

АКТУАЛЬНОСТЬ КЛАССИКОВ ДЛЯ СОВРЕМЕННОЙ СОЦИОЛОГИИ ПРАВА: АМЕРИКАНСКИЙ КОНТЕКСТ*

А. Х. ТРЕВИНЬО**



Тревиньо Альберто Хавьер,
профессор социологии
в Колледже Уитон (США)

Автор исследует идеи интуитивного и живого права, предложенные Петражицким и Эрлихом, проводит параллели между их идеями и идеями Паунда. Считая названных исследователей реалистами, указывает их в качестве родоначальников правового реализма, правового реформизма, правового плюрализма и правового эмотивизма, анализирует различия их социолого-правовых идей. В современной правовой школе США идеи Петражицкого, Эрлиха и Паунда продолжают развиваться такими направлениями социально-правовой мысли, как новый правовой реализм, критические правовые исследования, критическая теория рас и учение о праве и эмоциях. Автор отмечает, что идеи Эрлиха о том, что знание о праве может быть получено эмпирическим путем, через исследование фактов и социальных союзов, нашли свое отражение в новом правовом реализме. Критические правовые исследования

как направление социально-правовой мысли оформились, по мнению автора, благодаря подходу к праву как к средству социальной инженерии, предложенному Паундом. Данное направление, однако, не смогло добиться широкого признания в силу чрезмерной неопределенности и утопичности. Идеи Петражицкого явились источником вдохновения как для критической теории рас, так и для учения о праве и эмоциях. Критическая теория рас заимствовала перспективистский правовой плюрализм Петражицкого, который признавал, что правовое мышление может быть найдено у представителей различных социальных групп, но, тем не менее, отдавал предпочтение сознанию индивида, испытывающего импульсы прав и обязанностей в каждый конкретный момент. Учение о праве и эмоциях, в свою очередь, развивает идею Петражицкого о том, что право может быть использовано для побуждения, изменения или

* Статья представляет собой расширенный текст доклада на Международной научной конференции «Санкт-Петербургская школа философии права и современная юриспруденция» (юридический факультет СПбГУ, Санкт-Петербург, 26 октября 2013 г.). Перевод с английского языка Е. Е. Тонкова (ee.tonkov@mail.ru).

** Alberto Javier Treviño — professor of sociology at Wheaton College (USA).

E-mail: jtrevino@wheatonma.edu

© Alberto Javier Treviño, 2013

© Тонков Е. Е., перевод на русский язык, 2013

предупреждения конкретных эмоциональных реакций, что предопределяет роль эмоций в самом праве.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: социология права, правовой реализм, живое право, Л. И. Петражицкий, Р. Паунд, О. Эрлих, правовая эмоция.

TREVIÑO A. J. THE CONTINUING RELEVANCE OF THE CLASSICS FOR CONTEMPORARY SOCIOLOGY OF LAW: THE AMERICAN CONTEXT

Treviño inquires into the ideas of intuitive and living law proposed by Petrážycki and Ehrlich and parallels them with the ideas of Pound. The author believes the scholars to be realists and indicates them as the forefathers of legal realism, legal reformism, legal pluralism, and legal emotivism, explores the differences between their socio-legal thoughts. The ideas of Petrážycki, Ehrlich and Pound are further developed in the current American legal academy by such socio-legal movements as new legal realism, critical legal studies, critical race theory, and law-and-emotions doctrine. Treviño notes that both Ehrlich's conception of law gained through an empirical study through the analysis of facts and social associations were reflected in new legal realism. In the author's opinion, critical legal studies as a socio-legal trend had taken its shape due to the engineering society approach introduced by Pound. However, socio-legal studies failed to gain wide recognition due to the excessive ambiguity and utopianism. Petrážycki's ideas were the source of inspiration for critical race theory, as well as for law-and-emotions doctrine. Critical race theory adopted the perspectivist approach of Petrážycki, who acknowledged that legal thinking can be found among various social groups, but nonetheless gave precedence to the mind of an individual who is experiencing impulses of rights and duties at that given moment. In its turn, law-and-emotions doctrine develops an idea of Petrážycki that law can be used to induce, amend or prevent certain emotional responses, and that such usage predetermines its role in the law itself.

KEYWORDS: sociology of law, legal realism, living law, Leon Petrážycki, Roscoe Pound, Eugen Ehrlich, legal emotion.

В своей провокационной статье «Кому нужны классики?» Реза Банакар придерживается мнения,¹ согласно которому идеи интуитивного и живого права, предложенные Львом Петражицким и Ойгеном Эрлихом в конце XIX — начале XX в., привели их к романтическим поискам потерянного «духа общества», которые характеризовали начало современной эпохи. И несмотря на то, что американский юрист Роско Паунд, писавший приблизительно в то же время, был озабочен не возвращением ощущения старого *Gemeinschaft* (сообщества), а, скорее, государственным правом формирующегося индустриального *Gesellschaft* (общества), остается открытым вопрос о том, каким образом классические дискуссии и идеи Петражицкого, Эрлиха и Паунда могут внести свой вклад в изучение социальных и юридических проблем современного общества.

Я полагаю, что существуют по крайней мере четыре эпистемологических направления, берущие свое начало в работах трех названных мыслителей, которые могут стать основой для оживления современной социолого-правовой мысли. Этими направлениями являются: 1) правовой

¹ Banakar R. Who Needs the Classics? On the Relevance of Classical Legal Sociology for the Study of Current Social and Legal Problems // *Retssociologi* / eds. O. Hammerslev, M. R. Madsen. Copenhagen, 2012.

реализм, 2) правовой реформизм, 3) правовой плюрализм и 4) правовой эмотивизм. Моей целью в определении этих ключевых тем является демонстрация актуальности классических идей Петражицкого, Эрлиха и Паунда для современной социологии права.

В данной статье я рассуждаю, каким образом век тому назад три названных теоретика права обращались к указанным направлениям в своих работах и как эти направления, переработанные и дополненные, позволяют нам лучше понять некоторые острые социальные и правовые проблемы, стоящие на повестке дня в США. Я также показываю, каким образом каждое из названных направлений может обогатить современную социально-правовую мысль, если они будут дополнены принципами и методами четырех интеллектуальных направлений, которые возникли в американской правовой научной школе в последние несколько десятилетий; ими являются: новый правовой реализм (*new legal realism*), критические правовые исследования (*critical legal studies*), критическая теория рас (*critical race theory*) и учение о праве и эмоциях (*law and emotions scholarship*).

Правовой реализм. Хотя все три упомянутых юриста были «реалистами» в том смысле, что их представление о праве основывалось на наблюдении и умозаключении, а не на априорных размышлениях, природа правовой реальности для каждого из них определяется тем, что они рассматривали в качестве главного объекта своего анализа. Для Паунда объектом анализа является правовой порядок политически организованного общества, для Эрлиха — юридические факты социальных групп, а для Петражицкого — индивидуальное восприятие индивидом своих прав и обязанностей. Эти три базовых объекта анализа соотносятся с тремя типами правового реализма, которые я буду называть политико-прагматичным (*political-pragmatic*), факто-союзным (*factist-associational*) и индивидуальнo-субъективным (*individualistic-subjective*) соответственно.

Наиболее неортодоксальной является индивидуальнo-субъективная ориентация Петражицкого, учитывая то, что его взгляды на право не были материалистическими. Или, говоря иными словами, право приобретает внешнюю форму только после того, как оно было спроецировано на людей и предметы из внутреннего опыта индивида. Для Петражицкого правовая реальность существует только в субъективном сознании индивида, который атрибутирует права и обязанности другим, а не в какой-то объективной реальности «где-то там».

В противоположность этому изучение Паундом ботаники² и принятие им принципов американского прагматизма привели его к объективному видению права, т. е. видению его эмпирического назначения. Если точнее, он придерживался прагматического представления о науке права как о средстве удовлетворения интересов общества. Паунд придерживался метода каталогизации — исследования и инвентаризации — с целью выведения тех социальных интересов, которые давили на законотворцев, судей и юристов для их признания и удовлетворения.³ Через кропотливый и комплексный анализ сотен юридических и неюридических документов он выбирал «социальные интересы», так сказать, превалирующие в фактических жалобах, нуждах или желаниях, которые люди коллективно стремятся удовлетворить и которые общество должно признать и защитить

² У Паунда была ученая степень Университета Небраски по специальности ботаника (*Hull N. E. H. Roscoe Pound and Karl Llewellyn: Searching for an American Jurisprudence. Chicago, 1997. P. 48*).

³ *Pound R. A Survey of Social Interests // Harvard Law Review. 1943. Vol. 57. P. 1–39.*

с помощью права. В общем виде публичные интересы состоят из желаний и требований, обеспечивающих защиту от поведения, посягающего на общественную безопасность, институты, мораль, ресурсы, прогресс и свободу самоопределения.

Кроме прагматизма на Паунда также оказал сильное влияние прогрессивизм в американской общественной жизни, который вдохновлял реформистское движение в начале XX в. Действительно, Паундом была разработана «прогрессивистская прагматическая юриспруденция», которая отстаивала правовой и поэтому политический активизм.⁴ Для него «прагматизм был не философской игрой, а путем для прогрессивной реформы права»⁵ и через такую реформу — для конструирования общества. Другими словами, реалистическая юриспруденция Паунда была вдохновлена прогрессивистским *политическим прагматизмом*.

Много было написано по вопросу важности представления Эрлиха о социальной группе, но гораздо меньше внимания уделялось «юридическим фактам», на которых основываются правовые нормы групп. С точки зрения Эрлиха, именно юридические факты (пользование, отношения доминирования и подчинения, владение и волеизъявление)⁶ формировали основу для нормативной и юридической реальности. Поскольку и живое, и официальное право существуют в юридических фактах каждой группы, концепция Эрлиха о правовой реальности является *факто-союзной*.

Эрлих называет эти правовые отношения «фактами», определенно выраженными в форме контрактов, брачных договоров, свидетельских показаний, завещаний и т. д. — их существование может быть установлено эмпирическими методами исследования. Действительно, он придерживался двух методологий, которые им рассматривались как научные в том смысле, что они приходят «к общим выводам посредством сбора индивидуальных данных и их систематизации».⁷

Первый метод, который для Эрлиха наиболее важен и хронологически первичен, предполагает текстуальный анализ, точнее, пристальное изучение «современного юридического документа».⁸ Юридический документ, например отчет о судебном решении, должен быть изучен не с точки зрения его нормативной интерпретации и юридической конструкции, а в свете того, что он может сказать о правоотношениях и жизни.

Второй метод эмпирического исследования, пропагандировавшийся Эрлихом, предполагал «прямое наблюдение за жизнью, коммерцией, обычаями и привычками, всеми социальными союзами — не только теми, которые признаны правом, но и теми, которыми право пренебрегло, мимо которых оно прошло, и даже теми, которые осуждаются правом».⁹ Эрлих хотел, чтобы этот тип юридической этнографии был детальной фиксацией, необходимой юристам и судьям для изучения того, что люди делают на самом деле. Действительно, в рамках своего знаменитого семинара

⁴ Hull N. E. H. Roscoe Pound and Karl Llewellyn. P. 43. — Халл ссылается на Паунда как на «основателя прогрессивистского прагматизма в школе права».

⁵ Ibid. P. 70.

⁶ Ehrlich E. Fundamental Principles of the Sociology of Law. New Brunswick, 1936. Ch. 5.

⁷ Ziegert K. A. The Sociology behind Eugen Ehrlich's Sociology of Law // International Journal of the Sociology of Law. 1979. Vol. 7. P. 239. — Цигерт определяет два основных метода Эрлиха как историографический и опросный. Я вижу методы Эрлиха немного иначе в отличие от того, как их представил Цигерт.

⁸ Ehrlich E. Fundamental Principles of the Sociology of Law. P. 493.

⁹ Ibid.

по живому праву, который Эрлих вел в Черновицком университете в 1909–1910 гг., он предложил учить студентов тому, как собирать эмпирические данные о социальных практиках и обычнностях многонационального населения Буковины, чтобы понять детали реальной жизни и занести эти детали в свои наблюдения.¹⁰ Спустя сотню лет мы можем найти отражения концепции Эрлиха о том, что знание о праве может быть получено из эмпирического изучения, в развивающемся интеллектуальном тренде — *новом правовом реализме*, одним из ключевых принципов которого является количественный и качественный эмпирический анализ при исследовании права в каждодневной жизни людей.¹¹

Первая конференция по новому правовому реализму была проведена в 2004 г. в Висконсинском университете — месте, где существует долгая и крепкая традиция социолого-правовых исследований. Одним из тех, кто присутствовал на этой первой конференции, был профессор Висконсинского университета Стюарт Макулэй (*Stewart Macaulay*). Отслеживая историческую родословную нового правового реализма, Макулэй отмечает, что в Висконсине в конце 1950-х — начале 1960-х гг. профессора и студенты «явно принимали Эрлиха во внимание», и они «знали о Паунде меньше, чем об Эрлихе».¹² Что касается самого Макулэя, то он утверждает: «Я уверен, что высокая оценка Эрлиха в нашей университетской среде в Висконсине оказала на меня влияние».¹³ Однако влияние, кажется, было более выражено в отношении концепции Эрлиха о живом праве, чем в отношении его приверженности текстуальному анализу и этнографии в эмпирическом изучении действующего права. И в то время как новый правовой реализм на этой ранней стадии развития в части эмпирических приемов может многому научиться у Эрлиха, это направление уже ушло далеко вперед всего

¹⁰ *Eppinger M. Governing in the Vernacular: Eugen Ehrlich and Late Habsburg Ethnography // Living Law: Reconsidering Eugen Ehrlich / ed. M. Hertogh. Oxford, 2009. P. 41.* — См. также: *Ziegert K. A. World Society, Nation State and Living Law in the Twenty-first Century // Ibid. P. 232.* — Эрлих сочетал свои собственные наблюдения в сфере обычного права с использованием опросов (*Ziegert K. A. The Sociology behind Eugen Ehrlich's Sociology of Law. P. 227*).

¹¹ Два других ключевых принципа — вопрос соответствия, или «трансляции», между правом и социальной наукой и подход «снизу вверх», который предполагает изучение права с «нижнего» уровня (в отношении иерархий и организации управления и правовой, и социальной системы).

Подробнее об этом развивающемся правовом движении см.: www.newlegalrealism.org. — По информации, приведенной на веб-сайте, новый правовой реализм «продвигает скрупулезный и подлинный междисциплинарный подход к изучению права в действии. Профессора права и юристы зачастую обращаются к социально-научным исследованиям для разрешения юридических проблем, но они обычно делают это без достаточного социально-научного изучения или экспертизы. Вместе с тем ученые-социологи, которые изучают юридические вопросы, могут ошибиться в определении специфических требований права и политики, что приводит к ошибкам в попытках применить социальную науку к проблемам «реального мира». Новый правовой реализм сфокусирован на развитии лучших, более проработанных связей между правом и социальной наукой. Это особенно важно потому, что право все больше обращается к социальной науке для руководства в критических политико-правовых вопросах. Небрежная или неточная междисциплинарная связка может иметь серьезные социальные последствия». По отдельным вопросам, посвященным новому правовому реализму, см. специальные номера журналов: *Wisconsin Law Review. 2005; Law & Social Inquiry. 2006. N 31.*

¹² *Macaulay S. The New Versus the Old Legal Realism: Things Ain't What They Used To Be // Wisconsin Law Review. 2005. P. 387.*

¹³ *Ibid. P. 388.*

того, что Эрлих мог бы дать в части концептуализации социальных союзов и подводных камней текстуального анализа и правовой этнографии. Например, представитель нового правового реализма антрополог Салли Энгл Мэрри (*Sally Engle Merry*) вполне творчески применила «детерриториализованную этнографию» при изучении «свободных мест» (например, конференции ООН, деятельность транснациональных негосударственных организаций и др.), где «мировые, национальные и местные процессы проявляются в социальной жизни малых групп». ¹⁴ Более того Майлс (*Miles*) и Санштайн (*Sunstein*) предостерегают, что само по себе внимательное изучение опубликованного юридического текста, такого как судебное решение, может привести к различным предубеждениям, учитывая то, что «такие решения могут не отражать сущности типового дела» и «скорее всего, будут преувеличивать действительный эффект судебной идеологии и другие характеристики». ¹⁵ Несмотря на строгость и ограничения их концепции и методов исследования в подчеркивании фактичности их данных, новые правовые реалисты более, чем Эрлих, используют факто-союзный подход к социально-правовой реальности.

В ходе дальнейшего развития этого обсуждения правового реализма во взаимосвязи с идеями Паунда и Эрлиха мы можем, соглашаясь с Марком Гертогом (*Marc Hertogh*), ¹⁶ предположить, что существуют отдельные «американская» и «европейская» концепции понимания правовой реальности. Американский стиль мышления, основывающийся на политико-прагматичном подходе, расценивает право как независимую переменную и в качестве основного вопроса ставит вопрос о том, как люди ощущают официальное право. Наоборот, европейская форма правового сознания, основывающаяся на фактически-групповом подходе Эрлиха, рассматривает право как зависимую переменную и в качестве ключевого ставит вопрос о том, что люди ощущают в качестве важных элементов права.

Разумеется, во многом опасно приравнивать какую-то отдельную идею (как американскую, так и европейскую) к правовой реальности целой страны или континента. Более того, Гертог не определяет исторические или культурные факторы, которыми были выработаны эти правовые реальности. Но прав ли он в том, что американское правосознание основывается в основном на политическом и прагматическом образах действий, с помощью которых люди воспринимают право — его природу и функции? Учитывая то, что ценности Соединенных Штатов уходят корнями в принцип, который Талкотт Парсонс называл «инструментальный активизм», ¹⁷ и что этот принцип исторически сформировал американский дух, становится ясным, что американцы предрасположены воспринимать право с инструментальной точки зрения. Так сказать, они чувствуют себя обязанными применять его в соответствии с полезными политическими целями. В этом отношении прагматическая идея Паунда о социальной инженерии посредством официального права либеральной демократии, а также его интерес к праву в действии полностью совпадают с принципом американской культуры — инструментальным активизмом.

¹⁴ *Merry S. E. New Legal Realism and the Ethnography of Transnational Law // Law & Social Inquiry. 2006. Vol. 31. P. 980.*

¹⁵ *Miles T. J., Sunstein C. R. The New Legal Realism // The University of Chicago Law Review. 2008. Vol. 75. P. 841.*

¹⁶ *Hertogh M. A European Conception of Legal Consciousness: Rediscovering Eugen Ehrlich // Journal of Law and Society. 2004. Vol. 31. P. 457–481.*

¹⁷ *Parsons T. American Society: A Theory of the Societal Community. Boulder, 2007.*

Гертог также прав в том, что сегодня необходима социология права, которая рассматривала бы как правовой порядок политически созданного общества, так и рефлексию права у людей — их собственные идеи и ожидания от права: «Важный шаг вперед в развитии изучения правосознания может заключаться в попытке интегрировать “американскую” и “европейскую” концепции правосознания. В свете того, что оба взгляда — это стороны одной монеты. То, как люди думают об “официальном” праве, тесно связано с тем, что они сами воспринимают в качестве права. Также собственное понимание права и справедливости у людей нельзя увидеть в полной изоляции от их отношения к “официальному” праву».¹⁸

Я полагаю, что индивидуально-субъективный подход к правовой реальности Петражицкого, интерпретированный определенным образом, может стать мостом между двумя указанными формами правосознания. Но чтобы достичь этого, нам необходимо обратиться ко второму связанному с ним доминантному принципу американской культуры, который Парсонс определяет как «институциональный индивидуализм».¹⁹ Эта фундаментальная ценность, с одной стороны, обязывает индивидов действовать в целях улучшения общества, а с другой — регулирует такой активизм через правопорядок. Говоря словами Петражицкого и Паунда, в американской правовой действительности преобладают активные импульсы, которые политически ориентированы на прогрессивное социальное преобразование и контролируются требованиями прав и обязанностей. Другими словами, американцы и в качестве владельцев недвижимости, и как частные граждане чувствуют, что их гражданской долг — принимать активное участие в государственной политике в целях осуществления и защиты своих конституционных свобод, которые обеспечат их индивидуальную автономию. Концептуализируя правовую действительность таким образом, мы можем увидеть связь между официальным и живым правом — эта связь всегда была частью американского опыта.

Правовой реформизм. Для Петражицкого социальные изменения должны быть проведены через определенный тип рационального законодательства, который он определяет как «правовую политику», и ее важнейшая задача состоит в определении того, как правовое регулирование может эффективно влиять на социальные отношения.²⁰ Правовая политика — это эмпирическая наука, которая состоит из телеологических рекомендаций, выведенных из наблюдений, опыта и научных прогнозов. Эти рекомендации направлены на то, чтобы обучить людей, как добиться определенных явлений и предотвратить возникновение других в соответствии с целями и нуждами [общества],²¹ и вытекают из мотивирующего и образовательного влияния права. Так, право может сформировать поведение и социальные отношения, во-первых, призывая людей выполнять их обязанности и вести себя соответственно с обоснованными требованиями других и, во-вторых, социализируя их через постоянное внедрение правовых норм, которые придают силу общепринятым мыслительным конструкциям и образцам поведения (и устраняют другие, негативные).

Высшая цель социального развития посредством правовой политики для Петражицкого — это достижение «действенной и разумной любви»

¹⁸ Hertogh M. A European Conception of Legal Consciousness. P. 480.

¹⁹ Parsons T. American Society: A Theory of the Societal Community.

²⁰ Kojder A. Legal Policy: The Contribution of Leon Petrazycki // Polish Sociological Review. 1994. Vol. 106. P. 155–163.

²¹ Ibid. P. 68.

между всеми человеческими существами. Эта идея «всечеловеческого милосердия» — объект веры, непроверяемая «сверхценность», которая должна быть использована как абсолют и не подвергаться сомнению в качестве стандарта при направлении действий законодателей.²² С точки зрения Петражицкого, действенная и разумная любовь достигается правовой политикой, которая через «систематическое этическое образование индивидов»²³ развивает и укрепляет аттрактивные эмоции и сопровождающие их доброжелательный нрав и милосердное поведение. Одновременно эгоистический настрой и вредные действия, ассоциирующиеся с чувствами отвращения, могут быть, в том числе посредством применения образовательных инициатив правовой политики, ослаблены и, в конце концов, искоренены. Таким образом, согласно Петражицкому, альтруизм широко распространится среди всего человечества и установит состояние универсальной человеческой любви (*universal human love*), которая однажды приведет к полному исчезновению права как такового.

Какие выводы мы можем сделать об идеях Петражицкого в отношении науки правовой политики спустя век после того, как он предложил их? Начнем с того, что важно признать: даже если его причудливые аргументы в отношении глобальной экспансии человеческой любви рассматривать в лучшем случае как знак неисправимого оптимизма, они все же имеют несомненную привлекательность для тех, кто стремится к лучшему миру и работает для его создания.²⁴ Действительно, зачастую дело со стремящимися (*striving*) обществами обстоит так, что можно перефразировать пословицу «Без видения люди гибнут» («*Without a vision, the people perish*»). В отсутствие пророческой традиции (базирующейся на провидении, соображениях *a priori* или практических основаниях) стремления и мотивации людей на лучшее будущее умрут.

Однако до того времени, когда универсальная любовь наступит, мы должны реалистично мириться с современным правом в его императивно-поведенческой форме, которая пробуждает в нас не только общежительные эмоции, связанные с аттракцией, но и те неприятные, которые связаны с отвращением. Заканчивая вышеупомянутую пословицу можно продолжить так: «...но счастливы те, кто соблюдает закон» («*but happy is he who keeps the law*»). Возможно идеи Петражицкого, в частности, в современном контексте преваляющего в США интереса к позитивной психологии и индустрии многомиллионного долларового счастья²⁵ (эта индустрия в большей части опирается на лекарства, психотерапию и книжки помощи-себе-сам), могут заставить социологов рассмотреть следующие

²² Sadurska R. Jurisprudence of Leon Petrazycki // American Journal of Jurisprudence. 1987. Vol. 32. P. 74.

²³ Ibid.

²⁴ Kojder A. Leon Petrazycki's Socio-Legal Ideas and their Contemporary Continuation // Journal of Classical Sociology. 2006. Vol. 6. P. 333–358.

²⁵ Судья Верховного Суда США Энтони Кеннеди (*Anthony Kennedy*) в своей лекции 2005 г. на национальной конференции о гражданстве определил, что, хотя есть «гедонистический компонент» в том, как американцы воспринимают счастье сейчас, создатели Декларации независимости в XVIII в. видели в «стремлении к счастью» неотъемлемое право, счастье имело более социальный и альтруистический подтекст. Это «означало чувство собственной ценности и достоинства, которые ты приобретал, привнося что-то в свое общество и его гражданскую жизнь». См. подробнее: *Heart of the Nation: Volunteering and America's Civic Spirit* / ed. J. M. Bridgeland. Landham, 2013. P. 36. — В этом смысле, возможно, мы находим большее счастье в осуществлении наших гражданских обязанностей, нежели в требовании наших прав.

вопросы: «Как может право увеличить наши позитивные эмоции аттракции и милосердные импульсы?», «Какую психологическую пользу право оказывает индивидам?». Опираясь на социологическую традицию, мы можем спросить: «Как может наука правовой политики Петражицкого, продолженная Паундом, “сделать возможным максимум того, что может быть сделано, для большего количества людей”?».²⁶

Паунд, на которого сильное влияние оказал социально-этический принцип американского философа-прагматика Уильяма Джеймса, заключающийся в том, что конечной целью является удовлетворение в любое время стольких требований, сколько возможно,²⁷ сильно расширил его в двух значимых направлениях. Во-первых, он отвел именно праву задачу удовлетворить столько требований (или интересов), сколько возможно, из всех требований, которые возможны. Однако, поскольку все желаемые ресурсы ограничены, требования людей в отношении товаров и объектов непременно вступят в конфликт или затронут такие же требования их соседей. В результате, говоря о частных случаях, Паунд рассматривает общую совокупность интересов, которые имеют большее значение в обществе в целом. Во-вторых, он утверждал, что балансирование социальных интересов и стабилизация плюралистического общества приводят к возникновению «фундаментальной проблемы юриспруденции», которая состоит в вопросе о том, как измерить или взвесить противоречащие социальные интересы.²⁸ Внимание Паунда к социальным интересам в политически-организованном обществе дополнило его социологическую юриспруденцию активистской составляющей: созданием систематической классификации различных реализованных в праве социальных интересов, которая будет иметь практическую пользу для социальной инженерии.

Но что можно сказать о фундаментальной проблеме социологической юриспруденции, которая является центральной в его социальной инженерии: что делать с практической сложностью поиска критериев для оценки конфликтующих социальных интересов? Все довольно просто — эта проблема была или проигнорирована, или неверно истолкована в социолого-правовых учениях. Несомненно, это произошло большей частью потому, что, как отмечал Паунд, «современная социология, используя строгую методологию, хотя и признает ценности, но строго исключает все, что расценивается как субъективное и ненаучное».²⁹

Хотя основной и довольно неопределенный руководящий принцип социологической юриспруденции состоял во включении в ее сферу наибольшего количества неотложных, давящих интересов, Паунд допускал, что «очевидно, никто не может уверенно говорить, как мы в конце концов оценим конкурирующие или перекрывающие друг друга интересы».³⁰ Сложность задачи судей и других юристов, действующих в качестве социальных инженеров, состоит в том, чтобы сформулировать обоснованную схему для оценки связанных достоинств различных интересов и, в конечном счете, прийти к социальному консенсусу через компромисс. Однако

²⁶ *Pound R.* Social Control through Law [1942]. New Brunswick, 1997. P. 64.

²⁷ *James W.* The Moral Philosopher and the Moral Life // Readings in Jurisprudence / ed. H. Hall. New York, 1938. P. 236–237.

²⁸ *Pound R.* Law and the Science of Law in Recent Theories // Yale Law Journal. 1934. Vol. 43. P. 534.

²⁹ *Pound R.* Jurisprudence. Vol. 1. St. Paul, 1959. P. 329.

³⁰ *Pound R.* Social Control through Law [1942]. P. 126.

сейчас могут быть предложены несколько шагов для начала разработки такой схемы.³¹

Во-первых, проведенный Паундом ограничительный анализ социальных интересов общества в целом является проблематичным, ведь реальная дилемма состоит в том, что отдельные социальные интересы, которые выгодны для некоторых индивидов или групп, могут быть невыгодными или даже ущербными для других индивидов или групп. Поэтому нужно рассматривать диапазон блоков, для которых отдельный социальный интерес имеет предопределенные последствия: для индивидов в разных статусах, для политических групп, для более крупного общества, культуры и т. д. Так, вместо того чтобы рассматривать общую сумму нужд всего общества, нужно рассмотреть *многообразие социальных интересов*, которые нуждаются в продвижении и защите. В более широком смысле ключевой вопрос таков: «Для кого это выгодно?».

Во-вторых, учитывая сложную проблему разделения связанных выгод и убытков в социальных интересах политически организованного мультикультурного общества, социологической юриспруденции нужно разработать способ оценки *чистого баланса суммы последствий*. Это требует знания аксиологически позитивных и негативных последствий, которые социальные интересы, как считается, имеют для находящихся в разной ситуации индивидов, групп, сегментов населения и для общества в целом.

В-третьих, возможно, что посредством такой оценки, находящейся за заданной точкой, эти позитивные и негативные последствия социальных интересов неизбежно приведут к более или менее *рассчитанным направлениям социальных изменений*. Подобный расчет важен при формировании и принятии правовой политики.

В-четвертых, нужно различать *планируемые (явные) и непланируемые (скрытые) последствия* социальных интересов.

В-пятых (в связи с предыдущим пунктом), нужны достаточная осведомленность и верное знание, чтобы *предугадать настолько, насколько это возможно, нежелательные последствия* социальных интересов.³²

В-шестых, должно быть уделено внимание *внутренним противоречиям и несоответствиям*, которые присутствуют в социальных интересах.³³

³¹ Первые пять предложений — это выжимка из функционального анализа социологии Роберта К. Мертона (*Robert K. Merton*). Действительно, суждение Паунда о социальных интересах и нуждах, являющихся центральными для социологической юриспруденции, и концепция функциональных императивов (требований), согласно которым общества имеют определенные базовые нужды, которые должны быть реализованы, являются центральными для функционализма и эпистемологически соседствующими (*Merton R. K. Social Theory and Social Structure*. New York, 1968). Другие важные вопросы, такие как необходимость транспарентности и способности различить прогрессивные и ретроградные стратегии, протест людей против их собственных социальных интересов (что требует рассмотрения персональной оценочной схемы), могут также быть предложены для данных целей. Я ограничу себя представленными здесь соображениями.

³² Детальный анализ данной стратегии, которая имеет огромный потенциал для правовой интервенции, см.: *Merton R. K. The Unanticipated Consequences of Purposeful Social Action // American Sociological Review*. 1936. Vol. 1. P. 894–904.

³³ Идея о внутреннем несоответствии не чужда сравнительной юриспруденции. Действительно, то, что я рассматриваю на уровне общества, верно и на текстуальном уровне; один из главных принципов критических правовых исследований заключается именно в том, что юридическая доктрина (включая законодательство о правах человека, которое определяет и защищает социальные интересы) сама по себе изобилует внутренними несоответствиями (*Kennedy D. The Political Significance of the Structure of the*

Рассмотрим, например, то, как американцы после событий 11 сентября, учитывая быстрое распространение разведывательных технологий, должны сейчас согласовывать интересы публичной безопасности и защиты гражданской свободы и частной жизни. Конечно, вес общественного мнения в отношении баланса безопасности и свободы будет меняться в зависимости от важных событий, например, взрыва бомб на Бостонском марафоне или раскрытия Эдвардом Дж. Сноуденом разведывательных программ Управления национальной безопасности. Напряженность и, таким образом, очевидное несоответствие между безопасностью и свободой также основываются на политической идеологии. Например, республиканцы исторически активно поддерживали интересы национальной безопасности и довольно скептически относятся к политике безопасности Обамы, однако недавний опрос показал, что 41 % республиканцев считает, что президентская антитеррористическая программа зашла слишком далеко.³⁴

Наконец, в оценке конкурирующих и перекрывающих друг друга интересов также должен быть рассмотрен *вопрос ложных выборов* — устранения среднего звена какого-то вопроса или закрытия возможности существования иных (более креативных) опций за пределами представленных.

Независимо от социальных интересов Паунда и их сравнительной оценки, его предложения по использованию права в качестве средства социальной инженерии были полностью проигнорированы юристами и социологами. И хотя Адам Подгорецки (*Adam Podgorecki*)³⁵ разделял идеи Петражицкого о реформистском использовании правовой политики в творческих направлениях, со стороны американских ученых не было подобных попыток в контексте общества США. Несомненно, представление Петражицкого о двусторонних правовых отношениях глубоко укоренено в американской психике. Однако его предложение сознательно закрепить в законодательстве основы милосердия будет воспринято с большим скептицизмом в стране с относительно слабой традицией социальной демократии, относительно сильной традицией классического либерализма и политикой невмешательства, которые, на первый взгляд, делают такие программы благополучия, как Акт о доступном здравоохранении (здоровоохранении Обамы, *Obamacare*), в лучшем случае выглядящими подозрительно, а в худшем — чрезмерно навязчивыми. Другой важный факт, который нужно отметить в отношении либерализма в Америке, состоит в том, что правовые реформы Паунда должны были быть реализованы ввне в заранее установленных рамках; он ни в коем случае не стремился изменить политическую идеологию. Однако к концу 1970-х гг. в праве появилось движение, которое призывало к социальным изменениям через трансформационную политику. Это были *критические правовые исследования*.³⁶

Приверженцы критических правовых исследований считают, что политическая власть оказывает влияние на процесс законотворчества и, что

Law School Curriculum // *Seton Hall Law Review*. 1981. Vol. 14. P. 1–16; *Tushnet M.* Critical Legal Studies and Constitutional Law: An Essay in Deconstruction // *Stanford Law Review*. 1984. Vol. 36. P. 623–647).

³⁴ [U. S. Voters Say Snowden Is Whistle-Blower, Not Traitor, Quinnipiac University National Poll Finds; Big Shift On Civil Liberties vs. Counter-Terrorism] // www.quinnipiac.edu/institutes-and-centers/polling-institute/national/release-detail?ReleaseID=1919.

³⁵ *Podgórecki A.* Sociotechnique // *The Polish Sociological Bulletin*. 1963. Vol. 2. P. 47–57. — См. также: *Podgórecki A.* Law and Society. London, 1974.

³⁶ *Trubek D. T.* Where the Action Is: Critical Legal Studies and Empiricism // *Stanford Law Review*. 1984. Vol. 36. P. 575–622.

более важно, на вынесение судебных решений. Это наблюдение с фундаментальной точки зрения является критикой либерализма, который предполагает, что право и политика — это полностью отделенные друг от друга явления и что судьи, как независимые арбитры, выносят судебные решения, свободные от политических и идеологических влияний.

Кроме того, критические правовые исследования (КПИ), совершенствуя социальную теорию, стремятся освободить людей от рыночного либерализма, который порождает социальное неравенство, различия в полномочиях, иерархию и другие социальные барьеры. Так, некоторые представители КПИ стремятся трансформировать либеральную правовую доктрину, а также подавляющие (*oppressive*) и эксплуататорские социальные и экономические порядки, которые она порождает через защиту частной собственности, свободы договора и самоопределения. Целью является создать «контрвидение» (*countervision*)³⁷ себя и общества.

Влияние и известность критических правовых исследований, кажется, ослабели в американском юридическом академическом сообществе начиная где-то с середины 1990-х гг. Есть много причин для такого положения дел,³⁸ в частности, одной из причин стало то, что предложения КПИ по социолого-правовым изменениям были попросту слишком неопределенны и утопичны для практического применения. Тем не менее сейчас, может быть, самое время для синтеза трансформационных политических действий КПИ-типа, соединенных со стратегиями правовых реформ Паунда и Петражицкого. В общих чертах указанное означает использование социальных интересов в качестве эвристики для формулирования правовой политики в целях политического преобразования институтов, которые способствуют неравенству в либеральной демократии.

Правовой плюрализм. Теперь я хочу обсудить, как по-разному и по разным причинам Паунд, Эрлих и Петражицкий воспринимали плюралистичный взгляд на право. Эти три взгляда я называю соответственно политическим, мультикультурным и перспективистским (*perspectivist*).

Для начала укажу, что Паунд был поглощен, как он сам остроумно говорил, «правопорядком политически организованного общества».³⁹ Это означало, что его юриспруденция вынуждала его подходить к обществу с административной точки зрения, т. е. как к политически созданному, и потому для него право имеет единственный источник: бюрократическое государство. Паунд был чрезвычайно увлечен политическими действиями различных групп интересов, которые составляют либеральное плюралистическое общество, и особенно — их соперничеством за скудные ресурсы. Вначале он обратился к политизированному обществу и превознес возможности судов как государственных учреждений по примирению конфликтующих требований между различными группами интересов.

Политический правовой плюрализм Паунда означает, что он [плюрализм] объясняет многообразие интересов среди различных групп политической активности в процессе их соперничества в либеральной демократии американского общества с его децентрализованным правительством и разветвленной судебной системой. Но представление Паунда о политическом правовом плюрализме, который является основой его

³⁷ Unger R. M. The Critical Legal Studies Movement // Harvard Law Review. 1985. Vol. 96. P. 563–675.

³⁸ По этому вопросу см.: Neacsu E. D. CLS Stands for Critical Legal Studies, If Anyone Remembers // Journal of Law and Policy. 2000. Vol. 8. P. 415–453.

³⁹ Pound R. Jurisprudence. Vol. 1. P. 345.

теории интересов, должно лучше встраиваться в структуру распределения политических сил. И в современной высокополяризованной американской политической обстановке с ее раздутым цинизмом по отношению к законотворческому и судебному процессам, объединенным с крайней бескомпромиссной пристрастностью, это представление должно быть расширено следующим образом. Во-первых, взгляд Паунда на право как отражение потребностей хорошо организованного общества, а также регулятора и примирителя людских конфликтов, требований и желаний должен быть рассмотрен на фоне *реальной политики* разнообразия, конфликта и принуждения, которые характеризуют американский законотворческий и судебный процессы. Во-вторых, право должно рассматриваться не в качестве независимого от частных интересов феномена, а как производное от этих интересов. В-третьих, право должно восприниматься не только как действующее во благо общества в целом, но и как представляющее определенные группы лоббистов, которые обладают властью воплотить свои интересы в публичной политике.⁴⁰

В качестве иллюстрации влияния, которое особые группы интересов могут оказывать на американскую политику, рассмотрим решение Верховного Суда США (*Citizens United v. Federal Election Commission*, 2010),⁴¹ которое разрешает юридическим лицам (включая некоммерческие), комитетам политических действий и профсоюзам осуществлять неограниченные финансовые пожертвования для поддержки политических кандидатов на региональных или федеральных выборах или для противостояния им. Подобное решение Верховного Суда упрощает группам с узкими целенаправленными интересами (не публичными или «социальными» интересами в том смысле, который вкладывал Паунд) путь к получению большего влияния на законотворческий процесс. Например, в выборном цикле 2012 г. Национальная стрелковая ассоциация (НСА) потратила более 25 млн долларов, в основном на рекламу в поддержку или против выборов американских сенаторов и представителей, в зависимости от того, могут ли они инициировать законопроект, воспринимаемый НСА как невыгодный.⁴²

Конкретным примером влияния НСА на законодательство, регулирующее обращение с оружием, является сентябрьская отмена выборов в Колорадо в 2013 г., которая отстранила от должностей двух депутатов-демократов. Два демократа, которые поддерживали углубленную проверку личности при покупке оружия и ограничение по количеству продаваемых боеприпасов до 15 зарядов, были заменены республиканцами, которые поддерживали оружейную промышленность. Коалиция «Мэры против незаконного оружия» (*Mayors Against Illegal Guns*), которая отстаивает ужесточение законов о продаже оружия, потратила примерно такую же сумму на поддержку демократов, как и НСА на противостояние им.⁴³

⁴⁰ По этому и другим вопросам см.: *Quinney R. Crime and Justice in Society*. Boston, 1969. — Представление о том, что правовой порядок активно поддерживает некоторые (политически могущественные) интересы за счет других, соотносится с общим положением критических правовых исследований о том, что «все право есть политика».

⁴¹ *Citizens United v. Federal Election Commission*. 558 U. S. 310 Supreme Court of the United States. 2010. LexisNexis Academic. Web. 19 Sept, 2013.

⁴² www.opensecrets.org/orgs/summary.php?id=D000000082&lname=National+Rifle+Assn.

⁴³ Судебный процесс также компрометируется, когда отдельным группам интересов разрешается осуществлять неограниченные программные пожертвования в региональных выборах судей, подрывая общественное доверие в честность и неподкупность судов. Несколько стратегий могут быть применены, чтобы противостоять этой тенденции.

В отличие от Паунда Эрлих, изучавший правовой порядок различных неоднородных групп населения Буковины, был сфокусирован на *мультикультурном* правовом плюрализме.⁴⁴ Так, для него общество состояло из отдельных общностей со своим правовым порядком, который в большинстве случаев свободен от сил государственного принуждения. Это означает, что право по определению является частью множества различных составляющих общества, в которых люди взаимодействуют, и что правовой плюрализм есть неотъемлемое качество культурно разнообразного общества.⁴⁵

Вопрос не только в том, что «дискуссии о правовом плюрализме зачастую ссылаются на работы Эрлиха»;⁴⁶ справедливо и то, что продолжающийся вклад Эрлиха основывается на его поддержке мультикультурного правового плюрализма — подхода, который Роджер Коттеррелл рассматривал в свете современной европейской культурной и правовой неоднородности.⁴⁷ Вызывает сожаление тот факт, что никаких заслуживающих сравнения исследований не было проведено в американском контексте. Идеи Эрлиха без труда применимы к Соединенным Штатам с их

Первая: оспариваемые выборы судей могут быть отменены и заменены оценочно-выборной системой, в которой судьи проверяются выборными комиссиями, назначаются губернатором, а затем проходят систему периодических перевыборов. В случае отказа от отмены оспариваемых выборов штаты могут ввести систему публичного финансирования предвыборных кампаний судей или принять строгие дисквалификационные правила, чтобы удостовериться в том, что судьи не председательствуют в делах, которые могут гипотетически повлиять на их объективность (*Skaggs A. Buying Justice: The Impact of Citizens United on Judicial Elections. New York, 2010*).

⁴⁴ Дэвид Нелкен отрицает идею о том, что Эрлих разрабатывал вопросы (мультикультурного) правового плюрализма, уходящего корнями в «этнические союзы». Нелкен считает, основываясь на примерах, приведенных Эрлихом в работе «Основоположение социологии права», что Эрлих интересовал правовой плюрализм, который развился из «союзов» (например, бизнес-союзов) в более общем смысле (*Nelken D. Law in Action or Living Law? Back to the Beginning in Sociology of Law // Legal Studies. 1984. Vol. 4. P. 157–174*). Однако Эрлих придавал большое значение социокультурному разнообразию Буковины — его демографически неоднородному населению, живущему бок о бок друг с другом, — и поэтому считается, что он отдавал должное правовому плюрализму. Как мы увидим далее, в случае с США в XXI в. мы имеем такой правовой плюрализм, который зачастую (хотя и не всегда) несет в себе этнический и расовый мультикультурализм.

⁴⁵ *Eppinger M. Governing in the Vernacular. P. 38–39.* — Концепция социальных союзов Эрлиха — как формальных, так и неформальных, длительных или краткосрочных — включает невозможно широкое разнообразие относительно (*relatively*) стабильных образцов или сетей социальных отношений (*relations*), начиная от контрактных правоотношений, семей, церквей, политических партий, корпораций, социальных классов и профессий и заканчивая городами, государствами, нациями и даже международными организациями наций. Я полагаю, что применительно к мультикультурному правовому плюрализму наиболее концептуально пригодным социальным союзом является расовый/этнический союз. Хотя идея союза создает различные дефинитивные проблемы (Что такое союз? Что создает союз?), он, несмотря ни на что, имеет длинную традицию и богатую историю в социологии и является более теоретически и эмпирически доступным в качестве концепта.

⁴⁶ *Nelken D. Ehrlich's Legacies: Back to the Future in the Sociology of Law? // Living Law: Reconsidering Eugen Ehrlich / ed. M. Hertogh.*

⁴⁷ *Cotterrell R. Living Law: Studies in Legal and Social Theory. Aldershot, 2008. P. 145–163.* — Коттеррелл показывает, каким образом работы Эрлиха могут сегодня служить путеводителем для решения вопросов правового регулирования напрямую в рамках осуществляющегося европейского проекта по политической, экономической и социальной интеграции.

множеством национальных меньшинств. Некоторые из этих общностей, обремененные бандитскими войнами, мало верят в правоприменение и суды как средство прекращения насилия. Пример, доступный нашему рассмотрению, — преимущественно населенный черными район в окрестностях Энгельвуда в Чикаго, число убийств в котором существенно превышает любой другой полицейский округ в городе. В Энгельвуде бывшие члены банд из землячества, называемые «прерывателями насилия» (*violence interrupters*), вмешиваются в конфликты до момента их эскалации. Основываясь на своем знании местных культурных норм (например, о силовом возмездии), «прерыватели» гасят столкновения, выступают посредниками в спорах и поддерживают мир на улицах без вмешательства полиции и официального права.⁴⁸

Несмотря на то что Петражицкий признавал, что правовое мышление может быть найдено среди представителей различных социальных групп (например, криминальных сообществ или отдельной страты населения),⁴⁹ он, тем не менее, отдавал предпочтение сознанию индивида, который испытывает импульсы прав и обязанностей в каждый конкретный момент, и по этой причине выступал за *перспективистский* правовой плюрализм. В самом деле, Петражицкий⁵⁰ перечисляет в качестве главных характеристик интуитивного права то, что это право отличается от индивида к индивиду, его содержание определяется состоянием и жизненным опытом каждого человека. Это означает, что «существует столько интуитивных прав, сколько существует индивидов».⁵¹

Перспективистский подход Петражицкого, возможно, находит наиболее полное выражение в некоторых из основных принципов и методов *критической теории рас*. Являясь расово ориентированным подходом понимания правовой реальности, критическая теория рас начинается с допущения, что расизм есть впитанная и укорененная особенность американского общества, а его культура преимущества белых подавляет цветных.⁵² Законодательство о гражданских правах и свободах, которое

⁴⁸ См. документальный фильм 2011 г. «*The Interrupters*» (<http://interrupters.kartemquin.com/about>). Основанный на постулате *центральности государства*, нормативный порядок общины Энгельвуд находится в середине континуума правового плюрализма. С одной стороны, в насильственные или потенциально насильственные ситуации вовлечены лишь члены общины («прерыватели», активные члены банд, руководящие лица), которые обладают первичным пониманием этого нормативного порядка. С другой стороны, нормативный порядок общины получил «официальное» признание федерального правительства и правительства штата (Иллинойс) в виде финансирования «прерывателей» и других антинасильственных программ. По вопросам центральности государства и правового плюрализма см.: *Griffith A. Legal Pluralism // Introduction to Law and Social Theory / eds. R. Banakar, M. Travers. Oxford, 2003. P. 289–310.*

⁴⁹ *Petrażycki L. Law and Morality [1955]. New Brunswick, 2011. P. 72–74.*

⁵⁰ *Ibid. P. 225–226.*

⁵¹ *Ibid. P. 226.* — Между правовым плюрализмом Петражицкого, Эрлиха и Паунда есть одна общая черта — они все подвержены правовому релятивизму. Релятивизм есть не только характеристика высокоиндивидуализированной субъективности в рамках психологического подхода Петражицкого; правовой плюрализм Эрлиха также представлен культурным разнообразием, а социальные интересы Паунда всегда отражают политическую ситуацию в конкретное время и в конкретном месте.

⁵² Общее введение в критическую теорию рас и собрание большинства наиболее значимых публикаций по теме см. в: *Critical Race Theory: The Cutting Edge / eds. R. Delgado, J. Stefancic. Philadelphia, 2000; Critical Race Theory: The Key Writings that Formed a Movement / eds. K. Crenshaw, N. Gotanda, G. Peller, K. Thomas. New York, 1995; Critical Race Theory: An Introduction / eds. R. Delgado, J. Stefancic. 2nd ed. New York, 2012.*

относится к черным и белым одинаково, может лишь ослабить наиболее явные формы несправедливости, такие как расистские высказывания и преступления, основанные на расовой ненависти. Институциональный расизм, однако, являясь более укорененным и распространенным в социальных и правовых системах, более стоек к искоренению.

Наиболее важными методами, используемыми учеными — представителями критической теории рас для разоблачения ежедневных расистских «микроагрессий»⁵³ по отношению к цветным, являются рассказывание (*storytelling*), контррассказывание (*counter-storytelling*) и анализ нарратива.⁵⁴ Через рассказывание историй, которые противопоставляются доминирующим в белом обществе метанарративам, закрепляющим в правовом сознании правовые и социальные устои как честные и нейтральные, последователи критической теории рас могут разрушить доминирующую правовую действительность и оспорить ее моральные основы. При использовании биографической или автобиографической информации последователи критической теории рас могут также озвучить свои собственные расовые переживания. Например, исследователь критической теории рас Патрисия Дж. Уильямс (*Patricia J. Williams*), будучи чернокожей женщиной-юристом, наряду со многими другими афроамериканцами часто воспринимает свою социальную и правовую жизнь как образец лишения в правах.⁵⁵ Она сравнивает различные случаи, происходившие с ней и Петером, ее белым другом, в процессе поиска съемной квартиры. Петер оставил депозит в размере 100 долларов наличными, не подписывал договор найма, не просил расписки от наймодателей, которые были ему незнакомы. Он смог успешно снять квартиру, основываясь на рукопожатии, доверии и добросовестности. Патрисия, чьи прежние опыты в бело-черных ситуациях были пропитаны недоверием, нашла съемную квартиру через друзей в здании, которым они владеют, подписала подробный, выработанный в результате длительных переговоров договор найма. Эти две качественно различные реальности, связанные с правоотношениями (Петер, который не хочет использовать свой потенциал как белого юриста; Патрисия, которая стремится к равенству в отношениях посредством защиты своих прав), указывают на тот факт, что у чернокожих в США чувство правомочности возникло не в результате доверительного отношения к белым, но в связи с защитой своих прав. В то время как императивно-аттрибутивная сделка Петера с наймодателями намекает на интуитивное право, а сделка Патрисии исходит из позитивного права, уникальный расовый опыт как Петера, так и Патрисии может быть уместен в рамках перспективистского подхода Петражицкого к правовому плюрализму. Понимая личный опыт прав и обязанностей так, как он описан в биографических рассказах, мы получаем более точное представление о вовлеченности каждого индивида в правоотношения в Америке.

Другая, более противоречивая стратегия критической теории рас расширяет мультикультурный взгляд Эрлиха на правовой плюрализм и адаптирует его к американскому обществу. Она основывается на аннулировании полномочий расистски ориентированного жюри присяжных,

⁵³ *Davis P. C.* Law as Microaggression // *Yale Law Journal*. 1989. Vol. 98. P. 1559–1577.

⁵⁴ *Delgado R.* Storytelling for Oppositionalists and Others: A Plea for Narrative // *Michigan Law Review*. 1989. Vol. 87. P. 2411–2441.

⁵⁵ *Williams P. J.* Alchemical Notes: Reconstructing Ideals from Deconstructed Rights // *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*. 1987. Vol. 22. P. 401–433.

как это предлагается бывшим федеральным прокурором Полом Батлером (*Paul Butler*).⁵⁶

Отталкиваясь от исходного факта, что значительное и непропорциональное число молодых афроамериканских мужчин находятся под той или иной формой уголовного надзора — либо в заключении либо под следствием, на испытательном сроке или под условным освобождением, — Батлер полагает, что чернокожие присяжные обладают моральным правом использовать доктрину аннулирования полномочий жюри и отказаться осуждать черных обвиняемых, которые, по их мнению, виновны в совершении ненасильственных преступлений. Довод Батлера состоит в том, что чернокожее сообщество выигрывает от того, что нарушители, совершившие ненасильственные преступления, остаются в обществе, а не попадают в тюрьму. Здесь мы видим, как сообщество может низлагать официальное право посредством самих положений официального права («нормы решений» в специфической терминологии Эрлиха), а толчок для подобного подрывного акта исходит из правил поведения в сообществе, которые возникают на основе расового сознания его членов.

Правовой эмотивизм. Достаточно широко известно, что Эрлих использовал каталог эмоций для отграничения правовых норм живого права от других типов неправовых норм, имеющих отношение к морали, этическим обычаям и правилам поведения.⁵⁷ «Различные виды норм освобождают различные оттенки чувств, — говорил Эрлих, — и разными чувствами мы реагируем на нарушение различных норм».⁵⁸ Правовая норма живого права уникальна в том смысле, что эмоциональная реакция, которую она пробуждает в людях при ее нарушении, есть *возмущение* (*revolt*). И хотя эмоциональный критерий Эрлиха обоснованно критиковался за его неточность и недостаток научной строгости,⁵⁹ он должен, тем не менее, быть принят ввиду того, что данный мыслитель наглядно исследовал реактивные (социальные) эмоции, что было правомерным социально-психологическим подходом.

Если под «возмущением» Эрлих понимал ответную реакцию отращения от правонарушения и преступника, то она является социально-эмоциональной реакцией по двум причинам. Во-первых, эта реакция социальна в смысле отражения, рефлексии и относимости: люди смотрят на

⁵⁶ *Butler P. Racially Based Jury Nullification: Black Power in the Criminal Justice System // Yale Law Journal. 1995. P. 677–725.* — Батлер объясняет, что аннулирование полномочий жюри возникает в том случае, когда жюри оправдывает подсудимого, который для жюри очевидно виновен во вменяемом ему преступлении. Вынося оправдательный вердикт, жюри отказывается быть связанным фактами дела или инструкциями судьи, касающимися права. Вместо этого жюри голосует, как того требует его совесть.

⁵⁷ Эрлих отсылает к своему эмоциональному каталогу с помощью туманного термина *opinio necessitatis* (лат. убежденность в необходимости). Как концепция, этот термин представляет собой диаметрально противоположную более известного юридического выражения *opinio juris sive necessitates* (лат. убежденность в правомерности или необходимости), или *веры* в то, что *действие* было совершено потому, что существовала юридическая обязанность. В противоположность этому *opinio necessitates* Эрлиха имеет более пассивное отношение, взаимодействуя не с убеждением и поведением, а с *реактивной эмоцией*.

⁵⁸ *Ehrlich E. Fundamental Principles of the Sociology of Law. New Brunswick, 1936. P. 165.*

⁵⁹ *Nelken D. Law in Action or Living Law? — См. также: Hertough M. From «Men of Files» to «Men of the Senses»: A Brief Characterisation of Eugen Ehrlich's Sociology of Law // Living Law: Reconsidering Eugen Ehrlich / ed. M. Hertough.*

правовую норму в связи с нарушителем, в соответствии с тем, как, по их мнению, они должны реагировать на нарушителя. Во-вторых, реакция отказа от действий, которые воспринимаются как «выходящие за пределы», демонстрирует социальное отторжение на том основании, что подобные асоциальные поступки угрожают социальным связям общества.

Возмущение и иные полутона чувств, которые Эрлих идентифицирует по нарушению неправовых норм (например, негодование, отвращение, неодобрение, осмеяние и острое чувство превосходства), являются поведенческими склонностями и поэтому не относятся к социальным эмоциям по Чарльзу Хортону Кули (*Charles Horton Cooley*),⁶⁰ который предпочитал определять их через корреспондирующие им сочувствие и самосознание. Но чувство возмущения по Эрлиху, безусловно, достаточно близко к пониманию человеческих эмоциональных реакций «враждебности» по отношению к нарушителю закона (и присутствующему желанию возмездия, усмирения и исключения) у Дж. Г. Миды (*G. H. Mead*),⁶¹ что ставит позицию Эрлиха в один ряд с почтенной традицией современной американской социальной психологии.

Петражицкий, однако, пошел дальше Эрлиха в установлении более ясной и определенной связи между ролью эмоций и правовым опытом. Соответственно, он выделяет четыре основных типа правовых эмоций: репульсия, аттракция, интуиция и обязательство.

Согласно Петражицкому, поведение, которое нарушает право, влечет проявление *репульсии* (испытываемой к чему-то уродливому, нечистому, отталкивающему и т. д.) по отношению к такому поведению.⁶² Но подобный эффект рекурсивен, ведь подобное отталкивающее поведение сдерживается законом и запрещено законом на будущее. С этой точки зрения право провоцирует в людях репульсии в форме «сдерживающих импульсов».⁶³ Другими словами, для Петражицкого негативное воздействие оказывает не только неправомерное поведение — право само пробуждает негативное воздействие и таким образом удерживает от неправомерного поведения (при этом Петражицкий не говорит, является ли последний тип правового воздействия случайными, частично ожидаемым или целенаправленным).

В противоположность репульсиям *аттрактивные* эмоции, которые включают «справедливость, правдивость, доброту, дружелюбность и уважение чужой свободы и собственности»,⁶⁴ ассоциируются с намерениями и действиями, которые приносят добро не только конкретной группе или даже персональному интересу индивида, но всему человечеству. Аттрактивные эмоции стремятся спровоцировать благотворительные импульсы и соответствующие им понятия любви, благодарности, симпатии и т. д. В своем наивысшем аксиологическом понимании благотворительные импульсы принимают форму всемирной любви — идеала, который, как мы все знаем, должен поощряться посредством правовой политики.

В эмоциональных взаимоотношениях дружбы и любви любое вмешательство внешнего авторитета официального права мыслится как неуместное и недопустимое. В таких взаимоотношениях вместо него господствует

⁶⁰ *Cooley C. H.* Human Nature and the Social Order. New York, 1902.

⁶¹ *Mead G. H.* The Psychology of Punitive Justice // *American Journal of Sociology*. 1918. Vol. 23. P. 577–602.

⁶² И возмущением у Эрлиха, и репульсией у Петражицкого характеризуется нарушение права; в любом случае, ими порождается *отторжение* со стороны общества.

⁶³ *Petrażycki L.* Law and Morality. P. 25.

⁶⁴ *Kojder A.* Leon Petrażycki's Socio-Legal Ideas and their Contemporary Continuation // *Journal of Classical Sociology*. 2006. Vol. 6. P. 340.

интуитивное право. Интуитивное право Петражицкого (которое он противопоставляет позитивному праву) состоит из «императивно-атрибутивных переживаний, не имеющих никакой связи с внешними авторитетами». ⁶⁵ Интуитивное право спонтанно, эмпирично, привычно, эластично, неписано, латентно и фактично. А интуиция как когнитивная эмоция, основанная на чувстве справедливости, является тем, что заряжает энергией и регулирует двустороннее состояние прав и обязанностей, свойственное всем правовым отношениям.

Более того, эмоциональные импульсы делают императивно-атрибутивные правовые отношения «обязывающими». К тому же, люди подчиняются правовым нормам и поддерживают их, потому что имеют обязательства друг перед другом; они чувствуют себя обязанными. Также право порождает императивный настрой, который заставляет людей взаимодействовать с учетом рассуждений о взаимных правах и обязанностях. По этой причине эмоциональное обязательство вынуждает людей осознавать свои права и выполнять свои обязательства в правоотношении. ⁶⁶

Я согласен с тем, что специфические рассуждения Петражицкого о субъективном сознании индивида и влияющих на него импульсов, мотивирующих правовое поведение, могут наложить серьезные ограничения на социально-правовую теорию, которой необходимо использовать категории отношений. По этой причине новые интерпретации идей Петражицкого необходимы для того, чтобы соответствовать современной обстановке, и могут быть достаточно плодотворны. Так, А. В. Поляков и М. В. Антонов использовали концепцию права Петражицкого и переработали ее в более широком плане с использованием социологического инструментария как систему общей нормативной (текстуальной) коммуникации. ⁶⁷ Однако, учитывая то, что подавляющий объем человеческого опыта касается эмоциональных связей, пределов влияния, которое люди оказывают друг на друга, недавние успехи в развитии учения о праве и эмоциях (*law-and-emotions scholarship*) могут извлечь значительную пользу из идей Петражицкого о чувстве репутации, аттракции и интуиции. ⁶⁸

В Соединенных Штатах движение, изучающее право и эмоции, которое развернулось в последние 10–15 лет, обсуждает широкий ряд эмоций, никогда ранее не изучавшихся теоретиками права: отвращение, месть, негодование, милосердие, злость, симпатия, сострадание, ненависть, раскаяние, счастье, вина, прощение, романтическая любовь, благодарность, надежда, страх, лояльность, скорбь, утрата, стыд, зависть, сожаление, сочувствие и др. ⁶⁹ Учение в данной сфере развивалось по

⁶⁵ *Petrażycki L. Law and Morality. P. 114.*

⁶⁶ Это чувство схоже с *opinio necessitatis* Эрлиха, которое отсылает к чувству, характеризующему подчинение социальной необходимости. Подробнее см.: *Cotterrell R. Ehrlich at the Edge of Empire: Centres and Peripheries // Living Law: Reconsidering Eugen Ehrlich / ed. M. Hertogh. — См. также: Cassese A. A Follow-Up: Forcible Humanitarian Countermeasures and Opinio Necessitatis // European Journal of International Law. 1999. Vol. 10. P. 797 (цитируется мнение Georges Scelle).*

⁶⁷ *Polyakov A. V., Antonov M. Leon Petrażycki's Legal Theory and Contemporary Problems of Law // Standing Tall: Hommages à Csaba Varga / ed. B. Melkevik. Budapest, 2012. P. 373–381.*

⁶⁸ Даже несмотря на то, что Петражицкий был, вероятно, первым правоведом, который всерьез рассматривал роль эмоций в праве и изучал как таковую дихотомию «причины/эмоции», он в настоящее время неизвештен в научной сфере права и эмоций.

⁶⁹ Спектр эмоциональных состояний по-настоящему обширен и включает в себя псевдоэмоции, такие как «замыкание», а также широкий спектр юридических проблем

экспоненте в указанное время.⁷⁰ Множество конференций, значительный объем академического сотрудничества, масса семинаров в юридических школах, симпозиумов внесли значительный вклад в дальнейшее развитие эмоциональной перспективы в праве.⁷¹

Можно говорить о двух основных аспектах, воспринятых учением о праве и эмоциях,⁷² к каждому из которых вкратце обращался Петражицкий более века назад. Первый содержит в себе важные составляющие для юридического воздействия — здесь исследуется, каким образом право может быть использовано для побуждения, изменения или предупреждения конкретных эмоциональных реакций. Такое случается, например, в тех судебных процессах, которые используют унижение в качестве устрашения, достигаемого путем возбуждения чувства стыда в нарушителях, совершивших незначительные правонарушения. В последние годы появляется тенденция, согласно которой порочащие наказания включают в себя обязанность нарушителей носить специальные знаки в публичных местах, признавать свои преступления и извиняться перед жертвами, а также предусматривают публикацию имен и адресов арестованных за домогательства к проституткам и требования для водителей, управлявших автомобилем в состоянии алкогольного опьянения, прикреплять к своим автомобилям специальные таблички, указывающие на то, что они были арестованы за вождение в пьяном виде.

Другим центральным аспектом учения о праве и эмоциях является изучение роли, которую эмоции играют в правовых процессах. Петражицкий использовал интуицию для того, чтобы обратиться к способу, которым каждодневные правовые нормы переживаются, а не для того, чтобы понять, как она влияет на принятие правовых решений. Но еще в 1929 г. Джозеф С. Хатчесон (*Joseph C. Hutcheson*)⁷³ изучал роль интуиции («предчувствия», как он это называл) в принятии решения. В этом смысле при анализе права и эмоций будет правильно учесть внутреннее влияние интуиции — инстинктивное чувство — не только в связи с правоприменением и судебным усмотрением, но и в связи с ежедневными *quid pro quo* отношениями, которые особенно чутки к соображениям справедливости.

и правовых сфер: смертная казнь, выбор жюри присяжных, гражданские права, уголовное право, семейное право, конституционное право и т. д.

⁷⁰ Литература по данному вопросу обширна и постоянно растет, но приведу основные и существенные источники: *The Passions of Law* / ed. S. A. Bandes. New York, 1999; *Kahan D. M. The Anatomy of Disgust in Criminal Law* // Michigan Law Review. 1998. Vol. 96. P. 1621–1657; *Abrams K. Barriers and Boundaries: Exploring Emotion in the Law of the Family* // Virginia Journal of Social Policy and the Law. 2009. Vol. 16. P. 301–321; *Sanger C. The Role and Reality of Emotions and Law* // William & Mary Journal of Women and Law. 2001. Vol. 8. P. 107–113; *Bandes S. A. Victims, «Closure», and the Sociology of Emotion* // Law and Contemporary Problems. 2009. Vol. 72. P. 1–26; *Emotion and the Law: Psychological Perspectives* / eds. B. H. Bornstein, R. L. Winder. New York, 2010.

⁷¹ Конференции по вопросам права и эмоций: Columbia Law School (1998), the University of Chicago Law School (1998, 2008), the University of California, Berkeley (2007). Доклады опубликованы: Chicago-Kent Law Review. 2000. Vol. 74; Law and Human Behavior. 2006. Vol. 30; Vermont Law Review. 2009. Vol. 33; Virginia Journal of Social Policy and the Law. 2009. Vol. 16.

⁷² *Abrams K., Keren H. Who's Afraid of the Emotions?* // Minnesota Law Review. 2010. Vol. 94. P. 1997–2074.

⁷³ *Hutcheson J. C. Jr. The Judgment Intuitive: The Function of the «Hunch» in Judicial Decision* // Cornell Law Quarterly. 1929. Vol. 14. P. 274–288.

Что касается Паунда, то за исключением попутных ссылок на идею о том, что право должно обозначать пределы «моральных чувств» развитого общества,⁷⁴ он не уделил явного или особого внимания роли этих чувств. Несмотря на это, если мы рассмотрим его центральный концепт социальных интересов подробнее, мы можем обнаружить латентную социальную психологию правового влияния.

Паунд часто описывает социальные интересы как «хотения» (*wants*) и «желания» (*desires*). И хотение, и желание являются чувствами (при этом желание является более сильным или страстным из них), которые пробуждают выразительные настроения, связанные со стремлением, надеждой или ожиданием. Более того, Паунд часто определял социальные интересы как «давление»; это означает, что названные хотения и желания нередко переживаются остро. В связи с тем, что достижение социальных интересов крайне важно, и по этой причине они должны быть удовлетворены политическим обществом, им придается статус юридических прав.

Эмоции зачастую играют центральную роль именно в процессах о заявлении и признании субъективных прав. В самом деле, Кэтрин Абрамс (*Kathryn Abrams*)⁷⁵ недавно выявила две группы эмоций, которые играют центральную роль при мобилизации требований, касающихся субъективных прав.

Первой является группа эмоций, которые отвечают на восприятие нарушения прав: гнев, возмущение и наиболее важная эмоция — негодование. Вспомним, например, как в 1980-х гг. группа защитников АСТ UP,⁷⁶ являющихся сторонниками мер прямого действия, делала ставку на эффективные демонстрации в целях выражения протеста против неспособности федерального правительства дать адекватный ответ эпидемии СПИДа. Эти демонстрации, питаемые негодованием, включали в себя оскорбительный политический спектакль, символические постановочные смерти, аресты и т. п.

Второй является группа эмоций, которые претенденты на право испытывают совместно: уважение, привязанность, доверие и надежда. В самом деле, пользуясь терминами Петражицкого, мы можем сказать, что эти эмоции *притяжения* возникают из чувства *обязанности*, которое претенденты на право испытывают к причине и друг другу. Короче говоря, обе группы эмоций, по словам Абрамс, имеют существенное значение в оживлении и поддержании обоих видов требования прав.

Закключение. Несомненно, ученые-юристы и студенты юридических школ в основном не заинтересованы в каком-либо анализе неюридических правовых норм. Это означает, что у них будет мало или совсем не будет причин (по крайней мере, на первый взгляд) для обращения к живому праву и «юридическим фактам» Эрлиха или интуитивному праву и эмоциональным импульсам Петражицкого. Если говорить о Паунде, то его концептуализация «права в действии» стала настолько общепризнанной мудростью права и социальных наук, что упоминание о ней излишне. А его пропаганда использования права как инструмента для социальной инженерии или даже как формы ограниченного правового вмешательства в то время,

⁷⁴ См., напр.: *Pound R. An Introduction to the Philosophy of Law* [1954]. New Brunswick, 1992.

⁷⁵ *Abrams K. Emotions in the Mobilization of Rights // Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*. 2011. Vol. 46. P. 551–589.

⁷⁶ АСТ UP (*AIDS Coalition to Unleash Power*) — общественная организация в США, выступающая в защиту прав больных СПИДом. — *Прим. пер.*

когда судебный активизм и государственное регулирование вызывают подозрение, найдет лишь ограниченный отзыв в политическом менталитете многих американцев. Несмотря на все это, надеюсь, что я вкратце показал, что идеи и методы этих трех мыслителей ранней социологии права сохраняют свою значимость в мерцающем свете современных социальных и юридических проблем, имеющих значение для общества Соединенных Штатов, включая следующие: типы правового сознания; эффективность правовой политики; оценка субъективных прав; эмпирическое изучение общностей, индивидов и документов с точки зрения права; политическая сила отдельных групп интересов; расово негармонирующие правоотношения; центральное место эмоций в правовой жизни.

Вынужден признать, что для того, чтобы указанные мыслители были созвучны с современным правовым и социальным миром, концепции и техники исследования Петражицкого, Эрлиха и Паунда должны быть осовременены, должным образом изменены. Я полагаю, что исходной точкой должна послужить организация идей вокруг четырех тем: правового реализма, правового реформизма, правового плюрализма и правового эмотивизма. Внимательное изучение этих тем в связи с интеллектуальными трендами нового правового реализма, критических правовых учений, критической теории рас, учения о праве и эмоциях предполагает взаимный пересмотр и синтез как классических тем, так и современных трендов.