

ПЕТРАЖИЦКИЙ И СОВРЕМЕННЫЕ СОЦИАЛЬНО-ПРАВОВЫЕ ИССЛЕДОВАНИЯ*

Р. КОТТЕРРЕЛЛ**

Работы Льва Петражицкого первых десятилетий XX в. занимают поразительно парадоксальную позицию в литературе юридического и социально-правового характера. Действительно, поляризация между имеющимися показателями их статуса — от превознесения как в высшей степени ценного вклада в знание, с одной стороны, до оценки как не заслуживающих внимания и малоизвестных, с другой стороны, — является, может быть, самой экстремальной в современной теории права. Поскольку большая часть работ Петражицкого остается не переведенной и, следовательно, недоступной для большинства зарубежных ученых, невозможно с уверенностью сделать окончательные выводы об общем значении его теории. Несомненно, хотелось бы видеть больше переводов его трудов на английский язык. Тем не менее те его работы, которые доступны международному научному сообществу, вместе со многими информативными и доступными комментариями к его идеям должны привлечь внимание к значительным достижениям Петражицкого как теоретика права. В этой статье были рассмотрены препятствия, которые в прошлом, возможно, ограничили его международное признание. Основная цель автора заключается в обосновании того, что мысль Петражицкого продолжает служить источником ценной информации, которая помогает понять важные современные проблемы социально-правовых исследований.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: социология права, Л. И. Петражицкий, социальный контроль, нормативный факт, интуитивное право, эмоциональная психология.



Коттеррелл Роджер,
профессор теории права,
Лондонский университет,
Великобритания

* 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 В. С. Дорохина (v.dorohin@yandex.ru), И. И. Осветимской (osv.iya@yandex.ru), под науч. ред. М. В. Антонова (mantonov@hse.ru).

** Roger Cotterrell — Professor of Legal Theory at University of London, Great Britain.
E-mail: r.b.m.cotterrell@qmul.ac.uk

© Roger Cotterrell, 2013

© Дорохин В. С., Осветимская И. И., перевод на русский язык, 2013

© Антонов М. В., редакция перевода, 2013

COTTERRELL R. PETRAŽYCKI AND CONTEMPORARY SOCIO-LEGAL STUDIES

Leon Petrażycki's work from the early decades of the twentieth century holds a strikingly paradoxical position in the literature of legal and socio-legal nature. Indeed, the polarisation between available indicators of their status — they are declared to be a supremely valuable contribution to knowledge, on the one hand, and, they are widely neglected and little known, on the other hand, — may be the most extreme in the modern legal theory. Since most of Petrażycki's works are not translated and, therefore, inaccessible to the most international scholars, it is impossible to draw with certainty final conclusions about the overall significance of his theory. Undoubtedly, it would be desirable to have more of his writings translated into English. However, those of his works which are internationally available, together with many informative and accessible commentaries on his ideas, should draw attention to his great achievements as a theorist of law. This paper analyses the obstacles which might have limited his international recognition in the past. However, the main purpose of the author is to substantiate that Petrażycki's thought continues to be a source of valuable information which enables to understand important contemporary issues in socio-legal studies.

KEYWORDS: sociology of law, Leon Petrażycki, social control, normative fact, intuitive law, emotional psychology.

Введение. Работы Льва Петражицкого первых десятилетий XX в. занимают парадоксальное место в литературе юридического и социально-правового характера. Действительно, поляризация между имеющимися показателями статуса этих работ — от превознесения как в высшей степени ценного вклада в знание, с одной стороны, до оценки как не заслуживающих внимания и малоизвестных, с другой стороны, — является, может быть, самой экстремальной в современной теории права.

Верно то, что «его наследие привлекало и привлекает предыдущие и последующие поколения ученых».¹ Почти все, кто проводил серьезные исследования трудов Петражицкого (а таких исследователей было очень много на протяжении столетия), проявляли к нему глубокое уважение. Один из основных последователей Петражицкого середины прошлого века² называл его «возможно, величайшим ученым права в XX в.», а его работы «непревзойденными, с которыми вряд ли могут соперничать любые другие теории права и этики» той эпохи.³ Сегодня, читая Петражицкого более внимательно, трудно не быть ослепленным амбициозностью, глубиной и пронизательностью его мышления, а также многогранностью его интеллектуальных способностей.

Петражицкий предлагает не только систематическую и замысловатую правовую теорию, совершенно отличающуюся от тех, которые в настоящее время доминируют в юридической науке, но и оригинальную психологическую систему, находящуюся в основе данной правовой теории. Кроме того, он предлагает перспективу новой научной политики для прямой законодательной деятельности, выходящей далеко за пределы ее обычных прагматических целей. Этот мыслитель не забывает смотреть назад, чтобы определить долгосрочные, научно объяснимые, исторические тенденции

¹ *Kojder A.* Leon Petrażycki's Socio-legal Ideas and their Contemporary Continuation // *Journal of Classical Sociology.* 2006. N 6. P. 333.

² *Sorokin P.* *Leaves from a Russian Diary — and Thirty Years After.* Boston, 1950. P. 322.

³ *Sorokin P.* *Book Review* // *Harvard Law Review.* 1956. N 69. P. 1150.

правового развития, но при этом он смотрит вперед с высокоэтичным представлением о том, каким может быть по-настоящему цивилизованное общество будущего. Петражицкий выявляет множество неуловимых, психологически обоснованных аспектов соотношения права и морали. И он явно предвещает современные проблемы правового плюрализма, развивая одну из самых спорных дискуссий касательно этого явления в правовой литературе. Наконец, своеобразные идеи Петражицкого о природе социальной науки, представленные в основном в неопубликованных рукописях и в лекциях, были сделаны достоянием общественности уже благодаря его последователям.

Тем не менее этот огромный интеллектуальный проект не привлек обширного международного внимания, которого можно было бы ожидать. Вклад Петражицкого в изучение права и общества обоснованно называют «непризнанным»,⁴ и в международных дискуссиях по социально-правовым исследованиям (систематическим, эмпирически ориентированным исследованиям права как социального явления) его имя практически не упоминается. Его теория совершенно неизвестна большинству юристов и исследователей социально-правовой реальности в англоязычном мире.⁵ Он, конечно же, принадлежит к интеллектуальным культурам тех стран, где он строил свою карьеру, — в России (в Санкт-Петербурге между 1898 и 1917 гг.), а затем в Польше (в Варшаве до своей смерти в 1931 г.). Но он не относится к интеллектуальным культурам англоязычных стран, где социально-правовые исследования особенно процветали в последние полвека.

Высказывалось предположение, что «литературы о Петражицком не хватает»,⁶ но это странное замечание. Действительно, большая часть его работ доступна только на русском или польском языках, так что ученые, не владеющие этими языками, не могут комплексно оценить его работы. Но это вряд ли можно считать уважительной причиной для игнорирования основных идей Петражицкого.⁷ Несмотря на то что только одна работа Петражицкого легко доступна на английском языке в переводе Хью Бабба⁸ (опубликованная в 1955 г., она представляет собой около одной пятой части⁹ двух основных работ Петражицкого на русском языке), его творчество исследовали в своих статьях на английском и других языках русские и польские ученые. Тем не менее литература, в которой содержатся такие комментарии, очень разрознена. Часто слишком большое внимание

⁴ *Gella A.* An Unrecognized Social Theorist — *Petrażycki* // *Polish Review*. 1997. N 2 (22). P. 76; *Podgorecki A.* Unrecognized Father of Sociology of Law: Leon *Petrażycki* // *Law and Society Review*. 1980. N 15. P. 183–202.

⁵ О западной интерпретации идей Петражицкого см.: *Kojder A.* Leon *Petrażycki*'s Socio-legal Ideas and their Contemporary Continuation. P. 346. — Из более редких последних дискуссий: *Deflem M.* *Sociology of Law: Visions of a Scholarly Tradition*. Cambridge, 2008. P. 78–89; *Treviño A. J.* *Sociological Jurisprudence // An Introduction to Law and Social Theory* / eds. R. Banakar, M. Travers. 2nd ed. Oxford, 2013. — См. также: *Banakar R.* *Sociological Jurisprudence // An Introduction to Law and Social Theory*. 1st ed. Oxford, 2002.

⁶ *Peczenik A.* Leon *Petrażycki* and the Post-Realistic Jurisprudence // *Sociology and Jurisprudence of Leon Petrażycki* / ed. J. Gorecki. Urbana, 1975. P. 86.

⁷ Это, конечно, не отрицает того, что перевод большинства работ Петражицкого на английский язык был бы весьма полезен, особенно если бы выбор был сделан из работ, ориентированных на социально-правовую (а не философско-правовую) читательскую аудиторию. Центр внимания англоязычной философии права, безусловно, сейчас далек от проблем, поднимаемых Петражицким.

⁸ *Petrażycki L.* *Law and Morality*. Cambridge, Mass., 1955.

⁹ *Sorokin P.* Book Review. P. 1150.

уделяется повторению основных идей Петражицкого. Однако и это непрестанное повторение можно считать необходимым, потому что даже после долгих усилий в течение многих десятилетий вплоть до сегодняшнего дня идеи Петражицкого все еще не получили международного признания.

Эта статья посвящена анализу того, насколько теория Петражицкого, содержащаяся как в его сочинениях, так и в доступной для международной аудитории литературе о нем, может позволить проникнуть в суть современных социально-правовых исследований — не в качестве исторического фона, но как живая идея. Какие аспекты его творчества могут отвечать на основные современные вопросы и наполнять текущие дискурсы? Какие препятствия есть на данном пути? Чтобы ответить на данные вопросы, необходимо также понять, почему большинство международных ученых воздержались от увлечения его теоретическим наследием. Статья начинается с этого последнего вопроса.

Петражицкий в мире юристов. Так как в центре внимания Петражицкого находится теория права, можно было бы предположить, что наибольшее влияние его идеи будут иметь в юридическом мире — мире спекуляций и рациональных конструкций юристов в их профессиональной области. Но даже краткие комментарии к его правовой теории могут показать, почему ее социально-правовое значение больше, чем значение юридическое, и, в конечном счете, представляется самым важным для изучения в настоящее время (хотя эти два вида значимости не следует рассматривать как взаимоисключающие).

Петражицкий был полон решимости создать научно адекватную теорию права. По его мнению, адекватная теория — это теория, которая может быть применима ко всем явлениям в рамках того класса явлений, к которому она относится (но не к иным явлениям вне рамок данного класса). Такая теория требует от права строгой концептуальности. Утверждая, что все юридические концептуализации права (например, государственное право либо право, применяемое судами или иными официальными учреждениями) терпят неудачу в этом отношении, Петражицкий осмысляет право радикально иным путем — как нечто, существующее только в мышлении. Это особый вид *психического опыта* или импульс, двусторонний (активно-пассивный) опыт, который является *императивно-атрибутивным*. Иными словами, каждый индивидуальный правовой опыт сочетает в себе активный (атрибутивный) элемент права или притязания и пассивный (императивный) элемент обязательства или долга.¹⁰ Право отличается от морали тем, что в последней присутствует только императивный элемент долга, а атрибутивный элемент отсутствует.

Право как чисто ментальный опыт не имеет выражения в объективно наблюдаемой реальности, оно остается субъективным опытом каждого индивида. Но посредством психологической *проекции* этот опыт часто «экспортируется» таким образом, что понимается индивидами как норма, которая стоит в стороне от них и воздействует на них как будто извне. Строго говоря, все нормативные выражения права (например, законы, судебные решения) представляют собой всего лишь психические переживания, «проецируемые вовне и рассматриваемые в качестве объективной реальности».¹¹ Они являются «фантазмами». Однако там, где по различным

¹⁰ *Petrażycki L. Law and Morality. P. 47.*

¹¹ *Rudzinski A. W. Petrażycki's Significance for Contemporary Legal and Moral Theory // American Journal of Jurisprudence. 1976. N 21. P. 111.*

причинам эти проекции имеют тенденцию к униформизации (приобретают *широкое распространение* среди многих людей), они начинают выступать в качестве социальной реальности, а не только субъективных ощущений отдельных индивидов. Эти проекции затем зачастую воспринимаются как право, облеченное в нормы.

Часто (но, конечно, не всегда) психическое переживание права относится к «некоторому основанию или причине вне самого этого опыта»,¹² который Петражицкий называет *нормативным фактом*. Такие факты могут включать в себя любые авторитетные источники, которые признает индивид. Они дают содержание психологическим переживаниям права, фиксируя чувство притязания и долга. Право, возникающее в результате принятия индивидом нормативных фактов, Петражицкий называет *позитивным правом*; но важно понимать, что это не то, что юристы обычно понимают под *позитивным правом*. С одной стороны, нормативные факты могут охватывать намного большее число явлений, чем юридически признанные источники права (законодательство, судебные решения и т. д.), они могут не иметь какого-либо «официального» характера или не признаваться со стороны государства как юридически значимые. С другой стороны, нормативные факты имеют юридическое значение только в качестве элементов индивидуального психического правового опыта.

Так, по утверждению Петражицкого, которое должно смутить многих из его читателей-юристов, нормативные факты могут быть *чисто мнимыми*: договор с дьяволом может быть нормативным фактом, действующим для того, чтобы определить этические побуждения кого-то, кто верит в его существование. Там, где эти побуждения являются императивно-атрибутивными, они выступают в качестве примеров права. Действительно, если следовать теории Петражицкого, «один леший может заключить договор с другим».¹³ Право, которое не имеет отношения к нормативным фактам, Петражицкий называет *интуитивным правом*. В этом случае опыт притязания и долга возникает непосредственно в сознании человека без посредничества какой-либо признаваемой власти; таким образом, интуитивное право включает в себя чувство справедливости (которое может совпадать с позитивным правом, а может и не совпадать). Таким образом, Петражицкий представляет справедливость как чувство притязания и долга своего рода правом, существующим интуитивно в уме гражданина. В результате различие между понятием права и понятием справедливости рушится. Право как класс охватывает *все* императивно-атрибутивные опыты без исключения. Как отмечает один автор, определение права, данное Петражицким, — «возможно, самое широкое... из всех когда-либо предложенных».¹⁴

На данном этапе может показаться, что теория Петражицкого имеет мало прямых связей с юридическим мышлением. Лежащее в основе современной позитивистской юриспруденции различие между тем, каким (положительное) право является, и тем, каким оно должно быть (справедливость), стерто в понятии права, предложенном Петражицким. И даже позитивное право кажется ему лишь психическим переживанием, а не объективной данностью, которую исследуют юристы.

¹² Northrop F. S. C. The Complexity of Legal and Ethical Experience: Studies in the Method of Normative Subjects. Boston, 1959. P. 87.

¹³ Babb H. W. Petrazhitzkii: Theory of Law // Boston University Law Review. 1938. N 18. P. 518.

¹⁴ Motyka K. Leon Petrażycki: Challenge to Legal Orthodoxy. Lublin, 2007. P. 34.

Создается еще худшее впечатление, когда наряду с положительно-интуитивными различиями Петражицкий вводит совершенно иное различие между *официальным* и *неофициальным правом*. Официальное право есть право, «которое должно применяться и поддерживаться представителями государственной власти в соответствии с их обязанностью служить обществу».¹⁵ По крайней мере, здесь мы точно имеем дело с правом юристов. Тем не менее есть также неофициальное право, «которое не обладает такой значимостью в государстве».¹⁶ Представляется, что Петражицкий определяет официальное право как объективную социальную реальность (государственные служащие следят за его соблюдением), и это делает его явлением, которое юристы могут признать как обычную область права. Вместе с тем идея неофициального права, которое Петражицкий определяет только негативно, указывает на обширные горизонты «права» (такие как внутреннее регулирование в семье, в организациях и объединениях различных видов), которые юристы, как правило, не признают в качестве права.

С помощью понятия неофициального права Петражицкий противопоставляет государственное право *правовому плюрализму*, определяющему типы регулирования, которые с некоторых точек зрения (например, социологической) можно рассматривать как право, но с других (например, юридической) — нельзя. Таким образом, он ставит в центр своего творчества зачастую волнующую юристов идею многообразия эффективных режимов регулирования, сосуществующих в одном и том же месте и времени, сочетая ее с потенциальным разнообразием источников их авторитета.

Эта характеристика теории права Петражицкого безусловно демонстрирует, почему она вызвала сопротивление большинства изучавших ее юристов. Как описательная сторона права, она позволяет избежать нормативной оценки. Отсюда признание права в каждой из четырех выделяемых категорий и в их комбинациях. Эта теория не содержит суждения об общей ценности и достоверности любого из указанных видов права, оставляя этот вопрос для решения в каждой конкретной ситуации. Но такие оценки являются юридически фундаментальными. Создается впечатление, что теория права Петражицкого занимает интеллектуальную сферу, отличную от юриспруденции. Это впечатление верно. Однако его теория содержит много юридических идей, особенно в его размышлениях о проведении границ между правом и моралью и в рассуждениях об унифицирующих правовых тенденциях, различных видах правовых санкций и их развитии, значимости намерений и мотивов в праве, о месте третьих лиц в правовых спорах, а также о роли права в экономической жизни и в появлении структур политической власти.

Петражицкий среди социологов права. В свете вышеизложенного перспективы плодотворных размышлений на основе правовых исследований Петражицкого сегодня могут оказаться более значимыми в областях научных исследований, не связанных с юридическими проблемами, но направленных на изучение природы права эмпирическим путем как социального феномена с использованием ресурсов социальной науки. В конце концов, целью Петражицкого, как мы увидели, была разработка теории научного объяснения права, и в итоге он пришел к признанию важности социологической теории и социологического подхода к праву.

¹⁵ *Petrażycki L. Law and Morality. P. 139.*

¹⁶ *Ibid.*

Но представляется, что на этом пути есть препятствия. Они могут быть наилучшим образом выявлены, если обратить внимание на то, как три крупнейших западных социолога права, находившихся под сильным влиянием Петражицкого и пытавшихся применить его идеи, почувствовали необходимость внесения изменений или дополнений в его идеи. Важно отметить, что каждый из этих ученых (Питирим Сорокин и Николай Тимашев в Соединенных Штатах, Георгий Гурвич во Франции), как русскоговорящие коллеги или студенты Петражицкого в Санкт-Петербурге, имели особый доступ к его учению.

И Гурвич, и Сорокин задавались вопросом о том, может ли психологическая теория права Петражицкого иметь социологические перспективы. Сорокин считал необходимым защитить Петражицкого от критических замечаний в адрес «предполагаемой односторонности» его теории из-за ограничения реальности права психологическим опытом и из-за «предполагаемого пренебрежения объективной социальной формой» этой реальности, рассматриваемой Петражицким лишь в качестве проекции или фантазма.¹⁷ Сорокин настаивал на том, что «Петражицкий имел дело с межличностными, социальными формами права как реальности», объяснял, как возникает эта реальность. Проекция психических переживаний как норм позволяет им «объективироваться» или «экспортироваться»; затем они могут быть переданы (устно, письменно и т. д.); через такую коммуникацию они могут «рассеиваться среди многочисленных индивидов и групп», приобрести «социокультурные формы».¹⁸

Действительно, Петражицкий пишет о том, что неизбежные и потенциально опасные конфликты возникают в результате различного понимания смысла прав и обязанностей, поэтому их согласование имеет большое значение. В условиях такого конфликта или его угрозы они не могут оставаться чисто субъективными переживаниями каждого индивида. Они обнаруживают межличностный характер, за счет чего приобретают социальные черты. Различия между индивидуальными психическими переживаниями права должны быть устранены. Исходя из этого, как правило, признанное позитивное и официальное право может развиваться, а крупные структуры социальной и политической жизни (такие как государство и его органы) возникают¹⁹ как кристаллизация гармонизированных индивидуальных правовых опытов в форме социокультурной реальности. Таким образом, «объективные» социально-правовые феномены возникают как чисто индивидуальные психические явления. Развивая такие идеи, Сорокин отмечает, что он опирается на сочинения Петражицкого, на его лекции в Санкт-Петербурге (которые Сорокин имел возможность посещать) и на его неопубликованные труды. Все это является напоминанием о том, что многое из того, что Петражицкий писал по социологии, не было опубликовано и не уцелело.

В другом месте Сорокин более критически настроен к теории Петражицкого. Он утверждает, что теория Петражицкого не объясняет, почему люди имеют конкретные правовые убеждения, почему некоторые такие убеждения преобладают в определенных группах, но отсутствуют в других и почему в сложном обществе только некоторые правовые убеждения становятся официальным правом, в то время как другие подавляются или

¹⁷ *Sorokin P.* Book Review. P. 1153.

¹⁸ *Ibid.* P. 1155–1156.

¹⁹ *Petrażycki L.* Law and Morality. P. 112–113, 129–137.

преследуются. Если власть государства существует только в правовых убеждениях ее субъектов, почему люди продолжают признавать государственную власть, которую они презирают? Как и почему только несколько человек определяют, что является официальным правом? Петражицкий думал, что «право как фактор появляется главным образом в качестве простого канала, через который многочисленные неправовые силы находят свой общий выход», и что мощь этих сил определяет силу права.²⁰ Иными словами, существует много того, что психологическая теория права и государства не в силах объяснить, — для разрешения этих вопросов следует обратиться к социологии.

Позже, однако, Сорокин переосмыслил сущность правовой теории Петражицкого. Используя свои собственные социологические термины, подчеркивая «объективную» социальную реальность того, что он называл правовыми нормами, Сорокин расценивал их как «скелет, сердце и душу» каждой организованной группы, стремящейся создать внутри себя власть для осуществления контроля за их соблюдением.²¹ Таким образом, для Сорокина официальное право рассматривается не как всего лишь право, контролируемое органами государственной власти (т. е. не по Петражицкому). Это основной закон *любой организованной группы*, опирающейся на принудительную власть. Таким образом, делается попытка сохранить идею норм, основывающихся на правовых убеждениях, для того чтобы актуализировать необходимость их *социологического анализа как инструментов власти и контроля*. В то же время приверженность Петражицкого к радикальному правовому плюрализму поддерживается Сорокиным, потому что право находится в каждой организованной группе и пронизывает всю общественную жизнь.

Гурвич принимал (как и Сорокин) за психологическую основу права императивно-атрибутивный опыт, но настаивал, что социальный характер права должен быть подчеркнут таким образом, как, по его мнению, Петражицкий подчеркнуть его не смог. Рассматривая юридический опыт в качестве «необходимо коллективного опыта»,²² Гурвич расценивает его «как конвергентное признание ценностей членами группы», тем самым преодолевая «принципиальный недостаток Петражицкого... — трактовку права как явления индивидуального сознания».²³ Таким образом, вопреки мнению Петражицкого все право должно быть позитивным (в смысле, который Петражицкий придавал термину «позитивное право»), а нормативные факты, на которые оно опирается, должны «действительно существовать и воплощать духовные ценности»; они должны быть «объективной социальной реальностью»; в этом случае в теории упраздняется «субъективизм»;²⁴ все виды права полностью являются социальными явлениями, ни один из них не существует только в индивидуальных психических переживаниях. Гурвич расценивал «психологический индивидуализм» Петражицкого как то, что привело этого мыслителя к принятию слишком широкого спектра нормативных фактов (в том числе не имеющих социальной значимости) как

²⁰ Sorokin P. Contemporary Sociological Theories. New York, 1928. P. 704–705.

²¹ Sorokin P. The Organized Group (Institution) and Law-Norms // Interpretations of Legal Philosophies. Essays in Honor of Roscoe Pound / ed. P. Sayre. New York, 1947. P. 677, 679.

²² Gurvitch G. Sociology of Law. London, 1947. P. 45.

²³ Timasheff N. Introduction // Petrażycki L. Law and Morality. P. xxxiii.

²⁴ Gurvitch G. 1) Sociology of Law. P. 45–46, 75; 2) Le temps present et l'idée du droit social. Paris, 1931. P. 292; 3) L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit. Paris, 1935. P. 166.

юридически релевантных. Необходимая позитивность права — это то, что сводит вместе авторитет и эффективность регулирования в определенной социальной среде.²⁵

Таким образом, в то время как Сорокин был убежден, что наблюдаемое социально-правовое явление, которое может изучать социология права, возникает из отдельных правовых убеждений (как предполагал Петражицкий), Гурвич считал необходимым решительно отойти от Петражицкого и настаивал на том, что все правовые убеждения имеют встроенный *социальный* элемент. Гурвич при этом развивал свою собственную теорию, опираясь на обоснованный Петражицким отказ от представлений юристов о том, что ничто не может стать правом до тех пор, пока не будет признано государством, с энтузиазмом допуская, что существует много иных видов права.

Радикальный правовой плюрализм Петражицкого, Сорокина и особенно Гурвича (который выделял с социологической точки зрения весьма широкий спектр видов права), конечно, имеет большое преимущество, так как снабжает социально-правовое познание способами мышления о праве, полностью независимыми от юридических понятий. Таким образом, социологические подходы к правовой реальности не ограничиваются какой-либо юридической или «официальной» демаркацией границ права. По сути, социально-правовые исследования зачастую довольствовались принятием предположений юристов об этих границах. Возможно, это объясняется тем, что признание доминирования государственного права и действующей власти государственных органов (законодательных органов, судов и т. д.) казалось реалистичным для определения того, что должно считаться правом. Социология права Тимашева отражает такое мышление.²⁶ Он выступает за «более узкое понимание права», чем у Петражицкого, чтобы «подчеркнуть то, что правоприменение осуществляется политически организованным обществом»; Тимашев не видит «убедительного основания считать правовыми все те социальные явления, в которые вовлечены права и обязанности».²⁷ Для Тимашева задачей социологии права выступает изучение того, как поведение определяется правовыми нормами, понимание права как точки пересечения социальной власти и этики, которые представлены в сложных современных обществах государственным правом.²⁸

Эти различные идеи поклонников Петражицкого представляют интерес как хорошо документированные, исключительные попытки не только вступить в непосредственный контакт с его теорией, но и связать ее с проблемами социально-правового исследования. Взятые вместе, они выявляют проблемы либо, по крайней мере, неопределенности или пробелы в теории Петражицкого. Но важно отметить и то, что работы этих трех последователей Петражицкого сегодня также упускаются из вида в англоязычной социально-правовой науке. Их работы не так часто читаются, и это обедняет социально-правовые исследования.

Данная ситуация раскрывает более широкую проблему. Задачу чисто концептуального правового анализа (усилия, направленного на установление строго согласованной научной правовой концепции), которую Сорокин, Гурвич и Тимашев, возможно, восприняли от Петражицкого, эти

²⁵ *Gurvitch G.* Le temps present et l'idée du droit social. P. 292.

²⁶ *Schiff D. N. S.* Timasheff's Sociology of Law // *Modern Law Review.* 1981. N 44. P. 405.

²⁷ *Timasheff N. S.* Introduction. P. xxxvii.

²⁸ *Timasheff N. S.* An Introduction to the Sociology of Law. Westport, Conn., 1974.

авторы решали по-разному, но рассматривали как фундаментальную часть социологии права. Социально-правовые исследователи сегодня обычно оставляют задачу формулирования концепции права юристам и философам права. Они вообще не используют строгих определений права и четко очерченных правовых категорий — научно «адекватных» концепций, по терминологии Петражицкого. Вместо этого они, как правило, либо принимают юридические границы для выделения «правовой» сферы, либо используют временные, прагматичные понятия права, достаточные для конкретных проектов этих исследователей. Тщательно разработанная классификация видов права, предложенная следующими за Петражицким социологами (она почти полностью отличается от юридических классификаций), представляется лишь формальной для современных социально-правовых исследователей, фокус внимания которых, в любом случае, вероятнее всего, направлен на социальные действия и процессы. Концептуальный анализ Петражицкого не является частью основной повестки дня для современных социально-правовых исследований.

Остается только выяснить, что включает в себя эта современная повестка дня и как далеко могут влиять на нее отдельные аспекты теории Петражицкого — в той мере, в какой они доступны для международной аудитории.

Значение трудов Петражицкого для решения современных социально-правовых вопросов. Объем данной работы не позволяет провести анализ современных социально-правовых исследований; представляется возможным выявить только некоторые темы, в отношении которых, как мы предполагаем, идеи Петражицкого могут быть весьма актуальными.

После Петражицкого социология права превратилась в серьезное международное исследовательское поле, и по мере того как социологически ориентированные ученые все чаще сопротивлялись увязыванию своих методов и теорий исключительно с социологией (или любой другой общественной наукой) в качестве отдельной научной дисциплины, развивалась идея социально-правовых исследований. Это подразумевало готовность таких ученых искать понимание социального характера права на основе целого ряда дисциплин, сопротивляясь при этом конкретным дисциплинарным привязкам.

Все чаще побудительным мотивом социально-правового исследования является наблюдение — без предположения о каких-либо «существенных» характеристиках права, т. е. о множестве форм, которые использует современное государственное регулирование, и о различных способах, которыми это делается. Социально-правовое исследование сегодня изучает социальные последствия правового регулирования и социальные условия, которые производят их, опыт лиц, подвергающихся таковому регулированию, и лиц, осуществляющих его, а также практику и процедуры органов, создающих, интерпретирующих и применяющих право. Некоторые такие исследования направлены исключительно на право государства, а другие разделяют плюралистическую точку зрения, пытаются найти право, как это делал Петражицкий, во многих общественных отношениях, не затрагиваемых государственным правом.

Три момента, которые привлекли внимание современных социально-правовых ученых, как мне кажется, особенно важны при рассмотрении идей Петражицкого сегодня. Они таковы: 1) доминирование инструментальных концепций права; 2) влияние в большинстве сложных современных обществ культурного плюрализма или мультикультурализма; 3) рост транснационального права и новых форм международного права. В дальнейшем

каждый из них будет обсуждаться в их взаимосвязи с работами Петражицкого.

Юридический инструментализм. Современные социально-правовые исследования в течение последнего полувека в значительной степени были обусловлены и интенсивно продвигались через инструментальное видение права. Иначе говоря, право рассматривалось (не обязательно юристами, но, как правило, законодателями и администраторами) в качестве *инструмента управления*, средства выработки и осуществления политики, установления социальных целей, стимуляции и регулирования экономической жизни, формирования желательного поведения граждан. Наряду с этим право часто рассматривается в качестве *частного ресурса*: как инструмент, доступный для граждан, корпораций и прочих лиц в целях реализации и защиты своих интересов (в случае необходимости — в судебном порядке). Социально-правовая наука в целом, можно сказать, приняла этот инструментальный подход к праву, находя в этом аспекте основной признак права, даже рассматривая этот подход как безоговорочный взгляд на природу права.²⁹ На этой основе западные социально-правовые исследования процветали в качестве опоры правовой политики, особенно в борьбе с расовой и половой дискриминацией, в экономическом регулировании, организации социального обеспечения, поддержке семейной жизни и в борьбе с преступностью.

Трудно отрицать полезность эмпирических исследований по вопросу о последствиях правовой политики в этих и других областях. Исследования часто отождествляются с тем, что Роско Паунд называл «пределами эффективного судебного иска» и условиями, при которых право может или не может достичь результатов, преследуемых законодателями.³⁰ Но чисто инструментальный образ права также может быть подвергнут критике. Трактат права как лишь инструмента означает игнорирование вопроса о том, следует ли праву обладать качествами, которые позволяют ему самому существовать в качестве ценного социального явления, а не просто в силу того, что оно может быть использовано для достижения каких-либо целей. Петражицкий рассматривал императивно-атрибутивный характер права как *самостоятельную* ценность. Осознание права будет средством укоренения у лиц чувства собственного достоинства, самоуважения и твердости, уверенности, энергии и инициативы, «необходимых для жизни».³¹ Таким образом, если юридический опыт субъективных прав и обязанностей хорошо организован в социальных институтах, он может служить не только прагматичным или краткосрочным правительственным или частным целям, но и более значимым этическим задачам. В этом Петражицкий точен — право может быть как мощной воспитательной, так и движущей силой. Прибегая к терминологии, которую лишь немногие современные ученые мечтали бы использовать, Петражицкий предполагает, что право действительно может сделать из нас этически более совершенных людей.

Легко высмеивать такие заявления. Многие десятилетия эмпирических исследований показали пределы способности права в достижении желаемых результатов, причем в социально-правовой науке существует сильное сопротивление нравственным предписаниям любого рода. Но в литературе

²⁹ *Cotterrell R.* Spectres of Transnationalism: Changing Terrains of Sociology of Law // *Journal of Law and Society.* 2009. N 36. P. 488–491.

³⁰ *Pound R.* The Limits of Effective Legal Action. *International Journal of Ethics.* 1917. N 27. P. 150–167.

³¹ *Petrażycki L.* Law and Morality. P. 88–89.

можно заметить настойчивую критику переизбытка правового инструментализма на том основании, что он способен превратить право не более чем в оружие, которое может быть использовано социально-безответственным способом любым лицом или органом, которые смогут получить контроль над правом.³² Образ адвоката как «нанятой совести» хорошо знаком. Петражицкий ни в коем случае не выступает против использования права как инструмента политики — на самом деле он первым предложил идею науки правовой политики и широко ее развил.³³ Но его видение правовой политики заходит далеко за предположения современных социально-правовых исследований и кажется, на первый взгляд, поразительно наивным или странным. Он видит конечную задачу права в содействии «полному доминированию деятельной любви».³⁴ По сути, это означает продвижение социальной жизни, характеризующейся чертами солидарности, альтруизма, активной гражданской позиции, гражданского духа и социальной ответственности. С этой точки зрения право заключается в формировании не только поведения (с помощью стимулов и наказания), но и характера (через внедрение опыта долга и правомочия). Это — долгосрочные цели для закона, но они решают и насущные проблемы, например, чтобы: сделать официальное (государственное) право понятным и доступным для гражданина настолько, насколько это возможно; адаптировать его для психики тех, кто подвергается его воздействию; сделать его ярким и четким через реальные иллюстрации; реализовать его твердо и последовательно; конечная цель правовой политики состоит в том, чтобы сделать официальное право ненужным, поскольку более эффективной становится этическая регуляция социальной жизни.³⁵

Работы Петражицкого по науке правовой политики почти не представлены в переводе на английский язык. Но в той мере, в какой они доступны для меня, могу предположить, что Петражицкий указывает на идеи, являющиеся важным дополнением к тем представлениям, которые вдохновляют многие современные социально-правовые исследования. Это говорит о том, что социально-правовые исследования должны связать свои актуальные проблемы с изучением эффективности законодательства и правового опыта граждан, с более широким пониманием потенциального нравственного смысла права. В то время, когда право часто рассматривается как чисто технические исчисления, в отрыве от нравственного опыта граждан, голос Петражицкого целое столетие настаивает на том, что изучение права в действии может и должно руководствоваться видением того, как построить хорошо организованное и этическое общество.

Культурный плюрализм, интуитивное и позитивное право. Около 80 лет назад, прославляя акцент Петражицкого на правовом плюрализме, Гурвич отметил появление многих новых форм регулирования, которые юристам стало трудно игнорировать, — правовых институтов за рамками

³² См., напр.: *Tamanaha B. Z. Law as a Means to an End: Threat to the Rule of Law.* Cambridge, 2006.

³³ *Babb H. W. Petrazhitzkii: Science of Legal Policy and Theory of Law // Boston University Law Review.* 1937. N 17. P. 793–829. — См. также: *Gorecki J. Social Engineering through Law // Sociology and Jurisprudence of Leon Petrazycski.* Urbana, 1975.

³⁴ *Babb H. W. Petrazhitzkii: Science of Legal Policy and Theory of Law.* P. 810. — Эта идея отражает более широкое направление мысли в России времен Петражицкого, и это действительно стало центром социологии Питирима Сорокина (как «*Amitology*») в последней фазе его карьеры в Соединенных Штатах. См. также: *Johnston B. V. «Introduction» to P. Sorokin On the Practice of Sociology.* Chicago, 1998. P. 5, 42–49.

³⁵ *Babb H. W. Petrazhitzkii: Science of Legal Policy and Theory of Law.* P. 810, 826–828.

государственного права, существующих как внутри национального общества, так и в международной сфере.³⁶ В области внутригосударственного права он отметил регулирование трудовой деятельности, осуществляемое на предприятиях через процессы производственной демократии. Сегодня мы могли бы обдумывать, в частности, требования культурных меньшинств о юридическом признании своих религиозных или традиционных норм.

В большей части Западной Европы вопрос о хиджабе (о праве носить его или правовой обязанности не делать этого в определенных контекстах) вызвал огромное число исследований.³⁷ В более широком смысле претензии многих мусульман в моей стране, Британии, на эффективное юридическое признание их отличительных практик (например, брака, развода, наследования и торговли) привели к бесконечной дискуссии. Они часто ставят сложные проблемы перед государственными судами, сталкивающимися с необходимостью применения официального права (в смысле Петражицкого) к ситуациям и практикам, которые уже были сформированы и концептуализированы другими видами правовых идей. Зачастую это те идеи, которые получены за счет интерпретаций шариата или обычно-правовой практики конкретных культурных групп в рамках широкого национального общества.

Постоянный вопрос для долгих обсуждений заключается в том, должны ли эти идеи, которые могут обладать большим авторитетом и стабильно применяться в признающих их группах, в целом восприниматься как «право». Если да, то каким видом права оно может быть? Каково его отношение к официальному государственному праву? Как может быть понят его юридический статус? Кем оно должно быть принято в качестве права? Что может произойти, если некоторые группы в национальном обществе посчитают эти идеи правовыми, а другие — нет? Что произойдет, если оно не соответствует государственному праву или, возможно, несовместимо с ним?

Такие вопросы все чаще появляются в повседневной юридической практике. Государственно-организованное право в западных обществах может отказаться признавать полигамные браки, но как следует поступать со статусом женщин после распада полигамного брака, когда, будучи зависимыми и, возможно, обездоленными, они ищут финансовой поддержки от своих бывших мужей? Должно ли государственное право игнорировать их положение? В целом, как может правовое государство претендовать на регулирование семейной жизни в общинах, где пары вступают в брак (и, возможно, разводятся) под руководством религиозного, а не государственного права? Правовая теория Петражицкого позволяет решать такие вопросы с юридической точки зрения, прорубая брешь между жестким отграничением государственного права от всех других форм властного социального регулирования. Иск оставленной жены после распада полигамного брака, даже если он не основан на обращении к религиозному обычаю, можно интерпретировать с точки зрения интуитивного права (правосознания). Вполне может быть предъявлен иск, который обоснован отсылкой к «нормативному факту» религиозной или основанной на обычае власти. Как таковое, это требование будет основано на нормах позитивного права, независимо от того, признает ли государство это право. В Британии мусульманские третейские органы разрешают возбужденные перед ними семейные дела на основе своей интерпретации религиозных

³⁶ *Gurvitch G. Le temps present et l'idée du droit social. P. 164.*

³⁷ См., напр.: *The Burqa Affair across Europe: Between Public and Private Space / eds. A. Ferrari, S. Pastorelli. Farnham, 2013.*

и обычно-правовых источников, стремясь найти разумные решения в соответствии с ожиданиями общества, которому они стремятся служить. На практике в этих условиях можно наблюдать сосуществование всех видов права, описанных Петражицким (различные виды официального и неофициального, позитивного и интуитивного права, их комбинаций).

Идеи Петражицкого в области правовой политики могут предложить некоторые конкретные обязанности для официального права: поощрять условия, в которых все желающие могли бы преуспевать, поддерживать их чувство социальной ответственности в качестве активных граждан, а также коммуникацию и солидарность между общинами в обществе в целом, а также внутри самих общин. Юридико-плюралистические концепции Петражицкого не могут решить проблемы правового регулирования. Однако они позволяют увидеть, что радикальный, неразрешимый конфликт между различными экзистивными концепциями «права» можно заменить одной точкой зрения — той, которая принимает сосуществование различных видов права и необходимость содействия их взаимосвязи. Это означает, что относительная сила различных видов права должна признаваться и обеспечиваться так, чтобы общественные отношения регулировались практически, эффективно и, социально значимым образом.

Характер и авторитет транснационального регулирования. Петражицкий признавал международное право как реальность, но он вряд ли мог предвидеть широкий спектр различных режимов регулирования, которые существуют сегодня (например, международное торговое право, международное уголовное правосудие, международные права человека, международное финансовое регулирование и законодательство Европейского Союза). Международное право уже не обязательно ограничивается регулированием отношений между государствами. Оно может также напрямую обращаться к частным лицам (как, например, при преследовании преступников в международном уголовном праве) или косвенно формировать условия, в которых они живут и работают, как в случае международного экономического права, в частности права ВТО. Многие новые правовые нормы можно рассматривать не только как регулирующие отношения между государствами, но и как действующие параллельно или независимо от государственных границ; их часто называют транснациональным правом.

Некоторые подобные нормы возникают из договоров и конвенций между государствами, некоторые — из национальных законов, которые имеют эффект экстерриториальности, некоторые — из созидательной деятельности транснациональных корпораций, таких как бизнес-сети, в которых развивается международный коммерческий арбитраж (новый *lex mercatoria*), некоторые — из международных органов (например, из Всемирной торговой организации или Международного уголовного суда), утверждающих, что они независимы от национальных интересов. Некоторые правовые нормы возникают из транснациональных профессий, отраслей или входящих в группы интересов лиц, которые определяют «наилучшую практику» через создаваемые ими органы для того, чтобы установить единые стандарты.³⁸

Растущее значение транснационального права (в некоторых случаях его характеристика как «права» является спорной) поднимает вопрос о том, может ли правовой плюрализм Петражицкого помочь в анализе этого феномена. Многие транснациональные нормы не являются

³⁸ Cotterrell R. What is Transnational Law? // Law and Social Inquiry. 2012. N 37. P. 500–524.

официальным (государственным) правом в смысле Петражицкого, но оно иногда применяется официально признанными учреждениями (международными судами, регулирующими институтами, органами, устанавливающими стандарты). Они часто создаются и накладываются «сверху вниз» на тех, кого регулируют. Но некоторые из них создаются «снизу вверх», через взаимодействие тех, кому они служат (транснациональные трейдеры, финансисты, интернет-технологи и т. д.), — все это иногда называют «транснациональным частным правом».³⁹ Возникающие феномены являются не просто новой сферой права, а множеством правовых режимов, претендующих на различные виды авторитета, вытекающих из различных источников и осуществляющих регулирование по-разному.⁴⁰

Правовая теория Петражицкого учит тому, что многие формы позитивного права могут существовать вне государственного права. Такая перспектива дает возможность изобразить всю сложность универсума транснационального права в виде массива различных видов позитивного права. И если, как утверждал Сорокин, теория Петражицкого адекватно показывает, как право в виде межличностной социальной формы может возникнуть в результате гармонизации индивидуальных психологических переживаний, нетрудно понять, как правовые структуры могут появляться в результате взаимодействия социальных групп и сетей и общего признания нормативных фактов в качестве основы позитивного права. Разновидности транснационального позитивного права, созданного таким образом, могут вступать в различные отношения с государственным правом.

Отделяя идею позитивного права от официального государственного права, Петражицкий уводит нас от бесполезных дебатов относительно того, какие виды транснационального регулирования должны быть признаны в качестве права. Вместо этого ставятся следующие вопросы: как эти различные виды права соотносятся между собой; откуда они черпают свой этический смысл как структура прав и обязанностей; что дает им власть над теми лицами, поведение которых они должны регулировать? В конечном счете, ключевой юридический вопрос заключается в определении того, каков их авторитет относительно друг друга в ситуациях, когда эти виды права сталкиваются, имея целью регулирование поведения одних и тех же людей, ситуаций или операций.

Конечно, предложенное Петражицким видение права полезно. Оно дает возможность сосредоточиться на практическом авторитете права, а не на его абстрактном определении. Но при этом важно помнить заявление Сорокина о том, что важные вопросы неудовлетворительно разрешены в психологической теории Петражицкого. Официальное право часто далеко от отдельных граждан. Хотя они могут признать нормативные факты, которые допускают действие данного права, эти нормативные факты не обязательно будут собственным выбором этих граждан. Психологическая теория права может показать, как некое право принимает социальную форму для развития юридического опыта индивидов, взаимодействующих и общающихся друг с другом. Но, конечно, важно социологически установить, как официальное право оказывает свои «психические эффекты»,⁴¹ как

³⁹ Callies G.-P., Zumbansen P. *Rough Consensus and Running Code: A Theory of Transnational Private Law*. Oxford, 2010.

⁴⁰ Cotterrell R. *Transnational Communities and the Concept of Law* // *Ratio Juris*. 2008. N 21. P. 1–18.

⁴¹ Pałeckki K. *Leon Petrażycki: Sociology and Legal Sciences* // *Masters of Polish Sociology* / ed. P. Sztompka. Wrocław, 1984. P. 137.

оно обретает принудительную силу в отношении лиц, которые имели мало влияния на его создание, как формируется авторитет государства, как в различных условиях он поддерживается, оспаривается или ниспровергается. Официальное право, резко заявляет Карл Оливекрона, «не может быть сведено к психическим переживаниям, к “правоубеждениям”»;⁴² но, может быть, правильнее сказать, что оно не может быть сведено к убеждениям всех граждан в целом.⁴³ Его природа требует социологического объяснения. Если эти вопросы имеют отношение к государственному праву, тем более они имеют значение для тех видов транснационального права, которые создаются на основе соглашения между государствами (договоры, конвенции), — это те процессы, в которых большинство граждан не принимают активного участия.

Невозможно сказать больше на основе имеющихся у меня материалов — эти вопросы остаются нерешенными. Представляется возможным сделать следующий вывод. Теория Петражицкого указывает на важную идею о том, что большая часть транснационального права может быть понята как право, созданное в транснациональной коммуникации между людьми в группах, организациях и сетях. Это взаимодействие и коммуникация порождают принимающее различные формы позитивное право как социально-культурное явление. Так, транснациональное право как общественная форма может быть введено «снизу вверх». Здесь легко увидеть, где лежит источник его авторитета. Мы могли бы сказать, что этот источник находится в культуре тех лиц, которые взаимодействуют, чтобы создать данное право; этот источник можно назвать культурным авторитетом. Но проблема того, откуда право, введенное «сверху вниз» (например, международное право, созданное конвенциями), получает соответствующие полномочия, как кажется, остается непроясненной. Откуда проистекает правотворческая власть, например, Всемирной торговой организации? Проблема здесь сравнима с той, на которую указано выше применительно к отношению Петражицкого к государственному праву. Зависит ли создание права «сверху вниз» полностью от поддержки правительств национальных государств, которые одобряют решения органов международного права или результаты международных судебных процессов? Если это так, то авторитет, поддерживающий данный вид транснационального права, оказывается не культурным, а политическим. Транснациональное право в настоящее время демонстрирует непростую комбинацию двух очень разных видов авторитета, на которых оно основывается.⁴⁴

Заключение. Поскольку большая часть работ Петражицкого остается непереуведенной и, следовательно, недоступной для большинства зарубежных ученых, невозможно с уверенностью сделать окончательные выводы об общем значении его теории. Несомненно, хотелось бы видеть больше

⁴² Olivecrona K. Is a Sociological Explanation of Law Possible? // *Theoria*. 1948. N 14. P. 178.

⁴³ Pałeckі K. Leon Petrażycki: Sociology and Legal Sciences. P. 150. — Отсюда были выдвинуты соображения о том, что (социальная) категория официального права Петражицкого не может быть получена на основании его (индивидуалистического) психологического определения права: *Mołyka K.* 1) Leon Petrażycki: Challenge to Legal Orthodoxy. P. 37; 2) *Law and Sociology: The Petrażyckian Perspective* // *Law and Sociology* / ed. M. Freeman. Oxford, 2006; *Peczenik A.* Leon Petrażycki and the Post-Realistic Jurisprudence. P. 94.

⁴⁴ Cotterrell R. Transnational Networks of Community and International Economic Law // *Socio-Legal Approaches to International Economic Law: Text, Context, Subtext* / ed. A. Perry-Kessaris. London, 2013.

переводов его трудов на английский язык. Тем не менее те его работы, которые доступны международному научному сообществу, вместе со многими информативными и доступными комментариями к его идеям должны привести к широкому признанию значительных достижений Петражицкого как теоретика права. В этой статье были рассмотрены препятствия, которые в прошлом, возможно, ограничили его международное признание. Тем не менее наша основная цель здесь заключается в том, чтобы показать, что через столетие после того, как Петражицкий писал свои труды, его мысль продолжает служить источником ценной информации, помогающей понять важные современные проблемы социально-правовых исследований.