

Груздев Владимир Сергеевич

кандидат юридических наук, председатель
правления Общероссийской общественной
организации «Ассоциация юристов России»

ОБ ОСОБЕННОСТЯХ «НОВОГО ПРАВОВОГО РЕАЛИЗМА»

Аннотация:

В статье рассматривается новое течение в современной юридической мысли, которое в последние два десятилетия, преимущественно в США и Австралии, стало популярным и претендует на особую роль изменения «организационной парадигмы» во взаимодействии между различными социальными науками. При этом, по замыслу разработчиков и представителей этого направления, оно должно привести по сути к замене юридической науки в традиционном смысле неким особым качеством «социоюридических знаний» на основе более эффективного междисциплинарного взаимодействия юриспруденции, политологии, экономики, социологии. В исследовании анализируются особенности содержания и программных положений взглядов ведущих представителей этого направления. Критической оценке подвергнута узкоинструментальная и подчеркнута бихевиористическая трактовка понятия права, которое, по сути, как проблема юридической науки выведено за скобки. При этом, воспроизводя проблематику движения «свободного права» и классического американского правового реализма как «новое» поле исследований, представители «нового правового реализма» остаются в пределах социологического направления в юридической науке.

Ключевые слова:

правовой реализм, новый правовой реализм, эмпирические исследования права, юридический бихевиоризм, понятие права, эмпирическое учение о праве, модель поведения судьи, личность судьи.

Gruzdev Vladimir Sergeevich

PhD in Law, Chairman of the Board,
Association of Lawyers of Russia,
an all-Russian non-governmental organization

ON THE ASPECTS OF NEW LEGAL REALISM

Summary:

The study examines a new trend in modern legal thought, which in the last two decades, mainly in the United States and Australia, has become popular and is to change the organizational paradigm while interacting with various social sciences. As envisaged by the developers and followers of this school of thought, it should replace the traditional legal science with a special quality of "social and legal knowledge" on the basis of a more effective interdisciplinary interaction of jurisprudence, political science, economics, and sociology. The study analyzes the programs and views of the leading new legal realists. A narrow-range-of-tool and behavioristic-based interpretation of law is scrutinized, which, in fact, is neglected as a problem of legal science. At the same time, reproducing the problems of the free law movement and classical American legal realism as a "new" field of research, the new legal realists remain within the sociological context in legal science.

Keywords:

legal realism, new legal realism, empirical legal studies, legal behaviorism, concept of law, empirical theory of law, models of judicial behavior, the judge's personality.

Американские юристы Т. Майлз и К. Санштейн в работе 2007 г. пишут о том, что «последнее десятилетие ознаменовалось рождением нового правового реализма», который представляет собой «попытку выйти за рамки старого реализма путем проверки конкурирующих гипотез о роли права и политики в судебных решениях со ссылкой на большие наборы аргументов и статистический анализ» [1]. Они полагают, что акцент на бихевиористическом анализе судебной деятельности является прорывным направлением.

Т. Майлз и К. Санштейн полагают, что именно «эмпирическая работа по изучению поведения судей лучше всего понимается как новое поколение правового реализма» [2, р. 4]. В других случаях предлагается более широкий подход, охватывающий разнообразные междисциплинарные исследования. Г. Эрлангер пишет: «Ученые – юристы-реалисты объединяют юридическую теорию и эмпирические исследования, чтобы построить более прочную основу для понимания права и формулирования политики» [3, р. 337]. С. Маколей описывает новый правовой реализм как касающийся «права в действии... разрыва между правом в книгах и фактической практикой официальных лиц и общественности в сфере разрешения споров» [4, р. 386]. Наконец, некоторые недавние исследования поведения судей рассматриваются как «новый правовой эмпиризм» [5].

Американский правовед С. Маколей заявляет о «всплеске интереса к эмпирическим подходам к праву среди ученых-юристов» [6, р. 29]. Общность интереса к эмпирическим исследованиям права проявляется, по мнению этого автора, в попытках изучать «право в действии», что означает анализ практики судов первой инстанции, практики осуществления дискреционных пол-

номочий официальными органами и должностными лицами и, наконец, просто практики деятельности юристов вообще; в попытках изучать «живое право» в виде норм и санкций, на которые люди реагируют иначе, чем на официальное право, а также взаимосвязь «живого права» и «официального права». Называя ряд прежних исследований, в центре которых была ориентация на эмпирические подходы к праву, С. Маколей констатирует стабильность интереса к такого рода разработкам, но заключает, что они, как правило, ограничивались лишь теоретическими рассуждениями о «праве в действии». В новейших условиях автор выражает уверенность в том, что эмпирические исследования права являются чуть ли не основным веянием современности и что они в действительности обозначают некое противопоставление «доктрины традиционного права» и «нового правового реализма» [7].

Новые «юристы-реалисты» обнаружили, как отмечается в их исследованиях, стандартную модель поведения судей, которая демонстрирует существенные различия в зависимости от политических предпочтений и убеждений. Соответственно утверждается, что возникающие из политических убеждений расхождения при принятии правовых решений могут исправляться составом судебных коллегий. Кроме того, «новые реалисты» отмечают, что раса, пол и другие демографические характеристики иногда оказывают влияние на судебные решения. При этом все же остается много пробелов в познании поведения судей и интерпретации многих областей права [8]. Взяв за основу построения стратегии «нового правового реализма» тезис К. Ллевеллина о том, что необходимы «усилия по капитализации богатства наших зарегистрированных случаев, чтобы осуществить масштабные количественные исследования фактов и результатов» [9, р. 1243–1244], представители рассматриваемого направления утверждают, что соответствующие исследования, о необходимости которых писал К. Ллевеллин, произвели на свет «новый правовой реализм» как «попытку понять источники судебных решений на основе проверяемых гипотез и больших массивов данных» [10, р. 1–2].

В работах К. Ллевеллина, одного из основных представителей классического американского правового реализма, совершенно в духе разработки проблематики движения «свободного права» и иных социологических подходов к праву, которые выступали идейно-теоретической основой американского правового реализма, в качестве одной из центральных тем обсуждалась личность судьи. Поскольку в наборе соответствующих теоретических и методических установок, с которыми отвоевывали себе место сторонники движения «свободного права», именно фигура судьи становится основной в процессе правотворчества. Закон рассматривался зачастую как излишний, ограничивающий фактор; орнамент для того, чтобы вселять уверенность и спокойствие в массовое сознание. Но фактически же право творится судьями, которые в различных интерпретациях сторонников этого движения оказываются «свободными» в правотворчестве.

Предпринимались, правда, попытки найти и определить какие-то обязательные требования в виде «сверхпозитивных норм», но они, как правило, не находили широкого признания. У ряда сторонников выделялась категория «нормального судьи», под которым понимался весь судейский корпус, у других же, как правило увлеченных прагматизмом в виде философии иррационального (например, со ссылкой на А. Бергсона), – просто судья во всей его иррациональности, в том числе и ненормальный судья. В этом ключевом для «нового движения в науке права» (С.В. Пахман) моменте о роли судьи в создании права возникала другая и, вообще-то говоря, более существенная проблема – правовой определенности и обеспеченности. С одной стороны, речь идет о том, что «свободная» правотворческая деятельность судьи является гарантией против инертности существующего права, против его застывших форм, «мертвых текстов», в пользу «живого права», «права в действии», «права в жизни». Но, с другой стороны, ориентация на «свободное» нахождение права существенно снижала определенность и обязательность права, его устойчивость и гарантированность, ставя его в зависимость в конечном счете от иррациональной природы человека.

Американские правовые реалисты, так же как и их европейские предшественники и современники, видели в личности судьи выход из тех ситуаций и состояний, которые вредили развитию права, средство преодоления крайностей формализма и концептуализма в юридической теории и практике. К. Ллевеллин высказывал в связи с этим идею о том, что в современном мире речь идет «о правлении конкретного закона благодаря человеку» [11, р. 1244]. «Новые правовые реалисты», взяв за основу достаточно произвольно сделанную ими выборку тезисов из работ О. Холмса, К. Ллевеллина, упрекают К. Ллевеллина в том, что его идея о роли «личности судьи» в обнаружении и установлении права для нынешнего читателя оказывается совершенно неясной и сырой. Что значит «личность»? Что это вообще такое «правление законов»? Что должно означать «правление законов благодаря людям»? – критично задаются вопросами «новые правовые реалисты» [12, р. 2]. Соответственно, как бы исправляя классиков, «новые правовые реалисты» концентрируются на изучении «поведения судьи». Хотя ни сама постановка вопроса о поведении

судьи как объекте изучения, ни предлагаемые способы решения этой задачи не выглядят убедительными, так как интерес к роли судьи в создании права и тому, чем должен руководствоваться он при этом, занимает значимые течения юридической мысли уже более полутора сотен лет.

Что же касается актуальности такого подхода сегодня, то в нем явно просматриваются разные аспекты. С одной стороны, более полное и глубокое представление о характере факторов, влияющих на принятие юридических решений, может определенно способствовать совершенствованию процесса применения права или формулирования права, как полагают реалисты. Но, с другой стороны, в программе «новых правовых реалистов» всё меньше просматривается проблема собственно права. Представителей этого направления не интересует вопрос о сущности права, его соотношении с моралью и нравственностью, их не интересует вопрос об определенности и гарантированности права, его обязательности, логико-понятийной зрелости и ясности его выразительных средств, его социальных функциях и целях и т. п. Их не интересует критика формализма или концептуализма. Напротив, в действительности, если внимательно проанализировать взгляды представителей этого течения, то в них, по существу, ставится задача сделать право ручным политико-идеологическим инструментом. Они разрабатывают преимущественно проблематику влияния идеологии и иных социально-политических аспектов на поведение судей. В первую очередь их интересует, как и в какой мере политические убеждения, принадлежность к политическим партиям и движениям влияют на принятие судебных решений. Соответственно делаются предложения лишь о корректировке составов коллегий судей по политико-идеологическим предпочтениям либо о подборе судей, исходя из их политических предпочтений, так как именно эти факторы, как утверждают сами «новые реалисты», являются чуть ли не самыми существенными при принятии судебных решений.

При этом политическая аффилированность судей не рассматривается как негативный фактор, который препятствует поиску права в конкретном случае. Напротив, необходимо лишь точнее прояснить зависимость «права» от политической конъюнктуры и политических процессов. Притом право и поведение судей, в отличие от классических реалистов, которые в основном не отличались подобным радикализмом, рассматриваются как синонимы, употребляемые достаточно произвольно. К примеру, Холмс, Паунд и Ллевеллин не отрицали проблему морали, понятийности права. Холмс был реалистом и прагматиком, но также считал, что история права – это «история моральной судьбы человечества» [13]. Они в значительной степени развивали функциональную теорию права, в частности, хорошо известную из европейского правоведения формулу трактовки права как средства для цели. А моральные и этические, ценностные моменты права определяются категорией социальной и правовой цели.

У «новых реалистов» ключевые идеи о системности права, его верховенстве вызывают отрицательную реакцию. Они считают их пережитками [14; 15; 16]. Но вместе с тем они лишь под новыми наименованиями воспроизводят идеи движения «свободного права». Так, вместо понятия «нормальный судья», под которым понимался весь судебный корпус (К. Шмитт), они оперируют понятиями «стандартная модель поведения судьи» и «средства корректировки отклонений».

Общий вывод такой, что как чисто эмпирическое учение о праве «новый правовой реализм» сохраняет все недостатки такого одностороннего подхода, о которых писал еще И. Кант. Методология этого направления также пока остается лишь пафосным призывом об использовании «больших массивов данных». Междисциплинарность в интерпретации представителей этого направления является также пока лишь экспансией или просто заимствованием методов политологии, экономического и демографического анализа, не предполагая пока никакого существенного изменения традиционных методов юридических исследований. Кроме того, в отсутствие дискуссии о проблеме понятия права, а также в связи с позиционированием «нового правового реализма» как чисто эмпирического учения о праве выбор пригодных методов и приемов на деле лишен признаков определенности. Так, например, в качестве передовой находки обозначается методологическая установка об использовании «не только количественных, но и качественных методов исследования», а также «больших массивов данных и статистики», однако упоминается при этом ограниченность информационных ресурсов.

Ссылки:

1. Sunstein C., Miles T. The New Legal Realism // University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper No. 191, 2007, pp. 1–23.
2. Ibid.
3. Erlanger H., et al., Is It Time for a New Legal Realism? // Wisconsin Law Review, Vol. 2005, No. 2, pp. 335–363.
4. Macaulay S. The New Versus the Old Legal Realism: “Things Ain’t What They Used to Be” // Wisconsin Law Review, Vol. 2005, No. 2, pp. 365–403.
5. Heise M. The Past, Present, and Future of Empirical Legal Scholarship: Judicial Decision Making and the New Empiricism // Cornell Law Faculty Publications. Paper 733. 2002, pp. 819–850.

6. Macaulay S. A New Legal Realism: Elegant Models and the Messy Law in Action // *The New Legal Realism. Translating Law-and-Society for Today's Legal Practice. Volume 1* / Edited by Elizabeth Mertz, Stewart Macaulay, Thomas W. Mitchell. New York, 2016, pp. 29–50.
7. Ibid.
8. Ibid.
9. Llewellyn K.N. Some Realism About Realism: Responding to Dean Pound // *Harvard Law Review*. Vol. 44, No. 8 (Jun., 1931), pp. 1222–1264.
10. Sunstein C., Miles T. Op. cit.
11. Llewellyn K.N. Op. cit.
12. Sunstein C., Miles T. Op. cit.
13. Holmes O.W. The Law [Электронный ресурс] // Suffolk Bar Association Dinner, February 5, 1885. URL: <http://library.law.harvard.edu/suites/owh/index.php/item/43198537/1> (дата обращения: 15.01.2020).
14. Llewellyn K.N. Op. cit.
15. *The New Legal Realism. Translating Law-and-Society for Today's Legal Practice. Vol. 1* / Edited by E. Mertz, S. Macaulay, T.W. Mitchell. New York, 2016. 303 p.
16. *The New Legal Realism. Studying Law Globally: New Legal Realist Perspectives, Vol. II* / Edited by H. Klug and S.E. Merry. New York, 2016. 282 p.

References:

- Erlanger, H et al. 2005, 'Is It Time for a New Legal Realism?', *Wisconsin Law Review*, vol. 2005, no. 2, pp. 335-363.
- Heise, M 2002, 'The Past, Present, and Future of Empirical Legal Scholarship: Judicial Decision Making and the New Empiricism', *Cornell Law Faculty Publications. Paper 733*, pp. 819-850.
- Holmes, OW 2020, 'The Law', *Suffolk Bar Association Dinner, February 5, 1885*, viewed 15 January 2020, <<http://library.law.harvard.edu/suites/owh/index.php/item/43198537/1>>.
- Klug, H & Merry, SE (eds) 2016, *The New Legal Realism: Studying Law Globally*, New York, vol. 2, 282 p., <https://doi.org/10.1017/cbo9781139683432>.
- Llewellyn, KN 1931, 'Some Realism About Realism: Responding to Dean Pound', *Harvard Law Review*, vol. 44, no. 8, Jun., pp. 1222-1264, <https://doi.org/10.2307/1332182>.
- Macaulay, S 2005, 'The New Versus the Old Legal Realism: "Things Ain't What They Used to Be"', *Wisconsin Law Review*, vol. 2005, no. 2, pp. 365-403.
- Macaulay, S 2016, 'A New Legal Realism: Elegant Models and the Messy Law in Action', in E Mertz, S Macaulay & TW Mitchell (eds), *The New Legal Realism: Translating Law-and-Society for Today's Legal Practice*, New York, vol. 1, pp. 29-50, <https://doi.org/10.1017/CBO9781107762336.003>.
- Mertz, E, Macaulay, S & Mitchell, TW (eds) 2016, *The New Legal Realism: Translating Law-and-Society for Today's Legal Practice*, New York, vol. 1, 303 p., <https://doi.org/10.1017/cbo9781107762336>.
- Sunstein, C & Miles, T 2007, 'The New Legal Realism', *University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper No. 191*, pp. 1-23.

Редактор: Хорева Людмила Николаевна
Переводчик: Куликова Маргарита Александровна