

Санкт-Петербургский государственный университет

направление «Юриспруденция»

Правовой реализм

Выпускная квалификационная работа
студента 2 курса магистратуры
очной формы обучения
Тонкова Дмитрия Евгеньевича

Научный руководитель:
доцент, доктор юридических наук
Тимошина Елена Владимировна

Санкт-Петербург
2017 год

СОДЕРЖАНИЕ

Содержание	1
Введение	3
ГЛАВА I. АМЕРИКАНСКИЙ ПРАВОВОЙ РЕАЛИЗМ	6
§ I.1. Основные характеристики	6
§ I.1.1. Формальное возникновение	6
§ I.1.2. Представители	7
§ I.1.3. Общие положения	9
§ I.1.4. Направления	12
§ I.2. Правовая определенность с позиции нормоскептиков	16
§ I.2.1. Правовая неопределенность формализма	16
§ I.2.2. Понятие правовой определенности	17
§ I.2.3. Гранд-стиль	19
§ I.2.4. Сравнение Гранд-стиля и Формального стиля	21
§ I.2.5. Нормоскептицизм	22
§ I.2.6. Определенность норм	24
§ I.2.7. Возражения на критику	26
ГЛАВА II. СКАНДИНАВСКИЙ ПРАВОВОЙ РЕАЛИЗМ	29
§ II.1. Аксель Хэгерстрём	29
§ II.1.1. Критика позитивизма	29
§ II.1.2. Природа права	30
§ II.1.3. Права и обязанности	31
§ II.1.4. Право и мораль	32
§ II.1.5. Выводы	33
§ II.2. Вильгельм Лундштедт	33
§ II.2.1. Права и обязанности	34
§ II.2.2. Право и ценности	34
§ II.2.3. Право и мораль	35
§ II.2.4. Метод «социального благополучия»	36
§ II.2.5. Выводы	37

§ II.3. Карл Оливекрона	38
§ II.3.1. Право и норма права	38
§ II.3.2. Права и обязанности	39
§ II.3.3. Права и ценности	41
§ II.3.4. Права как «знаки»	41
§ II.3.5. Выводы	42
§ II.4. Альф Росс	43
§ II.4.1. Уход от метафизики	43
§ II.4.2. Действительность права	44
§ II.4.3. Право и мораль	46
§ II.4.4. Права как «условные обозначения»	47
§ II.4.5. Выводы	48
ГЛАВА III. АМЕРИКАНСКИЙ И СКАНДИНАВСКИЙ ПРАВОВОЙ РЕАЛИЗМ: СРАВНИТЕЛЬНЫЙ АНАЛИЗ	49
§ III.1. Общее сравнение	49
§ III.1.1. Сходства	49
§ III.1.2. Различия	50
§ III.1.3. Взаимовлияние	52
§ III.2. Исторические предпосылки	53
§ III.2.1. Традиция общего права и американская правовая мысль	53
§ III.2.2. Скандинавское право для неюриста	55
§ III.2.3. Прагматизм как историческая основа	56
Заключение	57
Приложения	61
Приложение 1.1. Эволюция списка правовых реалистов	61
Приложение 1.2. Эволюция списка правовых реалистов (на англ.)	62
Приложение 2. Список правовых реалистов от 6 апреля 1931 г.	63
Приложение 3. Общие положения правовых реалистов	64
Приложение 4. Сравнение Гранд-стиля и Формального стиля как теоретических моделей	66
Библиографический список	67

Введение

Правовое движение, известное как «американский правовой реализм», возникло в первой половине XX века в США и состояло из разнородных американских ученых, возглавляемых такими мыслителями как Карл Ллевеллин, Валтер Кук, Герман Олифант, Джером Фрэнк и Андерхил Мур. Оно осуждало формализм, абстракции и консерватизм традиционной юриспруденции.

Другое реалистичное движение в начале и середине XX века появилось в Скандинавии и называлось «скандинавский правовой реализм». Основными его представителями являются шведский философ Аксель Хэгерстрём и его ученики Вильгельм Лундштедт, Карл Оливекрона и Альф Росс. Это движение считало, что традиционные правовые концепции состояли из бессмысленных метафизических идей, которые должны были быть исключены из права, тогда как юриспруденции следует базироваться на фактическом опыте.

Термин «реализм» используется в различных значениях для описания интеллектуальных и философских движений: в эпистемологии он отражает веру в то, что объекты восприятия существуют независимо от сознания; в онтологии он очерчивает позицию, что универсальное существует независимо от частного; в философии он обозначает взгляд, что научные теории по крайней мере приблизительно истинны и что научные термины имеют подлинные референты. Однако такие определения термина «реализм» мало соотносимы с его значением в понятии «правовой реализм».¹ Для юридического смысла более полезны буквальное, искусствоведческое и литературное значения термина. В художественном искусстве «реализм» относился к движениям XIX века, которое было реакцией против академических работ «Французской школы»: художники-реалисты стремились отразить без приукрашивания то, что видели вокруг, выбирая объекты, считающимися некрасивыми и повседневными. В литературе «реализм» указывает на направление, которое описывает жизнь без идеализации и романтизма.² Также и «правовой реализм» стремился описать право без идеализации, таким, какое оно есть в жизни, а не каким оно должно быть или каким его запечатлели традиционные теории, игнорирующие ежедневное действие права. Американские правовые реалисты сфокусировались на практике судов и незначительности записанных в книге правил для предсказания деятельности судей. Они стремились превратить право в эмпирическую науку. Скандинавские правовые реалисты пытались выявить и уничтожить скрытые метафизические элементы традиционных правовых концепций, чтобы закрепить право на социологических и психологических фактах.

¹ *Martin M.* Legal realism: American and Scandinavian. N.Y.: Peter Lang, 1997. P.2.

² *The New Columbia Encyclopedia.* N.Y.: Columbia University Press, 1975. P. 2284.

В советское время американской юриспруденции первой половины и середины XX века не уделялось достаточного внимания, хотя она была весьма плодотворна в области научного анализа ценностей и институтов, составляющих основу современной либерально-демократической модели.³ Большинство советских работ содержало в себе грубое (без обращения внимания на детали) исследование подходов американских авторов, целью которых была их дискредитация на фоне обосновывания марксистско-ленинской идеологии.⁴ В современной России наблюдается появление интереса к американскому правовому наследию, но, по большей мере, он носит фрагментарный характер.

Скандинавские правовые реалисты, склонные к критическому взгляду на право теоретики из Швеции, Норвегии и Дании начала и середины XX века, также не достаточно широко известны в современной российской правовой науке. Этому способствует не только то, что многие работы скандинавского направления не переведены ни на английский язык, ни на русский язык, но и более сложный научный стиль данных авторов, что вызвано отличающейся письменной правовой традицией и их профессиональной деятельностью: они были философами права и преподавали в учебных заведениях (в отличие от большинства американских правовых реалистов, бывших в первую очередь адвокатами и судьями).

Данная работа представляет собой попытку в некоторой части восполнить эти пробелы.

Целями данной работы являются анализ основных концепций «правового реализма», оценка оправданности объединения под одним термином представителей американского и скандинавского движений правового реализма и формирование теоретической базы для возможного использования наследия правовых реалистов при анализе правоприменения в России.

Решение следующих задач обеспечивает достижение указанных целей:

- определение представителей американского правового реализма и выявление его направлений;
- анализ общих положений американского правового реализма;
- исследование позиций лидера движения американского правового реализма;
- анализ идей главных представителей скандинавского правового реализма;
- сравнение обоих движений правового реализма;
- выявление предпосылок возникновения правового реализма;
- оценка вклада представителей правового реализма в правовую мысль.

³ *Архипов В. В.* Концепция права Лона Л. Фуллера : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2009. С. 3.

⁴ См., например, *Туманов В. А.* Буржуазная правовая идеология : к критике учений о праве. М. : «Наука», 1971 ; *Против философствующих оруженосцев американо-английского империализма : очерки критики современной американо-английской буржуазной философии и социологии*, М., 1951.

Методологическую основу выпускной квалификационной работы составляют такие методы научного познания, как формально-логический, сравнительно-правовой, метод системного анализа, методы герменевтики, семиотики и другие. Основным для работы стал метод сравнительного анализа идейно-теоретического материала представителей правового реализма и его исследователей.

Теоретическую основу выпускной квалификационной работы составляют труды представителей правового реализма и его исследователей. При написании данной работы автор в значительной части использовал литературу, не переведенную в настоящее время на русский язык.

Структура выпускной квалификационной работы состоит из титульного листа, содержания, введения, трех глав, разделенных на параграфы и подпараграфы, заключения, приложений и библиографического списка.

В данной выпускной квалификационной работе будут рассмотрены основные характеристики американского правового реализма и подробно исследованы позиции его лидера Карла Ллевеллина относительно показательного аспекта концепции всего движения, идеи главных представителей скандинавского правового реализма с оценкой вклада каждого в правовую мысль, а также будет произведено сравнение обоих движений правового реализма и выявлены предпосылки их возникновения.

ГЛАВА 1. АМЕРИКАНСКИЙ ПРАВОВОЙ РЕАЛИЗМ

§ 1.2. Основные характеристики

§ 1.1.1. Формальное возникновение

Термин «правовой реализм» возник в ходе полемики между Карлом Ллевеллином и Роско Паундом⁵. Это признают не только исследователи движения, но и сами «реалисты»⁶. Две статьи Карла Ллевеллина и одна статья Роско Паунда, опубликованные в 1930 и 1931 годах, формально основали (в действительности, только нарекли) самое важное и оригинальное американское правоведческое движение первой половины XX века: правовой реализм.⁷

Началась эта полемика в 1927 году, но носила частный характер. Ллевеллин ещё не был настолько авторитетным юристом в то время (согласно Вильяму Твайнингу, биографу Ллевеллина: «Ллевеллин публиковался относительно мало до 1930 года»⁸), но был уже знаком с Паундом, который являлся деканом самой престижной, гарвардской, правовой школы США. Их переписка имела дружественный научный характер. Однако к 1930 году она зашла в тупик (на что повлияло активное сотрудничество Ллевеллина с Джеромом Фрэнком), разногласия во взглядах стали слишком велики.

Публичная дискуссия началась с публикации Карлом Ллевеллином статьи «Реалистическая юриспруденция – следующий шаг» в 1930 году.⁹ Статья была «смесью правовых определений, критики Паунда и заявкой на междисциплинарное правовое исследование, с акцентированием внимания на поведении человека»¹⁰. Однако важным являлось выделение Ллевеллином «реальных норм» - конкретной судебной деятельности, ценность которой в предсказывании, «что судам *следует* делать на практике» - и его пренебрежение к «бумажным нормам» (то, что традиционно называется нормами права, выраженными в книгах)¹¹.

Эта статья и последующие письма Ллевеллина стимулировали Паунда на написание собственного эссе. Тот факт, что Роско Паунд использовал понятие «реалистическая юриспруденция» подтверждает влияние Ллевеллина.¹² Паунд

⁵ Натан Роско Паунд (Nathan Roscoe Pound, 27 октября 1870 – 30 июня 1964), американский юрист, глава социологической, или гарвардской, школы права.

⁶ Yntema H. E. American Legal Realism in Retrospect // Vanderbilt Law Review, 1960. № 14. P. 317.

⁷ 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. 922.

⁸ Twining W. Karl Llewellyn and the Realist Movement. 2nd ed. Cambridge : Cambridge University Press, 2012. P. 105.

⁹ Llewellyn K. N. A Realistic Jurisprudence – The Next Step // Columbia Law Review, 1930. Vol. 30, № 4. P. 431 – 465

¹⁰ Ellinwood R. M. The Karl Llewellyn Papers : A Guide to the Collection / R. M. Ellinwood, W. Twining. – Chicago, 1970. –P. 70.

¹¹ Llewellyn K.N. A Realistic Jurisprudence – The Next Step // Columbia Law Review, 1930. Vol. 30, № 4. P. 448.

¹² Ллевеллин первым назвал новую юриспруденцию «реалистической» в его статье «Реалистическая

в своем «Ответе на реалистическую юриспруденцию»¹³ выразил одновременно и восхищение подходом молодых ученых, и скептицизм в его обоснованности.

Затем к полемике присоединился Джером Фрэнк. Поначалу их с Паундом переписка продолжала оставаться дружественной, но после прочтения Паундом вышедшей в свет книги Фрэнка «Право и современное сознание» отношения обострились. Паунд негативно отзывался о позиции Фрэнка в письмах к Ллевеллину. Однако Ллевеллин стал защищать Фрэнка и вместе с ним подготовил ответ на статью Паунда (хотя от официального соавторства Фрэнк отказался из-за испортившихся отношений с Паундом и неоднозначной реакции научного сообщества на его «Право и современное сознание»¹⁴).

Во второй статье, «Немного реализма о реализме: возражая декану Паунду»¹⁵, Ллевеллин более отчетливо обозначил основные идеи правового реализма и установил список правовых реалистов.¹⁶ Таким образом, в ходе полемики между Ллевеллином, а затем и Фрэнком, с одной стороны, и Паундом, с другой, возникло движение, которое именуется «Американский правовой реализм».

§ 1.1.2. Представители¹⁷

Вопрос определения представителей правового реализма дискуссионен. В данной работе мы будем полагаться на мнение Карла Ллевеллина как одного из лидеров движения. В своей статье «Немного реализма о реализме»¹⁸ Ллевеллин утверждает, что не существует *школы* реалистов.¹⁹ И что не может быть никакой вероятности возникновения подобной школы. Ссылаясь на Фрэнка, он говорит, что «реалисты схожи только в своем отрицании, в своем скептицизме, в своей любознательности.»²⁰ Однако существует *движение* правового реализма в образе мысли о праве. Движение и его метод критики шире, чем число его явных сторонников. «Это индивидуальные ученые, которые работают и думают о праве и его месте в обществе. Их различие в точках зрения, интересах, выделении аспектов, областях деятельности огромно. Их число

юриспруденция – следующий шаг». Фрэнк также обратился к понятию «правовой реализм», назвав так одну из глав своей книги «Право и современное сознание». [Llewellyn, K. N. A Realistic Jurisprudence – The Next Step, P. 431; Frank J. Law and the Modern Mind. 6th ed. Garden City, N. Y. : Doubleday & Co., 1963. P. 42 – 52.]

¹³ Pound R. The Call for a Realistic Jurisprudence // Harvard Law Review, 1931. Vol. 44, № 5. P. 697 – 711.

¹⁴ 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. 948

¹⁵ Llewellyn K. N. Some Realism about Realism : Responding to Dean Pound // Harvard Law Review, 1931. Vol. 44, № 8. P. 1222 – 1264.

¹⁶ см. подпараграф «§ 1.1.2. Представители» настоящей работы.

¹⁷ Здесь и далее необходимо пользоваться Приложением 1.1. и Приложением 1.2. настоящей работы.

¹⁸ как было отмечено выше, эту статью Ллевеллин написал в соавторстве с Фрэнком, который отказался от указания своего имени. См. Llewellyn K. N. Some Realism about Realism : Responding to Dean Pound // Harvard Law Review, 1931. Vol. 44, № 8. P. 1222.

¹⁹ Ibid. P. 1233

²⁰ Ibid. ; см. пер. с англ. Адыгезалова Г. Э. Карл Никерсон Ллевеллин // Правоведение : науч.- теор. журнал, 2009. № 2. С. 185.

растет.»²¹ Тем не менее, существуют общие начала в их работах.²² Для Ллевеллина исследователи, которые подходят под этот перечень, являются «реалистичными», независимо от того, как они сами себя называют.²³

Итак, в вышеуказанной статье Ллевеллин выделяет список юристов, являющихся, по его мнению, правовыми реалистами. Он состоит из 20 человек. Однако этот список не может считаться безусловным, так как отсутствует четкая грань между правовым реализмом и другими подходами. В течение 1930 и 1931 годов Ллевеллин разработал пять независимых списков правовых реалистов, которые полностью не совпадают между собой, а некоторые и вовсе значительно отличаются друг от друга.

Первый список Ллевеллин привел в своей статье «Реалистическая юриспруденция – следующий шаг» в 1930 году. Он состоял из 16 имен. Ллевеллин привел его, чтобы показать, что в движение «включена не одна правовая школа, не одна страна, и чтобы сделать очевидным тот факт, что движение переросло стадию «детского лепета», уже показав себя в действии.»²⁴ Ллевеллин хотел скорее продемонстрировать в этом эклектичном списке эволюцию нового метода анализа, чем определить целостную группу.²⁵

Во втором списке Ллевеллин выделил 13 имен. 17 марта 1931 года он отправил Паунду письмо с просьбой дать совет, кого ещё можно включить в перечень. Впоследствии Ллевеллин прислушался к мнению Паунда, но решил также прибегнуть к помощи Джерома Фрэнка. Для этого Ллевеллин вместе с Фрэнком проанализировали основные труды современных ученых с целью выявления действительных реалистов.

После совместного анализа они составили третий список из 19 имен. 27 марта 1931 Ллевеллин и Фрэнк написали обращение «коллегам-нетрадиционалистам» [т.е тем, кто отвергал формализм] с просьбой содействия в их дискуссии с Паундом путем изложения своих позиций по некоторым вопросам. Однако на их просьбу откликнулись не все.

Поэтому, от невозможности записать многих ученых в школу правового реализма, Ллевеллину пришлось снова обратиться к Паунду. Он хотел выяснить, кого именно имел в виду Паунд в своей статье «Ответ реалистической юриспруденции». Так, 6 апреля 1931 года Ллевеллин написал второе письмо Паунду, в котором вместе с Фрэнком разделил многочисленных

²¹ Там же.

²² См. подпараграф «§ I.1.3. Общие положения» настоящей работы.

²³ *Llewellyn K. N. Some Realism about Realism : Responding to Dean Pound // Harvard Law Review, 1931. Vol. 44, № 8. P. 1238.*

²⁴ *Llewellyn K. N. A Realistic Jurisprudence – The Next Step // Columbia Law Review, 1930. Vol. 30, № 4. P. 454 – 455.*

²⁵ *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. 953.*

потенциальных реалистов на 3 категории²⁶, предоставив 44 имени. Этими категориями в четвертом списке были:

- 1) реалисты, занимающие радикальную позицию по какому-либо вопросу;
- 2) реалисты, которые имеют менее радикальные взгляды;
- 3) «реалисты в части своих работ», т.е. частично реалисты, в методе взгляда на право которых присутствуют элементы правового реализма, хотя он и не является для них крепкой правовой идеологией.

Однако Паунд отреагировал достаточно негативно на этот список, особенно на третью категорию, так как определение реализма как методологии, а не школы правовой философии, лишало бы его почвы для критики: Ллевеллин мог бы включить самого Паунда в эту третью категорию (тем самым и всю социологическую юриспруденцию). Поэтому Паунд жестко возразил, что тогда каждого юриста можно считать реалистом, а Ллевеллину требовалось найти именно особенности нового движения.

Пятый, окончательный список правовых реалистов Ллевеллин опубликовал в финальной части полемики с Паундом: статье «Немного реализма о реализме: возражение декану Паунду», которая стала классическим произведением правовой науки. В июньской статье Ллевеллин оставил только 20 имен без деления на категории.

Тем не менее, в свете существования четырех предыдущих списков, этот окончательный список следует признать по меньшей мере неполным. На него повлияла критика Паунда третьей категории в списке от 6 апреля 1931 года: Ллевеллин не включил его представителей в пятый список, существенно понизив конструктивный программный потенциал реализма.

§ 1.1.3. Общие положения

Каждый представитель правового реализма предлагает свое собственное видение концепции права. Но всё-таки есть то, что их объединяет в движение, именуемое «американский правовой реализм». Как отметил Ллевеллин, у человека, исследующего реалистов, складывается двоякое впечатление.²⁷ Во-первых, определенные отправные точки одинаковы для всех. Во-вторых, взаимосвязанность и взаимодополняемость их разных выводов, «словно они были направлены одной невидимой рукой».²⁸ Можно упомянуть и третье: рьяную веру в свои методы критики.

Практически каждый правовой аспект реалисты рассматривают по-разному. Но направление у них одно. Например, понятие права.

Для Фрэнка право было просто решением по конкретному делу: «Нормы, установленные предыдущими судами, статутами, мнениями юристов в книгах,

²⁶ См. Приложение 2 настоящей работы.

²⁷ *Llewellyn K. N. Some Realism about Realism : Responding to Dean Pound // Harvard Law Review, 1931. Vol. 44, № 8. P. 1235.*

²⁸ *Ibid.*

являются не правом, а только источниками права среди многих других, которыми судьи следуют в создании права конкретного дела... Право состоит из *решений*, не из норм. Если это так, то *когда судья разрешает дело, он творит право.*»²⁹

Ллевеллин в книге «Куст ежевики» определил свое знаменитое провокационное понятие права: «Действия, относящиеся к судебному обсуждению, являются сферой права. И люди, осуществляющие эти действия, будь то судьи, шерифы, клерки, тюремщики или адвокаты, являются официальными выразителями права. *То, что эти официальные лица решают в процессе обсуждения, и есть, по моему мнению, само право.*»³⁰ Однако это утверждение требует дальнейшего объяснения.³¹ Для Ллевеллина право – более широкое понятие, это не только комплекс правовых норм, закрепляющих принципы и концепции, но и процессуальные нормы, дающие жизнь правовым нормам, методики толкования, «техника прецедента», идеология и идеалы, а так же люди, прежде всего представителя юридической профессии. Особенность теории права Ллевеллина в том, что, не отрицая значимости правовых норм, он сделал акцент на их применении, составляющем результат взаимодействия многих элементов.³²

Кук поддерживал позицию, согласно которой право состоит из массы описательных обобщений о поведении судей и официальных лиц.³³ Олифант относил право к «социальной науке»³⁴, Мур же к «правовому институту» как «группе людей... действующих одним образом» и к «изложению права» как прогноз, который появляется из применения правового метода.³⁵

Известный исследователь, Вилфрид Рамбл (Wilfrid Rumble), выделял три основных стремления движения:

Во-первых, сильное желание описать и объяснить реальности судебного процесса.³⁶ Во-вторых, одинаково сильное убеждение в несоответствии между традиционными формулами, которые описывают и объясняют поведение судов, и тем, что по нашему мнению является реальностью судебного процесса.³⁷ В-

²⁹ Frank J. Law and the Modern Mind. 6th ed. Garden City, N. Y. : Doubleday & Co., 1963. P. 127 – 128.

³⁰ Llewellyn K. N. The Bramble Bush : On Our Land and Its Study. Dobbs Ferry, N. Y : Oceana Publications, 1977. P. 12.

³¹ Ллевеллин указал это в предисловии 1950ого года и к последующим изданиям «Куста ежевики», так как критики Ллевеллинна ссылались только на одно это предложение, существенно ограничивая подход Ллевеллинна, «будто бы не читав оставшуюся часть книги». – Ibid. P. 9.

³² Адыгезалова Г. Э. Карл Никерсон Ллевеллин // Правоведение : науч.- теор. журнал, 2009. № 2. С. 191.

³³ Savarese R. J. American Legal Realism // Houston Law Review. 1965. Vol. 3. P. 191.

³⁴ Oliphant H. Facts, opinions, and value-judgements // Texas Law Review, 1932. Vol. 10, № 2. P. 127.

³⁵ 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.

³⁶ Как писал судья Чарльз Кларк в 1942 году, правовые реалисты «имеют одну общую вещь, которая, я полагаю, несомненно самая здравая вещь в праве в наши дни. Это их попытка встать лицом к лицу честно, без предвзятых заключений, к тому, что действительно происходит в судах, в законодательстве и в правоприменительных органах». Clark C. E. The Function of Law in a Democratic Society // University of Chicago Law Review, 1942. Vol. 9, № 3. P. 393, 395.

³⁷ Как пишет Ллевеллин, между «бумажными нормами» и «реальными нормами». Llewellyn, K. N. Jurisprudence : Realism in Theory and Practice. Chicago, 1962. P. 12, 17, 21 – 25.

третьих, настойчивое желание реформ. Цель правовых реалистов была не только описать и объяснить судейское поведение настолько точно, насколько возможно, но и установить реформы для этого поведения.

Реалисты были заинтересованы в двух основных реформах. Первая реформа была нацелена на методы, с помощью которых решения *достигаются*. Акцент второй был направлен на то, как решения *оправдываются*. Только после того, как эти две реформы будут объяснены, могут быть поняты настоящие размеры их анализа судебного процесса.³⁸

Первая реформа напрямую сталкивается с традиционной судебной методикой применения *stare decisis*. Тем не менее, правовые реалисты не считали её абсолютно бесполезной. Они утверждали не то, что суды должны игнорировать прошлые нормы при достижении решения, а то, что, в действительности, эти предыдущие нормы должны быть тщательно обоснованы. Как писал Корбин, «предыдущие решения не согласованы между собой: в них может быть найдено обоснование обоим точкам зрения практически по каждому вопросу. Но они инструктивны: они позволяют увидеть огромный массив данных для сравнения: они предоставляют материал для тестирования предложенной нормы, касательно применения к разнообразным делам...они показывают доводы опытных людей по обоим сторонам вопроса. И только плохой или ленивый судья уклонится от таких наставлений.»³⁹ Судья, который решает, что будет справедливым и что будет соответствовать публичному благу, должен знать историю прецедента.

Вторая базовая реформа касается методов, которыми решения должны быть оправданы. Её сущность в том, что письменные мнения судей должны стать менее формальными и более политико-ориентированными. Другими словами, они должны меньше основываться на предыдущие нормы как на средства оправдания достигнутых решений, и больше на то, почему последствия решения социально желаемы. Первая причина этой процедуры: решения могут быть оправданы только как средство политики, показывающие, почему совокупность относящихся к делу прецедентов была истолкована одним образом, а не другим, таким же возможным. Вторая причина: существование таких мнений облегчит предсказывание будущих решений. В словах Ллевеллина: «Если прошлое мнение не объясняет преемникам судьи и нам, почему веский довод стороны не был принят во внимание, тогда остается неопределенность, будут ли в последующем следовать этому прецеденту или его части...или его расширят, или изменят, а если изменят, то как...»⁴⁰

³⁸ 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. 270.

³⁹ Corbin A. L. The Law and the Judges // The Yale Review, 1914. № 3. P. 246 – 247.

⁴⁰ Llewellyn K. N. Jurisprudence : Realism in Theory and Practice. Chicago, 1962. P. 124.

Наконец, необходимо привести общие положения правовых реалистов, выделенные Карлом Ллевеллином в статье «Немного реализма о реализме»:⁴¹

- 1) концепция права в постоянном движении, в его развитии и в судебном правотворчестве;
- 2) концепция права как средство достижения социальных целей, а не как самоцель;
- 3) концепция более быстрого развития права по сравнению с обществом;
- 4) временное разделение Сущего и Должного для целей изучения;
- 5) недоверие к традиционным правовым нормам и концепциям в той мере, в какой они претендуют описать, что суды или люди действительно делают;
- 6) недоверие к теории, согласно которой традиционные предписывающие нормативные формулировки являются реально действующим фактором при вынесении судебных решений;
- 7) уверенность в целесообразности группировать судебные дела и правовые ситуации в более узкие категории, чем это было на практике в прошлом;
- 8) настойчивое требование оценки каждой части права в виде её последствий и результатов, и уверенность в целесообразности попытки искать эти последствия;
- 9) упорство в непрерывной и планомерной атаке на правовые проблемы по всем указанным направлениям.

Первый, второй, третий и пятый из вышперечисленных пунктов, хотя и общие для представителей всего движения, не отражают его специфику. Но остальные пункты (4, 6, 7, 8 и 9) являются для Ллевеллина отличительными признаками движения правовых реалистов. Люди или работы, отвечающие этим характеристикам, для него «реалистичны», какой бы ярлык они не носили.⁴²

§ 1.1.4. Направления

Как было сказано выше, правовые реалисты были индивидуальными учеными с несовпадающими точками зрения. Поэтому исследователи относят некоторых реалистов к разным направлениям в зависимости от отношения к конкретному вопросу. Однако насчет самых ярких представителей того или иного направления разногласия редки. Представляется наиболее правильным выделить направления правового реализма в зависимости от их отношения к правовой определенности, что сделал Джером Фрэнк в своей книге «Право и современное сознание» («Law and the Modern Mind»).

Фрэнк разделил «конструктивных скептиков»⁴³ на две группы:

⁴¹ Здесь будет приведено краткое изложение пунктов, которые выделил Ллевеллин. Более подробно см. Приложение 3 настоящей работы.

⁴² *Llewellyn K. N. Some Realism about Realism : Responding to Dean Pound // Harvard Law Review, 1931. Vol. 44, № 8. P. 1237 – 1238.*

⁴³ Так он называл сторонников нового движения [в будущем – «реалистов»] в своей книге.

Первую группу он назвал «нормоскептиками», выдающимся представителем которой является Карл Ллевеллин: «Они стремятся к большей правовой определенности...они верят, что могут за “бумажными нормами” найти “реальные нормы”⁴⁴, описывающие единообразие и закономерности в реальном судебном поведении.»⁴⁵

Вторая группа, «фактоскептики», во главе с самим Фрэнком, идет дальше: «неважно, насколько точна и определена формальная норма права, насколько обнаружено единообразие этой формальной нормы, все равно остается невозможным...предсказать будущее решение в большинстве судебных тяжб.»⁴⁶

Некоторые исследователи называют эти группы по-другому⁴⁷, но критерий этого разделения остается неизменным. Однако если насчет лидеров этих направлений разногласий нет (Ллевеллин и Фрэнк), то распределение остальных реалистов не так очевидно.⁴⁸

Фрэнк в своей книге перечислил тех, кого он посчитал фактоскептиками: «Леон Грин, Макс Радин, Турмен Арнольд, Уильям Дуглас, и, скорее всего, Эдмунд Морган»⁴⁹ Однако остается спорным вопрос, подпадает ли кто-нибудь из них (кроме Леона Грина) полностью под понятие «фактоскептик». Разные исследователи считают по-разному. Вилфрид Рамбл, например, занимает позицию, ограничивающую это направление почти полностью самим Фрэнком

⁴⁴ Здесь Фрэнк использует терминологию Ллевеллина.

⁴⁵ *Frank J. Law and the Modern Mind*. 6th ed. Garden City, N. Y. : Doubleday & Co., 1963. P. 21.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Например, Брайн Ляйтер называет фактоскептиков «чувствительным крылом» («idiosyncrasy wing») правового реализма, для которого судебные решения определяются уникальными чертами характера, нравом и привычками судьи. Для этого крыла уникальная персоналия судьи определяет решение в конкретном деле, делая любой проект правовой реформы бессмысленной. Ляйтер также заявляет, что для Фрэнка результат конкретного дела, даже когда право в нем определено, остается непредсказуемым в силу судейских личных качеств, невосприимчивых к праву..

Leiter B. Legal Indeterminacy // Legal Theory. – Cambridge University Press, 1995. Vol.1, № 4. P. 481 – 482.

А нормоскептиков Ляйтер называет «социологическим крылом» («sociological wing») правового реализма, для которых правовые решения определяются «общими взглядами». Для членов этого крыла решения судей остаются предсказуемыми даже когда право неопределено, на основе судейского осознания критериев (или, по Ллевеллину, «типов ситуации»), которые относятся к вынесению решения. [подробнее о правовой определенности с позиции нормоскептиков речь пойдет параграфе § 1.2. данной работы].

Цит. по. *Green M. S. Legal Realism as Theory of Law // William and Mary Law Review*, 2005. Vol. 46, № 6. – P. 1978 – 1979.

⁴⁸ Вильям Твайнинг считал распределение Фрэнком реалистов на нормоскептиков и фактоскептиков обманчивым: «Оно преувеличивает размер и глубину вовлеченного скептицизма, предполагая, что Реализм касался только предсказуемости судебных решений, и скрывало то обстоятельство, что, возможно, был только один действительно преданный фактоскептик – сам Фрэнк, школа из одного человека». Таким же образом, поздние утверждения Ллевеллина – например, идея о том, что реализм является технологией, а не философией (*Llewellyn K. N. The Common Law Tradition : Deciding Appeals*. Boston ; Toronto : Little, Brown, 1960. P. 509 – 510.), служило для акцентирования внимания на оригинальных аспектах его собственного вклада в правовой реализм, чем для понимания всего движения. (*Twining W. Talk about Realism // New York University Law Review*, 1985. Vol. 60, № 3. P. 364.)

⁴⁹ Green, Radin, Arnold, Douglas, Morgan. См. *Frank J. Law and the Modern Mind*. 6th ed. Garden City, N. Y. : Doubleday & Co., 1963. P. 74.

и его учеником, Едмондом Каном, полагая, что фактоскептицизм Фрэнка относительно уникален даже среди реалистов.⁵⁰

Несмотря на дискуссию насчет представителей фактоскептиков, очевидно, что нормоскептицизм был намного более широко распространен среди реалистов. Наиболее выдающимися представителями нормоскептиков, наряду с Ллевеллином, можно признать Андершила Мура, Германа Олифанта, Феликса Кохена.⁵¹ По сравнению с радикальным фактоскептицизмом, это направление считается умеренным. Грань между социологической юриспруденцией Паунда становится менее заметной, чем в первом случае, поэтому Фрэнк утверждал, что некоторые позиции нормоскептиков в действительности являются лишь «левым крылом приверженцев традиции».⁵²

Наиболее показательные отличия двух направлений:

1. 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 метода более точного предсказания. Это различие важно, так как оно ведет к совершенно разному пониманию роли и функции правовой системы, в зависимости от принятой позиции.

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, суд первой инстанции уже сделает это. Поэтому, согласно Фрэнку, нормоскептики будут полагаться на существование тех фактов, которые могут быть совершенно неверно осмыслены судом первой инстанции: «Никто не знает, что суд первой инстанции найдет как факт, никто не может угадать, какой прецедент сможет или будет использовать суд.»⁵³

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».⁵⁴

Тем самым Фрэнк очертил два совершенно разных направления в движении реалистов. Фактоскептики, в основном, концентрируются на проблемах человеческого восприятия и его воздействия на отправление

⁵⁰ Rumble W. E., Jr. American legal realism : skepticism, reform, and the judicial process. Ithaca, N. Y. : Cornell University Press, 1968. P. 38, 107 – 136.

⁵¹ Moore, Oliphant, Cohen ; Что отмечают и другие исследователи, например, см.: Green M. S. Legal Realism as Theory of Law // William and Mary Law Review, 2005. Vol. 46, № 6. – P. 1978.

⁵² Frank J. Law and the Modern Mind. 6th ed. Garden City, N. Y. : Doubleday & Co., 1963. P. 306.

⁵³ Ibid. P. 26.

⁵⁴ Ibid. P.14.

правосудия. Традиционная доктрина *stare decisis* становится бесполезной в её предположении существования похожего дела с целью достичь «справедливого» результата. Таким образом, фактоскептик задается вопросом возможности достижения справедливости вообще без опоры на какую-либо правовую систему с идеей контролирующего прецедента. Фактоскептики заявляют об уникальности каждого дела и сомневаются в возможности обеспечения стабильности права.⁵⁵

С другой стороны, главной темой разногласий Ллевеллина с традиционной доктриной прецедента, было то, что прецедент провозглашал существование определенности там, где она почти не существовала. «Бумажные нормы», которые имели целью описать предыдущее судебское решение и позволить предсказать будущее действие, были настолько открыты для судебной манипуляции, что делали предсказание почти невозможным. Традиционные правила руководили судебскими решениями, но не определяли их границы. В прецеденте «точное описание фактического судебного поведения является редкостью».⁵⁶

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.

3. Нормоскептики подчеркивали, что фактическая составляющая правовой нормы зависит от ценностной составляющей правовой традиции. Фактоскептики же были склонны отрицать эффективность любой нормативной доктрины норм.

4. 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.

Нормоскептики, с другой стороны, использовали эту информацию, чтобы улучшить доктрину прецедента. 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*.⁵⁷

То есть нормоскептики пользовались этими сведениями для того, чтобы создать образцовые модели регулирования судебного принятия решений, а фактоскептики – для отрицания возможности регулирования.

⁵⁵ *Ingersoll D. E.* Karl Llewellyn, American Legal Realism, and Contemporary Legal Behavioralism // Ethics. – The University of Chicago Press, 1966. Vol. 76, № 4. P. 256.

⁵⁶ *Llewellyn K. N.* A Realistic Jurisprudence – The Next Step // Columbia Law Review, 1930. Vol. 30, № 4. P. 444.

⁵⁷ *Llewellyn K. N.* Jurisprudence : Realism in Theory and Practice. Chicago, 1962. P. 141 – 143.

§ I.2.1. Правовая неопределенность формализма

Правовые реалисты не признавали традиционную доктрину правовой определенности, преобладавшую в США с середины XIX в. и до 20-х годов XX в. В своей классической форме доктрина состояла из двух главных посылок.

1. *Объяснение правовой определенности через единообразие и предсказуемость судебных решений.* Судебные решения единообразны, а потому предсказуемы, так как разные судьи применяют одну и ту же заранее установленную норму к одинаковым наборам фактов.⁵⁹

2. *Предписание судьям, как должно быть достигнуто решение по делу.* Судьям следует выносить решения, применяя «прошлые» нормы к «настоящим» фактам.

Роберт Можискер (Robert Moschzisker)⁶⁰ писал, что «данный метод позволяет судам замедлять постоянную переоценку уже решенных вопросов, обеспечивает возможность юристам давать советы своим клиентам с достаточным уровнем определенности и безопасности, придает людям уверенности, что их права будут защищены в суде, уравнивает всех перед законом и устанавливает стабильность в судебной ветви государственной власти».⁶¹

Традиционная доктрина правовой определенности основана на так называемом классическом подходе к судебному процессу. Одним из самых известных его представителей был Уильям Блэкстоун (William Blackstone): «Решение суда, хоть оно озвучивается и назначается судьями, не является их собственным волеизъявлением, а устанавливается законом».⁶² Классический подход представлял собой эпоху формализма, который Роско Паунд (Roscoe Pound) назвал «механической юриспруденцией»,⁶³ и характеризовался следующим. Во-первых, вся правовая система может быть сжата до нескольких общих принципов; юристы могут выявить эти принципы методом индукции из апелляционных дел. Во-вторых, эти общие принципы содержали четкие

⁵⁸ В данном параграфе подробно рассматривается понимание важного и показательного аспекта концепции американских правовых реалистов, правовой определенности, с позиций Карла Никерсона Ллевеллина, являющегося одним из наиболее выдающихся представителей не только направления нормоскептиков, но и всего движения правовых реалистов. Причин для этого несколько. Во-первых, несмотря на его импульсивный литературный стиль, он не радикален. Его реализм, несомненно, является умеренным вариантом. Во-вторых, Ллевеллин издал много работ, на основе которых можно составить всестороннее представление о взглядах реалистов. Наконец, в-третьих, он в большей степени стремился описать внутренние предпосылки вынесения решений. Он «философ» в том смысле, что обладает интеллектуальной смелостью обнаружить скрытые причины убеждений судьи.

⁵⁹ 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.

⁶⁰ Можискер Роберт фон (08.03.1870–21.11.1939), председатель Верховного Суда Пенсильвании с 1921 по 1930 г.

⁶¹ Moschzisker R., von Stare Decisis in Courts of Last Resort // Harvard Law Review. 1924. Vol. 37, № 4. P. 409–410.

⁶² Blackstone W. Commentaries on the Laws of England. Book the Third: Of Private Wrongs. Chicago, 1979. P. 396.

⁶³ Pound R. Mechanical Jurisprudence // Columbia Law Review. 1908. Vol. 8, № 8. P. 605–623.

правовые формулы. В-третьих, юристы могли использовать эти принципы для получения правовых умозаключений, основываясь на дедукции. Наконец, формализм ориентировался на объективные критерии.⁶⁴

Традиционный метод ограничивал область «относящегося к праву» (*legally relevant*), только определенные виды аргументов и умозаключений были правовыми. Другие же виды, которые могли иметь отношение к разрешению дела и которые могли быть приняты во внимание судьей, оставались «внеправовыми» (*extralegal*), «политическими» (*arguments of policy*).⁶⁵ Одним из основных стремлений реалистического направления было расширение «относящегося к праву», включение в него «внеправовых» факторов. Тем самым реалисты пытались увеличить правовую определенность, честно признав их влияние.

§ 1.2.2. Понятие правовой определенности

Возможно, именно Бенджамин Кардозо (Benjamin Cardozo) первым обратил внимание на то, что движение «правового реализма» было поиском правовой определенности.⁶⁶ Прошлая формула «нормы права решают дела» не могла выжить в философском климате того периода, который Мортон Уайт (Morton White)⁶⁷ обозначил как «бунт против формализма» (*revolt against formalism*).⁶⁸ Абсолютная сила прецедента, вера в *stare decisis* была подорвана.

Ллевеллин отрицает избитое клише «правление законов, не людей» (*government of laws, not men*), предлагая его замену на «правление законом» (*government by law*).⁶⁹ Он делает необходимое разграничение между: 1) предсказуемостью судебного решения; и 2) наличием материалов, на которых она основывается. Первое — содержание правовой определенности, а второе — правовой системы. Особенность прецедентного права в том, что материалы, на основе которых должно быть сделано предсказание судебного решения, разрозненны и труднодоступны, что приводит к невозможности предсказать его с достаточной точностью. Для Ллевеллина важно не просто раскрыть неопределенность права, а понять, как в прецедентном праве достигается оптимальная степень предсказуемости.⁷⁰

⁶⁴ Singer J. W. Legal Realism Now // California Law Review. 1988. Vol. 76, № 2. P. 496.

⁶⁵ Fuller L. L. American Legal Realism // University of Pennsylvania Law Review and American Law Register. 1934. Vol. 82, № 5. P. 434.

«Внеправовыми» факторами в данной работе будут называться любые факторы, отличные от ранее установленной правовой нормы. Поэтому понятие внеправового фактора может варьироваться от наиболее случайного явления до самого обоснованного и целесообразного решения или соображений политики.

⁶⁶ Cardozo B. N. Selected Writings: Jurisprudence / B. N. Cardozo, M. E. Hall. New York, 1947. P. 7, 9. — Цит. по: Clark C. E. The Creative Role of the Judge: Restraint and Freedom in the Common Law Tradition / C. E. Clark, D. M. Trubek // The Yale Law Journal. 1961. Vol. 71. P. 267.

⁶⁷ Уайт Мортон Габриель (Morton Gabriel White, 29.04.1917 - 27.05.2016), американский философ и историк правовых идей.

⁶⁸ White M. G. Social Thought in America: The Revolt against Formalism. Boston, 1957.

⁶⁹ Llewellyn K. N. The Common Law Tradition: Deciding Appeals. P. 12, 38, 49, 184–186.

⁷⁰ Адыгезалова Г. Э. Карл Никерсон Ллевеллин // Правоведение. 2009. № 2. С. 188.

Еще более значимый вклад в проблему правовой определенности можно найти в разграничении Ллевеллином определенности для «юриста» и определенности для «неюриста». Для юриста определенность означает предсказуемость судебного действия, в то время как для неюриста она является согласованностью между правовыми нормами и образом жизни: «Не должен быть упущен тот факт, что обычный человек руководствуется не *правовыми* нормами, а *социальными*. Они часто совпадают, но не всегда. Постоянное изменение социальных норм не прекращается путем установления юристами правовых норм».⁷¹

Ллевеллин также признает, что два вида определенности стремятся объединиться: «В тех ситуациях, где юрист обычно занимает главенствующее положение, не создается опасность недостатка соответствия правовых норм социальным. Юрист принужден осознавать изменяющиеся социальные отношения».⁷² Рассуждения Ллевеллина схожи с наблюдением Рудольфа фон Иеринга (Rudolph von Jhering) по поводу того, что римское право продолжает действовать, несмотря на его формальность, благодаря вездесущности юриста.⁷³

Центральная мысль для всего правового реализма указана в статье Ллевеллина, которая предвосхитила появление книги «Традиция общего права» (“The Common Law Tradition: Deciding Appeals”) и очертила основные его направления: *одни лишь нормы права не решают дела*.⁷⁴ Сущность правовой системы в том, что судьи не свободны, не могут произвольно решать дела. «Если так называемые нормы права не руководят решениями, то это делает что-то другое».⁷⁵

Таким образом, правовая определенность — это достаточная мера предсказуемости судебного решения, которая для юриста и неюриста основывается на разных критериях. Для выявления правовой определенности Ллевеллин предлагает использовать при юридическом анализе метод «Гранд-стиля» (Grand-style).

«Традиция общего права» основана не только на многих годах раздумий и исследований,⁷⁶ но содержит и заключительные выводы по многим вопросам, в числе которых и правовая определенность.

В своих рассуждениях Ллевеллин предпочитал понятие «вычисляемость» (*reckonability*),⁷⁷ нежели «определенность» (*certainty*), по двум причинам: 1)

⁷¹ Llewellyn K. N. Präjudizienrecht und Rechtsprechung in Amerika: eine Spruchauswahl mit Besprechung. Leipzig, 1933. § 58.

⁷² Ibid. P. 83.

⁷³ Jhering R., von Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. T. 3 Die juristische Kunst. Die Rechte. Leipzig, 1923. S. 417. — Цит. по: Fuller L. L. American Legal Realism // University of Pennsylvania Law Review and American Law Register. 1934. Vol. 82, № 5. P. 433.

⁷⁴ Llewellyn K. N. On Reading and Using the Newer Jurisprudence // Columbia Law Review. 1940. Vol. 40. P. 581.

⁷⁵ Ibid. P. 594.

⁷⁶ Ллевеллин работал над «Традицией общего права» более 30 лет.

⁷⁷ Для примеров использования Ллевеллином понятия «вычисляемость» и для определения всех значений,

«определенность» предполагает абсолютность, тогда как большее, на что можно надеяться,— это верное предсказывание судебного решения в 7–8 делах из 10;⁷⁸ 2) «определенность» в праве обычно ассоциируется с идеей «определенных норм», т. е. с неясной фразой, которая не объясняет, что действительно предсказывают: результат конкретного дела, обоснование этого результата или что-то другое. Иногда полемика относительно правовой определенности предполагает, что если общая норма может быть сформулирована четко, то и результат может быть предсказан с равной уверенностью. Эта полемика исходит из дедуктивной модели судебного решения, которая отрицалась Ллевеллином. Разговоры об определенности в праве часто скрывают неясность фразы: «норма определена, но ее применение нет».⁷⁹ «Вычисляемость» же результата предотвращает такие ловушки терминологии.

§ 1.2.3. Гранд-стиль

Судейское мнение может сильно варьироваться в отношении срока, ясности, индивидуальности, природы, а также сферы источников, на которые стоит опираться при вынесении решения, в манере подхода и в методике обоснования ими решений. «Стиль» — это удобное понятие, объединяющее характеристики, которые кажутся различными, и относящееся скорее к способу оправдания результата, нежели к самому результату.

В «Традиции общего права» постулируются два вида стиля: Гранд-стиль и Формальный стиль. Изначально Гранд-стиль был выражен в работе американских судов середины XIX в., а основными его представителями Ллевеллин считал судей Мэнсфильда (Mansfield), Маршалла (Marshall), Кента (Kent), Говена (Gowen), Кардозо (Cardozo) и Лернеда Хэнда (Learned Hand), относящихся к XX столетию.⁸⁰ Это «стиль обоснованности» (*style of reason*): работая со статутом, суд не только читает его, но и применяет в соответствии с назначением и обоснованностью.

«Гранд-стиль был и является лучшим средством, когда-либо изобретенным людьми для высушивания свободно текущего ручья неопределенности, которое борется с ложными командами властей и следует требованиям справедливости».⁸¹ Ллевеллин полагал, что возрождение Гранд-стиля, начавшееся в 1915–1920-х гг., способствовало появлению большей правовой определенности. В 1942 г. он отметил, что «за последние 25 лет апелляционная судебная система стала более предсказуемой для всех, у кого

которое он в него вкладывает см.: *Llewellyn K. N. The Common Law Tradition: Deciding Appeals*. P. 17–18, 37–38, 181–182, 185–186 («определенность решения»), 200, 216, 336–338 («обоснованное регулирование»).

⁷⁸ *Ibid.* P. 28.

⁷⁹ *Twining W. Karl Llewellyn and the Realist Movement*. 2nd ed. Cambridge, 2012. P. 208.

⁸⁰ *Ibid.* P. 210.

⁸¹ *Llewellyn K. N. The Common Law Tradition: Deciding Appeals*. P. 37–38.

есть глаза, чтобы видеть».⁸² Далее, в 1959 г. Ллевеллин заключил, что «открытый и сознательный поиск обоснованной нормы для типа-ситуации... характеризует сегодня работу Верховного суда США»,⁸³ подчеркнув применение идей Гранд-стиля на практике.

Для Ллевеллина возврат к Гранд-стилю был ключом к вычисляемости решений. Этот судебный стиль рассматривал прецеденты как «желаемые и очень убедительные», но пропускал их через три сита обоснования: 1) репутацию прошлого судьи; 2) «принцип» — соединение индивидуального чувства и общего предписания; 3) «политику», или последствия применения нормы в данный момент в данном обществе.⁸⁴

Суды осведомлены о фактической ситуации, лежащей в основе дела, обосновывая связь нормы права с этой ситуацией. Используя Гранд-стиль, судьи приспосабливаются к изменяющимся обстоятельствам жизни и ко всему разнообразию дел.

Ллевеллин не просто разъясняет судьям, как они решают дела; он также говорит им, как они *должны* решать эти дела. Он считал, что вычисляемость результата имела своей целью регулирование судейского поведения. Ллевеллин определил четырнадцать «устойчивых факторов» (*steading factors*), которые, по его мнению, влияли на такое регулирование:

- 1) ограниченные законом должностные лица (Law-conditioned Officials);
- 2) правовая доктрина (Legal Doctrine);
- 3) признанные доктринальные методики (Known Doctrinal Techniques);
- 4) ответственность за справедливость (Responsibility for Justice);
- 5) традиция одного-единственного правильного решения (The Tradition of the One Single Right Answer);
- 6) мнение предыдущего суда (An Opinion of the Court);
- 7) зафиксированный нижестоящим судом протокол судебного заседания (A Frozen Record from Below);
- 8) выделение спорных вопросов прошлого дела (Issues Limited, Sharpened, Phrased);
- 9) противоположные аргументы процессуальных противников (Adversary Arguments by Counsels);
- 10) коллегиальное решение (Group Decision);
- 11) судейское благополучие и честность (Judicial Security and Honesty);
- 12) известный состав суда (A Known Bench);
- 13) основной «стиль периода» и его развитие (The General Period-Style and Its Promise);
- 14) профессионализм судей (Professional Judicial Office).⁸⁵

⁸² Llewellyn K. N. Jurisprudence: Realism in Theory and Practice. Chicago, 1962. P. 310.

⁸³ Ibid. P. 279.

⁸⁴ Clark C. E. The Creative Role of the Judge: Restraint and Freedom in the Common Law Tradition. P. 260.

⁸⁵ Llewellyn K. N. The Common Law Tradition: Deciding Appeals. P. 19.

Ллевеллин точно не определял, как и до какого предела каждый фактор влияет на поведение судьи. Их значение — напоминание всем о существовании таких факторов, которые стимулируют регулирование, а следовательно, и предсказуемость поведения судьи.

Таким образом, как Оливер Холмс (Oliver Holmes) подчеркнул в «Пути права» важность метода и стиля судебных решений,⁸⁶ так и Ллевеллин, в конечном счете, пытался усовершенствовать судебный стиль, который увеличил бы «вычисляемость» и «правильный результат» права.

Основополагающий элемент Гранд-стиля, «чувство ситуации» (*situation sense*), является одной из центральных идей «Традиции общего права». Чувство ситуации достаточно хорошо служит выявлению фактов в их контексте и в то же время их влиянию на желаемый результат. Оно связано с тем, что судья примет за доказательства, исходя из своей мудрости, знаний и опыта.

Очевиден субъективизм в выявлении судьей «типа ситуации» (*type-situation*) в зависимости от индивидуального отношения к фактам. Однако именно *признание* этой субъективности является преимуществом подхода Ллевеллина, который побуждает ее изучать.

Как только судья распознает «тип ситуации», он может применить «чувство ситуации», чтобы использовать именно ту методику, которая приведет к нужному результату. Для Ллевеллина это является «шестым чувством» судьи: инстинктивное нахождение «правильной нормы» для конкретной ситуации.

Для объяснения своей позиции Ллевеллин приводит цитату Левина Голдшмидта (Levin Goldschmidt):⁸⁷ «Каждый пример системы общего права несет в себе подходящее, естественное, верное право, которое постоянно присутствует в жизни. Задача состоит в том, чтобы раскрыть и применить это имманентное право».⁸⁸

Таким образом, «чувство ситуации» включает в себя «верное знание» фактов и их «правильную оценку». Оно является и интуицией, и поиском имманентного права. Ллевеллин верит в это «чувство», утверждая, что оно двигает суд навстречу вычисляемой, предсказуемой норме.

§ 1.2.4. Сравнение Гранд-стиля и Формального стиля

Более четкое выделение особенностей Гранд-стиля возможно при его сравнении с Формальным стилем. В данном параграфе будут выделены основные аспекты этих двух стилей.

Большая часть из того, что Карл Ллевеллин написал о Гранд-стиле и Формальном стиле, стало общепринятой истиной в правовых школах и на

⁸⁶ Holmes O. W. The Path of the Law // Harvard Law Review. 1897. Vol. 10, № 8. P. 467.

⁸⁷ Goldschmidt Levin (17.05.1828–16.07.1897), немецкий юрист.

⁸⁸ Llewellyn K. N. The Common Law Tradition: Deciding Appeals. P. 122. (Ллевеллин цит. по: Goldschmidt L. Kritik des Entwurfs eines Handelsgesetzbuchs für die Preuszischen Staaten. Heidelberg, 1857. Preface).

практике. Различия между стилями «стали настолько привычными, до значения карикатуры»,⁸⁹ что Гранд-стиль влиял даже на работы судей Верховного суда США.⁹⁰

Можно отметить три главных различия двух стилей.

Во-первых, применяя Формальный стиль, судья стремится подчеркнуть дословные предписания нормы, «чернобуквенное» право.⁹¹ Судья же Гранд-стиля смотрит на принцип или причину в основе нормы. Ллевеллин также поддерживал «постоянное корректирование и переоценку» норм права, приветствуя «приведение нормы в порядок».⁹²

Во-вторых, судья Формального стиля избегает обращения к социальной среде, а судья Гранд-стиля намеренно использует «чувство ситуации». Ллевеллин заклинал суды сделать явным его постоянное применение и прибегать к правосудию только в рамках, выявленных использованием «чувства ситуации».

В-третьих, Формальный стиль не считает юридическую практику и общество фактором определения судебных решений, Гранд-стиль же приспособливает нормы и решения так, чтобы они предоставляли «руководство на будущее».⁹³ Это улучшает вычисляемость права.⁹⁴

§ 1.2.5. Нормоскептицизм

Понимание судебного процесса, предложенное правовыми реалистами, наиболее точно может быть охарактеризовано как «нормоскептицизм» (*rule-skepticism*). Он означает, что нормы в большинстве случаев не являются основными факторами, определяющими судебное решение. Это главная причина, почему «специфический вид определенности, который многие пытались найти в праве... иллюзия».⁹⁵ Большинство правовых реалистов не отрицали, что судебные решения достаточно единообразны, чтобы сделать понятное предсказание возможным. Но они настаивали на том, что основная часть этого единообразия не может быть объяснена влиянием существующих норм, появившихся в прошлом.

Можно выделить пять факторов для оправдания нормоскептицизма.⁹⁶ Взятые вместе, они определяют, что представляет собой «реализм» в анализе судебного процесса. Они раскрывают, почему правовые реалисты считали свои

⁸⁹ *Chayes A.* The Role of the Judge in Public Law Litigation // Harvard Law Review. 1976. Vol. 89, № 7. P. 1281, 1313.

⁹⁰ *Brennan W. J.* State Constitutions and the Individual Rights // Ibid. 1977. Vol. 90, № 3. P. 489, 502.

⁹¹ *Mayo T.* Charles D. Breitel — Judging in the Grand Style // Fordham Law Review. 1978. Vol. 47, № 1. P. 8.

⁹² *Llewellyn K. N.* The Common Law Tradition: Deciding Appeals. P. 291–298.

⁹³ *Twining W.* Karl Llewellyn and the Realist Movement. 2nd ed. P. 211.

⁹⁴ Различия между стилями наглядно указано в таблице Приложения 4 настоящей работы..

⁹⁵ *Llewellyn K. N.* Jurisprudence: Realism in Theory and Practice. P. 61.

⁹⁶ *Rumble W. E., Jr.* Rule-Skepticism and the Role of the Judge: A Study of American Legal Realism. P. 262.

взгляды больше связанными с фактами дела, нежели их интеллектуальные предшественники.

Во-первых, существование и использование разнообразных техник для установления «нормы дела». Традиционное представление о том, что большинство прецедентов имеют правило, которое связывает судей в будущих решениях, не согласуется с действительной практикой судов. «Отношение между нормой и делом может пройти весь путь от дословного цитирования какого-нибудь свода законов и тщательной проверки точных фактов, спорных вопросов и судебных решений до полного игнорирования каких бы то ни было прежних формулировок».⁹⁷

Два противоположных метода использования прецедентов особенно важны. Первый — «жесткий подход» (*strict view*). Это техника сведения дела к конкретным фактам, техника уничтожения прецедентов, которая освобождает адвокатов от их использования при аргументации, а суд — при вынесении решения. Это метод «отсекающего ножа хирурга» (*surgeon's knife*).⁹⁸ Второй — «мягкий подход» (*loose view*). Эта техника не отбрасывает прошлые мнения судей, а использует их в качестве трамплина, когда они удобны. Такая техника аккумулирует желаемые прецеденты. Нормоскептики утверждали, что суд имеет большую свободу выбора, толкования и применения норм, чем позволяет классический судебный процесс, так как ряд противоположных выводов может быть достигнут без существенного изменения предыдущих решений. Чтобы предсказать судебское поведение, необходимо знать, *почему* судьи используют одну интерпретацию, а не другую.

Во-вторых, каждое решение по делу является выбором между разными нормами, которые логически соответствуют всем предыдущим решениям, но также логически требуют противоположных результатов в конкретном деле. Суды и адвокаты выбирают из конкурирующих правовых норм, основываясь на внеправовых причинах.⁹⁹

В-третьих, двусмысленность большей части правового языка. Она иллюстрирует свободу выбора судьи в толковании значения норм. Реалисты рассматривали традиционные правовые понятия как неясные абстракции, не способные объяснить судебные решения.

В-четвертых, быстрота и глубина социальных и экономических изменений. Это означает, что многие правовые нормы перестают соответствовать условиям, к которым они должны быть применены. Джером Фрэнк (Jerome Frank) точно заметил: «Даже в относительно статичном обществе люди никогда не могли сконструировать вечный набор правил, который бы предвидел все возможные правовые споры и разрешал их заранее.

⁹⁷ Llewellyn K. N. The Rule of Law in Our Case-Law of Contract // The Yale Law Journal. 1938. Vol. 47, № 8. P. 1243, 1246.

⁹⁸ Llewellyn K. N. The Bramble Bush: On Our Land and Its Study. Dobbs Ferry, New York, 1977. P. 66–67.

⁹⁹ Cohen F. S. Ethical Systems and Legal Ideals: An Essay in the Foundations of Legal Criticism. Ithaca, 1959. P. 35.

Тем более такая закаменелая правовая система невозможна в современности».¹⁰⁰

В-пятых, уникальность фактов, которые прошлые нормы должны были систематизировать. Традиционная доктрина утверждает, что «проблемы и фактические ситуации по причине своего сходства и различия естественно подпадают под определенные группы».¹⁰¹ Но это невозможно без обращения к соображениям политики. «Какие факты были важны, когда дело разрешалось, и какие факты важны после того, как оно было разрешено и стало цитироваться как прецедент, — на эти вопросы нельзя ответить без критерия значимости. И каждое суждение о значимости включает в себя суждение о политике».¹⁰²

Результат этих пяти факторов заключается в том, что в большинстве дел среди конкурирующих норм, принципов и доктрин могут быть найдены такие, которые оправдали бы решение. «Суд всегда может найти те формулы и правила в деле, которые бы полностью оправдали политику, кающуюся ему господствующей».¹⁰³ Последствием является то, что суды должны выбирать между конкурирующим толкованием предыдущих норм. Этот выбор должен быть сделан на основе «внеправовых» факторов, иначе применение таких норм к фактам прошлых дел будет неэффективным способом достижения единообразия и предсказуемости решений.

§ 1.2.6. Определенность норм

«Нормы направляют, но не контролируют, решения», — утверждал Ллевеллин.¹⁰⁴ Однако понятие нормы достаточно расплывчато. Норма может быть предписывающей: то, что судьи *должны* сделать в деле. Также норма может быть описательной: то, что судьи *действительно* делают в делах. Более того, норма может быть двойственной: что судьи должны делать и что они делают.¹⁰⁵ В статье «Немного реализма о реализме» Ллевеллин отметил, что представление о нормах как о предписаниях того, *что* следует делать, гораздо более распространено, чем взгляд на нормы как на правила, относящиеся к тому, *как* делать (практическому поведению). Тем не менее именно из такого описания следует понимание норм права как некоего «обобщенного предвидения позиции, которую займет суд».¹⁰⁶

¹⁰⁰ Frank J. Law and the Modern Mind. 6th ed. Garden City, New York, 1963. P. 6.

¹⁰¹ Rodell F. Woe Unto You, Lawyers! 2nd ed. New York, 1957. P. 114–115.

¹⁰² Cohen J. Field Theory and Judicial Logic // The Yale Law Journal. 1950. Vol. 59, № 2. P. 260.

¹⁰³ Green L. Recent Steps in Law Administration // Journal of the American Judicature Society. 1930. Vol. 14. P. 113, 115.

¹⁰⁴ Llewellyn K. N. 1) Jurisprudence: Realism in Theory and Practice. P. 110; 2) The Common Law Tradition: Deciding Appeals. P. 189.

¹⁰⁵ Другими словами, предписывающие нормы — нормы *для* того, чтобы что-то сделать; описательные — нормы того, *что* делается, т. е. наблюдаемое регулирование. Описательные нормы часто содержат в себе оба аспекта сразу, тогда как предписывающие нормы не предполагают существование корреспондирующей практики (см.: Llewellyn K. N. A Realistic Jurisprudence — The Next Step // Columbia Law Review. 1930. Vol. 30, № 4. P. 439).

¹⁰⁶ Llewellyn K. N. Some Realism about Realism: Responding to Dean Pound // Harvard Law Review. 1931. Vol. 44, №

Ллевеллин различал «реальные нормы» (*real rules*) и «бумажные нормы» (*paper rules*). Первые понимаются как действия судов. Они описательные, не предписывающие, за исключением случаев включения их в обязательную деятельность судов. Вторые, бумажные нормы, являются тем, что традиционно воспринималось как нормы права: записанные в книгах формулировки. Именно в отношении них Ллевеллин высказался, что «нормы только направляют решения».

Концепция «реальной нормы» приобрела поддержку с того момента, как Холмс впервые четко ее сформулировал: то, «что суды будут делать на практике, и ничего более претенциозного».¹⁰⁷ Точная формулировка «реальной нормы» включает в себя все процедурные рамки того, что может быть сделано в конкретной ситуации.

«Бумажные нормы» существуют, и их влияние очевидно. Это нормы должного, адресованные всем властям, объясняющие, что данные власти должны делать. Но эти нормы, претендующие на описание прошлого и предсказание будущего судебного поведения, слишком открыты для судебской манипуляции, что делает предсказание невероятно сложным.¹⁰⁸ Сложным потому, что они содержат только частичную правду. Обобщение же объективного поведения судьи, дополненное бумажными нормами, может сделать предсказание более точным.

Традиционная концепция норм и доктрина *stare decisis* содержала два часто неразделяемых аспекта: описательный и предписывающий. Правовая норма предоставляла точное описание того, как судьи действовали в прошлой ситуации, и идея *stare decisis* заключалась в том, что это прошлое решение должно быть использовано как норма для будущего решения. Она предполагала два момента:

- 1) фактические ситуации повторяемы;
- 2) судья действовал «правильно» в прошлом.¹⁰⁹

Реалисты же утверждали, что слишком часто правовая норма или прецедент были совершенно абстрагированы от фактической ситуации, в которой они были провозглашены. Ллевеллин мог придерживаться традиционной доктрины прецедента, насколько она допускала, что фактические ситуации данной нормы были ее существенной частью. Он отстаивал мнение, что традиционная правовая мысль уделяла слишком много внимания нормативным компонентам властных предписаний.¹¹⁰

8. P. 1237; пер. с англ. В. В. Безбаха. — Цит. по: *Антология мировой правовой мысли*. В 5 т. Т. III. Европа. Америка: XVII–XX вв. М., 1999. С. 691.

¹⁰⁷ «...What the courts will do in fact, and nothing more pretentious». *Holmes O. W.* *The Path of the Law*. P. 457, 459–461).

¹⁰⁸ *Ingersoll D. E.* *Karl Llewellyn, American Legal Realism, and Contemporary Legal Behavioralism // Ethics*. 1966. Vol. 76, № 4. P. 257.

¹⁰⁹ *Ibid.* P. 258.

¹¹⁰ *Llewellyn K. N.* *Some Realism about Realism: Responding to Dean Pound // Harvard Law Review*. 1931. Vol. 44, №

Проблема заключается и в том, что судья имеет право самостоятельно оценивать, что является в прецеденте *ratio decidendi* (основанием резолютивной части решения), а что *obiter dictum* («сказанным попутно», не влияющим на вынесение решения). Однако с учетом выделенных реалистами факторов принятия решения, предсказание оценки судьи становится более точным.

Ллевеллин представлял правильно сформулированную правовую норму как имеющую тесную связь с социальной ситуацией, к которой она применяется. Фактические ситуации достаточно схожи, поэтому абстракция в праве возможна, но Ллевеллин сохранял здоровый скептицизм относительно высокоуровневой абстракции.

Целью нормоскептиков была большая предсказуемость и больший контроль над судебской свободой действия. Для этого они внедряли разработки и методы анализа из социологических наук, влияющие на судебскую деятельность. Если бы судья знал, какое влияние оказывают его предпочтения, он мог бы уравновесить их в своей деятельности вместо скрывания за «мантией» *stare decisis*.¹¹¹

Таким образом, различие между официальной формулой и тем, что действительно происходит в суде, заслуживает наибольшего внимания. Суды должны прямо столкнуться с вопросами политики в делах и использовать полную свободу, которую позволяет прецедент. Определенность правовой нормы может быть достигнута путем использования методов социальных и психологических наук, через призму которых выносятся решения.

§ 1.2.7. Возражения на критику

Правовые реалисты вызвали массу критики в свой адрес. Наиболее часто встречается критика того, что их единственный интерес состоит в «точном описании судебного процесса».

Критики заявляют, что большая свобода в вынесении решения, отстаиваемая правовыми реалистами, основана на ложной оценке роли, которую традиционно играли бессознательные факторы; что эта свобода приведет к неравенству перед законом; санкционирует решения, не обусловленные нормой; нарушит разделение властей; подтолкнет к судебскому произволу, увеличив правовую неопределенность.¹¹² Однако данная критика не может считаться обоснованной.

Первое обвинение: ложная оценка роли бессознательных факторов. Конечно, некоторые правовые реалисты ставят эти факторы на слишком высокое место. Причиной служит некритическое принятие отдельных психологических теорий, влияние которых на судебный процесс не доказано.

8. P. 1222.

¹¹¹ *Llewellyn K. N.* Jurisprudence: Realism in Theory and Practice. P. 141–143.

¹¹² *Rumble W. E., Jr.* Rule-Skepticism and the Role of the Judge: A Study of American Legal Realism. P. 274.

Однако нормоскептики поощряли *изучение* таких факторов с целью увеличения сознательности выносимых решений.

Второе обвинение: свобода в вынесении решения ведет к неравенству перед законом. Данный тезис представляется неоправданным, так как ни один правовой реалист не отрицал, что будет несправедливо решить одно и то же дело по-разному в зависимости от состава сторон. Однако реалисты настаивают, что очень мало дел включают совершенно одинаковые вопросы. Кроме того, применение разных норм к разным обстоятельствам не порождает неравенства перед законом. В редких примерах, когда факты дела схожи с предыдущим делом, судья должен либо вынести такое же решение, либо тщательно взвесить преимущества отличного решения. Последнее не может быть исключено.¹¹³

Третье обвинение: санкционирование решений, не предусмотренных нормой. Однако методы правовых реалистов объясняют и оправдывают различное понимание нормы. Причиной является ряд альтернативных решений, включенных в толкование и применение ранее существовавших норм. В противном случае, стороны и не обращались бы в суд.

Четвертое обвинение: нарушение принципа разделения властей. Однако традиционную доктрину разделения властей, как отмечал Паунд, невозможно реализовать на практике: «законодательная, исполнительная и судебная власти не могут быть жестко отделены одна от другой... Существует скорее разделение труда для типичных случаев и практическое и историческое пропорциональное распределение для остальных».¹¹⁴ Судья неизбежно становится создателем права, но виды создаваемых правил, обстоятельства, в которых он это делает, пределы, в которых он работает, отличаются от тех, с которыми имеет дело законодатель.

Пятое обвинение: методы, предложенные реалистами, таковы, что их использование сделает судебные решения еще менее предсказуемыми. Некоторые реалисты иногда признавали, что приверженность традиционному методу неопытными судьями делает судебные решения до определенной меры предсказуемыми, что желательно. Например, Ллевеллин в «Кусте ежевики» утверждал, что работа судьи — решать, «какая лестница доктрины ведет к справедливому или мудрому заключению... Однако прошлое дело часто настолько сильно подталкивает к одному ряду решений, что судья не сможет даже разглядеть, как поступить иначе».¹¹⁵ Ллевеллин считал, что этот недостаток «зрения» у неопытного судьи имеет социально желательные последствия: «...мудрость поймана и кристаллизована в работающей системе:

¹¹³ Даже Блэкстоун отмечал, что несправедливость может идти от «слишком скрупулезной приверженности нормам прошлого общего права, когда причины, на основании которых основаны нормы, уже исчезли» (*Blackstone W. Commentaries on the Laws of England. Chicago, 1979. P. 4.*)

¹¹⁴ *Pound R. An Introduction to the Philosophy of Law. New Haven, 1954. P. 50.*

¹¹⁵ *Llewellyn K. N. The Bramble Bush: On Our Land and Its Study. P. 73.*

используя логику, *слабый судья* заперт внутри стен, построенных его предшественниками; однако *сильный судья* может регулировать высоту стен, когда это необходимо. Оба случая ведут к общему благу». ¹¹⁶ Тем не менее разделяемая всеми правовыми реалистами позиция такова, что применение традиционных правил к конкретным фактам не обеспечивало судебскую предсказуемость настолько, насколько могло бы.

Можно выделить еще одно обвинение: зависимость решений от произвольного выбора их обоснования. Однако не стоит забывать о желании реалистов сделать судебное вынесение решений более рациональным, более осознанным и более справедливым. Никто никогда не может быть абсолютно уверен в том, почему судья достиг конкретного решения. Тем не менее решения предполагаются более предсказуемыми, когда судья готов обсуждать причины их принятия. ¹¹⁷ Методы правовых реалистов позволяют адекватно объяснить, почему суд использовал предоставленную ему свободу одним образом, а не другим.

¹¹⁶ Ibid. P. 74.

¹¹⁷ Rumble W. E., Jr. Rule-Skepticism and the Role of the Judge: A Study of American Legal Realism. P. 281.

ГЛАВА 2. СКАНДИНАВСКИЙ ПРАВОВОЙ РЕАЛИЗМ

*Praeterea censeo metaphysicam esse delendam.*¹¹⁸

Аксель Хэгерстрём

§ II.1. Аксель Хэгерстрём

Основателем направления скандинавского правового реализма был Аксель Хэгерстрём¹¹⁹, профессор философии в Уппсальском университете, чей подход к проблемам права был обусловлен его базовой посылкой, что усилия науки должны быть заключены в объяснении фактов в мире пространства и времени. Его труды по философии права в значительной части посвящены исследованию фундаментальных правовых концепций и попытки установления корреспондирующих им фактов. Работы Хэгерстрёма привели его к заключению, что эти концепции не имеют фактических эквивалентов и являются метафизическими, притворными идеями, состоящими из суеверий, мифов, фикций и магии.¹²⁰

§ II.1.1. Критика позитивизма

Значительная часть трудов Хэгерстрёма посвящена критике «теории воли» в праве, которая отстаивается в работах Джона Остина¹²¹. Хэгерстрём отрицает теорию воли как несовместимую с историческими фактами и не соответствующую эмпирической реальности, т.к. он не смог найти воли суверена, которой бы было приписано право, будь то воля монарха или парламента, или даже общая воля народа: «Когда юриспруденция ошибочно пытается свести собственные мистические идеи прав и обязанностей к существующим выражениям властной воли, она всего-навсего ищет объяснение идеям, которые не имеют основания в действительности, с помощью чего-то другого, что имеет небольшое реальное основание. При этом выражающая себя в праве реальная воля не согласуется с фактами».¹²²

Аксель Хэгерстрём критикует правовой позитивизм и за его естественно-научное содержание. Он подчеркивает, что, например, исходя из позитивистских теорий, суверенная власть считается возлагающей на себя

¹¹⁸ «Кроме того, я считаю, что метафизика должна быть разрушена». Hägerström, Axel, Die Philosophie der Gegenwart i Selbstdarstellungen, bd.VII, Leipzig, 1929. P. 158.

¹¹⁹ Axel Anders Theodor Hägerström (06.09.1868 - 07.07.1939) - шведский философ и юрист.

¹²⁰ Sherbaniuk D. J. Scandinavian Realism, Alta. L. Rev., 1962, Vol. 2., P. 58.

¹²¹ Позитивизм, в противоречие с теорией естественного права, рассматривал право как содержание воли высшей власти в обществе, которая выражала себя через команды или императивы. Джон Остин (John Austin, 3 марта 1790 – 1 декабря 1859), британский юрист, философ права, основоположник направления юридического позитивизма.

¹²² Hägerström A. Inquiries into the Nature of Law and Morals, 1953, P. 11.

обязательства через правовые предписания. Эти обязанности, говорит Хэгерстрём, не могут возникать из команд суверена, а зависят от обещаний суверенной власти, что является обязательным в соответствии с принципом естественного права «*Pacta sunt servanda*». Кроме того, государство, очевидно, не может обосновать свое право издавать команды собственными же командами, но должно сослаться на уже существующее право, т.е. на естественное право (law), на котором и основывается вышеуказанное право (right). В действительности, Хэгерстрём выставляет позитивизм насквозь пронизанным концепциями естественного права.

Схожей критике подверглась и теория права Ганса Кельзена¹²³. Использование слова «должно» в юридическом контексте, т.е. когда имеется в виду, что конкретная норма должна применяться в деле, показывает, что взятые из естественного права идеи включены в правовую систему: «Когда Кельзен представляет на обсуждение вопрос “Каковы нормы, которые должны применяться органами государства и наблюдаться его субъектами?” как именно юридический вопрос, он описывает то, что является вопросом исключительно естественного права.»¹²⁴ Хэгерстрём также отрицает формальную систему норм Кельзена на том основании, что Кельзен «не позволяет юриспруденции иметь дело с действительной социальной сущностью!»¹²⁵ Сверхъестественная юридическая система Кельзена не включает потребности социальной жизни и не существует в мире природы. Основную норму, которая придает позитивным нормам права их силу, Хэгерстрём объявляет «мистической»: она должна быть основана на естественном праве, т.к. она действительна не потому, что создана правовым актом определенным путем, но потому, что она предполагается быть действительной, при отсутствии возможности быть найденной на опыте, «...она просто парит в воздухе».¹²⁶ В этом отношении критика Хэгерстрёма имеет немало заслуг.

§ II.1.2. Природа права

По мнению Хэгерстрёма, «Право (law)...представляет выражение интересов...В конфликте интересов внутри общества, конкретные интересы начинают выражаться в форме законов. Система норм, которая выстраивается подобным образом, реализуется в жизни, потому что совокупная масса разнородных факторов объединяет усилия для её поддержки»¹²⁷ без какого-либо вмешательства «воли». Среди этих факторов можно выявить популярные представления о справедливости, интересы классов, общая склонность

¹²³ Ганс Кельзен (Hans Kelsen, 11 октября 1881 – 19 апреля 1973), австрийский и американский юрист, философ права, один из основных представителей правового позитивизма.

¹²⁴ *Hägerström A. Inquiries into the Nature of Law and Morals*, 1953, P. 52.

¹²⁵ *Ibid.*, P. 267.

¹²⁶ *Ibid.*, P. 277.

¹²⁷ *Ibid.*, P. 41.

адаптироваться к обстоятельствам, страх анархии, недостаток организованности у недовольной части населения и передающийся обычай соблюдения так называемого «права конкретной территории». Хэгерстрём дальше утверждает, что само существование правового порядка как власти «просто сводится к тому факту, что конкретные принудительные нормы действительно соблюдаются благодаря положительному к ним отношению субъектов права,» и перечисляет три условия, необходимые для соблюдения правового порядка: 1) социальный инстинкт; 2) положительная моральная установка; и 3) страх внешнего принуждения.¹²⁸

§ II.1.3. Права и обязанности

По мнению Хэгерстрёма, идеи современной юриспруденции относительно природы прав и обязанностей берут начало в древних, глубоко укоренившихся магических верованиях.¹²⁹ Собственные исследования древнего Римского права привели его к пониманию, что такие фундаментальные концепции как *mancipatio*, акт покупки, опирались на систему верований в мистические силы, которые могли быть созданы и использованы для достижения желаемого эффекта (например, передачи прав) путем употребления надлежащих слов и жестов. В церемонии *mancipatio*, покупатель, держав продаваемую вещь (например, раба), кидал кусок меди на весы и говорил: «Я провозглашаю это своим и что это было куплено мной этим куском меди». Но покупатель не становился собственником раба до момента, пока продавец не брал кусок меди. Очевидно, высказывание не использовалось для утверждения факта. Получается, провозглашение было ложным в момент произнесения. Его функция заключалась не в отображении фактов, но установлении в лице покупателя *dominium* над рабом. Церемония в целом была ритуальным актом, чей эффект способствовал появлению права собственности у покупателя. Хэгерстрём заключает, что современные правовые институты также представляют собой подтверждение верований в сверхъестественный мир прав и обязанностей и в магическую силу слов, которые вызывают изменения в этом мире, хотя и не в той же мере, что в древние времена.

Представления о правах и обязанностях объясняются Хэгерстрёмом и психологически. Он утверждает, что этим выражениям сопутствуют определенные эмоции и чувства, которые приводят к метафизическим идеям сверхъестественных сил и связей: «Можно понять, почему лицо сражается лучше, если верит в свою правоту. Мы чувствуем, что за ним стоят таинственные силы, у которых можно заручиться поддержкой».¹³⁰ Соответственно, идея обязанности ассоциируется с чувством принуждения,

¹²⁸ Ibid., P. 352.

¹²⁹ Hägerström A. Inquiries into the Nature of Law and Morals, 1953, xiii ff.

¹³⁰ Ibid. P. 5-6.

независимым от какого-либо принуждающего органа, совершить или воздержаться от конкретных действий.

Хэгерстрём приходит к выводу, что не существует тех фактов, которые бы корреспондировали, например, идее права собственности. Он понимает право (right) как «власть» (power) над вещью, но не как действительную власть: «Мы имеем в виду под правом собственности и правомерными требованиями те действительные силы, которые существуют довольно отдаленно от наших естественных сил - силы, которые принадлежат другому миру, а не миру природы, и которые законодательство просто высвобождает» через команды государства.¹³¹

Идею правовых обязанностей Хэгерстрём попытался свести и к тому факту, что неисполнение конкретного действия повлечет наложение санкции. Но правовая обязанность может быть вполне независима от реакций законодательной власти на её нарушение, особенно в области правового наказания: «Правонарушение может, например, стать просрочено в силу истечения исковой давности и, таким образом, не привести к наказанию. Никто не будет отрицать, что правонарушение продолжит иметь характер неисполнения обязанности даже в случае отсутствия наказания.»¹³²

Второе объяснение такое, что правовая обязанность является не более чем командой, изданной законодательным органом. Сложность здесь в том, что в некоторых случаях правовая обязанность может существовать без осведомленности посягателя о наличии данной команды: «Но пока лицо, которому адресована команда, действительно не получит и не осознает её, никакая команда в действительности не существует...»¹³³

Вывод Хэгерстрёма состоит в том, что идея правовой обязанности не может быть определена каким-либо фактом, но имеет мистическую основу, как и в случае с правами. Допущение же, что права и обязанности имеют объективную сущность приводит к метафизической или естественно-правовой концепции правовой системы.

§ II.1.4. Право и мораль

В свете непреклонного научного подхода Хэгестрёма к праву и его интереса к вопросам факта, неудивительно обнаружить недостаточно обширное рассмотрение сфер «должного» и «ценного». В своих кратких высказываниях о «ценностях» в процессе исследования идеи обязанности, Хэгестрём производит впечатление отрицания существования объективных ценностей. Он утверждает, что так называемые ценностные суждения не являются реальными суждениями, поскольку они приписывают свойства действиям или вещам, когда никаких

¹³¹ Ibid., P. 5.

¹³² Ibid., P. 7.

¹³³ Ibid., P. 7-8.

подобных свойств не существует. Например, сказать, что действие «желательно» («желательно, чтобы он скоро пришел»), будет означать лишь ассоциацию в наших собственных мыслях чувства удовлетворения, связанного с идеей действия, но в этом не будет никакого видимого свойства «желательности» в действии, которое бы могло быть установлено в контексте реальности.

Использование индикативной формы языка для выражения ассоциаций объективизирует ценность и, следовательно, обманчиво, так как единственной объективной реальностью является само выражение. Поэтому наши идеи о добре и зле, о правильном и ошибочном составляют ничего более, чем наши чувства и побуждения. Для Хэгестрёма проблема выбора между конфликтующими моральными ценностями не входит в сферу научного исследования. Философия права, если она претендует быть фактической и научной, должна сконцентрироваться на изучении действительного функционирования правовых институтов, анализируя концепции и идеи так, как они действительно используются, наряду с психологическим изучением вовлеченных в них внутренних установок. Проблемы, включающие оценку, такие как цели права и принципы правосудия, должны быть исключены из области научной юриспруденции.

§ II.1.5. Выводы

Очевидно, что вклад Хагестрёма в юриспруденцию носит в большей степени деструктивный характер. Его целью было проверить концепции и общие теории правовой науки и «проложить путь для совершенно реалистичной концепции права». С помощью логического анализа, исторического исследования и психологической аргументации он вскрыл метафизическую, «естественно-правовую» базу, которая лежит в основе многих правовых теорий, включая позитивизм; открыл мистические, магические черты в использовании и функционировании правового языка; обнаружил научную нереальность многих базовых идей традиционной правовой идеологии, таких как прав, обязанностей, воли, императивов, суверенитета, деклараций о намерениях заключения контракта и других. За эту значительную работу Хэгестрём заслуживает уважения. Однако воодушевив на отрицание традиционных теорий и идей, у него не получилось достаточно четко разъяснить, какими концепциями и методами необходимо заполнить образовавшуюся пустоту.

§ II.2. Вильгельм Лундштедт

Критический настрой Хэгестрёма был с энтузиазмом воспринят его последователем Вильгельмом Лундштедтом, самым «несговорчивым и

полемичным» писателем скандинавского направления правового реализма.¹³⁴ В своем стремлении сделать юриспруденцию наукой,¹³⁵ он был уверен в видимости реальности и основывался на фактах. Лундштедт резко критиковал правовую идеологию во всех её проявлениях, особенно метод справедливости, насквозь пропитанный метафизикой. Все традиционные правовые теории, включая позитивизм и социологическую юриспруденцию, он считал ненаучными и совершенно иррациональными, основанными либо на естественном праве, либо на справедливости, либо на идеологических понятиях, не связанных с проверяемыми фактами.

§ II.2.1. Права и обязанности

Отрицание Лундштедтом «ошибочных идей» прав и обязанностей проистекает из его концепции «права» (law) как «правового механизма в действии».¹³⁶ В случае с правом (right), только видимая реальность определяет для лица преимущественное положение как следствие функционирования правового механизма. В таких условиях, лицо может в соответствии с действующим в данный момент правом начать судебное разбирательство и завести механизм права, с тем результатом, что публичная власть применяется для его пользы. Например, собственник вещи наделен правом возместить убытки при нарушении его владения только в случае фактического наличия убытков и регулярного возмещения убытков при нарушении владения. Поэтому, если так называемое право (right) лица предполагает функционирование правового механизма таким образом, что лицо может требовать возмещения убытков, будет постановкой с ног на голову утверждение, что у лица есть возможность требовать возмещения убытков как следствие нарушения его права. Так же и понятие «правовая обязанность» подразумевает лишь регулярное использование санкций в том случае, если определенная линия поведения не соблюдается.

§ II.2.2. Право и ценности

Лундштедт отрицает наличие у ценностных суждений какого-либо значения, так как они субъективны и зависят от чувств и эмоций конкретного лица. Следовательно, утверждения «должного» и «желательного», другие нормативные выражения являются метафизическими фикциями, а «правовые нормы» или «нормы права» не существуют, хотя использование указанных терминов в качестве «ярлыков» допустимо из соображений рациональности.

Однако, в противоречие с Хэгерстрёмом, Лундштедт признает, что определенные оценочные действия лежат внутри области юриспруденции.

¹³⁴ *Sherbaniuk D. J. Scandinavian Realism, Alta. L. Rev., 1962, Vol. 2., P. 63.*

¹³⁵ *Lundstedt A. V. Legal Thinking Revised, 1956, P. 5.*

¹³⁶ *Ibid., P. 9.*

«Наука в философском, т.е. эпистемологическом, смысле - одно дело, - тогда как наука, практикуемая в обществе, - совсем другое».¹³⁷ Первая имеет дело только с действительными фактами и причинными связями, тогда как вторая может быть оценена. Законодатель, судья или ученый-юрист, должны представить свои собственные идеи хорошего и плохого в определении таких вопросов, как: в гармонии ли толкование права в целом или в отдельном случае с «социальным благополучием»; или обеспечивают ли текущие или предполагаемые законы наилучшую пользу обществу. Это допущение потребности оценки действий существенно смягчает общий тезис Лундштедта о том, что ценностные суждения бессмысленны.

§ II.2.3. Право и мораль

Лундштедт выступает решительным противником использования метода справедливости в качестве руководства судьям для поиска решений правовых проблем. В противном случае, в целях достижения действительно «справедливого» юридического решения, судья должен принять во внимание целый комплекс обстоятельств, таких как, например, финансовое состояние сторон.¹³⁸ Более того, может ли ответчик быть «справедливо» осужден за причинение убытков вследствие врожденной неуклюжести или при крайне напряженном нервном состоянии? Если эти и другие обстоятельства будут приняты во внимание, то никакое деликтное право, никакие обычно применяемые нормы не будут находить единодушного одобрения ни среди судей, ни среди обывателей, в свете чувства справедливости. Подобным же образом в сфере уголовного права суды будут применять статью уголовного кодекса только тогда, когда наказание обвиняемому будет согласовываться с ощущением естественной справедливости. В каждом случае должны быть учтены такие факторы, как окружение обвиняемого, его воспитание, образование и т.п. И это будет выходить за рамки уголовного права. Лундштедт отмечает, что, к счастью, суды не поступают подобным образом, хотя отдельные запутанные концепции в деликтном, контрактном и уголовном праве подвергаются влиянию метода справедливости.

С другой стороны, Лундштедт ясно понимает, что общее чувство справедливости занимает в праве чрезвычайно важную позитивную роль: «Право (law), т.е. правовой механизм, воплощает мораль в форму общего чувства справедливости в своих целях и направляет это чувство так, чтобы человеческая воля согласовывалась с правом.»¹³⁹ Признавая, что существует «своего рода взаимодействие» между правом и моралью, в котором они обогащают друг друга, Лундштедт подчеркивает именно влияние права на

¹³⁷ Ibid., P. 265.

¹³⁸ Ibid., P. 59.

¹³⁹ Ibid., P. 391.

общественное мнение о справедливости, нежели наоборот: «...основывать право на общественном мнении о справедливости будет тем же, что закреплять повозку впереди лошади.»¹⁴⁰ Уголовное право, к примеру, имеет сильное влияние на глубинные уровни личности и формирует нравственное сознание людей в соответствии с потребностями общества. Соответственно, деликтное право воздействует на представления людей о правильном и неправильном.

§ II.2.4. Метод «социального благополучия»

Если метод справедливости как отправная точка для правовой деятельности ошибочен, то что должно руководить судьями и законодателями в совершенствовании права и заполнении пробелов правовой системы? Согласно Лундштедту, только метод «социального благополучия». Он утверждает, что «право является ничем иным, кроме самой жизни человечества в организованных группах и условий, делающих возможным мирное сосуществование масс индивидов в социальных группах и их взаимодействие для целей, отличных от простого выживания и размножения».¹⁴¹ Правовая деятельность необходима для существования общества и поэтому должна формироваться законодателями и судами «в соответствии с самым непротиворечивым и непоколебимым элементом функционирования правового механизма - социальной организации»¹⁴², т.е. методом «социального благополучия». Лундштедт определяет это понятие как «стремление в наилучшее возможное решение - в соответствии с тем, что каждый стоящий выше минимального уровня культуры способен понять - которое люди в целом действительно стремятся достичь», включая хорошую еду, подходящую одежду, комфортное жилье, безопасность собственности и личная неприкосновенность, свобода действия, образование: «...весь мыслимый материальный комфорт наряду с защитой духовных интересов».¹⁴³

Несмотря на очевидное сходство метода социального благополучия и утилитаризма Бентама¹⁴⁴, Лундштедт различает их на основании того, что последний установил определенный моральный принцип как объективно действующий: «наибольшее счастье для наибольшего количества», тогда как «...социальное благополучие не имеет ничего общего с абсолютными ценностями»¹⁴⁵ и затрагивает только то, чего люди действительно стремятся достичь. Тем не менее, подход Лундштедта к цели права, т.е. вера в

¹⁴⁰ Ibid., P. 169.

¹⁴¹ Ibid. P. 8.

¹⁴² Ibid., P. 132.

¹⁴³ Ibid., P. 140.

¹⁴⁴ Иеремия Бентам (Jeremy Bentham, 15 февраля 1748 – 6 июня 1832), английский юрист, философ права, реформатор, основатель современного направления утилитаризма в праве.

¹⁴⁵ *Lundstedt A. V. Legal Thinking Revised*, 1956, P. 136.

«действительные стремления людей», само по себе представляет объективную ценность.¹⁴⁶

Хотя Роско Паунд также считал целью права удовлетворение социальных интересов, Лундштедт решительно отвергает и его теорию. Вильгельм Лундштедт считает, что Паунд основывает свой подход не на фактах научного исследования, а скорее размышляет «о значении права совершенно отдельно от опыта».¹⁴⁷ Однако сам Лундштедт подвержен той же критике: в его трудах нет убедительного подтверждения основы метода социального благополучия на научных исследованиях.¹⁴⁸ Он критикует классификацию Паунда относительно допустимых требований и интересов лиц как «ничего более, чем фразы, взгроможденные на другие фразы без возможности прослеживания хода мысли».¹⁴⁹ Лундштедт, по-видимому, воспринимает Паунда считающим эти требования и интересы основанными на ценностных суждениях и существующими независимо от права (*law*), всего лишь признаваемыми правовой системой. Если это так, то они основаны на естественном праве и методе справедливости и Паунд является очередной жертвой правовой идеологии.¹⁵⁰ Но Лундштедт мог ошибиться, так как интересы по Паунду указывали на то, что люди фактически желали. С этой точки зрения становится нелегко выявить разницу в материальном аспекте между теориями Паунда и Лундштедта.

§ II.2.5. Выводы

Работа Лундштедта не содержит нечто удивительно новое для философии права. Его нападки на другие правовые направления в юриспруденции немного добавляют к критике Хэгерстрёма, а его конструктивное предложение – метод социального благополучия – в сущности является красноречивым переформулированием идей, отстаиваемых другими мыслителями, такими как Роско Паунд. Без сомнения, результат его трудов не соответствует сформулированному им стремлению произвести «коренное реформирование правового мышления».

Анализ взаимодействия права и морали Лундштедта не является новым или уникальным, но он ценен своей корректировкой общепринятой идеи о том, что мораль очерчивает и направляет право. Лон Фуллер¹⁵¹ отметил: «Делом решительного скандинавского направления правовой мысли было привести нас

¹⁴⁶ См. *Castberg F. Problems of Legal Philosophy*, 1957, P. 100: «Сама вера в то, что конкретные высшие первостепенные цели должны определять направление правового развития, является метафизической верой».

¹⁴⁷ *Lundstedt A. V. Legal Thinking Revised*, 1956, P. 350.

¹⁴⁸ Он не говорит, например, что его перечисление социальных потребностей основано на опытных сведениях, но лишь заявляет, что они «бесспорны в соответствии с превалирующими социальными оценками». Цит. по: *Sherbaniuk D. J. Scandinavian Realism*, *Alta. L. Rev.*, 1962, Vol. 2., P. 66.

¹⁴⁹ *Lundstedt A. V. Legal Thinking Revised*, 1956, P. 349.

¹⁵⁰ *Ibid.*, P. 238.

¹⁵¹ Лон Льюис Фуллер (Lon Luvois Fuller, 15 июня 1902 – 8 апреля 1978), американский философ права.

к пониманию того, что право, особенно созданное судом, формирует общественную мораль. Они [скандинавские правовые реалисты - прим. автора] показали нам 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 нуждами. Вся же «внешнеправовая» совокупность моральных установок в большой степени состоит из бумаги, чернил и философского воображения.»¹⁵²

§ II.3. Карл Оливекрона

Другой последователь философии Хэгерстрёма, Карл Оливекрона¹⁵³, предоставляет более понятное описание работы правовой системы и главным образом сосредоточен на обнаружении фактов права и разоблачении метафизических концепций, на которых основываются традиционные теории права, например, базовой концепции обязательности права. Он вопрошает, что может значить данная идея? Обязывающая сила права (*binding force of law*) не означает факта, что нежелательные последствия наступят, если право (*law*) нарушено, так как такие неприятные последствия следуют и из актов, которые не запрещены: например, если протянуть руку в огонь. Обязывающая сила права также не корреспондирует какому-либо наблюдаемому факту. Таким образом, она существует только как идея в человеческом сознании, с которой в окружающем мире ничего не соотносится. Следовательно, идея обязательного действия права иллюзорна, будь то естественное право, система норм, воля государства или воля народа.

II.3.1. Право и норма права

Согласно Оливекроне, нормы права являются не более, чем «независимыми императивами», которые устанавливают образцы поведения для тех, на кого законодатель желает воздействовать. Содержание норм права преимущественно состоит из «идей воображаемых действий людей (например, судей) в воображаемых ситуациях».¹⁵⁴ Несмотря на императивную форму выражения и цели воздействия на поведение, нормы права не являются командами, так как в области факта не существует кого-либо, кто мог бы издать эти команды. Законодатели, составившие нормы, могли умереть сотни лет назад и по большей части совершенно неизвестны для принимающей норму к

¹⁵² Fuller L. L. *The Law in Quest of Itself*, 1940. P. 135-136.

¹⁵³ Кнут Ханс Карл Оливекрона (Knut Hans Karl Olivecrona, 25 октября 1897 – 5 февраля 1980), шведский юрист и философ права.

¹⁵⁴ Olivecrona K. *Law As Fact*, 1939. P. 29. Приводится по: Sherbaniuk D. J. *Scandinavian Realism*, *Alta. L. Rev.*, 1962, Vol. 2., P. 67.

рассмотрению. Государство также не порождает нормы, так как оно само не существует без права (law). Нормы функционируют самостоятельно, без какого-либо командующего лица.

Неотъемлемой характеристикой права Оливекрона считает его психологическую эффективность, его контроль над человеческим сознанием. Создание новых норм права законодателем исключительно «вопрос...причины и следствия...на психологическом уровне».¹⁵⁵ Занимающие ключевые позиции люди способны оказывать психологическое давление на их соотечественников путем исполнения определенных формальностей, требуемых для установленного механизма законотворчества. Соответственно, даже революционеры, насильно захватившие конституционный механизм, способны оказать психологическое давление, необходимое для ликвидации соблюдения старого правопорядка и установления собственного режима.¹⁵⁶

Историю права, по мнению Оливекрона, составляет ничто более, чем последовательность эволюционных и революционных изменений. Насколько возможно проследить развитие права с древних времен, мы никогда не достигнем его «конечного происхождения», ведь каждое изменение предполагает уже существовавшую правовую систему, и первоначальная организация общества нам неведома. Оливекрона ограничивает исторические исследования изменений права вопросами факта и, в соответствии с его представлением об иллюзорности идеи обязывающей силы права, он категорически отрицает как метафизическую саму мысль поиска исторических основ «обязательного права» в отдельных правовых системах.

II.3.2. Права и обязанности

Значительное влияние на представление Оливекрона о правах оказали идеи Хэгестрема. Более того, Карл Оливекрона довольно часто ссылается на Хэгестрема в случаях, когда идеи принадлежат самому Оливекрону.¹⁵⁷ 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

¹⁵⁵ Ibid. P. 68.

¹⁵⁶ Это имеет некоторое сходство с концепцией Кельзена, что в случае успеха революции все нормы и правила старого режима перестают действовать, потому что базовые нормы, которым соответствуют другие нормы, теряют свою эффективность, когда общество больше их не принимает, а напротив, ведет себя в соответствии с новым порядком, ставшим действительным. Но Оливекрона решительно критикует теорию Кельзена: «Краеугольным камнем теории [Кельзена] является пустая фраза, что базовая норма действительная, потому что она предполагается быть действительной». Это «кажется равным декларированию несостоятельности части чистой теории права». *Olivecrona K. Realism and Idealism: Some Reflections on the Cardinal Points in Legal Philosophy*, 26 N.Y.U.L. Rev. 120, 1951. P. 128.

¹⁵⁷ *Arnholm C. J. Olivecrona on Legal Rights: Reflections on the Concept of Rights, Scandinavian studies in law*, 1962, Vol. 6, P.11.

объективной значимости - она основывается исключительно на вере в нее людей.¹⁵⁸

Концепция прав поднимает проблему, с одной стороны, применения метафизики (онтологии), которую скандинавские правовые реалисты отрицали, а с другой стороны, невозможности неучета прав (rights) в любой дискуссии о праве (law).¹⁵⁹

Оливекрона считает идеи прав и обязанностей фантазиями сознания: они не находят места в реальном мире и изначально связаны с примитивной магией.¹⁶⁰ Невозможно отыскать фактов, связанных с идеей права (right). Существо идеи права заложено в силе, но силе иллюзорной, происходящей из сопутствующего чувства силы, которое объективировано. Оливекрона отрицает понимание права (right) как преимущественного положения лица как следствие правового механизма, которое составляет существо тезиса Лундштедта на базе аргументов в стиле Хэгерстрёма, что право (right) считается чем-то предшествующим для возможности привести правовой механизм в действие, что истец, обладающий правом, может оказаться неспособным доказать наличие права в суде и что право мыслится существующим, даже если никакого действия не происходит.¹⁶¹ В случае с правовой обязанностью, в действительности существуют конкретные чувства обязательности и долга, в которыми связана идея воображаемой обязанности. Но Оливекрона далек от предложения обходиться без этих идей, признавая важность их поведенческого контроля. Законодатели используют идеи прав и обязанностей не для выражения фактов, а для воздействия на чувства и поведение членов общества, которые были приучены реагировать на эти идеи таким образом, чтобы обеспечивать их выполнение для общего интереса.

Однако Оливекрона не дал окончательного ответа на вопрос о том, какова же природа юридических прав и обязанностей: либо они существуют как реальность субъективного плана (в представлениях, психике людей), либо же они вообще никакой реальностью не обладают и являются попросту иллюзией (в своих поздних работах Оливекрона склонялся именно ко второму варианту).¹⁶²

¹⁵⁸ Антонов М. В. Скандинавская школа правового реализма, Российский ежегодник теории права, №1, 2008, С. 657.

¹⁵⁹ Olivecrona K. Legal Language and Reality, Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound, 1962, P. 151.

¹⁶⁰ Однако Оливекрона ясно обозначает свою позицию, что связь между магическими верованиями и современными правовыми концепциями намного более слабая, чем пытался доказать Хэгерстрём.

¹⁶¹ По этой же причине Оливекрона отделяет себя от взглядов американских правовых реалистов о праве как предсказании социального поведения в соответствии с единообразной нормой: «То, что я имею в виду под правом (right), совершенно точно не то, что я имею в виду под предсказанием....Разве законодатели делают предсказания о поведении судей, когда они устанавливают нормы о том, как права должны приобретаться и передаваться и т.п. Конечно же нет. Они [законодатели] регулируют будущие действия судей. Также и судьи не делают предсказания, когда они выявляют права.» Olivecrona K. Law As Fact, 1939.P. 214. Приводится по: Sherbaniuk D. J. Scandinavian Realism, Alta. L. Rev., 1962, Vol. 2., P. 69.

¹⁶² Антонов М. В. Скандинавская школа правового реализма, Российский ежегодник теории права, №1, 2008, С. 657.

§ II.3.3. Права и ценности

Взгляды Оливекрона на суждения «должного» и «ценностного» практически идентичны подходу Хэгерстрёма. Оливекрона отрицает существование абсолютных ценностей и считает, что признаки хорошего и плохого, которые при применяем к действиям, являются не более, чем отражением наших чувств и эмоционального состояния. Несмотря на то, что «объективное должное представляет из себя миф», наши связанные с ним идеи должного и эмоции чрезвычайно важны как предмет исследования философии права».¹⁶³

Одним из аспектов психологического реализма Оливекрона является выделение роли силы в праве (law): «Право...состоит прежде всего из норм о силе, т.е. которые содержат образцы поведения и применения силы».¹⁶⁴ Оливекрона считает появившийся из-за систематичного применения силы общественный страх санкций, по большей части несознательный, основной причиной соблюдения права. Как и Лундштедт, Оливекрона утверждает, что моральные стандарты сформированы главным образом правом и использованием силы. Признавая, что «моральные идеи, очевидно, выступают основным мотивом создания новых законов»¹⁶⁵, Оливекрона цинично замечает, что моральные идеи довольно часто служат лишь маской для удовлетворения собственных интересов.

§ II.3.4. Права как «знаки»

Конечный теоретический вывод Оливекрона относительно прав был в подчеркивании их психологического эффекта на других участников правовой системы. Когда существует обоснованная постоянная взаимосвязь правовой практики и социальных ожиданий, то утверждение, что кто-либо имеет право (или обязанность), порождает мысли о дозволениях и запретах («права как инструменты социального контроля и социального взаимодействия»¹⁶⁶), несмотря на отсутствие объективных категорий, которые бы корреспондировали правам (или обязанностям).

Как и 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 образом.¹⁶⁷ Как сигналы светофора, так и утверждение, что А является собственником вещи, не создают конкретную модель поведения для человека. Однако следует определенная

¹⁶³ Olivecrona K. Realism and Idealism: Some Reflections on the Cardinal Points in Legal Philosophy, 26 N.Y.U.L. Rev. 120, 1951. P. 131.

¹⁶⁴ Olivecrona K. Law As Fact, 1939. P. 134. Приводится по: Sherbaniuk, D. J. Scandinavian Realism, Alta. L. Rev., 1962, Vol. 2., P. 69.

¹⁶⁵ Ibid. P. 70.

¹⁶⁶ Olivecrona K. Legal Language and Reality, Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound, 1962, p. 191.

¹⁶⁷ Ibid, P.105.

привычная социальная реакция на данное утверждение. Поэтому предполагается определенное постоянство в использовании слова «право» (right). Если бы оно использовалось произвольно, то оно было бы неспособно обладать психологическим эффектом, которое у него фактически есть.

Концепции прав также присуща «информативная» функция, которая заключается в информировании людей о правовых обстоятельствах. Человек, который слышит о наличии у А 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, а не станут объяснять все факты, имеющие отношение к конкретной ситуации.

Термин «право» (right) имеет одновременно и эмоциональное, и императивное назначение. Оно может *выражать* чувство власти и *давать* это чувство (однако необходимо отличать оба обстоятельства от утверждения, что эта власть существует фактически). Также термин может функционировать как знак команды, запрещения или дозволения:

- команды стороне, против которой право направлено (как в случае с долговыми обязательствами);
- запрещения всем лицам, у которых нет титула (как в случае с правом собственности);
- как знак дозволения (адресованный собственнику).¹⁶⁸

Исходя из данного подхода, права служат «знаками», указывающими нам на то, что *делать* и чего *не делать*; законодательство утверждает и упорядочивает правила, по которым права создаются и изменяются; судебные решения служат средством осуществления и усиления требований и ожиданий, связанных с правами и обязанностями.¹⁶⁹

§ II.3.5. Выводы

Несмотря на то, что Хэгерстрём и Лундштедт оба придавали большое значение внутренним установкам в своих размышлениях о традиционных теории права, Оливекрона пошел еще дальше в сведении всего права к психологическому феномену. Более того, подчеркивание значимости применения силы для права, особенно его психологического влияния, кажется преувеличенным. Можно предположить, что подавляющее большинство людей действуют в соответствии с правом не из-за страха возможных правовых санкций, о которых они даже могут не подозревать, но из-за общепринятого соблюдения норм права. Как бы то ни было, основной тезис Оливекроны не

¹⁶⁸ Arnholm C. J. Olivecrona on Legal Rights: Reflections on the Concept of Rights, Scandinavian studies in law, 1962, Vol. 6, P. 16

¹⁶⁹ Bix B.H. Ross and Olivecrona on Rights, Australian Journal of Legal Philosophy, 2009, Vol. 34, P. 111.

опирается на какое-либо психологическое или социологическое исследование и, как и метод социального благополучия Лундштедта, представляет собой теоретическую спекуляцию.

§ II.4. Альф Росс

Профессор Альф Росс¹⁷⁰, последний из рассматриваемой четверки, занимает ту же позицию разоблачения метафизических заблуждений, которыми изобилуют традиционные теории права. Для него право не имеет божественного или иного сверхъестественного начала, а базовые правовые идеи должны пониматься исключительно как концепции социальной реальности и поведения человека в обществе. Поэтому Росс отрицает и естественное право, и позитивизм, включая формализм Кельзена, как несоответствующие социальной реальности и возвышающиеся над миром фактов. Он также утверждает, что в области права следует использовать методы современной эмпирической науки.¹⁷¹

Несмотря на его антиметафизический подход, Росс признает нормативный характер правовых предписаний, чем отличается от Хэгерстрёма и, в особенности, от Лундштедта. Взгляды Росса оказываются близкими к Оливекроне, но Росс предпочитает более общий и нейтральный термин «директивы», нежели «независимые императивы».

§ II.4.1. Уход от метафизики

Подход Росса к юриспруденции был одновременно прост и радикален: он стремился исключить из нашего мышления о праве все мистифицированные 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; и проверка подразумевает, что фундаментальные правовые идеи должны быть истолкованы как концепции социальной реальности, поведения индивида в обществе, и никак иначе».¹⁷²

В этом и состоит сила скандинавского правового реализма: в его попытке перевести правовые концепции в русло проверяемых социальных наук. Для Росса такие термины как «право» (right), «действительность» (validity), «обязанность» (obligation) должны быть переведены в наблюдаемое поведение.

¹⁷⁰ Альф Нильс Кристиан Росс (Alf Niels Christian Ross, 10 июня 1899 – 17 августа 1979), датский философ права и ученый в сфере международного права.

¹⁷¹ Ross A. On Law and Justice, 1958, x. Приводится по: *Sherbaniuk D. J. Scandinavian Realism*, Alta. L. Rev., 1962, Vol. 2., P. 70.

¹⁷² Ross A. On Law and Justice, Berkeley: University of California Press, 1959, ix.

И уже по внешним поведенческим формам можно догадываться о стоящих за ними эмоциях и представлениях, т.е., иными словами, через концептуальный анализ языка повседневного юридического общения и в его терминах можно проследить реальную эмпирическую составляющую правовой практики.¹⁷³ Например, фраза «А “обязан” исполнить определенное действие Д» будет означать только то, что противоположное поведение (не Д) является одним из условий, определяющих ожидаемое наступление реакции принуждения против А.¹⁷⁴

Вышесказанное не значит, что необходимо избегать понимание мира (правового или какого-либо другого) в том смысле, который предполагает существование дополнительных метафизических категорий («брита Оккама»). Аргумент в том, что сама онтология права вдвойне необычна: право (law) вроде бы использует традиционный нормативный язык (о том, что «должно быть» или «не должно быть» сделано), но в то же время позиционирует себя отдельно от традиционного нормативного дискурса. Т.е. индивид может сказать, что «согласно праву (law), я *должен* сделать X», и в то же время заявить, что «по совести (или разумно/рассматривая все обстоятельства) я *не должен* сделать X». ¹⁷⁵ Однако Росс отвергал идею создания отдельной нормативной действительности для правового дискурса¹⁷⁶ и Росс рассматривал «спекуляцию метафизикой» одинаково бесполезной как в праве, так и в морали.

§ II.4.2. Действительность права

В своих размышлениях о природе права, Росс стремится ясно обозначить понимание концепции «действительного права» (valid law). В этом отношении он различает лингвистические высказывания, имеющие только «указывающее», т.е. предписывающее, значение, и те, которые дополнительно несут «представляющее», т.е. описывающее. Первые выражают команды, или нормы; вторые же заявляют о фактах. «Директивы» не отражают положение дел, но лишь выражают намерение воздействовать на других людей.

Предваряя свой анализ концепции действительности права, Росс рассматривает природу правил в шахматах. Эти правила (например, как может двигаться конкретная фигура) «можно рассматривать как действительные при условии, что игроки фактически соблюдают правила и в то же время чувствуют себя связанными данными правилами».¹⁷⁷ Таким образом, правила, «как схема интерпретации», в определенной степени делают возможным понимание

¹⁷³ Антонов М. В. Скандинавская школа правового реализма, Российский ежегодник теории права, №1, 2008, С. 665.

¹⁷⁴ Ross A. Towards a Realistic Jurisprudence: a Criticism of the Dualism in Law, (Repr. d. Ausg. Copenhagen, 1946) Aalen : Scientia Verl., 1989, P.176.

¹⁷⁵ Bix B.H. Ross and Olivecrona on Rights, Australian Journal of Legal Philosophy, 2009, Vol. 34, P. 105.

¹⁷⁶ Ross A. On Law and Justice, Berkeley: University of California Press, 1959, x.

¹⁷⁷ Ross A. On Law and Justice, 1958. P. 16. Перевод приводится по: Антонов М. В. Скандинавская школа правового реализма, Российский ежегодник теории права, №1, 2008, С. 659.

реальных движений игроков и их мотивов, чтобы предсказать ход игры. Правовые нормы построены на той же модели: «Действительное право означает абстрактное влияние нормативных идей, служащих схемой интерпретации для феномена права в действии (например, последствие действий в договоре купли-продажи), которое также означает, что эти нормы на самом деле соблюдаются и соблюдаются именно в силу того, что они воспринимаются и ощущаются как социально обязательные»¹⁷⁸ судьей и другими правоприменителями.

Понимание выражения «X является действительным правом» как предсказания судейского поведения и его мотивирующих чувств, имеет сходство с подходом американских правовых реалистов. Однако Росс не согласен с объяснениями правовой действительности, предложенным американским «бихевиористическим» реализмом и, более того, психологическим реализмом работ Оливекроны. Исходя из бихевиористической теории, норма действительна, если есть достаточные основания предположить, что она будет воспринята судами как базис их решения. Теория дефектна, так как она стремится предсказать судейское поведение, опираясь исключительно на внешнем наблюдении за системностью реакций (обычаев) судей, не принимая во внимание их «внутреннюю духовную жизнь», их ощущения связанности нормами. Психологический же реализм считает норму действительной, если она признана распространенным правовым сознанием. Эта теория, подчеркивает Росс, трансформирует право в индивидуальным феномен наряду с нравственностью, основанный единственно на субъективных мнениях. Корректным же подходом является четкое осознание, что данная норма будет применяться в судах и что норма действительна вне зависимости от распространенного правового сознания. По мнению Росса, только синтез психологического и бихевиористического подходов способствует объяснению правовой действительности.

Сомнительным является утверждение Росса о том, что правовые нормы как директивы направлены исключительно судам для руководства применения их власти. Росс показывает, что положения уголовного права «ничего не говорят о гражданах, которым запрещено совершать убийство, но только определяют для судей, какое решение должно последовать в данном деле»¹⁷⁹. Его аргументация такова, что раз нормы права рассматривают использование силы при их применении, они должны быть адресованы именно судам, чья функция и состоит в упорядочивании и осуществлении использования силы. Однако представляется, что нормы главным образом предстают директивами

¹⁷⁸ Ibid.

¹⁷⁹ Ross A. On Law and Justice, 1958. P.33. Приводится по: *Sherbaniuk D. J. Scandinavian Realism, Alta. L. Rev.*, 1962, Vol. 2., P. 72.

индивидуальным лицам и только дополнительно являются руководствами судам в случае их несоблюдения.¹⁸⁰

§ II.4.3. Право и мораль

В своем понимании концепции правовой действительности, Росс отмечает, что слово «право», как описательный термин, не должно содержать моральных или эмоциональных включений, и что система норм, эффективно работающая и ощущаемая социально обязательной, может быть по существу описана как «право» вне зависимости от того, нравится ли нам эта система. «Поэтому бессмысленно заявлять, что верховенство насилия Гитлера было не «правовым порядком», так как «описательная терминология не имеет ничего общего с моральным одобрением или осуждением. Классифицируя конкретный порядок как «правовой порядок», в то же время можно считать высшим моральным долгом свержение данного порядка»¹⁸¹. Росс утверждает, что мораль является вопросом индивидуального сознания и установки, а не объективным фактическим феноменом, восприимчивым к анализу эмпирическими методами и, следовательно, морали нет места в научной юриспруденции.

По тем же причинам теоретический принцип справедливости как руководство к законодательству должен быть отвергнут. Сказать, что норма несправедлива, не означает выявить некое видимое качество, а лишь не более, чем эмоциональное выражение нежелательной реакции на право (law). «Х говорит: «Я против нормы, потому что она несправедлива». Но он должен был бы сказать: «Эта норма несправедлива, потому что я против неё». Взывание к справедливости является тем же, что и удар по столу: эмоциональным выражением, которое превращает требование лица в абсолютный постулат».¹⁸² Росс заключает, что идеологии справедливости нет места в допустимой дискуссии о ценности законов.

Но это не означает, что не существует связи между позитивным правом и идеей справедливости. Напротив, Росс признает важность справедливости для характеристики судебных решений. Идея справедливости требует, чтобы 1) основой судебного решения было право; 2) решение являлось корректным применением права: «Сказать, что решение справедливо, означает, что оно было вынесено... в соответствии с действующей нормой или системой норм».¹⁸³ Таким образом, только если судья применяет право - даже право Гитлера - «корректно», тогда решение справедливо. А когда решением корректно

¹⁸⁰ По этому поводу см. *Arnholm C. J. Some Basic Problems of Jurisprudence*, 1 *Scandinavian Studies in Law*, 1957. P. 43-44, где он также заключает, что «в той степени, в которой норма права является результатом намерения законодателя, это намерение главным образом нацелено на руководство деятельности граждан».

¹⁸¹ *Ross A. On Law and Justice*, 1958. P.31-32. Приводится по: *Sherbaniuk D. J. Scandinavian Realism*, *Alta. L. Rev.*, 1962, Vol. 2., P. 73.

¹⁸² *Ibid.*

¹⁸³ *Ibid.*

применяется право? Тогда, когда оно обосновано теми принципами толкования и оценками, которые в настоящий момент присутствуют на практике.

§ II.4.4. Права как «условные обозначения»

Хотя Росс критично относился к метафизическим импликациям в права, он не соглашался со взглядами остальных скандинавских правовых реалистов, что сам термин «права» должен быть исключен из правового дискурса. Он считал, что такие концепции, как «права» и «собственность» были полезными простыми условными обозначениями, «средствами презентации» для перефразирования правовых умозаключений о последовательности не тесно связанных фактических обстоятельств.¹⁸⁴ Предложения, в которых появляется слово «право» (right) могут быть переписаны без использования данного термина с сохранением связи между обуславливающими фактами и обусловленными последствиями.¹⁸⁵

Росс предостерегал от «попадания в заманчивый капкан веры», что термины «права» или «требования» представляют некую сущность, или магический вид силы: «...несмотря на то, что нечто стоит между обуславливающим фактом (юридическим фактом) и обусловленным последствием, а именно требование, право (right), которое, словно проводник или связующее звено, стимулирует действие или обеспечивает основу для правового последствия. Мы также не можем полностью отрицать, что данная терминология ассоциируется нами с более или менее неопределенными идеями, по которым право является силой нематериальной природы, своего рода внутренней, невидимой властью над объектом права; властью, проявляющейся в, но отличной от, применения силы (судебного решения и его исполнения), с помощью которой происходит фактическое и видимое использование и осуществление права (right)».¹⁸⁶

Польза концепции прав проявляется в тех формулировках, которые опираются не на нормы права, а на описание конкретных фактов. Росс пытался сделать формулировки более привязанными к фактам, хотя и существующими в контексте определенного набора правовых норм.¹⁸⁷ Он предлагает рассматривать термины «права» и «собственность» как интуитивные, «преднаучные» средства упрощения и рационализации.¹⁸⁸

¹⁸⁴ Ross A. Tû-Tû, Harvard Law Review, 1957, Vol. 70, № 5, P. 817-825.

¹⁸⁵ Ross A. On Law and Justice, Berkeley: University of California Press, 1959. P. 172-174.

¹⁸⁶ Ross A. Tû-Tû, Harvard Law Review, 1957, Vol. 70, № 5, P. 818.

¹⁸⁷ Bix B.H. Ross and Olivecrona on Rights, Australian Journal of Legal Philosophy, 2009, Vol. 34, P. 109.

¹⁸⁸ Ross A. Tû-Tû, Harvard Law Review, 1957, Vol. 70, № 5, P. 817-825; Ross, A. On Law and Justice, Berkeley: University of California Press, 1959. P. 172.

§ II.4.5. Выводы

Альф Росс расходится во взглядах с другими представителями скандинавского направления правового реализма по ряду важных моментов. Например, он считает равным взаимодействие права и морали в формировании друг друга (хоть и являющимися отдельными феноменами)¹⁸⁹, что не соответствует идеям Лундштедта и Оливекроны об определении правом моральных установок. Более того, присоединяясь к Лундштедту в разоблачении традиционных метафизических идей концепции прав (rights) и соглашаясь, что единственная видимая реальность состоит из функционирования правового механизма, Росс критикует его за неспособность обозначить вопрос использования концепции прав как средства правовой мысли.¹⁹⁰ Росс считает, что задачей юриста является прояснение условий, в которых используется концепция прав, и более четкое определение сферы её применения.

Аналогично американским правовым реалистам, под источниками права Росс понимает совокупность факторов, оказывающих влияние на формулирование судьей правила, на котором он основывает свое решение.¹⁹¹ В противоречие с другими скандинавскими правовыми реалистами, Росс не намерен ограничивать юриспруденцию одним анализом правовой доктрины, и стремится решить задачу предоставления практического руководства и направлений деятельности законодателя.

¹⁸⁹ «Институты права находятся среди факторов окружающей среды, формирующей индивидуальные моральные установки. Последние существуют среди практических факторов, которые посредством «морально-правовой сознательности» очерчивают эволюцию права.» *Ross A. On Law and Justice*, 1958. P. 63. Приводится по: *Sherbaniuk D. J. Scandinavian Realism*, *Alta. L. Rev.*, 1962, Vol. 2., P. 70.

¹⁹⁰ См. также *Ross A. Tû-Tû*, *Harvard Law Review*, 1957, Vol. 70, № 5, где он отмечает, что несмотря на такие слова, как «собственность» или «иск» не несут какого-либо значения, т.е. семантического значения, они служат полезной цели юридической техники. Без них усложненные и громоздкие конструкции утверждений все равно было бы необходимо выражать через правовой импорт этих «условных обозначений».

¹⁹¹ *Васильева Н. С., Тимошина Е. В.* Общая теория судебного метода Альфа Росса // *Парадигмы юридической герменевтики*, СПб.: Алетейя, 2017. С. 290.

ГЛАВА 3. АМЕРИКАНСКИЙ И СКАНДИНАВСКИЙ ПРАВОВОЙ РЕАЛИЗМ: СРАВНИТЕЛЬНЫЙ АНАЛИЗ

§ III.1. Общее сравнение

§ III.1.1. Сходства

Одно сходство между скандинавским и американским правовым реализмом уже было отмечено: оба направления могут быть названы «реализмом» в смысле, схожем с буквальным пониманием слова. Оба стремились описать и реформировать право (law) без его идеализации; изобразить право таким, какое он есть в действительности - не каким оно должно быть или каким оно представлено в традиционных теориях, чрезвычайно отдаленных от действительного повседневного функционирования права. Сходства между двумя направлениями можно проследить и глубже, хотя остается неопределенным вопрос, дают ли они основание применения термина «реализм».

Для возникновения американского и скандинавского правового реализма были общие предпосылки, заключавшиеся в социальных и политических переворотах, случившихся в первых десятилетиях XX века.¹⁹² Оба направления считали эмпиризм и социальные науки предоставляющими свободу от догматики и возможной основой для построения общества на началах философского натурализма.

Оба движения отрицали традиционные правовые концепции, в частности, традиционное понимание правовых норм. Некоторые представители обоих направлений отстаивали возможность предсказывать право на основе надежной научной информации. Более того, и американский, и скандинавский правовой реализм отделял вопросы права и морали, т.е. того, что есть право, и того, чем оно должно быть. Для американского направления данное разделение было временным, тогда как для представителей скандинавского реализма оно было постоянным: в их понимании право базировалось на принуждении, а мораль на метафизических фикциях. Оба движения имели влияние на правовое обучение.

Были интересные сходства между отдельными представителями обоих направлений. Валтер Кук и Альф Росс оба находились под влиянием логического эмпиризма. Джером Фрэнк и Аксель Хэгерстрём рассматривали магические аспекты правового языка. Можно также заметить примечательные сходства между Хэгерстрёмом, основателем скандинавского правового реализма, и Оливером Венделлом Холмсом, одной из самых влиятельных на

¹⁹² Джес Бьяруп отмечает политическую нестабильность и круговорот событий, происходящих во время, когда Хэгерстрём развивал свою теорию: революция в России, Всеобщая забастовка и локауты 1909 г. в Швеции и, затем, Первая мировая война. *Bjarup J. Epistemology and Law According to Axel Hägerström, Scandinavian Studies in Law, № 29, 1985. P. 15*

Джес Бьяруп (Jes Bjarup, род. 17.02.1940), датский юрист, исследователь скандинавского правового реализма.

американский правовой реализм фигур. Хотя границы определения права у Холмса не слишком отчетливы, что было сделано специально, он придерживался предсказательного взгляда на право. Рассматривая право в самых общих понятиях, оно было охарактеризовано как принудительная реакция правовых институтов. Взгляд Хэгерстрёма был близок к этой общей характеристике Холмса.

§ III.1.2. Различия

Но были и важные отличия между двумя направлениями правового реализма. Американский правовой реализм не предлагал критику метафизического основания традиционной правовой мысли. Представители американского направления критиковали традиционные правовые концепции, но не потому, что последние предполагали сомнительные метафизические идеи. Американские реалисты отрицали традиционный язык права из прагматических, нежели метафизических, соображений, даже если их заявленная философская ориентация ведет к антиметафизическому курсу. Например, приверженность Валтера Кука научному эмпиризму не привела его к принятию «теории смысла» - главной доктрины научного эмпиризма - и провозглашения правового языка метафизическим и, следовательно, бессмысленным.¹⁹³ Несмотря на стремление американских правовых реалистов реформировать право на основе эмпирической науки, исключение метафизики из права не являлось целью их программы.

Стремление скандинавских правовых реалистов было совершенно другим: оно было антиметафизическим по своей сути. Базовым аргументом их критики традиционной юриспруденции было утверждение, что она содержит лишённые смысла метафизические концепции, которые не соотносятся с реальными явлениями и поэтому являются «фикциями». Скандинавский вариант правового реализма видел своей главной задачей выявление метафизического притворства традиционных идей и предоставление юриспруденции эмпирической основы. Таким образом, несмотря на сходство с американским реализмом в стремлении утвердить эмпирическую научную основу права, главным для скандинавского направления было исключение метафизических концепций.

Другие 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, те американские реалисты, которые его придерживались, проявляли прагматический дух, тогда как скандинавские реалисты видели

¹⁹³ Эта теория заключала 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. Dagobert Rune, New York: Philosophy Library, 1942. P. 285.

Приводится по: *Martin M. Legal realism: American and Scandinavian*. N.Y.: Peter Lang, 1997. P.154.

данное определение права как средство исключения бессмысленного метафизического языка из традиционной юриспруденции.

Стремления движений были различны и при общем скептическом отношении к нормам права. Американские представители правового реализма скептически воспринимали значение, которым традиционная юриспруденция наделяла нормы права; скандинавские же представители считали, что нормы права представляют лишенные смысла метафизические идеи и, следовательно, язык норм права не имеет реальных референтов.

Американские правовые реалисты не имели четко сформулированной или единой теории моральных суждений, а все скандинавские правовые реалисты отстаивали нонкогнитивную теорию морали, которая соответствовала их антиметафизической ориентации. Скандинавские представители реализма считали, что такие концепции, как право и обязанность предполагают моральную оценку. Однако моральные концепции в конечном счете ни к чему не относятся, как и правовые. Поэтому юридические предложения, содержащие термины «право» (right) и «обязанность» не могут быть ни верными, ни ложными.

Отличающаяся моральная установка скандинавских правовых реалистов определила и другие основные различия между двумя направлениями. Скандинавский правовой реализм был скорее гомогенным, подвергаясь сильному влиянию одного человека - Акселя Хэгерстрёма - в то время как американский правовой реализм имел более плюралистичные воздействия. Это не говорит о том, что все скандинавские реалисты придерживались одного мнения.¹⁹⁴ Например, шведы - Вильгельм Лундштедт и Карл Оливекрона - были сторонниками эпистемологии Хэгерстрёма, которая отрицала логический позитивизм как ещё один образец метафизики, тогда как Альф Росс, датчанин, находившийся под влиянием Хэгерстрёма, все-таки воспринимал логический позитивизм. Однако Росс, в отличие от американского правового реалиста Кука, принимал проверяемую «теорию смысла» для отрицания метафизики.

В дополнение, члены американского правового реализма не были философами, они имели мало образования и опыта по вопросам теории философии. В противоположность, Хэгерстрём был профессором философии; другие скандинавские правовые реалисты - Лундштедт, Оливекрона и Росс - хотя и были профессорами права, отлично разбирались в философских доктринах Хэгерстрёма.

¹⁹⁴ Важные отличия между мыслителями совместимы с их членством в одном движении. См. *MacCormack G. Scandinavian Realism. The Juridical Review*, № 15, 1970, P.33, где утверждается, что скандинавские правовые реалисты могут справедливо называться одним направлением, несмотря на их значительные отличия друг от друга.

§ III.1.3. Взаимовлияние

Оба направления имели возможности воздействовать друг на друга, хотя у скандинавских реалистов было таких шансов меньше, чем у американских. Большинство работ Хэгерстрёма по философии права появилось до восхода американского правового реализма в начале 1930-ых, но они были не доступны для англоговорящего мира до 1953 года, когда вышел перевод работ Хэгерстрёма - намного позже заката американского правового реализма, следующего за Второй мировой войной. Первое издание главной работы Оливекроны «Право как факт» появилось в 1939 году, однако другие работы скандинавских правовых реалистов появились только после Второй мировой войны.

Что представители двух направлений думали друг о друге? Учитывая их ограниченное взаимодействие, неудивительно, что американские правовые реалисты показывали практически отсутствие какой-либо осведомленности о наличии скандинавского направления. Как отмечает Майкл Мартин¹⁹⁵, только Карл Ллевеллин высказывался о скандинавском правовом реализме, считая, что скандинавские реалисты проводили своего рода философское исследование природы права, а американские реалисты пытались создать правовую технологию. Несмотря на эту разницу, 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.¹⁹⁶

Однако скандинавские реалисты были хорошо осведомлены об американском правовом реализме и часто его комментировали.¹⁹⁷ Хотя некоторые упоминали американских правовых реалистов как своих предшественников, указанные выше отличия позволяют говорить об обманчивости утверждения. Другие осуждали американских реалистов за их неспособность показать бессмысленность метафизических допущений в праве.

¹⁹⁵ Майкл Мартин (Michael Martin, 03.02.1932 – 27.05.2015), американский философ.

Грегори Александер отмечает, что в силу огромной неосведомленности о скандинавском правовом реализме, Майкл Мартин был единственным американским ученым, сравнившим оба направления правового реализма в своей работе *Martin M. Legal realism: American and Scandinavian*. N.Y.: Peter Lang, 1997. Приводится по: *Alexander G. S. Comparing The Two Legal Realisms — American And Scandinavian, The American Journal of Comparative Law*, 2002, Vol. 50, № 1, P. 131.

Грегори Александер (Gregory S. Alexander), американский юрист, специалист в праве собственности и в теории права.

¹⁹⁶ *Twining W. Karl Llewellyn and the Realist Movement* [Norman: University of Oklahoma Press, 1973], 522 n.7. Приводится по: *Martin M. Legal realism: American and Scandinavian*. N.Y.: Peter Lang, 1997. P. 154-155.

¹⁹⁷ За исключением Хэгерстрёма. В «*Inquires into the Nature of Laws and Morals*» (ed. Karl Olivecrona, trans. C. D. Broad; Stockholm: Almqvist and Wiksell, 1953), он не обсуждает американский правовой реализм, хотя некоторые из его работ в этом издании появились в 1930-ые. В алфавитном указателе не указывается ни Холмс, ни Паунд, ни представители американского правового реализма.

Приводится по: *Martin M. Legal realism: American and Scandinavian*. N.Y.: Peter Lang, 1997. P. 155.

Для этих скандинавских реалистов критика традиционных концепций американскими реалистами кажется поверхностной.

§ III.2. Исторические предпосылки

§ III.2.1. Традиция общего права и американская правовая мысль

Типичный юрист семьи общего права всегда обладает тонким чувством того, как общие положения правовой доктрины будут применены в конкретном деле. Судебное разбирательство стоит впереди теории, не наоборот. Основатель прецедентного метода обучения студентов (*case method*) в конце XIX века, декан гарвардской школы права, Кристофер Коламбус Ленгдел (*Christopher Columbus Langdell*), создал методiku, с помощью которой юрист-прагматик поэтапно решает практические проблемы, пытаясь добиться разумных решений суда.¹⁹⁸ Такой подход американской юриспруденции отражает суть общего права, прагматичный характер которого проиллюстрирован ниже.

Важным моментом общего права был суд присяжных. Благодаря ему английская судебная система осталась сильно зависимой от неюристов в отличие от правовых систем континентальной Европы. Поздние Средние века и раннее Новое время являются главной точкой расхождения судеб западных правовых систем. Континентальные правовые системы развивались в сторону профессионализма, тогда как английская традиция наряду с профессионалами твердо опиралась на практику участия неюристов в процессе.¹⁹⁹ Стоит отметить, что британские юристы XVIII века были не профессионалами в континентальном значении слова, т.к. они получали образование не в университетах, а в специальных корпорациях адвокатов, «судебных иннах» (*Inns of Court*)²⁰⁰. Эта практика продолжалась до конца XIX века. Таким образом, между 1850-1950 гг. большинство английских юристов не обладало формальным университетским образованием.²⁰¹

Данный момент имел важные последствия, т.к. на континенте право не мыслилось без науки и университетски образованного юриста, жизнь права была скорее логикой, чем опытом. В Великобритании же право всегда было сферой судьи и адвоката, но мнение неюристов также принималось во внимание. Решения в общем праве были прагматичными решениями правовых проблем. Они были созданы для работы на практике, нежели для соответствия научным категориям.

¹⁹⁸ *Kronman A.* The Lost Lawyer: Falling Ideals of the Legal Profession, London, 1993, P.21.

¹⁹⁹ *Pihlajamäki H.* Against Metaphysics in Law: The Historical Background of American and Scandinavian Legal Realism Compared. *Am. J. of Comp. Law*, 2004, Vol. 52., № 2., P. 481.

²⁰⁰ Судебные инны в Лондоне до сих пор являются профессиональными объединениями барристеров в Англии и Уэльсе. Источник: <http://www.barcouncil.org.uk>.

²⁰¹ *Hoeflich M. H.* The Americanization of British Legal Education in the Nineteenth Century, *Journal of Legal History*, 1987, Vol. 8, № 3, P. 244-258.

В середине XIX века образование в судебных иннах стремительно стало сближаться с континентальным академическим. Однако сложность общего права отличалась от континентального тем, что выливалось в возрастающее количество прецедентов, которыми необходимо было оперировать правовым профессионалам. Это был тот вид сложности, который старался идти в ногу если не с обывательским пониманием жизни, то, по крайней мере, с решением правовых проблем относительно практического результата.

До какой степени американское право разделяет подобные характеристики? И почему именно оно, а не английское право, повернулось к правовому реализму в начале XX века? Американское право имеет тот же базовый принцип британского происхождения. Однако американское право начало развиваться в отличном направлении довольно рано. Влияние континентального права, среди прочих факторов, было существенным в послереволюционной американской юриспруденции (начиная с рубежа XVIII-XIX веков).²⁰²

Почему же американское право стало более «научным»? Лоуренс Фридман (Lawrence Friedman) объясняет успех Ленгделевского метода обучения - первого этапа научного права в Америке - тем решением, которое данный метод обеспечивал для понимания различного законодательства штатов.²⁰³ Более того, у Англии была возможность эффективного унифицирования права централизованной судебной системой, чего не было у Америки. США уже в 1840-х имело 25 правовых систем при меньшем, чем у Англии, населении. По этим причинам американское право сильнее нуждалось в систематизации и абстракции, нежели английское.²⁰⁴ Также необходимо отметить и другие факторы, способствующие развитию правового реализма в США: всеобъемлющая роль Верховного суда США в политической и социальной жизни страны; контраст между теоретическим и практическим аспектами конституционных принципов; множество политических интриг внутри судебной системы; и, что не менее значимо, Великая Депрессия, начавшаяся в 1929 году, ознаменовавшая крушение американской экономики после процветания 1920-ых годов.

Американский случай представляет собой уникальное сочетание прагматизма общего права и научной направленности континентального права, вдохновленного достижениями социальных наук. Схожее интеллектуальное смешение можно проследить и в истории скандинавского права.

²⁰² *Herget J. E.* The Influence of German Thought on American Jurisprudence, in the Reception of Continental Ideas in the Common Law World 1820-1920, ed. M. Reimann, 1993, P. 203-228.

²⁰³ *Friedman L. M.* A History of American Law, 2nd ed., N.Y., Oxford Univ. Press, 1985. P. 689.

²⁰⁴ *Goutal J. L.* Characteristics of Judicial Style in France, Britain and the U.S.A., *Am. J. Comp. L.*, 1976, Vol. 24, № 1, P. 68-69.

§ III.2.2. Скандинавское право для неюриста

Скандинавское право также традиционно подвержено влиянию неюристов. Шведскую судебную систему роднит с английской моделью (и тем самым отличает от континентальной) преобладающая роль неюристов в судебной структуре.

Профессионализация европейских судов шла рука об руку с рецепцией Римского права. В Швеции рецепция в основном происходила в XVII веке и ассоциировалась с образованием апелляционных судов и университетов.²⁰⁵ В отличие же от Франции и Германии, нижестоящие суды всегда оставались во власти неюристов. Главной формой участия неюристов со времени Средних веков был «*nämnd*» (группа местных жителей, которая могла коллективно голосовать вопреки мнению судьи по всем фактическим и правовым обстоятельствам дела). Более того, до XIX века не только обычные жители, но и местные судьи довольно часто были не обучены праву и имели мало правового опыта.²⁰⁶

Какие были основания для доминирования неюристов в Швеции? Одним из факторов была нищета государства. Средневековую Швецию, как и Швецию раннего Нового Времени, сложно было назвать одной из процветающих стран Европы.

Швеция также была страной слабого феодализма, управление страной было сконцентрировано в одном месте. Простая и централизованная судебная структура (сохранившаяся с XVII века) корреспондировала с простой административной структурой. Местные власти либо отсутствовали, либо были чрезвычайно бесправны. Для целей сравнения можно упомянуть, что в то же время в некоторых французских регионах было восемь судебных инстанций, включая феодальные и королевские суды.²⁰⁷

Апелляционные инстанции не были во власти местных жителей, но требовали огромного числа юристов. Швеция редко могла справиться с такой потребностью. Правовое обучение появилось в Швеции в XVII веке. Однако преобладание неюристов вело к относительно небольшому набору правовой литературы. Изменение в количественном аспекте пришло только в конце XIX века.

Шведское обучение раннего Нового Времени отражало идею права как прагматичной деятельности. Большинство произведений шведской правовой литературы XVII и XVIII веков было составлено как руководства для судей.

²⁰⁵ *Jägerskiöld S.* Roman Influence on Swedish Case Law in the 17th Century, *Scandinavian Studies in Law*, 1967, Vol. 11, P. 179-209.

²⁰⁶ *Blomstedt Y.* Laamannin Ja Kihlakunnantuomarinvirkojen Laanit- Taminen Ja Hoito Suomessa 1500- Ja 1600-Luvuilla (1523-1680): Oikeushal- Lintohistoriallinen Tutkimus, 1958.

Цит. по *Pihlajamäki H.* *Against Metaphysics in Law*. P. 485.

²⁰⁷ *Dawson J. P.* *A History of Lay Judges*, Cambridge, Harvard Univ. Press, 1960. P.82.

Право было «упаковано» в упрощенные формы, потому что в Швеции не хватало почвы для тщательного изучения права, как было на континенте. Правовая литература была направлена на читателей с неглубоким или вообще отсутствующим правовым образованием, которые не могли разобраться со сложными правовыми концепциями и доктринами.²⁰⁸ В этом заключалось важное отличие от континентальной Европы и сходство с системой общего права.

К концу XIX века разница между шведским и европейским правом уменьшилась, но изменения подобного рода занимают много времени. Прагматичные, политико-ориентированные решения, которые стимулировал правовой реализм, попали на плодородную почву в Швеции, где право никогда не теряла своей связи с жизнью обычных людей, где юристы-профессионалы никогда не монополизировали сферу своей деятельности, как это было в более южных областях Европы.

§ III.2.3. Прагматизм как историческая основа

Американские и скандинавские юристы имели разную историю. Но они разделяют общее понимание своей роли как посредника между правом и обычным человеком в суде, между правом и практическими проблемами общества. Американские и скандинавские юристы намного сильнее, чем их континентальные коллеги, разделяют общую предпосылку, что право существует в виде практического инструмента.

И американские, и скандинавские юристы были прагматиками благодаря традиции. Данная традиция восходит к Средним Векам, продолжалась на протяжении Нового Времени и дошла до XX века. Прагматичная традиция отражалась в роли правовой литературы и в том, как была сконструирована судебная система в обоих регионах. Таким образом, вследствие схожего понимания природы права, американские и скандинавские ученые сделали схожий выбор, когда пришло время внедрять прогрессивную идеологию в право.

В данном параграфе была произведена попытка показать общие исторические предпосылки для развития идей правового реализма именно в Америке и Скандинавии. Преобладающие ценности в обществе формируются на основе исторического процесса, схожесть которого в данных регионах воплотилась в оригинальных правовых идеях. Динамику исторической направленности государства и ценностей общества правовые реалисты включили в свою теорию, честно признав влияние обоих элементов на жизнь права.

²⁰⁸ Pihlajamäki H. Against Metaphysics in Law. P. 486.

Заключение

На основании изложенного в настоящей выпускной квалификационной работе можно сделать следующие основные выводы:

1. Представители скандинавского направления правового реализма, на первый взгляд, имеют мало общего с их американскими коллегами. В то время как американские правовые реалисты были сконцентрированы на практической стороне судебного процесса и поведения судей и других официальных лиц, скандинавские реалисты избрали более умозрительный философский подход, основным интересом которого было функционирование всей правовой системы и анализ правовых теорий. Тем не менее, разделяемый американскими и скандинавскими реалистами эмпирический подход, скептическое отношение к существующим в их время концепциям и взгляд на право как на социальный феномен позволяет объединить их под одним заголовком «правовой реализм».

2. Американский и скандинавский правовой реализм считали себя новой правовой теорией для новых времен, альтернативой вековым спорам между теорией естественного права и правовым позитивизмом. Правовые реалисты стремились создать новую правовую теорию для новой организации общества: государства всеобщего благосостояния (*welfare state*). Неслучайно одним из главных моментов критики правового реализма (и американского, и скандинавского) является обвинение в «правовом фасаде» общей программы социальной инженерии, проводившейся в Америке и Скандинавии в первой половине XX века (Новый Курс Рузвельта в США и программа Социальных демократических ценностей в Скандинавии).²⁰⁹

Например, Эдвин Паттерсон (*Edwin Wilhite Patterson*)²¹⁰ писал, что американский правовой реализм «был дитем периода между двумя мировыми войнами, когда скептицизм к традиции, реверанс наукам и вера в человеческую возможность сделать мир лучше путем исследований были предметом американского академического кредо».²¹¹ Турмен Арнольд (*Thurman Arnold*)²¹² высказался еще 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».²¹³ Однако каждое интеллектуальное движение является творением своего времени и места. Оценка значения «правового реализма» показала, что его отличительные черты

²⁰⁹ *Bjarup J. Legal Realism or Kelsen versus Hägerström, Rechtstheorie, 1986, Vol. 9, P. 256-257; 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.*

²¹⁰ Паттерсон Эдвин Видхит (1889–1965), американский юрист.

²¹¹ *Patterson E. W. Jurisprudence: Men and Ideas of the Law. Brooklyn, 1953. P. 556.*

²¹² Арнольд Турмен Уесли (02.06.1891–07.11.1969), американский адвокат, с 1943 по 1945 г. член Апелляционного суда округа Колумбия. Один из представителей американского правового реализма.

²¹³ *Arnold T. H. Judge Jerome Frank // The University of Chicago Law Review. 1957. Vol. 24, № 4. P. 633.*

имели универсальный характер и повлияли на дальнейшее развитие правовой науки.

3. Можно утверждать, что американские реалисты представили чрезвычайно полезную и успешную новаторскую идею включения методологии социальных наук в изучение права. Все последующие школы и движения правовой мысли США в значительной степени были одновременно и реакцией, и современной версией правового реализма.²¹⁴ Выражение, ставшее популярным в американской литературе, «мы все сейчас реалисты» (*we are all realists now*), более чем оправданно. Каждое современное направление в Америке в значительной мере опирается на метафору «балансирования различных интересов» реалистов, анализ политики, обоснование целей судебного процесса.

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

5. Скандинавские правовые реалисты, без сомнения, проделали кропотливую работу по разрушению мифа «теории воли» в праве и разоблачению метафизических основ правового позитивизма²¹⁵, по описанию соотношения права и морали как отдельных феноменов, а также своим анализом правовых концепций и языка, указав последователям традиционных правовых теорий на недостатки их позиций. Кроме того, им принадлежит заслуга в отстаивании научной юриспруденции, которая руководствуется эмпирическими, фактическими знаниями о функционировании системы норм в обществе в целях более глубокого осмысления «сущего», хоть мы и можем усомниться, могут ли методы физики или химии, которые они рекомендуют, быть успешно применены без изменения для изучения отличных по предмету психологических и социологических явлений.

6. Взгляды скандинавских правовых реалистов на право различны в отдельных аспектах (иногда довольно значительно), но ученые объединены общим желанием изгнать все метафизические элементы из права и подчеркиванием необходимости эмпирического подхода к юриспруденции через изучение фактов, полученных путем опыта и наблюдения.

²¹⁴ *Singer J. W. Legal Realism Now // California Law Review. 1988. Vol. 76, № 2. P. 503.*

²¹⁵ По мнению профессора Фридманна, главный вклад скандинавских правовых реалистов был в «стремлении обнаружить явных и скрытых правовых идеологий, помимо обычной критики естественно-правовых доктрин в позитивистских концепциях команды, суверена, прав и обязанностей». *Friedmann W. Legal Theory, 1960, P. 265.* Вольфганг Гастон Фридманн (Wolfgang Gaston Friedmann, 25.01.1907 – 20.09.1972), немецкий и американский правовед, специалист в области международного права.

Соответственно, они отрицают 1) естественное право как находящееся вне сферы науки и реальности; и 2) правовой позитивизм, который они считают пронизанным естественно-правовыми концепциями. Общепринятые идеи, воспринимаемые неотъемлемыми частями структуры права (law), такие как «права» (rights), «обязанности» и «обязывающая сила права (law)», для них не имеют фактических эквивалентов и существуют только в воображении, или в разряде суеверий. Скандинавские правовые реалисты ограничивают научное исследование только тем, что «есть», исключая то, что «должно быть», т.к. моральные оценки фактически не существуют, а имеют только персональное значение, которое не подходит для научного обоснования или подтверждения.²¹⁶

7. Критика скандинавскими правовыми реалистами нормативной концепции права, а также базовых идей прав и обязанностей, неубедительна. Даже если концепция норм права имеет метафизическую, или теоретическую, природу, она является социальной реальностью с огромной практической значимостью и не может быть исключена из юридического мышления. Нормы права рассматриваются неюристом как имеющие обязательную силу, и влияют на человеческое поведение. Довольно трудно представить действующий правопорядок без наличия обязательной нормы в концепции права.

Понимание скандинавскими реалистами прав и обязанностей было бы намного полезнее, если бы они не сконцентрировались только на демонстрации, что эти идеи не имеют фактических эквивалентов, а исследовали бы эмпирическими методами, как эти идеи действительно работают и какой цели они служат; и рассмотрели, существенно ухудшилось ли функционирование правового механизма, если бы эти идеи были выведены из права. Скандинавские правовые реалисты ушли настолько далеко в своих рассуждениях, что в попытке избежать мира со *слишком многими* сущностями, они предложили картину мира, в котором *слишком мало* сущностей.²¹⁷ Имеется масса терминов, которые невозможно отнести к простым физическим объектам (например, у категорий «стремление» или «число» также нет очевидного чувственно воспринимаемого объекта).

8. Одной из наименее обоснованных частей работы скандинавских правовых реалистов было их заявление, что правовая наука должна иметь дело только с фактами, полностью исключая ценности, такие как принцип справедливости и цели права. Ведь право чрезвычайно практическая и утилитарная наука, каждая норма права включает в себя оценочное суждение. Люди как существа всегда ищут цель: создавая право, судьи и законодатели преследуют некий идеал, замысел. Даже научное мышление, которым скандинавские правовые реалисты стремятся оперировать, использует оценки в

²¹⁶ Sherbaniuk D. J. Scandinavian Realism, Alta. L. Rev., 1962, Vol. 2., P. 58.

²¹⁷ Bix B.H. Ross and Olivecrona on Rights, Australian Journal of Legal Philosophy, 2009, Vol. 34, P. 117.

той или иной мере для выбора предметов исследования и наблюдения. Представляется, что совершенная философия права должно состоять не только из фактического знания, но и концепции целей права. Психология и социология не может заменить этику и мораль в юриспруденции, к чему стремились скандинавские реалисты. Как профессор Кэмпбелл²¹⁸ точно отметил: «Мы не можем изучать никакую практическую науку исключительно на основе эмпирического знания, что А ведет к X, а Б ведет к Y. Мы должны, если не хотим попасть в хаотичный вихрь, выбрать, хотим ли мы достичь X или Y; мы должны решить, что для нас будет лучшей целью; мы должны иметь оценочные суждения. Даже если наши оценки не «реальны» в том смысле, в каком «реальны» факты, они все равно необходимы для наших мыслей и последующих практических действий; на выборе между ними будут основаны фактические последствия наших действий.»²¹⁹

9. Идеи правового реализма актуальны и в наше время, особенно для России, так как российское общество только формирует свои юридические традиции и мировоззрение.²²⁰ Для создания в России правового государства, которое будет обеспечивать универсальные юридические принципы, необходимо учитывать юридический опыт развитых стран, изучать фундаментальные идеи мировых теоретиков и практиков права. Данная работа является необходимой основой для оценки применимости идей правовых реалистов к историческому развитию права России и современного его состояния.

²¹⁸ Арчибальд Хантер Кемпбелл (Archibald Hunter Campbell, 21.05.1902 – 08.06.1989), британский юрист, специализировался в области публичного права.

²¹⁹ *Campbell A. H.* Book Review: *Legal Thinking Revised*, Mod. L. Rev., 1954., Vol. 17., P. 178.

²²⁰ *Гревцов Ю. И., Козлихин И. Ю.* Энциклопедия права : учебное пособие. СПб. : Издательский Дом С.-Петерб. гос. ун-та, Издательство юридического факультета СПбГУ, 2008. С. 147.

Приложения

Приложение 1.1. Эволюция списка правовых реалистов

«Следующий шаг» ¹ (1930)	КНЛ к РП ² 3/17/31	КНЛ/ДФ записка ³ 3/27/31	КНЛ к РП ⁴ 4/6/31	«Немного Реализма» ⁵ 6/31
Мур	Мур Фрэнк Олифант	Мур Фрэнк Олифант	Мур Фрэнк Олифант	Мур Фрэнк Олифант
Клаус	Клаус Кук	Клаус Кук	Клаус Кук	Клаус Кук
Грин Интема Кларк	Грин Интема Кларк Радин	Грин Интема Кларк Радин	Грин Интема Кларк Радин	Грин Интема Кларк Радин
	Ллевелин Корбин Старджс	Ллевелин Корбин Старджс	Ллевелин Корбин Старджс	Ллевелин Корбин Старджс
Дуглас	Дуглас	Дуглас Арнольд Бингхэм Хатчесон Хэмилтон Паттерсон Тулин	Дуглас Арнольд Бингхэм Хатчесон Хэмилтон Паттерсон Тулин Френцис Т.Р. Пауэлл Лоренцен	Дуглас Бингхэм Хатчесон Паттерсон Тулин Френцис Т.Р. Пауэлл Лоренцен
Франкфуртер Хэндлер Лэндис Брандаус Эрлих Ламберт Хейдеман Нусбаум Молей Ишизаки			Франкфуртер Хэндлер Лэндис	
			Ханна Морган Кид Смит МакМаррей МакКормик Миллер Сандерлэнд Р.Р. Пауэлл Берле Глюек Ворнер Богерт Дарфи Бонбрайт Хатчинс Хэйл Тернер(Стеффинс) Болен	

Примечание:

1. Карл Ллевеллин в статье «Реалистическая юриспруденция – следующий шаг», 1930 г.
2. Письмо Карла Ллевеллина к Роско Паунду 17 марта 1931 г.
3. Список Карла Ллевеллина и Джерома Фрэнка от 27 марта 1931 г.
4. Письмо Карла Ллевеллина к Роско Паунду 6 апреля 1931 г.
5. Карл Ллевеллин в статье «Немного реализма о реализма: возражая декану Паунду », 1930 г.

Приложение 1.2. Эволюция списка правовых реалистов (на англ.)

«Следующий шаг» ¹ (1930)	КНЛ к РП ² 3/17/31	КНЛ/ДФ записка ³ 3/27/31	КНЛ к РП ⁴ 4/6/31	«Немного Реализма» ⁵ 6/31
Moore	Moore Frank Oliphant	Moore Frank Oliphant	Moore Frank Oliphant	Moore Frank Oliphant
Klaus	Klaus Cook	Klaus Cook	Klaus Cook	Klaus Cook
Green	Green	Green	Green	Green
Yntema	Yntema	Yntema	Yntema	Yntema
Clark	Clark Radin	Clark Radin	Clark Radin	Clark Radin
	Llewellyn Corbin Sturges	Llewellyn Corbin Sturges	Llewellyn Corbin Sturges	Llewellyn Corbin Sturges
Douglas	Douglas	Douglas Arnold Bingham Hutcheson Hamilton Patterson Tulin	Douglas Arnold Bingham Hutcheson Hamilton Patterson Tulin Francis T. R. Powell Lorenzen	Douglas Bingham Hutcheson Patterson Tulin Francis T. R. Powell Lorenzen
Frankfurter Handler Landis Brandeis Ehrlich Lambert Hedeman Nussbaum Moley Ishizaki			Frankfurter Handler Landis Hanna Morgan Kidd Smith McMurray McCormick Miller Sunderland R.R. Powell Berle Glueck Warner Bogert Durfee Bonbright Hutchins Hale Turner (Steffins) Bohlen	

Примечание:

1. Карл Ллевеллин в статье «Реалистическая юриспруденция – следующий шаг», 1930 г.
2. Письмо Карла Ллевеллина к Роско Паунду 17 марта 1931 г.
3. Список Карла Ллевеллина и Джерома Фрэнка от 27 марта 1931 г.
4. Письмо Карла Ллевеллина к Роско Паунду 6 апреля 1931 г.
5. Карл Ллевеллин в статье «Немного реализма о реализма: возражая декану Паунду », 1930 г.

Приложение 2. Список правовых реалистов от 6 апреля 1931 г.¹

- «Наше мнение насчет перечня реалистов, которые могут занимать радикальные позиции по тому или иному вопросу»:

[Валтер В.] Кук	[Walter W.] Cook
[Джозеф В.] Бингхэм	[Joseph W.] Bingham
[Джером] Фрэнк	[Jerome] Frank
[Андерхил] Мур	[Underhill] Moore
[Герман] Олифант	[Herman] Oliphant
[Самуэль] Клаус	[Samuel] Klaus
[Весли] Стардж	[Wesley] Sturges
[Джозеф К.] Хатчесон	[Joseph C.] Hutcheson
[Джон] Ханна (возможно)	[John] Hanna (perhaps)

- «Наше мнение насчет перечня реалистов, которые имеют менее радикальные взгляды»:

[Артур Л.] Корбин	[Arthur L.] Corbin
[Макс] Радин	[Max] Radin
Вальтон Хэмилтон	Walton Hamilton
[Адольф А.] Берле	[Adolf A.] Berle
[Эрнест] Лоренцен	[Ernest] Lorenzen
[Чарльз Е.] Кларк	[Charles] E. Clark
[Карл Н.] Ллевеллин	[Karl N.] Llewellyn
Леон Грин	Leon Green
[Эдвин В.] Паттерсон	[Edwin W.] Patterson
[Хессел Е.] Интема	[Hessel E.] Yntema
[Томас Рид] Пауелл	[Thomas Reed] Powell
[Йанг Б.] Смит	[Young B.] Smith
[Александр Марсден] Кидд	[Alexander Marsden] Kidd
[Мильтон] Хэндлер	[Milton] Handler
[Леон А.] Тулин	[Leon A.] Tulin
[Роберт Майнард] Хатчинс	[Robert Maynard] Hutchins
[Турмен] Арнольд	[Thurman] Arnold
[Уильям О.] Дуглас	[William O.] Douglas
[Джозеф] Френцис	[Joseph] Francis
[Джеймс К.] Бонбрайт	[James C.] Bonbright

- «Наше мнение насчет перечня реалистов в части своих работ (примеры)»:

[Феликс] Франкфуртер	[Felix] Frankfurter
[Джеймс М.] Лэндис	[James M.] Landis
[Эдмунд М.] Морган	[Edmund M.] Morgan
[Эдгар Нобль] Дарфее	[Edgar Noble] Durfee
[Джордж Г.] Богерт	[George G.] Bogert
[Сэм Бэс] Ворнер	[Sam Bass] Warner
[Шелдон] Глюк	Sheldon Glueck
[Ричард Р.] Пауэлл	[Richard R.] Powell
[Эдсон Рид] Сандерленд	[Edson Read] Sunderland
Джастин Миллер	Justin Miller
[Чарльз Т.] МакКормик	[Charles T.] McCormick
[Роберт Ли] Хейл	[Robert Lee] Hale
[Роско Б.] Тернер (Стеффинс)	[Roscoe B.] Turner (Steffins)
[Орин Кип] МакМуррей	[Orin Kip] McMurray
[Френцис] Болен	[Francis] Bohlen

¹ Список, который Ллевеллин послал Паунду 6 апреля 1931 г. Приводится по : 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. 968.

Приложение 3. Общие положения правовых реалистов¹

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; оно требует, чтобы всякая его составная часть изучалась под углом зрения своей направленности и оценивалась с учетом того, как средство и цель соотносятся друг с другом.

3. Представление об обществе как о подвижном явлении, причем способном к движению с большей скоростью, чем право, что требует постоянного пересмотра отдельных составных частей права с тем, чтобы определять, до какой степени они отвечают обществу, которому призваны служить.

4. *Временное* отграничение *сущего* от *должного* в исследовательских целях. Я имею в виду, что при проверке обжалуемого судебного решения всегда необходимо установить цели, ради которых осуществляется проверка, однако в ходе самой проверки его содержания (то есть *сущего*) изложение, описание, выявление взаимосвязи между описываемыми обстоятельствами должны в *максимально возможной степени* оставаться незатронутыми пристрастиями проверяющего или тем, что он считает этически должным. В частности, при изучении судебной практики от исследователя требуются некоторые усилия с тем, чтобы отвлечься от вопроса о том, какой ей следует быть. Подобное отграничение *сущего* от *должного* не может, разумеется, быть постоянным. Для проверяющего, который начинает работу по проверке с подозрения о необходимости изменения проверяемого решения, постоянный отрыв первого от второго вообще невозможен. Речь идет всего лишь о том, что ни одно судебное решение по поводу того, что должно сделать в будущем с той или иной правовой нормой, не может быть разумно поставлено без объективного и возможно более широкого представления о том, как эта норма действует в настоящем. Реалисты, например, полагают, что практика полна примерами того, как воздействие «очков должного» *в ходе исследования фактов* затрудняет способность увидеть то, что в действительности произошло. Со стороны *Должного* это означает, что в оценках следует исходить из информированности, а не из домыслов. Но то, что это означает со стороны *Сущего*, можно установить, лишь следуя объективным работам реалистов, касающихся торгового права и торговой практики, в которых выдвинутые ими социальные критерии отвергают многие из общепризнанных основ существующего экономического порядка. (См., напр., работы Хэндлера по торговым маркам и рекламному делу ; Клауса о маркетинге и банковскому делу ; Ллевеллина о торговой продаже ; Паттерсона о переходе риска.)

5. Недоверие к традиционным правовым нормам и воззрениям в той части, в которой они нацелены *на описание* того, чем занимаются суды или лица. Именно из такого описания следует понимание норм права как некоего «обобщенного предвидения позиции, которую займет суд». До сих пор представление о нормах как о предписаниях

¹ Общие положения правовых реалистов, выделенные Карлом Ллевеллином в статье «Немного реализма о реализма» (1931 г.). Перевод с английского проф. В. В. Безбаха. Источник: Антология мировой правовой мысли. В 5 т. Том III. Европа. Америка : XVII – XX вв. ; М., 1999. С. 690 – 692.

Приложение 3. Общие положения правовых реалистов

[продолжение]

того, *что* следует делать, гораздо более распространено, чем взгляд на нормы как на правила, относящиеся к тому, *как* делать (практическому поведению).

6. Рука об руку с недоверием к традиционным правовым нормам (их описательной стороне) идет недоверие к взгляду на традиционные нормы-предписания, нормы-формулировки как на весьма действенный фактор в принятии судебных решений. Такой взгляд подталкивает к принятию теории рационализации, благодаря тому свету, который она может пролить на изучение судебных мнений. Следует отметить, что термин «недоверие», употребленный в настоящем и предыдущем пункте, совершенно не тождествен термину «отрицание» в каком бы то ни было аспекте.

7. Убеждение в том, что целесообразно подразделять казусы и правовые ситуации на более узкие категории, чем это было принято в прошлом. Это связано с недоверием к просто выраженным правилам, которые нередко применяются к неодинаковым и непростым фактическим обстоятельствам (неодинаковость проявляется частично в содержании самих дел и частично в суждениях тех, кто проверяет судебные решения в апелляционном порядке под углом зрения того, какими им следовало быть, в то время как реалист стремится ясно указать, какой именно критерий он применяет к каждому конкретному случаю).

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 здесь перечисленных пунктов. Ведь ни одна из перечисленных в этом списке идей сама по себе не нова. Любая из них может быть обнаружена в имеющихся работах, в том числе ортодоксальных. Новые повороты таких идей, новые их комбинации, конечно, встречаются здесь, но действительно новым и действительно жизненно важным является здесь то, что самому широкому кругу исследователей предлагается вернуться к идеям, однажды высказанным и оставленным, однажды короткое время использованным и брошенным, время от времени подхватываемым и затем вновь оставляемым. Вернуться к таким идеям, сгруппировать их и *постоянно, настойчиво и упорно* осуществлять их на практике. Очевидно, что та или иная идея либо точка зрения всегда нам знакома, – не знакомо нам постоянное неуклонное и систематическое воплощение такой идеи. Не метод проб и ошибок, не надежда на озарение, которое приходит и забывается, но настойчивые усилия по полному осуществлению однажды пришедшего озарения, проверка найденных благодаря ему решений при помощи самого главного теста по имени факт.

Первый, второй, третий и пятый из вышеперечисленных пунктов, хотя и являются общими для авторов, принадлежащих в новому движению, тем не менее не специфичны для них. Однако прочие пункты (4, 6, 7, 8 и 9) представляются мне характерными чертами движения. Авторов трудов, отвечающим этим чертам, я считаю «реалистами», независимо от того, кем они сами себя считают.

Приложение 4.

Сравнение Гранд-стиля и Формального стиля как теоретических моделей

	Гранд-стиль	Формальный стиль
<i>Модель правовой нормы</i>	Чтобы получить результат Z или из-за причин Z, или для возмещения ущерба от Z. ↓ если X, то Y	если X, то Y
<i>Принцип</i>	Общее положение, заключенное в политике; Его функция направлять, но не контролировать толкование	Правило общего рода, которое может быть использовано как исходное условие силлогизма
<i>Проблема права</i>	Рамки X неопределенны	Границы нормы ясны, но её применение неопределенно
<i>Представление суда о своей роли</i>	1.) Решать сомнения в соответствии с мудростью, справедливостью и «чувством ситуации» в рамках свободы действия суда, согласовываясь с властными источниками 2.) Создать руководство к действию для будущих решений	Отыскать и декларировать норму, применяемую к фактам конкретного дела
<i>Источники, которые могут быть включены в обоснование решения</i>	1.) Властные источники, такие как статуты и прецеденты. 2.) Принцип (см. выше) 3.) Политика, чувство ситуации, «причина». 4.) Данные социальных исследований	1.) Властные источники, такие как статуты и прецеденты. 2.) Принцип (см. выше) 3.) «Логика»?
<i>Типичные методы толкования</i>	1.) Функциональное толкование (статутов) 2.) Толкование предыдущих дел с учетом чувства ситуации и обоснования политики	1.) Буквальное толкование (статутов) 2.) «Простое цитирование»; догматическое следование <i>ratio decidendi</i> , зависимость от слов суда в предыдущем деле
<i>Эстетика</i>	Функциональная красота (соответствие цели)	<i>Elegantia juris</i> - «юридическая тонкость»
<i>Другие черты</i>	Например: 1.) <i>cessante ratione, cessat ipsa lex</i> – когда нет причины для закона, тогда нет и самого закона 2.) Открытое признание правотворческой функции, хотя и промежуточной	Например: 1.) Фраза судьи: «с сожалением, я вынужден заключить, что...» 2.) Фраза «это суд права, а не морали» 3.) Деклараторная теория судебной функции

Библиографический список

Книги:

1. Антология мировой правовой мысли. В 5 т. Том III. Европа. Америка : XVII – XX вв. / Нац. обществ.-науч. фонд ; Руководитель науч. проекта Г. Ю. Семигин. – М. : Мысль, 1999. – 829 с.
2. Барак, А. Судейское усмотрение / А. Барак. – пер. с англ. – М. : «Норма», 1999. – 376 с.
3. Бернам, У. Правовая система США / У. Бернам. – пер. с англ. – 3-й вып. – М. : «Новая Юстиция», 2007. - 1216 с.
4. Вильсон, В. Государство : прошлое и настоящее конституционных учреждений / В. Вильсон. – пер. под ред. А. С. Яценко. – М. : Издательство В. М. Саблина, 1905. – 798 стр.
5. Гревцов, Ю. И. Энциклопедия права : учебное пособие / Ю. И. Гревцов, И. Ю. Козлихин. – СПб. : Издательский Дом С.-Петербур. гос. ун-та, Издательство юридического факультета СПбГУ, 2008. – 772 с.
6. Давид, Р. Основные правовые системы современности / Р. Давид. – пер. с фр. проф. В. А. Туманова. – М. : Прогресс, 1988. – 496 с.
7. Егоров, С. А. Современная наука конституционного права США / С. А. Егоров. – М. : «Наука», 1987. – 191 с.
8. Козлихин, И. Ю. История политических и правовых учений : учебник / И. Ю. Козлихин, А. В. Поляков, Е. В. Тимошина. – СПб. : Издательский Дом С.-Петербур. гос. ун-та, Издательство юридического факультета СПбГУ, 2007. – 855 с.
9. Козлихин И.Ю. Позитивизм и естественное право // И. Ю. Козлихин. – Избранные труды. СПб., 2012. – 585 с.
10. Мачин, И. Ф. История политических и правовых учений : учебное пособие / И. Ф. Мачин. – М. : Юрайт, 2011. – 412 с.
11. Против философствующих оруженосцев американо-английского империализма : очерки критики современной американо-английской буржуазной философии и социологии / Академия наук СССР. Институт философии. – отв. ред. Т. И. Ойзерман и П. С. Трофимов. – М. : Изд-во АН СССР, 1951. – 335 с.
12. Поляков А. В., Тимошина Е. В. Общая теория права: учебник / СПб.: Изд-во юрид. ф-та СПбГУ, 2005. – 472 с.
13. Туманов, В. А. Буржуазная правовая идеология : к критике учений о праве / В. А. Туманов. – М. : «Наука», 1971. – 374 с.
14. Bix, B. Jurisprudence: Theory and Context / B. Bix. - 2nd ed. - London: Sweet & Maxwell, 1999. – 274 p.

15. 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.
16. Cardozo, B. N. The Growth of the Law / B. N. Cardozo. – New Haven : Yale University Press, 1924. – 145 p.
17. Cardozo, B. N. The Paradoxes of Legal Science / B. N. Cardozo. – N. Y. : Columbia University Press, 1928. – 142 p.
18. Cardozo, B. N. The Nature of the Judicial Process / B. N. Cardozo. – New Haven : Yale University Press, 1946. – 180 p.
19. Cardozo, B. N. Selected Writings : Jurisprudence / B. N. Cardozo, M. E. Hall . – N. Y. : Fallon Publications, 1947. – 456 p.
20. Castberg, F. Problems of Legal Philosophy / F. Castberg. – 2nd ed. – Oslo : Oslo University Press, 1957. – 120 p.
21. Cohen, F. S. Ethical Systems and Legal Ideals: An Essay in the Foundations of Legal Criticism / F. S. Cohen. – Ithaca, N.Y. : Great Seal Books, 1959. – 303 p.
22. Dawson, J. P. A History of Lay Judges / J. P. Dawson. - Cambridge: Harvard University Press, 1960. - 310 p.
23. Duxbury, N. Patterns of American Jurisprudence / N. Duxbury. – Oxford : Clarendon Press, 1997. – 520 p.
24. Dworkin, R. M. Law's Empire / R. M. Dworkin. - Cambridge: Harvard University Press, 1986. - 470 p.
25. 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.
26. Frank, J. Law and the Modern Mind / J. Frank. – 6th ed. – Garden City, N. Y. : Doubleday & Co., 1963. – 404 p.
27. Freeman, M. D. A. Lloyd's Introduction to Jurisprudence / M. D. A. Freeman. - 5th ed. - London: Stevens, 1985. - 1257 p.
28. Friedman, L. M. A History of American Law / L. M. Friedman. – 2nd ed. – N. Y. : Simon & Schuster, 1985. – 781 p.
29. Friedmann, W. Legal Theory / W. Friedmann. – 3rd ed. – London : Stevens, 1953. – 520 p.
30. Friedmann, W. Legal Theory / W. Friedmann. – 4th ed. – London : Stevens, 1960. – 564 p.
31. Fuller, L. L. The Law in Quest of Itself / L. L. Fuller. – Chicago, The Foundation Press, 1940. – 147 p.
32. Garland, E. N. Legal Realism and Justice / E. N. Garland . – N. Y. : Columbia University Press, 1941. – 161 p.
33. Gray, J. C. The Nature and Sources of the Law / J. C. Gray. – N. Y. : The Columbia University Press, 1909. – 332 p.

34. Goldschmidt, L. Kritik des Entwurfs eines Handelsgesetzbuchs für die Preussischen Staaten / L. Goldschmidt. – Heidelberg : Bangel und Schmitt, 1857. – 76 p.
35. Hart, H.L.A. Essays in Jurisprudence and Philosophy / H.L.A Hart. - Oxford: Clarendon Press ; New York : Oxford University Press, 1983. - 396 p.
36. Hägerström, A. Die Philosophie der Gegenwart in Selbstdarstellungen / A. Hägerström. – bd.VII, Leipzig: Meiner, 1929. – 248 p.
37. Hägerström, A. Inquiries into the Nature of Law and Morals / A. Hägerström. – ed. Olivecrona, trans. by C.D. Broad. – Stockholm, Almqvist & Wiksell, 1953. – 377 p.
38. Holmes, O. W. The Common Law / O. W. Holmes. – Boston : Little, Brown, and Co., 1881. – 422 p.
39. Holmes, O. W. Collected Legal Papers / O. W. Holmes. – N. Y. : Harcourt, Brace and Howe, 1920. – 316 p.
40. James, W. Pragmatism / W. James. – Cambridge : Harvard University Press, 1975. – 316 p.
41. Jhering von, R. Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. T. 3 Die juristische Kunst. Die Rechte / R. von Jhering. – Leipzig : Breitkopf and Härtel, 1923.
42. Kelly, J. M. A Short History of Western Legal Theory / J. M. Kelly. – Oxford : Clarendon Press, 1994. – 466 p.
43. Kronman, A. The Lost Lawyer: Falling Ideals of the Legal Profession / A. Kronman. - London : Belknap Press of Harvard University Press, 1993. - 425 p.
44. Llewellyn, K. N. Präjudizienrecht und Rechtsprechung in Amerika : eine Spruchauswahl mit Besprechung / K. N. Llewellyn. – Leipzig : Weicher, 1933. – 360 p.
45. Llewellyn, K. N. The Common Law Tradition : Deciding Appeals / K. N. Llewellyn. – Boston ; Toronto : Little, Brown, 1960. – 565 p.
46. Llewellyn, K. N. Jurisprudence : Realism in Theory and Practice / K. N. Llewellyn. – Chicago: University of Chicago Press, 1962. – 531 p.
47. Llewellyn, K. N. The Bramble Bush : On Our Land and Its Study / K. N. Llewellyn. – Dobbs Ferry, N. Y : Oceana Publications, 1977. – 160 p.
48. Lloyd, D. Introduction to Jurisprudence / D. Lloyd. - London, Stevens, 1959. – 482 p.
49. Lundstedt, V. A. Legal Thinking Revised: My Views on Law / V. A. Lundstedt. - Stockholm: Almqvist & Wiksell, 1956. - 420 p.
50. Martin, M. Legal realism: American and Scandinavian / M. Martin. – N.Y.: Peter Lang, 1997. – 242 p.
51. McCoubrey, H. Textbook on Jurisprudence / H. McCoubrey, N. D. White. - 3rd ed. - London: Blackstone Press, 1999. - 335 p.

52. Mindus, P. *A real mind : the life and work of Axel Hägerström* / P. Mindus. – Dordrecht ; New York : Springer, 2009. – 271 p.
53. Olivecrona, K. *Law as Fact* / K. Olivecrona. - 2nd ed. - London: Stevens, 1971. - 320 p.
54. Olivecrona, K. *Rätt och dom [Legal Right and Judgement]* / K. Olivecrona. - Stockholm : Norstedt, 1960. - 410 p.
55. Patterson, E. W. *Jurisprudence : Men and Ideas of the Law* / E. W. Patterson. – Brooklyn : Foundation Press, 1953. – 649 p.
56. Pound, R. *The Spirit of the Common Law* / R. Pound. – Francestown, New Hampshire : Marshall Jones Company, 1921. – 224 p.
57. Pound, R. *Interpretations of Legal History*/ R. Pound. – N. Y. : The Macmillan Company, 1923. – 171p.
58. Pound, R. *An Introduction to the Philosophy of Law* / R. Pound. – New Haven: Yale University Press, 1954. – 201 p.
59. Pound, R. *Jurisprudence* / R. Pound. – St. Paul, Minnesota : Western Publishing Co., 1959. – Vol. 1-5.
60. Pound, R. *The Ideal Element in Law* / R. Pound. – Indianapolis : Liberty Fund, 2002. – 326 p.
61. Radcliffe, C. J. *The Law & Its Compass* / C. J. Radcliffe. – Evanstone : Northwestern University Press, 1960. – 99 p.
62. Robinson, J. H. *The Mind in the Making* / J. H. Robinson. – N. Y. : Harper & brothers, 1921. – 235 p.
63. Rodell, F. *Woe Unto You, Lawyers!* / F. Rodell. – 2nd ed. – N. Y. : Pageant Press, 1957. – 184 p.
64. Ross, A. *Directives and Norms* / A. Ross. - London: Routledge & K. Paul, 1968. - 188 p.
65. Ross, A. *On Law and Justice* / A. Ross. – London: Stevens, 1958. – 383 p.
66. Ross, A. *On Law and Justice* / A. Ross. - Berkeley: University of California Press, 1959. - 383 p.
67. Ross, A. *Towards a Realistic Jurisprudence: A Criticism of the Dualism in Law* / A. Ross. - Copenhagen: E. Munksgaard, 1946. - 304 p.
68. Rumble, W. E. *American legal realism : skepticism, reform, and the judicial process* / W. E. Rumble. – Ithaca, N. Y. : Cornell University Press, 1968. – 245 p.
69. Russell, B. *Wisdom of the West : A Historical Survey of Western Philosophy in Its Social and Political Setting* / B. Russell. – Garden City, N. Y. : Doubleday, 1959. – 320 p.
70. *The New Columbia Encyclopedia* / ed. William H. Harris and Judith S. Levey. – N.Y.: Columbia University Press, 1975. – 3052 p.
71. Twining, W. *Karl Llewellyn and the Realist Movement* / W. Twining. – 2nd ed. – Cambridge : Cambridge University Press, 2012. – 632 p.

72. White, M. G. Social Thought in America ; The Revolt against Formalism / M. G. White. – Boston : Beacon Press, 1957. – 301 p.

Авторефераты диссертаций:

1. Архипов, В. В. Концепция права Лона Л. Фуллера : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / В. В. Архипов. – СПб., 2009. – 35 с.
2. Краевский А. А. Чистое учение о праве Ганса Кельзена и современный юридический позитивизм: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / А. А. Краевский. – М., 2014. - 30 с.
3. Сызранцев, Д. Г. Прагматизм в праве (метод Роско Паунда) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Д. Г. Сызранцев. – СПб., 2002. – 22 с.
4. Тонков, Е. Н. Английская доктрина толкования закона: история и современность: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Е. Н. Тонков. – М., 2013. – 23 с.

Статьи:

1. Адыгезалова, Г. Э. Карл Никерсон Ллевеллин / Г. Э. Адыгезалова // Правоведение : науч.- теор. журнал. – 2009. - № 2. – С. 182 – 192.
2. Антонов, М. В. Скандинавская школа правового реализма / М. В. Антонов // Российский ежегодник теории права: №1, 2008. – 2009. – С. 645 – 668.
3. Байниязов, Р. С. Правовой реализм и правовая политика / Р. С. Байниязов // Правовая политика и правовая жизнь : акад. и вуз. юридич. науч. журнал. – 2001. - № 2. – С. 27 – 34.
4. Васильева Н. С., Тимошина Е. В. Общая теория судебного метода Альфа Росса / Н. С. Васильева, Е. В. Тимошина // Парадигмы юридической герменевтики / под общ. ред. Е. Н. Тонкова, И. Л. Честнова. – Глава 14. – СПб.: Алетейя, 2017. – С. 284 – 309.
5. Копоть, В. О. // Концепции современного правопонимания : Материалы «круглого стола». Санкт – Петербург, 21 декабря 2004 года. – 2005. – С. 130 – 133.
6. Краевский А. А. Чистое учение о праве и современный юридический позитивизм // Правоведение. - С.-Пб.: Изд-во С.-Петербург. ун-та, 2015. – № 2. - С. 88-125.
7. Краевский А. А., Тимошина Е. В. Проблема самореференции в праве: к истории дискуссии // Правоведение. – 2012. – № 3. – С. 35–43.
8. Ллевеллин, К. Н. Извлечения из трудов К. Н. Ллевеллина // Правоведение : науч.- теор. журнал. – 2009. - № 2. – пер. с англ. Г. Э. Адыгезаловой – С. 192 – 207.
9. Ллевеллин К. Н. Реалистическая юриспруденция - следующий шаг // Правоведение/ пер. с англ. Д. Е. Тонкова. – С.-Пб.: Изд-во С.-Петербург. ун-та. – 2015. – № 4. - С. 154-191.

10. Оливекрона К. Возможно ли социологическое объяснение права? / перев. с англ. А. А. Краевского // Российский ежегодник теории права. – № 4. – 2011. СПб., 2012. – С. 387–417.
11. Оливекрона, К. Право как факт / пер. Е. Ю. Таранченко ; науч. ред. пер. А. В. Поляков, М. В. Антонов // Российский ежегодник теории права. – 2008. – № 1. - СПб. : ООО " Университетский издательский консорциум "Юридическая книга", 2009. - С. 669 - 752.
12. Росс А. Валидность и конфликт между правовым позитивизмом и естественным правом // Российский ежегодник теории права / пер. с англ. М. В. Антонова. – № 2. – 2009. - С.-Пб.: Издат. Дом СПбГУ, 2011. - С. 458-473.
13. Росс А. О самореференции и загадке конституционного права / пер. с англ. А. А Краевского // Правоведение. – 2012. № 3. – С. 53–73.
14. Рудоквас А. Д., Тимошина Е. В. Лев Петражицкий и современный правовой плюрализм // Российский ежегодник теории права.– № 3. – 2010 / Под ред. д-ра юрид. наук А.В. Полякова. СПб, 2011. – С. 825 - 841.
15. Тимошина Е. В., Краевский А. А., Салмин Д. Н. Методология судебного толкования: инструменты взвешивания в ситуации конкуренции прав человека // Вестник Санкт-Петербургского университета. – Серия 14: Право. – 2015. – Вып. 3.– С. 4 – 34.
16. Тонков Д. Е. Американский правовой реализм: правовая определенность с позиции нормоскептиков // Правоведение. - С.-Пб.: Изд-во С.-Петербург. ун-та. – 2015. – № 4. - С. 137–153.
17. Фиттипальди Э. Наука на службе у принципа законности: критическая защита концепции юридической догматики Льва Петражицкого / перев. с англ. Е. В. Тимошиной, Д. Е. Тонкова, А. А. Краевского // Правоведение. – 2013. – № 5. – С. 48–76.
18. Alexander, G. S. Comparing the Two Legal Realisms – American and Scandinavian / G. S. Alexander // The American Journal of Comparative Law. – American Society of Comparative Law. – 2002. – Vol. 50. - № 1. – P. 131 – 174.
19. Arnholm, C. J. Olivecrona on Legal Rights: Reflections on the Concept of Rights / C. J. Arnholm // Scandinavian studies in law - 1962 - Vol. 6 - P. 11-31.
20. Arnold, T. H. Judge Jerome Frank / T. H. Arnold // The University of Chicago Law Review. – 1957. – Vol. 24. - № 4. – P. 633 – 642.
21. Baird, D. G. Llewellyn’s Heirs / D. G. Baird // Louisiana Law Review. – 2002. – Vol. 62. – № 4. – P. 1287 – 1297.
22. Barzun, C. L. Jerome Frank and the Modern Mind / C. L. Barzun // Buffalo Law Review. – 2010. – Vol. 58. – № 2. – P. 1127 – 1174.
23. Bix, B. H. Legal Philosophy in America / B. H. Bix // The Oxford Handbook of American Philosophy. – 2008. – Ch. 24. – P. 551 – 578.

24. Bix, B. H. *Ross and Olivecrona on Rights* / B.H. Bix // *Australian Journal of Legal Philosophy* - 2009 - Vol. 34 - P. 103 - 119.
25. Bjarup, J. *Epistemology and Law According to Axel Hägerström* / J. Bjarup // *Stockholm Institute for Scandinavian Law. – Scandinavian Studies in Law. – 1985. – Vol. 29. – P. 11 – 47.*
26. Bjarup, J. *Ought and Reality: Hägerström's Inaugural Lecture Re-considered* / J. Bjarup // *Stockholm Institute for Scandinavian Law. – Scandinavian Studies in Law. – 2000. – Vol. 40. – P. 11 – 72.*
27. Bjarup, J. *Legal Realism or Kelsen versus Hägerström* / J. Bjarup // *Rechtstheorie. – 1986. – Vol. 9. – P. 247 – 251.*
28. Bjarup, J. *The Philosophy of Scandinavian Legal Realism* / J. Bjarup // *Ratio Juris* - 2005 - Vol. 18. - № 1. – P. 1 – 15.
29. Breen, J. M. *Statutory Interpretation and the Lessons of Llewellyn* / J. M. Breen // *Loyola of Los Angeles Law Review. – Loyola Marymount University and Loyola Law School. – 2000. – Vol. 33. – № 2. – P. 263 – 448.*
30. Brennan, W. J. *State Constitutions and the Individual Rights* / W. J. Brennan // *Harvard Law Review. – The Harvard Law Review Association. – 1977. – Vol. 90. - № 3. – P. 489 – 504.*
31. Campbell, A. H. *Book Review: Legal Thinking Revised* / A. H. Campbell // *Mod. L. Rev. – 1954. – Vol. 17. – P. 174-178.*
32. Castberg, F. *Philosophy of Law in the Scandinavian Countries* / F. Castberg // *The American Journal of Comparative Law* - 1955 - Vol. 4 - № 3. - P. 388 - 400.
33. Chayes, A. *The Role of the Judge in Public Law Litigation* / A. Chayes // *Harvard Law Review. – The Harvard Law Review Association. – 1976. – Vol. 89. - № 7. – P. 1281 – 1316.*
34. 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.*
35. Clark, C. E. *The Creative Role of the Judge : Restraint and Freedom in the Common Law Tradition* / C. E. Clark, D. M. Trubek // *The Yale Law Journal. – 1961. – Vol. 71. – P. 255 – 276.*
36. Coleman, G.J. *The Scandinavian Legal Realists: a Critical Analysis* / G.J. Coleman // *Faculty of Law Review* - 1960 - Vol. 18. - P. 152 - 162.
37. Corbin, A. L. *The Law and the Judges* / A. L. Corbin // *The Yale Review. – Yale Pub. Association. – 1914. – № 3. – P. 234 – 250.*
38. Corbin, A. L. *A Tribute to Karl Llewellyn* / A. L. Corbin // *The Yale Law Journal. – Yale Law School Legal Scholarship Repository : Faculty Scholarship Series. – 1962. – Vol. 71. – № 5. – P. 805 – 812.*
39. Cohen, F. S. *Transcendental Nonsense and the Functional Approach* / F. S. Cohen // *Columbia Law Review. – 1935. – Vol. 35. - № 6. – P. 809 – 849.*
40. Cohen, J. *Field Theory and Judicial Logic* / J. Cohen // *The Yale Law Journal. – The Yale Law Journal Company. – 1950. – Vol. 59. – № 2. – P. 238 – 272.*

41. Cohen, J. Towards Realism in Legisprudence / J. Cohen // The Yale Law Journal. – The Yale Law Journal Company. – 1950. – Vol. 59. – № 5. – P. 886 – 897.
42. Cook, P. The Realism of Axel Hägerström: Positivism and Psychology / P. Cook // Holdsworth L. Rev. – Vol. 7. – 1982. – P. 59 – 72.
43. Cook, W. W. Collected Legal Papers by Oliver Wendell Holmes / W. W. Cook // The Yale Law Journal. – The Yale Law Journal Company. – 1921. – Vol. 30. – № 7. – P. 775 – 776.
44. Dagan, H. The Realist Conception of Law / H. Dagan // Tel Aviv University Law Faculty Papers. – Tel Aviv University Law School. – 2005. – paper 21. – P. 1 – 66.
45. Dewey, J. Logical Method and Law / J. Dewey // Cornell Law Quarterly. – 1924. – Vol. 10. - № 1. – P. 17 – 27.
46. D'Amato, A. The Limits of Legal Realism / A. D'Amato // The Yale Law Journal. – The Yale Law Journal Company. – 1978. – Vol. 87. – № 3. – P. 468 – 513.
47. Eckhoff, T. Sociology of Law in Scandinavia / T. Eckhoff // Scandinavian studies in law - 1960 - Vol. 4 - P. 29 - 58.
48. Frank, J. Are Judges Human? Part One : The Effect on Legal Thinking of the Assumption That Judges Behave like Human Beings / J. Frank // University of Pennsylvania Law Review and American Law Register. – The University of Pennsylvania Law Review. – 1931. – Vol. 80. – № 1. – P. 17 – 53.
49. Frank, J. Are Judges Human? Part Two : As through a Class Darkly / J. Frank // University of Pennsylvania Law Review and American Law Register. – The University of Pennsylvania Law Review. – 1931. – Vol. 80. – № 2. – P. 233 – 267.
50. Frank, J. The Bramble Bush : Some Lectures on Law and Its Study by K. N. Llewellyn / J. Frank // The Yale Law Journal. – The Yale Law Journal Company. – 1931. – Vol. 40. – № 7. – P. 1120 – 1125.
51. Friedman, L. M. State Supreme Courts : A Century of Style and Citation / L. M. Friedman, R. A. Kagan, B. Cartwright, S. Wheeler // Stanford Law Review. – Berkeley Law Scholarship Repository. – 1980. – Vol. 33. – P. 773 – 818.
52. Friedrich, C. J. Karl Llewellyn's Legal Realism in Retrospect / C. J. Friedrich // Ethics. – The University of Chicago Press. – 1964. – Vol. 74. - № 3. – P. 201 – 207.
53. Fuller, L. L. American Legal Realism / L. L. Fuller // University of Pennsylvania Law Review and American Law Register. – The University of Pennsylvania Law Review. – 1934. – Vol. 82. – № 5. – P. 429 – 462.
54. Garlan, E. N. Social Control through Law by Roscoe Pound / E. N. Garlan // The Journal of Philosophy. – Journal of Philosophy. – 1942. – Vol. 39. – № 20. – P. 559 – 560.

55. Golding, M. P. Jurisprudence and Legal Philosophy in Twentieth-Century America : Major Themes and Developments / M. P. Golding // Journal of Legal Education. – 1986. – № 36. – P. 441 – 480.
56. Goutal, J. L. Characteristics of Judicial Style in France, Britain and the U.S.A. / J. L. Goutal // The American Journal of Comparative Law. – 1976. – Vol. 24. - № 1. – P. 43 – 72.
57. Green, L. Recent Steps in Law Administration / L. Green / Journal of the American Judicature Society. – 1930. – Vol. 14. – P. 113 – 115 .
58. Green, M. S. Legal Realism as Theory of Law / M. S. Green // William and Mary Law Review. – William and Mary Law School Scholarship Repository. – 2005. – Vol. 46. – № 6. – P. 1915 – 2000.
59. Green, M. S. Leiter on the Legal Realists / M. S. Green // William and Mary Law Review : faculty publications – William and Mary Law School Scholarship Repository. – 2011. – Vol. 46. – № 6. – P. 1365 – 1404.
60. Halperin, J.-L. Law in Books and Law in Action : The Problem of Legal Change / J.-L. Halperin // Maine Law Review. – 2011. – Vol. 64. – P. 45 – 76.
61. Hart, H. L. A. Scandinavian Realism / H. L. A. Hart // // The Cambridge Law Journal. – 1959. – Vol. 17. - № 2. – P. 233 – 240.
62. Herget, J. E. The Influence of German thought on American Jurisprudence, 1880-1918 / J. E. Herget // The Reception of Continental Ideas in the Common Law World, 1820-1920, ed. by Mathias Reimann. - P. 203 - 228.
63. 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.
64. Hohfeld, W. N. Fundamentla Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning/ W. N. Hohfeld // Yale Law Journal - 1917 - Vol. 26 - P. 710 - 770.
65. Holmes, O. W. The Path of the Law / O. W. Holmes // Harvard Law Review. – The Harvard Law Review Association. – 1897. – Vol. 10. - № 8. – P. 457 – 478.
66. Holmes, O. W. The Theory of Legal Interpretation / O. W. Holmes // Harvard Law Review. – The Harvard Law Review Association. – 1899. – Vol. 12. - № 6. – P. 417 – 420.
67. Holmes, O. W. Law in Science and Science in Law / O. W. Holmes // Harvard Law Review. – The Harvard Law Review Association. – 1899. – Vol. 12. - № 7. – P. 443 – 463.
68. Hough, C. M. The Spirit of the Common Law by Roscoe Pound / C. M. Hough // Columbia Law Review. – Columbia Law Review Association. – 1922. – Vol. 22. – № 4. – P. 385 – 387.
69. 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. - University of Wisconsin School of Law. – 1987. - № 6. – P. 921 – 969.

70. 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.
71. Ingersoll, D. E. Karl Llewellyn, American Legal Realism, and Contemporary Legal Behavioralism / D. E. Ingersoll // *Ethics*. – The University of Chicago Press. – 1966. – Vol. 76. - № 4. – P. 253 – 266.
72. Jägerskiöld, S. Roman Influence on Swedish Case Law in the 17th Century / S. Jägerskiöld // *Scandinavian Studies in Law*. - 1967. - Vol. 11. - P. 179-209.
73. Kantorowicz, H. Some Rationalism about Realism / H. Kantorowicz // *The Yale Law Journal*. – 1934. – Vol. 43. - № 8. – P. 1240 – 1253.
74. Kennedy, W. B. Principles or Facts? / W. B. Kennedy // *Fordham Law Review*. – The Fordham Law School Institutional Repository. – 1935. – Vol. 4. – № 1. – P. 53 – 71.
75. Kennedy, W. B. Realism, What Next? / W. B. Kennedy // *Fordham Law Review*. – 1938. – Vol. 7. – № 2. – P. 203 – 215.
76. Kennedy, W. B. Realism, What Next? II / W. B. Kennedy // *Fordham Law Review*. – 1939. – Vol. 8. – № 1. – P. 45 – 78.
77. Kennedy, W. B. A Review of Legal Realism / W. B. Kennedy // *Fordham Law Review*. – The Fordham Law School Institutional Repository. – 1940. – Vol. 9. – № 3.– P. 362 – 374.
78. Kronman, A. T. Jurisprudential Responses to Legal Realism / A. T. Kronman // *Cornell Law Review*. – Yale Law School Legal Scholarship Repository : Faculty Scholarship Series. – 1988. – Vol. 73. – P. 335 – 340.
79. 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.
80. Leiter, B. Legal Indeterminacy / B. Leiter // *Legal Theory*. – Cambridge University Press. – 1995. – Vol.1. – № 4. – P. 481 – 492.
81. Leiter, B. Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered / B. Leiter // *Ethics*. – 2001. – Vol. 111. – Part 2. – P. 278 - 301.
82. Leiter, B. Positivism, Formalism, Realism. Legal Positivism in American Jurisprudence by Anthony Sebok : review essay / B. Leiter // *Columbia Law Review*. – Columbia Law Review Association. – 1999. – Vol. 99. – № 4. – P. 1138 – 1164.
83. Leiter, B. Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence / B. Leiter // *Texas Law Review*. – Texas Law Review Association. – 1997. – Vol. 76. – № 2. – P. 267 - 317.
84. Lewis, J. U. Karl Olivecrona: “Factual Realism” and Reasons for Obeying a Law / J. U. Lewis // *U. Brit. Column. Law Review* - 1970 - Vol. 5 - P. 281 - 304.

85. Llewellyn, K. N. A Realistic Jurisprudence – The Next Step / K. N. Llewellyn // Columbia Law Review. – Columbia Law Review Association. – 1930. – Vol. 30. – № 4. – P. 431 – 465.
86. Llewellyn, K. N. Law and the Social Sciences : Especially Sociology / K. N. Llewellyn // Harvard Law Review. – The Harvard Law Review Association. – 1949. – Vol. 62. – № 8. – P. 1286 – 1305.
87. Llewellyn, K. N. On Philosophy in American Law / K. N. Llewellyn // University of Pennsylvania Law Review and American Law Register. – The University of Pennsylvania Law Review. – 1934. – Vol. 82. – № 3. – P. 205 – 212.
88. Llewellyn, K. N. On Reading and Using the Newer Jurisprudence / K. N. Llewellyn // Columbia Law Review. – Columbia Law Review Association. – 1940. – Vol. 40. – P. 581 – 614.
89. Llewellyn, K. N. Some Realism about Realism : Responding to Dean Pound / K. N. Llewellyn // Harvard Law Review. – The Harvard Law Review Association. – 1931. – Vol. 44. – № 8. – P. 1222 – 1264.
90. Llewellyn, K. N. The Case Law System in America / K. N. Llewellyn, P. Gewirtz, M. Ansaldi // Columbia Law Review. – Columbia Law Review Association. – 1988. – Vol. 88. – № 5. – P. 989 – 1020.
91. Llewellyn, K. N. The Rule of Law in Our Case-Law of Contract / K. N. Llewellyn // The Yale Law Journal. – The Yale Law Journal Company. – 1938. – Vol. 47. – № 8. – P. 1243 – 1271.
92. Mackey, K. The Triumph of Legal Realism / K. Mackey // Digital Commons at Michigan State University College of Law : student scholarship. – 2004. – № 1. – P. 2 – 35.
93. Magrith, J. L. The Common Law Tradition – Deciding Appeals, by Karl N. Llewellyn / J. L. Magrith // Indiana Law Journal. – 1961. – Vol. 36. – № 4. – P. 550 – 558.
94. Marcus, D. The Federal Rules of Civil Procedure and Legal Realism as Jurisprudence of Law Reform / D. Marcus // Arizona Legal Studies : Discussion Paper № 10-11. – The University of Arizona. – 2010. – P. 433 – 510.
95. Maxeiner, J. R. Some Realism about Legal Certainty in the Globalization of the Rule of Law / J. R. Maxeiner // Houston Journal of International Law. – 2008. – Vol. 31. – № 1. – P. 27 – 46.
96. Mayo, T. Charles D. Breitel – Judging in the Grand Style / T. Mayo // Fordham Law Review. – The Fordham Law School Institutional Repository. – 1978. – Vol. 47. – № 1. – P. 5 – 26.
97. 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.

98. Moschzisker von, R. Stare Decisis in Courts of Last Resort / R. von Moschzisker // Harvard Law Review. – The Harvard Law Review Association. – 1924. – Vol. 37. – № 4. – P. 409 – 430.
99. Oliphant, H. Facts, opinions, and value-judgements / H. Oliphant // Texas Law Review. – 1932. – Vol. 10. – № 2. – P. 127 – 139.
100. Olivecrona, K. Legal Language and Reality / K. Olivecrona // Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound - ed. Newman R.A. - American Society for Legal History. - 1962 - P. 151-191.
101. Patterson, E. W. Roscoe Pound on Jurisprudence / E. W. Patterson // Columbia Law Review. – Columbia Law Review Association. – 1960. – Vol. 60. – № 8. – P. 1124 – 1132.
102. Pihlajamäki, H. Against Metaphysics in Law: The Historical Background of American and Scandinavian Legal Realism Compared / H. Pihlajamäki // The American Journal of Comparative Law. – American Society of Comparative Law. - 2004. – Vol. 52. - № 2. – P. 469 – 487.
103. Pound, R. Spurious Interpretation / R. Pound // Columbia Law Review. – Columbia Law Review Association. – 1907. – Vol. 7. – № 6. – P. 379– 386.
104. Pound, R. Mechanical Jurisprudence / R. Pound // Columbia Law Review. – Columbia Law Review Association. – 1908. – Vol. 8. – № 8. – P. 605– 623.
105. Pound, R. Law in Books and Law in Action / R. Pound // American Law Review. – 1910. – № 44. – P. 12 – 36.
106. Pound, R. The End of Law as Developed in Legal Rules and Doctrines / R. Pound // Harvard Law Review. – The Harvard Law Review Association. – 1914. – Vol. 27. – № 3. – P. 195 – 234.
107. Pound, R. The End of Law as Developed in Juristic Thought. II / R. Pound // Harvard Law Review. – The Harvard Law Review Association. – 1917. – Vol. 30. – № 3. – P. 201 – 225.
108. Pound, R. Juristic Science and Law / R. Pound // Harvard Law Review. – The Harvard Law Review Association. – 1918. – Vol. 31. – № 8. – P. 1047 – 1063.
109. Pound, R. Judge Holmes's Contributions to the Science of Law / R. Pound // Harvard Law Review. – The Harvard Law Review Association. – 1921. – Vol. 34. – № 5. – P. 449 – 453.
110. Pound, R. The Call for a Realistic Jurisprudence / R. Pound // Harvard Law Review. – The Harvard Law Review Association. – 1931. – Vol. 44. – № 5. – P. 697 – 711.
111. Pound, R. The Ideal Element in American Judicial Decision / R. Pound // Harvard Law Review. – The Harvard Law Review Association. – 1931. – Vol. 45. – № 1. – P. 136 – 148.
112. Pound, R. Fifty years of Jurisprudence I / R. Pound // Harvard Law Review. – The Harvard Law Review Association. – 1937. – Vol. 50. – № 4. – P. 557 – 582.

113. Pound, R. Fifty years of Jurisprudence II / R. Pound // Harvard Law Review. – The Harvard Law Review Association. – 1938. – Vol. 51. – № 3. – P. 444 – 472.
114. Pound, R. Fifty years of Jurisprudence III / R. Pound // Harvard Law Review. – The Harvard Law Review Association. – 1938. – Vol. 51. – № 5. – P. 777 – 812.
115. Pound, R. A Survey of Social Interests / R. Pound // Harvard Law Review. – The Harvard Law Review Association. – 1943. – Vol. 57. – № 1. – P. 1 – 39.
116. Ross, A. Tû-Tû / A. Ross // Harvard Law Review - 1957 - Vol. 70. - № 5. – P. 812 – 825.
117. Rumble, W. E., Jr. Legal Realism, Sociological Jurisprudence and Mr. Justice Holmes / W. E. Rumble Jr. // Journal of the History of Ideas. – The University of Pennsylvania Press. – 1965. – Vol. 26. - № 4. – P. 547 – 566.
118. Rumble, W. E., Jr. The Paradox of American Legal Realism / W. E. Rumble Jr. // Ethics. – The University of Chicago Press. – 1965. – Vol. 75. - № 3. – P. 166 – 178.
119. 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.
120. Sandström, M. Law – Fact, Fiction or In Between? Axel Hägerström’s Quest for Legal Realism / M. Sandström // Stockholm Institute for Scandianvian Law. – Scandinavian Studies in Law. – 2005. – Vol. 48. – P. 329 – 340.
121. Savarese, R. J. American Legal Realism / R. J. Savarese // Houston Law Review. – 1965. – Vol. 3. – P. 180 – 200.
122. Schauer, F. Legal Realism Untamed / F. Schauer // Texas Law Review. – 2013. – Vol. 91. – № 4. – P. 749 – 780.
123. Schmidt, F. F. The Uppsala School of Legal Thinking / F. F. Schmidt // Scandinavian studies in law - 1978 - Vol. 22 - P. 151 - 175.
124. Sherbaniuk, D. J. Scandinavian Realism / D. J. Sherbaniuk // Alta. L. Rev. – 1962. – Vol. 2. – P. 58 – 72.
125. Sherwin, E. Rule-Oriented Realism : The Law and Ethics of Restitution by Hanoch Dagan / E. Sherwin // Michigan Law Review. – The Michigan Law Review Association. – 2005. – Vol. 103. - № 6. – P. 1578 – 1594.
126. Schlag, P. Formalism and Realism in Ruins : Mapping the Logics of Collapse / P. Schlag // Iowa Law Review. – 2009. – № 95. – P. 195 – 244.
127. Singer, J. W. Legal Realism Now / J. W. Singer // California Law Review. – Berkeley Law Scholarship Repository. – 1988. – Vol. 76. – № 2. – P. 465 – 544.
128. Smemo, I. K. American Legal realism : Skepticism, Reform, and the Judicial Process by Wilfred E. Rumble / I. K. Smemo // The Journal of American History. – Organization of American Historians. – 1968. – Vol. 55. - № 3. – P. 681 – 682.
129. Sundell, J.-O. Vilhelm Lundstedt - a Biographical Sketch / J.-O. Sundell // Stockholm Institute for Scandianvian Law. – Scandinavian Studies in Law. – 2005. – Vol. 48. – P. 465 – 478.

130. Tamanaha, B. Z. Understanding Legal Realism / B. Z. Tamanaha // Texas Law Review. – 2009 – Vol. 87. – № 4. – P. 731 – 786.
131. Tamanaha, B. Z. Balanced Realism on Judging / B. Z. Tamanaha // Valparaiso University Law Review : Symposium on The Civil Rights of Public School Students. – Valparaiso University. – 2010 – Vol. 44. – № 4. – P. 1243 – 1269.
132. Twining, W. Talk about Realism / W. Twining // New York University Law Review. – 1985. – Vol. 60. – № 3. – P. 329 – 384.
133. Twining, W. Two Works of Karl Llewellyn / K. N. Llewellyn, W. Twining // The Modern Law Review. – Wiley. – 1967. – Vol. 30. – № 5. – P. 514 – 530.
134. Twining, W. The Case Law System in America by Karl N. Llewellyn ; Paul Gewirtz ; Michael Ansaldi / W. Twining // The Yale Law Journal. – The Yale Law Journal Company. – 1991. – Vol. 100. – № 4. – P. 1093 – 1102.
135. Yntema, H. E. American Legal Realism in Retrospect / H. E. Yntema // Vanderbilt Law Review. – 1960. – № 14. – P. 317 – 330.
136. Westwood, H. The Common Law Tradition – Deciding Appeals, by Karl N. Llewellyn / H. Westwood // Columbia Law Review. – Columbia Law Review Association. – 1961. – Vol. 61. – № 5. – P. 948 – 955.
137. Wetlaufer, G. B. Systems of Belief in Modern American Law : A View From Century's End / G. B. Wetlaufer // American University Law Review. – 1999. – Vol. 49. - № 1. – P. 1 – 79.
138. 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.
139. 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.

Интернет-ресурсы:

1. <http://www.barcouncil.org.uk>