постклассической теории права являются ее ориентированность на процессуальность, интерессубъективизм, человекоцентризм, контекстуализм, историческую и социокультурную обусловленность права, а также «конструируемость правовой реальности» (Честнов И.Л. Указ. соч. С. 17).

⁵ Суть такого взгляда заключается в познании мира человеком через свою деятельность с «опорой на реалистические аргументы как средства проблематизации, опредмечивания, оформления и разъяснения права» и «разграничением объективного значения права и придаваемого ему субъективного смысла» (Груздев В.С. Реализм в юриспруденции: теоретико-методологический и исторический аспекты. Дис. ... докт. юрид. наук. М., 2021. С. 17, 19 и др.).

⁶ См.: Martin M. Legal Realism: American and Scandinavian. N.Y., 1997. P. 99–120, 193–205; Leeuw F.L. American Legal Realism: Research Programme and Policy Impact // Utrecht Law Review. 2017. Vol. 13. № 3. P. 28–40; и др.

Оливекрона и А. Росс), большинство существующих русскоязычных работ по данной тематике носит фрагментарный характер.

В советский период были единичные работы, в которых подробно рассматриваются идеи американских представителей правового реализма⁷. Скандинавские правовые реалисты и близкие к ним теоретики из Швеции, Норвегии и Дании начала-середины XX в. были менее известны в советской правовой науке, их труды часто исследовались (и до сих пор исследуются) в контексте общих философских подходов представителей стран Скандинавии⁸. Во многих отечественных работах по истории мировой правовой мысли постсоветского периода продолжает приводиться лишь краткая характеристика американского и скандинавского правового реализма, однако в последнее время этой проблематике начинает уделяться большее внимание. В исследовании подходов Д. Фрэнка и В. Лундштедта, а также идей иных представителей рассматриваемых движений правового реализма в отечественной юриспруденции выделяются работы таких ученых, как Г.Э. Адыгезалова, М.В. Антонов, Н.С. Васильева, В.С. Горбань, В.Г. Графский, В.С. Груздев, И.Н. Грязин, В.Д. Зорькин, О.Ф. Иваненко, М.А. Исаев, Г.В. Казакевич, С.В. Королев, А.К. Куликов, Б.В. Лесив, А.Г. Мысливченко, В.В. Оглезнев, Р.А. Ромашов, Д.А. Савенков, Д.С. Сметанников, В.А. Суровцев, Е.В. Тимошина, Е.Н. Тонков, В.А. Туманов и др.

В зарубежной юридической науке к настоящему времени проведены многочисленные исследования американского и скандинавского правового реализма, но, как правило, в этих исследованиях затрагивается одно из указанных движений либо подходы отдельных представителей американского и скандинавского правового реализма. При этом наблюдается явный недостаток

⁷ См.: Иваненко О.Ф. Американская «социологическая юриспруденция»: критический очерк. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1963; Туманов В.А. Буржуазная правовая идеология: к критике учений о праве. М., 1971; Куликов А.К. «Реалистическое направление» в буржуазном правоведении США: историко-критический анализ. Дис. ... канд. юрид. наук. М., 1978; Грязин И.Н. О «правовом реализме» в англо-американской философии права. Тарту, 1978; и др.

⁸ См.: Мысливченко А.Г. Основные этапы и тенденции развития философской мысли в Швеции. Дис. ... докт. филос. наук. М., 1969; Казакевич Г.В. Шведская философия: современность и классика. Аналитическая традиция Упсалы. Дис. ... канд. филос. наук. СПб., 1996; и др.

работ по сравнительному анализу американского и скандинавского правового реализма: среди немногочисленных примеров исследований правового реализма в данном аспекте можно выделить монографию М. Мартина⁹, а также научные статьи Г. Александера, Б. Бикса, М. Замбони, Б. Лейтера, Э. Мийар, Х.П. Олсена, Х. Пихлаямаки, Т. Спаака, С. Тоддингтона, Я.ф.Х. Холтерманна и др. Однако зарубежный опыт сравнительного исследования американского и скандинавского правового реализма до сих пор комплексно не осмыслен в российской науке. Специальное внимание анализу подхода к праву Д. Фрэнка уделяется в монографиях Ю. Пола¹⁰ и В. Волкомера¹¹ и трудах таких ученых, как: Т. Арнольд, Ч. Барзун, М. Берштейн, С. Битти, Б. Браун, С. Верден-Джонс, Р. Гленнон-мл., К. Гринауолт, Н. Даксберри, П. Джозеф, Р. Дойел, У. Дуглас, С. Дэвис, Д. Дэрхем, Э. Кан, Ф. Кесслер, Ч. Кларк, Ф. Курленд, Э. МакВинни, Дж. Постема, В. Рамбл-мл., М. Риа-Фраухигер, Ю. Ростоу, С. Смит, Ф. Франкфуртер, Д. Холстед, В. Хэмилтон, Р. Чен, М. Шарп, Дж. Шуэтт и др. Правовые идеи В. Лундштедта подвергаются менее тщательному изучению, особенно в англоязычной научной среде, однако можно выделить работы следующих авторов: Т. Арвинда, У. Биндрайтер, М. Замбони, Г. Джонса, С. Кастиньоне, Р. Коттеррелла, К. Манро, К. Оливекроны, Л. Силиквини-Чинелли, Я.-О. Сунделла, К. Фаралли и др.

Следует отметить и явно неравномерную степень исследованности американского и скандинавского правового реализма в отечественной и зарубежной науке, что объясняется не только различным уровнем научного влияния США и стран Скандинавии, отдельных учебных заведений и мыслителей, но и сугубо лингвистическими возможностями исследователей. В англоязычной науке до сих пор ощущается нехватка переводов трудов скандинавских представителей правового реализма, а в России представляется недостаточным объем переводов на русский язык работ представителей и исследователей правового реализма при наличии переводов отдельных

⁹ Martin M. Op. cit.

¹⁰ Paul J. The Legal Realism of Jerome N. Frank: a Study of Fact-Skepticism and the Judicial Process. The Hague, 1959.

¹¹ Volkomer W.E. The Passionate Liberal: The Political and Legal Ideas of Jerome Frank. The Hague, 1970.

произведений К. Ллевеллина, К. Оливекроны, А. Росса, Г. Харта, И. Чапека и др. Важной причиной недостаточности соответствующих переводов является отсутствие в современной мировой юриспруденции устоявшегося перечня и классификации представителей указанных движений правового реализма. Данное диссертационное исследование направлено в том числе на восполнение этого пробела.

Объект и предмет исследования. Объектом диссертационного исследования являются движения американского и скандинавского правового реализма в США и Швеции. Предмет исследования составляют рассматриваемые в сравнительной перспективе подходы к пониманию основ юридической деятельности и выявлению правовых начал в общественной жизни двух радикальных представителей указанных движений – Д. Фрэнка и В. Лундштедта, – которые стремятся «реалистично», по их мнению, подойти к решению этих проблем.

Цель и задачи исследования. Целью данной работы является сравнение радикальных подходов Д. Фрэнка и В. Лундштедта в контексте движений американского и скандинавского правового реализма. Для достижения указанной цели диссертантом поставлены следующие задачи:

- определить представителей американского и скандинавского движений правового реализма, охарактеризовать их основные идеи, дать классификацию их концепций;
- обобщить и исследовать предлагаемые Д. Фрэнком и В. Лундштедтом подходы к праву, обосновать их объединение под термином «конструктивный скептицизм»;
- проанализировать подходы Д. Фрэнка и В. Лундштедта, исходя из историко-доктринальных предпосылок движений правового реализма в США и Швеции, а также обоснованность закрепления по отношению к ним термина «реализм»;

– выявить общий для Д. Фрэнка и В. Лундштедта радикализм в подходе к правопониманию и оценить его место в рамках методологии постклассической юриспруденции;

– оценить значение радикальных подходов правового реализма для мировой юридической мысли.

Методология и методы диссертационного исследования.

Методологическую основу исследования составили общенаучные (системный, формально-логический, описательный, герменевтический и др.), междисциплинарные (статистический, портретный и др.) и специально-юридические (сравнительно-правовой, формально-юридический и др.) методы исследования. Кроме того, анализ идей Д. Фрэнка и В. Лундштедта в рамках движений правового реализма в США и Швеции основан на методологических подходах, которые представлены в различных типах правопонимания, разработанных в рамках философско-правовой мысли. Обосновывается принадлежность радикальных подходов правового реализма к позитивистской парадигме правопонимания.

Теоретической основой диссертационного исследования послужили положения и выводы, сформулированные в трудах ведущих отечественных и зарубежных специалистов в области теории и истории права и государства, истории учений о праве и государстве, философии права, психологии права, социологии права. При анализе американского и скандинавского правового реализма в целом, в контексте дискуссий о типах правопонимания и методах сравнительного правоведения, а также при анализе проблем судебного процесса в их числе такие отечественные исследователи, как: Г.Э. Адыгезалова, М.В. Антонов, В.В. Архипов, М.В. Баглай, Н.В. Варламова, Н.С. Васильева, В.В. Волков, Л.И. Глухарева, В.С. Горбань, В.Г. Графский, В.С. Груздев, И.Н. Грязин, В.И. Жуков, В.Д. Зорькин, О.Ф. Иваненко, М.А. Исаев, Г.В. Казакевич, А.И. Клименко, И.Ю. Козлихин, С.В. Королев, А.А. Краевский, А.К. Куликов, В.В. Лапаева, Д.И. Луковская, А.Г. Мысливченко, В.С. Нерсисянц, Л.И. Петражицкий, А.В. Поляков, Р.А. Ромашов, Д.А. Савенков, Е.В. Тимошина, Е.Н. Тонков, В.А.

Туманов, И.Л. Честнов и др. Среди зарубежных исследователей в данной связи следует отметить таких ученых, как: К. Арнхольм, А. Барак, Б. Бикс, Й. Бьяруп, Дж. Грей, Р. Давид, У. Джеймс, Дж. Дьюи, М. Замбони, Д. Ингерсолл, Л. Калман, Б. Кардозо, Х. Кетц, Р. Коттеррелл, Б. Лейтер, К. Лэнгделл, Дж. МакКормак, М. Мартин, Э. Мерц, П. Миндус, Э. Паттаро, Р. Паунд, В. Рамбл-мл., Р. Саварез, Р. Сандин, Дж. Сингер, Т. Спаак, Й. Странг, Я. Сундберг, В. Твайнинг, Э. Фиттипальди, Н. Халл, Г. Харт, Дж. Хергет, О. Холмс-мл., Я.ф.Х. Холтерманн, К. Цвайгерт, Ф. Шауэр, Д. Шербаниук, Ф. Шмидт, М. Эчеменди и др.

Источниковую базу диссертационного исследования составляют опубликованные на английском языке работы Д. Фрэнка и на английском, немецком, французском и шведском языках работы В. Лундштедта, а также других представителей американского и скандинавского правового реализма, переводы их трудов на русский язык, работы предшественников и исследователей правового реализма на русском и иностранных языках. Среди обширной литературы, не переведенной в данный момент на русский язык, особое внимание в исследовании уделено англоязычным монографиям Д. Фрэнка «Право и современное сознание» (1930 г., в ред. 1949 г.) и В. Лундштедта «Правовое мышление в пересмотре: мои взгляды на право» (1956 г.), которые являются важными вехами в развитии правового реализма в США и Швеции и содержат подробное изложение идей указанных авторов.

Научная новизна диссертационного исследования заключается в том, что впервые в российской юриспруденции предпринята попытка осуществить комплексный сравнительный анализ подходов двух лидирующих радикальных представителей американского и скандинавского правового реализма – Д. Фрэнка и В. Лундштедта. Особенность авторского подхода диссертанта заключается в объединении этих научных направлений на основе заявленного Д. Фрэнком «фактоскептицизма» и выявленного в диссертации «методологического редукционизма» В. Лундштедта. При этом под «скептицизмом в отношении фактов» Д. Фрэнка понимается «неуловимость фактов»¹² в судебном процессе:

¹² Frank J. Law and the Modern Mind. London, 1949. P. ix.

американский правовед исходит из того, что первичным источником правообразования являются конкретные судебные решения, основанные на субъективном процессе выявления судьей фактов дела. А «методологический редукционизм» В. Лундштедта трактуется диссертантом как сознательное сведение шведским ученым правовых явлений и категорий к таким конкретным «реальностям», как стремления индивидов к материальным и духовным благам: право для В. Лундштедта – это приводимый в действие психологическими импульсами «механизм», обеспечивающий сосуществование индивидов в способствующих удовлетворению их действительных потребностей условиях¹³.

В диссертационном исследовании обоснована возможность и целесообразность объединения этих двух подходов термином «конструктивный скептицизм», предложенным Д. Фрэнком для обозначения движения американского правового реализма. Подробно рассмотрены концепция «базового мифа» юриспруденции как иллюзии правовой определенности в подходе Д. Фрэнка и метод «социального благополучия» как инструмент содействия права потребностям индивидов в подходе В. Лундштедта. Показано, что общим для них является радикализм в отрицании методов естественного права и юридического позитивизма легистского образца, а также стремление к конструированию юриспруденции на прочных эмпирических началах.

Диссертантом сформулирована авторская позиция по поводу основных представителей американского и скандинавского правового реализма, обоснована используемая классификация их подходов, уточнены позиции репрезентативных сторонников обоих движений, дана критическая оценка их идей. При сравнительном анализе подходов Д. Фрэнка и В. Лундштедта и в целом радикальных направлений американского и скандинавского правового реализма выявлены основные параметры «реалистической» модели права и предложено понимание движений правового реализма в США и Швеции как переходного этапа от классической юриспруденции к постклассической. Оценено влияние

¹³ Lundstedt A.V. Legal Thinking Revised: My Views on Law. Stockholm, 1956. P. 8–9, 140.

правового реализма на развитие мировой правовой мысли, а также определены пути использования его наследия в российской теории и практике.

Диссертантом введен в российский научный оборот значительный объем новых зарубежных источников, составлена избранная научная библиография Д. Фрэнка и В. Лундштедта и литература, посвященная анализу их подходов и сравнительному анализу американского и скандинавского правового реализма. Многочисленные случаи авторского перевода с иностранных языков вводят в отечественную юриспруденцию новый языковой инструментарий, который способствует более точному осмыслению идей Д. Фрэнка, В. Лундштедта и в целом американского и скандинавского правового реализма. Диссертантом переведена на русский язык статья одного из лидеров американского правового реализма К. Ллевеллина «Реалистическая юриспруденция – следующий шаг»¹⁴, положившая начало научной полемике, в ходе которой в мировой науке закрепилось выражение «правовой реализм», а также статья современного исследователя континентального (психологического) правового реализма Э. Фиттипальди «Наука на службе у принципа законности: критическая защита концепции юридической догматики Льва Петражицкого»¹⁵ (в соавторстве с Е.В. Тимошиной и А.А. Краевским). Более того, в монографии «Правовой реализм» диссертантом систематизированы современные варианты реконструкции правового реализма и составлен глоссарий по его направлениям в мировой науке¹⁶ (в соавторстве с Е.Н. Тонковым).

На защиту выносятся следующие положения:

1. Подходы Д. Фрэнка и В. Лундштедта как лидирующих представителей радикального крыла американского и скандинавского правового реализма

¹⁴ Ллевеллин К.Н. Реалистическая юриспруденция – следующий шаг // Известия высших учебных заведений. Правоведение / Пер. с англ. Д.Е. Тонкова. 2015. № 4 (321). С. 154–191.

¹⁵ Фиттипальди Э. Наука на службе у принципа законности: критическая защита концепции юридической догматики Льва Петражицкого // Известия высших учебных заведений. Правоведение / Пер. с англ. Е.В. Тимошиной, А.А. Краевского, Д.Е. Тонкова. 2013. № 5 (310). С. 48–76. Перевод также издан в монографии: Петербургская школа философии права: к 150-летию со дня рождения Льва Петражицкого / Под общ. ред. А.В. Полякова, Е.В. Тимошиной. СПб., 2018. С. 333–358.

¹⁶ Тонков Е.Н., Тонков Д.Е. Правовой реализм. СПб., 2022. С. 365–408, 415–422.

целесообразно объединить термином «конструктивный скептицизм» (в терминологии Д. Фрэнка) на основе следующих общих моментов: скептическое отношение обоих ученых к обоснованности и эффективности традиционных типов правопонимания, их приверженность «конструктивной юриспруденции» (в терминологии В. Лундштедта) через деятельностный подход к праву, т.е. в поиске ими правовых начал в эмпирически фиксируемых характеристиках юридической деятельности, а также ярко выраженная радикальность идей и экспрессивность их изложения.

2. Д. Фрэнк стремится найти основания права в процессе вынесения судебного решения и обосновывает необходимость отказа от пронизывающего, по его мнению, традиционные нормы права «базового мифа» юриспруденции как иллюзии правовой определенности. «Фактоскептицизм» Д. Фрэнка был уникальным среди сторонников американского правового реализма в силу не критического восприятия им психологических теорий, особенно в аспекте влияния подсознательных предубеждений и склонностей мышления судьи (таких как личная симпатия или антипатия к участникам судебного процесса и т.п.). Подобное сведение права к судейскому субъективизму и «частичное» (терминология Д. Фрэнка) объяснение «базового мифа» юриспруденции через сохраняющиеся во взрослом возрасте иллюзии детского мышления об определенности мира представляются преувеличенными при отсутствии подкрепляющих данные выводы психологических исследований.

3. В. Лундштедт настаивает на использовании своего метода «социального благополучия» в юридической деятельности, незаменимого, по его мнению, в качестве инструмента достижения правовых начал общественной жизни через содействие потребностям индивидов. Подход В. Лундштедта можно обозначить как «методологический редукционизм», заключающийся в сознательном сведении правовых явлений до конкретных потребностей и интересов индивидов. С этих позиций В. Лундштедт скептически относится к обоснованности таких традиционных категорий юриспруденции, как «права», «обязанности» и «справедливость», и стремится исключить из юриспруденции так называемые

«метафизические», или «идеологические», элементы на базе предложенного им метода социального благополучия. Однако такой методологический редукционизм В. Лундштедта основан на субъективных суждениях юристов и не имеет четкого практического критерия для выявления потребностей индивидов.

4. Представленные в исследовании радикальные подходы Д. Фрэнка и В. Лундштедта в первую очередь затрагивают проблему определенности в праве. Оба ученых, каждый по-своему, стремились к большей определенности права путем его соотношения с такими эмпирически фиксируемыми факторами, как, например, судебные решения или потребности индивидов в материальных и духовных благах. Не являясь полностью теоретически обоснованными и практически осуществимыми, предложенные ими подходы тем не менее способствуют конструктивному использованию правотворческого потенциала таких составляющих «механизма права» (в терминологии В. Лундштедта), как судебское усмотрение и учет социальных потребностей в процессе юридической деятельности.

5. Определяющие социально-исторические предпосылки для формирования радикальных идей правового реализма в США и Швеции были созданы такими характерными для этих стран обстоятельствами, как отсутствие большого числа академически подготовленных юристов и широкая вовлеченность рядовых граждан в судебную систему, что предопределило ориентацию юридической науки на специфический для них скептический и прагматичный подход к пониманию права.

6. При всех внутренних и внешних различиях радикального американского и скандинавского правового реализма допустимо объединить их в рамках общей «реалистической» модели права, состоящей из двух «пересекающихся» феноменов: «права» в понимании традиционного судебного формализма и «политики» как процесса, через который комплекс социальных и личностных ценностей воздействует на субъектов юридической деятельности, в частности, судей, т.е. сочетание «права в книгах» с «правом в действии» (терминология Р. Паунда), или «бумажных норм» с «реальными нормами» (терминология

американских правовых реалистов). По мнению представителей американского и скандинавского правового реализма, «политика» в данном случае понимается в широком смысле – как обобщенное представление о факторах, влияющих на деятельность конкретного субъекта права.

7. Радикальные подходы правового реализма в лице Д. Фрэнка и В. Лундштедта можно рассматривать в качестве переходного этапа в процессе развития теоретико-правовой мысли от классического к постклассическому правопониманию, что выражается, например, в совмещении объективистской интерпретации бытия права и субъективности познающего их лица. При этом вектор такого «перехода» задан движением в сторону социо-психологического направления позитивизма. Претензии же радикального реалистического подхода к праву на то, чтобы быть самостоятельным типом правопонимания и альтернативой традиционным доктринам естественного права и юридического позитивизма, представляются недостаточно обоснованными, поскольку американский и скандинавский правовой реализм не является внутренне непротиворечивым и однородным направлением правовой мысли.

Теоретическая и практическая значимость работы. Выводы и положения, содержащиеся в работе, могут быть использованы в дальнейших исследованиях подходов Д. Фрэнка и В. Лундштедта и в целом американского и скандинавского движений правового реализма, а также для осмысления других вариантов реалистического подхода к праву. Рассматриваемые радикальным правовым реализмом центральные теоретические вопросы юриспруденции могут быть использованы для анализа российских правовых традиций и развития отечественной теории права.

Значение диссертационного исследования для правовой, прежде всего судебной, практики связано с тем, что более детальное ознакомление с теориями американского и скандинавского правового реализма, изложенными в работах ведущих представителей этих научных направлений, будет способствовать углублению знаний о специфике судебной деятельности (в частности, ее

социально-психологических аспектов), а также связи права с социальными потребностями индивидов.

Содержащиеся в работе выводы и материалы, в том числе изложенные представителями правового реализма реформы юридического обучения, могут быть использованы в процессе организации и преподавания различных учебных курсов общетеоретического и отраслевого плана, таких как: теория и история государства и права, история правовых и политических учений, философия права, социология права, теория государства и права зарубежных стран, сравнительное правоведение и др.

Апробация результатов диссертационного исследования. Результаты диссертационного исследования получили апробацию в выступлениях автора на следующих научных конференциях, проводившихся в Москве (Россия), Санкт-Петербурге (Россия), Женеве (Швейцария), Люцерне (Швейцария) и Бухаресте (Румыния): Международная научная студенческая конференция *«Ломоносов в Женеве 2014»* (Женева, Международный центр МГУ имени М.В. Ломоносова (МЦЛ), 27 марта 2014 г.); Всероссийская научная конференция с международным участием *«Философия права: современные проблемы»* (Москва, Институт государства и права РАН, 18-19 апреля 2018 г.); XIII философско-правовые чтения памяти академика В.С. Нерсесянца на тему *«Право и закон: проблемы различия и соотношения»* (Москва, Институт государства и права РАН, 3 октября 2018 г.); Всероссийская научная конференция с международным участием *«Психология права: проблемы и тенденции развития»* (Москва, Институт государства и права РАН, 9-10 октября 2018 г.); Международная научная конференция XIX Спиридоновские чтения на тему *«Юридическое мышление: классическая и постклассическая парадигмы»* (Санкт-Петербург, Санкт-Петербургский юридический институт (филиал) Университета прокуратуры Российской Федерации, 5-6 апреля 2019 г.); Международная научно-практическая конференция *«Право и государство будущего: эволюционные стратегии развития»* (Москва, Всероссийский государственный университет юстиции (РПА Минюста России), 18-19 апреля 2019 г.); Форсайт-дискуссия

«Юридическая наука будущего: взгляд молодых ученых» (Москва, Институт государства и права РАН, 25 июня 2019 г.); XXIX Всемирный конгресс Международной ассоциации по философии права и социальной философии (IVR 2019) *«Достоинство, Демократия, Разнообразие»* (Люцерн, Университет Люцерна, 7-12 июля 2019 г., секции № 27 «Опыт права», № 37 «О философских и социологических основах североамериканского правового реализма»); XV философско-правовые чтения памяти академика В.С. Нерсесянца на тему *«Философия права в России: своеобразие становления, возможные и упущенные направления дальнейших исследований»* (Москва, Институт государства и права РАН, 9 октября 2020 г.); Научно-исследовательский семинар *«Современный правовой реализм в России»* (Санкт-Петербург, НИУ «Высшая школа экономики», 29 марта 2021 г.); XXX Всемирный конгресс Международной ассоциации по философии права и социальной философии (IVR 2022) *«Справедливость, Сообщество и Свобода»* (Бухарест, Христианский университет имени Дмитрия Кантемира, 3-8 июля 2022 г., секция № 51 «Правовой реализм в России»); Всероссийская научная конференция с международным участием *«Философские чтения памяти В.С. Нерсесянца “Правовое развитие России: прошлое, настоящее, будущее”»* (Москва, Институт государства и права РАН, 28-29 октября 2022 г.) и др.

По теме исследования диссертантом опубликовано 13 научных работ (общим объемом – более 20 п.л.), в том числе пять из них в изданиях, рекомендованных Высшей аттестационной комиссией при Министерстве науки и высшего образования РФ.

Структура и объем работы. Цель и задачи диссертационного исследования определяют структуру работы и последовательность изложения материала. Диссертация состоит из введения, трех глав, включающих девять параграфов, заключения и списка литературы.

ГЛАВА 1. ФАКТОСКЕПТИЦИЗМ Д. ФРЭНКА КАК ОБЪЯСНЕНИЕ «БАЗОВОГО МИФА» ЮРИСПРУДЕНЦИИ В АМЕРИКАНСКОМ ПРАВОВОМ РЕАЛИЗМЕ

1.1. Д. Фрэнк как лидер направления «фактоскептиков» американского правового реализма

Движение американского правового реализма не имеет безусловной отправной точки, но неоспорима заслуга юридической школы Колумбийского университета США в подготовке фундамента для его стремительного развития с конца 1920-х гг.¹⁷ Для целей настоящего исследования можно признать обоснованным мнение, что начало американскому правовому реализму положила в 1927 г. речь Германа Олифанта, знаменитого правоведа, профессора Колумбийского университета, на ежегодной встрече Ассоциации американских юридических школ (*Association of American Law Schools*), президентом которой он в то время являлся, и основанная на ней статья 1928 г. – «Возвращение к *Stare Decisis*»¹⁸, – содержание которых призывало правоведа «штурмовать баррикады формализма и вдохнуть новую жизнь и реализм в их научную деятельность»¹⁹. Среди последовавшей волны статей и книг, получившей известность как движение «американского правового реализма», одними из первых являются статья Джозефа Хатчесона «Интуитивное суждение: функция “предчувствия” в судебном решении» 1929 г.²⁰ и книга Джерома Фрэнка «Право и современное

¹⁷ См.: Kalman L. *Legal Realism at Yale 1927-1960*. Chapel Hill, London, 1986. P. 68–75. Схожей позиции придерживается и Ф. Шауэр: Schauer F. Foreword // Twining W. *Karl Llewellyn and the Realist Movement*. P. xix.

¹⁸ Oliphant H. A Return to *Stare Decisis* // *The American Law School Review*. 1928. Vol. 6. № 5. P. 215–230; Он же: A Return to *Stare Decisis* // *American Bar Association Journal*. 1928. Vol. 14. P. 71–76, 107, 159–162.

¹⁹ Herget J.E., Wallace S. The German Free Law Movement as the Source of American Legal Realism // *Virginia Law Review*. 1987. Vol. 73. P. 431. Такого же мнения придерживается, например, и М. Мартин: Martin M. *Op. cit.* P. 30.

²⁰ Hutcheson J.C., Jr. Judgment Intuitive: The Function of the “Hunch” in Judicial Decision // *Cornell Law Journal*. 1929. Vol. 14. P. 274–288.

сознание»²¹ 1930 г., в которых подробно исследуется судебная деятельность. Являясь сами по профессии судьями, Д. Хатчесон и Д. Фрэнк заявляют, что при вынесении решений судьи руководствуются, в первую очередь, «внеправовыми» факторами, которые впоследствии оправдываются традиционными представлениями о праве.

Само словосочетание «правовой реализм» возникло в ходе научной полемики 1930-1931 гг. между Карлом Ллевеллином (которую он вел вместе с Д. Фрэнком) и Роско Паундом, что признают не только исследователи движения, но и сами его представители²². Со временем частная переписка²³ К. Ллевеллина и Р. Паунда переросла в публичную дискуссию, оформившуюся в виде трех статей и двух монографий. Это прежде всего статья «Реалистическая юриспруденция – следующий шаг»²⁴ (1930 г.), в которой К. Ллевеллин назвал новую юриспруденцию «реалистической». Вслед за этим в своей знаменитой книге «Ежевичный куст: некоторые лекции о праве и его изучении» (1930 г.) К. Ллевеллин проясняет свой бихевиоризм и свое отношение к концепции «реалистической» юриспруденции, считая ее не самостоятельной оригинальной идеей, а принятой на практике характеристикой права²⁵. Д. Фрэнк также обратился к понятию «правовой реализм», назвав так пятую главу своей провокационной книги «Право и современное сознание» (1930 г.) и отметив заимствование данной фразы у К. Ллевеллина²⁶. В этом же ряду следует указать статью Р. Паунда

²¹ Frank J. *Law and the Modern Mind*. N.Y., 1930.

²² См., напр.: Yntema H.E. *American Legal Realism in Retrospect* // *Vanderbilt Law Review*. 1960. № 14. P. 317.

²³ Подробнее о частной переписке К. Ллевеллина и Р. Паунда см.: Hull N.E.H. *Some Realism about the Llewellyn – Pound Exchange over Realism: the Newly Uncovered Private Correspondence, 1927–1931* // *Wisconsin Law Review*. 1987. № 6. P. 921–969; Она же: *Reconstructing the Origins of Realistic Jurisprudence: A Prequel to the Llewellyn – Pound Exchange over Legal Realism* // *Duke Law Review*. 1989. № 5. P. 1032–1334.

²⁴ Llewellyn K.N. *A Realistic Jurisprudence – The Next Step* // *Columbia Law Review*. 1930. Vol. 30. № 4. P. 431–465. Перевод данной статьи см.: Ллевеллин К.Н. Реалистическая юриспруденция – следующий шаг / Пер. с англ. Д.Е. Тонкова // *Известия высших учебных заведений. Правоведение*. 2015. № 4. С. 154–191.

²⁵ См.: Llewellyn K.N. *The Bramble Bush: Some Lectures on Law and Its Study*. N.Y., 1930. P. ix.

²⁶ Frank J. *Law and the Modern Mind*. 1949. P. vii, 42–47.

«Призыв к реалистичной юриспруденции»²⁷ (1931 г.), в которой он выразил одновременно и восхищение подходом «молодых ученых» и сомнение в его обоснованности. Затем последовала статья «Немного реализма о реализме: возражая декану Паунду»²⁸ (К. Ллевеллин совместно с Д. Фрэнком, 1931 г.). От официального соавторства Д. Фрэнк отказался из-за обострившихся отношений с Р. Паундом и неоднозначной реакции научного сообщества на его книгу «Право и современное сознание», однако в рамках настоящего исследования указанная статья будет считаться общим трудом К. Ллевеллина и Д. Фрэнка. Можно согласиться с оценкой данной статьи как сочетания разнородных определений правовых феноменов, критического отношения к позиции Р. Паунда и попытки междисциплинарного исследования права с особым вниманием к человеческому поведению²⁹.

В указанных работах К. Ллевеллин и Д. Фрэнк, признанные лидеры нового движения, постарались обозначить основные его идеи и предложили список представителей направления, которое в юридической науке называется «американский правовой реализм»³⁰ и было наиболее влиятельным в 1930-е гг. в США. Несмотря на наличие двух вышеуказанных лидеров, в целом вопрос определения представителей правового реализма дискуссионен как в российской науке, так и в зарубежной, в том числе собственно американской.

В силу довольно размытых критериев для классификации идей различных правоведов как «реалистических» в данной работе мы будем полагаться на мнение самих К. Ллевеллина и Д. Фрэнка начала 1930-х гг., т.е. мнение двух лидеров движения, выраженное в момент закрепления американского правового реализма как нового направления правовой мысли. Однако К. Ллевеллин и Д.

²⁷ Pound R. The Call for a Realistic Jurisprudence // Harvard Law Review. 1931. Vol. 44. № 5. P. 697–711.

²⁸ Llewellyn K.N. Some Realism about Realism: Responding to Dean Pound // Harvard Law Review. 1931. Vol. 44. № 8. P. 1222–1264.

²⁹ См.: Ellinwood R.M., Twining W. The Karl Llewellyn Papers: A Guide to the Collection. Chicago, 1970. P. 70.

³⁰ Или «североамериканский правовой реализм», например, в отдельных работах европейских исследователей. В англоязычной среде к «американскому правовому реализму» часто обращаются с опусканием регионального уточнения «американский».

Фрэнк неоднократно меняли свои позиции и утверждали, что не существует *школы* реалистов и что не может быть никакой вероятности возникновения подобной школы: «Реалисты схожи только в своем отрицании, в своем скептицизме, в своей любознательности»³¹. Оба ученых признавали существование *движения* правового реализма в подходе к праву, чей критический метод шире числа его явных сторонников, хотя и отмечали индивидуальных характер их работ без объединения в так называемую «школу»³².

В статье «Немного реализма о реализме: возражая декану Паунду» К. Ллевеллин и Д. Фрэнк выделяют список из двадцати ученых, являющихся, по их мнению, правовыми реалистами. Однако этот список не может считаться неоспоримым и окончательным, так как отсутствует четкая грань между правовым реализмом и другими, особенно социологическими, движениями правовой мысли. Более того, в течение 1930-1931 гг. К. Ллевеллин и Д. Фрэнк разработали пять независимых списков правовых реалистов, которые полностью не совпадают между собой, а некоторые и вовсе значительно отличаются друг от друга³³. Пятый список правовых реалистов К. Ллевеллин и Д. Фрэнк опубликовали в финальной части полемики с Р. Паундом – в статье «Немного реализма о реализме: возражая декану Паунду», – которая стала классическим произведением правовой науки. В данном списке было оставлено только двадцать фамилий без разделения на категории: Д. Бингхэм (*J. Bingham*), Л. Грин (*L. Green*), У. Дуглас (*W. Douglas*), Х. Интема (*H. Yntema*), Ч. Кларк (*C. Clark*), С. Клаус (*S. Klaus*), А. Корбин (*A. Corbin*), В. Кук (*W. Cook*), К. Ллевеллин (*K. Llewellyn*), Э. Лоренцен (*E. Lorenzen*), У. Мур (*W. Moore*), Г. Олифант (*H. Oliphant*), Э. Паттерсон (*E. Patterson*), Т.Р. Пауэлл (*T.R. Powell*), М. Радин (*M.*

³¹ Llewellyn K.N. Some Realism about Realism. P. 1233. См. также: Адыгезалова Г.Э. Карл Никерсон Ллевеллин // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2009. № 2. С. 185.

³² См.: Llewellyn K.N. Some Realism about Realism. P. 1234.

³³ Эволюцию и соотношение данных списков см.: Тонков Д.Е. Правовой реализм: американское и скандинавское направления. М., 2021. С. 178–191, а также: Hull N.E.H. Some Realism about the Llewellyn – Pound Exchange over Realism. P. 967–969; Twining W. Karl Llewellyn and the Realist Movement. 2nd ed. Cambridge, 2012. P. 76.

Radin), В. Стерджс (*W. Sturges*), Л. Тулин (*L. Tulin*), Д. Фрэнк (*J. Frank*), Д. Фрэнсис (*J. Francis*) и Д. Хатчесон (*J. Hutcheson*).

Тем не менее в свете существования четырех предыдущих списков, этот «окончательный» список следует признать по меньшей мере неполным, так как на него сильно повлияла критика Р. Паунда: например, в него не были включены отдельные фамилии из первой категории («занимающие радикальные позиции по тому или иному вопросу») и второй категорий («имеющие менее радикальные взгляды»), а также полностью исключены представители третьей категории («реалисты в части своих работ») в четвертом списке (от 6 апреля 1931 г.), т.е. были исключены следующие правоведы: Т. Арнольд (*T. Arnold*), А. Берле (*A. Berle*), Д. Богерт (*G. Bogert*), Ф. Болен (*F. Bohlen*), Д. Бонбрайт (*J. Bonbright*), С. Ворнер (*S. Warner*), Ш. Глюк (*S. Glueck*), Э. Дарфи (*E. Durfee*), А. Кидд (*A. Kidd*), Д. Лэндис (*J. Landis*), О. Макмаррей (*O. McMurray*), Ч. Маккормик (*C. McCormick*), Д. Миллер (*J. Miller*), Э. Морган-мл. (*E. Morgan, Jr.*), Р.Р. Пауэлл (*R.R. Powell*), Э. Сандерлэнд (*E. Sunderland*), Й. Смит (*Y. Smith*), Р. Тернер [Стеффинс] (*R. Turner [Steffins]*), Ф. Франкфуртер (*F. Frankfurter*), Д. Ханна (*J. Hanna*), Р. Хатчинс (*R. Hutchins*), Р. Хэйл (*R. Hale*), В. Хэмилтон (*W. Hamilton*) и М. Хэндлер (*M. Handler*). Также были исключены следующие правоведы, фигурирующие в более ранних списках: Л. Брендайс (*L. Brandeis*), М. Ишизаки (*M. Ishizaki*), Э. Ламберт (*É. Lambert*), Р. Молей (*R. Moley*), А. Нусбаум (*A. Nussbaum*), Ю.В. Хедеманн (*J.W. Hedemann*), Е. Эрлих (*E. Ehrlich*), что существенно понизило конструктивный программный потенциал американского правового реализма с пятидесяти одной фамилии до двадцати.

Также в статье «Немного реализма о реализме: возражая декану Паунду» были указаны общие начала в работах «правоведов-реалистов» (для К. Ллевеллина и Д. Фрэнка исследователи, которые подходят под приведенный ниже перечень, являются «реалистами», независимо от того, как они сами себя называют³⁴), сгруппированные в девяти положениях, пять из которых (под номером 4, 6, 7, 8 и 9) являются для К. Ллевеллина и Д. Фрэнка отличительными

³⁴ См.: Llewellyn K.N. Some Realism about Realism. P. 1238.

признаками движения правовых реалистов: 1) представление о праве как о подвижном явлении, движущемся явлении, как о явлении, создаваемом судами; 2) представление о праве как о средстве, служащем социальным целям, а не как о цели самой по себе; 3) представление об обществе как о подвижном явлении, причем способном к движению с большей скоростью, чем право; 4) временное отграничение *сущего* от *должного* в исследовательских целях; 5) недоверие к традиционным правовым нормам и воззрениям в той части, в которой они нацелены на описание того, чем занимаются суды или иные официальные лица; 6) рука об руку с недоверием к традиционным правовым нормам (их описательной стороне) идет недоверие к взгляду на традиционные нормы-предписания, нормы-формулировки [«*prescriptive rule-formulations*» – Д.Т.] как на весьма действенный фактор в принятии судебных решений; 7) убеждение в том, что целесообразно подразделять казусы и правовые ситуации на более узкие категории, чем это было принято в прошлом; 8) последовательное оценивание любого правового положения с точки зрения последствий его применения и последовательное выявление целесообразности поиска таких последствий; 9) последовательность в неуклонной и планомерной атаке на правовые проблемы в духе всех перечисленных выше пунктов³⁵.

Приведенные общие положения американского правового реализма, в том числе отражающие, по мнению К. Ллевеллина и Д. Фрэнка, специфику движения, не устраняют затруднительность четкого определения круга его представителей. Учитывая вышеприведенные списки американских правовых реалистов с общим содержанием в пятьдесят одну позицию, к ним могут быть отнесены самые разные ученые с несовпадающими точками зрениями, что оставляет дискуссионным вопрос определения сторонников движения. В настоящем исследовании на основе проведенного анализа современной специальной литературы следующие правоведы представляются наиболее показательными

³⁵ Расширенное описание данных положений см: Ibid. P. 1222–1264. Перевод В.В. Безбаха см.: Антология мировой правовой мысли. В 5 т. Том III. Европа. Америка: XVII – XX вв. М., 1999. С. 690–692. См. также перевод Г.Э. Адыгезаловой: Ллевеллин К.Н. Извлечения из трудов К. Н. Ллевеллина. С. 193–194.

представителями американского правового реализма по их вкладу в развитие движения, интенции на обособление от предшествовавшей им «традиционной» юриспруденции и влияния их идей на последующую американскую правовую мысль: К. Ллевеллин, Д. Фрэнк, В. Кук, Г. Олифант, У. Мур, Ф. Коэн, Х. Интема, Д. Хатчесон, Т. Арнольд, Л. Грин, У. Дуглас, М. Радин и Э. Морган-мл.³⁶

Исследователи выделяют в американском правовом реализме различные направления в зависимости от выбранного критерия классификации, однако насчет самых ярких представителей того или иного направления разногласия редки: К. Ллевеллин, с одной стороны, и Д. Фрэнк – с другой. Например, современный американский исследователь Брайн Лейтер выделяет «психологическое крыло», или так называемое «чувствительное», «реакционное» или «раздражительное» крыло (*«idiosyncrasy wing»*), правового реализма во главе с Д. Фрэнком и Д. Хатчесоном, для которого судебные решения определяются уникальными чертами характера, нравом и привычками судьи. Для этого крыла уникальная личность судьи определяет решение в конкретном деле, делая любой проект правовой реформы практически бессмысленной. Б. Лейтер также заявляет, что для Д. Фрэнка результат конкретного дела, даже когда право в нем определено, остается непредсказуемым в силу судебных личных качеств, невосприимчивых к праву. Затем Б. Лейтер выделяет «социологическое крыло» (*«sociological wing»*) правового реализма во главе с К. Ллевеллином, А. Муром, Г. Олифантом, Ф. Коэном и М. Радином, для которых правовые решения определяются так называемыми «общими взглядами» судей: для членов этого крыла судебные решения остаются предсказуемыми, даже когда право кажется неопределенным, на основе судебного осознания критериев, которые относятся к вынесению решения³⁷. А, в частности, Фредерик Шауэр выделяет

³⁶ См. краткие биографические данные указанных ученых: Приложение 1. Основные представители классических направлений правового реализма // Тонков Д.Е. Правовой реализм: американское и скандинавское направления. С. 173–175.

³⁷ См.: Leiter B. Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence // Texas Law Review. 1997. Vol. 76. № 2. P. 283 и др.; Он же: Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy. N.Y., 2007. P. 28. Также см: Green M.S. Legal Realism as Theory of Law // William and Mary Law Review. 2005. Vol. 46. № 6. P. 1978–1979.

«партикуляристов» («*particularists*») во главе с Д. Фрэнком, которые считают, что судьи реагируют только на конкретную ситуацию перед ними и не пытаются абстрагироваться от нее, и «непартикуляристов» («*non-particularists*»), которые во главе с К. Ллевеллином и Л. Грином признают важность конкретных фактов, но главной характеристикой судебного принятия решений считают соотнесение данных фактов с более широкими правовыми и внеправовыми категориями³⁸.

Выделение «нормоскептиков» и «фактоскептиков» как направлений американского правового реализма. На основе проведенного нами анализа представляется оправданным выделение направлений американского правового реализма в зависимости от их отношения к *правовой определенности*, осуществленное Д. Фрэнком в книге «Право и современное сознание». В указанной работе Д. Фрэнк предложил своё название нового движения – «конструктивный скептицизм» («*constructive skepticism*»), – и условно разделил его представителей на две группы: «нормоскептиков» («*rule skeptics*») и «фактоскептиков» («*fact skeptics*») ³⁹. Целью первой группы (нормоскептиков) была бóльшая правовая определенность. То есть они считали социально желаемым, чтобы юристы смогли предсказывать своим клиентам решения судов в большинстве еще не инициированных споров. Как считали нормоскептики, основная проблема юриспруденции в том, что формальные правовые нормы, изложенные в решениях судов и иногда называемые «бумажными нормами» («*paper rules*»), слишком часто оказываются ненадежными в качестве ориентиров для предсказания судебных решений. Они верили, что за «бумажными нормами» смогут найти «реальные нормы» («*real rules*»), описывающие единообразие и закономерности в поведении судьи. И данные «реальные нормы» будут более надежным инструментом для предсказания решений ⁴⁰. Вторая группа

³⁸ См.: Schauer F. American Legal Realism – Theoretical Aspects // Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy / ed. by M. Sellers, S. Kirste. Dordrecht, 2018. P. 3. URL: http://springer.iq-technikum.de/referenceworkentry/10.1007/978-94-007-6730-0_67-3 (дата обращения: 22.10.2021).

³⁹ См.: Frank J. Law and the Modern Mind. 1949. P. viii-ix; Он же: Legal Thinking in Three Dimensions // Syracuse Law Review. 1949. Vol. 1. P. 10.

⁴⁰ См., например: Llewellyn K.N. A Realistic Jurisprudence – The Next Step. P. 448.

(фактоскептики), также скептически относились к «бумажным нормам» и интересовались факторами, воздействующими на решение судьи. Однако в отличие от нормоскептиков, фактоскептики не концентрировались на деятельности апелляционных судов, а подробно исследовали работу судов первой инстанции, что определило их особый интерес к выявлению *фактов*, на основе которых принимаются судебные решения: по их мнению, не столь важно, насколько точны и определены формальные нормы права, а также насколько однообразно их применение, т.к. «невозможно предсказать будущие судебные решения в большинстве (не во всех) дел из-за неуловимости фактов, от которых зависят решения»⁴¹.

Если насчет лидеров этих направлений – К. Ллевелина и Д. Фрэнка, – разногласий у исследователей нет, то распределение остальных реалистов не так очевидно. Например, знаменитый американский исследователь Уильям Твайнинг считал распределение Д. Фрэнком американских правовых реалистов на нормоскептиков и фактоскептиков обманчивым из-за преувеличивания объема вовлеченного «скептицизма» и подчеркивания связи реализма только с предсказуемостью судебного решения, а также сокрытия того обстоятельства, что Д. Фрэнк мог быть единственным преданным «фактоскептиком»⁴². У. Твайнинг считал, что таким же образом и поздние утверждения К. Ллевеллина, например, идея о том, что реализм является технологией, а не философией⁴³, служили для акцентирования внимания на оригинальных аспектах его собственного вклада в правовой реализм, чем для понимания всего движения⁴⁴.

Тем не менее в рамках настоящего исследования выделение Д. Фрэнком «нормоскептиков» и «фактоскептиков» считается показательным и отражающим главные внутренние отличия представителей американского правового реализма. Д. Фрэнк в своей книге перечислил тех, кого он посчитал фактоскептиками, а

⁴¹ Frank J. Law and the Modern Mind. 1949. P. ix.

⁴² См.: Twining W. Talk about Realism // New York University Law Review. 1985. Vol. 60. № 3. P. 364.

⁴³ См., напр.: Llewellyn K.N. The Common Law Tradition: Deciding Appeals. Boston; Toronto, 1960. P. 509–510.

⁴⁴ См.: Twining W. Talk about Realism. P. 364.

именно: Леона Грина, Макса Радина, Турмена Арнольда, Уильяма О. Дугласа, и, «возможно, Э.М. Моргана»⁴⁵. Однако вопрос, подпадает ли кто-нибудь из них полностью под понятие «фактоскептик», остается спорным ввиду уникальности «фактоскептицизма» Д. Фрэнка даже среди американских реалистов, что вместе с У. Твайнингом отмечает и Вилфрид Рамбл-мл., другой известный исследователь американского правового реализма⁴⁶.

Несмотря на дискуссию насчет отнесения тех или иных авторов к представителям фактоскептиков, очевидно, что нормоскептицизм был намного более широко распространен среди американских реалистов. Наиболее выдающимися представителями нормоскептиков, наряду с К. Ллевеллином, можно признать Андерхила Мура, Германа Олифанта, Волтера Кука и Феликса Коэна⁴⁷. По сравнению с радикальным фактоскептицизмом это направление считается довольно умеренным. Грань между социологической юриспруденцией Р. Паунда становится менее заметной, чем в первом случае, поэтому Д. Фрэнк утверждал, что некоторые позиции нормоскептиков в действительности являются лишь «левым крылом приверженцев традиции»⁴⁸.

Главные отличия двух направлений Д. Фрэнк сводит к следующим моментам⁴⁹:

1. К. Ллевелин и остальные нормоскептики искали методы, отличные от методов традиционной доктрины, чтобы более точно предсказать судебское поведение, фактоскептики же отрицали саму возможность поиска какого-либо эффективного метода более точного предсказания, что ведет к совершенно разному пониманию роли и функции правовой системы.

⁴⁵ Frank J. *Law and the Modern Mind*. 1949. P. ix.

⁴⁶ См.: Rumble W.E., Jr. *Rule-Skepticism and the Role of the Judge: A Study of American Legal Realism* // *Journal of Public Law*. 1966. Vol. 15. № 2. P. 253, n. 4; Он же: *American Legal Realism: Skepticism, Reform, and the Judicial Process*. Ithaca, N.Y., 1968. P. 38, 107–136; и др.

⁴⁷ См.: Green M.S. *Legal Realism as Theory of Law*. P. 1978; Martin M. *Op. cit.* P. 29.

⁴⁸ Frank J. *Law and the Modern Mind*. 1949. P. x.

⁴⁹ *Ibid.* P. viii–xvi. Отличия приводятся, среди прочего, на основе выводов Д. Ингерсолла: Ingersoll D.E. *Karl Llewellyn, American Legal Realism, and Contemporary Legal Behavioralism* // *Ethics*, 1966. Vol. 76. № 4. P. 256 и др.

2. Центром исследования фактоскептиков была процедура в судах первой инстанции, в то время как нормоскептики концентрировались на апелляционных судах, что определялось их разным отношением к правовой определенности. К тому времени, когда дело дойдет до апелляционного суда, почти все вопросы «фактического» свойства уже будут решены в суде первой инстанции, поэтому, согласно Д. Фрэнку, нормоскептики будут полагаться на существование тех фактов, которые могут быть совершенно неверно осмыслены судом первой инстанции⁵⁰.

3. Главным фактором правовой неопределенности для фактоскептиков является неопределенность *фактов*, т.е. «непознаваемость заранее того, что суд первой инстанции “найдет” как факты, и непознаваемость того, каким образом суд “нашел” эти факты»⁵¹. Традиционная доктрина *stare decisis* становится в таком случае бесполезной в её попытке существования похожего судебного дела для достижения «справедливого» результата: фактоскептики заявляют об уникальности каждого дела и сомневаются в возможности обеспечения стабильности права⁵². С другой стороны, главное разногласие К. Ллевеллина с традиционной доктриной прецедента было связано с тем, что последняя провозглашала существование определенности правовых *норм* там, где таковой почти не существовало: традиционные нормы руководили судебскими решениями, но не определяли их границы, поскольку в прецеденте является редкостью точное описание фактического судебного поведения⁵³. Американские правовые реалисты утверждали, что достаточно часто правовая норма или прецедент были абстрагированы от фактической ситуации, в которой они были провозглашены, но если нормоскептики утверждали, что доля абстракции возможна, то фактоскептики её исключали вовсе.

⁵⁰ См.: Frank J. Law and the Modern Mind. 1949. P. xiv.

⁵¹ Ibid. P. xii.

⁵² См.: Ingersoll D.E. Op. cit.

⁵³ См.: Llewellyn K.N. A Realistic Jurisprudence – The Next Step. P. 444.

4. Нормоскептики подчеркивали, что фактическая составляющая правовой нормы зависит от ценностной составляющей правовой традиции, а фактоскептики были склонны отрицать эффективность любой нормативной доктрины.

5. Оба направления были заинтересованы в поиске социальных и психологических факторов, которые воздействуют на судью. Но их цели были различными. Фактоскептики использовали эти факторы для обоснования того, что суд должен быть менее зависим от норм, и ему должно быть «разрешено» свободнее отправлять правосудие в конкретном деле, тогда как нормоскептики использовали эту информацию, чтобы улучшить доктрину прецедента. К. Ллевеллин утверждал, что если бы судья знал о том, какие факторы воздействуют на его предпочтения и поведение в деле, он смог бы лучше корректировать свою деятельность, а не прятать их под «мантию *stare decisis*»⁵⁴. То есть нормоскептики пользовались этими сведениями для того, чтобы создать образцовые модели регулирования судейского принятия решений, а фактоскептики – для отрицания возможности подобного регулирования.

Реформы судебного процесса и юридического обучения в американском правовом реализме. Как отмечали К. Ллевеллин и Д. Фрэнк, у исследователя американских правовых реалистов складывается двойственное впечатление: одинаковые отправные точки трудов реалистов, как и трудов других ученых, неизменно и поразительно приводят первых к поразительной взаимосвязанности их выводов, что дополняется неистовой верой реалистов в свои методы критики⁵⁵. Тем не менее почти каждый представитель американского правового реализма имеет собственное видение многих краеугольных аспектов юриспруденции, иногда значительно отличающееся от позиций других представителей движения: показательным в этом плане является их отношение к понятию «право».

Так, К. Ллевеллин в книге «Ежевичный куст: некоторые лекции о праве и его изучении» обозначил свое провокационное понятие права следующим образом: «Действия, относящиеся к разрешению споров, и разумным образом их

⁵⁴ Llewellyn K.N. Jurisprudence: Realism in Theory and Practice. Chicago, 1962. P. 141–143.

⁵⁵ См.: Llewellyn K.N. Some Realism about Realism. P. 1235.

разрешающие, являются сферой права. И люди, осуществляющие эти действия, будь то судьи, шерифы, клерки, тюремщики или адвокаты, являются официальными представителями права. *То, что эти официальные лица делают для разрешения спора, и есть, по моему мнению, само право*⁵⁶. Однако это утверждение требует дальнейшего разъяснения, т.к. для К. Ллевеллина право является более широким понятием: это не только комплекс правовых норм, закрепляющих отдельные принципы и концепции, но и процессуальные нормы (дающие жизнь правовым нормам), методики толкования, «техника прецедента», идеология и идеалы, а также «люди» (прежде всего представители юридической профессии). Можно согласиться с Г.Э. Адыгезаловой, что особенностью концепции права К. Ллевеллина является то, что он не отрицает значимость норм права, но фокусирует внимание на их применении как результате взаимодействия множеств факторов⁵⁷.

По мнению Д. Фрэнка, право было, в первую очередь, решением по конкретному делу, а нормы, установленные предыдущими судебными решениями и, например, доктриной, являются не правом, а только его источниками среди множества других факторов, которым судьи следуют в «создании» права в конкретном деле: «Право, таким образом, состоит из *решений*, не из норм. Если это так, то *когда судья разрешает дело, он творит право*»⁵⁸. Герман Олифант относил право к «социальной науке»⁵⁹, Андерхил Мур – к «правовому институту» как «группе людей... действующих схожим образом», – и связывал право с прогнозом, который появляется из применения правового метода⁶⁰. А, например, Волтер Кук поддерживал позицию, согласно которой право состоит из массы описательных обобщений о поведении судей и официальных лиц⁶¹.

⁵⁶ Llewellyn K.N. The Bramble Bush. 1930. P. 3.

⁵⁷ См.: Адыгезалова Г.Э. Карл Никерсон Ллевеллин. С. 191.

⁵⁸ Frank J. Law and the Modern Mind. 1949. P. 127–128.

⁵⁹ Oliphant H. Facts, Opinions, and Value-Judgements // Texas Law Review. 1932. Vol. 10. № 2. P. 127.

⁶⁰ Moore U., Sussman G. Legal and Institutional Methods Applied to the Debiting of Direct Discounts. I. Legal Method: Banker's Set-Off // The Yale Law Journal. 1931. Vol. 40. № 3. P. 381.

⁶¹ Savarese R.J. American Legal Realism // Houston Law Review. 1965. Vol. 3. P. 191.

Приведенные ранее общие положения американского правового реализма, указанные К. Ллевеллином и Д. Фрэнком в статье «Немного реализма о реализме», не устраняют затруднительность четкого отделения их идей от других направлений правовой мысли, особенно социологической юриспруденции. Но всё-таки представляется возможным выделить то, что объединяет различных ученых в движение, именуемое «американский правовой реализм». Например, Д. Фрэнк, как и К. Ллевеллин отрицая наличие какой-либо единой «школы» правовых реалистов, в книге «Право и современное сознание» признает, что «конструктивные скептики» все имеют одну общую черту: *«скептицизм по отношению к традиционным правовым теориям, стимулированный желанием реформ методов судебной деятельности в интересах правосудия [курсив наш – Д.Т.]»*⁶². Также одна из центральных мыслей всего правового реализма указана в статье К. Ллевеллина «О чтении и использовании новой юриспруденции», которую можно выразить во фразе «одни лишь нормы права не решают дела»⁶³, ведь сущность правовой системы в том, что судьи не могут произвольно решать дела, однако «если так называемые нормы права не руководят решениями, то это делает что-то другое»⁶⁴. Как писал Чарльз Кларк в 1942 г., американские правовые реалисты объединены разумной попыткой «встать лицом к лицу честно, без предвзятых заключений, к тому, что действительно происходит в судах, в законодательстве и в правоприменительных органах»⁶⁵.

Можно согласиться с исследователем В. Рамблом-мл. в выделении трех основных характеристик движения⁶⁶: 1) желание описать и объяснить реалии судебного процесса; 2) убеждение в несоответствии между традиционными формулами, которые описывают и объясняют поведение судов, и тем, что, по их мнению, является реальностью судебного процесса; 3) настойчивое желание

⁶² Frank J. Law and the Modern Mind. 1949. P. viii.

⁶³ Llewellyn K.N. On Reading and Using the Newer Jurisprudence // Columbia Law Review. 1940. Vol. 40. P. 594.

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ Clark C.E. The Function of Law in a Democratic Society // University of Chicago Law Review. 1942. Vol. 9. № 3. P. 394–395.

⁶⁶ См: Rumble W.E., Jr. Rule-Skepticism and the Role of the Judge. P. 255–256.

реформ. Цель правовых реалистов была не только в описании и объяснении судейского поведения настолько точно, насколько это возможно, но и в установлении реформ для соответствующего поведения. В частности, американские правовые реалисты были заинтересованы в двух основных реформах судебного процесса, при подробном рассмотрении которых может быть осознана глубина их анализа судебного процесса: первая была нацелена на методы, с помощью которых решения *достигаются*; акцент второй реформы был направлен на то, как решения *обосновываются*⁶⁷.

При этом первая предлагаемая американскими правовыми реалистами реформа судебного процесса напрямую входит в конфликт с традиционной судебной методикой применения *stare decisis*, т.к. они считали традиционное «простое цитирование» и догматическое следование *ratio decidendi* не отражающими реалии происходящего в зале судебного заседания. Реалисты не утверждали, что суды должны игнорировать прошлые нормы при достижении решения: их убеждением было то, что предыдущие нормы должны быть тщательно обоснованы⁶⁸. Как писал А. Корбин, в несогласованных между собой предыдущих решениях может быть найдено обоснование обеим точкам зрения почти по каждому вопросу, однако они поучительны, так как позволяют увидеть огромный массив данных для сравнения и «только порочный или ленивый судья уклонится от таких наставлений»⁶⁹.

Вторая предлагаемая базовая реформа судебного процесса затрагивает методы, которыми решения должны быть обоснованы. Ее сущность в том, что письменные мнения судей должны стать менее формальными и более «политико-ориентированными» («*policy-oriented*»). Слово «политика» в данном случае понимается в широком смысле, предполагающем некое общее представление о

⁶⁷ См.: Ibid. P. 270.

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ См. подробнее: Corbin A.L. The Law and the Judges // The Yale Review. 1914. № 3. P. 246–247. Цит. по: Rumble W.E., Jr. Rule-Skepticism and the Role of the Judge. P. 270.

том, что и как воздействует на поведение отдельного субъекта⁷⁰. В частности, для юридического понимания важным представляется смысл термина «политика» («*policy*») в словосочетании «аргументы политики» («*policy arguments*»), т.е. такие аргументы для принятия юридического (судебного) решения, которые выходят за рамки аргументов традиционных источников права, но, тем не менее, являются или должны являться приемлемыми для обоснования принятого решения. Таким образом, «аргументы политики» – это аргументы, относящиеся к вопросу о том, какой эффект последует за применением нормы права, т.е. как норма будет функционировать «в жизни». Соответственно, к подобным аргументам в наибольшей степени относятся факты о реальном мире, чем, например, правовые принципы⁷¹.

Другими словами, мнения судей должны меньше основываться на предыдущих нормах как на средстве оправдания достигнутых решений и больше на том, почему последствия решений «социально желаемы». В. Рамбл-мл. отмечает, что первой причиной проведения этой реформы становится то, что решения могут быть оправданы только как средство политики (в широком смысле), показывающее, «почему совокупность относящихся к делу прецедентов была истолкована одним образом, а не другим, столь же возможным»⁷². Вторая причина заключается в том, что существование таких письменных мнений облегчит предсказывание будущих решений.

Таким образом, главным интересом исследований американских правовых реалистов, во многом предопределенным спецификой общего права, был процесс вынесения правового (в основном, судебного) решения: они стремились показать, что традиционная правовая доктрина не способствует пониманию реалий судебного процесса. По их мнению, не формальные правовые нормы и принципы,

⁷⁰ См.: Policy // Oxford Advanced American Dictionary // URL: https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/american_english/policy (дата обращения: 22.10.2021).

⁷¹ См.: Bell J. Policy Arguments and Legal Reasoning // Informatics and the Foundations of Legal Reasoning / Ed. by Bankowski Z., White I., Hahn U // Law and Philosophy Library. Vol 21. Dordrecht, 1995. P. 73–97; Margolis E. Teaching Students to Make Effective Policy Arguments in Appellate Briefs // Perspectives: Teaching Legal Research and Writing. 2001. Vol. 9. P. 73–79.

⁷² Rumble W.E., Jr. Rule-Skepticism and the Role of the Judge. P. 278.

а текущая политика (в широком смысле), которую необходимо систематично изучать эмпирическими методами социальных наук, имеет наибольшее практическое значение для разрешения споров. Иногда чрезмерно подчеркивая субъективные личностные факторы, американские правовые реалисты призывали различать традиционные, или формальные⁷³ (правовые нормы и принципы статутного и прецедентного права), и иные (социальные и психологические) источники права, лежащие в основе принятия судебных решений.

В связи с вышеуказанным американские правовые реалисты стремились *реформировать и юридическое обучение в США*, предложив сделать его более практически ориентированным и эмпирически основанным, а также выделив в качестве его наиболее существенного недостатка используемые традиционные методики обучения, в частности, повсеместное использование метода анализа прецедентов, или так называемого «кейс-метода» («*case-method*»), К. Лэнгделла, который являлся новаторским для конца XIX в., но в связи с усложнением права перестал быть эффективным методом развития юридических навыков у студентов⁷⁴. Юриспруденция, по мнению К. Лэнгделла, является наукой со своими постепенно развивающимися принципами и доктринами, которые можно наилучшим образом изучить через анализ предыдущих судебных решений и выделенной на их основе системы норм⁷⁵: «библиотека для ученых-юристов – то

⁷³ В смысле судебного формализма. См., напр.: Stone M. Formalism // The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law / Ed. by Coleman J.L., Himma K.E., Shapiro S.J. P. 1–46 // URL: <https://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780199270972.001.0001/oxfordhb-9780199270972-e-5> (дата обращения: 22.10.2021); Schlag P. Formalism and Realism in Ruins (Mapping the Logics of Collapse) // Iowa Law Review. 2009. Vol. 95. P. 195–244; Тимошина Е.В. Методология судебного толкования: критический анализ реалистического подхода // Труды Института государства и права РАН. 2018. Том 13. № 1. С. 73–102; и др.

⁷⁴ См.: Twining W. Karl Llewellyn and the Realist movement. P. 354. См. также: Tonkov D. Experience and Reason in American Legal Realism // The Experience of Law: Collection of Articles and Essays / Comp. by O. Stovba, N. Satokhina. Kharkiv, 2019. P. 119–135.

⁷⁵ См.: Etchemendy M.X. American Realism – Development and Critique // Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy. 2018. P. 2. URL: https://link.springer.com/referenceworkentry/10.1007%2F978-94-007-6730-0_336-2 (дата обращения: 22.10.2021).

же, что лаборатория для химиков или физиков»⁷⁶. Однако американские реалисты считали, что знание правовых норм и принципов *per se* имеет практический смысл только в случае, когда это знание помогает юристам «предсказывать» действия судей или иных официальных лиц. Более того, «кейс-метод» не предопределяет, насколько узко или широко допустимо интерпретировать отдельно взятый прецедент или какие объединяющие принципы выделить из набора прецедентов.

Американские реалисты разделяли стремление К. Лэнгделла к подлинно научному изучению права, и они могут быть в этом плане названы «методологическими натуралистами» в смысле естественных наук⁷⁷. Тем не менее реалисты предложили свою альтернативу традиционному юридическому обучению, предполагаемую ими более методологически обоснованной и продуктивной для практических целей: эмпирическое исследование судейского поведения по образцу социальных наук. Современные преподаватели, по мнению американских правовых реалистов, должны помещать право в рамки антропологии, политологии, психологии, социологии и экономики⁷⁸. Признавая, что стороны судебного процесса неизбежно координируют свои действия на основе неформальных психологических и социальных постулатов, реалисты заявляли о необходимости их специального изучения и систематизации. Соответственно, американский правовой реализм окончательно закрепил ориентацию юридического образования в ведущих правовых школах США (Гарвардский университет, Колумбийский университет и Йельский университет) на процессуальные аспекты⁷⁹.

⁷⁶ Langdell C.C. Harvard Celebration Speeches: Professor Langdell // Law Quarterly Review. 1887. Vol. 3. P. 123–125. Цит. по: Etchemendy M.X. Op. cit. P. 2.

⁷⁷ См.: Etchemendy M.X. Op. cit. P. 5. Подробнее см.: Leiter B. Naturalizing Jurisprudence. P. 92 и др.

⁷⁸ См., напр.: American Legal Realism / Ed. by W.W. Fisher, M.J. Horwitz, T.A. Reed. N.Y., 1993. P. 234.

⁷⁹ О влиянии американских правовых реалистов на юридическое обучение в США и его развитие в Гарвардском, Колумбийском и Йельском университетах см. подробнее: Stevens R. Law School: Legal Education in America from the 1850s to the 1980s. Chapel Hill, London, 1983. P. 155–171; Twining W. Karl Llewellyn and the Realist movement; Schlegel J.H. American Legal Realism and Empirical Social Science: The Singular Case of Underhill Moore // Buffalo Law Review.

Более того, К. Ллевеллином были выделены конкретные проблемы юридического обучения в США к 1930-м гг., такие как недостаточность предыдущего образования студентов, отсутствие единого понятия «американского юридического обучения в правовых школах», историческая обусловленность методов и целей обучения, безынициативность как студентов, так и преподавателей⁸⁰. Типичные оправдания сложившейся ситуации в виде ссылок на ограниченность временем, студенческим контингентом и преподавательским составом, а также сложность и длительность исследования других наук (как для студента, так и для преподавателя), не считались К. Ллевеллином обоснованными.

По мнению американских правовых реалистов, право следует изучать опытным путем. Соответственно, изучение норм предполагает знание их контекста: хотя юридическое обучение и ограничено временем, оно предполагает интеграцию с правом социальных и экономических фактов, а также вопросов политики. К. Ллевеллин, например, в дополнение к широкому использованию социологического материала для исследования права предлагает следующие возможные решения проблем юридического обучения с целью сделать его более ориентированным на практические проблемы юриста: отход от использования одного лишь «кейс-метода», институт текущего ученичества с профессионалами-практиками (по мнению К. Ллевеллина, «чтобы побеждать волков, нужно их знать»⁸¹), институт последующего ученичества, регулярное посещение судов, разработка проектов документов, институт юридических клиник, индивидуализация обучения, обмен преподавателями между университетами, семинары для преподавателей с участием студентов⁸².

1980. Vol. 29. P. 195–323; Kalman L. Op. cit.; Denning B.P. The Yale Law School Divisional Studies Program, 1954–1964: An Experiment in Legal Education // Journal of Legal Education. 2002. Vol. 52. № 3. P. 365–396; и др.

⁸⁰ См. подробнее: Llewellyn K.N. On What is Wrong with So-Called Legal Education // Columbia Law Review. 1935. Vol. 35. № 5. P. 651–678.

⁸¹ Ibid. P. 658.

⁸² См. подробнее: Ibid. P. 675–677.

Д. Фрэнк также пытается применить реалистический подход к юридическому обучению. Он отвергает идею о том, что существует отдельная область непреложных законов, которые можно обнаружить только с помощью умозрительного познания и которые управляют материальным миром опыта. Д. Фрэнк разделяет с другими реалистами мнение о том, что право – это не упражнение в трансцендентных рассуждениях, а скорее совокупность действий судей и других участников правовой системы. Для него значение правового реализма для юридического обучения очевидно: если право, в соответствии с эмпирической точкой зрения, есть действительное функционирование правовой системы, то учебная программа, основанная на изучении аргументации лишь в апелляционных делах, не может быть адекватной подготовкой к юридической практике⁸³. Чтобы студенту понять, что необходимо изучить для «угадывания» решения суда и что следует делать для побуждения судов к принятию выгодных для его клиента решений, он должен внимательно наблюдать за происходящим в залах судебных заседаний и юридических фирмах. По мнению Д. Фрэнка, задача юриста может быть грубо выражена следующим образом: 1) юрист пытается предсказать и предвидеть будущее подлежащее исполнению судебное решение (постановление, приказ и т.п.) в конкретном деле для определенного клиента; 2) юрист пытается «выиграть» в конкретном судебном деле, т.е. побудить суд в конкретном деле вынести подлежащее исполнению решение (постановление, приказ и т.п.), желаемое определенным клиентом⁸⁴.

Д. Фрэнк находит в правовом реализме три конкретных вывода для организации юридического обучения. Во-первых, по его мнению, судебные заключения являются лишь *ex post facto* обоснованиями – он называет их «цензурированными высказываниями» (*censored expositions*)⁸⁵, – решений, принятых по множеству причин, часто имеющих мало общего с доктриной. Во-вторых, основанное на изучении вынесенных судебных решений образование не

⁸³ См.: Bernstein M.D. Learning from Experience: Montaigne, Jerome Frank and the Clinical Habit of Mind // Capital University Law Review. 1996. Vol. 25. P. 528–529.

⁸⁴ См.: Frank J. Why Not a Clinical Lawyer School // University of Pennsylvania Law Review. 1933. Vol. 81. № 8. P. 911.

⁸⁵ Ibid.

может раскрыть студенту воздействие других, зачастую ключевых, факторов, включая ориентированность (или предвзятость) судьи, социальное и экономическое положение сторон процесса, убедительность их представителей, состав присяжных заседателей и др. В-третьих, что наиболее показательно, факты дела не «находятся», а «создаются» в процессе судебного разбирательства и прений сторон. Апелляционные решения налагают иллюзорную определенность на «обнаруженные» факты дела и не дают никакого представления о процессах, посредством которых данные факты действительно оказались в материалах дела. Однако именно управлением вышеуказанными процессами как раз и должен овладеть студент для успеха и эффективности своей будущей юридической деятельности⁸⁶.

Особенно сильно несогласие Д. Фрэнка с так называемым «сократическим» методом К. Лэнгделла, предполагающим умозрительные оценки прецедентов⁸⁷. Занимающиеся по системе К. Лэнгделла студенты, как считал Д. Фрэнк, «похожи на будущих садоводов, ограничивающих свое обучение срезанием цветов, на архитекторов, изучающих изображения зданий и ничего больше»⁸⁸. Д. Фрэнк утверждает, что наиболее серьезная ошибка системы К. Лэнгделла заключается в наивном предположении о незыблемости доктрины *stare decisis* и ее результатов, т.е. в ее подразумеваемой вере, что только в исследовании прецедентов возможно найти ответ на вопрос, как суд приходит к своим решениям. Существует много причин, почему *stare decisis* имеет ограниченную ценность в «угадывании» того, как суд разрешит дело. Но главная причина такова, что до начала судебного разбирательства представитель стороны дела не может определить на основе изучения прецедентов, будет ли поднят вопрос о конкретном факте, и если будет, то какие противоречивые показания будут представлены и какова будет реакция

⁸⁶ См.: Bernstein M.D. Op. cit. P. 529.

⁸⁷ См.: Rubin E. What's Wrong with Langdell's Method, and What to Do About It // Vanderbilt Law Review. 2007. Vol. 60. № 2. P. 612.

⁸⁸ Frank J. Why Not a Clinical Lawyer School. P. 912.

судьи или присяжных заседателей на противоречивые показания, которые могут возникнуть при рассмотрении дела⁸⁹.

Д. Фрэнк предлагает шестнадцать идей для решения ранее указанных проблем юридического обучения в США⁹⁰:

1. Значительную долю преподавателей в любой юридической школе должны составлять люди, имеющие не менее пяти-десяти лет разнообразного опыта непосредственной юридической практики.
2. Система прецедентов должна быть пересмотрена таким образом, чтобы она была действительно (и фактически стала) системой прецедентов, а не была ей лишь фиктивно.
3. Студентам-юристам следует предоставить возможность наблюдать за юридической практикой, в том числе посещать суды первой и апелляционной инстанций в сопровождении преподавателей.
4. Необходимость существования юридических клиник в каждом юридическом учебном заведении.
5. Студенты под непосредственным руководством своих преподавателей должны с самого начала своего обучения периодически работать в качестве стажеров в тщательно отобранных юридических фирмах (данное средство являлось бы временным до тех пор, пока не будут созданы юридические клиники).
6. Возражение о нехватке времени на деятельность юридической клиники или стажировку не состоятельно.
7. В юридических учебных заведениях следует гораздо чаще обращаться к учебникам и общим лекциям, чтобы дать студентам представление о многих отраслях права: Д. Фрэнк обоснованно замечает, что не все юридические предметы могут преподаваться исключительно через систему прецедентов.
8. Аргумент о том, что использующие концепцию К. Лэнгделла юридические учебные заведения подготовили самых успешных на настоящее время

⁸⁹ См.: Ibid.

⁹⁰ См.: Ibid. P. 914–923.

юристов, не состоятельно, т.к. данная ситуация вполне может объясняться не методом обучения, а другими факторами: способностью самих студентов, их изначальным финансовым благополучием и социальным статусом, престижем университета.

9. Преподавание права должно быть интегрировано с изучением социологии: студентов-юристов следует научить видеть взаимосвязь поведения общества и работы представителей юридической профессии.
10. Необходимо наглядно обучать студентов профессиональной этике на примере этических проблем, например, адвоката.
11. Частью учебной программы должны стать курсы логики и психологии с конкретными ссылками на юридическое мышление.
12. Необходимо фактически исследовать ход судебных заседаний и процедур.
13. Необходимо побуждать студентов к осознанию того, что важной частью их будущей деятельности является стремление к совершенствованию юриспруденции, однако предложения по улучшению судебного процесса, по социальным и экономическим изменениям (через законодательную и исполнительную власть) должны быть сформулированы на основе достаточно точной информации о том, как на самом деле функционируют судебные, законодательные и исполнительные механизмы.
14. Необходимо привлекать действующих судей к обучению: по мнению Д. Фрэнка, многие судьи были бы рады помочь обучить студентов «судебному искусству».
15. Знание того, что фактически делают суды и юристы, должно сопровождаться визуальной демонстрацией возможных ценностей насыщенной и всесторонней культурной составляющей в юридической практике.
16. В целом юридическая практика, в том числе разрешение споров, представляет собой не «науку», а «искусство». Д. Фрэнк отмечает, что из книг можно почерпнуть лишь малую часть любого искусства. Будь то живопись, создание литературных произведений или юридическая

практика, лучший вид обучения в области искусства, как правило, заключается в стажировке под руководством людей, некоторые из которых сами стали искусными в реальной практике, что, по мнению Д. Фрэнка, «когда-то было общепринятой мудростью в американском юридическом обучении и требует заново быть открытым»⁹¹.

Наряду с этим отдельные американские правовые реалисты отмечали и недостаточность выделения лишь традиционных правовых категорий, в частности, в учебных пособиях, так как судьи, по их мнению, склонны группировать факты по конкретным ситуациям в том числе по «неправовым» критериям. В этой связи К. Ллевеллин отмечал «чувство ситуации» у судей при определении ими «типа ситуации»⁹², а Л. Грин считал, что юридические события зачастую классифицируются по «внешним» для традиционной юриспруденции обстоятельствам: он создал учебный сборник судебных мнений по деликтному праву, который был разделен не на традиционные юридические категории, такие как, например, «умысел», «причинно-следственная связь» и «убытки», а на категории «неправового» мира, которые, по мнению Л. Грина, имели наибольшее значения для описания и решения судебного спора, такие как «животные», «игры», «отели» и т.п.⁹³

Таким образом, по мнению американских правовых реалистов, юридическое обучение в США в 1930-х гг. было неадекватным и нерациональным даже в лучших университетах и требовало вовлечения эмпирического исследования судебского поведения на основе методологии конкретно-социального анализа. Они считали задачей преподавателя интегрировать в свою дисциплину актуальную базовую информацию, которая необходима для иллюстрации внеправовых составляющих юридических явлений. Университеты, в свою очередь, должны определить, чему они обучают студентов. Вышеупомянутые возможные решения и соображения по проблемам

⁹¹ Ibid. P. 923.

⁹² См. подробнее: Тонков Д.Е. Американский правовой реализм: правовая определенность с позиции нормоскептиков // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2015. № 4 (321). С. 137–153.

⁹³ См.: Schauer F. American Legal Realism – Theoretical Aspects. P. 3.

юридического обучения могут дать ощутимый импульс для прорыва в преподавании юриспруденции. Несмотря на то, что эмпиризм реалистического подхода уже давно включен в современное понимание права, а прагматизм, который с философской точки зрения наиболее совместим с правовым реализмом, «является имплицитной рабочей теорией большинства хороших юристов»⁹⁴, тем не менее, научное сообщество до сих пор отвергает большинство достижений американских правовых реалистов. Можно согласиться с М. Берштейном, что предложение о направленности юридического обучения в первую очередь на практические аспекты подготовки студента выглядит в XXI в. настолько же радикальным, насколько оно им было в 1930-е гг.⁹⁵

Разделение права и морали американскими правовыми реалистами.

Представители американского правового реализма не имели и единой четко сформулированной теории ценностей в праве. В общем виде их подход можно охарактеризовать «прагматичным» и «консеквенциалистским»⁹⁶, т.е. основанным на оценке судебных действий по их последствиям. Большинство американских реалистов признавало влияние ценностей на судебское поведение, но считало, что для правоведов возможно и даже необходимо временно отделять «должное» от «сущего» для научного исследования права. Ниже приведены показательные позиции пятерых американских правовых реалистов: К. Ллевеллина, Д. Фрэнка, Г. Олифанта, В. Кука и А. Мура.

Так, К. Ллевеллин для целей изучения настаивал на временном разделении «сущего» и «должного», т.к. их смешение угрожало бы внедрению в право *научного* подхода. По его мнению, ценностные суждения необходимы для установления целей права и принципов жизни, но следует учитывать субъективизм указанных суждений. Однако отстаиваемый К. Ллевелином метод «Гранд-стиля» при вынесении судебных решений учитывал лежащие в основе нормы права определенные «принципы». Под «принципами» в данном случае К. Ллевеллин, по-видимому, подразумевал юридические принципы с сильной

⁹⁴ Bernstein M.D. Op. cit. P. 518.

⁹⁵ См.: Ibid. P. 520.

⁹⁶ См: Martin M. Op. cit. P. 53.

моральной составляющей, например, принцип добросовестности⁹⁷. Тем не менее, несмотря на симпатии К. Ллевеллина к отдельным концепциям естественного права, он отрицал его в качестве источника объективных стандартов на том основании, что ценности не верифицируемы⁹⁸.

Д. Фрэнк более благосклонно относился к отдельным концепциям естественного права: он был уверен, что каждый порядочный человек принимает в качестве основы современной цивилизации принципы естественного права относительно человеческого поведения, такие как, среди прочего, стремление к общему благу, непричинение вреда другим, недопустимость убийства и воровства⁹⁹. Но данные принципы, по мнению Д. Фрэнка, не имеют отношения к вопросу нахождения фактов в судах: признавая абстрактность данных принципов, обуславливающую вариации их применения в зависимости от времени, места и условий, он считал, что они не способствуют решению конкретных дел. Естественное право полезно только в той степени, в какой его принципы «контролируют субъективные, непостижимые, часто подсознательные и нестандартизированные составляющие поиска фактов в суде первой инстанции, когда устные показания противоречат по ключевым вопросам факта»¹⁰⁰. Соответственно, Д. Фрэнк, как и К. Ллевеллин, считал ценностные суждения субъективными и иррациональными.

Г. Олифант придерживался прагматичного и эмпиричного подхода к проблеме ценностных суждений в социальных науках¹⁰¹. В начале XX в. в США предполагалось, что социальные науки, включая юриспруденцию, неразрывно связаны с ценностями: и так как социальные ценности не могут быть стабильными, то не может быть и истинной социальной науки, включая юридическую. Г. Олифант возражал вышеуказанному аргументу по нескольким основаниям:

⁹⁷ См.: Ibid. P. 55.

⁹⁸ См.: Twining W. Karl Llewellyn and the Realist movement. P. 187.

⁹⁹ См.: Frank J. Law and the Modern Mind. 1949. P. xvii.

¹⁰⁰ Ibid. P. xxi.

¹⁰¹ См.: Oliphant H. Facts, Opinion, and Value-Judgments. P. 127–139.

Во-первых, по его мнению, научный метод не предполагает использование только стабильных ценностных стандартов: научность статуса социальных наук отвергается, по мнению Г. Олифанта, теми, кто имеет «подсознательную ностальгию по окончательному и абсолютному, что отрицается во многих отраслях мысли»¹⁰².

Во-вторых, Г. Олифант считал, что при исследовании ценностей в социальных науках существуют объективные методы и данные, как и в естественных науках. Он напоминает, что ученые в естественных науках также на протяжении истории исследовали феномены, считавшиеся раньше столь же неуловимыми и субъективными, как и социальный феномен: последний необходимо исследовать теми же методами естественных наук. Проблема только в том, по мнению Г. Олифанта, что исследователи веками концентрировались на субъективных мотивах судьи или законодателя вместо того, чтобы обращать внимание на объективные данные по их наблюдаемому поведению в стабильных или вариативных обстоятельствах¹⁰³. Исследование ценностных суждений не является затруднительным при фиксации внимания на насущных социальных целях. Чтобы выявить встроенные в право ценностные суждения, необходимо эмпирически изучать отдельные ценностные элементы в конкретных правовых решениях¹⁰⁴.

Наконец, Г. Олифант утверждал, что нет ничего неморального в том, чтобы занять нейтральную этическую позицию в области права, ведь юридическое исследование «всего лишь наблюдает и записывает единообразие социального поведения, с которым право и имеет дело»¹⁰⁵. Например, следует изучать, насколько законы, регулирующие статус похищенной собственности, способствуют предотвращению краж. В реальной жизни, утверждал Г. Олифант, проблемы решаются исходя из ближайших, а не отдаленных, социальных выгод.

¹⁰² Ibid. P. 134.

¹⁰³ См.: Ibid. P. 135–136.

¹⁰⁴ Ibid. P. 138.

¹⁰⁵ Ibid. P. 137.

Согласуясь с подходом известного философа Джона Дьюи¹⁰⁶, он объяснял это так: «данные ближайшие выгоды мы рассматриваем не как конечные, а как средство для достижения других целей, которые в свою очередь становятся новыми средствами для последующих целей. Область индивидуального [судебного – Д.Т.] решения обычно настолько мала... это область активной социальной жизни, нежели рефлексии»¹⁰⁷.

Подходы В. Кука и А. Мура к ценностным суждениям были схожи с позициями Г. Олифанта. Они заявляли о возможности и необходимости исследования морали эмпирическими научными методами, которые следует использовать в юриспруденции. Оба ученых также опирались на концепцию Д. Дьюи: цель рациональна только тогда, когда она служит средством для другой цели, и не существует в данном плане «конечной цели». Научное исследование применимо для оценки «средств», которые в свою очередь влияют на оценку «целей»; и одобрение указанных «целей» предполагает рассмотрение возможных последствий их достижения, которые могут повлиять на изменение целей или даже отказ от них. То есть, по мнению В. Кука и А. Мура, цели и средства их достижения неразделимы, и ценностные суждения фактически являются постоянно пересматриваемыми в свете новых данных гипотезами¹⁰⁸.

¹⁰⁶ См. подробнее: Тонков Д.Е. Правовой реализм: американское и скандинавское направления. С. 20–21.

¹⁰⁷ Oliphant H. Facts, Opinion, and Value-Judgments. P. 137.

¹⁰⁸ См.: Martin M. Op. cit. P. 55–56. См. подробнее: Cook W.W. Scientific Method and the Law // American Bar Association Journal. 1927. Vol. 13. P. 303–309; Moore U. Rational Basis of Legal Institutions // Columbia Law Review. 1923. Vol. 23. № 7. P. 609–617; My Philosophy of Law: Credos of Sixteen American Scholars / Northwestern University. Julius Rosenthal Foundation for General Law. Boston, c1941. P. 49–66, 201–225; Schlegel J.H. American Legal Realism and Empirical Social Science. P. 195–323.

1.2. «Базовый миф» юриспруденции как иллюзия правовой определенности в подходе Д. Фрэнка

«Трехмерность» юридического мышления¹⁰⁹. Один из лидеров движения американского правового реализма и глава фактоскептиков, Д. Фрэнк, в своих многочисленных трудах¹¹⁰ концентрируется на проблемах человеческого восприятия и его воздействия на отправление правосудия. Он старается избегать термина «право», предпочитая говорить о конкретных судебных решениях; о том, в какой малой степени они предсказуемы и единообразны; о процессе, посредством которого достигаются судебные решения; о том, насколько этот процесс должен быть улучшен и т.п.¹¹¹

Фактоскептики подробно исследуют работу судов первой инстанции, что определяет их интерес к выявлению фактов, на основе которых принимаются решения¹¹². Д. Фрэнк считает, что игнорирование этих фактов делает окружающий правовой мир двухмерным: нормы + применение норм к фактам дела. Тогда как мир фактоскептиков становится полностью трехмерным: нормы + процесс выявления судьей фактов дела + применение норм к фактам дела.

Традиционное описание того, как суды достигают решений, следующее: разрешением любого спора является применение правовой нормы или норм к

¹⁰⁹ См. подробнее: Тонков Д.Е. Трехмерное юридическое мышление в фактоскептицизме американского правового реализма // Юридическое мышление: классическая и постклассическая парадигмы / Под ред. Е.Н. Тонкова, И.Л. Честнова. СПб., 2020. С. 309–319; Тонков Д.Е. Фактоскептицизм Джерома Фрэнка как основа юридического мышления // Право и государство будущего: эволюционные стратегии развития / Отв. ред. О.И. Александрова. М., 2020. С. 158–162.

¹¹⁰ Среди которых не менее восьми (8) монографий, шестидесяти трех (63) научных статей и выступлений, одиннадцати (11) введений, глав и иных разделов в монографиях, восемнадцати (18) рецензий и обзоров монографий. См. наиболее известные работы Д. Фрэнка, не являющиеся результатами его профессиональной деятельности в качестве судьи: Bibliography of the Non-Judicial Writings of Judge Frank // University of Chicago Law Review. 1957. Vol. 24. P. 706–708; Paul J. The Legal Realism of Jerome N. Frank. P. 158–162; Volkomer W.E. The Passionate Liberal: The Political and Legal Ideas of Jerome Frank. The Hague, 1970. P. 222–225, 229–231. Данные по отдельным судебным решениям и мнениям Д. Фрэнка, государственным документам и неопубликованным материалам см., напр.: Paul J. The Legal Realism of Jerome N. Frank. P. 154–156; Volkomer W.E. Op. cit. P. 222–224.

¹¹¹ См.: Frank J. Law and the Modern Mind. 1949. P. vi.

¹¹² Чаще всего эти факты скрыты, что, по мнению Д. Фрэнка, лишает смысла поиск правовой определенности. См.: Frank J. Legal Thinking in Three Dimensions. P. 11.

фактам дела. Это звучит довольно просто и, кажется, легко предсказать решение даже в случае, когда судебное дело еще не начато (в частности, когда применяемая норма достаточно определена как, например, норма о правостороннем движении). Однако зачастую (особенно когда ключевые показания в судебном процессе являются устными или противоречащими друг другу, как происходит в большинстве споров) решение суда обусловлено множеством неуловимых факторов. Главным препятствием для предсказания решений судов становится неспособность из-за этих непостижимых факторов предвидеть, *что* конкретный судья или присяжные заседатели будут считать фактами¹¹³. Более того, по мнению Д. Фрэнка, два компонента судебной деятельности (определение фактов и определение норм, применяемых к данным фактам) нередко не отличаются друг от друга: они переплетаются в мыслительных процессах судьи или присяжных заседателей. Решение часто предшествует любому разделению на факты и нормы, и судьи часто выносят решения без объяснения. А когда доступно решение с мотивировкой, то она может неверно описывать пути принятия решения¹¹⁴.

Нормоскептики, по мнению Д. Фрэнка, ввели себя, других юристов и обычных людей в заблуждение двумя ложными посылами: во-первых, они считают, что главная причина правовой неопределенности кроется в неопределенности норм (если бы нормы были полностью ясными и четкими, то сомнения в будущих решениях, по большей части, исчезли); во-вторых, нормоскептики верят, что вышестоящие суды исправят ошибки первой инстанции. Однако, как считает Д. Фрэнк, главная причина правовой неопределенности заключается именно в неопределенности фактов: «незнание заранее, *что* судья примет за факты и незнание впоследствии, *как* судья пришел к наличию этих фактов»¹¹⁵.

Традиция следования прецедентам не добавляет определенности: в большинстве дел стороны спорят о фактах, но, так как никто не знает, что суд

¹¹³ См.: Frank J. Legal Thinking in Three Dimensions. P. 12.

¹¹⁴ См.: Ibid. P. 13.

¹¹⁵ Ibid.

посчитает фактами, никто и не знает, какому прецеденту последует суд. Эта слабость относится и к любому «аналогу» прецедентной системы, основанной на так называемых «реальных нормах», которые нормоскептики могут открыть антропологическим путем, то есть через нравы, обычаи, психологию, статистику, исследования политического, экономического и социального происхождения судей¹¹⁶. Ведь ничто не может быть гарантией от ложных или неточных показаний, в которые поверит судья или присяжные заседатели. Получается, факты, на самом деле, не объективны. По мнению Д. Фрэнка, каждый, кто когда-нибудь присутствовал на суде с участием присяжных заседателей, понимает, что нормы становятся всего лишь второстепенной деталью, «частью бессмысленной литургии»¹¹⁷, читаемой судьей в присутствии присяжных заседателей и которой присяжные уделяют мало внимания. Миловидность истца, его религиозность, экономический статус, его манеры и тому подобное могут быть решающими факторами, по которым принимается решение¹¹⁸.

Как было указано ранее, Д. Фрэнк признавал способность принципов естественного права быть критериями справедливости и моральности норм, но считал, что данные принципы не содействуют «нахождению» фактов в судах. Общая норма, например, о запрете подделки документов, совершенно справедлива и определена. Однако судебное решение, что конкретное лицо X подделало документ, совершенно точно несправедливо, если X не подделывало документ, но судья ошибочно верит в надежность показаний свидетеля, хоть они и не совпадают с действительными фактами. Здесь встает проблема достижения справедливости, определенности и единообразия в установлении фактов по конкретным делам. Но эти принципы не контролируют субъективные, недостижимые, часто подсознательные элементы процесса нахождения фактов, особенно когда устные показания находятся в конфликте с основными вопросами факта¹¹⁹.

¹¹⁶ См.: Frank J. *Law and the Modern Mind*. 1949. P. xiv.

¹¹⁷ Frank J. *Legal Thinking in Three Dimensions*. P. 16.

¹¹⁸ См.: *Ibid.*

¹¹⁹ См.: *Ibid.* P. 17–18.

Д. Фрэнк также отмечал, что человеческое сознание, даже в младенчестве, не является чистым листом бумаги: люди рождаются с предрасположенностями. Кроме того, процесс социализации и профессионального обучения создает у всех людей заранее сформированные установки реагирования на различные ситуации. В противном случае (при отсутствии предустановок) человеку бы приходилось считать каждое новое событие как «беспрецедентный кризис», представляющий собой новую проблему. В конечном итоге, по мнению Д. Фрэнка, человек бы сошел с ума¹²⁰. «Интересы», «точки зрения» и «предпочтения» он считает сутью жизни. Стандарт беспристрастности судьи очевидно не означает отсутствие подсознательного влияния предустановок. Каждый судья имеет своеобразные наклонности ума, уникальные личные предрассудки, которые могут вмешиваться в отправлении правосудия: судья может быть подвергнут действию подсознательных симпатий или антипатий к свидетелям, адвокатам или сторонам дела. «Странные черты лица, комплекция, незначительные физические отклонения, необычная одежда, шрам, пристальный взгляд, низкий или высокий голос – все эти особенности могут быть как предметом восторженного любопытства, так и причиной сильного раздражения»¹²¹. Честно признать существование этих предустановок, по мнению Д. Фрэнка, будет мудро. Добросовестный судья, насколько это возможно, осознаёт свои предубеждения и тем самым сведет их к минимуму. Д. Фрэнк приходит к выводу о безусловной вредности мифа, что при облачении в черную судейскую мантию человек перестает быть человеком и лишает себя всех предустановок, т.е. становится «беспристрастной мыслительной машиной»¹²².

«Базовый миф» юриспруденции¹²³. В 1930 г. Д. Фрэнк опубликовал книгу «Право и современное сознание», что стало одним из знаменательных моментов в развитии американского правового реализма. В этой работе Д. Фрэнк детально рассмотрел проблему правовой определенности: он считает, что широко

¹²⁰ См.: Ibid. P. 19.

¹²¹ Frank J. Law and the Modern Mind. 1949. P. xx.

¹²² См.: Ibid.

¹²³ См.: Тонков Д.Е. Детская иллюзия правовой определенности в психологии права Джерома Фрэнка // История государства и права. 2021. № 3. С. 38–44.

распространенное представление о том, что право является или может быть достаточно стабильным и определенным, иррационально и должно квалифицироваться как иллюзия или миф¹²⁴. Для поиска источников данной иллюзии в умах не только обычных людей, но и юристов, Д. Фрэнк обращается к исследованиям по детской психологии, прежде всего к работам швейцарского психолога и философа Жана Пиаже. Ведь в детских проблемах, а точнее в детских моделях реагирования на них, содержатся причины большинства хронических иллюзий последующих лет жизни человека. Д. Фрэнк пытается объяснить миф правовой определенности через «сыновнее» отношение человека к праву, хотя и признает данное объяснение лишь «частичным» («*partial explanation*»). Стремление детского мышления к четкому набору правил, по мнению Д. Фрэнка, становится главной причиной его дальнейшего перехода в иллюзию определенности права¹²⁵. Д. Фрэнк выделяет сущность этого «базового правового мифа» («*basic legal myth*»), самого по себе неочевидного, и ищет его истоки. Главным образом он обращает внимание на «частичное объяснение» данного мифа через связь ребенка с главой семьи, однако указывает и на другие факторы, которые могут иметь влияние на его формирование.

Отношение общества к юристам, по мнению Д. Фрэнка, соткано из противоречий. Несмотря на то, что юристы занимают лидирующие позиции в управлении государством и экономике, являются образцом для подражания при решении многих жизненно важных проблем, общество, отмечает он, одновременно воспринимает их как мошенников или жуликов¹²⁶. В чем же причина сомнений в честности и искренности юристов? Возможно, считает Д. Фрэнк, в распространенности мнения, что юристы умышленно усложняют право, и если они не будут приносить в него свое «коварство и лукавство», право может быть понятным, точным и определенным. Обычные люди считают, что юридические книги можно переписать таким образом, что они станут подобием

¹²⁴ См.: Frank J. *Law and the Modern Mind*. 1949. P. 12.

¹²⁵ См.: Paul J. *Psychological Materials in the Legal Philosophy of Jerome Frank* // *South California Law Quarterly*. 1959. Vol. 11. P. 294.

¹²⁶ См.: Frank J. *Law and the Modern Mind*. 1949. P. 3.

логарифмических таблиц и юристам останется лишь найти четкий правовой ответ на любой поставленный вопрос. Но право неопределенно и подвергается невычислимым изменениям; коэффициент правовой неопределенности настолько большой, что предсказать решения судов зачастую весьма затруднительно. Такое состояние права общество приписывает юристам, которые либо чрезвычайно небрежны, либо специально скрывают простые юридические истины с целью инициирования ненужных судебных процессов для получения оплаты своих услуг от клиентов¹²⁷.

Однако, по мнению Д. Фрэнка, общество заблуждается, возлагая на юристов вину за недостаточную определенность права, которое по своей сути нечетко и нестабильно, т.к. имеет дело с человеческими отношениями в их самых запутанных аспектах: «Даже в относительно статичном обществе люди не смогли сконструировать всеобъемлющий набор правил, который бы позволял предвидеть все возможные правовые споры и однозначно разрешать их, тем более такая закаменелая правовая система невозможна в современных условиях»¹²⁸. Правовая система должна быть приспособлена к подвижности и гибкости человеческих отношений. Общество было бы «одето в смирительную рубашку»¹²⁹, если бы юристы не могли постоянно перестраивать право и адаптировать его под меняющиеся социальные, экономические и политические условия. Поэтому, подчеркивает Д. Фрэнк, неопределенность права не является случайной; она имеет грандиозную социальную ценность.

Более того, сами юристы полностью не осознают пластичный и изменчивый характер права. Когда клиент пытается узнать свои права, юрист часто заверяет его в «исключительности ситуации», т.е. право в целом представляется достаточно определенным, но для конкретного случая, по той или иной причине, правила точно не установлены. Д. Фрэнк считает, что если бы право было однозначно и предсказуемо, не было бы оправдания «проигравшим» дело юристам, ведь они должны были бы знать заранее, что вынесенное решение

¹²⁷ См.: Ibid. P. 5.

¹²⁸ Ibid. P. 6.

¹²⁹ Ibid. P. 7.

окажется неблагоприятным для клиента. Конечно, некоторые юристы могут идти на поводу у клиентов или быть заложниками собственной глупости, инициируя судебный процесс. Но в большинстве случаев юристы – представители обеих сторон спора – сознательно обращаются в суд именно из-за наличия противоречий и неоднозначностей в праве¹³⁰.

Таким образом, мы опираемся на авторитет и силу права при несоблюдении наших прав, для наказания нарушителей, защиты от зла и справедливого распределения благ¹³¹. Но при этом может быть достигнут лишь ограниченный уровень правовой определенности: «Требование точности и предсказуемости права невозможно удовлетворить... Требование избыточной правовой стабильности не исходит из практических нужд. Данное требование имеет корни не в реальности, но в жажде чего-то нереального...»¹³². Сама идея стабильности и определенности права является мифом, который Д. Фрэнк и называет «базовым правовым мифом».

Следуя за современными ему психологами¹³³, Д. Фрэнк признает, что именно в детстве формируются многие человеческие иллюзии, например, «иллюзия точки зрения», когда ребенок ставит себя в центр мира и объясняет все вокруг с эгоцентричной перспективы¹³⁴. В некотором смысле ребенок выступает «родителем» взрослого человека. С той или иной степенью осознанности воспитатели всегда используют этот факт; они знают, что сформированные в детские годы установки сохраняются и играют заметную роль в жизни взрослого человека¹³⁵.

¹³⁰ См.: Ibid. P. 8.

¹³¹ См.: Redmont R.S. Psychological Views in Jurisprudential Theories // University of Pennsylvania Law Review. 1959. Vol. 107. P. 504.

¹³² Frank J. Law and the Modern Mind. 1949. P. 11.

¹³³ Описание развития ребенка, используемое Д. Фрэнком, наиболее полно отражено в работах указанного ранее Жана Пиаже (Jean Piaget, 9 августа 1896 г. – 16 сентября 1980 г.), а также Джона Карла Флюгеля (John Carl Flügel, 13 июня 1884 г. – 6 августа 1955 г.), Хью Крайтон Миллера (Hugh Crichton Miller, 05 февраля 1877 г. – 1 января 1959 г.) и Уильяма Алансона Уайта (William Alanson White, 24 января 1870 г. – 7 марта 1937 г.).

¹³⁴ См.: Piaget J. The Moral Judgment of the Child / Trans. by M. Gabain. Glencoe, Illinois, 1948. P. 372, 400 и др.

¹³⁵ См.: Frank J. Law and the Modern Mind. 1949. P. 13.

Д. Фрэнк отмечает, что ребенок с момента рождения сталкивается с вызовами окружающей среды. Из ситуации полной защищенности в утробе матери он попадает в мир, где свои потребности приходится удовлетворять в борьбе. Сначала это почти не требует от него усилий, поскольку родители выполняют все желания младенца, делая его «практически всемогущим». Затем «всемогущество» ребенка постепенно исчезает, но он продолжает верить, что в мире не существует случайностей, все объяснимо, всему есть своя причина, правила и порядок управляют всем вокруг. С окончанием раннего детства ребенок начинает осознавать неподконтрольность внешнего мира, и это его пугает, после чего он обращается за помощью к родителям: «Именно родители встают между ребенком и многочисленными жестокостями мира. Они все знают и все могут, понимают странные хитросплетения жизни, привносят порядок в хаос»¹³⁶. Ребенок сам не в силах контролировать происходящее в окружающем мире, но верит в наличие таких сил у родителей: он, таким образом, обладает «всемогуществом» косвенно, через родителей. По мнению Д. Фрэнка, завышенная оценка сил родителей присуща уровню развития ребенка, ведь в них он находит спасение от невыносимой неопределенности мира.

Д. Фрэнк признает, что следует учитывать существующее различие ролей родителей в жизни ребенка. В тех обществах, где традиционно отец является главой семьи, мать дает ребенку «домашнюю нежность и помощь, покой и утешение... тогда как отец занимает место окончательного арбитра и авторитета. Отцу приходится постепенно отказываться от роли мягкого и покровительственного друга, принимая роль строгого судьи и жесткого правоприменителя»¹³⁷. Следовательно, в детском восприятии родителей мать является воплощением оберегающей нежности, а отец – четкости и безошибочности решений. Д. Фрэнк считает, что в своей борьбе за существование ребенок использует веру во всезнающего и всемогущего отца, который предоставляет определенные и несокрушимые правила поведения.

¹³⁶ См.: Ibid. P. 14.

¹³⁷ Ibid. P. 15.

С течением времени опыт размывает завышенную оценку ребенком сил родителей: существует множество вещей, которых отец не знает и не может сделать; имеются силы, которым он не может противостоять; другие люди могут успешно возражать отцу. Наконец, детское представление о всемогуществе отца рушится под суммарным натиском доказательств его бессилия. Но потребность во всемогущем отце, находящемся между ребенком и окружающим миром, остается (ощущение своего собственного всемогущества покинуло его еще в раннем детстве). Ребенок дезориентирован, но не смиряется с наличием случайности. Он чувствует, что должен быть некто, кто способен контролировать события жизни и прояснять неочевидное¹³⁸. Заменителями отца могут выступать различные субъекты, например, священник или лидер какой-либо социальной группы. Но они тоже со временем оказываются несостоятельными. А желание найти заменителя отца сохраняется, хотя и не вполне осознанное. «Заменители» становятся менее определенными и неперсонализированными. Но отношение «ребенок-отец», считал Д. Фрэнк, уже стало модельным.

Несмотря на осознание с возрастом наличия неопределенных и неподконтрольных аспектов жизни, большинство людей, согласно подходу Д. Фрэнка, стремится не замечать их. В моменты, когда окружающий хаос очевиден, страх направляет нас на поиски «отца». Лишь незначительное меньшинство способно отказаться от опор детства и смело признать существование опасных и неуправляемых проявлений жизни. «Возможно, взрослый человек остается ребенком в той степени, в какой он не может смириться с идеей неизбежной случайности»¹³⁹.

Д. Фрэнк отмечает, что детское желание возврата к «отцовскому контролю» мира не получило пристального внимания юридической науки, однако его влияние очевидно: для ребенка отец предстает в роли творца определенных правил поведения и никогда не ошибающегося судьи. Отец точно знает, «что хорошо и что плохо», и как глава семьи «вершит суд и карает за нарушения».

¹³⁸ См.: Ibid. P. 15–16.

¹³⁹ Ibid. P. 17.

Право как система норм, разработанная для безошибочного определения «хорошего и плохого» и указания на того, кто должен быть наказан за правонарушения, неизбежно становится частичным заменителем «Отца-как-Не ошибающегося-Судьи» («*Father-as-Infallible-Judge*»). Желание «переоткрытия» отца сохраняется у взрослого человека в виде стремления к детскому, полностью контролируемому миру. Это желание удовлетворяется в частичной подсознательной антропоморфизации права, т.е. в приписывании праву некоторых характеристик «Отца-Судьи» («*Father-Judge*»). По мнению Д. Фрэнка, данное детское стремление – важная составляющая в объяснении абсурдности нереалистичной идеи о том, что право является или должно быть точно определенным и полностью предсказуемым¹⁴⁰.

Таким образом, «частичное объяснение» базового правового мифа, по Д. Фрэнку, таково: сыновнее восприятие отца выступает одной из важных неосознанных детерминант поведения человека при разрешении всех возникающих проблем, включая отношение к праву. Семь предложенных им составляющих данного объяснения могут быть изложены следующим образом¹⁴¹:

1) Ребенок стремится сохранить безмятежность, подобную той, что была в утробе матери; он боится всего незнакомого, случайностей и изменений.

2) Эти страхи выражаются в детской жажде полного спокойствия, комфорта, защиты от опасностей неизвестного. Ребенку нужен устойчивый и контролируемый мир.

3) Ребенок удовлетворяет эту жажду спокойствия в основном через свою «уверенность в» и «опору на» всемогущего и не ошибающегося отца.

4) И во взрослом возрасте большинство людей временами становятся жертвами детской жажды полной защищенности и боязни случайностей. Они хотят верить, что живут в мире, где нет места случайному, неопределенному и спорному. Когда жизнь становится тревожной, люди стремятся избавиться от этих удручающих изменений и нововведений и оказаться в стабильной среде. Они

¹⁴⁰ См.: Ibid. P. 18.

¹⁴¹ См.: Ibid. P. 18–20.

возвращаются к детским желаниям, которые стараются удовлетворить посредством «переоткрытия отца» или нахождения его заменителей. Даже когда фактор страха отсутствует, желание найти заменителей отца может сохраняться, зависимость от отца, изначально сформировавшаяся как средство адаптации, становится самоценной.

5) В процессе «переоткрытия отца» на его роль может претендовать право, ведь функционально оно очевидно напоминает Отца-как-Судью (*Father-as-Judge*).

6) В детском восприятии Отец-как-Судья никогда не ошибался. Его суждения относительно правильного поведения и отдаваемые им распоряжения приносили в жизнь порядок. Его право казалось абсолютно определенным и предсказуемым. Повзрослевшие люди, когда они пытаются вернуть эмоциональное состояние детства, неосознанно ищут в своих правовых системах авторитетность, определенность и предсказуемость, которые ребенок получает в праве, предоставляемом отцом.

7) Таким образом, базовый правовой миф становится непоколебимым, фиксированным и окончательно установленным.

Объяснение иллюзии правовой определенности через миф судьи-отца не является единственным или основным. Однако данное объяснение, как правило, юристами не осознается и часто игнорируется. Целенаправленно акцентируя внимание именно на мифе «судьи-отца», Д. Фрэнк стремится привлечь к нему внимание юридической науки и практики.

Среди многих других возможных объяснений «базового правового мифа» Д. Фрэнк выделял следующие¹⁴²: 1) религиозный импульс (вера в возможность достижения безопасности и определенности во всех сферах жизни заложена в сущность религии)¹⁴³; 2) эстетический импульс, или чувство симметрии, непротиворечивости и логической простоты (в частности, патологически непомерное желание симметрии в искусстве Д. Фрэнк относил к эмоциональному

¹⁴² См.: Ibid. Appendix I.

¹⁴³ См.: Ibid. P. 196–204.

инфантилизму)¹⁴⁴; 3) профессиональные привычки; 4) экономические факторы, играющие колоссальную роль в мышлении людей, в том числе адвокатов и судей, которые принадлежат к одному из самых консервативных слоев общества и стремятся защищать свои имущественные интересы; 5) человеческий инстинкт поиска безопасности и определенности (самосохранения)¹⁴⁵; 6) практическая заинтересованность в мире и спокойствии¹⁴⁶; 7) имитация (подражание поведению других людей); 8) приверженность традиции; 9) инерция; 10) лень и физическая усталость; 11) глупость (сущность глупости в требовании окончательных решений); 12) ментальная структура, или недостаточность человеческого интеллекта (многие люди довольствуются упрощенными представлениями, в которых мир предстает полностью определенным, однако подлинно научное знание всегда признает наличие случайностей)¹⁴⁷; 13) язык и магия слов (ограниченность нашего примитивного языка и использование таких «пустых» метафизических терминов, как «права», «обязанности», «правила», «принципы», «формулы», «стандарты»)¹⁴⁸; 14) стремление к быстрому решению проблем (согласно теории Барри-Уотсона¹⁴⁹)¹⁵⁰.

Некоторые из данных объяснений, например, религиозное, основаны на тенденциях, которые действуют в наши дни как «пережитки прошлого», а «частичное объяснение» через миф «судьи-отца» – это постоянная, прочно существующая причина¹⁵¹. Ведь в любой период истории общество состоит из людей, которые все недавно были или являются детьми.

¹⁴⁴ См.: Ibid. P. 148–159.

¹⁴⁵ См.: Ibid. P. 160–169.

¹⁴⁶ См.: Ibid. Appendix IV.

¹⁴⁷ См.: Ibid. Appendix III.

¹⁴⁸ См.: Ibid. P. 57–68, 84–92.

¹⁴⁹ Д. Фрэнк назвал это стремление «теорией Барри-Уотсона». См.: Ibid. P. 162.

Фредерик Барри (Frederick Barry, 13 февраля 1876 г. – 05 апреля 1943 г.), американский ученый, профессор, преподаватель дисциплины «История науки» в Колумбийском университете, автор книги «Научная манера мышления» (Barry F. *The Scientific Habit of Thought*. N.Y., 1927).

Джон Бродес Уотсон (John Broadus Watson, 09 января 1878 г. – 25 сентября 1958 г.), американский психолог, основатель бихевиоризма.

¹⁵⁰ См.: Ibid. P. 160–169.

¹⁵¹ См.: Ibid. P. 20.

Иллюзия правовой определенности, по мнению Д. Фрэнка, воздействует на различные области права, например, на судебное правотворчество. Здесь миф о том, что судьи не создают право или не могут изменить существующее право, является прямым следствием детской иллюзии относительно возможности достижения определенности и глубокой личной потребности в неизменном правовом мире¹⁵². Судье в судебном процессе приписывается та же роль, что и отцу в детстве, но это является всего лишь иллюзией. И судьи, постоянно выступая в роли психологов или психиатров¹⁵³, должны понимать источники данной иллюзии.

Однако, по мнению Д. Фрэнка, индивиды никогда не смогут полностью освободить свое сознание от заблуждений – можно только уменьшить их влияние на разные сферы деятельности, в том числе правовую. Он считает, что каждый человек сохраняет в себе элементы детства на протяжении всей жизни, которые приводят к желанию уберечь собственных детей от взросления и заявляет, что необходимо избавиться от подобного проявления «человеческой слабости»: «великий грех родителей заключается в препятствовании психологической свободе ребенка»¹⁵⁴. Американский правовед стремится обнажить указанную проблему для научного сообщества, побуждая юристов выступить «в роли мудрых отцов» и прекратить рассказывать «истории Санта-Клауса о полной правовой определенности»¹⁵⁵.

Соккрытие человеческого элемента в судебном процессе позволяет этому элементу действовать вдвое сильнее. Как говорит Д. Фрэнк, «солнечный свет осознанности оказывает антисептическое действие на предустановки»¹⁵⁶. Свободно заявляя, что он человек, судья может и должен посредством

¹⁵² См.: Ibid. P. 35; Paul J. Psychological Materials in the Legal Philosophy of Jerome Frank. P. 296.

¹⁵³ Frank J. Judicial Fact-Finding and Psychology // Ohio State Law Journal. 1953. Vol. 14. P. 183.

¹⁵⁴ См.: Frank J. Law and the Modern Mind. 1949. P. 244. «Родители не гончары, чтобы лепить глину, а садовники, чтобы защищать луковицы» (Crichton Miller H. The New Psychology and the Parent. N.Y., 1923. P. 2).

¹⁵⁵ Frank J. Law and the Modern Mind. 1949. P. 244.

¹⁵⁶ Ibid. P. xx.

самоанализа предотвратить действие предубеждений, ведь решение судьи часто зависит от того, что он посчитает *фактами* дела. И как «искатель фактов», судья сам становится свидетелем: так называемым «свидетелем свидетелей»¹⁵⁷. Таким образом, как отмечает Д. Фрэнк, судья должен сделать все возможное, чтобы установить мотивы свидетелей, их предубеждения, их доминирующие страсти и интересы, ведь только так он сможет судить о точности их показаний. Кроме того, он должен также проницательно замечать стратегии адвокатов, их попытки повлиять на судебное решение, апеллируя к человеческим пристрастиям судьи.

1.3. Критическая оценка подхода Д. Фрэнка и американского правового реализма

Радикальная односторонность фактоскептицизма Д. Фрэнка. Свой подход к праву, в том числе описанию юридической деятельности, наряду с «конструктивным скептицизмом» Д. Фрэнк обозначает как «экспериментальная юриспруденция» («*experimental jurisprudence*»), «прагматичная юриспруденция» («*pragmatic jurisprudence*»), «правовой актуализм» («*legal actualism*»), «правовая наблюдательность» («*legal observationism*»), «вероятностность» («*possibilism*») и даже «правовая непритязательность» («*legal modesty*»), противоположный, по его мнению, «правовому фундаментализму» («*legal fundamentalism*»), «правовому абсолютизму» («*legal absolutism*») и «традиционализму» («*traditionalism*») ¹⁵⁸. Американский ученый в своих методах склоняется к «деятельностному подходу» («*action approach*»), акцентирующему внимание на «юридических действиях» («*legal actions*») – например, судебных решениях, – в противовес подчеркиванию традиционной юриспруденцией правовых «идеалов» или ценностей.

Как отмечает Юлиус Пол, один из ведущих исследователей подхода Д. Фрэнка, скептическое отношение к нормам права и стремление описать «право в действии» часто приводит к негативному отношению к «так называемым

¹⁵⁷ Ibid. P. xxi.

¹⁵⁸ См., напр.: Paul J. The Legal Realism of Jerome N. Frank: A Study of Fact-Skepticism and the Judicial Process. The Hague, 1959. P. xvii–xviii.

“реалистам”, основными составляющими философии права которых является скептицизм и прагматизм с многочисленными вариациями внутри реалистической перспективы»¹⁵⁹. В этой негативной связи Д. Фрэнк подчеркивает значительность отличий фактоскептиков от нормоскептиков в рамках одного движения американского правового реализма, что часто упускают из вида его критики. Он подробно излагает возражения на критику реалистического подхода к праву в приложении к своей монографии «Если бы люди были ангелами: некоторые аспекты управления в демократии»¹⁶⁰ (1942 г.), особенно остро реагируя на аргументы критиков-теоретиков, не являющихся судьями или практикующими юристами¹⁶¹.

Так, некоторые критики обвиняли Д. Фрэнка в том, что он недооценил судебное единообразие, которое складывается из влияния, во-первых, схожего правового образования и профессионального опыта юристов, становящихся судьями, и, во-вторых, общераспространенной судебной традиции. Но, по мнению Д. Фрэнка, это влияние не достаточно глубокое, чтобы повлечь сходство в их предубеждениях и пристрастиях, не говоря уже о том, что это влияние не может быть отнесено к присяжным заседателям¹⁶².

Критики указывают и на то, что если определенность права и соотнесение его значения для индивида со значением отца для ребенка являются «базовыми правовыми мифами», то предлагаемые Д. Фрэнком «конструктивные» юридические изменения не могут их оставить такими, какими они представлены американским правоведом. Философия права Д. Фрэнка и его программа реформ была направлена на выявление указанных «мифов» с целью дальнейшего приведения правовой системы в соответствие с современными социальными идеалами, какими бы определенными они не были¹⁶³. Таким образом, требуется дальнейшее пояснение, как изменятся указанные базовые правовые мифы или как

¹⁵⁹ Ibid. P. 130.

¹⁶⁰ См.: Frank J. *If Men Were Angels: Some Aspects of Government in a Democracy*. N.Y., 1942. Appendix V.

¹⁶¹ См.: Paul J. *The Legal Realism of Jerome N. Frank*. P. 131.

¹⁶² Frank J. *Legal Thinking in Three Dimensions*. P. 22.

¹⁶³ См.: Paul J. *The Legal Realism of Jerome N. Frank*. P. 143.

они будут влиять на юриспруденцию в случае осуществления предлагаемых Д. Фрэнком реформ.

Восприятие Д. Фрэнком правовой определенности как детской иллюзии вызывает ряд вопросов, также требующих дальнейшего исследования, в частности ¹⁶⁴: всегда ли поведение взрослого человека может сводиться к детскому?; все ли дети одинаково почитают отца?; все ли люди ищут заместителя отца во взрослой жизни?; всегда ли заместителем отца, которого люди выбирают во взрослой жизни, выступает именно право?; всегда ли поиск безопасности, стабильности и, главное – правовой определенности, является атавизмом детства?

«Современное сознание» в названии книги Д. Фрэнка означает эмоционально зрелое сознание, свободное от авторитета отца и детских способов мышления: чтобы полностью освободиться от «закостенелых догм», зрелое научное сознание должно быть постоянно готово к изменениям и пересмотру принятых аксиом и постулатов, предопределяя сущность такого прагматического подхода в скептицизме¹⁶⁵. Взросление, по Д. Фрэнку, предполагает «сбрасывание оков» зависимости от внешней власти, самостоятельность, принятие ответственности на себя¹⁶⁶.

Предлагаемая Д. Фрэнком концепция «мифа» правовой определенности часто воспринимается как отрицание им определенности всех правовых норм: в данном аспекте Д. Фрэнка нарекают «номиналистом» в противоположность «концептуалистам»¹⁶⁷. Однако Д. Фрэнк склоняется к отрицанию избыточного «нормо-фетишизма» («*rule-fetichism*»), считая нормы права менее важным элементом определенности права, чем процесс выявления судьей действительных фактов дела. Он заявляет, что отрицание того, что право состоит из норм, не означает отрицания самих норм, также как и «отрицание того, что корова состоит

¹⁶⁴ См.: Paul J. Psychological Materials in the Legal Philosophy of Jerome Frank. P. 304.

¹⁶⁵ Ibid. P. 297.

¹⁶⁶ Frank J. Law and the Modern Mind. 1949. P. 245.

¹⁶⁷ См.: Paul J. The Legal Realism of Jerome N. Frank. P. 132.

из поедаемой ей травы не означает отрицания реальности травы или факта, что корова ест эту траву»¹⁶⁸.

Каковы бы не были недостатки фактоскептицизма, Д. Фрэнк считает, что его подход имеет положительные последствия: вызывая острую критику, он воздействует на само юридическое мышление, заставляя, например, судей более осознанно выносить решения. Как и большинство «конструктивных скептиков», Д. Фрэнк стремился реформировать судебную систему путем вовлечения в ежедневную деятельность судьи достижений исследования юридического мышления. На наш взгляд, сведение американским ученым правовых вопросов в первую очередь к деятельности судей свидетельствует об излишне одностороннем восприятии юридической сферы в жизни общества. Объяснение же стремления к правовой определенности как попытки «переоткрытия отца» занимает важное место в подходе к праву Д. Фрэнка, во многом определяя психологические аспекты американского правового реализма, общая критика которого применительно к подходу Д. Фрэнка будет рассмотрена нами далее.

Судебный процесс как «искусство» в американском правовом реализме.

Движение американского правового реализма, возникшее в США во второй четверти XX в. и бывшее наиболее влиятельным до начала Второй мировой войны, привлекло не только много последователей, но и массу критических замечаний в свой адрес. Как отмечает Джеральд Постема в своем труде «Философия права в двадцатом веке: мир общего права», ставшим одиннадцатым томом фундаментального международного проекта «Трактата по философии права и общей теории права» (главным редактором которого является итальянский правовед Энрико Паттаро), американские правовые реалисты были объединены не каким-либо «позитивным тезисом... а оппозицией к “формализму” К. Лэнгделла в залах судебных заседаний, учебных аудиториях и научных трудах по юриспруденции»¹⁶⁹. Более того, Д. Постема считает, что из-за чрезвычайной неоднородности движения, любые обобщения об американском

¹⁶⁸ Frank J. Law and the Modern Mind. 1949. P. 270.

¹⁶⁹ Postema G.J. A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence. Volume 11. Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World. Dordrecht, 2011. P. 82.

правовом реализме должны быть «редкими и тщательно описанными», а более рациональный ракурс рассмотрения их концепций состоит в том, чтобы «сосредоточиться на направлениях мысли или аргументации, которые оказались влиятельными и часто отождествляются с реалистической юриспруденцией, имея в виду, что очень часто многие реалисты дистанцировались бы от них»¹⁷⁰.

Тем не менее можно признать, что и сторонники, и противники движения нередко признают роль американского правового реализма в «точном описании судебного процесса». Указанный ранее известный исследователь американского правового реализма, В. Рамбл-мл., успешно обобщил критику данного движения, заявляя, что отстаиваемая правовыми реалистами большая свобода усмотрения судьи в вынесении решения основана на ложной оценке роли, которую в судебном процессе играют бессознательные факторы, а также то, что подобная свобода судейского усмотрения приведет к неравенству перед законом и санкционирует решения, не обусловленные законодательной нормой, нарушит разделение властей, подтолкнет к судейскому произволу, только увеличив таким образом правовую неопределенность¹⁷¹. Другое направление критики американских правовых реалистов составляют опасения по поводу «произвольного» выбора обоснования решений судьи. Сила указанных критических аргументов объясняет настороженное отношение юридического сообщества к широкому применению подходов американского правового реализма в судебном процессе.

Однако данная критика не может считаться полностью обоснованной. Безусловно, некоторые правовые реалисты явно преувеличивают роль бессознательных факторов, причиной чему служит некритическое принятие отдельных психологических теорий, влияние которых на судебный процесс не доказано. Тем не менее вышесказанное в большей мере относится к направлению фактоскептиков. Нормоскептики же поощряли изучение этих факторов с целью

¹⁷⁰ Ibid.

¹⁷¹ См.: Rumble W.E., Jr. Rule-Skepticism and the Role of the Judge. P. 274.

повышения уровня сознательности выносимых судами решений. Они стремились к полному осознанию того, как и почему выносится судебное решение.

Тезис о том, что свобода в вынесении решения ведет к неравенству перед законом, также представляется неоправданным, так как ни один из американских правовых реалистов не отрицал, что будет несправедливо решить одно и то же дело по-разному в зависимости от состава сторон. Реалисты настаивали, что очень мало разбираемых дел поднимают совершенно одинаковые вопросы, утверждая, что обстоятельства конкретного дела обычно значительно отличаются от тех, которые были в предыдущих делах, а «применение разных норм к разным обстоятельствам не порождает неравенство перед законом»¹⁷². В редких ситуациях, когда факты дела большей частью схожи с предыдущим делом, судья должен либо вынести такое же решение, либо тщательно взвесить преимущества отличного решения (последнее не может быть исключено)¹⁷³.

Американские правовые реалисты исходили из того, что толкование существующих норм может привести к ряду противоположных судебных решений, каждое из которых будет логически «корректным». Подобная альтернативность судебных решений не может гарантировать стороне процесса, что судьей будет поддержано именно то толкование, на которое она надеялась. В противном случае, стороны бы и не обращались в суд. Более того, американские правовые реалисты считали, что традиционную доктрину разделения властей невозможно реализовать на практике. Как отметил Р. Паунд еще в 1922 г., законодательная, исполнительная и судебная власти не могут быть жестко отделены одна от другой¹⁷⁴. Судья неизбежно становится творцом права. Однако виды создаваемых правил, обстоятельства, под влиянием которых он это делает,

¹⁷² Ibid.

¹⁷³ Даже У. Блэкстоун отмечал, что несправедливость может идти от «слишком скрупулезной приверженности нормам прошлого [курсив наш – Д.Т.] общего права, когда причины, на которых основаны нормы, уже исчезли». Blackstone W. Commentaries on the Laws of England. Book the Third. P. 4. Цит. по: Rumble W.E., Jr. Rule-Skepticism and the Role of the Judge. P. 275.

¹⁷⁴ См. подробнее: Pound R. An Introduction to the Philosophy of Law. New Heaven, 1922. P. 104.

пределы, в которых он работает, отличаются от тех, с которыми имеет дело законодатель.

Критики утверждают, что предложенные американскими правовыми реалистами методы таковы, что их использование сделает судебные решения ещё более непредсказуемыми. Реалисты, отчасти соглашаясь с этим, признавали, что существует меньшая вероятность точного предсказания того, что сделает суд, чем предполагает традиционная норма¹⁷⁵, но считали, что это предположение «традиционной» юриспруденции не основано на реалиях судебного процесса и при использовании «реалистичных» методов вероятность «вычисления» судебного решения увеличится. Стоит отметить, что К. Ллевеллин в своих рассуждениях предпочитал понятие «вычисляемость» нежели «определенность», т.к. «определенность» предполагает абсолютность, тогда как «абсолютная определенность невозможна ни в каком аспекте юридической жизни»¹⁷⁶.

Однако некоторые американские правовые реалисты признавали, что приверженность традиционному методу *неопытными* судьями делает судебные решения до некоторой меры предсказуемыми, что в такой ситуации было бы даже желаемым. Например, К. Ллевеллин в «Ежевичном кусте» утверждал, что недостаток опыта у «слабого» судьи может иметь социально желаемые последствия: «...мудрость поймана и кристаллизована в работающей системе: используя логику, *слабый судья* заперт внутри стен, построенных его предшественниками; используя логику, *сильный судья* может регулировать высоту стен, когда в его деятельности это необходимо. Оба случая ведут к общему благу [курсив наш. – Д.Т.]»¹⁷⁷. Тем не менее общая позиция американских правовых реалистов такова, что применение традиционных правил к конкретным фактам не обеспечивало судебскую предсказуемость настолько, насколько могло бы. Более того, они считали, что правовая определенность в значительной мере существует благодаря единообразию внеправовых ценностей, которые обуславливают судебные решения.

¹⁷⁵ См.: Llewellyn K.N. Jurisprudence. P. 60.

¹⁷⁶ Llewellyn K.N. The Common Law Tradition. P. 17.

¹⁷⁷ Llewellyn K.N. The Bramble Bush. 1930. P. 71.

Не стоит забывать желания реалистов сделать судебное вынесение решений более рациональным, более осознанным и более справедливым, что в некоторой степени сглаживает обвинение их критиков в зависимости судебных решений от произвольного выбора их обоснования. Согласно американским правовым реалистам, никто никогда не может быть абсолютно уверен, почему судья, или кто-либо другой, достиг конкретного решения: человеческие мотивы слишком неуловимы. Тем не менее решения судей, которые готовы обсуждать, например, политические (в широком смысле) причины их принятия, предполагают быть более предсказуемыми, чем решения, достигнутые судьями, которые сопротивляются обсуждению подобных причин¹⁷⁸.

В своей поздней работе К. Ллевеллин отметил, что «чем реализм был и является, это только *методом*, ничем более...и это хороший метод... “смотри на вещи свежим взглядом”, “смотри на всё так, как оно работает” – это должно стать основой любой фундаментальной работы [курсив наш – Д.Т.]»¹⁷⁹. Он продолжает, что «*Данный метод вечен... он не ограничен дискуссиями юристов о нормах и судебных решениях... реализм является не философией, а технологией*»¹⁸⁰. Методы правовых реалистов позволяют обнаружить, почему судья отграничил (или не отграничил) рассматриваемое дело от предыдущих дел, что позволяет в будущем принимать более предсказуемые решения. Другими словами, эти методы позволяют адекватно объяснить, почему суд использовал предоставленную ему свободу усмотрения тем или иным образом.

Оба лидера американских правовых реалистов, К. Ллевеллин и Д. Фрэнк, выражали некоторую долю сожаления в поздних редакциях своих знаменитых работ по поводу более ранних публикаций¹⁸¹. Сожаление было связано не с изменением сути проведенных исследований, а с тоном и экспрессивностью

¹⁷⁸ Rumble W.E., Jr. Rule-Skepticism and the Role of the Judge. P. 281.

¹⁷⁹ Llewellyn K.N. The Common Law Tradition. P. 510.

¹⁸⁰ Ibid.

¹⁸¹ Д. Фрэнк признал свою «серьезную ошибку», «тщеславно» предложив собственное определение термина «право». Frank J. Law and the Modern Mind. 1949. P. vi; К. Ллевеллин же высказался, что «идеи человека меняются по мере получения опыта». Llewellyn K.N. The Bramble Bush. On Our Law and Its Study. N.Y., 1951. P. 7.

подачи материала, которые нередко препятствовали правильному пониманию их позиций. Например, в то время как Д. Фрэнк считает правом «то, что суды делают на самом деле», К. Ллевеллин расширяет это определение всеми «официальными лицами, которые участвуют в разрешении спора», что породило «смуту между всеми не- и анти-реалистами, чувствующими, что это определение нигилистического рода может привести только к полному и абсолютному хаосу»¹⁸².

Как показательно отмечает У. Сигл, если определять право через то, что делают «судьи» или другие официальные лица, почему бы по той же логике не считать правом то, что делают рядовые граждане, ведь многие юридические аспекты жизни даже не доходят до зала судебных заседаний: «*reductio ad absurdum* всей позиции [правового реализма – Д.Т.] заключается в том, что статут не является правом до того момента, пока он не истолкован судами. И все же это позиция, от которой ни один из двух основателей правового реализма [К. Ллевеллин и Д. Фрэнк – Д.Т.] не отступил»¹⁸³. Показательность подобной критики в том, что она направлена на конкретные формулировки и яркие высказывания американских правовых реалистов, которые не отражают всей сути их идей в юриспруденции: К. Ллевеллин, например, указал в предисловии к книге «Ежевичный куст» в издании 1951-го г. (и к последующим изданиям), что, ссылаясь только на одно предложение из тринадцати слов, критики существенно ограничивали его подход к праву, «будто бы не читав оставшуюся часть книги»¹⁸⁴.

Однако представляется, что американские правовые реалисты сами недостаточно четко излагают свои идеи, что и приводит к обильной критике их подхода. Например, одним из наиболее обоснованных направлений критики творчества Д. Фрэнка считается «небрежная манера» подачи материала: «его книги производят впечатление нагромождения разнообразных и разнородных

¹⁸² Paul J. The Legal Realism of Jerome N. Frank. P. 141.

¹⁸³ Seagle W. The History of Law. N.Y., 1946. P. 17–18. Цит. по: Paul J. The Legal Realism of Jerome N. Frank. P. 141–142.

¹⁸⁴ Llewellyn K.N. The Bramble Bush. 1951. P. 9–10.

материалов, собранных из значительной массы источников, но иногда без надлежащего усвоения их содержания»¹⁸⁵.

Тем не менее основным достижением американских правовых реалистов является наглядная демонстрация того, что в большинстве дел судьи могут найти альтернативные доводы оправдания противоположных судебных решений без полной отмены предыдущих норм. Это означает, что внеправовые соображения могут иметь решающее влияние на исход дела в суде, и что традиционная формула обоснования решений не объясняет и не обеспечивает единообразия и предсказуемости судебной деятельности.

Указанные выводы соответствуют предположению американских правовых реалистов о том, что юриспруденция является скорее «искусством», чем «наукой»: она следует эмпирическим правилам и обращает внимание на обстоятельства конкретного дела. Так, по К. Ллевеллину, юриспруденция есть комбинация «романтизма, искусства и красоты»¹⁸⁶. Он даже считал, что возможно представить правовой реализм в поэтической форме¹⁸⁷, поощряя «право как искусство».

В другом коротком стихотворении К. Ллевеллин сожалеет об отсутствии творческого видения у юристов: он завершает свою поэму мольбой к Святому Иво Кермантенскому (Иво Хелори, Иво Бретонский), покровителю юристов: «Св. Иво, к кому обращаются со страхом, помоги им объединить искусство с правом» [*авторский перевод – Д.Т.*]¹⁸⁸.

Д. Фрэнк, рассуждая о проблемах обучения праву, считал, что юридическая практика, в том числе ведение и разрешение дел, представляет собой не науку, а искусство: искусство адвоката, искусство судьи и др.¹⁸⁹ Более того, он отмечал, что «несмотря на многовековые дискуссии, мы до сих пор не

¹⁸⁵ Paul J. The Legal Realism of Jerome N. Frank. P. 134.

¹⁸⁶ Hull N.E.H. The Romantic Realist: Art, Literature and the Enduring Legacy of Karl Llewellyn's "Jurisprudence" // The American Journal of Legal History. 1996. Vol. 40. P. 145.

¹⁸⁷ См.: Ibid. P. 116.

¹⁸⁸ Ibid. В оригинале: «St. Ives, whom lawyers hold in awe, help them merge some Art with law».

¹⁸⁹ См.: Frank J. Why Not a Clinical Lawyer School. P. 923.

имеет четких ответов на... проблемы, возникающие из того факта, что толкование статутов есть не наука, а искусство»¹⁹⁰ и что «...волей-неволей, судьи, подобно музыкантам, в некоторой степени являются творческими художниками»¹⁹¹. Однако оригинальность подобных идей вызывает сомнение, и, по меткому выражению Г. Канторовича, американские правовые реалисты «заиграли на инструментах, которые настроили европейцы», в частности, представители «движения свободного права»¹⁹².

¹⁹⁰ Frank J. Words and Music: Some Remarks on Statutory Interpretation // Columbia Law Review. 1947. Vol. 47. № 8. P. 1259.

¹⁹¹ Frank J. Say It with Music // Harvard Law Review. 1948. Vol. 61. № 6. P. 921.

¹⁹² Kantorowicz H. Some Rationalism about Realism // The Yale Law Journal. 1934. Vol. 43. № 8. P. 1252. См. также: Herget J.E., Wallace S. The German Free Law Movement as the Source of American Legal Realism. P. 399–455. О влиянии немецкой юриспруденции на идеи правового реализма см. далее в главе 3.

ГЛАВА 2. МЕТОДОЛОГИЧЕСКИЙ РЕДУКЦИОНИЗМ В. ЛУНДШТЕДТА КАК ИНСТРУМЕНТ ДОСТИЖЕНИЯ «СОЦИАЛЬНОГО БЛАГОПОЛУЧИЯ» В СКАНДИНАВСКОМ ПРАВОВОМ РЕАЛИЗМЕ

2.1. В. Лундштедт как представитель первого «поколения» скандинавского правового реализма

В мировой науке четверо мыслителей признаны наиболее выдающимися представителями скандинавского правового реализма: помимо шведского ученого Вильгельма Лундштедта (*Vilhelm Lundstedt*), на чьи идеи обращено особое внимание в настоящем исследовании, к ним относятся шведы Аксель Хэгерстрём (*Axel Hägerström*) и Карл Оливекрона (*Karl Olivecrona*), а также датчанин Альф Росс (*Alf Ross*). Как и в случае с американским правовым реализмом, представляется условным выделение «школы» скандинавского правового реализма, в отличие от достаточно однородной «уппсальской школы философии», главой которой был А. Хэгерстрём, сподвигнувший многих исследователей в Скандинавии на поиск «третьего пути» в подходе к праву: для юриспруденции оказался существенным его поиск альтернативы классическим теориям естественного права и юридического позитивизма, и современные исследователи нарекают А. Хэгерстрёма «духовным отцом» скандинавского правового реализма¹⁹³.

Другими словами, мыслители, которые были впоследствии объединены в движение под названием «скандинавский правовой реализм», не представляли некую статичную теоретическую позицию с начала преподавательской деятельности А. Хэгерстрёма в 1910-х гг. до ослабления влияния подхода скандинавского ученого в 1950-е гг.¹⁹⁴: их цели и амбиции менялись в

¹⁹³ См.: Mindus P. A Real Mind: the Life and Work of Axel Hägerström / Law and Philosophy Library. Vol. 87. Dordrecht, Heidelberg, London, N.Y., 2009. P. xvii.

¹⁹⁴ Закат скандинавского правового реализма, по некоторым оценкам, произошел не ранее 1970-е гг., когда Социал-демократическая рабочая партия Швеции впервые с 1930-х гг. перестала контролировать власть в стране. См. подробнее: Sundberg J.W.F. Human Rights in Sweden: The Breakthrough of an Idea // Ohio State Law Journal. 1986. Vol. 47. P. 951–983.

зависимости от меняющихся политических и философских обстоятельств. Так, к представителям скандинавского направления правового реализма исследователи зачастую относят различных ученых стран Скандинавии¹⁹⁵ (в дополнение к четырем вышеуказанным и включая национальные ответвления¹⁹⁶): Ингемара Гедениуса (*Ingemar Hedenius*), Торе Стрёмберга (*Tore Strömberg*), Пера Улофа Экелёфа (*Per Olof Ekelöf*), Теодора Гейгера (*Theodor Geiger*), Ивара Стралья (*Ivar Strahl*), Фольке Шмидта (*Folke Schmidt*), Торстейна Экхоффа (*Torstein Eckhoff*), Вильгельма Обера (*Vilhelm Aubert*), Карстена Смита (*Carsten Smith*) и др.¹⁹⁷

В более широкой перспективе учение А. Хэгерстрёма называют «ключом, открывающим дверь инновационной юридической дискуссии» и предоставляющим «мотивацию для научных интересов» таких исследователей, как Герберт Харт (*Herbert Hart*), Сильвана Кастиньоне (*Silvana Castignone*), Энрико Паттаро (*Enrico Pattaro*), Либорио Йерро (*Liborio Hierro*), Карла Фаралли (*Carla Faralli*), Джон Ролз (*John Rawls*), Н.Э. Симмондс (*N.E. Simmonds*), Оке Франдберг (*Åke Frändberg*), Йес Бьяруп (*Jes Bjarup*), Якоб Сундберг (*Jacob Sundberg*), Стиг Стрёмхольм (*Stig Strömholm*), Клаас Петерсон (*Claes Peterson*), Мари Сандстрём (*Marie Sandström*), Макс Лайлз (*Max Lyles*) и др.¹⁹⁸

¹⁹⁵ См. подробнее: Антонов М.В. Скандинавская школа правового реализма // Российский ежегодник теории права. 2008. № 1. С. 648, сн. 7; Strang J. Two Generations of Scandinavian Legal Realists // *Retfærd: Nordisk Juridisk Tidsskrift*. 2009. Bd. 32. Nr. 1/124. P. 79; Bindreiter U., Zamboni M., Spaak T. Other Scandinavian Legal Realists / *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*. Volume 12. Tome 2. Chapter 17 / Ed. by E. Pattaro, C. Roversi. Dordrecht, 2016. P. 415–442; Bjarup J. Scandinavian Realism // *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy*. 2017. P. 1–6. URL: https://link.springer.com/referenceworkentry/10.1007%2F978-94-007-6730-0_28-1 (дата обращения: 22.10.2021); Strang J. Scandinavian Legal Realism and Human Rights: Axel Hägerström, Alf Ross and the Persistent Attack on Natural Law // *Nordic Journal of Human Rights*. 2018. Vol. 36. № 3. P. 202–218. Author's original manuscript. P. 16; и др.

¹⁹⁶ В мировой науке периодически выделяют, например, «шведский правовой реализм» и «норвежский правовой реализм». См., например: Cotterrell R. Reading Juristic Theories In and Beyond Historical Context: The Case of Lundstedt's Swedish Legal Realism // *Law in Theory and History: New Essays on a Neglected Dialogue* / Ed. by M. Del Mar and M. Lobban. Oxford, 2016. P. 149–166; Slagstad R. Norwegian Legal Realism since 1945 // *Scandinavian Studies in Law*. 1991. Vol. 35. P. 215–233; и др.

¹⁹⁷ См. краткие биографические данные указанных ученых: Приложение 1. Основные представители классических направлений правового реализма // Тонков Д.Е. Правовой реализм: американское и скандинавское направления. С. 175–177.

¹⁹⁸ См. подробнее: Mindus P. *Op. cit.* P. xvii.

Выделение первого и второго «поколений» скандинавского правового реализма. Историческое рассмотрение правовых теорий подразумевает учет социо-экономических и теоретико-философских условий, в которых находились правоведы, поэтому представляется оправданным выделение двух «поколений» скандинавского правового реализма, предложенное одним из лидирующих современных исследователей данного движения – Йоханом Странгом. Так, при использовании понятия «поколение» не предполагается, что идеи ученых определяются годом их рождения, данный термин используется скорее в смысле «субъективного опыта, несводимого к объективному или механическому критерию: два поколения имели различные формирующие их переживания, которые важнейшим образом предопределили их мировоззрение»¹⁹⁹. Первое поколение открыто пропагандировало определенные политические реформы, а представители второго поколения придерживались более инструментальных взглядов на юридическую науку. В то время как целью первого поколения было «произвести революцию в области юриспруденции, превратив право в средство политических и социальных реформ», для второго поколения стало насущной задачей снизить радикализм и «сгладить острые углы» своих предшественников после серьезных общемировых политических изменений 1930-40-х гг., затронувших и Швецию²⁰⁰.

Таким образом, в контексте настоящего исследования скандинавского правового реализма А. Хэгерстрём считается основателем и первым представителем движения, В. Лундштедт и К. Оливекрона – представителями «первого поколения», А. Росс – представителем «второго поколения». Остальные отмеченные выше мыслители стран Скандинавии (И. Гедениус, Т. Стрёмберг, П.У. Экелёф, Т. Гейгер, И. Страль, Ф. Шмидт, Т. Экхофф, В. Обер, К. Смит и др.)

¹⁹⁹ Strang J. Two Generations of Scandinavian Legal Realists. P. 62–63.

²⁰⁰ «В то время как первое поколение скандинавских правовых реалистов использовало свои теории для преодоления консервативного и либерального господства в шведской политике, второе поколение находилось в политической среде, во многом продиктованной идеями плановой экономики и государственного вмешательства в жизнь. Для второго поколения вопросы “демократии” стали центральными в политике после окончания времени тоталитаризма и Второй мировой войны». См.: Ibid.

в данной классификации считаются представителями «второго поколения» скандинавских правовых реалистов.

При исследовании научного наследия А. Хэгерстрёма и дальнейшего развития его идей можно обнаружить сосуществование философских и юридических «кругов» его последователей, которые зачастую «накладываются» друг на друга. Так, в научных исследованиях используются термины «уппсальская школа философии», «уппсальская школа философии права» (или «уппсальская школа правовой мысли»)²⁰¹ и «скандинавский правовой реализм». Представляется, что использование данных терминов требует пояснения:

1. Термин «уппсальская школа философии» используется для обозначения, в основном, *шведских* сторонников *философии* (в широком смысле) А. Хэгерстрёма, среди которых самым явным был Адольф Фален (*Adolf Phalén*), а также, например: Карл Хедвалль (*Karl Hedvall*), Эйнар Теген (*Einar Tegen*), И. Гедениус, Конрад Марк-Вогау (*Konrad Marc-Wogau*), Андерс Ведберг (*Anders Wedberg*), Эрик Йонсон (*Erik Jonson*), Мартин Фрис (*Martin Fries*) и др.²⁰² Иногда также обозначается как «новая» уппсальская школа философии в отличие от «старой» уппсальской школы Кристофера Якоба Бострёма²⁰³.
2. Термин «уппсальская школа философии права», или «уппсальская школа правовой мысли», используется для обозначения, в основном, *шведских* сторонников *философии права* А. Хэгерстрёма, таких как: В. Лундштедт и К. Оливекрона («первое поколение» уппсальской школы философии права с наибольшим влиянием до Второй мировой войны) и Т. Стрёмберг,

²⁰¹ Иногда «уппсальская школа философии» и «уппсальская школа философии права» (или «уппсальская школа правовой мысли»), обозначаются как «уппсальская школа», что не позволяет четко разграничить указанные термины в отдельном исследовании.

²⁰² См.: Sandin R.T. The Founding of the Uppsala School // *Journal of the History of the Ideas*. 1962. Vol. 23. № 4. P. 496–512; Mindus P. *Op. cit.* P. 71–72; Мысливченко А.Г. Философская мысль в Швеции: основные этапы и тенденции развития. М., 1972. С. 178–184.

²⁰³ Кристофер Якоб Бострём (Christofer Jacob Boström, 1 января 1797 г. – 22 марта 1866 г.), шведский философ, профессор практической философии Уппсальского университета, основоположник философии рационального идеализма.

П.У. Экелёф, И. Гедениус («второе поколение» уппсальской школы философии права с наибольшим влиянием в Швеции в 1950-е гг.) и др.²⁰⁴

3. Термин «скандинавский правовой реализм» используется для обозначения *шведских и иных скандинавских сторонников философии права* А. Хэгерстрёма, объединяя представителей «уппсальской школы философии права» (главным образом – А. Хэгерстрёма, В. Лундштедта и К. Оливекроны) с датчанином А. Россом, норвежцем Т. Экхоффом и др.²⁰⁵

Неудивительно, что философские и философско-правовые идеи шведского подданного, четыре десятилетия преподававшего в Уппсальском университете²⁰⁶, – А. Хэгерстрёма, – стали наиболее влиятельными именно в Швеции. Однако довольно парадоксально, что именно представитель Дании – А. Росс, – является, возможно, источником распространившегося в мировой науке (начиная с 1940-х гг.²⁰⁷) названия всего направления сторонников правовых идей А. Хэгерстрёма: «скандинавский правовой реализм»²⁰⁸. Так, именно А. Росс стал наиболее известным скандинавским реалистом своего времени за пределами Скандинавии и именно он уже с 1930-х гг. использовал в названии своих работ термины «реалистический» и «реальность», в частности, в изданиях на английском языке²⁰⁹. К тому же работа А. Росса «Навстречу реалистической юриспруденции:

²⁰⁴ См.: Schmidt F.F. The Uppsala School of Legal Thinking // *Scandinavian Studies in Law*. 1978. Vol. 22. P. 151; Bindreiter U., Zamboni M., Spaak T. Other Scandinavian Legal Realists. P. 430.

²⁰⁵ См.: Schmidt F.F. Op. cit. P. 151

²⁰⁶ См.: Mindus P. Op. cit. P. 251–252.

²⁰⁷ См., напр.: Bjarup J. *Scandinavian Realism*. P. 1.

²⁰⁸ Авторство самого термина «скандинавский правовой реализм», по мнению М.А. Исаева, приписывается Т. Гейгеру. См.: Исаев М.А. Понятие «ценности» и «ценности права» в учении скандинавских правовых реалистов // V Мальцевские чтения: материалы Международной научно-практической конференции «Право и государство в современном культурном измерении». 2019. С. 28–33.

²⁰⁹ В 1934 г. А. Росс опубликовал на датском языке работу по анализу фундаментальных правовых понятий – «Реальность и действительность в юриспруденции: критика теоретических основ науки о праве» (1934) (*Virkelighed og Gyldighed i Retslæren: En Kritik af den teoretiske Retsvidenskabs Grundbegreber*), сокращённая версия которой была переведена на английский язык и опубликована в 1936 и 1946 гг. под названием «Навстречу реалистической юриспруденции: критика дуализма в праве» (*Towards a Realistic Jurisprudence: A Criticism of the Dualism in Law*). См.: Васильева Н.С. Проблема действительности права в правовой концепции Альфа Росса. Дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2019. С. 145–146. Более того, уже в 1932 г. А. Росс использовал подобную терминологию в названии своих работ. См., например: Ross. A.

критика дуализма в праве»²¹⁰, изданная на английском языке в 1936 г. и 1946 г., включает в себя и анализ американского правового реализма (через идеи Д. Фрэнка).

Более того, как считают известные современные скандинавские исследователи М. Замбони и Й. Бьяруп, термин «скандинавский правовой реализм» возник по причине необходимости соединения идей уппсальской школы философии права А. Хэгерстрёма (вместе с концепциями его учеников, таких как В. Лундштедт и К. Оливекрона) и идеями самого А. Росса, который не был «простым последователем антиметафизичных позиций» А. Хэгерстрёма²¹¹. Немаловажным фактором закрепления названия направления является и знаменитая обзорная статья Г.Л.А. Харта «Скандинавский реализм»²¹², в которой он анализирует²¹³ вышедший в 1958 г. англоязычный перевод ключевого труда А. Росса 1953 г. «О праве и справедливости»²¹⁴.

С другой стороны, один из крупнейших современных исследователей А. Хэгерстрёма – П. Миндус, – считает, что центральными фигурами

Realismen i Retsvidenskaben og Samfundsnuttekimæren // Svensk Juristtidning. Stockholm, 1932. S. 325–349.

²¹⁰ Ross A. *Towards a Realistic Jurisprudence: a Criticism of the Dualism in Law*. Copenhagen, 1946.

²¹¹ См.: Zamboni M. *Alf Ross's Legal Philosophy // A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence. Volume 12. Tome 2. Chapter 16*. P. 401; Bjarup J. *Scandinavian Realism*. P. 1. Данную идею, по-видимому, поддерживает и Н.С. Васильева. См.: Васильева Н.С. Проблема действительности права в правовой концепции Альфа Росса. С. 143.

²¹² Hart H.L.A. *Scandinavian Realism // The Cambridge Law Journal*. 1959. Vol. 17. № 2. P. 233–240; Харт Г.Л.А. Скандинавский реализм / Пер. с англ. В.В. Оглезнева // Харт Г.Л.А. *Философия и язык права*. М., 2017. С. 230–240.

²¹³ Многие современные исследователи скандинавского правового реализма считают критику Г.Л.А. Харта не вполне обоснованной из-за низкого качества перевода труда А. Росса с датского на английский язык, что привело к довольно поверхностному отношению к скандинавскому реализму в англо-американской юриспруденции. См., напр.: Eng S. *Lost in the System or Lost in Translation? The Exchanges between Hart and Ross // Ratio Juris*. 2011. Vol. 24. № 2. P. 194–246; Holtermann J.v.H. “This cannot be its meaning in the mouth of the judge” (the case for the new English language translation of Alf Ross's *On Law and Justice* forthcoming on Oxford University Press) // *Utopía y Praxis Latinoamericana*. 2015. Vol. 20. № 71. P. 19–30. URL: <https://www.redalyc.org/pdf/279/27945658003.pdf> (дата обращения: 22.10.2021); Он же. *A Straw Man Revisited: Resettling the Score between H.L.A. Hart and Scandinavian Legal Realism // Santa Clara Law Review*. 2017. Vol. 57. № 1. P. 1–41; и др.

²¹⁴ Ross A. *On Law and Justice / Ed. by M. Knight, trans. by M. Dutton*. Berkeley & Los Angeles, 1959. Название данной книги (дат. «Om Ret og Retfærdighed», англ. «On Law and Justice») можно перевести и как «О праве и правосудии», однако вариант перевода «О праве и справедливости» более распространен в российской науке.

«скандинавского правового реализма» были В. Лундштедт и К. Оливекрона, и подчеркивает «значительность отличий» А. Росса от А. Хэгерстрёма²¹⁵. Термин «скандинавский правовой реализм», по мнению П. Миндус, предположительно выводится из так называемого «тезиса о реальности» («*reality thesis*») А. Хэгерстрёма, впервые разработанного им в 1908 г. в труде на немецком языке «Принцип науки. Логико-познавательное теоретическое исследование. 1. Реальность»²¹⁶ и заключающегося в необходимости совпадения трех элементов – внутренней логической непротиворечивости, субъективном осознании и внешней опоры на опытный мир времени и пространства, – для «реальности» какой-либо идеи²¹⁷. Тем не менее сам А. Хэгерстрём не идентифицировал свою позицию в «реалистических» терминах, дистанцируя себя как от философской категории «идеализма», так и «реализма»: последний А. Хэгерстрём понимал как теорию, основанную на утверждении, что мы можем «достичь» объект через простой набор экспериментальных данных, т.е. на том, что объекты «онтологически автономны», что порождает неисправимые проблемы для теории познания²¹⁸. Распространенным используемым понятием в его работах был термин «субъективизм», отрицающий обе вышеуказанных философских категории, а представителей движения некоторые исследователи скорее бы назвали «скептиками»²¹⁹, «ценностными нигилистами»²²⁰, «натуралистами»²²¹ и т.п., чем «реалистами».

²¹⁵ См.: Mindus P. Op. cit. P. 72.

²¹⁶ Hägerström A. Das Prinzip der Wissenschaft. Eine logisch-erkenntnistheoretische Untersuchung. 1. Die Realität. Uppsala, 1908.

²¹⁷ См. подробнее: Mindus P. Op. cit. P. 48, 55–59 и др.

²¹⁸ См.: Ibid. P. 48. В работах же А. Хэгерстрёма о вопросах гносеологии им предлагается, по мнению Д.А. Савенкова, «концепция идеалистического объективизма, а слово реальность... не является эмпирической реальностью» (Савенков Д.А. Психологические теории права в России и за рубежом во второй половине XIX – первой половине XX в.: теоретико-методологический аспект. Дис. ... докт. юрид. наук. М., 2022. С. 204).

²¹⁹ См.: Harris J.W. Olivecrona on Law and Language – The Search for Legal Culture // *Tidsskrift for Rettsvitenskap*. 1981. Vol. 152. № 4. P. 625–646. Цит. по: Mindus P. Op. cit. P. 48, n. 76; и др.

²²⁰ См.: Peczenik A. Theory Choice in Jurisprudence // *Scandinavian Studies in Law*. 2005. Vol. 48. P. 293; и др.

²²¹ См.: Holtermann J.v.H. Naturalizing Alf Ross's Legal Realism: a Philosophical Reconstruction / J.v.H. Holtermann // *Revus*. 2014. № 24. P. 165–186; и др.

Представляется, что при закреплении названия скандинавского направления реалистического подхода к праву наибольшее значение имело распространенное употребление его представителями в своих философско-правовых исследованиях «реалистических» терминов, заимствованных из различных гуманитарных и естественных наук, и широкая известность движения «американского правового реализма» во время, когда работы скандинавских ученых стали доступны для исследования мировым научным сообществом. Таким образом, отдельные общие начала представителей американского и скандинавского правового реализма²²² наряду с сопоставимым периодом их интеллектуального влияния в соответствующих странах predetermined название движения с «реалистическим» подходом к праву в Скандинавии.

Отрицание естественного права и юридического позитивизма на примере концепции «прав и обязанностей». Взгляды скандинавских правовых реалистов на право различны в отдельных аспектах (иногда довольно значительно, как и среди представителей американского направления), но все они объединены общим желанием изгнать метафизические элементы из юриспруденции и настаивали на ориентации юриспруденции на эмпирическую методологию: скандинавские реалисты подчеркивали необходимость эмпирического подхода к праву через изучение полученных путем опыта и наблюдения фактов. Соответственно, они отрицали естественное право как находящееся вне сферы науки и реальности и юридический позитивизм как пронизанный, по их мнению, естественно-правовыми концепциями²²³.

Основной посыл скандинавского правового реализма заключался в попытке изложить правовые концепции в категориях эмпирических социальных наук. Традиционные термины юриспруденции, такие как субъективные «права», «обязанности», «собственность» и т.п., должны, по мнению скандинавских реалистов, быть переведены в наблюдаемое поведение. И уже по внешним поведенческим формам можно догадываться о стоящих за ними «эмоциях», т.е.,

²²² См. главу 3 настоящей работы.

²²³ См. подробнее: Тонков Д.Е. Правовой реализм: американское и скандинавское направления. С. 56–63, 66–69, 195–202.

иными словами, «через концептуальный анализ языка повседневного юридического общения и в его терминах можно проследить реальную эмпирическую составляющую правовой практики»²²⁴. Далее будут рассмотрены показательные позиции А. Хэгерстрёма, В. Лундштедта, К. Оливекроны и А. Росса на примере их отношения к традиционной концепции «прав и обязанностей».

Как указано ранее, основателем и первым представителем направления скандинавского правового реализма был А. Хэгерстрём, чьим главным наследием было отрицание метафизики в праве и чьи «труды по философии права в значительной части посвящены исследованию фундаментальных правовых концепций и попытке установления корреспондирующих им фактов... [А. Хэгерстрём – *Д.Т.*] пришел к заключению, что указанные концепции не адекватны фактической реальности и являются метафизическими, иллюзорными идеями, состоящими из суеверий, мифов, фикций и магии»²²⁵. Так, А. Хэгерстрём утверждает, что традиционные правовые институты являются подтверждением магических верований в сверхъестественный мир прав и обязанностей и в магическую силу слов, которые вызывают изменения в настоящем мире. По мнению скандинавского ученого, традиционное допущение того, что права и обязанности имеют некую объективную сущность, приводит к метафизической или естественно-правовой концепции правовой системы²²⁶. Однако впечатление, что А. Хэгерстрём стремился свести концепции прав и обязанностей к нулю не отражает его подход, который признавал, что «права и обязанности не являются чем-то объективным, как, например, стул или стол», но считал их скорее чувством, «как чувство чего-то красивого или безобразного»²²⁷.

²²⁴ Антонов М.В. Скандинавская школа правового реализма. С. 665.

²²⁵ Sherbaniuk D.J. Scandinavian Realism // Alberta Law Review. 1962. Vol. 2. P. 58.

²²⁶ См. подробнее: Тонков Д.Е. Философия права Акселя Хэгерстрёма // Труды Института государства и права РАН. 2018. Том 13. № 3. С. 82–106; Он же. Критика теории воли в скандинавском правовом реализме // Философия и психология права: современные проблемы. Сборник научных трудов / Под общ. ред. В.И. Жукова, отв. ред. А.Б. Дидикин. М., 2018. С. 147–155.

²²⁷ См. подробнее: Schmidt F.F. The Uppsala School of Legal Thinking. P. 156.

Один из самых последовательных сторонников идей А. Хэгерстрёма и представитель первого «поколения» – В. Лундштедт – часто обращается к идеям своего учителя: взгляды В. Лундштедта на правовые вопросы, по его собственному заявлению, «радикально изменились» именно после знакомства с А. Хэгерстрёмом и под влиянием его трудов²²⁸. Основным научным интересом В. Лундштедта был в области гражданского права, а точнее в обязательственном праве²²⁹, но концепция права как системы прав и обязанностей была им отвергнута: В. Лундштедту стало очевидно, что право является «не более чем самой жизнью человечества в организованных группах и условиями, которые делают возможным мирное сосуществование индивидов в социальных группах и их взаимодействие для целей, отличных от простого выживания и размножения»²³⁰. Наиболее значимыми среди этих условий являются люди как психо-физические существа, наделенные способностями рассуждать и действовать, а также их эмоциональная внешняя составляющая и сенсорный аппарат. Все указанное взаимодействие подвергается контролю, который и делает возможным существование человека в обществе в соответствии с его потребностями, желаниями и интересами. Постепенно социальные представления кристаллизуются и определяют работу правового механизма. Вышеуказанный контроль, отмечает В. Лундштедт, состоит из законодательства, правоприменения, судопроизводства, средств принуждения и административных действий со стороны выборных лиц или лиц, наделенных полномочиями для выполнения конкретных функций в обществе²³¹.

По мнению В. Лундштедта, правовая деятельность необходима для существования общества и поэтому должна формироваться законодателями и судами «в соответствии с самым непротиворечивым и непоколебимым элементом

²²⁸ См.: Lundstedt A.V. *Legal Thinking Revised*. P. 6–7.

²²⁹ См.: *Ibid.* P. 9–10. В. Лундштедт также занимался анализом традиционных правовых концепций в области уголовного права и международного права (в части иллюстрирования опасных последствий правовой идеологии).

²³⁰ *Ibid.* P. 8.

²³¹ См.: *Ibid.* P. 8–9.

функционирования правового механизма – социальной организацией»²³². Справедливость как отправная точка для правовой деятельности ошибочна: судьями и законодателями в совершенствовании права и заполнении пробелов правовой системы должен руководить именно предложенный В. Лундштедом метод «социального благополучия»²³³. Труды В. Лундштеда характеризуются попыткой сформировать юриспруденцию на основе нового метода рассуждения и низложить традиционные концепции. Он пытался «заложить базис для научного подхода к вопросам права: другими словами, сделать юриспруденцию наукой» в смысле естественнонаучной дисциплины²³⁴. Традиционная же юриспруденция не заслуживает называться «наукой», так как её представители, по мнению В. Лундштеда, не смогли дать правдивую картину «правового механизма в действии» («*legal machinery in action*»).

Следствием этого эмпиризма стало отрицание В. Лундштедом традиционной «идеологической» науки права в пользу новой «научной» юриспруденции на основе опыта, т.е. на основе практических наблюдений и анализа социальных фактов²³⁵: «суть правового механизма состоит в жизненных факторах и людях, которые своими моделями поведения и умственными способностями составляют колеса, гайки и другие элементы механизма»²³⁶. Для эксперта становится чрезвычайно важным дистанцироваться от правового механизма и общества, взяв на себя роль внешнего наблюдателя. Игнорирование наличия своих собственных предпосылок и установок В. Лундштедт считает основным фактором, способствующим ошибкам даже у современных ему правоведов: он полагает, что из-за очень поверхностного отказа от правовой идеологии и метода справедливости указанное выше упущение имеет место быть и в позициях отдельных американских авторов (например, Р. Паунда), считающих свои взгляды лишенными правовой идеологии и базирующимися на социальных

²³² Ibid. P. 132.

²³³ Данный метод подробно рассмотрен далее в главе 2.

²³⁴ См.: Lundstedt A.V. Legal Thinking Revised. P. 5.

²³⁵ См.: Siliquini-Cinelli L. Vilhelm Lundstedt's "Legal Machinery" and the Demise of Juristic Practice // Law Critique. 2018. Vol. 29. № 2. P. 244–245.

²³⁶ См.: Lundstedt A.V. Legal Thinking Revised. P. 18.

фактах²³⁷. Таким образом, В. Лундштедт был нацелен на объяснение права в сугубо «научном», т.е. основанном на проверяемых фактах, смысле. Теории же естественного права и юридического позитивизма, которые явно или косвенно включают, по его мнению, отсылку к нефактическим сущностям, нарекались им «сверхъестественными», «метафизическими», «ненаучными», «идеологическими», «бессмысленными» или «нереалистичными».

Однако при всем своем стремлении показать метафизичность концепций правовой идеологии²³⁸ и недоверии к классической (романо-германской) юриспруденции²³⁹ В. Лундштедт не видел причин не использовать некоторые понятия традиционной юриспруденции («ошибочные идеи правовой идеологии») как «ярлыки» (*labels*) «для обозначения конкретных реальностей, когда нет необходимости исследовать эти реальности»²⁴⁰. В. Лундштедт приводит примеры так называемых «ошибочных идей»: «юридические права (*legal rights*) [в смысле субъективных прав как следствия функционирования правового механизма; созданные именно правом; оппозиционные, по В. Лундштедту, «естественным правам» (*natural rights*) – Д.Т.] и обязанности, обязательства, правовые претензии и требования, правоотношения (*Rechtsverhältnisse*), проступок, вина, ответственность, нормы права, (естественная) справедливость... противоправность, правомерность, правовая необходимость, собственность, убытки, ущерб, упущенная выгода, возмещение убытков, ущерба, вреда, преступление, деликт, наказание» и т.п.; в некоторых случаях эти концепции включают в себя *petitiones principia*; от некоторых В. Лундштедт призывает отказаться даже в качестве «ярлыков»²⁴¹. Можно заключить, что концепция «прав и обязанностей» в подходе В. Лундштедта означает наличие реальных обстоятельств, на основе которых одно лицо может предъявить подкрепленные

²³⁷ См.: Ibid. P. 342–356.

²³⁸ Например, таких метафизических понятий, как: «государство», «общество», «объективное право», «субъективное право», «правовая обязанность» и др. (Королев С.В. Шведский государственный индивидуализм: игра интеллектуалов или реализованный миф? // История государства и права. 2021. № 12. С. 34.).

²³⁹ См.: там же.

²⁴⁰ Lundstedt A.V. Legal Thinking Revised. P. 16.

²⁴¹ См.: Ibid. P. 16–17.

государственным принуждением положения другому лицу, а также что это другое лицо, со своей стороны, теряет возможность, которую оно в противном случае имело бы, использовать аналогичные принудительные меры²⁴².

На позицию другого представителя первого «поколения» скандинавского правового реализма – К. Оливекроны – значительное влияние также оказали идеи А. Хэгерстрёма. Более того, отмечается, что К. Оливекрона довольно часто ссылается на своего учителя даже в случаях, когда идеи принадлежат ему самому²⁴³. Аргументы обоих ученых сводятся к тому, что в действительности не существует никаких прав и обязанностей, что связь между юридическими фактами и юридическими последствиями всегда ситуативна и не имеет объективной значимости – она основывается исключительно на вере в нее людей²⁴⁴. Концепция прав поднимает, с одной стороны, проблему применения метафизики, которую скандинавские правовые реалисты отрицали, и, с другой стороны, проблему «невозможности исключения прав из любой дискуссии о праве»²⁴⁵. К. Оливекрона считает идеи прав и обязанностей «фантазиями сознания»: они не находят места в реальном мире и изначально связаны с примитивной магией (хоть и не настолько сильно, как пытался показать А. Хэгерстрём) и невозможно отыскать фактов, связанных с идеей субъективного права²⁴⁶.

Неотъемлемой характеристикой подхода к праву К. Оливекроны считается его психологическая эффективность, т.е. его контроль над человеческим сознанием²⁴⁷. Соответственно, категория «прав» имеет одновременно и эмоциональное, и императивное назначение: они могут выражать чувство власти

²⁴² См.: Castberg F. *Philosophy of Law in the Scandinavian Countries* // *The American Journal of Comparative Law*. 1955. Vol. 4. P. 393.

²⁴³ См.: Arnholm C.J. *Olivecrona on Legal Rights: Reflections on the Concept of Rights* // *Scandinavian Studies in Law*. 1962. Vol. 6. P. 11.

²⁴⁴ См.: Антонов М.В. *Скандинавская школа правового реализма*. С. 657.

²⁴⁵ Olivecrona K. *Legal Language and Reality* // *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound* / Ed. by R.A. Newman. Indianapolis, N.Y., 1962. P. 151.

²⁴⁶ Sherbaniuk D.J. *Op. cit.* P. 69.

²⁴⁷ *Ibid.* P. 68.

и предоставлять это чувство²⁴⁸. Однако необходимо отличать оба обстоятельства от утверждения, что эта власть существует фактически, – данный аспект рассматривается К. Оливекроной, среди прочего, на примере «чистой» теории права Г. Кельзена, которая признается шведским ученым несостоятельной: «Краеугольным камнем теории [Г. Кельзена – *Д.Т.*] является пустая фраза, что базовая норма действительна, потому что она предполагается быть действительной... [Это утверждение – *Д.Т.*] кажется равным декларированию несостоятельности части чистой теории права»²⁴⁹. Также «права» могут функционировать как знаки команды, запрещения или дозволения: 1) команды стороне, против которой право направлено, как, например, в случае с долговыми обязательствами; 2) запрещения всем лицам, у которых нет титула, как в случае с правом собственности; 3) как знак дозволения, адресованный, например, собственнику²⁵⁰. Исходя из данного подхода, права служат «знаками», указывающими нам на то, «что делать» и «что не делать». Законодательство, в свою очередь, утверждает и упорядочивает правила, по которым права создаются и изменяются. А судебные решения служат средством осуществления и усиления требований и ожиданий, связанных с правами и обязанностями²⁵¹.

Теоретический вывод К. Оливекроны относительно прав заключался в подчеркивании воздействия их психологического эффекта на других участников правовой системы. Однако он не дает 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 (в своих поздних работах К. Оливекрона склонялся именно ко второму варианту)²⁵². Когда существует обоснованная постоянная взаимосвязь правовой

²⁴⁸ Arnholm C.J. Olivecrona on Legal Rights. P. 15–16.

²⁴⁹ Olivecrona K. Realism and Idealism: Some Reflections on the Cardinal Points in Legal Philosophy // New York University Law Review. 1951. Vol. 26. P. 128.

²⁵⁰ Arnholm C.J. Olivecrona on Legal Rights. P. 16.

²⁵¹ См.: Bix В.Н. Ross and Olivecrona on Rights // Australian Journal of Legal Philosophy. 2009. Vol. 34. P. 111.

²⁵² См.: Антонов М.В. Скандинавская школа правового реализма. С. 657.

практики и социальных ожиданий, то утверждение, что кто-либо имеет право или обязанность, порождает мысли о дозволениях и запретах («юридический язык как инструмент социального контроля и социального взаимодействия»²⁵³), несмотря на отсутствие объективных категорий, которые бы корреспондировали правам или обязанностям. Как зеленые и красные сигналы светофора, так и права не выражают какого-либо мнения, но в них вкладывается социальная функция, потому что люди привыкли реагировать на них определенным образом²⁵⁴. Концепции прав, как считает К. Оливекрона, соответственно, присуща «информативная» функция, которая заключается в информировании людей о правовых обстоятельствах. Лицо, которое слышит о наличии у X права собственности над вещью, признает, что информация имеет отношение к конкретному факту правовой действительности и нормам права. Это упрощает понимание: люди будут представлять общие правовые последствия, если кого-либо назовут «собственником» вещи и не станут объяснять все факты, имеющие отношение к конкретной ситуации.

Более того, согласно К. Оливекроне, и юридический позитивизм, и теория естественного права содержали волюнтаристское допущение, что право есть выражение воли высшей инстанции: «в случае с теоретиками естественного права – сверхъестественная инстанция; в случае с юридическими позитивистами – какая-либо секуляристская инстанция»²⁵⁵. К. Оливекрона же считал более полезным деление правовых теорий на волюнтаристские и неволюнтаристские. Среди примеров юристов и философов, «вставших на неволюнтаристский путь», он отмечал следующих: Е. Эрлиха, О. Холмса-мл., Э. Хобеля, Л. Петражицкого, Г. Харта, А. Хэгерстрёма, В. Лундштедта и А. Росса.

Датский правовед А. Росс, – представитель второго «поколения» и последний из четырех общепризнанных представителей скандинавского правового реализма, – в противоположность шведам В. Лундштедту и К. Оливекроне, не был преданным последователем А. Хэгерстрёма: «А. Росс

²⁵³ Olivecrona K. *Legal Language and Reality*. P. 191.

²⁵⁴ См.: Arnholm C.J. *Olivecrona on Legal Rights*. P. 13.

²⁵⁵ См.: Martin M. *Op. cit.* P. 136.

обогастил реалистическую концепцию права инкорпорацией идей из различных философских и правовых теорий, главным образом из логического позитивизма, частично – теории Кельзена, а также из американского правового реализма»²⁵⁶. Однако А. Росс также поддерживает разоблачение метафизических заблуждений и утверждает, что в области права следует использовать методы современной эмпирической науки²⁵⁷.

Подход А. Росса к юриспруденции согласуется с радикальностью других представителей скандинавского правового реализма. Например, в своей книге «О праве и справедливости» он стремится исключить из мышления о праве все отсылки к абстрактным концепциям и метафизическим категориям: «Главная идея... в том, чтобы довести эмпирические принципы в сфере права до их конечных выводов. Из этой идеи вытекает методологическое требование, что изучение права должно следовать традиционным моделям наблюдения и проверки, которые присущи всей эмпирической науке; проверка подразумевает, что фундаментальные правовые идеи должны быть истолкованы как концепции социальной реальности, поведения индивида в обществе, и никак иначе»²⁵⁸. Вышесказанное, как отмечает современный исследователь Б. Бикс, не значит, что, по мнению А. Росса, необходимо избегать понимания мира (правового или какого-либо другого) в том смысле, который предполагает существование дополнительных метафизических категорий, т.к. сама онтология права имеет двойственный характер: право использует традиционный нормативный язык о том, что «должно быть» или «не должно быть» сделано, но в то же время позиционирует себя отдельно от традиционного этико-нормативного дискурса²⁵⁹. В соответствии с этим А. Росс отвергал идею создания отдельной нормативной действительности для правового дискурса²⁶⁰ и считал «спекуляцию метафизикой» одинаково бесполезной как в праве, так и в морали.

²⁵⁶ Zamboni M. Alf Ross's Legal Philosophy. P. 402.

²⁵⁷ См.: Sherbaniuk D J. Op. cit. P. 70.

²⁵⁸ Ross A. On Law and Justice. 1959. P. ix.

²⁵⁹ См.: Bix B.H. Ross and Olivecrona on Rights. P. 105.

²⁶⁰ Ross A. On Law and Justice. 1959. P. x.

В своих размышлениях о природе права А. Росс стремился ясно обозначить понимание концепции «действительного права» («*valid law*») ²⁶¹. В этом отношении он различает лингвистические высказывания, имеющие «указывающее» (т.е. предписывающее, директивное) значение, и те, которые несут в себе «представляющее» (т.е. описывающее, индикативное) значение. Первые выражают команды, вторые же заявляют о фактах. «Директивы», по мнению А. Росса, не отражают реальное положение дел, но лишь выражают намерение воздействовать на других людей²⁶². А норма, соответственно – это «директива, которой определенным образом соответствуют факты»²⁶³.

Несмотря на то, что А. Росс критично относился к метафизическим импликациям в идею прав, он не соглашался с позицией, что само понятие «прав» должно быть исключено из правового дискурса. Польза концепции прав проявляется в тех формулировках, которые опираются не на нормы права, а на описание конкретных фактов. А. Росс пытался сделать формулировки более привязанными к фактам, хотя и существующими в контексте определенного набора правовых норм²⁶⁴. Он предлагает рассматривать термины «права» и, например, «собственность» как интуитивные, «преднаучные» средства упрощения и рационализации²⁶⁵, т.е. лишь как «средства презентации», которые не имеют «семантического референта», или собственного значения, но которые могут быть использованы как «условные обозначения» для выражения отношения между юридическими фактами и последствиями. Т.е. для А. Росса понятие «прав», несмотря на отсутствие семантического референта, имеет совершенно

²⁶¹ Для целей настоящей работы мы считаем синонимами перевод этого термина на русский язык как «действительное право» и/или «действующее право». О разных гранях перевода англоязычного термина «*valid law*» применительно к идеям А. Росса, см.: Васильева Н.С. Проблема действительности права в правовой концепции Альфа Росса. С. 147–156.

²⁶² Анализ А. Россом концепции действительности права показательно приводится на примере правил игры в шахматы: Ross A. On Law and Justice. 1959. P. 11–18. См. также: Антонов М.В. Скандинавская школа правового реализма. С. 658–659.

²⁶³ Васильева Н.С. Проблема действительности права в правовой концепции Альфа Росса. С. 20.

²⁶⁴ Vix B.H. Ross and Olivecrona on Rights. P. 109.

²⁶⁵ Ross A. Tû-Tû. P. 817–825; Ross A. On Law and Justice. P. 170–175.

оправданную функцию в юридическом языке²⁶⁶: факты часто не могут быть описаны исключительно фактическими терминами и нуждаются в концепции прав.

Таким образом, А. Росс считал, вслед за А. Хэгерстрёмом и В. Лундштедтом, что «права» ничего не означают в «мире фактов», но снижал градус напряженности в отстаивании данной позиции. Однако, например, К. Оливекрона заявлял, что анализ «прав» А. Росса не сильно продвинул подход к выяснению истинной природы прав. Можно согласиться, что К. Оливекрона продвинулся дальше А. Росса в анализе прав как простых условных обозначений или связующих звеньев, добавив отсылку к психологическому воздействию и знаковым функциям, отделяя фактические и нормативные явления. В то же время в одной из своих последних работ²⁶⁷ К. Оливекрона занимает схожую позицию с А. Россом, который дал потенциально более широкий ответ на саму возможность завуалировать нормативные утверждения (правовые или моральные) в фактических терминах²⁶⁸. Несмотря на то, что позиция А. Росса по поводу необходимости научного метода напоминает позицию логических позитивистов, а К. Оливекрона придерживался строгой антиметафизической позиции, не признавая логический позитивизм, конечный подход обоих мыслителей является примерно одинаковым: скептицизм относительно любого утверждения, которое не может быть объектом эмпирического наблюдения²⁶⁹.

Стоит отметить, что А. Росс считал естественное право психологической реакцией на неопределенность человеческого существования и следствием страха человека взять на себя ответственность за принимаемые решения, что достаточно показательно для других скандинавских правовых реалистов – представителей второго поколения, – которые также старались включить естественное право в

²⁶⁶ См. подробнее: Ross A. *Tû-Tû*. P. 812–825; Strang J. *Scandinavian Legal Realism and Human Rights*. P. 15.

²⁶⁷ Olivecrona K. *Legal Language and Reality*. P. 189.

²⁶⁸ Некоторые исследователи утверждают, что А. Росс и К. Оливекрона предлагают разные подходы, но все же имеют больше общего, чем различий. См., например: Bix B.H. *Ross and Olivecrona on Rights*. P. 109–112; Bjarup, J. *The Philosophy of Scandinavian Legal Realism // Ratio Juris*. 2005. Vol. 18. № 1. P. 10; и др.

²⁶⁹ Bix B.H. *Ross and Olivecrona on Rights*. P. 110.

реалистические рамки: например, Пер Улоф Экелёф пытался оправдать осмысление естественного права в общем русле скандинавского правового реализма, утверждая, что «естественное право стало укореняться в своего рода реальностях»²⁷⁰. Ивар Страль также отдает должное А. Россу в его опровержении естественного права, но ставил под сомнение смысл такого опровержения: «казнь прошла успешно – иронизировал он, – но казненный продолжает жить»²⁷¹. Сам И. Страль предлагал интерпретировать естественное право как «часть социальной обстановки и культурного наследия», т.е. среди прочих социальных и психологических факторов, которые, согласно реалистическому подходу, и определяют право²⁷².

Разделение права и морали скандинавскими правовыми реалистами.

Подход скандинавских правовых реалистов, который разные исследователи обозначают как «аксиологический нигилизм», «ценностный нигилизм», «моральный нигилизм» или «нонкогнитивизм»²⁷³, ограничивал научное исследование только тем, что «есть», исключая то, что «должно быть», так как моральные оценки, по их мнению, не существуют фактически и не поддаются научному (в смысле естественных наук) подтверждению. Ниже также приведены показательные позиции четырех скандинавских правовых реалистов: А. Хэгерстрёма, В. Лундштедта, К. Оливекроны и А. Росса.

По мнению А. Хэгерстрёма, включающие оценку понятия, такие как «цели права» или «принципы правосудия», должны быть исключены из области научной юриспруденции, и проблема выбора между конфликтующими

²⁷⁰ Strang J. Scandinavian Legal Realism and Human Rights. P. 17.

²⁷¹ Ibid. P. 16.

²⁷² См.: Ibid. P. 17.

²⁷³ См., например: Vjarup J. The Philosophy of Scandinavian Legal Realism. P. 1–15; Mindus P. Op. cit. P. xvii; Strang J. The Scandinavian Value Nihilists: The Crisis of Democracy in the 1930s and 1940s // Nordeuropa-Forum. 2009. Vol. 19. № 1. P. 37–63; Realist Conceptions of Legislation / Ed. by É. Millard, P. Brunet, P. Mindus // The Theory and Practice of Legislation. Vol. 1. № 1. Oxford, 2013. P. 6-7, 16, 21-22, 40, 47-48 и др.; Elias K., Jakubiec M. The Vienna Circle and the Uppsala School as philosophical inspirations for the Scandinavian Legal Realism // Semina Scientiarum. 2016. Vol. 15. P. 107–123; Spaak T. Realism about the Nature of Law // Ratio Juris. 2017. Vol. 30. № 1. P. 75–104; и др. Присоединяясь к многим вышеуказанным исследователям, для целей настоящей работы указанные названия подхода скандинавского правового реализма будут считаться синонимичными.

ценностями не входит в сферу научного исследования. Для него философия права должна сконцентрироваться на изучении фактического функционирования правовых институтов и анализе использования правовых концепций вместе с психологическим изучением вовлеченных в этот процесс внутренних установок. Отдельные высказывания А. Хэгерстрёма о «ценностях» при исследовании правовой обязанности позволяют предположить, что он отрицал существование объективных ценностей²⁷⁴. Нашими ценностными суждениями, по мнению А. Хэгерстрёма, мы на самом деле ничего не оцениваем, но выражаем в лингвистической форме эмоцию, ассоциативно связанную с каким-либо представлением или концепцией. Использование индикативной формы языка для выражения ассоциаций как бы объективизирует ценность, но это впечатление обманчиво, так как единственной объективной реальностью является само указанное выражение²⁷⁵.

В отличие от А. Хэгерстрёма, В. Лундштедт признает, что определенные оценочные действия лежат внутри области юриспруденции, если воспринимать ее как «эмпирически основанную эпистемологическую науку», в которой юридическая практика может быть оценена «законодателем, судьей или правоведом... находится ли в гармонии толкование права (в целом или в конкретном случае) с “социальным благополучием” и обеспечивают ли текущие или предполагаемые законы наибольшую пользу обществу»²⁷⁶. В. Лундштедт специально поясняет, что «наука в философском, т.е. эпистемологическом, смысле – одно дело, – тогда как наука, практикуемая в обществе, – совсем другое... юриспруденция на практике тоже может быть оценена»²⁷⁷. По его мнению, юриспруденция потеряла бы часть или полностью лишилась своей значимости для правового механизма и для общества, если бы правоведы воздерживались от конкретных социальных оценок. В. Лундштедт считает «чистым формализмом» позицию, что проведение данных оценок выпадает из

²⁷⁴ См.: Mindus P. Op. cit. P. xi.

²⁷⁵ См.: Ibid. P. xii.

²⁷⁶ См.: Sherbaniuk D J. Op. cit. P. 66.

²⁷⁷ Lundstedt A.V. Legal Thinking Revised. P. 268.

сферы правовой науки как деятельности, осуществляемой на практике²⁷⁸. Однако, по мнению В. Лундштедта, вышеуказанное не противоречит характеру юриспруденции как эмпирической науки: «наука права чисто эпистемологическая, но тем не менее эмпирически основанная... ее деятели... *тоже* предпринимают социальные оценки, основанные на эпистемологической позиции»²⁷⁹.

К. Оливекрона отрицает действительное существование ценностей, которые являются лишь отражением наших чувств и эмоционального состояния, что во многом совпадает с подходом А. Хэгерстрёма²⁸⁰. Однако К. Оливекрона, как и В. Лундштедт, сглаживает этот подход, заявляя следующее: «Объективное должное – это миф. То, что на самом деле существует, – это наши представления о должном, выражающие их предложения и связанные с ними эмоции. Все это формирует то, что можно было бы назвать правовой идеологией, которая является чрезвычайно важным предметом исследования для философии права»²⁸¹. При этом К. Оливекрона утверждает, что «реализм» в образе мышления склонен рассматривать все правовые явления как часть существующего социального порядка, то есть «сугубо *фактические* явления» и, следовательно, реализм как таковой означает наблюдение, сбор фактов и анализ, но не оценку²⁸².

Наконец, А. Росс не считает оправданным жесткое разграничение права и морали как двух разных систем. Как отмечает Н.С. Васильева, ученый призывал к выявлению их соотношения: А. Росс «делает вывод, что между ними должна быть значительная степень гармонии, что они равно укоренены в культурной традиции и находятся в отношении взаимной кооперации. Главное отличие А. Росс усматривает в том, что право стремится закрепиться в понятиях, необходимых для определённости и объективности при отправлении правосудия (это один из аспектов идеи справедливости), в то время как мораль возникает как реакция

²⁷⁸ См.: Ibid.

²⁷⁹ Ibid.

²⁸⁰ См.: Sherbaniuk D.J. Op. cit. P. 69.

²⁸¹ Olivecrona K. Realism and Idealism. P. 131.

²⁸² См.: Ibid. P. 120.

индивидов на конкретные ситуации и даже в виде неких общих ориентиров всегда изменчива, особенно при применении к конкретным ситуациям»²⁸³.

Стоит отметить важность идеи справедливости для А. Росса при характеристике судебных решений. Он считает право само по себе «произрастающим» из тех же практических установок, интересов, силовых факторов и идеологических элементов, что и «неюридические» сферы. При разборе таких распространенных в обществе обозначений фактического правоприменения как «типичное» и «нормальное» А. Росс отмечает, что они означают соответствие, например, судебного решения так называемой «объективности». А любое проявление «исключительной девиации» нарекается «субъективностью». Так, судебное решение, по А. Россу, объективно («справедливо» в объективном смысле), когда оно охватывается такими принципами толкования и такими оценочными суждениям, которые присутствуют на практике, а субъективно («несправедливо» в объективном смысле) – когда оно отличается от них. То есть субъективность или несправедливость, по мнению А. Росса, точно выражает ощущение, что судебное решение исходит из индивидуальности конкретного судьи в отличие от того, что типично для судей в целом²⁸⁴.

2.2. Метод «социального благополучия»

как содействие права потребностям индивидов в подходе В. Лундштедта

Большинство работ шведского ученого В. Лундштедта было, соответственно, опубликовано на шведском языке, однако некоторые свои труды он изначально издавал на английском, немецком и французском языках²⁸⁵.

²⁸³ Васильева Н.С. Проблема действительности права в правовой концепции Альфа Росса. С. 175.

²⁸⁴ См.: Ross A. On Law and Justice. P. 285.

²⁸⁵ Среди которых семь монографий на иностранных языках: на английском и немецком языках – по три монографии, на французском языке – одна монография. Наиболее известные работы

В. Лундштедта на иностранных для него языках, т.е. исключая шведский язык, указаны в его англоязычной монографии «Правовое мышление в пересмотре: мои взгляды на право» 1956 г.,

В связи с распространенностью и фундаментальностью работ на немецком языке связана и германизация в научной среде фамилии В. Лундштедта (на шведском языке она звучит как «Лундстет»), а также закрепление второго имени ученого «Вильгельм» как основного²⁸⁶, при частом неполном указании или даже опускании своего первого имени «Андерс».

Ориентацию на немецкую юриспруденцию можно проследить уже с самых ранних работ В. Лундштедта: как отмечает скандинавский исследователь Я.-О. Сунделл, диссертационное исследование В. Лундштедта «О соглашениях об исполнении обязательств перед третьими лицами I-II» (швед. «*Om avtal angående prestation till tredje man I-II*») 1908-1909 гг. подверглось значительному влиянию немецкой юриспруденции не только по идейному содержанию, но и по указанным ниже статистическим показателям²⁸⁷:

1) избранная библиография с общим показателем в шестьдесят одну (61) работу содержит пятьдесят пять (55) работ на немецком языке против трех (3) работ на шведском языке;

2) указанные в сносках работы или законы, не указанные в библиографии, содержат сорок пять (45) позиций, тридцать девять (39) из которых написаны на немецком языке;

изданной посмертно: Lundstedt A.V. *Legal Thinking Revised: My Views on Law*. Stockholm, 1956. P. 6, 413–414. Также основные работы В. Лундштедта, в том числе на шведском языке, см.: Arvind T. *The Philosophy of Law of Vilhelm Lundstedt*. P. 6–7. Подробную же библиографию В. Лундштедта, включающую его работы в качестве правоведа и политического деятеля и насчитывающую не менее 541-й позиции к 1952-му году, см. в двух прижизненных шведскоязычных работах, изданных, соответственно, к 60-летию и 70-летию ученого: Holm O. *Vilhelm Lundstedts bibliografi. Förteckning över Professor Vilhelm Lundstedts intill den 11 september 1942 utgivna skrifter*. Stockholm, 1942; Bokelund C. *Vilhelm Lundstedts Bibliografi 12.9.1942–11.9.1952 // Svensk juristtidning (SvJT)*. 1952. P. 775–782. URL: <https://svjt.se/svjt/1952/775> (дата обращения: 22.10.2021).

²⁸⁶ См.: Антонов М.В. Скандинавская школа правового реализма. С. 651, сн. 23. В то же время Н.С. Васильева предлагает вариант написания фамилии ученого как «Лундстетт», исходя из практической транскрипции со шведского языка на русский язык. См.: Васильева Н.С. Действительность права как психологический факт: Упсальская школа в контексте интеллектуальной традиции континентального правового реализма // *Труды Института государства и права РАН*. 2019. Т. 14. № 4. С. 50.

²⁸⁷ Sundell J.-O. *German Influence on Swedish Private Law Doctrine 1870–1914 // Scandinavian Studies in Law*. 1991. Vol. 35. P. 253.

3) из всего четырехсот восьмидесяти двух (482) сносок четыреста четырнадцать (414) относятся к работам на немецком языке;

4) исследование содержит сто девяносто четыре (194) цитаты из работ на немецком языке против тринадцати (13) цитат из вместе взятых работ на шведском и датском языках;

5) около девяти процентов (9%) всего диссертационного исследования написано на немецком языке;

6) в диссертационном исследовании В. Лундштедт ссылается три (3) раза на шведские законодательные положения и ни разу (0) на шведские судебные дела против сорока восьми (48) ссылок на немецкие законодательные положения и восьми (8) ссылок на немецкие судебные дела.

Тем не менее при общем германоориентированном характере диссертационного исследования, В. Лундштедт редко «безоговорочно следовал мнениям немецких правоведов» и его исследование «свидетельствует о высоком критическом настрое, которое он сохранил на протяжении всей жизни»²⁸⁸.

Однако показателен и тот факт, что В. Лундштедт посчитал необходимым подвести итог своим критическим научным изысканиям в комплексном *англоязычном* издании, которым стала книга «Правовое мышление в пересмотре: мои взгляды на право»²⁸⁹, вышедшая в свет в 1956 г. Работа была издана посмертно усилиями юридического факультета Уппсальского университета, однако В. Лундштедт успел завершить вычитку первого варианта книги, внести свои правки, сформировать черновики оглавления и библиографии²⁹⁰. Настоящий параграф основан именно на данном труде как на: 1) заключительном; 2) комплексном; 3) собственном; 4) англоязычном (с помощью американского ассистента), – выражении идей В. Лундштедта.

²⁸⁸ Ibid. P. 253–254.

²⁸⁹ Аргументы в пользу данного перевода см: Тонков Д.Е. Метод «социального благополучия» Вильгельма Лундштедта. С. 131. В частности, Н.С. Васильева использует в качестве перевода на русский язык иной вариант: «Переосмысливая правовое мышление: мои взгляды на право». См.: Васильева Н.С. Действительность права как психологический факт. С. 69.

²⁹⁰ См.: Lundstedt A.V. Legal Thinking Revised. P. 1–2.

В. Лундштедт в работе «Правовое мышление в пересмотре: мои взгляды на право» стремился *пересмотреть* основы правовой мысли «на благо судьбы всего человечества», и «центром притяжения» книги является попытка презентовать взгляды В. Лундштедта на право как на «социальный механизм»²⁹¹, в том числе детальное изложение метода «социального благополучия» как неизбежно вытекающего из критики правовой идеологии: данный метод является самой яркой концепцией, по которой ученого отличают от остальных скандинавских правовых реалистов за пределами Швеции²⁹².

Значительная часть размышлений В. Лундштедта относительно современной ему правовой науки, как и у А. Хэгерстрёма, носила скептический к традиционным теориям характер, направленный, в первую очередь, на выявление внутренних противоречий в существующих концепциях права. Однако в работах В. Лундштедта был и конструктивный элемент: взамен отвергаемого «метода справедливости» В. Лундштедт предлагал использование «метода социального благополучия» (*«method of social welfare»*).

Развенчание «метода справедливости». Свой «метод социального благополучия», основанный на исторических фактах, логической критике правовой идеологии, социальном и психологическом опыте (что, по мнению В. Лундштедта, может быть единственным возможным подходом для эмпирического взаимодействия с вопросами права), он противопоставил традиционному «методу справедливости» (*«method of justice»*)²⁹³. Интересно отметить, что в англоязычной статье «Соотношение права и справедливости» (1950 г.) В. Лундштедт употребляет слова «справедливость, правосудие» (англ. *«justice»*) и «справедливость, равенство» (англ. *«equity»*) как синонимы, ссылаясь на особенности использования указанных терминов в шведском языке.

²⁹¹ См.: Ibid.

²⁹² См.: Cotterrell R. Reading Juristic Theories In and Beyond Historical Context. P. 156–157.

²⁹³ См.: Lundstedt A.V. Legal Thinking Revised. P. 5–6. Подробнее об «общем чувстве справедливости» в подходе В. Лундштедта см.: Тонков Д.Е. Право и справедливость: либертарный подход и концепция В. Лундштедта // Право и религия в междисциплинарной интерпретации: монография / Под ред. А.Б. Дидикина. М., 2019. С. 227–236; Lundstedt V. The Relation Between Law and Equity // Tulane Law Review. 1950. Vol. 25. P. 59–69.

Вера в справедливость как источник права является, по мнению В. Лундштедта, научно несостоятельной. Ни одна норма права и ни один юридический акт не могут быть основаны на «общем чувстве справедливости»: приговор о назначении наказания, решение о возмещении убытков, утрата возможности подачи искового заявления и т.п., все это, с научной точки зрения, только подтверждения того факта, что применяемая в деле правовая норма действительно имеет силу. Отсюда следует, что научный интерес должен быть сконцентрирован на том, какие нормы права могут быть применены в конкретном деле, а не на каких-либо правах и обязанностях сторон или требованиях «общего чувства справедливости»²⁹⁴.

Тем не менее так называемая справедливость, по В. Лундштедту, может иметь значение для определения содержания права. Но при этом необходимо иметь в виду следующее:

1) Все наши представления об определенных типах поведения как о справедливых являются следствием существования права. Они обусловлены тем, что люди входят в сообщество, в котором превалируют указанные представления. А сообщество, в свою очередь, предполагает наличие права.

2) Когда представления о справедливости действительно выражены в праве, это выражение, в конечном счете, опирается на тот факт, что данные представления согласуются с требованиями публичного благополучия.

3) В таких сферах как, например, деликтное право невероятно сложно привести примеры реализации справедливости²⁹⁵.

Правовая идеология, включающая «общее чувство справедливости» в качестве основы объективного права, согласно В. Лундштедту, – это сплошная метафизика. Реальную основу права можно найти только в превалирующих ценностях, представлениях о том, что является наилучшим для общего блага, для социального благополучия. Но как право может быть определено социальными

²⁹⁴ Lundstedt V. The Relation Between Law and Equity. P. 62–63.

²⁹⁵ См.: Lundstedt A.V. Superstition or Rationality in Action for Peace? Arguments against Founding a World Peace on the Common Sense of Justice: a Criticism of Jurisprudence. London, 1925. P. 129–130; Он же. The Relation Between Law and Equity. P. 63–64.

ценностями, когда ценностные суждения не имеют прямой связи с реальностью? Во-первых, социальные отношения сами по себе являются реальными фактами. Во-вторых, наши представления о реальности вызывают чувства или переживания, выражением которых и выступают ценностные суждения. Из этого следует, что содержание ценностных суждений зависит от интеллектуального потенциала лица, производящего оценку, а также от его знания предмета ценностного суждения. В-третьих, люди вообще, за исключением умалишенных, не действуют произвольно; их действия обусловлены какой-либо целью или объектом. Это относится и к юридической деятельности: люди, занимающиеся законотворчеством и правоприменением, всегда преследуют определенные цели, с которыми связана их деятельность. Эти цели, опять же, зависят от социальных ценностей и должны зависеть от них, конечно, в той мере, в какой общее благо и социальное благополучие не скрыты завесой правовой идеологии²⁹⁶.

В правосознании человека присутствуют, с одной стороны, рациональные концепции, а с другой – различные чувства или ощущения. Следуя традиции, эту совокупность представлений можно называть «общим чувством справедливости». При этом не сложно заметить, что функционируя довольно иррационально, «общее чувство справедливости» становится социальным инструментом благодаря своей восприимчивости к влиянию действующего права. Эта восприимчивость обусловлена социальным инстинктом человека. И «общее чувство справедливости», как правило, уступает социально полезным представлениям при утверждении последних авторитетными средствами (правовыми нормами)²⁹⁷. Предпосылкой же авторитетности правовых норм является то, что они соответствуют превалирующим ценностям социального благополучия. Именно таким образом следует интерпретировать роль «общего чувства справедливости» в функционировании правового механизма.

В. Лундштедт подчеркивает, что в своих размышлениях он никогда не упускал из виду значение «общего чувства справедливости» в правовом

²⁹⁶ Lundstedt V. The Relation Between Law and Equity. P. 65–66.

²⁹⁷ Ibid. P. 68.

механизме²⁹⁸. Но у В. Лундштедта оно прямо противоположно тому значению, которое придается ему в традиционных правовых идеологиях. Отнюдь не являясь источником какого-либо «высшего» права, «общее чувство справедливости» выражается в самых примитивных чувствах «в поддержку правильного» и «против ложного». В определенной степени подкрепляясь социальными инстинктами, эти чувства на протяжении столетий формировались и поддерживались социальной организацией – через нормы права. Именно в этом заключаются место и роль «общего чувства справедливости» в правовом механизме.

Утверждение, что право базируется на «общем чувстве справедливости», ставит все с ног на голову. Конечно, существует определенная взаимосвязь между «общим чувством справедливости» и содержанием норм права: развитое и культивируемое применением норм права «общее чувство справедливости», в свою очередь, оказывает влияние на совершенствование как обычного права, так и законодательства. Но «лошадью для повозки» является именно право. В. Лундштедт отмечает, в частности, сильное влияние уголовного права на глубинные уровни психологии личности и формирование нравственного сознания людей в соответствии с потребностями общества²⁹⁹.

Без действительно соблюдаемых норм права «общее чувство справедливости» утратило бы точку опоры и не смогло бы выполнять свою роль в социальной организации и правовом механизме. Оно могло бы быть направлено на обеспечение индивидуальных интересов в ущерб интересам социальным. Постепенно оно бы трансформировалось в обычные человеческие страсти, жажду мести и стало бы инструментом примитивных инстинктов животного эгоизма. И социальная структура, без сомнения, была бы полностью дезорганизована. Таким образом, по мнению В. Лундштедта, становится очевидным, насколько

²⁹⁸ Ibid. P. 69.

²⁹⁹ Ibid.

радикально искажается реальность теми, кто верит в то, что право базируется на «общем чувстве справедливости»³⁰⁰.

Таким образом, В. Лундштедт отмечает определяющую роль права в формировании справедливости в общественных отношениях, подчеркивая первостепенное влияние именно права на формирование общественных представлений о справедливости³⁰¹. Также он указывал на несводимость справедливости к учету одних лишь частных интересов: своеобразным «мерилом» справедливости В. Лундштедт называет превалирующие социальные ценности. По его мнению, невозможно найти какой-либо неметафизический, т.е. несверхъестественный, базис права, кроме как превалирующие представления о том, что является наилучшим для общего блага, для социального благополучия³⁰².

Метод «социального благополучия» в юридической деятельности³⁰³.

Подход В. Лундштедта основан на том, что главное предназначение права состоит в содействии «социальному благополучию»³⁰⁴ – т.е. вместо интерпретирования правовых концепций традиционным путем, они должны пониматься в свете конкретных подкрепляющих их социальных потребностей³⁰⁵. В «Правовом мышлении в пересмотре» В. Лундштедт пытался достичь максимально возможной точности в передаче своих мыслей и для шведского слова «*samhällsnyttan*» использовал фразу «*social welfare*» как вариант перевода на английский язык, который используется и в настоящей работе. Так, в переводе со шведского языка на английский язык фраза «*samhällsnyttan*» буквально означает «*social benefit*» («социальная выгода») или «*social utility*» («социальная

³⁰⁰ Ibid.

³⁰¹ См.: Lundstedt A.V. Legal Thinking Revised. P. 169–170.

³⁰² См.: Lundstedt V. The Relation Between Law and Equity. P. 65.

³⁰³ См. подробнее: Тонков Д.Е. Метод «социального благополучия» Вильгельма Лундштедта.

³⁰⁴ См.: Arvind T.T. The Philosophy of Law of Vilhelm Lundstedt // Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy. 2018. P. 1. URL: http://springer.iq-technikum.de/referenceworkentry/10.1007/978-94-007-6730-0_66-1 (дата обращения: 22.10.2021).

³⁰⁵ См.: Arvind T.T. The Philosophy of Law of Vilhelm Lundstedt. P. 1.

польза»)³⁰⁶, хотя традиционно на английский язык она переводится как «*social welfare*» («социальное благополучие», «социальное благосостояние»).

В то же время в книге 1925 г. «Предвзгляд или рациональность в действии ради мира? Аргументы против установления всеобщего мира на основе общего чувства справедливости: критика юриспруденции» В. Лундштедт на английском языке использовал фразу «*public welfare*» («общественное/публичное благополучие/благосостояние»). Скандинавские исследователи часто указывают на трудности перевода шведского слова «*samhällsnyttan*» на английский язык, с которым столкнулся В. Лундштедт, и в своих англоязычных статьях наряду с «*social welfare*» используют, в том числе, варианты «*public welfare*», «*social utility*» и «*public utility*»³⁰⁷.

Русскоязычные авторы, например, М.В. Антонов и Н.С. Васильева, используют в качестве перевода «*social welfare*» фразу «социальное благосостояние»³⁰⁸. Представляется, что в данном контексте оба варианта перевода слова «*welfare*» как «благополучие» и «благосостояние» допустимы, так как содержат в себе материальную, социальную и психологическую составляющие. Тем не менее в настоящем исследовании за основу взят именно вариант «благополучие» как снижающий экономические ассоциации и подчеркивающий социально-психологические.

В изложении В. Лундштедта «социальное благополучие» не имеет ничего общего с абсолютными ценностями, понятиями и идеалами, будь то социальные, этические, правовые, религиозные или какие-либо иные. Но это не означает, что «социальное благополучие» не подвергается влиянию этих ценностей в той степени, в какой они преобладают в обществе. Напротив, упомянутые идеи и

³⁰⁶ См. также дословный перевод со шведского языка на русский как «общая польза» (публичный интерес или публичная потребность): Королев С.В. Шведский государственный индивидуализм. С. 34, сн. 22.

³⁰⁷ См., например: Strang J. Two Generations of Scandinavian Legal Realists. P. 67; Sundell J.-O. Vilhelm Lundstedt – a Biographical Sketch // *Scandinavian Studies in Law*. 2005. Vol. 48. P. 466; Jørgensen S. Scandinavian Legal Philosophy // *Bulletin of the Australian Society of Legal Philosophy*. 1984. Vol. 8. P. 8.

³⁰⁸ См.: Антонов М.В. Скандинавская школа правового реализма. С. 654; Васильева Н.С. Действительность права как психологический факт. С. 67, 69.

представления имеют огромное влияние на общественное правосознание и общее чувство справедливости, которые играют незаменимую роль в функционировании правового механизма³⁰⁹.

«Социальное благополучие», по мнению В. Лундштедта, есть нечто наиболее реалистичное. Оно включает в себя конкретные действительные оценки того, что является наилучшим для общества относительно, например, принятия закона (В. Лундштедт в своих размышлениях активно обращается именно к вопросам законодательства как наиболее понятной категории для иллюстрации метода социального благополучия) по определенному вопросу, его интерпретации и, наконец, установления какой-либо максимы, когда непосредственно применяемый закон отсутствует³¹⁰: «“Социальное благополучие”... означает... то, что действительно рассматривается, т.е. оценивается, как полезное для людей в обществе с их образом жизни, стремлениями и трудностями, которые они реально имеют в конкретное время»³¹¹.

Под методом социального благополучия как руководящим мотивом для правовой деятельности, он имел в виду «в первую очередь содействие наилучшим возможным образом тому – в соответствии с тем, что каждый, обладающий определенным минимальным уровнем культуры, способен понять – *к достижению чего люди в целом действительно стремятся (people in general actually strive to attain)*»³¹². Социальное благополучие, писал он, состоит из таких вещей, как «подходящая и вкусная еда; приемлемая и подобающая одежда, в соответствии с личным или общим представлением; жилье, меблированное лучшим и наиболее комфортным образом; безопасность жизни, здоровья и “собственности”, наиболее возможная свобода действия и перемещения, в том числе ограничение количества работы в определенный промежуток времени, возможности для образования и т.п. – кратко это может быть выражено так: весь

³⁰⁹ См.: Lundstedt A.V. Legal Thinking Revised. P. 136–137.

³¹⁰ См.: Ibid. P. 137.

³¹¹ Ibid.

³¹² Ibid. P. 140.

мыслимый материальный комфорт наряду с защитой духовных интересов»³¹³. В. Лундштедт не высказывал какую-либо позицию относительно того, к достижению чего человек должен стремиться и должен ли человек вообще предполагать какие-либо решения своих трудностей. Он только устанавливает как факт то, что можно наблюдать в целом, а именно то, что «подавляющее большинство людей (в Швеции и других странах с аналогичным уровнем культурного развития) *желает жить и развивать свои жизненные возможности*»³¹⁴. Однако В. Лундштедт даже не пытается определить, являются ли вообще ценными для человека защита и развитие его жизненных возможностей.

Социальные оценки, которые имеют решающее значение для законодательства (и интерпретации права), в действительности исходят не напрямую от «людей», а от самого законодателя [в подходе В. Лундштедта «законодателя» следует отличать от «законотворца» – *Д.Т.*] или интерпретатора [под «интерпретатором» В. Лундштедт имеет в виду, в первую очередь, судью – *Д.Т.*]. Указанные термины представляются требующими дополнительных пояснений. Так, используемые В. Лундштедтом англоязычные термины «*legislator*» и «*law-maker*» («*lawmaker*») в настоящем параграфе переводятся как «законодатель» и «законотворец» соответственно. Сведение обоих слов к традиционному русскоязычному «законодатель» предполагается нами не соответствующим интенции В. Лундштедта по разъяснению своего подхода: «законотворцем», по его мнению, могут выступать и законодатель, и судья. Более того, «...[конкретные судьи – *Д.Т.*] в вопросах интерпретации могут рассматриваться как квазизаконодатель *in casu*»³¹⁵. Под «интерпретацией права» В. Лундштедт имеет в виду ситуации, когда даже при наличии писаного права его формулировка приводит к различному содержанию и когда писаное право отсутствует или право выражено в неясном и неоднозначном «обычном праве».

³¹³ Ibid.

³¹⁴ Ibid.

³¹⁵ Ibid. P. 145.

По мнению В. Лундштедта, законодворец (т.е. законодатель или судья) может быть более или менее быстро подвержен влиянию правовой доктрины, независимо от осмысления рассматриваемого вопроса на основе эпистемологических утверждений и исследований или на основе социальных оценок. Но оценки в данном случае делаются не на основе личного ощущения, а на основе статуса законодателя, судьи и формирующего правовую доктрину правоведа (ученого). Законодворец (законодатель или судья) оценивает, осознавая свою деятельность как приносящую пользу обществу; правоведа (ученые) оценивают, исходя из значения законодательства, и стремятся послужить обществу через свою помощь законодворцу. Конечно, предпосылкой для вышеуказанного утверждения будет то, что законодатели, судьи и правоведа (ученые) не введены в заблуждение концепциями правовой идеологии. «Учитывая эту предпосылку, допустимо сказать, – писал В. Лундштедт, – что в настоящее время никакой другой мотив не может быть выделен для предложения той или иной юридической максимы, кроме того, что её применение служит для выгоды общества, которому данная максима предложена и слуги которого занимаются юридической деятельностью»³¹⁶. Так как метод социального благополучия основан на реальных человеческих потребностях и стремлениях, а значит – на соответствующих социальных фактах, – то данный метод, по мнению В. Лундштедта, является научным методом³¹⁷, к которому он пытался привлечь внимание юриспруденции.

Относительно действий судьи В. Лундштедт рассматривает «пограничные случаи» в «сложных» судебных делах (например, при решении проблемы эвтаназии), в которых социальное благополучие, на первый взгляд, не приходит на выручку как мотив судебской интерпретации права. Например, как ответить на следующий вопрос: «Является ли убийством деяние, когда доктор поддается мольбам безнадежно больного пациента и с помощью яда сокращает его

³¹⁶ Ibid. P. 144–145.

³¹⁷ Bindreiter U. Anders Vilhelm Lundstedt: In Quest of Reality // A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence. Volume 12. Tome 2. Chapter 15. P. 396.

муки?»³¹⁸. Концепция «противоправности» в данном случае не поможет судье, так как для признания противоправного характера деяния он должен уже заранее знать, что оно подпадает под действие уголовного права. Однако судья может получить это знание только путем применения метода «социального благополучия». Для В. Лундштедта очевидно, что «никакой *реальной* помощи не получить через подходы правовой идеологии или другие химерные точки зрения»³¹⁹. Представления, которые обычно превалируют в обществе, безусловно приведут к признанию судьей действий доктора ненаказуемыми, ведь действия доктора «не могут *нарушить настолько значимые социальные ценности, чтобы, например, приговор к пожизненному лишению свободы считался бы обоснованным: такой приговор ставил бы под сомнение общее чувство справедливости и вызвал бы размышления об абсурдности применяемого закона и/или приговора судьи, что способствовало бы умалению почтения к уголовному праву и его применению*»³²⁰.

Правовые идеологические, этические и религиозные позиции и их комбинации, согласно В. Лундштедту, влияют на значительную часть членов общества: представляется, что никто ни при каких обстоятельствах (не считая, к примеру, палача приговоренного к смерти человека или солдат во время войны) не имеет «права» лишать жизни другого человека, кроме такого действия в определенных ситуациях для защиты своей собственной жизни или жизни другого. Соответственно, даже доктор не наделен правом освободить от страданий безнадежно больного пациента. Но ведь вышеуказанные члены общества при общем неодобрении поведения доктора, без сомнения, согласились бы с теми, кто будет протестовать против пожизненного лишения его свободы. Данные рассуждения показывают, что и в таком «сложном» случае правовая интерпретация достигает ясного результата при ориентировании на социальное благополучие. Поскольку статья Уголовного кодекса Швеции сконструирована так, что действия доктора являлись бы убийством (на момент рассмотрения

³¹⁸ Lundstedt A.V. Legal Thinking Revised. Ibid. P. 181.

³¹⁹ Ibid. P. 182.

³²⁰ Ibid. P. 182–183.

ситуации В. Лундштедтом в 1956 г.), то эта статья в данном случае не выполняла бы социальную функцию, а наносила социальный вред. Описанная же интерпретация, скорее всего, освободила бы доктора от пожизненного лишения свободы³²¹.

В. Лундштедт считал, что при рассмотрении разных точек зрения, к какому бы решению ни пришел судья, он бы все равно придерживался своих социальных представлений. Даже если судьи будут иметь разные социальные представления (освободить доктора или осудить), это не противоречит методу социального благополучия. Тем не менее при использовании предложенного метода свободными от правовой идеологии судьями представляется маловероятным различие в обосновании решения. Разумный судья не позволит текущему пробелу привести к абсурдному решению в соответствии с буквой закона. Ведь такой судья понимает, по мнению В. Лундштедта, что он не может из-за «просто слов» отдельной статьи быть принужден к вынесению обвинительного приговора. Традиционные же категории «противоправности» и «правомерности» В. Лундштедт считает вуалью, с помощью которой правовая идеология скрывает изложенные в приведенном выше «пограничном случае» позиции³²².

Конструктивная юриспруденция. Особого внимания заслуживает концепция «конструктивной юриспруденции» («*constructive jurisprudence*») ³²³ В. Лундштедта, которая подробно рассматривается им в книге «Правовое мышление в пересмотре: мои взгляды на право». Предваряя изложение этой концепции, В. Лундштедт специально оговаривает, что юриспруденция как «наука» исследует и аккумулирует знание о действительных фактах жизни и их причинно-следственных связях, наряду с эпистемологическими суждениями. Различая «науку» права в эпистемологическом смысле и в «конструктивном»

³²¹ См. подробнее, в том числе с усложняющими ситуацию аспектами: Ibid. P. 184.

³²² См.: Ibid. P. 184–185.

³²³ В. Лундштедт уточняет, что в шведском языке к «юриспруденции» в рамках данной концепции относится комплексное слово «juridik», фокусирующее внимание на юридической деятельности, а не философии права. См.: Ibid. P. 133, n. 1.

смысле³²⁴, В. Лундштедт также отмечает, что юриспруденции необходимы социальные оценки, хотя философия права и не предполагает подобного³²⁵.

Общее отрицание правовой идеологии неизбежно ведет В. Лундштедта к вопросу о том, что может составлять «реалистическую мотивацию» для поддержания права, т.е. для сохранения в обществе разного рода юридической деятельности (в первую очередь законодательной и судебной деятельности). При этом предполагается очевидным, что указанная деятельность составляет «интерес» для индивидов в обществе, который В. Лундштедт детально рассматривает путем мысленного эксперимента и приходит к следующим выводам: 1) юридическая деятельность необходима для существования общества; 2) сохранение общества составляет главный стимул работы законодательных и судебных органов, исходящих из стремления к бесперебойному функционированию правового механизма и социальной организации (с презумпцией того, что деятельность данных органов «обеспечивают здравомыслящие люди, не исходящие из личных интересов»)³²⁶.

В. Лундштедт считает, что работа правоведов должна состоять из деятельности (помимо сугубо эпистемологической или теоретической составляющей) практически, или конструктивно, направленной на социальную жизнь: В. Лундштедт использует слово «конструктивный» не в смысле «конструкций» правовой идеологии, а в смысле вклада юриспруденции в «конструирование» общества³²⁷. Соответственно, он призывает правоведов к активной «конструктивной» деятельности: занять оценивающую позицию к вопросу содержания права в целом и его применения в отдельных случаях, а также к систематизации относящегося к ним материала.

Таким образом, по мнению В. Лундштедта, «конструктивная юриспруденция, отличная от указанного ранее эпистемологического смысла, должна – в ситуации, когда не может быть найден никакой другой мотив для

³²⁴ Наука в «конструктивном» смысле, например, включает деятельность по преподаванию права в юридических заведениях. См.: Ibid. P. 268.

³²⁵ См.: Ibid. P. 131.

³²⁶ Ibid. P. 131–132.

³²⁷ Ibid. P. 133.

свободных от химерных идей законодательной деятельности и отправления правосудия, кроме как *цели принести пользу обществу – считать данную цель отправной точкой для юридической деятельности*»³²⁸. В. Лундштедт приводит и более детальное изложение данного подхода:

1. Конструктивная юриспруденция должна, в отношении ее (непрямого) вклада в законодательную деятельность государства, определяться исключительно вопросом о том, может ли существование предполагаемого или уже созданного закона (или нормы) – после всестороннего исследования соответствующих обстоятельств – обеспечить наибольшую пользу обществу, или, другими словами, исполнить социальную функцию наилучшим образом.

2. Конструктивная юриспруденция должна, в отношении *интерпретации* так называемого действительного права, для содействия обучения юристов, а также содействия отправления правосудия, разъяснить право до наибольшей возможной степени, чтобы его последовательное применение, в соответствии с его изложением, могло бы обеспечить наибольшую пользу обществу, или, другими словами, заставить закон исполнить социальную функцию наилучшим образом.

3. Конструктивная юриспруденция должна, в смысле систематизации законов и в связи со своей трактовкой правовых институтов, несомненно учитывать историческую и текущую значимость правовой идеологии. Однако она должна всегда обращать внимание на тот факт, что подход к праву, который сам по себе свободен от правовой идеологии, не может основывать свои аргументы ни на чем ином, кроме социальных реалий, т.е. людей (в том смысле как они сформированы физически и психически), фактов (которые составляют необходимые условия для человеческих отношений друг с другом), сами эти отношения, действительные стремления людей и средства для содействия этих стремлений³²⁹.

³²⁸ Ibid.

³²⁹ См.: Ibid. P. 133–134.

Когда В. Лундштедт говорит о том, что конструктивная юриспруденция «должна» быть действенной в вышеуказанных смыслах, он имеет в виду необходимость избегания конфликта юриспруденции с научно установленными фактами и всегда оставаться в прямом контакте с эмпирически данными реалиями, т.е. он отделяет в указанном случае связь слова «должна» с объективным «должным» или «категорическим императивом»³³⁰. Такой подход, по мнению В. Лундштедта, может быть совместим с наукой в эпистемологическом смысле только тогда, когда поднимается вопрос об «адекватности аргументации» и оценки, действительно ли, например, конкретное положение закона или его интерпретация соответствует «социальному благополучию», что и составляет «конструктивную» деятельность, в свою очередь ведущую к «конструктивной» науке³³¹.

Также стоит отметить, что «социальное благополучие» в своем методе В. Лундштедт отделяет от *общепринятого* понимания таких фраз как «практический подход», «требования общества», «социальная политика», «общее благо», «коллективное (социальное или публичное) благополучие» и др., считая их «либо исключением из идеологических юридических подходов, либо как ведущих идеологические юридические подходы по определенным новым тропам»³³². В. Лундштедт считает, что социальный элемент был внедрен в юриспруденцию под «покровительством» метода справедливости, однако неосознанно смог «предотвратить разрушительные последствия» данного метода. Формирующие общество модели поведения обусловлены, например, следующими факторами, которые бы стоило иметь в виду в научной юриспруденции: 1) индивиды сами по себе как психо-физические существа со способностью мыслить и действовать, вместе со способностью испытывать физические и психические чувства; 2) писанные «нормы» права; 3) так называемое «действительное право»; 4) юридическая деятельность, состоящая из *частично*, законодательной деятельности и судебной, в том числе интерпретационной, деятельности. По

³³⁰ См.: Ibid. P. 134.

³³¹ См.: Ibid. P. 135.

³³² Ibid.

мнению В. Лундштедта, законодательная деятельность иногда стимулирована социальными оценками, выраженными в СМИ или при личных встречах, а на судебную деятельность влияют путем задействования судебных механизмов (или другим способом) полицейские органы, государственные обвинители, стороны дела, адвокаты и иные представители сторон. Также юридическая деятельность состоит из, *частично*, исполнения судебных решений соответствующими органами, и, *частично*, определенными другими исполнительными органами³³³. Тем не менее в своих исследованиях В. Лундштедт особое внимание обращает именно на законодательную и судебную деятельность как на самые показательные элементы общей юридической деятельности, различные аспекты которой он считает необоснованно неучтенными в юридической науке в плане ее вклада в «конструирование» социальной жизни.

2.3. Критическая оценка подхода В. Лундштедта и скандинавского правового реализма

Радикальность метода «социального благополучия» в «конструктивной юриспруденции» В. Лундштедта. В книге 1925 г. «Предрассудок или рациональность в действии ради мира? Аргументы против установления всеобщего мира на основе общего чувства справедливости: критика юриспруденции»³³⁴ В. Лундштедт кратко изложил свои общие соображения о «социальном благополучии», которые были, по его мнению, неверно поняты многими критиками, особенно англоязычными, связавшими его идеи с утилитаризмом³³⁵. Об утилитаристах, как и о многих других философах права, В. Лундштедт заявлял следующее: они проигнорировали в своих оценках

³³³ См.: Ibid. P. 136.

³³⁴ Lundstedt A.V. Superstition or Rationality in Action for Peace? Arguments against Founding a World Peace on the Common Sense of Justice: a Criticism of Jurisprudence. London, 1925.

³³⁵ Доминирующее влияние утилитаризма в философских размышлениях В. Лундштедта было отмечено и, например, М.В. Антоновым. См.: Антонов М.В. Скандинавская школа правового реализма. С. 654.

важности права для общества тот факт, что от начала до конца организация общества предполагает функционирование как писаного, так и неписаного права. Вследствие этого упущения они в своих размышлениях об отправных точках, существующих независимо от действующего правового механизма, использовали все виды фактов, которые в реальности являются только результатом функционирования правового механизма на протяжении веков или обусловлены его существованием. «Указанные факты содержат в себе, например, такие вещи как: наличие наук, которые... философы права имели возможность исследовать в праве и социальном порядке; текущие представления людей о правде и лжи, о правильном и ошибочном; то обстоятельство, что люди действуют как цивилизованные существа в цивилизованных странах, используя наследие духовной и материальной культуры»³³⁶. Соответственно, В. Лундштедт утверждал, что подход к праву, который позволяет базироваться, например, на общем чувстве справедливости, был существенной, даже если и скрытой, частью утилитаризма³³⁷.

Утилитаристы успешно критиковали некоторые наиболее прямолинейные концепции естественного права XVIII и начала XIX вв. Однако, по мнению В. Лундштедта, критика И. Бентама относительно прав и обязанностей имела в виду *естественные* права и обязанности, а не *юридические*³³⁸. Таким образом, В. Лундштедт утверждал о «поглощении» правовой идеологии утилитаристами и другими позитивистами и о том, что скрытое естественное право доминирует в их подходе к праву. Он считал, что социальная жизнь обусловлена тем фактом, что представления о справедливости руководствуются и направляются, например, действующими законами, но данное фундаментальное обстоятельство, по мнению В. Лундштедта, было незнакомо утилитаристам³³⁹.

³³⁶ Lundstedt A.V. Legal Thinking Revised. P. 141.

³³⁷ См.: Ibid. P. 142.

³³⁸ О различии В. Лундштедтом «естественных» прав и «юридических» прав, см. ранее.

³³⁹ Критику И. Бентама, Дж. Остина и Дж. С. Милля см.: Lundstedt A.V. Legal Thinking Revised. P. 142–144.

Чтобы прояснить значение «социального благополучия» как понятия, относящегося к реальности, а не к абсолютным ценностям, В. Лундштедт выделил указанные ранее некоторые очевидные «действительные стремления человека» и охарактеризовал содействие этим стремлениям частью «социального благополучия». Анализируя его взгляды, А. Росс указал на ложность такого стремления, например, как меблированное лучшим образом жилье: «не существует, – писал А. Росс, – таких категорий, как “мы все”, “кто-то” или “люди в целом”, которые желают жить в хороших домах. Ошибка лежит в используемых терминах: “кто-то” никогда не живет в домах, но конкретные А, Б и В – живут. Именно А желает иметь хорошее жилье для А, Б – хорошее жилье для Б и так далее. Если обстоятельства не позволяют выполнить все эти желания, то встает вопрос противоречащих, конкурирующих интересов»³⁴⁰. По мнению А. Росса, «интерес общества» («социальное благополучие») является заблуждением, которое прикрывает и фальсифицирует единый гармоничный интерес и корреспондирующую ему выгоду, и при использовании концепции социального благополучия В. Лундштедт скрыл эту дисгармонию, признав ее существование только между интересами различных индивидов³⁴¹.

Отвечая на указанную критику А. Росса, В. Лундштедт писал, что при обращении к «социальному благополучию» он не имел в виду сумму различных интересов индивидов или что-либо подобное, от чего следует избавиться юриспруденцию. В своем методе он имел в виду не оценки индивидов общества, которые становились бы напрямую решающими для законодательства, а оценки законотворца. По мнению В. Лундштедта, «неоспоримо, что... *каждый для себя* желает иметь... наилучший возможный вариант жилья; и тогда законотворец, конечно же, способен установить условия для этого... “люди в целом” – это может быть *каждый* в своем собственном интересе – имеют подобный интерес,

³⁴⁰ Ross A. On Law and Justice. P. 295.

³⁴¹ Хотя А. Росс прямо не называл В. Лундштедта в данном пассаже, очевидно обращение А. Росса к идее «социального благополучия» в концепции В. Лундштедта. Для более подробной критики А. Россом идеи социального благополучия В. Лундштедта и утилитаризма см.: Ibid. P. 289–296.

что с точки зрения *законотворца* должно быть *социальным* интересом. Естественно, индивиды тоже должны, в целом, понимать, что это является социальным интересом, но для большинства нет причины думать подобным образом, так как они обычно не заинтересованы в социальных вопросах»³⁴². Более того, В. Лундштедт замечает, что индивид не может избежать конкуренции с оценками, которые выгодны для всего общества³⁴³.

Представляется обоснованным изложенное ниже критическое мнение исследователя К. Манро, согласно которому подход В. Лундштедта изначально ориентирован на решение как теоретических, так и практических проблем: шведский ученый стремился «поймать сразу двух зайцев», т.к. социальное благополучие имело теоретическую функцию в предоставлении реалистического объяснения базиса права, но оно также имело и практическую роль в избавленной от идеологии правовой деятельности, которая бы постоянно руководствовалась тем, что она считает полезным для общества³⁴⁴.

Первая (теоретическая) функция является описательной: В. Лундштедт старался продемонстрировать, что истинным базисом права является не справедливость, а социальное благополучие. Ведь, по мнению В. Лундштедта, объективно справедливости не существует, есть только её концепции. Как и остальные скандинавские правовые реалисты, он считал, что мыслительные категории (чувства, верования и идеи) являются реальностями и могут использоваться без перехода в сферу метафизики. В. Лундштедт пытался наглядно показать отсутствие коррелирования различных областей права общим концепциям о справедливости. Кажется логичным отсутствие какого-либо одного фактора для объяснения права, однако В. Лундштедт «находит ему замену, что ставит его на путь *очередного* [курсив наш – Д.Т.] моноказуального объяснения права»³⁴⁵. Также и Карл Бьёрлинг³⁴⁶, учитель В. Лундштедта по

³⁴² Lundstedt A.V. Legal Thinking Revised. P. 179–180.

³⁴³ Ibid. P. 180.

³⁴⁴ Munro C.R. Lundstedt's Method of Social Welfare // ARSP: Archiv Für Rechts- Und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy. 1981. Vol. 67. № 1. P. 15.

³⁴⁵ Ibid.

гражданскому праву, не принимая подход своего ученика, заявлял, что одного «социального благополучия» недостаточно и для права необходимо множество принципов. В. Лундштедт на это отвечал, что: 1) «принципы» либо относятся к правовой идеологии, либо являются фикциями (он не относил свой метод именно к «принципам» права, а считал его скорее «руководящим мотивом» для правовой деятельности); 2) любой другой мотив (не «хиимерный») для законодательства и отправления правосудия, кроме цели быть полезным для общества в соответствии с определенными социальными оценками, не был до сих пор найден³⁴⁷.

Однако представляется сомнительной не только возможность наличия одной причины, но и довольно краткое её изложение: презумпция следования законодателя, судьи и некоторых других лиц общественному интересу или требованиям публичной пользы³⁴⁸. Ничем не опровержимая, по В. Лундштедту, презумпция, основывается на позитивном заключении о корреспондировании отдельных частей права социальному благополучию и негативном заключении о невозможности иного реалистичного мотива для правовой деятельности³⁴⁹.

Принципиальной оговоркой В. Лундштедта, снижающей степень подобной критики, было то, что не каждая норма права напрямую выводится из социального благополучия: эта связь может быть косвенной, особенно в силу доминирования того, что он называл «предрассудком» – идеологии справедливости. Однако его предположения о том, что оценки общества и законодателя (законодателя или судьи) в любом случае будут корреспондировать друг другу и что в свете социального давления у законодателей нет возможности действовать в соответствии с мотивом личной выгоды, а не в интересах благополучия общества, весьма спорны. Также не очевидно, что, во-первых, следование требованиям людей или их оценкам социального благополучия в конкретное время и конкретном месте приведет к действительной выгоде для

³⁴⁶ Карл Георг Эмануэль Бьёрлинг (Karl Georg Emanuel Björling, 16 сентября 1870 г. – 14 марта 1934 г.), шведский юрист, специалист по гражданскому праву, профессор Лундского университета.

³⁴⁷ Lundstedt A.V. *Legal Thinking Revised*. P. 180.

³⁴⁸ См.: Lundstedt A.V. *Superstition or Rationality in Action for Peace?* P. 133.

³⁴⁹ См.: Munro C.R. *Op. cit.* P. 16.

общества и, во-вторых, что законодатель распознает указанные требования и оценки³⁵⁰.

С точки зрения второй (практической) функции В. Лундштедт описал юриспруденцию как естественную науку со сферой действия в реальном мире. Он считал задачей философа права идентификацию причины и следствия в действующем праве, допуская принятие оценивающей позиции в отношении существующего (в традиционном смысле) в данный момент или предполагаемого в будущем права. По его мнению, долгом ученого является постоянное использование социальных представлений наряду с профессиональными знаниями³⁵¹. Сам В. Лундштедт, например, производил свои оценки социального благополучия в отстаиваемых правовых реформах и с позиций ученого, и с позиций члена Социал-демократической рабочей партии шведского парламента³⁵².

Такой же долг он приписывал и практикующим юристам. По многим вопросам оценка социального благополучия у юристов-теоретиков и юристов-практиков, считал В. Лундштедт, будет совпадать: на базовом уровне (осуждение убийства или кражи) ожидается однородность представлений, в отличие от разнообразия по вопросам, например, абортов, гомосексуальности или производственных отношений. В последних случаях, по его мнению, потребуется «огромная доля проницательности, знания и упорства вместе с кооперацией практиков, теоретиков и экспертов из других областей»³⁵³.

К. Манро задается вопросами, какая же связь между теоретической и практической функциями и является ли «метод социального благополучия» более «научным» или «реалистичным», чем отрицаемые В. Лундштедтом принципы традиционной юриспруденции. Также логичным представляется аргумент К. Манро о том, что если истинным базисом права служит социальное благополучие,

³⁵⁰ Ibid. P. 17–18.

³⁵¹ См.: Lundstedt A.V. *Legal Thinking Revised*. P. 216, 268.

³⁵² См.: Munro C.R. *Op. cit.* P. 20. Подробнее о политической деятельности В. Лундштедта см.: Sundell J.-O. *Vilhelm Lundstedt – a Biographical Sketch*. P. 465–477.

³⁵³ Lundstedt A.V. *Legal Thinking Revised*. P. 22, 186. Например, экспертов в области психологии, биологии, экономики, философии, политологии и т.п.

то не имеет смысла настаивать на дальнейшем изменении права. В. Лундштедт выходит из этого логического круга с помощью тезиса о том, что не все существующее в данный момент право есть рефлексия социального благополучия и что право имело бы иной вид, если бы полностью основывалось на социальном благополучии, а не на справедливости³⁵⁴. Этим В. Лундштедт сохраняет практическую функцию своего метода, но только за счет ограничения теоретической³⁵⁵.

Далее К. Манро поднимает вопросы, какова же четкая природа «конструктивной юриспруденции» в трактовке В. Лундштедта и что означает «отправная точка» в виде «цели принести пользу обществу». В. Лундштедт исходит из того, что существуют определенные концепции, очерчивающие социальное благополучие. Этими концепциями для него являются социальные факты³⁵⁶. Такие концепции регулярно изменяются, поэтому можно согласиться с корректностью определения социального благополучия именно как «метода», а не «принципа», ведь последний в большей степени подразумевает однозначный ответ на вопросы и содержит представление об абсолютных ценностях. В. Лундштедт же не пытался детерминировать, как такие концепции должны быть сформированы: его метод исходит из фактических устанавливаемых стремлений людей³⁵⁷, но не до конца ясным остается, как это должно происходить. Ведь представляется противоречивым то обстоятельство, что В. Лундштедт, признавая идеологию справедливости основанной на оценочных суждениях, сам предлагает юристам исходить из их оценок социального благополучия: «они [оценочные суждения – *Д.Т.*] не утверждают что-либо о реальности напрямую, поэтому не могут быть ни верными, ни ложными; они выпадают за пределы философии права как эмпирически основанной науки. Тем не менее, если они содействуют пользе

³⁵⁴ См.: Ibid. P. 126.

³⁵⁵ См.: Munro C.R. Op. cit. P. 21.

³⁵⁶ В. Лундштедт не отрицал, что эти концепции могут иногда корреспондировать или подвергаться влиянию моральных или религиозных идей. См.: Lundstedt A.V. Legal Thinking Revised. P. 134–140, 171.

³⁵⁷ См.: Munro C.R. Op. cit. P. 21.

общества, их следует принимать во внимание»³⁵⁸. Сами по себе социальные представления как условия, в которых выражаются социальные оценки, являются, по В. Лундштедту, фактическими, т.е. относятся к реальности³⁵⁹. В данной связи встает и такой вопрос: почему концепции права, связанные с «методом справедливости», менее фактичны? Ответ В. Лундштедта заключается в различении социального благополучия и каких-либо иных суждений о ценностях³⁶⁰.

Цепочка размышлений В. Лундштедта может быть изложена так: 1) справедливость сама по себе ненаучна (не принадлежит реальному миру); 2) теории команды или воли суверена ненаучны (потому что никакая подобная команда или воля не обнаруживаются в реальном мире); 3) концепции справедливости ненаучны (основаны на ошибочных убеждениях); 4) соответственно, справедливость, концепции справедливости и теории воли являются одинаково ложными. Но на это можно возразить, что убеждения и концепции имеют влияние на естественный мир вне зависимости от их ошибочности или достоверности. И тогда получается, что эти концепции тоже становятся реальностями, которые следует признавать, хоть и косвенно, частью юриспруденции в понимании В. Лундштедта³⁶¹.

Правовая идеология с древних времен доминирует в сознании людей, что приводит, по мнению В. Лундштедта, к довольно сдержанному влиянию социальных интересов на правовую деятельность. Используемые в обществе правовые максимы являются результатом борьбы между двумя диаметрально противоположными подходами: нереалистичным, исходящим из правовых идеологических идей; и реалистичным, детерминированным рассмотрением действительных стремлений живущих в обществе людей. В. Лундштедт стремился показать, что при «полном и честном» использовании метода социального благополучия правовая идеология будет в меньшей степени

³⁵⁸ Lundstedt A.V. *Legal Thinking Revised*. P. 204–206.

³⁵⁹ См.: *Ibid.* P. 200. Отношение к социальным и психологическим феноменам как к фактам крайне важно для объяснения права у В. Лундштедта. См.: Munro C.R. *Op. cit.* P. 23.

³⁶⁰ См.: Lundstedt A.V. *Legal Thinking Revised*. P. 200–202.

³⁶¹ См.: Munro C.R. *Op. cit.* P. 24.

сдерживать как науку права, так и законотворца (законодателя или судью)³⁶². Многие шведские правоведы, по заявлению В. Лундштедта, поддержали его критику манеры мышления традиционной юриспруденции: В. Лундштедт рассматривал К. Оливекрону как «имеющего схожие позиции в критике “метода справедливости”»³⁶³. Сам же К. Оливекрона признавал влияние на себя трудов В. Лундштедта, но отмечал, что В. Лундштедт «никогда не являлся его “учителем” в научных изысканиях»³⁶⁴. В целом допустимо заключить, что как шведским, так и иностранным авторам, не удалось в полной мере сделать конструктивные выводы из идей В. Лундштедта.

Несмотря на очевидное сходство метода социального благополучия и утилитаризма И. Бентама, В. Лундштедт различает их на основании того, что И. Бентам установил определенный моральный принцип как объективно действующий: «наибольшее счастье для наибольшего количества», тогда как «социальное благополучие» не имеет, по мнению В. Лундштедта, ничего общего с абсолютными ценностями и затрагивает только то, чего люди действительно стремятся достичь. Но вопреки отрицанию ценностей, вера В. Лундштедта в «действительные стремления людей» сама по себе представляет объективную ценность³⁶⁵.

Метод «социального благополучия» основан на прагматизме, что имеет сходство с концепцией социальной справедливости у Р. Паунда, в которой требования людей де-факто использовались для конструирования перечня их интересов и право искало способы реагирования на эти интересы. Несмотря на мнение В. Лундштедта, что метод Р. Паунда включает в себя скрытую веру в объективное естественное право³⁶⁶, представляется сложным разграничить взгляды обоих ученых. В. Лундштедт объясняет свой метод довольно образно и не предлагает четкого критерия для выбора между эмпирическими

³⁶² См.: Lundstedt A.V. *Legal Thinking Revised*. P. 145–146.

³⁶³ Ibid. P. 10.

³⁶⁴ Olivecrona K. *The Legal Theories of Axel Hägerström and Vilhelm Lundstedt* // *Scandinavian Studies in Law*. 1959. Vol. 3. P. 137.

³⁶⁵ См.: Sherbaniuk D.J. *Op. cit.* P. 65.

³⁶⁶ См.: Lundstedt A.V. *Legal Thinking Revised*. P. 342–356.

предпосылками для оценки социального интереса, поэтому с данной точки зрения метод Р. Паунда выглядит более разработанным и систематическим. В. Лундштедт считал, что Р. Паунд базировал свой подход не на фактах, полученных в результате научного исследования, а скорее на размышлении «о значении права совершенно отдельно от опыта»³⁶⁷. Однако В. Лундштедт может быть подвержен той же критике: в его трудах нет убедительного подтверждения основы метода социального благополучия по итогам научных исследований. Исследователями даже отмечается, что А. Росс отрицает теорию права В. Лундштедта по той же причине, по которой последний отрицает теорию Р. Паунда³⁶⁸.

Идеи В. Лундштедта о законодательстве, которое должно исходить из специфичной социальной функции, не принимаются даже теми, кто довольно благосклонно относится в целом к скандинавскому правовому реализму: главным аргументом при этом становится теоретическая непоследовательность его концепции. Ведь являясь сторонником философии А. Хэгерстрёма, отрицающей в своём аксиологическом нигилизме любые оценочные теории, В. Лундштедт базирует право на «потребностях и интересах общества», неразрывно связанных с оценочным элементом. Примеры же судебного решения некоторых пограничных случаев в «сложных» делах на основе метода социального благополучия являются фрагментарными и только наводящими на достижение наилучшего возможного результата. Тем не менее указанная слабость концепции В. Лундштедта может быть преодолена, если относиться к интересам общества не как к оценочному элементу, а как к описательному³⁶⁹.

В. Лундштедт признавал, что можно найти разные значения «полезного» или «наилучшего» для общества, но это, по его мнению, не ведет к отрицанию его подхода. Он заявлял, что никогда не давал малейшего намека на то, что его позицию следует распространить до размеров своего рода «ключа», благодаря

³⁶⁷ Ibid. P. 350.

³⁶⁸ См.: Coleman G.J. The Scandinavian Legal Realists: a Critical Analysis // Faculty of Law Review. 1960. Vol. 18. P. 159.

³⁶⁹ См.: Arvind T.T. Vilhelm Lundstedt and the Social Function of Legislation // The Theory and Practice of Legislation. 2013. Vol. 1. № 1. P. 33–57.

которому можно будет «открыть врата юридического знания»³⁷⁰. Своей теорией В. Лундштедт стремился показать путь, которым каждый в рамках конструктивной юриспруденции должен следовать для дальнейшего совершенствования и развития в свете эпистемологических озарений о функционировании правового механизма. В. Лундштедт считал, что «неадекватная» реальной жизни правовая идеология должна быть «отброшена» и что нет какого-либо другого метода, не противоречащего требованиям научного подхода, кроме метода, обозначенного им как метод «социального благополучия».

Можно заключить, что метод «социального благополучия» В. Лундштедта не является принципиально новой идеей для философии права. Его упорная атака на другие правовые направления в юриспруденции немного добавляет к критике традиционных концепций права А. Хэгерстрёма, а его главное конструктивное предложение – метод «социального благополучия» – по большей части является красноречивым переформулированием идей, отстаиваемых, например, Р. Паундом. Методологический редукционизм В. Лундштедта, представленный в настоящем исследовании на примере метода «социального благополучия» и концепций традиционной юриспруденции и трактуемый как сознательное сведение шведским ученым правовых явлений и категорий к таким конкретным «реальностям», как стремления индивидов к материальным и духовным благам, не соответствует сформулированному им стремлению произвести «коренной пересмотр правового мышления»³⁷¹. Однако при всех сомнениях в принятии критерия о научности и базировании его подхода на эмпирических исследованиях, следует отдать должное стремлению В. Лундштедта сделать юриспруденцию частью естественных наук и последовательности в отстаивании данного стремления. Как отмечает один из его учеников, В. Лундштедт долгое время считал себя единственным профессором права, пытающимся сделать

³⁷⁰ Lundstedt A.V. Legal Thinking Revised. P. 186.

³⁷¹ Ibid. P. 5.

юриспруденцию настоящей наукой³⁷². Стоит отметить, что на своем подходе к праву В. Лундштедт основывал и политические взгляды³⁷³: метод «социального благополучия» В. Лундштедт активно пытался внедрить в свою политическую деятельность, зачастую не добиваясь в этой связи больших успехов³⁷⁴. Тем не менее «будучи провокационным спорщиком»³⁷⁵ В. Лундштедт сыграл плодотворную роль как в политике, так и в науке Швеции.

Обоснование критиками неконструктивного характера скандинавского правового реализма. Оценивая вклад в юриспруденцию основателя скандинавского правового реализма – А. Хэгерстрёма, – критики отмечали по большей степени «скептические», «нигилистические» или даже «деструктивные» составляющие его исследований. Целью А. Хэгерстрёма было проверить традиционные теории права и «проложить путь» для совершенно реалистичной концепции. С помощью логического анализа, исторического исследования и психологической аргументации он вскрыл метафизическую, или естественно-правовую, базу, которая лежит в основе многих правовых теорий, включая, по мнению А. Хэгерстрёма, юридический позитивизм. Кроме того, он открыл мистические, магические черты в использовании и функционировании правового языка, обнаружил научную нереальность многих базовых идей традиционной правовой идеологии, таких как права, обязанности, воля и др. Однако воодушевив своих последователей на отрицание традиционных теорий и идей, А. Хэгерстрём не смог достаточно четко разъяснить, какими концепциями и методами необходимо заполнить образовавшуюся пустоту³⁷⁶. Л. Фуллер в данной связи отмечал, что скандинавский правовой реализм наглядно иллюстрирует, что право, особенно созданное судом, формирует общественную мораль, и скандинавские

³⁷² См.: Schmidt F.F. The Uppsala School of Legal Thinking. P. 160.

³⁷³ См.: Sundell J.-O. Vilhelm Lundstedt – a Biographical Sketch // Scandinavian Studies in Law. 2005. Vol. 48. P. 467.

³⁷⁴ Что выразилось, например, в отсутствии поддержки от коллег из Социал-демократической рабочей партии Швеции при попытке В. Лундштедта стать членом Верховного суда Швеции. См.: Ibid. P. 468.

³⁷⁵ Molin K. A Vilhelm Lundstedt // Svenskt Biografiskt Lexikon. Vol. 24: Ljungdahl-Malmros. Stockholm, 1982-1984. P. 376.

³⁷⁶ См.: Sherbaniuk D.J. Op. cit. P. 62–63.

правовые реалисты показывают ошибочность общепринятого мнения, что вне права и независимо от него существует совокупность моральных предписаний, оказывающих одностороннее гравитационное влияние на право, по отношению к которому право всегда инертно и соответствует лишь минимальным этическим требованиям, коррелирующим лишь с неотъемлемыми социальными нуждами³⁷⁷.

Анализ взаимодействия права и морали, например, В. Лундштедта не является новым или уникальным, но он ценен своей корректировкой общепринятой идеи о том, что мораль очерчивает и направляет право³⁷⁸. Как отмечает Д. Шербаниук, несмотря на то, что и А. Хэгерстрём, и В. Лундштедт в своих размышлениях о традиционных теориях права придавали большое значение внутренним психологическим установкам личности, К. Оливекрона пошел еще дальше в сведении всего права к психологическому феномену, однако подчеркивание значимости применения силы для права, особенно его психологического влияния, представляется в концепции К. Оливекроны преувеличенным, т.к. многие его тезисы не опираются на какое-либо психологическое или социологическое исследование³⁷⁹.

А. Росса же, например, часто критиковали за его приверженность «логическому позитивизму». Отличительной чертой данного направления является позиция, согласно которой утверждения не имеют смысла, если они не могут быть проверены или опровергнуты опытом. По мнению, например, Б. Бикса, логический позитивизм и, в частности, подход А. Росса ушел настолько далеко в своих рассуждениях, что «в попытке избежать мира со слишком многими (или слишком многими *странными*) сущностями он предложил картину мира, в котором *слишком мало* сущностей»³⁸⁰. Ведь в юриспруденции, как и в других науках, имеется масса терминов, которые невозможно отнести к простым физическим объектам. Сомнительным является и утверждение А. Росса о том, что традиционные правовые нормы как директивы направлены в первую очередь

³⁷⁷ См.: Fuller L.L. The Law in Quest of Itself. Chicago, 1940. P. 135–136.

³⁷⁸ См.: Sherbaniuk D.J. Op. cit. P. 64.

³⁷⁹ См.: Ibid. P. 70.

³⁸⁰ Bix B.H. Ross and Olivecrona on Rights. P. 117.

судам для руководства применения их власти³⁸¹, так как представляется более разумной позиция, что нормы являются директивами индивидуальным лицам и только наряду с этим, т.е. дополнительно, они являются руководствами судам в случае их несоблюдения³⁸².

Таким образом, представители скандинавского направления правового реализма, представленные в данной работе В. Лундштедтом, а также А. Хэгерстрёмом, К. Оливекроной и А. Россом, без сомнения, проделали кропотливую работу по разрушению метафизических основ естественного права и юридического позитивизма³⁸³. Кроме того, скандинавским реалистам принадлежит важная заслуга в отстаивании научной юриспруденции, которая руководствуется эмпирическими, фактическими знаниями о функционировании системы норм в обществе в целях более глубокого осмысления «сущего». Хотя есть основания усомниться в том, способны ли рекомендуемые ими методы (в частности, методы естественных наук) быть успешно применены без серьезной модификации для изучения отличных по предмету социологических и психологических явлений, тем не менее следует признать их вклад в развитие эмпирической методологии в рамках юриспруденции.

Понимание скандинавскими реалистами идеи прав и обязанностей было бы намного полезнее, если бы они не сконцентрировались на демонстрации того, что эти идеи не имеют фактических эквивалентов, а привели бы более детальный анализ с помощью эмпирических методов, показав, как эти идеи действительно работают и какой цели они служат. Кроме того, их вклад в развитие юридической науки стал бы весомее, если бы они смогли привести последствия исключения данных идей из права. Возникает вопрос, есть ли вообще необходимость в исключении подобных категорий (например, прав и обязанностей) из

³⁸¹ См.: Ross A. On Law and Justice. P. 33.

³⁸² См.: Arnholm C.J. Some Basic Problems of Jurisprudence // Scandinavian Studies in Law. 1957. Vol. 1. P. 43–44.

³⁸³ По мнению профессора В.Г. Фридманна, главный вклад скандинавских правовых реалистов в юриспруденцию состоит в «стремлении обнаружить явные и скрытые правовые идеологии, помимо обычной критики естественно-правовых доктрин в позитивистских концепциях команды, суверена, прав и обязанностей». Friedmann W. Legal Theory / 4th ed., London, 1960. P. 265. Цит. по: Sherbaniuk D.J. Op. cit. P. 74.

юридического дискурса: как заметил Г. Харт, одним из возможных ответов теоретикам, стремящимся избежать «неуместной» метафизики, может быть подчеркивание того, что «нефактическое» и «непредсказательное» использование языка не может быть отделено от самого использования норм³⁸⁴: язык следования нормам может отличаться от обычного описательного дискурса, но это не влечет за собой произвольные метафизические допущения.

Можно согласиться с мнением Д. Шербаниука в русле распространенной критики скандинавских правовых реалистов, что наименее приемлемым аспектом работы скандинавских юристов является их заявление, что правовая наука должна иметь дело только с фактами (до полного исключения подразумевающих оценку проблем, таких как цели права и принципы справедливости), ведь юриспруденция – это крайне практически ориентированная и утилитарная наука, в которой, тем не менее, нормы права включают в себя оценочные суждения: «Люди как разумные существа всегда ищут цель, а судьи и законодатели, создавая нормы права, преследуют некий идеал»³⁸⁵. Представляется, что социология и психология не могут полностью заменить мораль в юриспруденции. Однако при детальном рассмотрении очевидно, что скандинавские правовые реалисты не исключали полностью воздействия как права на мораль, так и обратного влияния, что было детально изложено, например, В. Лундштедтом в обосновании его метода «социального благополучия».

³⁸⁴ Hart H.L.A. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford, N.Y., 1983. P. 161–169.

³⁸⁵ Sherbaniuk D.J. *Op. cit.* P. 75.

ГЛАВА 3. РАДИКАЛЬНЫЕ ПОДХОДЫ Д. ФРЭНКА И В. ЛУНДШТЕДТА В КОНТЕКСТЕ РЕАЛИСТИЧЕСКОЙ ПРАВОВОЙ МЫСЛИ

3.1. Д. Фрэнк и В. Лундштедт в сравнительной перспективе американского и скандинавского правового реализма

Д. Фрэнк и В. Лундштедт считаются «радикальными» представителями соответственно американского и скандинавского направлений правового реализма не только по рассмотренному ранее идейному содержанию своих работ, но и по стилю его изложения. Представляется, что, наряду с длительным опытом преподавания в ведущих юридических заведениях своих стран, особенности профессиональной деятельности Д. Фрэнка (в качестве практикующего юриста, государственного служащего и федерального судьи США) и В. Лундштедта (в качестве члена Социал-демократической рабочей партии Швеции и шведского парламента) сподвигли их к большей прямолинейности и экспрессивности при отстаивании своей точки зрения, чем встречается у большинства других представителей американских и скандинавских правовых реалистов.

Радикальный правовой реализм обоих ученых в первую очередь затрагивает проблему определенности в праве, возможность достижения которой рассматривается через призму сохраняющихся во взрослом возрасте «иллюзий детского мышления» в подходе Д. Фрэнка или содействия потребностям индивидов в подходе В. Лундштедта. Оба ученых сводят многие проблемы юриспруденции до более «реалистического», по их мнению, подхода к пониманию права как результата юридической деятельности (особенно судебной), предлагая свои конструктивные идеи для нивелирования абстрактных идей традиционной им юриспруденции. Общим для указанных авторов является радикализм в отрицании методов естественного права и юридического позитивизма легистского образца, а также стремление к конструированию юриспруденции на прочных эмпирических началах.

На основе проведенного исследования представляется целесообразным обозначить подходы американского и шведского правоведов термином «конструктивный скептицизм», который объединяет рассмотренный ранее фактоскептицизм Д. Фрэнка и методологический редукционизм В. Лундштедта и согласуется не только с терминологией, используемой в их работах, но и с философским ³⁸⁶ пониманием скептицизма и конструктивизма: первый акцентирует сомнение указанных мыслителей в традиционных теориях естественного права и юридического позитивизма легистского образца, т.е. сомнение в схоластических методах науки при признании эксперимента и критики ее единственными критериями ³⁸⁷, тогда как второй подчеркивает деятельностный подход к праву Д. Фрэнка и В. Лундштедта, т.е. активность познающего субъекта, признание любой познавательной деятельности конструированием реальности и попытку найти альтернативу метафизической онтологии³⁸⁸.

Сходства Д. Фрэнка и В. Лундштедта прослеживаются также в том, что на их подходы к праву, как и на идеи других представителей движений американского и скандинавского правового реализма, заметно повлияла немецкая юриспруденция ³⁸⁹. В частности, оба ученых признают значимость трудов Р. Иеринга и обстоятельно соотносят свои отдельные концепции с идеями выдающегося немецкого правоведа. Так, Д. Фрэнк находит общие черты в своей идее об иллюзии определенности мира, основополагающим элементом которой является связь ребенка со своим отцом, с позицией Р. Иеринга о том, что

³⁸⁶ Важность теоретической опоры правового реализма на философские и методологические парадигмы правопознания см., напр.: Груздев В.С. Реализм в юриспруденции: теоретико-методологический и исторический аспекты. Дис. ... докт. юрид. наук. М., 2021.

³⁸⁷ См.: Микешина Л.А. Скептицизм // Новая философская энциклопедия. Том третий / Рук. проекта В.С. Степин, Г.Ю. Семигин. М., 2010. С. 562.

³⁸⁸ См.: Касавин И.Т. Конструктивизм // Энциклопедия эпистемологии и философии науки. М., 2009. URL: https://epistemology_of_science.academic.ru/328/конструктивизм (дата обращения: 22.10.2021).

³⁸⁹ См.: Herget J.E., Wallace S. The German Free Law Movement as the Source of American Legal Realism; Sundell J.-O. German Influence on Swedish Private Law Doctrine 1870–1914 // *Scandinavian Studies in Law*. 1991. Vol. 35. P. 235–268; Горбань В.С. Правовое учение Иеринга и его интерпретации. Дис. ... докт. юрид. наук. М., 2019.

семейные отношения для ребенка определяют его последующее отношение к государству³⁹⁰. В. Лундштедт же особое внимание уделяет концепции прав как «юридически защищаемых интересов» в подходе Р. Иеринга, отмечающем значимость юридической деятельности (формальная сторона прав, или «юридическая защита») для реализации субъективного права (содержательная сторона прав, или «действительный интерес индивида»)³⁹¹.

Главные сходства и различия подходов Д. Фрэнка и В. Лундштедта – радикальных, но в то же время признающихся одними из лидирующих представителей американского и скандинавского правового реализма, – рационально подробнее отобразить именно через более широкое сравнение реалистичных движений в юриспруденции США и Швеции, расцвет которых пришелся на период между двумя мировыми войнами в первой половине XX в. Однако может возникнуть вопрос: есть ли вообще необходимость сопоставления американского и скандинавского правового реализма, ведь указанные юридические движения различаются не только в ключевых предметах исследования – процессе вынесения судебных решений в США и природе правовых понятий в Скандинавии³⁹², – но и в основных доктринальных предпосылках:

1. В США необходимую основу для правовых реалистов подготовили их предшественники в период конца XIX – начала XX вв., который американский философ Мортон Уайт обозначил как «бунт против формализма» («*revolt against formalism*»)³⁹³. Философскую поддержку своему подходу американские реалисты нашли в первую очередь в прагматизме Уильяма Джеймса и инструментализме Джона Дьюи. Позиции американских правовых реалистов подкрепили и современные для начала XX в. психологические теории, наибольшее влияние из которых оказали бихевиоризм и фрейдизм. Также за появление правового реализма была во многом ответственна «социологическая юриспруденция» в лице

³⁹⁰ См.: Frank J. Law and the Modern Mind. P. 219.

³⁹¹ См.: Lundstedt A.V. Legal Thinking Revised. P. 80.

³⁹² См.: Антонов М.В. Скандинавская школа правового реализма. С. 645–646.

³⁹³ См.: White M.G. Social Thought in America: the Revolt against Formalism. Boston, 1957.

Роско Паунда и Бенджамина Кардозо. Тем не менее при значительном влиянии вышеуказанных философских, психологических и юридических направлений обычно двух мыслителей – Джона Грея и Оливера Уэнделла Холмса-мл., – выделяют в роли *непосредственных интеллектуальных предшественников* американского правового реализма. Наконец, американские правовые реалисты широко использовали в своих трудах достижения социологии, экономики, статистики, криминологии и др., в том числе техники «потока сознания» писателей-романистов (в частности, Марселя Пруста и Джеймса Джойса)³⁹⁴.

2. В Швеции господствующие позиции в правовой, политической и культурной жизни страны начала-середины XX в. занимала «уппсальская школа философии», ставшая теоретико-методологической основой скандинавского правового реализма. Главой данной школы, как и развившегося из нее скандинавского правового реализма, был А. Хэгерстрём, чье назначение на пост профессора практической философии в Уппсальский университет в 1910 г. считается одним из поворотных событий всей шведской философии. До того момента консервативная идеалистическая традиция К.Я. Бострёма формировала мышление многих поколений государственных служащих с университетским образованием³⁹⁵, однако А. Хэгерстрём решительно сместил бострёмианскую философию своими антиметафизическими изысканиями³⁹⁶. Следует отметить, что уже в конце XIX в. философия К.Я. Бострёма была подвержена реакционным настроениям. В частности, Понтус Викнер³⁹⁷ и Виталис Норстрём³⁹⁸, хоть и «начали академическую карьеру как необострёмианцы, в своих поздних работах критиковали метафизический догматизм, характеризовавший бострёмианскую

³⁹⁴ См., например: Savarese R.J. Op. cit. P. 182, 185–187. Schauer F. Foreword. P. xi (n. 10), xix (n.36); и др.

³⁹⁵ См.: Sundberg J.W.F. Human Rights in Sweden. P. 971.

³⁹⁶ См. подробнее: Тонков Д.Е. Философия права Акселя Хэгерстрёма. С. 82–106.

³⁹⁷ Карл Понтус Викнер (Pontus Wikner, 19 мая 1837 г. – 16 мая 1888 г.), шведский философ, доцент теоретической философии, преподаватель Уппсальского университета и профессор философии в Осло (Кристиании).

³⁹⁸ Йохан Виталис Абрахам Норстрём (Vitalis Norström, 29 января 1856 г. – 29 ноября 1916 г.), шведский философ, профессор философии в Гётеборгском колледже, член Шведской академии.

философию»³⁹⁹. Тем не менее именно во главе с А. Хэгерстрёмом и его учеником Адольфом Фаленом⁴⁰⁰ «антидогматическая диспозиция шведской философии» полностью себя проявила при основании новой, «уппсальской», школы философии⁴⁰¹.

Таким образом, плюрализм идей в США ярко контрастирует с монополией уппсальской школы философии в Швеции⁴⁰². Более того, можно отметить и разные *социально-политические истоки* американского и скандинавского правового реализма⁴⁰³, отразившиеся, среди прочего, в федерализме США и унитарной форме государственного устройства в Швеции:

1. В случае с США сама федеральная структура государства способствует своего рода «правовому скептицизму». Пятьдесят штатов имеют своё собственное законодательство и свой собственный суд «последней надежды» в делах частного права⁴⁰⁴. Федеральные власти также имеют свою систему судов. При этом предполагается, что за американской правовой системой существует фундаментальное единообразие английского общего права и его методология. Но, по большей части, это единообразие и последовательность присутствует только внутри отдельно взятой юрисдикции штата. А в целом наличествует многообразие и различие: в каждой юрисдикции, где дело находится в первой инстанции, может быть несколько противоположных точек зрения одинаковой юридической силы, из которых суду необходимо выбирать в зависимости от конкретной ситуации, а, например, суды штатов не обязаны согласовывать свое отношение к статутам с позицией Верховного суда США, за исключением отношения к федеральным статутам⁴⁰⁵. Более того, различие прецедентов в разных штатах вызвало соперничество и в преподавательской среде, которую

³⁹⁹ Martin M. Op. cit. P. 126.

⁴⁰⁰ Адольф Кристер Фален (Adolf Phalén, 19 января 1884 г. – 16 октября 1931 г.), шведский философ, вместе с А. Хэгерстрёмом считается основателем уппсальской школы философии.

⁴⁰¹ См.: Martin M. Op. cit. P. 126.

⁴⁰² См.: Тонков Д.Е. Правовой реализм: американское и скандинавское направления. С. 19–36.

⁴⁰³ См.: Там же. С. 12–19.

⁴⁰⁴ См.: Savarese R.J. Op. cit. P. 184.

⁴⁰⁵ См.: Бернам У. Правовая система США / Пер. с англ., 3-й вып. М., 2007. С. 127.

перестал устраивать прецедентный метод обучения студентов, предложенный К. Лэнгделлом, для понимания различного законодательства штатов⁴⁰⁶: американские юристы увидели недостаток определенности, предсказуемости и единообразия в судебных процессах и стали яростно выступать против превалирующей преподавательской практики начала XX в., которая пыталась приравнять всю совокупность правовых правил к нормам в узком смысле слова и весь судебный процесс к механическому применению этих норм по аналогии⁴⁰⁷. Вышеперечисленные факторы, а также всеобъемлющая роль Верховного суда США в политической и социальной жизни страны, контраст между теоретическими и практическими аспектами конституционных принципов, множество политических интриг внутри судебной системы и начавшаяся в 1929 г. Великая депрессия создали благоприятную среду для скептицизма американского правового реализма по отношению к традиционной юриспруденции.

2. Швеция исторически была страной слабого феодализма, управление которой было сконцентрировано в одном месте. Сохранившаяся с XVII в. простая и централизованная структура судебной системы корреспондировала с простой административной структурой. Местные власти либо отсутствовали, либо были чрезвычайно неправы⁴⁰⁸. При этом во время, когда А. Хэгерстрём развивал свою теорию, можно отметить внутреннюю и внешнюю политическую нестабильность, которая повлияла на развитие его идей: Всеобщая забастовка и локаут 1909 г. в Швеции, а также революция в России и Первая мировая война⁴⁰⁹. При этом прослеживается близкая связь шведской политической элиты и философии А. Хэгерстрёма, которого даже называли «Дедушкой Большого

⁴⁰⁶ См.: Friedman L.M. A History of American Law / 2nd ed., N.Y., 1985. P. 689.

⁴⁰⁷ См.: Friedmann W. Legal Theory / 3rd ed., London, 1953. P. 197; Pound R. Jurisprudence. Vol. 1. St. Paul, Minnesota, 1959. P. 266, 272.

⁴⁰⁸ Показательно, что в то же историческое время в некоторых французских регионах было восемь судебных инстанций, включая феодальные и королевские суды. См.: Dawson J.P. A History of Lay Judges. Cambridge, 1960. P. 82.

⁴⁰⁹ См.: Bjarup J. Epistemology and Law According to Axel Hägerström // Scandinavian Studies in Law. № 29. 1985. P. 15.

Брата» («*Big Brother's Grandpa*») ⁴¹⁰: университетская аудитория его лекций была заполнена будущими лидерами Социал-демократической рабочей партии Швеции, непрерывно контролирующей власть в стране с начала 1930-х гг. и до середины 1970-х гг. Рожденный в сельском и статичном обществе, в одной из старейших европейских монархий, А. Хэгерстрём ушел из жизни в массовом обществе, где индустриальная революция выразилась в таких крайностях, как «прекрасная эпоха» (фр. «*belle époque*») и мировая война, и где парламентское правление и конституционная демократия прочно укоренились в Швеции, для которой XX в. запомнился как колыбель ее модели «государства всеобщего благосостояния» («*welfare state*») ⁴¹¹.

Данные различия привели некоторых исследователей к выводу, что оба движения имеют только один общий момент, который сводится к произвольно закрепившемуся в науке названию «*правовой реализм*» ⁴¹². Однако подобная оценка не учитывает такие существенные совпадающие моменты этих научных направлений, как скептицизм в отношении традиционных методов естественного права и юридического позитивизма, борьба с формализмом и понимание права как социо-психологического феномена. При анализе этих совпадений следует исходить из того, что для возникновения американского и скандинавского

⁴¹⁰ Явная отсылка к персонажу романа-антиутопии 1948 г. английского писателя Джорджа Оруэлла «1984». См.: Sundberg J.W.F. Human Rights in Sweden: The Breakthrough of an Idea // *Ohio State Law Journal*. 1986. Vol. 47. P. 973.

⁴¹¹ См.: Mindus P. A Real Mind. P. 171. Встречаются и другие русскоязычные названия данной модели, в частности: «государство всеобщего благоденствия» или «государство всеобщего благополучия». Для целей настоящей статьи разные оттенки перевода незначительны и будут считаться синонимами. См., например: Лебедев А.С. Концепция социального государства в шведской политической науке. Генезис и эволюция. Дис. ... канд. полит. наук. СПб., 2014. С. 4; Исаев М.А. Механизм государственной власти в странах Скандинавии. Конституционно-правовые аспекты. Автореф. дис. ... докт. юрид. наук. М., 2004. С. 10; Растольцев С.В. Скандинавская специфика в содействии международному развитию // *Современная Европа*. 2019. № 5. С. 178; Лашенко П.В. Концепция государства всеобщего благоденствия в отечественной и зарубежной науке и его реализация на примере шведской экономической модели // *Научный журнал КубГАУ*. 2013. № 93 (09). С. 7; Гулякин С.С. Политика Швеции в 50-х годах XX века // *Научно-технические ведомости СПбГПУ. Гуманитарные и общественные науки*. 2015. № 3 (227). С. 59.

⁴¹² Twining W. Talk about Realism. P. 361; Kelly J.M. A Short History of Western Legal Theory. Oxford, 1992. P. 369; McCoubrey H., White N.D. Textbook on Jurisprudence / 3rd ed., London, 1999. P. 178; Alexander G.S. Comparing the Two Legal Realisms – American and Scandinavian // *The American Journal of Comparative Law*. 2002. Vol. 50. № 1. P. 132; и др.

правового реализма были общие предпосылки, заключавшиеся в кардинальных социальных и политических переворотах, случившихся в первой половине XX в. в мире и, в частности, в США и Швеции: становление правового реализма часто связывают с необходимостью «правового фасада» общей программы социальной инженерии, проводившейся в указанных странах: «Новый курс» Франклина Рузвельта в США и программа «Социальных демократических ценностей» в Швеции⁴¹³, – что, однако, часто используется в критике американского и скандинавского правового реализма с акцентом на политическую составляющую подходов их представителей.

Тем не менее представляется, что при всей разнице правовых культур США и Швеции, два *социально-исторических фактора* являются определяющими в развитии идей американского и скандинавского правового реализма:

1. *Для США и Швеции характерна широкая вовлеченность рядовых граждан в судебную систему.* Важным элементом общего права в целом является суд присяжных заседателей. Поздние Средние века и раннее Новое время были главной точкой расхождения судеб западных правовых систем: континентальные правовые системы развивались в сторону юридического профессионализма, тогда как традиция общего права наряду с профессионалами твердо опиралась на практику участия представителей гражданского общества в судебном процессе⁴¹⁴. В Швеции можно было наблюдать схожее явление: рецепция римского права в основном происходила в XVII в. параллельно с образованием апелляционных судов и университетов⁴¹⁵, однако в отличие от Франции и Германии, нижестоящие суды всегда оставались во власти лиц без юридического образования. Главной формой участия таких лиц со времен Средних веков был «совет», или «сход» (шв. «*nämnd*»), т.е. группа местных жителей, которая могла

⁴¹³ См., например: Туманов В.А. Буржуазная правовая идеология. С. 109; White G.E. From Sociological Jurisprudence to Realism: Jurisprudence in Social Change in Early Twentieth-Century America // Virginia Law Review. 1972. Vol. 58. № 6. P. 1013–1026; Bjarup J. Legal Realism or Kelsen versus Hägerström // Rechtstheorie. 1986. Vol. 9. P. 256–257; и др.

⁴¹⁴ См.: Pihlajamäki H. Against Metaphysics in Law. P. 481.

⁴¹⁵ Jägerskiöld S. Roman Influence on Swedish Case Law in the 17th Century // Scandinavian Studies in Law. 1967. Vol. 11. P. 179–209.

коллективно голосовать вопреки мнению судьи по всем фактическим и правовым обстоятельствам дела⁴¹⁶.

2. В США и Швеции доля юристов с академическим образованием была сравнительно меньше, чем в странах континентальной⁴¹⁷ Европы. В США юридическая практика долгое время была дезорганизованной и основывалась больше на ученичестве, чем на специальном образовании или членстве в профессиональной ассоциации. Юридические ассоциации были слабыми и исключительно локальными. Сильные же ассоциации на уровне штатов появились в крупных промышленных городах только к концу XIX в., которые до сих пор более влиятельны и престижны, чем созданная в 1878 г. общенациональная Американская ассоциация юристов («*American Bar Association*») ⁴¹⁸. Таким образом, даже в 1850-1950 гг. большинство юристов общего права либо вообще не обладало формальным университетским образованием, либо получало его в ограниченном объеме ⁴¹⁹. Шведское юридическое образование раннего Нового времени также отражало идею права как прагматичной деятельности. Большинство произведений шведской правовой литературы XVII–XVIII вв. было составлено как руководства для судей: ранее указанное преобладание в судебной системе Швеции лиц без юридического образования вело и к относительно небольшому набору специализированной юридической литературы. До конца XIX в. право было «упаковано» в упрощенные формы, потому что в Швеции не хватало базы для тщательного его изучения, как было на более южных территориях Европы. Правовая литература ориентировалась на читателей с неглубоким или вообще отсутствующим юридическим образованием, которые не могли разобраться в сложных правовых концепциях и доктринах: до XIX в. не только рядовые жители, но и местные

⁴¹⁶ См.: Pihlajamäki H. *Against Metaphysics in Law*. P. 485.

⁴¹⁷ В шведской науке традиционно обозначают более южные регионы и государства Европы как «континент», «континентальные страны» и т.п.

⁴¹⁸ См.: Abel R.L. *American Lawyers*. N.Y., 1989. P. 40–71. Цит. по: Волков В., Дмитриева А., Поздняков М., Титаев К. *Российские судьи: социологическое исследование профессии* / Под ред. В. Волкова. М., 2015. С. 12.

⁴¹⁹ См.: Hoeflich M.H. *The Americanization of British Legal Education in the Nineteenth Century* // *Journal of Legal History*. 1987. Vol. 8. № 3. P. 244–258.

судьи довольно часто были не обучены праву и имели мало юридического опыта⁴²⁰. В этом заключалось важное отличие Швеции от континентальной Европы и сходство с системой общего права.

Таким образом, исторически обусловленный прагматичный характер юриспруденции в США и Швеции отразился на том, как была сконструирована судебная система указанных стран. Американские и скандинавские юристы считали себя посредником, во-первых, между правом и обычным человеком в суде и, во-вторых, между правом и практическими проблемами общества: американские и скандинавские юристы намного сильнее, чем их континентальные коллеги, разделяют общую для правового реализма предпосылку, что право – это прежде всего практический инструмент для решения проблем обычного человека. В таком смысле не только американское, но и скандинавское право является скорее «опытом, чем логикой»⁴²¹.

Также показательно яркое сходство между скандинавским и американским правовым реализмом: несмотря на многозначность термина в разных отраслях науки и плюрализм вариантов самоназвания движений в трудах его представителей, оба направления могут быть обозначены «реализмом» при юридической трактовке термина в смысле, схожем с искусствоведческим его пониманием, который применяется для обозначения жизни такой, как она есть, т.е. без идеализации и приукрашивания⁴²². Традиционно же в социогуманитарных науках термин «реализм» (от лат. «*realis*» – вещественный, действительный) используется в различных значениях. В философии под реализмом понимается направление философской мысли, «признающее лежащую вне сознания реальность, которая истолковывается либо как бытие идеальных объектов (Платон, средневековая схоластика), либо как объект познания, независимый от

⁴²⁰ См.: Pihlajamäki H. Against Metaphysics in Law. P. 485–486.

⁴²¹ См.: Pound R. The Life of Law: Reason or Experience? // Tort and Medical Yearbook. 1961. Vol. 1. P. 611–629. См. также знаменитый пассаж О. Холмса «жизнь права» из книги 1881 г. «Общее право». Holmes O.W. The Common Law. Boston, 1881. P. 1.

⁴²² См. подробнее: Martin M. Op. cit. P. 2.

субъекта, познавательного процесса и опыта (философский реализм 20 в.)»⁴²³. В социологии понятие «реализм» рассматривается в рамках дихотомии номиналистической и реалистической парадигм: номинализм признает реальными лишь отдельных индивидов и делает их предметом социологического изучения, а для реализма «носителями социальности являются над- или сверхиндивидуальные целостности (государство, народ, семья и т.п.)»⁴²⁴. При этом ни философский, ни социологический подходы не отражают содержание понятия «правовой реализм»⁴²⁵, утвердившегося в юридической науке в рамках дихотомии должного и сущего («фактического» в терминах правовых реалистов), т.е. «права в книгах» и «права в действии» (в терминологии Р. Паунда)⁴²⁶ или «бумажных норм» и «реальных норм» (в терминологии американских правовых реалистов).

В этой связи американские и скандинавские правовые реалисты сами себя нарекали представителями нового правового движения: прагматичной альтернативой вековым спорам между теорией естественного права и юридическим позитивизмом. Оба направления считали, что эмпиризм и опирающиеся на него социальные науки предоставляют свободу от догматики и служат научной основой для построения общества на началах философского натурализма. Отдельные представители движений (например, американский правовой реалист В. Кук и скандинавский правовой реалист А. Росс) находились под влиянием логического позитивизма. Оба направления правового реализма резко отрицали традиционные правовые концепции, в частности, традиционные типы правопонимания, развиваемые в рамках юридического позитивизма легистского образца и естественно-правовой доктрины. Многие представители обоих направлений отстаивали возможность предсказывать право на основе надежной научной информации. Более того, и американский, и скандинавский

⁴²³ Доброхотов А.Л. Реализм // Новая философская энциклопедия. Том третий / Рук. проекта В.С. Степин, Г.Ю. Семигин. М., 2010. С. 427–428.

⁴²⁴ Давыдов Ю.Н. Реализм социологический // Социологическая энциклопедия. Т. 2 / Гл. ред. В.Н. Иванов. М., 2003. С. 316–317.

⁴²⁵ См., напр.: Postema G.J. A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence. P. 83; Martin M. Op. cit. P. 2.

⁴²⁶ См.: Pound R. Law in Books and Law in Action // American Law Review. 1910. № 44. P. 12–36.

правовой реализм отделяли вопросы права и морали, рассматривая проблему их соотношения в плоскости того, что есть право, и того, чем оно должно быть. В целом для американского направления данное разделение было временным, тогда как для представителей скандинавского реализма оно было постоянным: в понимании скандинавских реалистов право базировалось на принуждении, а мораль – на метафизических фикциях. Оба движения стремились стать теоретической базой для правовых реформ и имели заметное влияние на юридическое обучение в своих регионах.

Можно отметить примечательные сходства подходов Д. Фрэнка и В. Лундштедта и с другими представителями скандинавского (в случае с Д. Фрэнком) и американского (в случае с В. Лундштедтом) направлениями правового реализма. Среди прочего, представления В. Лундштедта о судебной деятельности являются наглядной иллюстрацией его интеллектуальной связи с американскими правовыми реалистами, подробно изучавшими практическую сторону судебного процесса и поведение судей. В частности, использование метода «социального благополучия» в «сложных» судебных делах у В. Лундштедта имеет явные корреляции не только с рассмотренными ранее идеями Д. Фрэнка, но и с концепцией К. Ллевеллина о «слабом» и «сильном» судьях, находящихся в окружении «построенных их предшественниками стен» и имеющих возможность регулировать «высоту стен» для достижения «общего блага»⁴²⁷. И, например, аналогично Д. Фрэнку под источниками права скандинавский правовой реалист А. Росс понимает «совокупность факторов, оказывающих влияние на формулирование судьей нормы, на которой он основывает свое решение»⁴²⁸.

Более того, довольно показательным сходством между Д. Фрэнком и А. Хэгерстрёмом в анализе «магических» аспектов правового языка: первый рассмотрел «магию слов» в своей книге «Право и современное сознание», а

⁴²⁷ См.: Llewellyn K.N. *The Bramble Bush*. 1951. P. 73–74. См. также: Тонков Д.Е. *Правовой реализм: американское и скандинавское направления*. С. 124.

⁴²⁸ Ross A. *On Law and Justice*. P. 77. Цит. по: Васильева Н.С., Тимошина Е.В. *Общая теория судебного метода Альфа Росса // Парадигмы юридической герменевтики / Под общ. ред. Е.Н. Тонкова, И.Л. Честнова*. СПб., 2017. С. 290.

второй изучал магические элементы в римском праве. Однако нет оснований утверждать, что оба ученых знали о работах друг друга. Д. Фрэнк выводит магическое верование, внутренне присущее правовому мышлению, из концептуальной системы детей, которые верят, что использование имен, названий и обозначений напрямую изменяет реальность. Д. Фрэнк утверждал, что магия слов лежит в центре метафизики и традиционная правовая мысль подобна указанной метафизике⁴²⁹, но он не утверждал о «бессмысленности» правовых терминов, как это ярко делали (с оговорками) скандинавские правовые реалисты. В свою очередь А. Хэгерстрём предполагал, что магия исходит из древнего права, и другие скандинавские правовые реалисты, хоть и не обсуждали магию слов так подробно, как их учитель, считали критику магии важной частью своей философии права⁴³⁰.

Но были и важные отличия между двумя направлениями правового реализма. Американский правовой реализм в целом не предлагал критику метафизического основания традиционной правовой мысли. Хотя представители американского направления и критиковали традиционные правовые концепции, но не потому, что последние предполагали сомнительные метафизические идеи: американские реалисты отрицали традиционный язык права из прагматических, нежели метафизических, соображений. Например, приверженность В. Кука научному эмпиризму не привела его к принятию «теории смысла» – главной доктрины научного эмпиризма, – и к провозглашению правового языка метафизическим и, следовательно, бессмысленным⁴³¹.

Несмотря на стремление американских правовых реалистов реформировать право на основе эмпирической науки, исключение метафизики из права не

⁴²⁹ Стоит отметить в этом отличие Д. Фрэнка от других американских правовых реалистов, т.к., например, «сложно найти конкретные примеры того, чтобы К. Ллевеллин, Г. Олифант, В. Кук и А. Мур разделяли интерес Д. Фрэнка к вопросам метафизики». Martin M. Op. cit.. P. 138.

⁴³⁰ См.: Martin M. Op. cit. P. 129.

⁴³¹ Научный эмпиризм совмещал в себе логический позитивизм и логический эмпиризм, а также единство научного движения и всех схожих явлений. См.: Carnap R. Scientific Empiricism: Unity of Science Movement // Dictionary of Philosophy / Ed. by D.D. Runes. N.Y., 1942. P. 285. Приводится по: Martin M. Op. cit. P. 154.

являлось целью их программы. Подход же скандинавских правовых реалистов был антиметафизическим по своей сути. Базовым аргументом их критики традиционной юриспруденции было утверждение о том, что она содержит лишённые смысла метафизические концепции, которые не соотносятся с реальными явлениями и поэтому являются «фикциями». Таким образом, несмотря на сходство с американским реализмом в стремлении утвердить эмпирическую научную основу права, своей главной задачей скандинавское направление видело исключение из правоведения метафизических концепций. Поэтому многие отличия между двумя направлениями были прочно связаны с антиметафизической ориентацией скандинавского правового реализма. Несмотря на то, что не все члены обоих движений принимали предсказательное определение права, придерживающиеся его американские реалисты проявляли сугубо прагматический настрой, тогда как скандинавские реалисты видели в данном определении дополнительный аргумент для исключения «бессмысленного» метафизического языка из традиционной юриспруденции.

Стремления рассматриваемых направлений правовой мысли были различны и в плане общего для них *скептического отношения к нормам права*: американские представители правового реализма критически воспринимали значение, которым традиционная юриспруденция наделяла нормы права; скандинавские же ученые считали, что нормы права представляют лишённые смысла метафизические идеи и, следовательно, язык норм права не имеет референтов в социальной реальности.

Американские правовые реалисты не имели четко сформулированной единой теории моральных суждений, а скандинавские правовые реалисты отстаивали непознаваемый характер ценностных суждений, т.е. соответствующую их антиметафизической ориентации *нонкогнитивную теорию морали*. Скандинавские представители реализма считали, что такие концепции, как «права» и «обязанности» предполагают моральную оценку, однако моральные концепции в конечном счете ни к чему не относятся, как и правовые. Поэтому

юридические предложения, содержащие термины «права» и «обязанности» не могут быть ни верными, ни ложными.

Специфическая моральная установка скандинавских правовых реалистов определила и другие основные различия между двумя направлениями. Скандинавский правовой реализм был более однородным, поскольку развивался под сильным влиянием одного человека – А. Хэгерстрёма, – в то время как взгляды сторонников американского правового реализма отличались бóльшим разнообразием. Это не означает, что все скандинавские реалисты придерживались схожих позиций⁴³². Например, шведы В. Лундштедт и К. Оливекрона были сторонниками эпистемологии А. Хэгерстрёма, которая отрицала логический позитивизм как ещё один образец метафизики, тогда как находившийся под влиянием А. Хэгерстрёма датчанин А. Росс все-таки использовал многие идеи логического позитивизма.

Несмотря на свою общую критическую направленность, представители скандинавского правового реализма стремились произвести подробный анализ ключевых концепций права. В противоположность достаточно узкому направлению анализа американского направления, который развивался в первую очередь для специальных прагматических задач (в частности, для улучшения способности юриспруденции предсказать и объяснить решения судей), анализ скандинавского реализма был направлен на более широкие задачи – исключить все метафизические представления из права и разработать такую правовую терминологию, которая отражала бы фактическую реальность.

В дополнение следует отметить тот факт, что скандинавские правовые реалисты являлись, в основном, представителями академической науки и преподавательского сообщества, глубоко исследовали вопросы философии: А. Хэгерстрём был профессором философии и другие признанные скандинавские правовые реалисты (В. Лундштедт, К. Оливекрона и А. Росс), хотя и были профессорами права, отлично разбирались в философских доктринах своего

⁴³² Значительные отличия между скандинавскими правовыми реалистами совместимы с их членством в одном движении. См.: MacCormack G. Scandinavian Realism // The Juridical Review. 1970. Vol. 11. P. 33–55.

основателя. Большинство же американских правовых реалистов при формальном осуществлении преподавательской деятельности, являлись, в первую очередь, практикующими юристами. Поэтому в силу соответствующей письменной правовой традиции и характера их профессиональной деятельности труды скандинавских ученых отличаются более сложным, по сравнению с американскими авторами, стилем изложения, что (наряду с отсутствием соответствующих переводов) повлияло на меньшее мировое изучение их наследия: работы представителей американского правового реализма изначально, за некоторым исключением, были опубликованы на наиболее распространенном для научного сообщества английском языке; многие же работы представителей скандинавского правового реализма из Швеции, Норвегии и Дании изначально были опубликованы на национальных языках соответствующих стран и не были доступны для широкого исследования в контексте их издания⁴³³. Тем не менее главные работы скандинавских ученых к настоящему моменту переведены на английский язык. Также встречаются указанные ранее отдельные переводы их работ на русский язык. Но даже наличие соответствующих переводов не позволяет полностью избежать неточностей в передаче всех граней смысла с одного языка на другой, особенно в многочисленных случаях непрямого перевода⁴³⁴.

Из указанных выше *разных теоретико-практических предпосылок и философской квалификации* выводилась часть критики американского правового реализма отдельными представителями скандинавского направления, которые часто осуждали американских реалистов за их неспособность показать бессмысленность метафизических допущений в праве: критика традиционных концепций американскими реалистами кажется для скандинавских реалистов

⁴³³ Однако стоит отметить, что для германоязычной науки работы скандинавских правовых реалистов были доступнее, чем для англоязычной, по причине более распространенной публикации их отдельных трудов на немецком языке.

⁴³⁴ См., например: Holtermann J.v.H. "This cannot be its meaning in the mouth of the judge". P. 19–30; Pattaro E. Axel Hägerström at the Origins of the Uppsala School // A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence. Volume 12. Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World. Tome 2: Main Orientations and Topics. Chapter 13 / Ed. by E. Pattaro, C. Roversi. Dordrecht, 2016. P. 358–363.

довольно поверхностной. В частности, В. Лундштедт даже сформулировал «шесть базовых проблем» современного ему американского правоведения, включая подход американского правового реализма, а именно отсутствие: 1) критики правовой идеологии, в том числе так называемого «метода справедливости»; 2) анализа стоящих за фундаментальными концепциями правовой идеологии «реальностей»; 3) попытки «раскрыть ошибочность веры» в такую категорию права, как «нормы»; 4) попытки выяснить отношение между эпистемологическими проблемами и социальными оценками в правовой науке как «конструктивной юриспруденции»; 5) внимания к функционированию в «правовом механизме... общего чувства справедливости»; 6) основанного на социальном благополучии метода для применения в юриспруденции как науке⁴³⁵.

Более того, В. Лундштедт считал не достаточно глубокой критику Д. Фрэнком мифа правовой определенности в книге «Право и современное сознание». По мнению самого В. Лундштедта, миф правовой определенности выводится из еще более базового мифа: мифа абсолютных ценностей⁴³⁶. Д. Фрэнк же основывал миф правовой определенности не на абсолютных ценностях, а на подсознательных психологических мотивациях судей.

Однако, как отмечает современный американский исследователь М. Мартин⁴³⁷, критика В. Лундштедта сама является довольно расплывчатой, что не дает весомых оснований для признания указанных различий между направлениями правового реализма настолько серьезными, насколько они могут показаться на первый взгляд. Так, по мнению М. Мартина, В. Лундштедт предполагал, что «американские правовые реалисты верили в объективные стандарты справедливости и объективные нормы права. Можно признать, что американские правовые реалисты считали нормы права существующими (при скептическом отношении к тому, что данные нормы действительно играли важную роль в принятии решений, которую ей отводили традиционные теории). Однако они не отрицали, что данные нормы были когнитивно содержательны, и

⁴³⁵ Lundstedt A.V. *Legal Thinking Revised*. P. 393–394.

⁴³⁶ *Ibid.* P. 395.

⁴³⁷ Martin M. *Op. cit.* P. 157–158, n. 30.

не рассматривали их как “химерные”. Это обстоятельство не согласуется с подходом В. Лундштедта и остальных скандинавских реалистов, которые считали, что нормы бессмысленны и не содержат референтов в реальности»⁴³⁸.

Можно согласиться с М. Мартином и в сложности оценки корректности рассуждений В. Лундштедта относительно понимания справедливости американскими реалистами, т.к. последние имели разные мнения по данному поводу. С одной стороны, Д. Фрэнк считал абстрактные принципы естественного права действующими, хоть и сомневался, что данные принципы могут помочь принятию конкретных решений. С другой стороны, К. Ллевеллин отрицал какое-либо обращение к естественному праву как предоставляющему объективные стандарты. В. Кук, А. Мур и Г. Олифант также склонялись к отрицанию обращения к какому-либо этическому стандарту, включая справедливость. В. Лундштедт утверждал, что эмпирическая наука может установить действительные желания людей (а не то, что им следует желать), информация о которых может помочь изменить право. То есть действительные социальные оценки, считал он, могут быть установлены научными методами и являются фундаментом социального благополучия. Если В. Лундштедт имел в виду то, что американские реалисты не имели полноценной системы социальных оценок для обоснования своих рекомендаций для улучшения права, то он был прав. Но такой системы не имели и другие представители скандинавского правового реализма: лишь сам В. Лундштедт отстаивал применение метода социального благополучия, а, например, А. Росс критиковал этот подход. Более того, американский правовой реалист В. Кук симпатизировал «натуралистическому» подходу Д. Дьюи, который отрицал абсолютные ценности и основывал их на действительных желаниях людей, выявленных научным способом: с такой точки зрения подход В. Кука можно считать упрощенной и менее систематизированной версией «социального благополучия» В. Лундштедта⁴³⁹.

⁴³⁸ Ibid.

⁴³⁹ См.: Ibid. См. также сравнение М. Мартином подходов К. Оливекроны и А. Росса с американским правовым реализмом: Ibid. P. 138, 145–146.

Следует отметить, что оба направления имели значительное влияние на юриспруденцию, соответственно, США и Скандинавии⁴⁴⁰, а также имели *возможности воздействовать друг на друга*, хотя у скандинавских реалистов было таких шансов меньше, чем у американских. Большинство работ А. Хэгерстрёма по философии права было издано до появления американского правового реализма в начале 1930-х гг., но они оказались не доступны для англоговорящего мира до 1953 г., когда вышел перевод работ А. Хэгерстрёма (намного позже начала заката американского правового реализма, относящегося к периоду после окончания Второй мировой войны). Первое англоязычное издание работы А. Росса «Навстречу реалистической юриспруденции: критика дуализма в праве» в сокращенном виде было опубликовано в 1936 г., а перевод на английский язык работы К. Оливекроны «Право как факт» появилось в 1939 г., однако многие другие фундаментальные работы скандинавских правовых реалистов были опубликованы на английском языке только после Второй мировой войны, что существенно снижало их вклад в американскую научную дискуссию.

Учитывая ограниченное взаимодействие направлений, неудивительно, что американские правовые реалисты обычно демонстрировали отсутствие какой-либо осведомленности о наличии скандинавского направления⁴⁴¹. Но были и исключения: так, К. Ллевеллин высказывался о скандинавском правовом реализме, отрицая какую-либо историческую связь американского правового реализма с работами А. Хэгерстрёма и К. Оливекроны. К. Ллевеллин также сомневался, что шведские ученые находились под влиянием американских коллег, но отмечал их «некую психологическую схожесть». Он считал, что скандинавские правовые реалисты проводили своего рода философское исследование природы права, а американские правовые реалисты пытались

⁴⁴⁰ См. подробнее далее в главе 3.

⁴⁴¹ Как и о других европейских ученых, которых можно было бы обозначить «правовыми реалистами». См., напр.: Fuller L.L. American Legal Realism // University of Pennsylvania Law Review and American Law Register. 1934. Vol. 82. № 5. P. 438.

создать юридическую технологию⁴⁴². Несмотря на эту разницу, К. Ллевеллин заметил и сходства: «оба направления были реакцией на чрезмерно формализованную доктрину, которая не только имела неудовлетворительный результат, но и затмевала действительную работу правовой системы; и оба стремились найти реальное основание правового мышления»⁴⁴³. Однако скандинавские правовые реалисты, за исключением А. Хэгерстрёма⁴⁴⁴, были хорошо осведомлены об американском направлении и часто его комментировали, что было показано выше, иногда даже упоминая американских правовых реалистов как своих предшественников, хотя указанные выше отличия позволяют говорить о сомнительности данного утверждения.

Таким образом, у американских и скандинавских правовых реалистов была *общая цель*: сделать право наукой (в смысле естественных наук), но их задачи были разными. Американские реалисты стремились «предсказать и объяснить» судебные решения. При этом, хотя традиционные правовые концепции не считались ими полезными, они не рассматривались как «бессмысленные». Американские правовые реалисты сфокусировались на практике судов и подчеркивали незначительность «записанных в книгах норм» для предсказания деятельности судей, они стремились превратить право в эмпирическую науку. Тогда как для скандинавских правовых реалистов традиционные правовые концепции были в большой степени «ненужными» и полная их замена (с отдельными оговорками) улучшила бы научный базис права: скандинавские правовые реалисты пытались выявить и исключить из юриспруденции скрытые метафизические элементы традиционных правовых концепций, чтобы закрепить право на социологических и психологических фактах⁴⁴⁵. Американские и скандинавские правовые реалисты имели важные сходства, однако последние проявили бóльшую философскую и меньшую прагматическую направленность. Можно заключить, что даже когда представители американского и

⁴⁴² См.: Martin M. Op. cit. P. 125.

⁴⁴³ Twining W. Karl Llewellyn and the Realist Movement. P. 578. n. 7.

⁴⁴⁴ См. подробнее: Martin M. Op. cit. P. 155, n. 6.

⁴⁴⁵ См.: Ibid. P. 139.

скандинавского направлений правового реализма придерживались внешне одинаковых взглядов, как в случае с предсказательным подходом к праву, основания для подобных взглядов были различными.

3.2. Конструктивный скептицизм Д. Фрэнка и В. Лундштедта в рамках постклассического правопонимания

*«Реалистическая» модель права в американском и скандинавском правовом реализме*⁴⁴⁶. При всех внутренних и внешних различиях двух направлений правового реализма – американского и скандинавского, – можно согласиться с предложенной М. Замбони моделью их принципиального общего начала, которое ярко отражает и конструктивный скептицизм Д. Фрэнка и В. Лундштедта: глубокое взаимовлияние права (в смысле указанного ранее традиционного формализма, в частности, судебного) и политики («политика» в данном случае понимается в указанном ранее широком смысле, т.е. как комплекс социальных и личностных ценностей – экономических, моральных, религиозных и др. – и как процессы, через которые ценности проходят для включения в право)⁴⁴⁷.

Правовые движения американского и скандинавского правового реализма, несмотря на все указанные ранее различия, имели общие взгляды на соотношение права и политики, претендующие на то, чтобы быть альтернативой позиции юридического позитивизма (особенно в его легистском варианте) и естественного права. Так, американские и скандинавские правовые реалисты, в противоположность теориям естественного права, предпочитали общую идею «устойчивости» (*«rigidity»*) права по отношению к политике. В отличие от

⁴⁴⁶ См. также: Тонков Д.Е. «Реалистическая» модель права в классических направлениях правового реализма // В поисках теории права: коллективная монография / Под ред. Е.Г. Самохиной, Е.Н. Тонкова. СПб., 2020. С. 151–159.

⁴⁴⁷ См.: Zamboni M. Legal Realisms and the Dilemma of the Relationship of Contemporary Law and Politics // Perspectives on Jurisprudence: Essays in Honor of Jes Vjarup. Scandinavian Studies in Law. 2005. Vol. 48. P. 583–605; Честнов И.Л. Постклассическая интерпретация ускользающего бытия права: вместо введения // Постклассическая онтология права / Под ред. И.Л. Честнова. СПб, 2016. С. 19.

позитивизма легистского образца, правовые реалисты считали, что устойчивая природа права существует только частично. Как следствие, реалисты создали гибкую «перекрестную» («*intersecting*») модель⁴⁴⁸, соединяющую основные американские и скандинавские реалистические идеи взаимодействия правового феномена с политическим (в том широком смысле, которое придается данному термину правовыми реалистами).

Такое комплексное соотношение права и политики наиболее полно нашло отражение в американском правовом реализме, где вокруг нормативного ядра расположился мир политики. Сложность права, согласно этому подходу, обусловлена фундаментальными характеристиками правового феномена, который американские реалисты понимают как сочетание нормативных элементов (решений судов) и социо-психологических элементов (поведения судей). При этом устойчивость права по отношению к политике определяется тем, что право состоит не только из одних «бумажных норм», но и из «реальных норм»⁴⁴⁹: право является результатом работы судов и их решений по конкретным делам. Подобное отношение к праву ведет к затруднительности выделения «правовых» основ в мире ценностей.

Один из интеллектуальных предшественников американских правовых реалистов, О. Холмс-мл., охарактеризовал путь, по которому в дальнейшем развивалось это направление: внедрение категории, находящейся на границе между правом и моралью⁴⁵⁰. При этом устойчивость права обеспечивается тем, что правовые нормы и концепции являются продуктом поведения особенных лиц (судей). «Особенность» судей заключается в процессе их отбора, обучения и практической деятельности, которые позволяют им в большой степени абстрагироваться от политических оценок. Именно в руках судей имеются возможности внедрить в общество «новые» ценности (содержательно) без изменения их словесного выражения (формулировок), что определяет одну их

⁴⁴⁸ См.: Zamboni M. Legal Realisms and the Dilemma of the Relationship of Contemporary Law and Politics. P. 584.

⁴⁴⁹ См.: Llewellyn K.N. A Realistic Jurisprudence – The Next Step. P. 431.

⁴⁵⁰ См.: Holmes O.W. The Path of the Law. P. 459–460.

главных черт права: «лингвистическую неоднозначность». Причина неоднозначной природы правового языка в том, что используемые судьями правовые концепции и категории могут найти объяснение в огромном количестве прецедентов, в методике оценки этих прецедентов и в утвержденных официальными властями нормах. Как отмечал Р. Дворкин: «Лучшая из версий [правового реализма – *Д.Т.*] предполагает, что точное значение правового высказывания – условие, при котором юрист считает высказывание верным, – зависит от контекста»⁴⁵¹. Тем не менее американские правовые реалисты считали, что право занимает устойчивую позицию по отношению к миру ценностей, которая основывается на возможности судьи выбирать между разными нормативными категориями, а не разными ценностями.

Неоднозначность правового языка не обязательно предопределяет нестабильность права, т.е. зависимость права от политики (в широком смысле). Наоборот, одной из центральных задач американского правового реализма является улучшение предсказуемости, или вычисляемости, судебных решений. Нормы, методики и должностные лица – это конститутивные элементы «реального» права, которые принадлежат, главным образом, правовому миру, а не политическому (в широком смысле). Другими словами, как К. Ллевеллин подчеркивает в одной из своих статей, задачей правового реализма является «не уничтожение норм, а грамотная расстановка слов... на перспективу»⁴⁵².

Американские правовые реалисты делают право только отчасти устойчивым по отношению к политическому миру. Судьи зависят от ценностного окружения, в котором они учились, живут и работают. В этом и заключается идея продуцируемого судьями «реального» (а не «книжного») права, которая отражает степень влияния политической среды на рассмотрение дела. Только через призму этой среды можно понять, как и почему какая-либо норма, концепция или категория стали правом и были использованы или созданы в судебном решении. Как отметил Ф. Коэн, «задача предсказания включает в себя не суждение об

⁴⁵¹ Dworkin R.M. *Law's Empire*. Cambridge, 1986. P. 36.

⁴⁵² Llewellyn K.N. *A Realistic Jurisprudence – The Next Step*. P. 453.

этической оценке... Фактами являются суждения о представлении судей о ценностях жизни и идеалах общества»⁴⁵³, что дает возможность узнать содержание права, созданного судьями.

Таким образом, американские правовые реалисты рассматривали право как явление, довольно устойчивое по отношению к политике, потому что право определяют судьи, которые допускают применение в праве ценностей политического мира только в случае, если эти ценности принимают форму правовых концепций и категорий. Тем не менее данная устойчивость является частичной в силу неопределенности правового языка и большого количества противоречивых прецедентов. По этой причине право должно пониматься как совокупность всех его элементов, включая ценностную среду (политику в широком смысле). Как отмечает М. Фриман, реалисты не отрицают нормативный характер правовых норм, но заявляют, что эти нормы не дают полного объяснения действительного поведения судей, должностных лиц или других лиц, вовлеченных в правовую деятельность⁴⁵⁴.

Скандинавские правовые реалисты, как и их американские коллеги, придерживались идеи частичной устойчивости правовой природы по отношению к политике (в широком смысле). Однако данная частичная устойчивость права для скандинавских реалистов не производна от исследования центральной роли правовых деятелей (в частности, судей) в формировании феномена права, как это присуще американским реалистам. Скандинавские ученые избрали более традиционный путь концептуального анализа: они напрямую сконцентрировались на различных терминах и категориях, конституировавших сущность права («права», «обязанности», «собственность», «вред» и т.п.). При этом для В. Лундштедта и К. Оливекроны эта позиция выведена из следования философскому подходу, сформулированному А. Хэгестрёмом, а анализ А. Росса

⁴⁵³ Cohen F.S. Transcendental Nonsense and the Functional Approach // Columbia Law Review. 1935. Vol. 35. № 6. P. 839.

⁴⁵⁴ См.: Freeman M.D.A. Lloyd's Introduction to Jurisprudence / 5th ed. London, 1985. P. 810; См. также: Leiter B. Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered // Ethics. 2001. Vol. 111. Part 2. P. 285.

берет начало в некоторых примерах логического позитивизма⁴⁵⁵. Тем не менее независимо от этих различий, все скандинавские правовые реалисты развивали две указанные ниже конкурирующие идеи природы права.

Характерным признаком первой идеи является представление о том, что правовые концепции и категории *per se* отделены от какой-либо системы политических (в широком смысле) ценностей: право является комплексом лингвистических или символических сигналов, установленных с целью провоцирования определенного поведения, или «директивами», или «независимыми императивами», указывающими обществу, в том числе судьям, пути следования⁴⁵⁶. Правовые нормы характеризуются не соответствием ценностным задачам, а своей функцией. Направление права (к цели А или к противоположной цели Б) не влияет на метод его действия. Скандинавские правовые реалисты рассматривали внутреннюю природу права как относительно независимую от окружающей ценностной среды.

Как отмечает М. Замбони, доказывая идею относительной ценностной нейтральности права, скандинавские правовые реалисты часто ссылались на правовую историю. Они показывали, что еще со времен древнего римского права правовой феномен был механизмом, хотя и проходящим через разные политические (в широком смысле) среды, но всегда работающим одинаково: право всегда было комплексом норм, регулирующим использование силы. Скандинавские правовые реалисты отрицали идею подвижности права и необходимости делать отсылку к ценностным элементам морали (таким как «справедливость» и «добродетель»), политики в узком смысле (таким как «демократия» и «воля парламента») или экономики (с такой её характеристикой, как «эффективность»). Норма обязательна для общества, по их мнению, даже если эта норма крайне несправедлива или экономически неэффективна. Важно то, что

⁴⁵⁵ Ross A. Directives and Norms. London, 1968. P. 15.

⁴⁵⁶ Ross A. On Law and Justice. P. 8; Lundstedt V.A. Legal Thinking Revised. P. 34, 133; Olivecrona K. Law as Fact. Copenhagen, 1939. P. 152.

она работает в реальности как стимул, заставляющий людей следовать конкретным образцам поведения⁴⁵⁷.

Указанный момент предваряет вторую ключевую идею скандинавских правовых реалистов, согласно которой правовой феномен только частично устойчив к политическому миру (как считали и американские правовые реалисты). Право имеет свойство «обязывать» конкретное общество (или конкретных правовых деятелей, таких как судьи) к определенному поведению до тех пор, пока оно действительно. Правовая норма или концепция считается действующей с момента, когда она «вступила в силу», т.е. когда большинство населения соблюдает данную норму или концепцию и считает её «социально обязывающей»⁴⁵⁸.

Таким образом, скандинавские правовые реалисты восприняли интерпретацию права как комплекса норм и категорий с устойчивой природой по отношению к миру ценностей вне зависимости от типа имплементированной в общество идеологии. Право, считали они, всегда действует одинаково и автономно от политики [напомним, что политика понимается здесь в широком смысле, т.е. как комплекс социальных ценностей и соответствующие им процессы – *Д.Т.*]. Однако устойчивость права только частична, т.к. существует необходимость «открывать» право окружающей политической (в широком смысле) среде, что происходит через фокусирование правовых концепций и категорий на их «действительности». «Действительность» означает, что эти нормы «в силе», что они соблюдаются и (что особенно актуально) воспринимаются как обязательные большинством населения или его квалифицированной частью (т.е., среди прочего, судьями).

Подход американских и скандинавских правовых реалистов к соотношению права и политики (в ранее указанном широком смысле этого термина) может быть рассмотрен как альтернатива традиционному двухвариантному видению «права как политики» (теория естественного права) и «либо право, либо политика»

⁴⁵⁷ См.: Zamboni M. Legal Realisms and the Dilemma of the Relationship of Contemporary Law and Politics. P. 596.

⁴⁵⁸ См., напр.: Ross A. On Law and Justice. P. 18.

(юридический позитивизм). Понимание правовых реалистов может быть обозначено как «*перекрестное*», т.к. американский и скандинавский правовой реализм считали право и политику «пересекающимися» феноменами. Вышесказанное позволяет сформулировать два основополагающих тезиса:

1. Правовые реалисты осознавали наличие в праве нормативного ядра, состоящего из видения права как механизма принуждения, передающегося от одного поколения другому вне зависимости от ценностного содержания (политики в широком смысле). Специфика деятелей (или «актеров») права, а также юридических методов аргументации (отличающихся и независимых от политических в широком смысле, т.е. от социальных, моральных, экономических, религиозных и т.п.) формирует «*устойчивость права*».

2. Правовые реалисты также признавали, что правовой и политический (в широком смысле) миры, в действительности, имеют размытые границы и до определенной степени *пересекаются* друг с другом, что делает указанную выше устойчивость права лишь «*частичной*».

Таким образом, в противоположность традиционным естественно-правовым теориям, реалисты рассматривали право как только частично сталкивающееся с политикой (в широком смысле), а не полностью встроенное в неё. Со временем право приобрело определенный уровень легитимности, основанной, скорее, на нормативных элементах, выраженных в методах принятия и вступления в силу конкретной нормы, нежели на политических (в широком смысле)⁴⁵⁹. Например, решения судей зависят от ценностей, но в то же время эти решения должны разумно согласовываться с ограничениями, возложенными существующими методами юридического доказывания⁴⁶⁰.

Важным отличием правовых реалистов от традиционных позитивистов (особенно в легистском варианте) является следующее: последние считают, что политические (в широком смысле) ценности трансформируются в правовые категории до того, как эти категории входят в правовой мир; перекрестный же

⁴⁵⁹ Llewellyn K.N. On Reading and Using the Newer Jurisprudence. P. 589; Ross A. Towards a Realistic Jurisprudence. P. 72.

⁴⁶⁰ Freeman M.D.A. Lloyd's Introduction to Jurisprudence. P. 810–811.

подход реалистов, напротив, заявляет, что политические ценности иногда напрямую входят в правовой мир и напрямую влияют на формирование правовых концепций⁴⁶¹. Правовые реалисты постоянно подчеркивают, что право является чем-то большим, чем логическая и закрытая система норм, закрепленных на бумаге (так называемых «бумажных норм», или «права в книгах»), т.е. реалисты заявляют, что право представляет собой эмпиричный феномен, состоящий из комбинации человеческого поведения и превалирующих идей о сущности права (так называемых «реальных норм», или «права в действии»)⁴⁶².

Правовые реалисты проложили дорогу осмыслению эмпирических аспектов правового феномена как конститутивным элементам природы права в смысле конкретного поведения людей (особенно судей) и их социо-психологических оснований. «Наша [реалистов – *Д.Т.*] цель обозначения концепции права, – писал А. Росс, – не в развенчании нормативных идей, а в том, чтобы дать им отличающуюся интерпретацию, понимая их такими, какие они есть: выражением конкретных своеобразных психо-физических практик, являющихся фундаментальным элементом правового феномена»⁴⁶³.

Эта отстаиваемая реалистами двойственность природы права была поддержана и Энрико Паттаро, когда он говорит о двух видах правового реализма в зависимости от его «нормативности», предлагая альтернативное деление представителей правового реализма (а не традиционное деление на «американское» и «скандинавское» направления). Согласно Э. Паттаро, правовой реализм может быть разделен на нормативный реализм (например, А. Росс в качестве представителя) и ненормативный реализм (В. Лундштедт и Д. Фрэнк)⁴⁶⁴.

Таким образом, правовые реалисты понимали право как механизм властного воздействия на человеческое поведение, но отличное от политической

⁴⁶¹ Leiter B. Rethinking Legal Realism. P. 278.

⁴⁶² См.: Llewellyn K.N. Some Realism about Realism. P. 1237; Pound R. Law in Books and Law in Action. P. 35–36.

⁴⁶³ Ross A. Towards a Realistic Jurisprudence. P. 49.

⁴⁶⁴ См.: Pattaro E. Lineamenti per una teoria del diritto. Bologna, 1990. P. 163–165. Цит. по Zamboni M. Legal Realisms and the Dilemma of the Relationship of Contemporary Law and Politics. P. 601–602.

(в узком смысле) пропаганды, однако данный механизм должен основываться на существующих в обществе ценностях, чтобы его считали обязательным⁴⁶⁵. Представляется, что правовой реализм в США и Скандинавии успешно изложил новаторскую для своего времени концепцию соотношения права и политики (в широком смысле), обозначив их «перекрестное» взаимовлияние и «частичную устойчивость» права к миру ценностей.

Радикальный американский и скандинавский правовой реализм как переходный этап к постклассическому правопониманию. Во второй половине XX в. вследствие беспрецедентного усложнения мира и осмысления ограниченности человеческого разума произошли определенные «повороты» в социогуманитарном знании, в частности, лингвистический, практический и антропологический⁴⁶⁶. Также стоит отметить современные дискуссии о так называемом «реалистическом повороте» в современной эпистемологии, философии сознания и философии науки⁴⁶⁷. Указанные «повороты» привели к формированию так называемой «постклассической», «неклассической» или «постнеклассической» (в зависимости от предпочитаемой терминологии, периодизации и критериев отхода от «классической») юриспруденции. В рамках настоящего исследования не рассматривается вопрос о целесообразности какого-либо из указанных терминов и обоснованности разделения «неклассической» и «постклассической» юриспруденции, но представляется полезным отметить и существующее в российской науке мнение об избыточности выделения «постклассического» этапа, радикализирующего идеи «неклассического»⁴⁶⁸. Тем

⁴⁶⁵ Ibid. P. 604.

⁴⁶⁶ См., напр.: Честнов И.Л. Постклассическая интерпретация ускользающего бытия права: вместо введения. С. 12.

⁴⁶⁷ См.: «Реалистический поворот» в современной эпистемологии, философии сознания и философии науки? Участниками дискуссии были следующие ученые: В.А. Лекторский, Б.И. Пружинин, Д.И. Дубровский, Д.В. Иванов, А.С. Карпенко, Г.Д. Левин, Е.А. Мамчур, С.В. Пирожкова, А.В. Родин, Н.М. Смирнова, Е.О. Труфанова, Е.Л. Черткова.

⁴⁶⁸ См.: Тимошина Е.В. Классическое и постклассическое правопонимание как стили философско-правового мышления // Постклассическая онтология права / под ред. И.Л. Честнова. СПб, 2016. С. 219–220; Тимошина Е.В. Теория и социология права Л.И. Петражицкого в контексте классического и постклассического правопонимания. Автореф. дис. ... докт. юрид. наук. М., 2013; и др. См. также: Честнов И.Л. Постклассическая интерпретация ускользающего бытия права: вместо введения. С. 11, сн. 1.

не менее можно согласиться, что «односторонние» интерпретации права классических типов правопонимания перестали соответствовать многогранности жизни, стимулировав появление интегративных и интегральных концепций права⁴⁶⁹.

В рамках настоящего исследования обосновывается тезис о том, что американский и скандинавский правовой реализм – и особенно ярко в лице радикальных подходов Д. Фрэнка и В. Лундштедта, – может рассматриваться в качестве *переходного* звена от классических типов правопонимания к постклассическим: позиции правовых реалистов были чрезмерно радикальными для отнесения к одной лишь социологической или психологической юриспруденции классического типа и недостаточно разработанными для постклассической ⁴⁷⁰. Встречается и несколько другая классификация, подчеркивающая радикальность правового реализма: например, Г.Э. Адыгезалова считает, что главными представителями *классической* американской социологической юриспруденции являются Р. Паунд, Т. Парсонс и Г. Бредемейер, а реалистическая «школа» права, в которую, по ее мнению, входят О. Холмс⁴⁷¹, К. Ллевеллин, Д. Фрэнк и Т. Арнольд, представляет собой *радикальную* американскую социологическую юриспруденцию⁴⁷².

В соответствии с принятой в настоящей работе методологией и терминологией, предполагающей выделение классического и постклассического правопонимания, в том числе с их пониманием как «стилей философско-

⁴⁶⁹ См.: Поляков А.В., Тимошина Е.В. Общая теория права. СПб., 2005. С. 55–56; Поляков А.В. Постклассическое правоведение и идея коммуникации // Правоведение. 2006. № 2 (265). С. 28.

⁴⁷⁰ См. напр.: Etchemendy M.X. Op. cit. P. 8; Twining W. Karl Llewellyn and The Realist Movement. P. 384–385.

⁴⁷¹ См. также отнесение учения О. Холмса к правовому реализму: Лесив Б.В. Правовой реализм: доктрина Оливера Холмса о судебном правотворчестве. Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2022. С. 13 и др.

⁴⁷² Адыгезалова Г.Э. Социологическая юриспруденция США в XX в.: формирование доктрины, развитие и совершенствование правопорядка. СПб., 2012. С. 12–45 и др.; Она же. Социологическая юриспруденция США в XX в.: формирование доктрины, развитие и совершенствование правопорядка. Дис. ... докт. юрид. наук. Краснодар, 2017. С. 40–60 и др.

правового мышления»⁴⁷³, можно заключить, что представители правового реализма стремились:

1) совместить объективистскую интерпретацию бытия права, предполагающую объективное наблюдение эмпирического факта в мире времени и пространства [черта классического правопонимания – *Д.Т.*] и субъективность познающего его лица, в частности, судьи [черта постклассического правопонимания – *Д.Т.*];

2) предоставить знание о сущности изучаемого объекта в незамутненном вненаучными предпосылками виде [черта классического правопонимания – *Д.Т.*], учитывая социокультурные детерминанты теоретико-правового знания [черта постклассического правопонимания – *Д.Т.*];

3) трактовать как самоочевидные отдельные краеугольные идеи своих концепций и склоняются, по нашему мнению, скорее к корреспондентной концепции истины (в части соответствия юридических категорий конкретным эмпирическим фактам, таким как потребности индивидов), чем к когерентной [черта классического правопонимания – *Д.Т.*], признавая такие характеристики постклассической юриспруденции как человекоразмерность, процессуальность, историчность, контекстуальность и «существование» правовой реальности через интерпретационные практики субъектов (в частности, судей) и осмысливая используемый ими «язык права» как одно из средств ее конституирования [черта постклассического правопонимания – *Д.Т.*];

4) разделять право и ценностные суждения [черта классического правопонимания – *Д.Т.*], эксплицируя связи между внутринаучными, социокультурными и личностными ценностями в структуре теоретико-правового исследования, а также рассматривая теорию права как инструмент личностного ответственного выбора решения в проблемной юридической ситуации [черта постклассического правопонимания – *Д.Т.*].

⁴⁷³ См.: Тимошина Е.В. Классическое и постклассическое правопонимание как стили философско-правового мышления. С. 240–284.

Можно согласиться с Е.В. Тимошиной, что при выделении классического и постклассического правопонимания значим не столько хронологический критерий (в этом смысле формирование постклассической юриспруденции начинается с рубежа XIX–XX вв.), сколько концептуальный, предполагающий, среди прочего, сосуществование обоих стилей философско-правового мышления ⁴⁷⁴. Более того, «взаимная соотнесенность классического и постклассического правопонимания позволяет дифференцировать “радикальные, но преемственные” трансформации в развитии правовой мысли и деструктивные идеи и течения, последовательно уничтожающие как ценность научной рациональности, так и саму идею права» ⁴⁷⁵. В данной перспективе представляется, что американский правовой реализм в лице Д. Фрэнка относится скорее к «радикальным, но преемственным» подходам, тогда как скандинавский правовой реализм В. Лундштедта – к более деструктивным, нежели продуктивным, течениям. Тем не менее стоит подчеркнуть, что отдельные идеи Д. Фрэнка были деструктивны (в частности, о личных предубеждениях судьи как решающем факторе в судебном споре), а В. Лундштедта – конструктивны (например, предложенный им метод «социального благополучия»).

С философско-правовой точки зрения реалистический подход к праву претендует стать третьим вариантом ⁴⁷⁶ в извечной дихотомии «метафизика–позитивизм». Представители американского и скандинавского правового реализма довольно резко отрицали обращение к концепциям естественного права, хотя и признавали в некоторой степени их опосредованное влияние. Соотношение же правового реализма с юридическим позитивизмом не столь однозначно. Распространенным мнением является то, что «классические позитивисты» видели своей главной задачей анализ правовых концепций, не ведущий к отрицанию традиционных категорий права, к скептическому отношению к ним или к их

⁴⁷⁴ См. подробнее: Там же. С. 237, 269 и др.

⁴⁷⁵ Там же. С. 238–239.

⁴⁷⁶ См., например: Martin M. *Op. cit.* P. 1; *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence. Volume 12. Tome 2. P. V-IX.*

полной замене радикальными идеями⁴⁷⁷. Правовые реалисты в этом плане стремились к полному переосмыслению традиционных концепций, обращаясь к фундаментальным элементам правовой системы и отмечая «метафизичность» современного им позитивизма.

Однако не будучи позитивизмом в классическом смысле (например, в смысле позиций И. Бентама или Дж. Остина), в широком, или постклассическом, смысле (т.е. с традиционным разделением права и морали, но включением в теоретический анализ социологических и психологических элементов) правовой реализм является одним из видов позитивистской теории права, наиболее близким к «эксклюзивному», или «жесткому», юридическому позитивизму⁴⁷⁸. Так, например, правовые реалисты в целом соглашались, что если «право содержит в себе отсылку к морали... то, принимающий решение судья действует как законодатель»⁴⁷⁹, т.е. отрицают концептуальную возможность включения в понятие «право» моральных норм, хотя и признают их опосредованное влияние на юриспруденцию.

Более того, с точки зрения общего для теории и философии права методологического критерия классификации типов правопонимания, на основе которого выделяются позитивистский и метафизический подходы к пониманию права⁴⁸⁰, представляется оправданным трактовать американский и скандинавский правовой реализм как своего рода «социо-психологический» тип позитивистского правопонимания. Обозначение реалистического подхода к праву как «социо-

⁴⁷⁷ См.: Martin M. Op. cit. P. 3.

⁴⁷⁸ См., напр.: Leiter B. Naturalizing Jurisprudence. P. 121 и др.; Schauer F. American Legal Realism – Theoretical Aspects. P. 2; Краевский А.А. Чистое учение о праве Ганса Кельзена и современный юридический позитивизм. Дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2014. С. 22, 101–102, 208 и др.; Тимошина Е.В., Васильева Н.С. Общая теория судебного метода и стили судебной интерпретации в правовой концепции А. Росса // Труды Института государства и права РАН. 2016. № 4 (56). С. 113–128; и др.

⁴⁷⁹ Краевский А.А. Чистое учение о праве Ганса Кельзена и современный юридический позитивизм. С. 101.

⁴⁸⁰ См.: Лапаева В.В. Типы правопонимания: правовая теория и практика. С. 31–37; Варламова Н.В. Принцип формального равенства как основание диалектического снятия противоположности метафизических и позитивистских интерпретаций права // Право и общество в эпоху перемен: материалы философско-правовых чтений памяти академика В.С. Нерсесянца. М., 2008. С. 25; Варламова Н.В. Типология правопонимания и современные тенденции развития теории права. М., 2010. С. 15–25; и др.

психологического» согласуется и с принятыми в отечественной науке взглядами. Так, например, В.Г. Графский характеризует позитивизм американских и скандинавских правовых реалистов как «прагматический юридический реализм», т.е. как вариант «социально-психологической инженерии»⁴⁸¹. Более общее обозначение «социолого-психологического» течения социологической юриспруденции в США встречается и в работе В.А. Туманова⁴⁸². Стоит также отметить мнение В.Д. Зорькина о том, что американский и скандинавский правовой реализм является «ярким примером сплава психологической и социологической теорий»⁴⁸³.

В настоящее время правовой реализм целесообразно оценивать не как непротиворечивую и целостную теорию права, а скорее как *подход* в философии права к анализу судебных решений (американский правовой реализм) и определению онтологического статуса права (скандинавский правовой реализм)⁴⁸⁴, предоставляющий определенные методы для решения юридических проблем⁴⁸⁵. В этом плане представляется обоснованной позиция о том, что правовой реализм следует считать «приемом (стратегией) правопознания и правопонимания», или «гносеологической стратегией»⁴⁸⁶. Также довольно перспективна современная интерпретация некоторыми исследователями американского и скандинавского направлений правового реализма в качестве «исследовательских программ»⁴⁸⁷, в том числе «натуралистических»⁴⁸⁸,

⁴⁸¹ См.: Графский В.Г. Прагматический юридический реализм // История политических и правовых учений: учебник для вузов / Под общ. ред. В.С. Нерсесянца. 4-е изд., перераб. и доп. М., 2004. С. 745–750.

⁴⁸² Туманов В.А. Буржуазная правовая идеология. С. 247 и др.

⁴⁸³ См.: Зорькин В.Д. Позитивистская теория права в России. М., 1978. С. 192 и др.

⁴⁸⁴ См.: Schauer F. American Legal Realism – Theoretical Aspects. P. 2.

⁴⁸⁵ Postema G.J. A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence. P. 83.

⁴⁸⁶ Груздев В.С. Реализм в юриспруденции. С. 6–7.

⁴⁸⁷ См.: Martin M. Op. cit. P. 99–120, 193–205. О соотношении указанной категории с идеей «научно-исследовательских программ» Имре Лакатоса, см.: Ibid. P. 118–119, n. 2. См. также: Leiter B. Legal Realisms, Old and New // Valparaiso University Law Review. 2013. Vol. 47. P. 949; Leeuw F.L. American Legal Realism: Research Programme and Policy Impact // Utrecht Law Review. 2017. Vol. 13. № 3. P. 28–40.

⁴⁸⁸ Holtermann J.v.H. Getting Real or Staying Positive? P. 535–555; Spaak T. Naturalism in Scandinavian and American Realism. P. 33–83; и др.

возможная польза от которых определяется эмпирическим путем и которые стимулируют подобные эмпирические исследования в сфере права.

3.3. Значение радикального правового реализма для зарубежной и отечественной правовой мысли

Правовой реализм в развитии юриспруденции США и Швеции.

Э. Паттерсон в своем знаменитом труде «Юриспруденция: люди и идеи в праве» (1953 г.) писал, что американский правовой реализм «был дитем периода (1919-1940) между двумя мировыми войнами, когда скептицизм к традиции, реверанс наукам и вера в человеческую возможность сделать мир лучше путем исследований и проб, были предметом американского академического кредо»⁴⁸⁹. В том же ключе рассуждал и Х. Интема, заявляя, что «в своем практическом стремлении реализм предполагал антиконцептуализм и подчеркивал модернизм с наивной увлеченностью особенностями существующего права... движение реалистов было дитем своего времени»⁴⁹⁰. Т. Арнольд высказался ещё более решительно: «...реалистическая юриспруденция – хорошее лекарство для слабого и беспокойного общества. Америка начала 1930-х гг. была таким обществом. Но реализм, несмотря на свои достоинства, не является основой для стабильной цивилизации»⁴⁹¹, а издание Д. Фрэнком книги «Право и современное сознание» в 1930 г. он считал «шокотерапией» для США, которая испытывала второй год Великой Депрессии, что позволило Ю. Полу назвать Д. Фрэнка так называемым «*enfant terrible*»⁴⁹² американской юридической науки того времени. Однако каждое интеллектуальное движение есть творение своего времени и места. Представляется необходимым оценить значение движения, чтобы понять, до какой степени его отличительные черты имели универсальный характер и повлияли на дальнейшее развитие правовой науки.

⁴⁸⁹ Patterson E.W. Jurisprudence: Men and Ideas of the Law. Brooklyn, 1953. P. 556.

⁴⁹⁰ Yntema H.E. American Legal Realism in Retrospect. P. 329.

⁴⁹¹ Arnold T.H. Judge Jerome Frank // The University of Chicago Law Review. 1957. Vol. 24. № 4. P. 635.

⁴⁹² См.: Paul J. The Legal Realism of Jerome N. Frank. P. 26.

Разрабатываемые американскими реалистами идеи определили центральные тезисы в правовой теории последующих американских движений, таких как «право и экономика», «право и общество», школа «критических правовых исследований», «феминистская юриспруденция», «критическая расовая теория» и др.⁴⁹³ Можно утверждать, что реалисты представили чрезвычайно полезную и успешную новаторскую идею включения эмпирической методологии социальных наук в изучение права, которая была не просто оригинальной (по крайней мере, для американской юриспруденции), но и в значительной мере обусловила дальнейшее развитие юридической мысли в США. Последующим американским правовым движениям в определенной степени присущи идеи правового реализма с его оппозицией к формализму классической эпохи: каждая из них в какой-то мере была и реакцией, и «современной версией правового реализма»⁴⁹⁴. Таким образом, выражение, которое стало популярным в американской литературе – «мы все сейчас реалисты» (*we are all realists now*)⁴⁹⁵, – более чем оправданно.

При этом американские реалисты уделяли особое внимание вопросу правовой определенности как одному из важнейших вопросов права. Соответственно, они изучали процесс вынесения судебного решения и широко анализировали мышление судей, как и юристов в целом. Соответственно, американские правовые реалисты успешно изменили отношение к аргументам при вынесении судебного решения. Например, в 1959 г. К. Ллевеллин пришел к выводу, что «открытый и сознательный поиск обоснованной нормы для типа-ситуации... характеризует сегодня работу Верховного суда США»⁴⁹⁶, подчеркнув применение своих идей на практике. Более того, большая часть из того, что

⁴⁹³ См., напр.: Сметанников Д.С. Школа критических правовых исследований. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2000. С. 8 и др.; Postema G.J. A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence. Volume 11. Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World. Dordrecht, 2011. P. 138–139.

⁴⁹⁴ Singer J.W. Legal Realism Now // California Law Review. 1988. Vol. 76. № 2. P. 503.

⁴⁹⁵ Это высказывание стало своеобразным юридическим клише. См.: Alexander G.S. Op. cit. P. 131; Leiter B. Rethinking Legal Realism. P. 267–268; Singer J.W. Op. cit. P. 467; Bix B. Jurisprudence: Theory and Context / 2nd ed., London, 1999. P. 165; Twining W. Karl Llewellyn and The Realist Movement. P. 382.

⁴⁹⁶ Llewellyn K.N. Jurisprudence. P. 279.

К. Ллевеллин написал о «Гранд-стиле» и «Формальном стиле»⁴⁹⁷, стало в США общепринятой истиной в правовых школах и на практике: «различия между стилями стали настолько привычными»⁴⁹⁸, что Гранд-стиль влиял даже на работы судей Верховного суда США⁴⁹⁹. Современные американские правоведы признают, что в значительной мере опираются на метафору «балансирования различных интересов», предложенную американскими правовыми реалистами. Однако следует признать, что представители американского правового реализма не смогли удачно превратить свои идеи в четкое поэтапное «руководство к действию» в судебном процессе.

Скандинавский же правовой реализм часто называют «идеологией скандинавского государства благосостояния»⁵⁰⁰. Критика естественного права и в целом идей об отражении в праве какого-либо неизменного начала привела скандинавских реалистов к «интерпретации права как социального феномена, в конечном счете укорененного в государственной монополизации силы»⁵⁰¹. С политической точки зрения скандинавский правовой реализм часто ассоциируется с социал-демократией или, по меньшей мере, с прогрессивным реформоориентированным направлением. Скандинавские правовые реалисты стремились показать, что юриспруденция основывается на ценностно-политических предпосылках, и заложить философско-правовые основы для социальных реформ.

Представители скандинавского движения правового реализма пытались исключить метафизические элементы из права и ориентировали юриспруденцию на эмпирическую методологию, поэтому своеобразным «девизом» скандинавских правовых реалистов можно признать широко распространенную фразу

⁴⁹⁷ См.: Тонков Д.Е. Американский правовой реализм. С. 137–153.

⁴⁹⁸ Chayes A. The Role of the Judge in Public Law Litigation // Harvard Law Review. 1976. Vol. 89. № 7. P. 1281, 1313.

⁴⁹⁹ Brennan W.J. State Constitutions and the Individual Rights // Harvard Law Review. 1977. Vol. 90. № 3. P. 489, 502.

⁵⁰⁰ См., например: Strang J. Scandinavian Legal Realism and Human Rights. P. 4; Vik H.H., Jensen S.L.B., Lindkvist L., Strang J. Histories of Human Rights in the Nordic Countries // Nordic Journal of Human Rights. 2018. Vol. 36. № 3. P. 199.

⁵⁰¹ См.: Strang J. Scandinavian Legal Realism and Human Rights. P. 1–2.

А. Хэгерстрёма: «Кроме того, я думаю, что метафизика должна быть разрушена» (лат. «*Praeterea censeo metaphysicam esse delendam*») ⁵⁰², – являющуюся перефразированием знаменитого призыва Марка Порция Катана: «Кроме того, я думаю, что Карфаген должен быть разрушен» (лат. «*Ceterum censeo Carthaginem esse delendam*»).

С политической точки зрения А. Хэгерстрём был известен как радикал с четкими «левыми» симпатиями. Он быстро достиг статуса своего рода «философского пророка» среди шведской прогрессивной молодежи, особенно среди будущих членов Социал-демократической рабочей партии Швеции, «жаждущих в период между двумя войнами дистанцироваться от марксизма в сторону более ревизионистской и модернистской программы» ⁵⁰³. Идеи А. Хэгерстрёма были использованы ими для разоблачения «ложных притязаний на объективность и для тщательного изучения либеральных и консервативных политических предпосылок» ⁵⁰⁴. В Швеции бюрократии отводилась жизненно важная роль в представлении интересов коллектива в обществе и в координации общественной деятельности, что было поддержано идеями скандинавского правового реализма ⁵⁰⁵. Ярким примером такого шведского «бюрократа нового типа» стал в своё время второй Генеральный секретарь ООН – Даг Хаммаршёльд ⁵⁰⁶. В своей докторской диссертации он широко использовал идеи А. Хэгерстрёма, знакомство с которым, по его собственному признанию, было одним из важнейших событий его студенческих лет и сохраняло свое значение в дальнейшем ⁵⁰⁷.

Отдельные исследователи даже заявляют об ответственности А. Хэгерстрёма за «патерналистские, абсолютистские и тоталитарные тенденции

⁵⁰² Hägerström A. Die Philosophie der Gegenwart i Selbstdarstellungen / Bd. VII, Leipzig, 1929. P. 158.

⁵⁰³ Strang J. Scandinavian Legal Realism and Human Rights. P. 9.

⁵⁰⁴ Ibid. См. также: Mindus P. Op. cit.; Strang J. History, Transfer, Politics: Five Studies on the Legacy of Uppsala Philosophy / Academic dissertation, University of Helsinki. Tampere, 2010.

⁵⁰⁵ См.: Sundberg J.W.F. Op. cit. P. 973.

⁵⁰⁶ Даг Яльмар Агне Карл Хаммаршёльд (Dag Hjalmar Agne Carl Hammarskjöld, 29 июля 1905 г. – 18 сентября 1961 г.), шведский политический деятель, второй Генеральный секретарь ООН (1953-1961 гг.).

⁵⁰⁷ См.: Sundberg J.W.F. Op. cit. P. 974.

в скандинавских государствах»⁵⁰⁸, поэтому отстаивание примата политики (как в широком смысле, так и в узком) над правом считается критиками одной из главных причин заката скандинавского правового реализма после 1970-х гг. (в частности из-за его критического отношения к институту «прав человека») ⁵⁰⁹. Однако общий скептический настрой скандинавского правового реализма к традиционным правовым концепциям сохранился (особенно в Швеции) до сих пор.

«Новый правовой реализм» и иные «реалистические» направления в мировой юриспруденции. Американский и скандинавский правовой реализм стал идейным вдохновителем многих реалистических направлений в мировой юриспруденции ⁵¹⁰. Особо следует отметить, что в XXI в. распространяются исследования так называемого «нового правового реализма» («*New Legal Realism*») в виде его самых разнообразных вариантов, среди которых особо следует отметить такие направления, как американское – «новый (американский) правовой реализм», формирующийся с 2000-х гг.,⁵¹¹ и европейское – «новый (европейский) правовой реализм», начало которого относят к 2010-м гг.⁵¹²

⁵⁰⁸ Strang J. Scandinavian Legal Realism and Human Rights. P. 4–5.

⁵⁰⁹ См. подробнее: Тонков Д.Е. Влияние скандинавского правового реализма на идею прав человека в Швеции // Образование и право. 2020. № 4. С. 530–537.

⁵¹⁰ См.: Тонков Д.Е. Движения правового реализма и примеры его исследования в современной социологии права // Социологическая школа права в контексте современной юриспруденции / Под ред. Е.Н. Тонкова, И.Л. Честнова. СПб., 2022. С. 204–230; Тонков Е.Н., Тонков Д.Е. Правовой реализм. СПб., 2022. С. 363–408 и др.

⁵¹¹ См., например: Erlanger H., Garth B., Larson J., Mertz E., Nourse V., Wilkins D. Is It Time for a New Legal Realism? // Wisconsin Law Review. 2005. Vol. 2005. № 2. P. 335–363; Nourse V., Shaffer G. Varieties of New Legal Realism: Can a New World Order Prompt a New Legal Theory? // Cornell Law Review. 2009. Vol. 95. P. 61–137; Kruse K.R. Getting Real About Legal Realism, New Legal Realism and Clinical Legal Education // New York Law School Review. 2011–2012. Vol. 56. P. 295–320; Leiter B. Legal Realisms, Old and New. P. 949–963; Garth B., Mertz E. Introduction: New Legal Realism at Ten Years and Beyond // UC Irvine Law Review. 2016. Vol. 6. № 2. P. 121–135; Груздев В.С. Об особенностях «нового правового реализма» // Теория и практика общественного развития. 2020. № 1 (143). С. 107–110; Он же: Реализм в юриспруденции: теоретико-методологический и исторический аспекты. Саратов, 2021. С. 314–329; и др.

⁵¹² См., например: European Legal Method: Towards a New European Legal Realism? / ed. by U. Neergaard, R. Nielsen. Copenhagen, 2013; Holtermann J.v.H., Madsen M.R. European New Legal Realism and International Law: How to Make International Law Intelligible // iCourts Working Paper Series. 2014. № 11. P. 1–24; Holtermann J.v.H., Madsen M.R. European New Legal Realism: Towards a Basic Science of Law // iCourts Working Paper Series. 2020. № 215. P. 1–25. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3685745 (дата обращения: 22.10.2021); и др.

Отдельные призывы к новому американскому реалистическому движению в юриспруденции прослеживаются с конца 1980-х гг.⁵¹³, однако сам термин «новый правовой реализм» предположительно впервые был использован в 1997 г., когда состоялся круглый стол «Пришло ли время для нового правового реализма» («*Is It Time for a New Legal Realism*») на собрании Ассоциации права и общества («*Law and Society Association*»), проходившей в США в г. Сент-Луисе, штате Миссури⁵¹⁴. Закрепление термина состоялось на первой конференции по новому правовому реализму «Новые методы правового реализма» («*1st New Legal Realism Conference: New Legal Realist Methods*»), проходившей 25-27-го июня 2004 г. в Висконсинском университете в Мэдисоне в США⁵¹⁵. Данное направление правовой мысли признается современной реконструкцией «классического американского правового реализма»⁵¹⁶, который совместил в себе опыт последующего американского правоведения – школы критических правовых исследований («*Critical Legal Studies*»), права и общества («*Law and Society*»), эмпирических правовых исследований («*Empirical Legal Studies*») и др., – и соответствует вызовам юриспруденции XXI в., среди которых отмечаются следующие: «глобализация, террор, неспособность финансовых рынков ограничивать себя, неравенство доходов и активно реагирующее на это

⁵¹³ См.: Garth B., Mertz E. Introduction: New Legal Realism at Ten Years and Beyond. P. 121, n. 1.

⁵¹⁴ См. подробнее: Law and Society Association // URL: <https://www.lawandsociety.org> (дата обращения: 22.10.2021). См. также: Cross F.B. Political Science and the New Legal Realism: A Case of Unfortunate Interdisciplinary Ignorance // *Northwestern University Law Review*. 1997. Vol. 92. № 1. P. 251–326; Miles T.J., Sunstein C.R. The New Legal Realism // *The University of Chicago Law Review*. 2008. Vol. 75. P. 831, n. 4; Erlanger H., Garth B., Larson J., Mertz E., Nourse V., Wilkins D. Is It Time for a New Legal Realism? P. 337, n. 7; и др.

⁵¹⁵ См.: 1st New Legal Realism Conference: New Legal Realist Methods, Program // URL: <http://www.americanbarfoundation.org/uploads/cms/documents/nlrconf604.pdf> (дата обращения: 22.10.2021); New Legal Realism // URL: <http://newlegalrealism.org> (дата обращения: 22.10.2021). См., также: Garth B., Mertz E. Introduction: New Legal Realism at Ten Years and Beyond. P. 121, n. 1; Macauley S. New Legal Realism: Unpacking a Proposed Definition // *UC Irvine Law Review*. 2016. Vol. 6. № 2. P. 149, n. 1.

⁵¹⁶ См.: Груздев В.С. Новый правовой реализм // *Право и политика*. 2019. № 12. С. 1. См. также: Он же. О характере американского классического правового реализма // *Право и политика*. 2020. № 9. С. 15–22.

неравенство общество, а также понимание государствами своей уязвимости и взаимной зависимости»⁵¹⁷.

В общем виде американский «новый правовой реализм», с такими лидерами, как Э. Мерц (*E. Mertz*), М. Сачмен (*M. Suchman*), Б. Гарт (*B. Garth*), Г. Эрлангер (*H. Erlanger*), В. Нурсе (*V. Nourse*), Г. Шаффер (*G. Shaffer*), Дж. Ларсон (*J. Larson*), Д. Уилкинс (*D. Wilkins*), Х. Даган (*H. Dagan*), Б. Таманаха (*B. Tamanaha*), У. Твайнинг (*W. Twining*), М. Маккенн (*M. McCann*), Ф. Кросс (*F. Cross*), Т. Майлз (*T. Miles*), Р. Санштейн (*R. Sunstein*), С. Маколей (*S. Macauley*) и др., может считаться прагматичной «попыткой осмыслить источники судебных решений на основе проверяемых гипотез и больших массивов данных»⁵¹⁸, «ответом берущему свои истоки в неоклассической юриспруденции и экономике “новому формализму” в аспектах осмысления личности, государства, судебной деятельности и подхода к юридическому обучению»⁵¹⁹ или, например, «стремлением обнаружить и изучить значение права исходя из его влияния в момент появления на свет – не только в зале судебного заседания, но и в кулуарах суда, офисе юриста и даже в более отдаленных пространствах»⁵²⁰.

При всем разнообразии нового правового реализма в его американской версии⁵²¹, представляется допустимым обозначить пять характерных черт данного направления: 1) несомненное базирование на юриспруденции, т.е. не сведение права к другим социальным феноменам, а лишь использование разработок всех социальных наук; 2) синтез права с социальными науками и их трансляция на право, т.е. предоставление юристам, особенно адвокатам, судьям и правоведам-преподавателям, доступа к соответствующему качественному и количественному

⁵¹⁷ Nourse V., Shaffer G. Varieties of New Legal Realism. P. 71.

⁵¹⁸ Miles T. J., Sunstein C.R. The New Legal Realism. P. 831.

⁵¹⁹ Nourse V., Shaffer G. Varieties of New Legal Realism. P. 61.

⁵²⁰ LoPucki L.M. Bringing Realism to the Classroom – A Review of Warren and Westbrook’s “The Law of Debtors and Creditors” // Wisconsin Law Review. 1987. № 4. P. 641. Цит. по: Macauley S. New Legal Realism: Unpacking a Proposed Definition. P. 149.

⁵²¹ Разновидности американского нового правового реализма могут включать в себя бихевиористическое (с уклоном на анализ судебной политики и поведенческой экономики), контекстуальное (с широким использованием антропологии, социологии и истории), институциональное (с исследованием влияния на право публичных институтов и частных организаций) и другие направления. См. подробнее: Nourse V., Shaffer G. Varieties of New Legal Realism. P. 70, 76–90.

(«*qualitative and quantitative*») знанию, генерируемому, например, учеными-социологами, а также трансляция данного знания на преимущественно нормативный мир юриспруденции; 3) фокус на перспективу «снизу вверх» («*bottom-up*»), т.е. понимание права как основанного не на опыте тех, кто традиционно *формулирует* право, а на опыте тех, чья деятельность им *регулируется*; 4) конструктивность правового воздействия, т.е. стремление обнаружить и предотвратить отдельные неизбежно присутствующие в правоприменительной деятельности проявления несправедливости; 5) распространение юридической сферы на глобализирующийся мир, т.е. связанность с широким кругом вопросов на транснациональном, региональном, наднациональном и даже глобальном уровнях, а также понимание права как не имеющего профессиональных, дисциплинарных и государственных границ⁵²².

Другой – так называемый «европейский» – вариант нового правового реализма берет отсчет с первой европейской конференции по данному направлению под названием «Новые рубежи правового реализма: американского, скандинавского, европейского, глобального» («*New Frontiers of Legal Realism: American, Scandinavian, European, Global*»), прошедшей 29-30-го мая 2012 г. в Копенгагенском университете в Дании⁵²³, не имеет прямой связи с классическим вариантом скандинавского правового реализма и зачастую выделяется как отдельное направление нового реалистического подхода. Так, европейское направление развивается с бóльшей, чем новое американское, философско-правовой и эпистемологической ориентацией⁵²⁴, опираясь на работы датчанина Альфа Росса, немца Макса Вебера и француза Пьера Бурдьё и предлагая «новую

⁵²² См. подробнее: Dagan H. Contemporary Legal Realism // Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy. 2017. P. 1–3. URL: https://link.springer.com/referenceworkentry/10.1007%2F978-94-007-6730-0_107-1 (дата обращения: 22.10.2021).

⁵²³ См.: Garth B., Mertz E. Introduction: New Legal Realism at Ten Years and Beyond. P. 130; New Frontiers of Legal Realism: American, Scandinavian, European, Global // URL: [https://jura.ku.dk/english/lawteaching/?pure=en%2Factivities%2Fnew-frontiers-of-legal-realism-american-scandinavian-european-global\(a2065411-a3a1-42be-86e7-7882222ef776\).html](https://jura.ku.dk/english/lawteaching/?pure=en%2Factivities%2Fnew-frontiers-of-legal-realism-american-scandinavian-european-global(a2065411-a3a1-42be-86e7-7882222ef776).html) (дата обращения: 22.10.2021).

⁵²⁴ О сходствах и различиях американского и европейского направлений «нового правового реализма» см., например: Holtermann J.v.H., Madsen M.R. European New Legal Realism. P. 4–7.

программу для контекстуальной и эмпирической науки права... для основания нового интеллектуального подхода к пониманию права как социального и эмпирического феномена, но без упущения или разрушения его нормативного характера»⁵²⁵. Европейское направление развивается такими учеными, как Я. Холтерманн (*J. Holtermann*) и М. Мадсен (*M. Madsen*), которые поднимают эпистемологические вопросы о самой возможности познания юридических явлений и допустимости существования науки о праве в строгом смысле.

Важным элементом европейского нового правового реализма является подчеркивание в социологии права М. Вебера и скандинавском правовом реализме А. Росса «необходимости для эмпирической правовой науки разделения концепции правовой действительности («*legal validity*») на аксиологическую и эмпирическую составляющие»⁵²⁶. Аксиологическая действительность традиционно направляет анализ правоведов, придерживающихся позиций юридического позитивизма или естественного права. Однако наблюдение за существованием конкретного правопорядка или правовой нормы как «максимы», т.е. как идеи среди судей и других официальных лиц чего-то «обязательного» (полагаемого ими аксиологически действительного), означает наблюдение именно за эмпирической действительностью. Новое европейское реалистическое направление стремится в первую очередь изучить эмпирический вид действительности, признавая «сложность фактов» («*complexity of facts*») и разделяя «нормовыражающие» («*norm-expressive*») утверждения об аксиологической действительности и «нормоописывающие» («*norm-descriptive*») – об эмпирической⁵²⁷.

Опираясь в большей степени на собственно европейские, а не американские, традиции правового реализма, европейский новый правовой реализм фокусируется не столько на вопросах нормативности и правовой аргументации (так называемый «внутренний» аспект права), сколько на

⁵²⁵ Ibid. P. 8.

⁵²⁶ Ibid. P. 11. См. также: Holtermann J.v.H., Madsen M.R. European New Legal Realism and International Law. P. 9, n. 15.

⁵²⁷ Holtermann J.v.H., Madsen M.R. European New Legal Realism and International Law. P. 10–11.

социальной эффективности в смысле публично наблюдаемого поведения («внешний» аспект права): эмпирически оправданная правовая наука, по мнению европейского направления, должна строго придерживаться указанной «внешней» составляющей⁵²⁸. В то же время европейский новый правовой реализм совмещает оба аспекта права в единый комплексный анализ, используя концепцию П. Бурдьё о соотношении деятельности «акторов» права (в частности, судей и иных официальных лиц) со структурными элементами всего общества. По мнению французского социолога, строгая юридическая наука требует серьезного отношения к специфической правовой форме и дискурсу как к объекту эмпирического исследования, но с пониманием, что «относительная автономность права является продуктом специфических исторических условий, сделавших автономность возможной в смысле продуцирования и репродуцирования отдельного *corpus juris*»⁵²⁹.

Таким образом, европейский вариант «нового правового реализма», находясь в более ранней стадии своего развития, во многом пересекается с американским, отличаясь главным образом глубиной эпистемологических исследований и степенью критического использования концепции нормативности в юриспруденции. Оба направления стремятся «навести мосты» между так называемым «внутренним» и «внешним» измерением права: тем не менее, тогда как в американском новом правовом реализме это стремление служит для содействия междисциплинарному обмену, то в европейском реализме краеугольным является соотношение всей социальной науки с эмпирическим объектом исследования в сфере права, которое служит лучшему пониманию самой сущности юриспруденции⁵³⁰.

⁵²⁸ См.: Garth B., Mertz E. Introduction: New Legal Realism at Ten Years and Beyond. P. 128–129; Holtermann J.v.H., Madsen M.R. European New Legal Realism and International Law. P. 13.

⁵²⁹ Dezalay Y., Madsen M.R. The Force of Law and Lawyers: Pierre Bourdieu and the Reflexive Sociology of Law // Annual Review of Law and Social Science. 2012. Vol. 8. P. 436. См. также: Holtermann J.v.H., Madsen M.R. European New Legal Realism and International Law. P. 14–16.

⁵³⁰ Holtermann J.v.H., Madsen M.R. European New Legal Realism. P. 20.

Наряду с «новым правовым реализмом» в мировой науке наиболее авторитетными являются следующие направления правового реализма:

– «Итальянский правовой реализм»⁵³¹, который объединят развивающиеся с 1960-х гг. в Италии «генуэзский правовой реализм»⁵³² во главе с Риккардо Гуастини (*Riccardo Guastini*), Сильваной Кастиньоне (*Silvana Castignone*) и Джованни Тарелло (*Giovanni Tarello*), и «болонский правовой реализм»⁵³³, или «нормативный правовой реализм», во главе с Энрико Паттаро (*Enrico Pattaro*). Три главных положения генуэзского правового реализма состоят в: 1) реалистическом понимании права как эмпирического факта, который должен быть исследован как юриспруденцией, так и другими социальными науками, без оценивания; 2) склонности к этическому эмотивизму; 3) интерпретационном скептицизме⁵³⁴. В свете же болонского правового реализма право является комплексом культурной, социальной и эмпирической реальности, состоящей из лингвистической (так называемых «директив») и нелингвистической (поведения и психических феноменов) сущностей⁵³⁵.

– «Французский правовой реализм», или реалистическая (неореалистическая, волонтаристская) теория толкования права⁵³⁶, развивающаяся с 1980-1990-х гг. во

⁵³¹ См., например: Barberis M., Bongiovanni G. Italian Legal Realism // A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence. Volume 12. Tome 2. Chapter 9, para. 9.3.3. P. 257–258; и др.

⁵³² См., например: Barberis M. Genoa's Realism: a Guide for the Perplexed // Revista Brasileira de Filosofia. 2013. Vol. 240. P. 13–25; Barberis M. Genoese Legal Realism // Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy. 2017. P. 1–6. URL: http://springer.iq-technikum.de/referenceworkentry/10.1007%2F978-94-007-6730-0_69-2 (дата обращения: 22.10.2021); и др.

⁵³³ См., например: Касаткин С.Н. Нормативный реализм Энрико Паттаро: основные понятия и положения // Вестник Самарской гуманитарной академии. 2010. № 1 (7). С. 19–42; Faralli C. Bologna's Legal Realism // Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy. 2017. P. 1–2. URL: https://link.springer.com/referenceworkentry/10.1007%2F978-94-007-6730-0_70-2 (дата обращения: 22.10.2021); Кравиц В. Пересмотр понятия права: директивы и нормы с точки зрения нового правового реализма / Пер. с англ. М.В. Антонова, А.В. Полякова // Российский ежегодник теории права. 2008. № 1. СПб, 2009. С. 434; и др.

⁵³⁴ См.: Barberis M. Genoese Legal Realism. P. 2.

⁵³⁵ См.: Faralli C. Bologna's Legal Realism. P. 2.

⁵³⁶ См., например: Антонов М.В. Современная теория права во Франции: реалистический подход к праву в концепции Мишеля Тропера и спор о неореализме в толковании // Российский ежегодник теории права. 2011. № 4. С. 321–345; Слеженков В.В. Теоретическая модель судебного правотворчества в контексте современного французского правового реализма // Вестник Волгоградского государственного университета. 2014. № 1 (22). С. 130–134; Тропер М. Реалистическая теория толкования / Пер. с фр. О. Лысенковой // Российский юридический

Франции во главе с Мишелем Тропером (*Michel Troper*), Эриком Мийяром (*Éric Millard*), Домиником Руссо (*Dominique Rousseau*) и Пьером Брюне (*Pierre Brunet*). Французский правовой реализм в значительной мере опирается на переосмысление нормативизма и «отличается отсутствием методологического синкретизма, формирования идеологических позиций, поиска аргументации закономерностей судебного правотворчества во внеправовых социальных фактах и закономерностях, стремясь к соблюдению идеала “свободы от ценностей” и конструированию правовой теории с помощью сугубо эмпирических методов»⁵³⁷.

– «Немецкий правовой реализм», или складывающаяся в настоящее время тенденция выделения с конца XIX в. немецкого реалистического направления⁵³⁸, основанного на работах Рудольфа фон Иеринга, Макса Вебера, Гельмута Шельски (*Helmut Schelsky*) и Рене Кёнига (*René König*)⁵³⁹. Немецкий правовой реализм «предложил понимание права и в целом системы права современного общества как нормативно структурированной, институционализированной системы коммуникаций и действий, существующих в реальном социальном мире»⁵⁴⁰.

– «Континентальный (психологический) правовой реализм»⁵⁴¹, исследования которого приобрели широкую известность с 2010-х гг.,

журнал. 2006. № 2. С. 7–19 (и отличающийся перевод в: Тропер М. Реалистическая теория толкования / Пер. с фр. О. Лысенковой // Сравнительное конституционное обозрение. 2006. № 1 (54). С. 136–143); Луковская Д.И. Об эволюции взглядов на судебское право во французской юриспруденции (конец XVIII – первая четверть XX в.) // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2014. № 4 (315). С. 250; Brunet P. Le «positivisme» français dans la lumière du Nord: le réalisme juridique scandinave et la doctrine française // *Revus*. 2014. Vol. 24. P. 187–208; и др. Идеи предшественников французского правового реализма см: Луковская Д.И. Социологическое направление во французской теории права. Л., 1972.

⁵³⁷ Слеженков В.В. Теоретическая модель судебного правотворчества в контексте современного французского правового реализма. С. 131.

⁵³⁸ См.: Кравиц В. Пересмотр понятия права; Антонов М.В. Современная теория права во Франции. С. 322; Касаева Т.Г. Реалистическая школа права и современность. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2008; Горбань В.С. Правовое учение Иеринга и его интерпретации. Дис. ... докт. юрид. наук. М., 2019; Груздев В.С. Правовой реализм: проблема типологизации и трактовки // *Право и государство: теория и практика*. 2020. № 10 (190). С. 6; и др.

⁵³⁹ На примерах концепций Р. Кёнига и Р. Иеринга выделяют и так называемый «постпозитивистский (немецкий) правовой реализм». См.: Антонов М.В., Поляков А.В., Честнов И.Л. Коммуникативный подход и российская теория права // *Правоведение*. 2013. № 6. С. 94; и др.

⁵⁴⁰ Кравиц В. Пересмотр понятия права. С. 435.

⁵⁴¹ См., например: Fittipaldi E. Introduction: Continental Legal Realism // *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*. Volume 12. Tome 2. Chapter 12. P. 297–318; Тимошина Е.В.

объединяющего представителей скандинавского правового реализма, психологической теории права Льва Петражицкого и нормативного реализма Э. Паттаро. Современный итальянский ученый Эдоардо Фиттипальди⁵⁴² является ведущим правоведом, развивающим этот вариант правового реализма. Он указывает на возможность обозначения данного варианта как «балтийский правовой реализм», который, однако, по его собственному мнению, не отображал бы в названии вклад итальянского правоведа Э. Паттаро⁵⁴³. Э. Фиттипальди предлагает следующие двенадцать «постулатов», которые поддерживает «идеально-типичный сторонник континентального правового реализма»⁵⁴⁴:

- 1) физикалистский монистический реализм; 2) разделение между логической (или внутренней) и действительной (или внешней) реальностью; 3) корреспондентная теория истины; 4) разделение между концепцией и критерием истины; 5) неприятие грубого редукционизма нормативных явлений – в частности, против редукции нормативных явлений до лингвистических явлений и редукции нормативных явлений до внешнего поведения; 6) поиск подробных причинно-следственных объяснений, основанных на эмпирических номологических закономерностях и выражающийся, в частности, в настороженном отношении к использованию перформативов в качестве поясняющих ярлыков и языка как поясняющего «ярлыка»; 7) объяснение юридических явлений, по крайней мере частично, с точки зрения моральных явлений; 8) объяснение моральных явлений с

Психологический реализм: М.Я. Лазерсон // Правоведение. 2014. № 5 (316). С. 263–264; Васильева Н.С. Проблема действительности права в правовой концепции Альфа Росса. С. 119–120; и др.

⁵⁴² Эдоардо Фиттипальди (Edoardo Fittipaldi, род. 11 июля 1973 г.) – итальянский правовед, доцент социологии права в Миланском государственном университете. Об его исследованиях трудов Л. Петражицкого см., напр.: Фиттипальди Э. Наука на службе у принципа законности: критическая защита концепции юридической догматики Льва Петражицкого // Известия высших учебных заведений. Правоведение / Пер. с англ. Е.В. Тимошиной, А.А. Краевского, Д.Е. Тонкова. 2013. № 5 (310). С. 48–76. См. также публикацию данной статьи в коллективной монографии, посвященной Л. Петражицкому: Он же. Наука на службе у принципа законности: критическая защита концепции юридической догматики Льва Петражицкого / Пер. с англ. Е.В. Тимошиной, А.А. Краевского, Д.Е. Тонкова // Петербургская школа философии права: к 150-летию со дня рождения Льва Петражицкого / Под общ. ред. А.В. Полякова, Е.В. Тимошиной. СПб., 2018. С. 333–358.

⁵⁴³ См.: Fittipaldi E. Op. cit. P. 298, n. 4.

⁵⁴⁴ Fittipaldi E. Op. cit. P. 317–318. Подробнее см.: Ibid. P. 297–318.

точки зрения психических явлений (в конечном счете сведенных до физических явлений); 9) реконструкция традиционного юридического мышления как наивного; 10) отрицание того, что нормативные утверждения и юридико-догматические утверждения способны быть истинными; 11) тезис о том, что нормативные утверждения и юридико-догматические утверждения способны быть лишь «корректными»; 12) не грубое, но скорее антропологически ориентированное, исследование «традиционного» и «наивного» юридического мышления.

Следует отметить, что Л. Петражицкого также иногда называют основателем «российско-польского правового реализма»⁵⁴⁵, «польского правового реализма», «восточноевропейского правового реализма»⁵⁴⁶ или «российского правового реализма». Однако дискуссии по поводу содержания термина «российский правовой реализм», введенного в мировую юриспруденцию в 2010-х гг., довольно обширны в зарубежной и отечественной юриспруденции и не входят в рамки настоящего исследования⁵⁴⁷.

Можно выделить также интерес других авторов к реалистической юриспруденции в XXI в., выражающийся в попытках реконструировать реалистический подход к праву. Так, следует отметить израильского ученого

⁵⁴⁵ См.: Fittipaldi E. Introduction: Continental Legal Realism. P. 297; Timoshina E.V., Lorini G., Żelaniec W. Other Russian or Polish Legal Realists // A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence. Volume 12. Tome 2. Chapter 20. P. 527–557.

⁵⁴⁶ См.: Antonov M.V. Formalism, realism and conservatism in Russian Law. Doctoral Thesis. Leiden University. 2019. P. 21–22 // URL: <https://openaccess.leidenuniv.nl/handle/1887/81993> (дата обращения: 22.10.2021).

⁵⁴⁷ См., напр.: Тонков Е.Н. Российский правовой реализм и его влияние на концепцию толкования // Толкование закона в Англии. СПб., 2013. С. 274–287; Он же. Английская доктрина толкования закона: история и современность. Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2013; Он же. Правовой реализм // Р.А. Ромашов, Ю.Ю. Ветютнев, Е.Н. Тонков. Право – язык и масштаб свободы. Глава 1, п. 1.4. СПб., 2015. С. 48–76; Он же. Российский правовой реализм // Постклассическая онтология права / Под ред. И.Л. Честнова. СПб., 2016. С. 417–508; Он же. Историческая перспектива российского правового реализма // Труды Института государства и права РАН. 2020. Том 15. № 6. С. 27–45; Овсянникова А.В. Российский правовой реализм // Толкование закона и права. Том I / Под общ. ред. Е.Н. Тонкова. СПб., 2015. С. 170–181; Ромашов Р.А. Правовой реализм и реалистический позитивизм: теория и практика // Юридическая наука: история и современность. 2017. № 4. С. 57–64; Russian Legal Realism / Ed. by V. Brožek, J. Stanek, J. Stelmach. Law and Philosophy Library. Vol. 125. Cham, 2018; Antonov M.V. Legal Realism in Soviet and Russian Jurisprudence / Review of Central and East European Law. 2018. Vol. 43. № 4. P. 483–518; Тонков Е.Н., Тонков Д.Е. Правовой реализм. С. 191–362; и др.

Ханоха Дагана⁵⁴⁸, в трудах которого наследие правового реализма представляет собой изоцированное понимание права как набора институтов, отличающихся неразрывным сосуществованием «власти и разума», «науки и ремесла», а также «традиции и прогресса»⁵⁴⁹. Другой автор, которого следует упомянуть – один из ведущих современных американских философов права, Брайан Лейтер⁵⁵⁰, который произвел *философскую* реконструкцию американского правового реализма. Ученый показал, что правовые реалисты заложили фундамент для юриспруденции, отличающейся двумя философскими составляющими – натурализмом и прагматизмом, – и «действительное наследие реалистов» в философии права состоит в основанной на прагматической точке зрения «натурализованной юриспруденции»⁵⁵¹. Представляет интерес также подход американского правоведа Брайана Таманахи⁵⁵² (в частности, в книге «Реалистическая теория права»⁵⁵³, опубликованной в 2017 г. и получившей премию как лучшая книга по философии права 2016–2018 гг. по мнению XXIX Всемирного конгресса Международной ассоциации по философии права и социальной философии), который имеет эмпирический базис и заявляется ученым применимым к различным обществам на протяжении всей истории человечества и учитывающим влияние социальной составляющей на право, юридической составляющей на общество, право и подчинение, многофункциональное государственное использование права, правовой плюрализм, международное право и другие широко игнорируемые в юриспруденции правовые аспекты⁵⁵⁴.

⁵⁴⁸ Ханох Даган (Hanoch Dagan, род. в 1964 г.) – израильский юрист, профессор права (профессор юридической теории и инновации им. Стюарта и Джуди Колтон) факультета права им. Бухмана Тель-Авивского университета.

⁵⁴⁹ См.: Dagan H. Contemporary Legal Realism. P. 5–7.

⁵⁵⁰ Брайан Лейтер (Brian Leiter, род. в 1963 г.) – американский философ и правовец, профессор права (им. Карла Н. Левеллина) школы права Чикагского университета.

⁵⁵¹ Leiter B. Naturalizing Jurisprudence. P. 21.

⁵⁵² Брайан З. Таманаха (Brian Z. Tamanaha, род. в 1957 г.) – американский юрист, профессор права (им. Дж. С. Леманна) школы права Вашингтонского университета в Сент-Луисе.

⁵⁵³ Tamanaha B.Z. A Realistic Theory of Law. Cambridge, 2017.

⁵⁵⁴ См.: Ibid. P. iv.

Представляется, что развитие вышеуказанных и других ⁵⁵⁵ вариантов «правового реализма», а также тенденция к подчеркиванию «реалистичности» подходов к праву отдельных зарубежных и отечественных правоведов XIX–XXI вв. ⁵⁵⁶, подтверждает «созвучность» многих концепций американских и скандинавских представителей правового реализма с современным юридическим и социальным миром.

Значение теории и практики правового реализма для России. Для отечественной юриспруденции подходы радикального правового реализма представляются перспективными для поиска консенсуса при перманентном переосмыслении собственных подходов к пониманию права, что продуктивно возможно лишь на базе изучения всех достижений мировой философско-правовой мысли. Правовой реализм в его американском и скандинавском вариантах может предложить новые идеи для обучения юридической профессии, а также способствует развитию социологии права в России, понимаемой как междисциплинарное направление, объединяющее в себе «познавательные ресурсы юриспруденции как системы наук о социальной природе права и общей социологии как науки о закономерностях формирования, развития и функционирования общества» ⁵⁵⁷. Один из главных выводов из истории

⁵⁵⁵ Например, так называемого «советского (социалистического) правового реализма», выявляемого с начала XX в. (см.: Тонков Е.Н. Правовой реализм; Овсянникова А.В. Указ. соч.; и др.), или «венского [правового – Д.Т.] реализма» с Гансом Кельзенем и Адольфом Юлием Мерклом (Adolf Julius Merkl) в качестве главных представителей (см.: Chiassoni P. Wiener Realism // Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law / Ed. by L.D. d'Almeida, J. Gardner, L. Green. Oxford and Portland, Oregon, 2013. P.131–162).

⁵⁵⁶ В дополнение к перечисленным, в частности, таких правоведов, как О. Эрлих, О. Холмс, Р. Паунд, Р.А. Ромашов и многих др. См., например; Ромашов Р.А. Реалистический позитивизм: интегративный тип современного правопонимания // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2005. № 1 (258). С. 4–11; Адыгезалова Г.Э. О. Холмс и реалистическая школа права в США // Общество и право. 2012. № 2 (39). С. 33–35; Тревиньо А.Х. Актуальность классиков для современной социологии права: американский контекст / Пер. с англ. Е.Е. Тонкова // Правоведение. 2013. № 5. С. 26–47; Груздев В.С. Реализм в юриспруденции; Он же: Правовой реализм: проблема типологизации и трактовки. С. 6–8; К вопросу об истоках правового реализма и некоторых направлениях его последующего развития // Гуманитарные, социально-экономические и общественные науки. 2020. № 11-2. С. 66–69; и др.

⁵⁵⁷ Савенков А.Н., Жуков В.И. Социология правовых девиаций и социальных аддикций. М., 2018. С. 46–47.

радикального правового реализма, применимый и для российской юриспруденции, заключается в том, что при несомненной пользе междисциплинарного научного обмена, необходимо критически относиться к возможным методологическим и категориальным заимствованиям, которые могут приводить к теоретическим и практическим затруднениям, особенно в ситуации, когда осуществляющие исследования субъекты (как многие американские и скандинавские правовые реалисты) являются «просвещенными любителями»⁵⁵⁸ в смежных с юриспруденцией дисциплинах, например, социологии, психологии, антропологии, экономики и др.

Кроме того, опыт правового реализма весьма полезен для совершенствования судебной системы, что является важнейшим фактором успешного социально-экономического и политико-правового развития страны⁵⁵⁹. Особый интерес в этом плане представляет подход правовых реалистов к решению проблемы судебного (судейского) усмотрения, которая связана с основами права и существует не только в семье общего права, где судья исторически занимает более независимую роль по сравнению с судьями романо-германской, социалистической, религиозной и традиционной правовых семей⁵⁶⁰. В настоящее время в России наличие судебного усмотрения в «трудных делах» не вызывает сомнений, но встает вопрос о его границах, или о так называемом «судейском активизме» и «судейском самоограничении»⁵⁶¹: «толкование правовой нормы всегда оставляет некоторое место для судебного усмотрения»⁵⁶², но оно не может носить произвольного характера.

⁵⁵⁸ Twining W. Karl Llewellyn and The Realist Movement. P. 387.

⁵⁵⁹ См.: Лапаева В.В. Социология права в России: послесталинский, перестроечный и постсоциалистический периоды // Социологические исследования. 2018. № 3. С. 107.

⁵⁶⁰ См.: Давид Р. Основные правовые системы современности / Пер. с фр. проф. В.А. Туманова. М., 1988. С. 39–48. См. также актуальные проблемы судебного усмотрения в российской юриспруденции: Грачева Ю.В. Судейское усмотрение в применении уголовно-правовых норм: проблемы и пути их решения / Отв. ред. А.И. Чучаев. М., 2014; Судейское усмотрение: понятие, основания, пределы / Материалы VI Межрегиональной научно-практической конференции / Отв. ред. О.А. Егорова, Ю.Ф. Беспалов. М., 2015; и др.

⁵⁶¹ См.: Баглай М.В. Вступительная статья // Барак А. Судейское усмотрение / Пер. с англ. М., 1999. С. viii–xii.

⁵⁶² Барак А. Судейское усмотрение / Пер. с англ. М., 1999. С. 352.

Предлагаемая в настоящем исследовании трактовка американского и скандинавского правового реализма как «социо-психологического» типа позитивистского правопонимания предопределяет интеллектуальную связь правового реализма с социологическими и психологическими подходами к праву в российской науке. «Эмпирическая научность» правового реализма явно коррелирует с социологией права, которая в России «исторически сформировалась как составная часть юридической науки и с самого начала была направлена как на приращение эмпирического знания о праве, так и на более углубленное осмысление понятия права»⁵⁶³. Более того, некоторые психологические теории представителей российской науки XX в. в настоящее время исследуются именно с реалистических позиций. В частности, растет число исследований, связывающих идеи психологической теории Л.И. Петражицкого и его сторонников (особенно М. Лазерсона и Е. Ланде) с позициями представителей, в основном, скандинавского правового реализма⁵⁶⁴.

Тем не менее до настоящего момента в России наблюдается недостаток масштабных юридико-социологических исследований, а интерес российских юристов к социологии права ограничивается главным образом изучением трудов классиков социологической мысли⁵⁶⁵. Напротив, в США и странах Скандинавии уже в середине XX в. наблюдалась определенная система подобных исследований (с признанием лежащего в основе исследования, например, поведения судей в США, «реалистического» понимания права)⁵⁶⁶. Соответственно, изучение американского и скандинавского направлений правового реализма, стремящихся увеличить «эмпирическую научность» юриспруденции, способствует развитию

⁵⁶³ Лапаева В.В. Социология права в России. С. 99. «Из среды русских юристов вышла целая плеяда социологов с мировым именем: П.А. Сорокин, М.М. Ковалевский, Л.И. Петражицкий, Г.Д. Гурвич, Н.С. Тимашев и др.» (Там же).

⁵⁶⁴ Графский В.Г. Л.И. Петражицкий // История политических и правовых учений: учебник для вузов / Под общ. ред. В.С. Нерсесянца. 4-е изд., перераб. и доп. М., 2004. С. 848–854; Тимошина Е.В. Психологический реализм: М.Я. Лазерсон; Рудоквас А.Д., Тимошина Е.В. Лев Петражицкий и современный правовой плюрализм // Российский ежегодник теории права. 2010. № 3. СПб, 2011. С. 825–841; Васильева Н.С. Проблема действительности права в правовой концепции Альфа Росса; и др.

⁵⁶⁵ См.: Лапаева В.В. Социология права в России. С. 106.

⁵⁶⁶ См.: Туманов В.А. Буржуазная правовая идеология. С. 316–317.

социологии права в России в ее современный период и дает стимул дальнейшим отечественным юридико-социологическим исследованиям в сфере правосудия.

В последние годы в отечественной юриспруденции серия масштабных эмпирических социологических исследований российской судебной системы и факторов, влияющих на вынесение судебных решений, проведена, в частности, Институтом проблем правоприменения в составе Европейского университета в Санкт-Петербурге⁵⁶⁷. В них, среди прочего, обосновывается необходимость для судебной профессии, с одной стороны, общей внутренней ценностной мотивации (служения обществу и принятия этических обязательств) и, с другой стороны, эмоциональной нейтральности (непредвзятости) в конкретном деле⁵⁶⁸. Результаты исследований показывают, что своей «главной миссией» российские судьи видят «обеспечение законности» (56,1 % респондентов), а не, например, «защиту прав граждан» (26,0 %), «обеспечение справедливости» (12,6 %), «защиту государственных интересов» (0,8 %) или «борьбу с правонарушениями» (0,5 %). Также было выявлено, что: 1) судьи, специализирующиеся на уголовных делах, цель обеспечения справедливости ставят выше, чем защиту прав граждан; 2) мужчины в два раза чаще женщин выбирали вариант «обеспечение справедливости»⁵⁶⁹. Указанные исследования демонстрируют наличие существенных резервов совершенствования правового сознания судей и повышения качества судебного российского процесса. Очевидно, что для работы в этом направлении должны быть востребованы в том числе теоретические и практические наработки радикального американского и скандинавского правового реализма.

Несомненное значение для современной России имеют исследования правовых реалистов в области участия лиц без юридического образования в

⁵⁶⁷ См.: Право и правоприменение в России: междисциплинарные исследования / Под ред. В.В. Волкова. М., 2011; Как судьи принимают решения: эмпирические исследования права / Под ред. В.В. Волкова. М., 2012; Волков В., Дмитриева А., Поздняков М., Титаев К. Российские судьи; и др. См. также: Dzmitryieva A. Becoming a Judge in Russia: An Analysis of Judicial Biographies // *Europe-Asia Studies*. 2021. Vol. 73. № 1. P. 131–156.

⁵⁶⁸ См.: Волков В., Дмитриева А., Поздняков М., Титаев К. Российские судьи. С. 9

⁵⁶⁹ См.: Там же. С. 163–164.

судебном процессе. В частности, отечественная судебная система в схожий с расцветом американского и скандинавского правового реализма период XX в. имела опыт создания народных судов и широкого вовлечения рядовых граждан в отправлении правосудия. Исследователями отмечается, что «суд народа мог позволить себе руководствоваться собственным усмотрением, а не нюансами законов и решений вышестоящих инстанций»⁵⁷⁰. В условиях отсутствия устойчивых ценностных ориентиров у современных присяжных заседателей⁵⁷¹ и наблюдаемой в последнее время в России тенденцией к увеличению роли присяжных заседателей в судебном процессе (что может быть причиной увеличения оправдательных приговоров в уголовном процессе⁵⁷²), представляется целесообразным использовать наработки правовых реалистов в данной сфере.

Примечательно, что доля оправдательных приговоров на протяжении первых десятилетий советской власти (всего довоенного периода) составляла 10-12%⁵⁷³, тогда как в последние десятилетия в России их уровень стабильно составляет около (чаще намного ниже) 1%⁵⁷⁴. Причины подобного низкого уровня оправдательных приговоров (в качественной работе правоохранительных органов⁵⁷⁵, в специфике российского уголовного процесса, при котором

⁵⁷⁰ См.: Волков В., Дмитриева А., Поздняков М., Титаев К. Российские судьи. С. 15.

⁵⁷¹ См. подробнее: Ефремова Н.Н. Судебные реформы в России: преемственность и обновление // Проблемы ценностного подхода в праве: традиции и обновление. Отв. ред. В.С. Нерсесянц. М., 1996. С. 40–48.

⁵⁷² Надежда на присяжных. Рост числа дел с участием присяжных увеличил долю оправдательных приговоров. (14 мая 2020 г., Павел Аптекарь) // URL: <https://www.vedomosti.ru/opinion/articles/2020/05/14/830283-nadezhda-prisyazhnikh>

(дата обращения: 22.10.2021); Оправдательные приговоры пошли в рост. Предоставят ли присяжным заседателям больше полномочий. (15 мая 2020 г., Глеб Силко) // URL: <https://www.kommersant.ru/doc/4347041> (дата обращения: 22.10.2021); и др.

⁵⁷³ См. подробнее: Волков В., Дмитриева А., Поздняков М., Титаев К. Российские судьи. С. 15.

⁵⁷⁴ Данные судебной статистики. Основные статистические показатели состояния судимости в России за 2003-2007 годы и 2008-2019 годы // Судебный департамент при Верховном суде Российской Федерации. URL: <http://www.cdep.ru/index.php?id=79&item=2074> (дата обращения: 22.10.2021).

⁵⁷⁵ См, например: Бастрыкин: низкий уровень оправдательных приговоров – показатель хорошей работы СК (01 марта 2019 г.) // URL: <https://www.bfm.ru/news/408251> (дата обращения: 22.10.2021).

невиновные лица не доходят до стадии судебного разбирательства⁵⁷⁶, в рисках отмены приговора вышестоящей инстанцией⁵⁷⁷ или в обратной зависимости соотношения в судебной системе лиц с юридическим образованием и оправдательных приговоров⁵⁷⁸ и др.) требуют дальнейших исследований.

Следует отметить, что достижения американских и скандинавских правовых реалистов в бихевиористических исследованиях могут быть использованы не только в современности, когда технологические новации XXI в. «создали ситуацию сбора и хранения в автоматическом режиме огромных массивов данных [«большие данные», или «*Big Data*» – Д.Т.], радикальным образом меняя ситуацию в исследованиях человеческого поведения»⁵⁷⁹, но и в будущем, когда использование «больших данных» в юриспруденции, как и во всех сферах деятельности человека, значительно увеличится. Более того, в настоящий момент становится более насущным вопрос о применении искусственного интеллекта в отправлении правосудия (так называемые программы «предсказанного правосудия») ⁵⁸⁰, что также вовлекает социопсихологическую проблематику в юриспруденцию и подчеркивает необходимость тщательного изучения процесса вынесения судебного решения, чему в работах американских и скандинавских правовых реалистов, особенно Д. Фрэнка и В. Лундштедта, уделено специальное внимание.

⁵⁷⁶ Мифы Фемиды: в 2019 году только 29 процентов осужденных получили реальные сроки лишения свободы (31 августа 2020 г., Сергей Петров) // Верховный суд Российской Федерации. Пресс-центр. URL: https://www.vsrfr.ru/press_center/mass_media/29212/ (дата обращения: 22.10.2021).

⁵⁷⁷ «Риски отмены приговора и их последствия вполне осознаются рядовыми судьями и учитываются при принятии судебных решений» (Волков В., Дмитриева А., Поздняков М., Титаев К. Российские судьи. С. 15).

⁵⁷⁸ «К 1970-м гг. доля судей [в СССР – Д.Т.] с высшим юридическим образованием превысила 90%. К этому же моменту доля оправдательных приговоров снизилась до 1%» (Там же).

⁵⁷⁹ См.: Волков В.В., Скугаревский Д.А., Титаев К.Д. Проблемы и перспективы исследований на основе Big Data (на примере социологии права) // Социологические исследования. 2016. № 1. С. 49.

⁵⁸⁰ См.: Бирюков П.Н. Искусственный интеллект и «предсказанное правосудие»: зарубежный опыт // Lex Russica. 2019. № 11 (156). С. 79–87.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

В настоящее время в социогуманитарном знании происходит «реалистический поворот», в рамках которого выступающий в философском смысле «конструктивный реализм» интегрирует культурно-исторический и деятельностный подходы, акцентируя внимание на наличии конструктивности в любом познавательном процессе. Для юриспруденции «в реалистической парадигме правопознания деятельностный подход позволяет выявить особенности возникновения и проследить основные этапы эволюции существенных характеристик реализма в учениях мыслителей прошлого»⁵⁸¹. В рамках проведенного исследования показано, что скептическое отношение к познавательному потенциалу традиционных для начала XX в. подходов к осмыслению права и начал юридической деятельности привело радикальных сторонников движений американского и скандинавского правового реализма – Д. Фрэнка и В. Лундштедта – к формулированию собственных конструктивных предложений.

Так, в начале XX в., т.е. в период американской правовой истории, когда абсолютная сила прецедента и вера в *stare decisis* были подорваны, американский правовой реализм предложил один из вариантов решения проблемы судебного усмотрения, суть которого заключается в признании «внешних» для традиционной юриспруденции факторов, воздействующих на судью, с их последующим детальным изучением. Одним из наиболее ярких представителей радикального правового реализма стал судья и правовед Д. Фрэнк, «фактоскептицизм» которого поставил под сомнение определенность судебных решений из-за невозможности заранее выявить факты дела, на основе которых судья составит свое мнение. Американский ученый обратил особое внимание на так называемый «базовый миф» юриспруденции, заключающийся в

⁵⁸¹ Груздев В.С. Реализм в юриспруденции: теоретико-методологический и исторический аспекты. Дис. ... докт. юрид. наук. М., 2021. С. 19.

неосознанном желании людей к правовой определенности и формирующийся, по его мнению, на основе детского мышления.

Проблема судебного усмотрения связана не только с выявлением фактов, имеющих значение для вынесения решения, но и с пониманием «языка права». В данном аспекте выделяется один из основных посылов скандинавского правового реализма, связанный с пересмотром правовых концепций через категории эмпирических социальных наук. Трактовка скандинавскими учеными традиционных терминов юриспруденции была сконцентрирована на демонстрации того, что соответствующие понятия не имеют фактических эквивалентов в социальной реальности. С этих позиций одним из сторонников скандинавского правового реализма – политиком и правоведом В. Лундштедтом – для использования в юридической деятельности был предложен радикальный метод «социального благополучия», который был призван стать надежным инструментом, позволяющим юристам принимать активное участие в определении действительных потребностей индивидов и в содействии их удовлетворения. Метод «социального благополучия» является ключевой частью «методологического редукционизма» В. Лундштедта, стремившегося выразить правовые явления через значимые для индивидов материальные и духовные блага.

Радикальные подходы Д. Фрэнка и В. Лундштедта в настоящем исследовании объединяются термином «конструктивный скептицизм», который был изначально предложен Д. Фрэнком в качестве названия всего движения американского правового реализма и характеризует его «конструктивное» зерно в виде избавления от юридических «иллюзий» правовой определенности. В. Лундштедт также исходил из концепции «конструктивности» юриспруденции, в которой отправной точкой, в частности, законодательной и судебной деятельности, должна быть «польза для общества». Оба ученых скептически относились к традиционным нормам права и ценностным элементам правовой идеологии, считая их, по меньшей мере, не полностью согласующимися с фактическими реалиями юриспруденции.

Важное место в исследовании занимает рассмотрение методов радикального правового реализма через предварительную классификацию подходов Д. Фрэнка и В. Лундштедта внутри реалистических движений США и Скандинавии. Более того, при анализе концепций представителей американского и скандинавского правового реализма в работе учитываются социо-культурные особенности, в которых находились ученые, а также их биографические, в том числе профессиональные, данные: целесообразность рассмотрения идей правовых реалистов с учетом их биографии подчеркивается во многих работах, посвященных реалистическому подходу к праву в США и Скандинавии.

В начале-середине XX в. американский и скандинавский правовой реализм во многом независимо друг от друга представили новаторский по содержанию, хоть и дискуссионный по применению, вариант включения социо-психологических элементов в юриспруденцию. Правовой реализм в его американском и скандинавском вариантах выбрал стратегию расширения области юриспруденции через включение в неё традиционно «внеправовых» элементов, претендуя быть *deus ex machina* для снятия противоречий между двумя традиционными для юриспруденции типами правопонимания – естественно-правовым и позитивистским. Однако на основе проведенного в работе выделения «реалистической» модели права правовой реализм в его американской и скандинавской версиях можно рассматривать как переходный этап от классической юриспруденции к постклассической в рамках разрабатываемой в современной юриспруденции концепции постклассической онтологии права. В исследовании показано, что указанные движения правового реализма в целом тяготеют к «социо-психологическому» направлению юридического позитивизма, а также подчеркнута перспективность интерпретации американского и скандинавского движений правового реализма в качестве «гносеологической стратегии» и «исследовательских программ», которые стимулируют масштабные юридико-социологические исследования.

Реалистический подход к праву в США и Скандинавии оказал заметное влияние на развитие мировой правовой мысли с середины XX в. до настоящего

времени. Помимо исследованных в работе американского и европейского направлений «нового правового реализма», отмечены итальянский, французский, немецкий, континентальный (психологический) и другие варианты правового реализма, а также современные реконструкции основных реалистических идей в работах ведущих отечественных и зарубежных правоведов. Более того, наблюдающийся широкий мировой интерес к анализу американского и скандинавского правового реализма в США и Швеции, а также учет российских социально-правовых реалий в период современных цивилизационных рисков и угроз дают основания говорить, что данное направление правовой мысли содержит ряд плодотворных идей и для российской юриспруденции, особенно в аспекте изучения факторов, влияющих на судебный процесс, разработки юридической аргументации и совершенствования обучения будущих юристов. Для дальнейшего развития российской правовой системы несомненным подспорьем является изучение и использование наследия американского и скандинавского правового реализма в лице наиболее радикальных представителей этих движений – Д. Фрэнка и В. Лундштедта.

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

І. Литература на русском языке

І.1. Монографии и иные издания:

1. Адыгезалова Г.Э. Социологическая юриспруденция США в XX в.: формирование доктрины, развитие и совершенствование правопорядка / Г.Э. Адыгезалова. СПб.: Издательство «Юридический центр-Пресс», 2012. – 270 с.
2. Антология мировой правовой мысли. Том III. Европа. Америка: XVII–XX вв. / в 5 т., рук. науч. проекта Г.Ю. Семигин. М.: Мысль, 1999. – 829 с.
3. Барак А. Судейское усмотрение / А. Барак, пер. с англ. М.: НОРМА, 1999. – 376 с.
4. Бернам У. Правовая система США / У. Бернам. Пер. с англ., 3-й вып. М.: «Новая Юстиция», 2007. – 1216 с.
5. Варламова Н.В. Типология правопонимания и современные тенденции развития теории права / Н.В. Варламова. М.: ГУ – ВШЭ, ИГП РАН, 2010. – 136 с.
6. Волков В. Российские судьи: социологическое исследование профессии: монография / В. Волков, А. Дмитриева, М. Поздняков, К. Титаев / Под ред. В. Волкова. М.: Норма, 2015. – 272 с.
7. Грачева Ю.В. Судейское усмотрение в применении уголовно-правовых норм: проблемы и пути их решения / Ю.В. Грачева / Отв. ред. А.И. Чучаев. М.: Проспект, 2014. – 376 с.
8. Груздев В.С. Реализм в юриспруденции: теоретико-методологический и исторический аспекты / В.С. Груздев. Саратов: Амирит, 2021. – 428 с.
9. Грязин И.Н. О «правовом реализме» в англо-американской философии права / И.Н. Грязин. Тарту, 1978.
10. Давид Р. Основные правовые системы современности / Р. Давид, пер. с фр. проф. В.А. Туманова. М.: Прогресс, 1988. – 496 с.
11. Зорькин В.Д. Позитивистская теория права в России / В.Д. Зорькин. М.: Изд-во Моск. ун-та, 1978. – 270 с.

12. Как судьи принимают решения: эмпирические исследования права / Под ред. В.В. Волкова. М.: Статут, 2012. – 368 с.
13. Лапаева В.В. Типы правопонимания: правовая теория и практика / В.В. Лапаева. М.: Российская академия правосудия, 2012. – 580 с.
14. Луковская Д.И. Социологическое направление во французской теории права / Д.И. Луковская. Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1972. – 128 с.
15. Мысливченко А.Г. Философская мысль в Швеции: основные этапы и тенденции развития / А.Г. Мысливченко. М.: Наука, 1972. – 264 с.
16. Поляков А.В. Общая теория права: учебник / А.В. Поляков, Е.В. Тимошина. СПб.: Издательский Дом С.-Петерб. гос. ун-та, Издательство юридического факультета С.-Петерб. гос. ун-та, 2005. – 472 с.
17. Постклассическая онтология права / Под ред. И.Л. Честнова. СПб.: Алетейя, 2016. – 688 с.
18. Право и правоприменение в России: междисциплинарные исследования / Под ред. В.В. Волкова. М.: Статут, 2011. – 315 с.
19. Савенков А.Н. Государство и право в период кризиса современной цивилизации / А.Н. Савенков. М.: Проспект, 2020. – 448 с.
20. Савенков А.Н. Социология правовых девиаций и социальных аддикций / А.Н. Савенков, В.И. Жуков. М.: Институт государства и права РАН, 2018. – 408 с.
21. Судейское усмотрение: понятие, основания, пределы / Материалы VI Межрегиональной научно-практической конференции / Отв. ред. О.А. Егорова, Ю.Ф. Беспалов. М.: Проспект, 2015. – 256 с.
22. Тонков Д.Е. Правовой реализм: американское и скандинавского направления / Д.Е. Тонков. М.: Юрлитинформ, 2021. – 232 с.
23. Тонков Е.Н., Тонков Д.Е. Правовой реализм / Е.Н. Тонков, Д.Е. Тонков. СПб.: Алетейя, 2022. – 464 с.
24. Туманов В.А. Буржуазная правовая идеология: к критике учений о праве / В.А. Туманов. М.: «Наука», 1971. – 374 с.

I.2. Диссертации и авторефераты диссертаций:

25. Адыгезалова Г.Э. Социологическая юриспруденция США в XX в.: формирование доктрины, развитие и совершенствование правопорядка / Г.Э. Адыгезалова. Дис. ... докт. юрид. наук. Краснодар, 2017. – 323 с.
26. Васильева Н.С. Проблема действительности права в правовой концепции Альфа Росса / Н.С. Васильева. Дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2019. – 480 с.
27. Горбань В.С. Правовое учение Иеринга и его интерпретации / В.С. Горбань. Дис. ... докт. юрид. наук. М., 2019. – 578 с.
28. Груздев В.С. Реализм в юриспруденции: теоретико-методологический и исторический аспекты / В.С. Груздев. Дис. ... докт. юрид. наук. М., 2021. – 528 с.
29. Иваненко О.Ф. Американская «социологическая юриспруденция»: критический очерк / О.Ф. Иваненко. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1963. – 17 с.
30. Исаев М.А. Механизм государственной власти в странах Скандинавии. Конституционно-правовые аспекты / М.А. Исаев. Автореф. дис. ... докт. юрид. наук. М., 2004. – 37 с.
31. Казакевич Г.В. Шведская философия: современность и классика. Аналитическая традиция Упсалы / Г.В. Казакевич. Дис. ... канд. филос. наук. СПб., 1996. – 163 с.
32. Касаева Т.Г. Реалистическая школа права и современность / Т.Г. Касаева. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2008. – 26 с.
33. Краевский А.А. Чистое учение о праве Ганса Кельзена и современный юридический позитивизм / А.А. Краевский. Дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2014. – 231 с.
34. Куликов А.К. «Реалистическое направление» в буржуазном правоведении США: историко-критический анализ / А.К. Куликов. Дис. ... канд. юрид. наук. М., 1978. – 177 с.
35. Лебедев А.С. Концепция социального государства в шведской политической науке. Генезис и эволюция / А.С. Лебедев. Дис. ... канд. полит. наук. СПб., 2014. – 160 с.

36. Лесив Б.В. Правовой реализм: доктрина Оливера Холмса о судебном правотворчестве / Б.В. Лесив. Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2022. – 280 с.
37. Мысливченко А.Г. Основные этапы и тенденции развития философской мысли в Швеции / А.Г. Мысливченко. Дис. ... докт. филос. наук. М., 1969. – 501 с.
38. Савенков Д.А. Психологические теории права в России и за рубежом во второй половине XIX – первой половине XX в.: теоретико-методологический аспект / Д.А. Савенков. Дис. ... докт. юрид. наук. М., 2022. – 361 с.
39. Сметанников Д.С. Школа критических правовых исследований / Д.С. Сметанников. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2000. – 23 с.
40. Тимошина Е.В. Теория и социология права Л.И. Петражицкого в контексте классического и постклассического правопонимания / Е.В. Тимошина. Автореф. дис. ... докт. юрид. наук. М., 2013. – 44 с.
41. Тонков Е.Н. Английская доктрина толкования закона: история и современность / Е.Н. Тонков. Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2013. – 269 с.

1.3. Научные статьи и главы в монографиях (и иных изданиях):

42. Адыгезалова Г.Э. Карл Никерсон Ллевеллин / Г.Э. Адыгезалова // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2009. № 2. С. 182–192.
43. Адыгезалова Г.Э. О. Холмс и реалистическая школа права в США / Г.Э. Адыгезалова // Общество и право. 2012. № 2 (39). С. 33–35.
44. Антонов М.В. Коммуникативный подход и российская теория права / М.В. Антонов, А.В. Поляков, И.Л. Честнов // Правоведение. 2013. № 6. С. 78–95.
45. Антонов М.В. Скандинавская школа правового реализма / М.В. Антонов // Российский ежегодник теории права. 2008. № 1. СПб.: ООО «Университетский издательский консорциум “Юридическая книга”», 2009. С. 645–668.
46. Антонов М.В. Современная теория права во Франции: реалистический подход к праву в концепции Мишеля Тропера и спор о неореализме в толковании / М.В. Антонов // Российский ежегодник теории права. 2011. № 4. СПб.: ООО «Университетский издательский консорциум “Юридическая книга”», 2012. С. 321–345.

47. Баглай М.В. Вступительная статья / М.В. Баглай // Барак А. Судейское усмотрение / Пер. с англ. М.: НОРМА, 1999. С. viii–xii.
48. Бирюков П.Н. Искусственный интеллект и «предсказанное правосудие»: зарубежный опыт / П.Н. Бирюков // Lex Russica. 2019. № 11 (156). С. 79–87. DOI: 10.17803/1729-5920.2019.156.11.079-087
49. Варламова Н.В. Принцип формального равенства как основание диалектического снятия противоположности метафизических и позитивистских интерпретаций права / Н.В. Варламова // Право и общество в эпоху перемен: материалы философско-правовых чтений памяти академика В.С. Нерсесянца. М.: ИГП РАН, 2008. С. 25–47.
50. Васильева Н.С. Действительность права как психологический факт: Упсальская школа в контексте интеллектуальной традиции континентального правового реализма / Н.С. Васильева // Труды Института государства и права РАН / Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS. 2019. Т. 14. № 4. С. 47–80. DOI: 10.35427/2073-4522-2019-14-4-vasilyeva
51. Васильева Н.С. Общая теория судебного метода Альфа Росса / Н.С. Васильева, Е.В. Тимошина // Парадигмы юридической герменевтики / Под общ. ред. Е.Н. Тонкова, И.Л. Честнова. СПб.: Алетейя, 2017. С. 284–309.
52. Волков В.В. Проблемы и перспективы исследований на основе Big Data (на примере социологии права) / В.В. Волков, Д.А. Скугаревский, К.Д. Титаев // Социологические исследования. 2016. № 1. С. 48–58.
53. Гулякин С.С. Политика Швеции в 50-х годах XX века / С.С. Гулякин // Научно-технические ведомости СПбГПУ. Гуманитарные и общественные науки. 2015. № 3 (227). С. 57–66. DOI: 10.5862/JHSS.227.7
54. Графский В.Г. Л.И. Петражицкий / В.Г. Графский // История политических и правовых учений: учебник для вузов / Под общ. ред. В.С. Нерсесянца. 4-е изд., перераб. и доп. М.: Норма, 2004. С. 848–854.
55. Графский В.Г. Прагматический юридический реализм / В.Г. Графский // История политических и правовых учений: учебник для вузов / Под общ. ред. В.С. Нерсесянца. 4-е изд., перераб. и доп. М.: Норма, 2004. С. 745–750.

56. Груздев В.С. К вопросу об истоках правового реализма и некоторых направлениях его последующего развития / В.С. Груздев // Гуманитарные, социально-экономические и общественные науки. 2020. № 11-2. С. 66–69. DOI: 10.23672/q8515-3040-6371-f
57. Груздев В.С. Новый правовой реализм / В.С. Груздев // Право и политика. 2019. № 12. С. 1–8. DOI: 10.7256/2454-0706.2019.12.31681
58. Груздев В.С. О характере американского классического правового реализма / В.С. Груздев // Право и политика. 2020. № 9. С. 15–22. DOI: 10.7256/2454-0706.2020.9.33566
59. Груздев В.С. Об особенностях «нового правового реализма» / В.С. Груздев // Теория и практика общественного развития. 2020. № 1 (143). С. 107–110. DOI: 10.24158/tipor.2020.1.17
60. Груздев В.С. Правовой реализм: проблема типологизации и трактовки / В.С. Груздев // Право и государство: теория и практика. 2020. № 10 (190). С. 6–8.
61. Давыдов Ю.Н. Реализм социологический / Ю.Н. Давыдов // Социологическая энциклопедия. Т. 2 / Гл. ред. В.Н. Иванов. М.: Мысль, 2003. С. 316–317.
62. Доброхотов А.Л. Реализм / А.Л. Доброхотов // Новая философская энциклопедия. Том третий / Рук. проекта В.С. Степин, Г.Ю. Семигин. М.: Мысль, 2010. С. 427–428.
63. Ефремова Н.Н. Судебные реформы в России: преемственность и обновление / Н.Н. Ефремова // Проблемы ценностного подхода в праве: традиции и обновление. Отв. ред. В.С. Нерсесянц. М.: Изд-во ИГП РАН, 1996. С. 40–48.
64. Исаев М.А. Понятие «ценности» и «ценности права» в учении скандинавских правовых реалистов / М.А. Исаев // V Мальцевские чтения: материалы Международной научно-практической конференции «Право и государство в современном культурном измерении». 2019. С. 28–33.
65. Касаткин С.Н. Нормативный реализм Энрико Паттаро: основные понятия и положения / С.Н. Касаткин // Вестник Самарской гуманитарной академии. 2010. № 1 (7). С. 19–42.

66. Королев С.В. Шведский государственный индивидуализм: игра интеллектуалов или реализованный миф? / С.В. Королев // История государства и права. 2021. № 12. С. 30–37. DOI: 10.18572/1812-3805-2021-12-30-37
67. Кравиц В. Пересмотр понятия права: директивы и нормы с точки зрения нового правового реализма / В. Кравиц, пер. с англ. М.В. Антонова, А.В. Полякова // Российский ежегодник теории права. 2008. № 1. СПб, Университетский издательский консорциум «Юридическая книга», 2009. С. 433–445.
68. Лапаева В.В. Социология права в России: послесталинский, перестроечный и постсоциалистический периоды / В.В. Лапаева // Социологические исследования. 2018. № 3. С. 98–112. DOI: 10.7868/S013216251803011X
69. Лащенко П.В. Концепция государства всеобщего благоденствия в отечественной и зарубежной науке и его реализация на примере шведской экономической модели / П.В. Лащенко // Научный журнал КубГАУ. 2013. № 93 (09). С. 1–13.
70. Ллевеллин К.Н. Извлечения из трудов К. Н. Ллевеллина / К.Н. Ллевеллин, пер. с англ. Г.Э. Адыгезаловой // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2009. № 2. С. 192–207.
71. Ллевеллин К.Н. Реалистическая юриспруденция – следующий шаг / К.Н. Ллевеллин, пер. с англ. Д.Е. Тонкова // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2015. № 4. С. 154–191.
72. Луковская Д.И. Об эволюции взглядов на судейское право во французской юриспруденции (конец XVIII – первая четверть XX в.) / Д.И. Луковская // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2014. № 4 (315). С. 237–250.
73. Микешина Л.А. Скептицизм / Л.А. Микешина // Новая философская энциклопедия. Том третий / Рук. проекта В.С. Степин, Г.Ю. Семигин. М.: Мысль, 2010. С. 561–562.
74. Овсянникова А.В. Российский правовой реализм / А.В. Овсянникова // Толкование закона и права. Том I / Под общ. ред. Е.Н. Тонкова. СПб.: Алетейя, 2015. С. 170–181.

75. Поляков А.В. Постклассическое правоведение и идея коммуникации / А.В. Поляков // Правоведение. 2006. № 2 (265). С. 26–43.
76. Растольцев С.В. Скандинавская специфика в содействии международному развитию / С.В. Растольцев // Современная Европа. 2019. № 5. С. 176–184. DOI: <http://dx.doi.org/10.15211/soveurope52019176184>
77. «Реалистический поворот» в современной эпистемологии, философии сознания и философии науки? Материалы «круглого стола»: Участники: В.А. Лекторский, Б.И. Пружинин, Д.И. Дубровский, Д.В. Иванов, А.С. Карпенко, Г.Д. Левин, Е.А. Мамчур, С.В. Пирожкова, А.В. Родин, Н.М. Смирнова, Е.О. Труфанова, Е.Л. Черткова // Вопросы философии. 2017. № 1. С. 5–38.
78. Ромашов Р.А. Правовой реализм и реалистический позитивизм: теория и практика / Ромашов Р.А. // Юридическая наука: история и современность. 2017. № 4. С. 57–64.
79. Ромашов Р.А. Реалистический позитивизм: интегративный тип современного правопонимания / Ромашов Р.А. // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2005. № 1 (258). С. 4–11.
80. Рудоквас А.Д. Лев Петражицкий и современный правовой плюрализм / А.Д. Рудоквас, Е.В. Тимошина // Российский ежегодник теории права. 2010. № 3. СПб.: Издат. Дом СПбГУ, 2011. С. 825–841.
81. Слеженков В.В. Теоретическая модель судебного правотворчества в контексте современного французского правового реализма / В.В. Слеженков // Вестник Волгоградского государственного университета. 2014. № 1 (22). С. 130–134.
82. Тимошина Е.В. Классическое и постклассическое правопонимание как стили философско-правового мышления / Е.В. Тимошина // Постклассическая онтология права / под ред. И.Л. Честнова. СПб.: Алетейя, 2016. С. 218–294.
83. Тимошина Е.В. Методология судебного толкования: критический анализ реалистического подхода / Е.В. Тимошина // Труды Института государства и права РАН / Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS. 2018. Том 13. № 1. С. 73–102.

84. Тимошина Е.В. Общая теория судебного метода и стили судебной интерпретации в правовой концепции А. Росса / Е.В. Тимошина, Н.С. Васильева // Труды Института государства и права РАН. 2016. № 4 (56). С. 113–128.
85. Тимошина Е.В. Психологический реализм: М.Я. Лазерсон / Е.В. Тимошина // Правоведение. 2014. № 5 (316). С. 245–264.
86. Тонков Д.Е. Американский правовой реализм: правовая определенность с позиции нормоскептиков / Д.Е. Тонков // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2015. № 4 (321). С. 137–153.
87. Тонков Д.Е. Влияние скандинавского правового реализма на идею прав человека в Швеции / Д.Е. Тонков // Образование и право. 2020. № 4. С. 530–537.
88. Тонков Д.Е. Движения правового реализма и примеры его исследования в современной социологии права / Д.Е. Тонков // Социологическая школа права в контексте современной юриспруденции: коллективная монография / Под ред. Е.Н. Тонкова, И.Л. Честнова. СПб.: Алетейя, 2022. С. 204–230.
89. Тонков Д.Е. Детская иллюзия правовой определенности в психологии права Джерома Фрэнка / Д.Е. Тонков // История государства и права. 2021. № 3. С. 38–44.
90. Тонков Д.Е. Критика теории воли в скандинавском правовом реализме / Д.Е. Тонков // Философия и психология права: современные проблемы. Сборник научных трудов / Под общ. ред. В.И. Жукова, отв. ред. А.Б. Дидикин. М.: Институт государства и права РАН, 2018. С. 147–155.
91. Тонков Д.Е. Метод «социального благополучия» Вильгельма Лундштедта / Д.Е. Тонков // Труды Института государства и права РАН / Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS. 2020. Т. 15. № 1. С. 125–149. DOI: 10.35427/2073-4522-2020-15-1-tonkov
92. Тонков Д.Е. Право и справедливость: либертарный подход и концепция В. Лундштедта / Д.Е. Тонков // Право и религия в междисциплинарной интерпретации: монография / Под ред. А.Б. Дидикина. М.: Проспект, 2019. С. 227–236.

93. Тонков Д.Е. «Реалистическая» модель права в классических направлениях правового реализма / Д.Е. Тонков // В поисках теории права: коллективная монография / Под ред. Е.Г. Самохиной, Е.Н. Тонкова. СПб.: Алетейя, 2020. С. 151–159.
94. Тонков Д.Е. Трехмерное юридическое мышление в фактоскептицизме Джерома Фрэнка / Д.Е. Тонков // Юридическое мышление: классическая и постклассическая парадигмы: коллективная монография / Под ред. Е.Н. Тонкова, И.Л. Честнова. СПб.: Алетейя, 2020. С. 309–319.
95. Тонков Д.Е. Фактоскептицизм Джерома Фрэнка как основа юридического мышления / Д.Е. Тонков // Право и государство будущего: эволюционные стратегии развития: материалы Международной научно-практической конференции (Москва, 18–19 апреля 2019 года) / Отв. ред. О.И. Александрова. М.: ВГУЮ (РПА Минюста России), 2020. С. 158–162.
96. Тонков Д.Е. Философия права Акселя Хэгерстрёма / Д.Е. Тонков // Труды Института государства и права РАН / Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS. 2018. Том 13. № 3. С. 82–106.
97. Тонков Е.Н. Историческая перспектива российского правового реализма / Е.Н. Тонков // Труды Института государства и права РАН / Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS. 2020. Том 15. № 6. С. 27–45. DOI: 10.35427/2073-4522-2020-15-6-tonkov
98. Тонков Е.Н. Правовой реализм / Е.Н. Тонков // Р.А. Ромашов, Ю.Ю. Ветютнев, Е.Н. Тонков. Право – язык и масштаб свободы. Глава 1, п. 1.4. СПб.: Алетейя, 2015. С. 48–76.
99. Тонков Е.Н. Российский правовой реализм / Е.Н. Тонков // Постклассическая онтология права / Под ред. И.Л. Честнова. СПб.: Алетейя, 2016. С. 417–508.
100. Тонков Е.Н. Российский правовой реализм и его влияние на концепцию толкования / Е.Н. Тонков // Толкование закона в Англии. СПб.: Алетейя, 2013. С. 274–287.

101. Тревиньо А.Х. Актуальность классиков для современной социологии права: американский контекст / А.Х. Тревиньо, пер. с англ. Е.Е. Тонкова // Правоведение. 2013. № 5. С. 26–47.

102. Тропер М. Реалистическая теория толкования / М. Тропер, пер. с фр. О. Лысенковой // Российский юридический журнал. 2006. № 2. С. 7–19.

103. Тропер М. Реалистическая теория толкования / М. Тропер, пер. с фр. О. Лысенковой // Сравнительное конституционное обозрение. 2006. № 1 (54). С. 136–143.

104. Фиттипальди Э. Наука на службе у принципа законности: критическая защита концепции юридической догматики Льва Петражицкого / Э. Фиттипальди, пер. с англ. Е.В. Тимошиной, А.А. Краевского, Д.Е. Тонкова // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2013. № 5 (310). С. 48–76.

105. Фиттипальди Э. Наука на службе у принципа законности: критическая защита концепции юридической догматики Льва Петражицкого / Э. Фиттипальди, пер. с англ. Е.В. Тимошиной, А.А. Краевского, Д.Е. Тонкова // Петербургская школа философии права: к 150-летию со дня рождения Льва Петражицкого / Под общ. ред. А.В. Полякова, Е.В. Тимошиной. СПб., 2018. С. 333–358.

106. Харт Г.Л.А. Скандинавский реализм / Г.Л.А. Харт, пер. с англ. В.В. Оглезнева // Харт Г.Л.А. Философия и язык права. М.: Канон, 2017. С. 230–240.

107. Честнов И.Л. Постклассическая интерпретация ускользающего бытия права: вместо введения / И.Л. Честнов // Постклассическая онтология права / Под ред. И.Л. Честнова. СПб.: Алетейя, 2016. С. 11–21.

I.4. Электронные ресурсы:

108. Бастрыкин: низкий уровень оправдательных приговоров – показатель хорошей работы СК (01 марта 2019 г.) // URL: <https://www.bfm.ru/news/408251> (дата обращения: 22.10.2021).

109. Данные судебной статистики. Основные статистические показатели состояния судимости в России за 2003-2007 годы и 2008-2019 годы // Судебный департамент при Верховном суде Российской Федерации. URL: <http://www.cdep.ru/index.php?id=79&item=2074> (дата обращения: 22.10.2021).

110. Касавин И.Т. Конструктивизм / И.Т. Касавин // Энциклопедия эпистемологии и философии науки. М., 2009. URL: https://epistemology_of_science.academic.ru/328/конструктивизм (дата обращения: 22.10.2021).

111. Мифы Фемиды: в 2019 году только 29 процентов осужденных получили реальные сроки лишения свободы (31 августа 2020 г., Сергей Петров) // Верховный суд Российской Федерации. Пресс-центр. URL: https://www.vsrp.ru/press_center/mass_media/29212/ (дата обращения: 22.10.2021).

112. Надежда на присяжных. Рост числа дел с участием присяжных увеличил долю оправдательных приговоров. (14 мая 2020 г., Павел Аптекарь) // URL: <https://www.vedomosti.ru/opinion/articles/2020/05/14/830283-nadezhda-prisyazhnikh> (дата обращения: 22.10.2021).

113. Оправдательные приговоры пошли в рост. Предоставят ли присяжным заседателям больше полномочий. (15 мая 2020 г., Глеб Силко) // URL: <https://www.kommersant.ru/doc/4347041> (дата обращения: 22.10.2021).

II. Литература на английском языке

II.1. Монографии и иные издания:

114. A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence. Volume 12. Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World. Tome 2: Main Orientations and Topics / Ed. by E. Pattaro, C. Roversi. Dordrecht: Springer Netherlands, 2016. – xxvi, 827 p. DOI: 10.1007/978-94-007-1479-3

115. Abel R.L. American Lawyers / R.L. Abel. N.Y.: Oxford University Press, 1989. – 406 p.

116. American Legal Realism / Ed. by W.W. Fisher, M.J. Horwitz, T.A. Reed. N.Y.: Oxford University Press, 1993. – 326 p.

117. Barry F. The Scientific Habit of Thought / F. Barry. N.Y.: Columbia University Press, 1927. – xiii, 358 p.

118. Bix B. *Jurisprudence: Theory and Context* / B. Bix. 2nd ed., London: Sweet & Maxwell, 1999. – 274 p.
119. Blackstone W. *Commentaries on the Laws of England. Book the Third: Of Private Wrongs* / W. Blackstone. In 4 vol. Chicago: University of Chicago Press, 1979. – 482 p.
120. Crichton Miller H. *The New Psychology and the Parent* / H. Crichton Miller. N.Y.: Thomas Seltzer, 1923. – xi, 241 p.
121. Dawson J.P. *A History of Lay Judges* / J.P. Dawson. Cambridge: Harvard University Press, 1960. – 310 p.
122. Dworkin R.M. *Law's Empire* / R.M. Dworkin. Cambridge: Harvard University Press, 1986. – 470 p.
123. Ellinwood R.M. *The Karl Llewellyn Papers: A Guide to the Collection* / R.M. Ellinwood, W. Twining. Chicago: University of Chicago Law School Library Publications, 1970. – 93 p.
124. *European Legal Method: Towards a New European Legal Realism?* / ed. by U. Neergaard, R. Nielsen. Copenhagen: Djøf Forlag, 2013. – 239 p.
125. Frank J. *If Men Were Angels: Some Aspects of Government in a Democracy* / J. Frank. N.Y.: Harper & Brothers, 1942. – xii, 380 p.
126. Frank J. *Law and the Modern Mind* / J. Frank. N.Y.: Brentano's, 1930. – 362 p.
127. Frank J. *Law and the Modern Mind* / J. Frank. 1st ed., 6th impression, 1st English ed. London: Stevens & Sons Limited, 1949. – xxxi, 368 p.
128. Freeman M.D.A. *Lloyd's Introduction to Jurisprudence* / M.D.A. Freeman. 5th ed., London: Stevens, 1985. – 1257 p.
129. Friedman L.M. *A History of American Law* / L.M. Friedman. 2nd ed., N.Y.: Simon & Schuster, 1985. – 781 p.
130. Friedmann W. *Legal Theory* / W. Friedmann. 3rd ed., London: Stevens, 1953. – 520 p.
131. Friedmann W. *Legal Theory* / W. Friedmann. 4th ed., London: Stevens, 1960. – 564 p.

132. Fuller L.L. *The Law in Quest of Itself* / L.L. Fuller. Chicago: The Foundation Press, 1940. – vii, 147 p.
133. Hart H.L.A. *Essays in Jurisprudence and Philosophy* / H.L.A Hart. Oxford: Clarendon Press; N.Y.: Oxford University Press, 1983. – viii, 396 p.
134. Holmes O.W. *The Common Law* / O.W. Holmes. Boston: Little, Brown and Co., 1881. – xvi, 422 p.
135. Holtermann J.v.H. *A Straw Man Revisited: Resettling the Score between H.L.A. Hart and Scandinavian Legal Realism* // *Santa Clara Law Review*. 2017. Vol. 57. № 1. P. 1–41.
136. Kalman L. *Legal Realism at Yale 1927-1960* / L. Kalman. Chapel Hill, London: University of North Carolina Press, 1986. – xii, 314 p.
137. Kelly J.M. *A Short History of Western Legal Theory* / J.M. Kelly. Oxford: Clarendon Press, 1994. – 466 p.
138. Leiter B. *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy* / B. Leiter. N.Y.: Oxford University Press, 2007. – ix, 287 p.
139. Llewellyn K.N. *The Common Law Tradition: Deciding Appeals* / K.N. Llewellyn. Boston, Toronto: Little, Brown and Company, 1960. – xii, 565 p.
140. Llewellyn K.N. *Jurisprudence: Realism in Theory and Practice* / K.N. Llewellyn. Chicago: University of Chicago Press, 1962. – viii, 531 p.
141. Llewellyn K.N. *The Bramble Bush: Some Lectures on Law and Its Study* / K.N. Llewellyn. N.Y.: Columbia University School of Law (Tentative Printing), 1930. – ix, 158 p.
142. Llewellyn K.N. *The Bramble Bush: On Our Law and Its Study* / K.N. Llewellyn. N.Y.: Oceana Publications, 1951. – 160 p.
143. Lundstedt A.V. *Legal Thinking Revised: My Views on Law* / A.V. Lundstedt. Stockholm: Almqvist & Wiksell, 1956. – 420 p.
144. Lundstedt A.V. *Superstition or Rationality in Action for Peace? Arguments against Founding a World Peace on the Common Sense of Justice: a Criticism of Jurisprudence* / A.V. Lundstedt. London: Longmans, Green and Co., 1925. – 239 p.

145. Martin M. *Legal Realism: American and Scandinavian* / M. Martin. N.Y.: Peter Lang, 1997. – ix, 242 p.
146. McCoubrey H. *Textbook on Jurisprudence* / H. McCoubrey, N.D. White. 3rd ed., London: Blackstone Press, 1999. – 335 p.
147. Mindus P. *A Real Mind: the Life and Work of Axel Hägerström* / P. Mindus. Law and Philosophy Library. Vol. 87. Dordrecht, Heidelberg, London, N.Y.: Springer, 2009. – xix, 271 p. DOI: 10.1007/978-90-481-2895-2
148. *My Philosophy of Law: Credos of Sixteen American Scholars* / Northwestern University. Julius Rosenthal Foundation for General Law. Boston: Boston Law Book Co., c1941. – xii, 321 p.
149. Olivecrona K. *Law as Fact* / K. Olivecrona. Copenhagen: E. Munksgaard, 1939. – 222 p.
150. Patterson E.W. *Jurisprudence: Men and Ideas of the Law* / E.W. Patterson. Brooklyn: Foundation Press, 1953. – xiii, 649 p.
151. Paul J. *The Legal Realism of Jerome N. Frank: a Study of Fact-Skepticism and the Judicial Process* / J. Paul. Reprint of the 1st ed. (The Hague: Martinus Nijhoff, 1959). Dordrecht: Springer, ca2014. – xxii, 177 p. DOI: 10.1007/978-94-011-9493-8
152. Piaget J. *The Moral Judgment of the Child* / J. Piaget, trans. by M. Gabain. Glencoe, Illinois: The Free Press, 1948. – ix, 418 p.
153. Postema G.J. *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence. Volume 11. Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World* / G.J. Postema, Ed.-in-Chief E. Pattaro. Dordrecht: Springer, 2011. – xxv, 618 p. DOI: 10.1007/978-90-481-8960-1
154. Pound R. *An Introduction to the Philosophy of Law* / R. Pound. New Haven: Yale University Press, 1922. – 307 p.
155. Pound R. *Jurisprudence. Vol. 1-5: Vol. 1* / R. Pound. St. Paul, Minnesota: Western Publishing Co., 1959. – xxvii, 547 p.
156. *Realist Conceptions of Legislation* / Ed. by É. Millard, P. Brunet, P. Mindus // *The Theory and Practice of Legislation*. 2013. Vol. 1. № 1. Oxford: Hart Publishing, 2013. – 122 p.

157. Ross A. *Directives and Norms* / A. Ross. London: Routledge & K. Paul, 1968. – 188 p.
158. Ross A. *On Law and Justice* / A. Ross. London: Stevens, 1958. – 383 p.
159. Ross A. *On Law and Justice* / Ed. by M. Knight, trans. by M. Dutton. Berkeley & Los Angeles: University of California Press, 1959. – xi, 383 p.
160. Ross A. *Towards a Realistic Jurisprudence: a Criticism of the Dualism in Law* / A. Ross. Copenhagen: E. Munksgaard, 1946. – 304 p.
161. Rumble W.E. *American Legal Realism: Skepticism, Reform, and the Judicial process* / W.E. Rumble. Ithaca, N.Y.: Cornell University Press, 1968. – xiv, 245 p.
162. *Russian Legal Realism* / Ed. by B. Brožek, J. Stanek, J. Stelmach. Law and Philosophy Library. Vol. 125. Cham: Springer Nature Switzerland AG, 2018. – 176 p. DOI: 10.1007/978-3-319-98821-4
163. Seagle W. *The History of Law*. N.Y.: Tudor Publishing Company, 1946. – xvii, 439 p.
164. Spaak T. *A Critical Appraisal of Karl Olivecrona's Legal Philosophy* / T. Spaak. Law and Philosophy Library. Vol. 108. Cham, Heidelberg, N.Y., Dordrecht, London: Springer, 2014. – xi, 288 p.
165. Stevens R. *Law School: Legal Education in America from the 1850s to the 1980s* / R. Stevens. Chapel Hill, London: The University of North Carolina Press, 1983. – xvi, 334 p.
166. Tamanaha B.Z. *A Realistic Theory of Law* / B.Z. Tamanaha. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. – 202 p.
167. Twining W. *Karl Llewellyn and the Realist Movement* / W. Twining. 2nd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. – xxxii, 632 p.
168. Volkomer W. E. *The Passionate Liberal: The Political and Legal Ideas of Jerome Frank* / W.E. Volkomer. (The Hague: Martinus Nijhoff, 1970). Dordrecht: Springer, ca2014. – xi, 233 p. DOI: 10.1007/978-94-011-6429-0
169. White M.G. *Social Thought in America: the Revolt against Formalism* / M.G. White. Boston: Beacon Press, 1957. – 301 p.

II.2. Научные исследования диссертационного характера:

170. Antonov M.V. Formalism, realism and conservatism in Russian Law / M.V. Antonov. Doctoral Thesis. Leiden University. 2019. P. 1–209. URL: <https://openaccess.leidenuniv.nl/handle/1887/81993> (дата обращения: 22.10.2021).

171. Strang J. History, Transfer, Politics: Five Studies on the Legacy of Uppsala Philosophy / J. Strang. Academic dissertation, University of Helsinki. Tampere: Juvenes Print – Tampereen Yliopistopaino Oy, 2010. – iii, 144 p.

II.3. Научные статьи и главы в монографиях (и иных изданиях):

172. Alexander G.S. Comparing the Two Legal Realisms – American and Scandinavian / G.S. Alexander // The American Journal of Comparative Law. 2002. Vol. 50. № 1. P. 131–174.

173. Antonov M.V. Legal Realism in Soviet and Russian Jurisprudence / M.V. Antonov // Review of Central and East European Law. 2018. Vol. 43. № 4. P. 483–518. DOI: 10.1163/15730352-04304005

174. Arnholm C.J. Some Basic Problems of Jurisprudence / C.J. Arnholm // Scandinavian Studies in Law. 1957. Vol. 1. P. 9–50.

175. Arnholm C.J. Olivecrona on Legal Rights: Reflections on the Concept of Rights / C.J. Arnholm // Scandinavian Studies in Law. 1962. Vol. 6. P. 9–31.

176. Arnold T.H. Judge Jerome Frank / T.H. Arnold // The University of Chicago Law Review. 1957. Vol. 24. № 4. P. 633–642.

177. Arvind T.T. Vilhelm Lundstedt and the Social Function of Legislation / T.T. Arvind // The Theory and Practice of Legislation. 2013. Vol. 1. № 1. P. 33–57. DOI: 10.5235/2050-8840.1.1.33

178. Barberis M. Genoa's Realism: a Guide for the Perplexed / M. Barberis // Revista Brasileira de Filosofia. 2013. Vol. 240. P. 13–25.

179. Barberis M. Italian Legal Realism / M. Barberis, G. Bongiovanni // A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence. Volume 12. Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World. Tome 2: Main Orientations and Topics.

Chapter 9, para. 9.3.3. / Ed. by E. Pattaro, C. Roversi. Dordrecht: Springer Netherlands, 2016. P. 257–258. DOI: 10.1007/978-94-007-1479-3_37

180. Bell J. Policy Arguments and Legal Reasoning / J. Bell // Informatics and the Foundations of Legal Reasoning / Ed. by Bankowski Z., White I., Hahn U // Law and Philosophy Library. Vol 21. Dordrecht: Springer, 1995. P. 73–97. DOI: https://doi.org/10.1007/978-94-015-8531-6_2

181. Bernstein M.D. Learning from Experience: Montaigne, Jerome Frank and the Clinical Habit of Mind / M.D. Bernstein // Capital University Law Review. 1996. Vol. 25. P. 517–547.

182. Bibliography of the Non-Judicial Writings of Judge Frank // University of Chicago Law Review. 1957. Vol. 24. P. 706–708.

183. Bindreiter U. Anders Vilhelm Lundstedt: In Quest of Reality / U. Bindreiter // A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence. Volume 12. Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World. Tome 2: Main Orientations and Topics. Chapter 15 / Ed. by E. Pattaro, C. Roversi. Dordrecht: Springer Netherlands, 2016. P. 379–400. DOI: 10.1007/978-94-007-1479-3_43

184. Bindreiter U. Other Scandinavian Legal Realists / U. Bindreiter, M. Zamboni, T. Spaak / A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence. Volume 12. Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World. Tome 2: Main Orientations and Topics. Chapter 17 / Ed. by E. Pattaro, C. Roversi. Dordrecht, 2016. P. 415–442. DOI: 10.1007/978-94-007-1479-3_45

185. Bix B.H. Ross and Olivecrona on Rights / B.H. Bix // Australian Journal of Legal Philosophy. 2009. Vol. 34. P. 103–119.

186. Bix B.H. The American and Scandinavian Legal Realists on the Nature of Norms / B.H. Bix // De Lege. Uppsala: Iustus Förlag, 2009. P. 85–100.

187. Bjarup J. Epistemology and Law According to Axel Hägerström / J. Bjarup // Scandinavian Studies in Law. 1985. Vol. 29. P. 11–47.

188. Bjarup J. Legal Realism or Kelsen versus Hägeström / J. Bjarup // Rechtsatheorie. 1986. Vol. 9. P. 247–251.

189. Bjarup J. The Philosophy of Scandinavian Legal Realism / J. Bjarup // *Ratio Juris*. 2005. Vol. 18. № 1. P. 1–15.
190. Brennan W.J. State Constitutions and the Individual Rights / W.J. Brennan // *Harvard Law Review*. 1977. Vol. 90. № 3. P. 489–504.
191. Carnap R. Scientific Empiricism: Unity of Science Movement / R. Carnap // *Dictionary of Philosophy* / Ed. by D.D. Runes. N.Y.: Philosophy Library, 1942. P. 285–286.
192. Castberg F. Philosophy of Law in the Scandinavian Countries / F. Castberg // *The American Journal of Comparative Law*. 1955. Vol. 4. P. 388–400.
193. Chayes A. The Role of the Judge in Public Law Litigation / A. Chayes // *Harvard Law Review*. 1976. Vol. 89. № 7. P. 1281–1316.
194. Chiassoni P. Wiener Realism / P. Chiassoni // *Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law* / Ed. by L.D. d'Almeida, J. Gardner, L. Green. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2013. P.131–162.
195. Clark C.E. The Function of Law in a Democratic Society / C.E. Clark // *University of Chicago Law Review*. 1942. Vol. 9. № 3. P. 393–405.
196. Coleman G.J. The Scandinavian Legal Realists: a Critical Analysis / G.J. Coleman // *Faculty of Law Review*. 1960. Vol. 18. P. 152–162.
197. Cohen F.S. Transcendental Nonsense and the Functional Approach / F.S. Cohen // *Columbian Law Review*. 1935. Vol. 35. № 6. P. 809–849.
198. Cook W.W. Scientific Method and the Law / W.W. Cook // *American Bar Association Journal*. 1927. Vol. 13. P. 303–309.
199. Corbin A.L. The Law and the Judges / A.L. Corbin // *The Yale Review*. 1914. № 3. P. 234–250.
200. Cotterrell R. Reading Juristic Theories In and Beyond Historical Context: The Case of Lundstedt's Swedish Legal Realism / R. Cotterrell // *Law in Theory and History: New Essays on a Neglected Dialogue* / Ed. by M. Del Mar and M. Lobban. Oxford: Hart Publishing, 2016. P. 149–166.

201. Cross F.B. Political Science and the New Legal Realism: A Case of Unfortunate Interdisciplinary Ignorance / F.B. Cross // *Northwestern University Law Review*. 1997. Vol. 92. № 1. P. 251–326.
202. Dagan H. The Realist Conception of Law / H. Dagan // *Tel Aviv University Law Faculty Papers*. 2005. Paper 21. P. 1–66.
203. Denning B.P. The Yale Law School Divisional Studies Program, 1954–1964: An Experiment in Legal Education / B.P. Denning // *Journal of Legal Education*. 2002. Vol. 52. № 3. P. 365–396.
204. Dezalay Y. The Force of Law and Lawyers: Pierre Bourdieu and the Reflexive Sociology of Law / Y. Dezalay, M.R. Madsen // *Annual Review of Law and Social Science*. 2012. Vol. 8. P. 436–452.
205. Dzmitryieva A. Becoming a Judge in Russia: An Analysis of Judicial Biographies / A. Dzmitryieva // *Europe-Asia Studies*. 2021. Vol. 73. № 1. P. 131–156. DOI: 10.1080/09668136.2020.1860196
206. Eliaz K. The Vienna Circle and the Uppsala School as philosophical inspirations for the Scandinavian Legal Realism / K. Eliaz, M. Jakubiec // *Semina Scientiarum*. 2016. № 15. P. 107–123. DOI: 10.15633/ss.1771
207. Eng S. Lost in the System or Lost in Translation? The Exchanges between Hart and Ross / S. Eng // *Ratio Juris*. 2011. Vol. 24. № 2. P. 194–246. DOI: 10.1111/j.1467-9337.2011.00482.x
208. Erlanger H. Is It Time for a New Legal Realism? / H. Erlanger, B. Garth, J. Larson, E. Mertz, V. Nourse, D. Wilkins // *Wisconsin Law Review*. 2005. Vol. 2005. № 2. P. 335–363.
209. Fittipaldi E. Introduction: Continental Legal Realism / E. Fittipaldi // *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*. Volume 12. Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World. Tome 2: Main Orientations and Topics. Chapter 12 / Ed. by E. Pattaro, C. Roversi. Dordrecht: Springer Netherlands, 2016. P. 297–318. DOI: 10.1007/978-94-007-1479-3_40
210. Frank J. Judicial Fact-Finding and Psychology / J. Frank // *Ohio State Law Journal*. 1953. Vol. 14. P. 183–189.

211. Frank J. Legal Thinking in Three Dimensions / J. Frank // *Syracuse Law Review*. 1949. Vol. 1. P. 9–25.
212. Frank J. Say It with Music / J. Frank // *Harvard Law Review*. 1948. Vol. 61. № 6. P. 921–957.
213. Frank J. Why Not a Clinical Lawyer School / J. Frank // *University of Pennsylvania Law Review*. 1933. Vol. 81. № 8. P. 907–923.
214. Frank J. Words and Music: Some Remarks on Statutory Interpretation / J. Frank // *Columbia Law Review*. 1947. Vol. 47. № 8. P. 1259–1278.
215. Fuller L.L. American Legal Realism / L.L. Fuller // *University of Pennsylvania Law Review*. 1934. Vol. 82. № 5. P. 429–462.
216. Garth B. Introduction: New Legal Realism at Ten Years and Beyond / B. Garth, E. Mertz // *UC Irvine Law Review*. 2016. Vol. 6. № 2. P. 121–135.
217. Green M.S. Legal Realism as Theory of Law / M.S. Green // *William and Mary Law Review*. 2005. Vol. 46. № 6. P. 1915–2000.
218. Hart H.L.A. Scandinavian Realism / H.L.A. Hart // *The Cambridge Law Journal*. 1959. Vol. 17. № 2. P. 233–240.
219. Harris J.W. Olivecrona on Law and Language – The Search for Legal Culture / J.W. Harris // *Tidsskrift for Rettsvitenskap*. 1981. Vol. 152. № 4. P. 625–646.
220. Herget J.E. The German Free Law Movement as the Source of American Legal Realism / J.E. Herget, S. Wallace // *Virginia Law Review*. 1987. Vol. 73. P. 399–455.
221. Hoeflich M.H. The Americanization of British Legal Education in the Nineteenth Century / M.H. Hoeflich // *The Journal of Legal History*. 1987. Vol. 8. № 3. P. 244–259.
222. Holmes O.W. The Path of the Law / O.W. Holmes // *Harvard Law Review*. 1897. Vol. 10. № 8. P. 457–478.
223. Holtermann J.v.H. Getting Real or Staying Positive? Legal Realism(s), Legal Positivism, and the Prospects of Naturalism in Jurisprudence / J.v.H. Holtermann // *Ratio Juris*. 2016. Vol. 29. № 4. P. 535–555. DOI: 10.1111/raju.12071
224. Holtermann J.v.H. European New Legal Realism and International Law: How to Make International Law Intelligible / J.v.H. Holtermann, M.R. Madsen // *Leiden*

Journal of International Law. 2015. Vol. 28. № 2. P. 211–230. DOI: 10.1017/S0922156515000047

225. Holtermann J.v.H. Naturalizing Alf Ross's Legal Realism: a Philosophical Reconstruction / J.v.H. Holtermann // *Revus*. 2014. № 24. P. 165–186. DOI: 10.4000/revus.3087

226. Hull N.E.H. Reconstructing the Origins of Realistic Jurisprudence: A Prequel to the Llewellyn – Pound Exchange over Legal Realism / N.E.H. Hull // *Duke Law Review*. 1989. № 5. P. 1032–1334.

227. Hull N.E.H. Some Realism about the Llewellyn – Pound Exchange over Realism: the Newly Uncovered Private Correspondence, 1927–1931 / N.E.H. Hull // *Wisconsin Law Review*. 1987. № 6. P. 921–969.

228. Hull N.E.H. The Romantic Realist: Art, Literature and the Enduring Legacy of Karl Llewellyn's "Jurisprudence" / N.E.H. Hull // *The American Journal of Legal History*. 1996. Vol. 40. P. 115–145.

229. Hutcheson J.C., Jr. Judgment Intuitive: The Function of the "Hunch" in Judicial Decision / J.C. Hutcheson, Jr. // *Cornell Law Journal*. 1929. Vol. 14. P. 274–288.

230. Ingersoll D.E. Karl Llewellyn, American Legal Realism, and Contemporary Legal Behavioralism / D.E. Ingersoll // *Ethics*. 1966. Vol. 76. № 4. P. 253–266.

231. Jägerskiöld S. Roman Influence on Swedish Case Law in the 17th Century / S. Jägerskiöld // *Scandinavian Studies in Law*. 1967. Vol. 11. P. 179–209.

232. Jørgensen S. Scandinavian Legal Philosophy / S. Jørgensen // *Bulletin of the Australian Society of Legal Philosophy*. 1984. Vol. 8. P. 2–18.

233. Kantorowicz H. Some Rationalism about Realism / H. Kantorowicz // *The Yale Law Journal*. 1934. Vol. 43. № 8. P. 1240–1253.

234. Kreitner R. Biographing Realist Jurisprudence / R. Kreitner // *Law & Social Inquiry*. 2010. Vol. 33. № 3. P. 765–791.

235. Kruse K.R. Getting Real About Legal Realism, New Legal Realism and Clinical Legal Education / K.R. Kruse // *New York Law School Review*. 2011-2012. Vol. 56. P. 295–320.

236. Langdell C.C. Harvard Celebration Speeches: Professor Langdell / C.C. Langdell // *Law Quarterly Review*. 1887. Vol. 3. P. 123–125.
237. Leeuw F.L. American Legal Realism: Research Programme and Policy Impact / F.L. Leeuw // *Utrecht Law Review*. 2017. Vol. 13. № 3. P. 28–40.
238. Leiter B. Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered / B. Leiter // *Ethics*. 2001. Vol. 111. Part 2. P. 278–301.
239. Leiter B. Legal Realisms, Old and New / B. Leiter // *Valparaiso University Law Review*. 2013. Vol. 47. P. 949–963.
240. Leiter B. Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence / B. Leiter // *Texas Law Review*. 1997. Vol. 76. № 2. P. 267–317.
241. Llewellyn K.N. A Realistic Jurisprudence – The Next Step / K.N. Llewellyn // *Columbia Law Review*. 1930. Vol. 30. № 4. P. 431–465.
242. Llewellyn K.N. On Reading and Using the Newer Jurisprudence / K.N. Llewellyn // *Columbia Law Review*. 1940. Vol. 40. P. 581–614.
243. Llewellyn K.N. On What is Wrong with So-Called Legal Education / K.N. Llewellyn // *Columbia Law Review*. 1935. Vol. 35. № 5. P. 651–678.
244. Llewellyn K.N. Some Realism about Realism: Responding to Dean Pound / K.N. Llewellyn // *Harvard Law Review*. 1931. Vol. 44. № 8. P. 1222–1264.
245. LoPucki L.M. Bringing Realism to the Classroom – A Review of Warren and Westbrook’s “The Law of Debtors and Creditors” / L.M. LoPucki // *Wisconsin Law Review*. 1987. № 4. P. 641–657.
246. Lundstedt V. The Relation Between Law and Equity / V. Lundstedt // *Tulane Law Review*. 1950. Vol. 25. P. 59–69.
247. Macauley S. New Legal Realism: Unpacking a Proposed Definition / S. Macauley // *UC Irvine Law Review*. 2016. Vol. 6. № 2. P. 149–167.
248. MacCormack G. Scandinavian Realism / G. MacCormack // *The Juridical Review*. 1970. Vol. 11. P. 33–55.
249. Margolis E. Teaching Students to Make Effective Policy Arguments in Appellate Briefs / E. Margolis // *Perspectives: Teaching Legal Research and Writing*. 2001. Vol. 9. P. 73–79.

250. Miles T.J. The New Legal Realism / T.J. Miles, C.R. Sunstein // The University of Chicago Law Review. 2008. Vol. 75. P. 831–851.

251. Moore U. Legal and Institutional Methods Applied to the Debiting of Direct Discounts. I. Legal Method: Banker's Set-Off / U. Moore, G. Sussman // The Yale Law Journal. 1931. Vol. 40. № 3. P. 381–400.

252. Moore U. Rational Basis of Legal Institutions / U. Moore // Columbia Law Review. 1923. Vol. 23. № 7. P. 609–617.

253. Munro C.R. Lundstedt's Method of Social Welfare / C.R. Munro // ARSP: Archiv Für Rechts- Und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy. 1981. Vol. 67. № 1. P. 14–25.

254. Nourse V. Varieties of New Legal Realism: Can a New World Order Prompt a New Legal Theory? / V. Nourse, G. Shaffer // Cornell Law Review. 2009. Vol. 95. P. 61–137.

255. Oliphant H. A Return to Stare Decisis / H. Oliphant // The American Law School Review. 1928. Vol. 6. № 5. P. 215–230.

256. Oliphant H. A Return to Stare Decisis / H. Oliphant // American Bar Association Journal. 1928. Vol. 14. P. 71–76, 107, 159–162.

257. Oliphant H. Facts, Opinions, and Value-Judgements / H. Oliphant // Texas Law Review. 1932. Vol. 10. № 2. P. 127–139.

258. Olivecrona K. Legal Language and Reality / K. Olivecrona // Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound / Ed. by R.A. Newman. Indianapolis, N.Y.: The Bobbs-Merrill Company, 1962. P. 151–191.

259. Olivecrona K. Realism and Idealism: Some Reflections on the Cardinal Points in Legal Philosophy / K. Olivecrona // New York University Law Review. 1951. Vol. 26. P. 120–131.

260. Olivecrona K. The Legal Theories of Axel Hägerström and Vilhelm Lundstedt / K. Olivecrona // Scandinavian Studies in Law. 1959. Vol. 3. P. 125–150.

261. Pattaro E. Axel Hägerström at the Origins of the Uppsala School / E. Pattaro // A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence. Volume 12. Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World. Tome 2: Main Orientations and

Topics. Chapter 13 / Ed. by E. Pattaro, C. Rovarsi. Dordrecht: Springer Netherlands, 2016. P. 319–363. DOI: https://doi.org/10.1007/978-94-007-1479-3_41

262. Paul J. Psychological Materials in the Legal Philosophy of Jerome Frank / J. Paul // *South California Law Quarterly*. 1959. Vol. 11. P. 293–305.

263. Peczenik A. Theory Choice in Jurisprudence / A. Peczenik // *Scandinavian Studies in Law*. 2005. Vol. 48. P. 291–308.

264. Pihlajamäki H. Against Metaphysics in Law: The Historical Background of American and Scandinavian Legal Realism Compared / H. Pihlajamäki // *The American Journal of Comparative Law*. 2004. Vol. 52. № 2. P. 469–487.

265. Pound R. Law in Books and Law in Action / R. Pound // *American Law Review*. 1910. № 44. P. 12–36.

266. Pound R. The Call for a Realistic Jurisprudence / R. Pound // *Harvard Law Review*. 1931. Vol. 44. № 5. P. 697–711.

267. Pound R. The Life of Law: Reason or Experience? / R. Pound // *Tort and Medical Yearbook*. 1961. Vol. 1. P. 611–629.

268. Redmount R.S. Psychological Views in Jurisprudential Theories / R.S. Redmount // *University of Pennsylvania Law Review*. 1959. Vol. 107. P. 472–513.

269. Ross A. Tû-Tû / A. Ross // *Harvard Law Review*. 1957. Vol. 70. № 5. P. 812–825.

270. Rubin E. What's Wrong with Langdell's Method, and What to Do About It / E. Rubin // *Vanderbilt Law Review*. 2007. Vol. 60. № 2. P. 609–665.

271. Rumble W.E., Jr. Rule-Skepticism and the Role of the Judge: A Study of American Legal Realism / W.E. Rumble, Jr. // *Journal of Public Law*. 1966. Vol. 15. № 2. P. 251–285.

272. Sandin R.T. The Founding of the Uppsala School / R.T. Sandin // *Journal of the History of the Ideas*. 1962. Vol. 23. № 4. P. 496–512.

273. Savarese R.J. American Legal Realism / R.J. Savarese // *Houston Law Review*. 1965. Vol. 3. P. 180–200.

274. Schauer F. Foreword / F. Schauer // Twining W. *Karl Llewellyn and the Realist Movement*. 2nd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. P. ix–xxiv.

275. Schlegel J.H. American Legal Realism and Empirical Social Science: The Singular Case of Underhill Moore / J.H. Schlegel // *Buffalo Law Review*. 1980. Vol. 29. P. 195–323.
276. Schmidt F.F. The Uppsala School of Legal Thinking / F.F. Schmidt // *Scandinavian Studies in Law*. 1978. Vol. 22. P. 151–175.
277. Sherbaniuk D.J. Scandinavian Realism / D.J. Sherbaniuk // *Alberta Law Review*. 1962. Vol. 2. P. 58–72.
278. Schlag P. Formalism and Realism in Ruins (Mapping the Logics of Collapse) / P. Schlag // *Iowa Law Review*. 2009. № 95. P. 195–244.
279. Siliquini-Cinelli L. Vilhelm Lundstedt's "Legal Machinery" and the Demise of Juristic Practice / L. Siliquini-Cinelli // *Law Critique*. 2018. Vol. 29. № 2. P. 241–264. DOI: 10.1007/s10978-018-9220-4
280. Singer J.W. Legal Realism Now / J.W. Singer // *California Law Review*. 1988. Vol. 76. № 2. P. 465–544.
281. Slagstad R. Norwegian Legal Realism since 1945 / R. Slagstad // *Scandinavian Studies in Law*. 1991. Vol. 35. P. 215–233.
282. Spaak T. Naturalism in Scandinavian and American Realism: Similarities and Differences / T. Spaak // *De Lege*. Uppsala: Iustus Förlag, 2009. P. 33–83.
283. Spaak T. Realism about the Nature of Law / T. Spaak // *Ratio Juris*. 2017. Vol. 30. № 1. P. 75–104. DOI: 10.1111/raju.12073
284. Strang J. The Scandinavian Value Nihilists: The Crisis of Democracy in the 1930s and 1940s / J. Strang // *Nordeuropa-Forum*. 2009. Vol. 19. № 1. P. 37–63.
285. Strang J. Two Generations of Scandinavian Legal Realists / J. Strang // *Retfærd: Nordisk Juridisk Tidsskrift*. 2009. Bd. 32. Nr. 1/124. P. 61–82.
286. Sundberg J.W.F. Human Rights in Sweden: The Breakthrough of an Idea / J.W.F. Sundberg // *Ohio State Law Journal*. 1986. Vol. 47. P. 951–983.
287. Sundell J.-O. German Influence on Swedish Private Law Doctrine 1870–1914 / J.-O. Sundell // *Scandinavian Studies in Law*. 1991. Vol. 35. P. 235–268.
288. Sundell J.-O. Vilhelm Lundstedt – a Biographical Sketch / J.-O. Sundell // *Scandinavian Studies in Law*. 2005. Vol. 48. P. 465–477.

289. Timoshina E.V. Other Russian or Polish Legal Realists / E.V. Timoshina, G. Lorini, W. Żełaniec // *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence. Volume 12. Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World. Tome 2: Main Orientations and Topics. Chapter 20* / Ed. by E. Pattaro, C. Roversi. Dordrecht: Springer Netherlands, 2016. P. 527–557. DOI: 10.1007/978-94-007-1479-3_48
290. Tonkov D. Experience and Reason in American Legal Realism / D. Tonkov // *The Experience of Law: Collection of Articles and Essays* / Comp. by O. Stovba, N. Satokhina. The Library Of The International Journal «Philosophy Of Law Issues». Kharkiv: Publisher Oleg Miroshnychenko, 2019. P. 119–135.
291. Twining W. Talk about Realism / W. Twining // *New York University Law Review*. 1985. Vol. 60. № 3. P. 329–384.
292. Vik H.H. Histories of Human Rights in the Nordic Countries / H.H. Vik, S.L.B. Jensen, L. Lindkvist, J. Strang // *Nordic Journal of Human Rights*. 2018. Vol. 36. № 3. P. 189–201. DOI: 10.1080/18918131.2018.1522750
293. White G.E. From Sociological Jurisprudence to Realism: Jurisprudence in Social Change in Early Twentieth-Century America / G.E. White // *Virginia Law Review*. 1972. Vol. 58. № 6. P. 999–1028.
294. Yntema H.E. American Legal Realism in Retrospect / H.E. Yntema // *Vanderbilt Law Review*. 1960. № 14. P. 317–330.
295. Zamboni M. Alf Ross's Legal Philosophy / M. Zamboni // *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence. Volume 12. Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World. Tome 2: Main Orientations and Topics. Chapter 16* / Ed. by E. Pattaro, C. Roversi. Dordrecht: Springer Netherlands, 2016. P. 401–414. DOI: 10.1007/978-94-007-1479-3_44
296. Zamboni M. Legal Realisms and the Dilemma of the Relationship of Contemporary Law and Politics / M. Zamboni // *Perspectives on Jurisprudence: Essays in Honor of Jes Bjarup*. Scandinavian Studies in Law. 2005. Vol. 48. P. 583–605.

Ц.4 Электронные ресурсы:

297. Arvind T.T. The Philosophy of Law of Vilhelm Lundstedt / T.T. Arvind // Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy / Ed. by M. Sellers, S. Kirste. Dordrecht: Springer, 2018. P. 1–7. URL: http://springer.iq-technikum.de/referenceworkentry/10.1007/978-94-007-6730-0_66-1 (дата обращения: 22.10.2021). DOI: 10.1007/978-94-007-6730-0_66-1

298. Barberis M. Genoese Legal Realism / M. Barberis // Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy / Ed. by M. Sellers, S. Kirste. Dordrecht: Springer Nature, 2017. P. 1–6. URL: http://springer.iq-technikum.de/referenceworkentry/10.1007%2F978-94-007-6730-0_69-2 (дата обращения: 22.10.2021). DOI: 10.1007/978-94-007-6730-0_69-2

299. Bjarup J. Scandinavian Realism / J. Bjarup // Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy / Ed. by M. Sellers, S. Kirste. 2017. P. 1–6. URL: https://link.springer.com/referenceworkentry/10.1007%2F978-94-007-6730-0_28-1 (дата обращения: 22.10.2021). DOI: 10.1007/978-94-007-6730-0_28-1

300. Dagan H. Contemporary Legal Realism / H. Dagan // Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy. 2017. P. 1–8. URL: https://link.springer.com/referenceworkentry/10.1007%2F978-94-007-6730-0_107-1 (дата обращения: 22.10.2021). DOI: 10.1007/978-94-007-6730-0_107-1

301. Etchemendy M.X. American Realism – Development and Critique / M.X. Etchemendy // Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy / Ed. by M. Sellers, S. Kirste. 2018. P. 1–9. URL: https://link.springer.com/referenceworkentry/10.1007%2F978-94-007-6730-0_336-2 (дата обращения: 22.10.2021). DOI: 10.1007/978-94-007-6730-0_336-2

302. Faralli C. Bologna’s Legal Realism / C. Faralli // Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy / Ed. by M. Sellers, S. Kirste. Dordrecht: Springer Nature, 2017. P. 1–2. URL: https://link.springer.com/referenceworkentry/10.1007%2F978-94-007-6730-0_70-2 (дата обращения: 22.10.2021). DOI: 10.1007/978-94-007-6730-0_70-2

303. Holtermann J.v.H. European New Legal Realism: Towards a Basic Science of Law / J.v.H. Holtermann, M.R. Madsen // iCourts Working Paper Series. 2020. № 215. P. 1–25. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3685745 (дата обращения: 22.10.2021).

304. Holtermann J.v.H. “This cannot be its meaning in the mouth of the judge” (the case for the new English language translation of Alf Ross’s On Law and Justice forthcoming on Oxford University Press) / J.v.H. Holtermann // Utopía y Praxis Latinoamericana. 2015. Vol. 20. № 71. P. 19–30. URL: <https://www.redalyc.org/pdf/279/27945658003.pdf> (дата обращения: 22.10.2021).

305. Law and Society Association // URL: <https://www.lawandsociety.org> (дата обращения: 22.10.2021).

306. New Frontiers of Legal Realism: American, Scandinavian, European, Global // URL: [https://jura.ku.dk/english/lawteaching/?pure=en%2Factivities%2Fnew-frontiers-of-legal-realism-american-scandinavian-european-global\(a2065411-a3a1-42be-86e7-7882222ef776\).html](https://jura.ku.dk/english/lawteaching/?pure=en%2Factivities%2Fnew-frontiers-of-legal-realism-american-scandinavian-european-global(a2065411-a3a1-42be-86e7-7882222ef776).html) (дата обращения: 22.10.2021).

307. New Legal Realism // URL: <http://newlegalrealism.org> (дата обращения: 22.10.2021).

308. Olsen H.P. Legal Realism: In Search of a Science of Law / H.P. Olsen, S. Toddington // University of Copenhagen Faculty of Law Research Paper № 20017-36, iCourts Working Paper Series № 91. SSRN, April 7, 2017. P. 1–27. URL: <https://ssrn.com/abstract=2948489> (дата обращения: 22.10.2021). DOI: 10.2139/ssrn.2948489

309. Policy // Oxford Advanced American Dictionary // URL: https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/american_english/policy (дата обращения: 22.10.2021).

310. Schauer F. American Legal Realism – Theoretical Aspects / F. Schauer // Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy / ed. by M. Sellers, S. Kirste. Dordrecht: Springer Nature, 2018. P. 1–9. URL: http://springer.iq-technikum.de/referenceworkentry/10.1007/978-94-007-6730-0_67-3 (дата обращения: 22.10.2021). DOI: 10.1007/978-94-007-6730-0_67-3

311. Stone M. Formalism / M. Stone // *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* / Ed. by Coleman J.L., Himma K.E., Shapiro S.J. P. 1–46 // URL: <https://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780199270972.001.0001/oxfordhb-9780199270972-e-5> (дата обращения: 22.10.2021).

312. Strang J. Scandinavian Legal Realism and Human Rights: Axel Hägerström, Alf Ross and the Persistent Attack on Natural Law / J. Strang // *Nordic Journal of Human Rights*. 2018. Vol. 36. № 3. P. 202–218. Author's original manuscript. P. 1–31. URL: https://www.academia.edu/37373143/Scandinavian_Legal_Realism_and_Human_Rights_Axel_Hägerström_Alf_Ross_and_the_Persistent_Attack_on_Natural_Law_____ (дата обращения: 22.10.2021). DOI: 10.1080/18918131.2018.1522757

313. 1st New Legal Realism Conference: New Legal Realist Methods, Program // URL: <http://www.americanbarfoundation.org/uploads/cms/documents/nlrconf604.pdf> (дата обращения: 22.10.2021).

III. Литература на других иностранных языках

314. Bokelund C. Vilhelm Lundstedts Bibliografi 12.9.1942–11.9.1952 / C. Bokelund // *Svensk juristtidning (SvJT)*. 1952. P. 775–782. URL: <https://svjt.se/svjt/1952/775> (дата обращения: 22.10.2021).

315. Brunet P. Le «positivisme» français dans la lumière du Nord: le réalisme juridique scandinave et la doctrine française / P. Brunet // *Revus*. 2014. Vol. 24. P. 187–208. DOI: 10.4000/revus.2931

316. Hägerström A. Das Prinzip der Wissenschaft. Eine logisch-erkenntnistheoretische Untersuchung. 1. Die Realität / A. Hägerström. Uppsala: Almqvist & Wiksell, 1908. – 134 s.

317. Hägerström A. Die Philosophie der Gegenwart in Selbstdarstellungen / A. Hägerström. Bd. VII, Leipzig: Meiner, 1929. – 248 s.

318. Holm O. Vilhelm Lundstedts bibliografi. Förteckning över Professor Vilhelm Lundstedts intill den 11 september 1942 utgivna skrifter / O. Holm. Stockholm: H. Geber, 1942. – 55 p.

319. Millard É. Réalisme scandinave, Réalisme américain: un essai de caractérisation / É. Millard // *Revus*. 2014. № 24. P. 81–97. DOI: 10.4000/revus.2915

320. Molin K. A Vilhelm Lundstedt / K. Molin // *Svenskt Biografiskt Lexikon*. Vol. 24: Ljungdahl-Malmros. Stockholm: Norstedt, 1982-1984. S. 376.

321. Pattaro E. Lineamenti per una teoria del diritto / E. Pattaro. Bologna: CLUEB, 1990. – 526 p.

322. Ross. A. Realismen i Retsvidenskaben og Samfundsnyttekimæren / A. Ross // *Svensk Juristtidning*. Stockholm: [s.n.], 1932. S. 325–349.