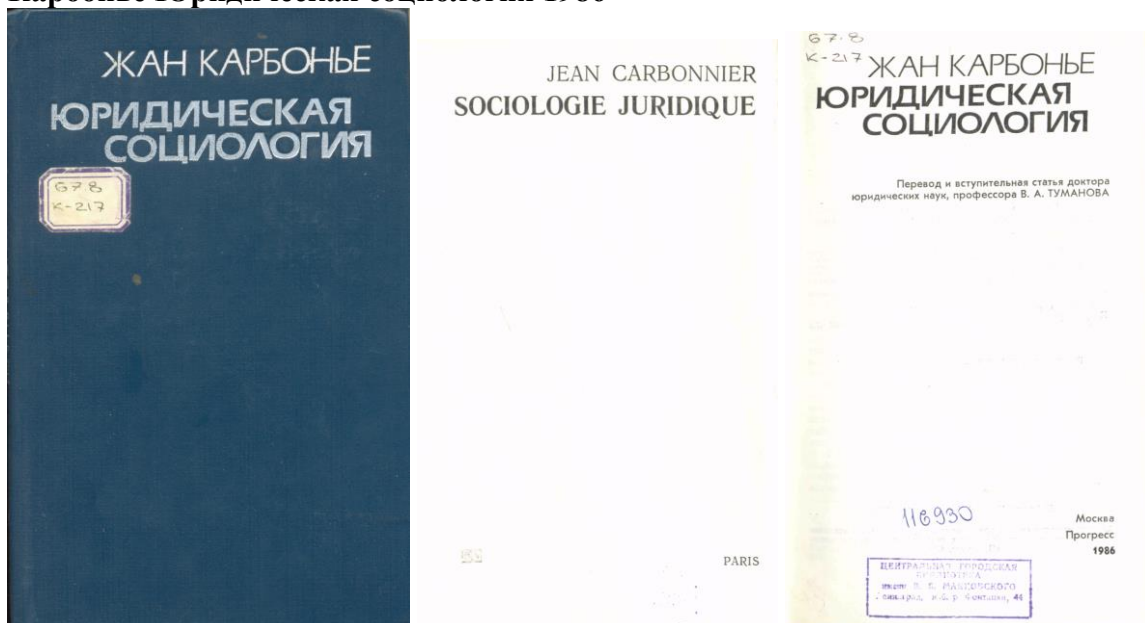


**Карбонье Ж. Юридическая социология. М.: Прогресс, 1980. - 352 с.
Пер. с фр. и вступ. статья В.А.Туманова.**

Карбонье Юридическая социология 1986



Редактор А. К. Куликов

Карбонье Ж. Юридическая социология: Пер. с К21 фр./Пер. и вступ. ст. В. А. Туманова. — М.: Прогресс, 1980. - 352 с.

Фундаментальное исследование известного французского ученого-юриста охватывает значительный круг проблем. В центре монографии стоят проблемы собственно юридической социологии. Много места в книге уделено также критическому анализу догматического подхода в буржуазном правоведении, даны характеристики ряда правовых концепций.

Рекомендуется юристам, социологам, философам, психологам.

1206000000—031 006(01)—86

ББК 07.8

Редакция литературы по вопросам государства и права

© Presses Universitaires de France, 1978 «>'.- ?Л

Вступительная статья, предисловие автора к русскому изданию и перевод на русский язык с сокращениями, издательство «Прогресс», 1986

ВСТУПИТЕЛЬНАЯ СТАТЬЯ

Советская юридическая наука уделяет большое внимание развитию направления исследований, которое получило название «социология права». И хотя споры о статусе этого направления в системе правоведения, о круге относящихся к его ведению проблем (очевидно, такие споры на первых этапах неизбежны) продолжаются, общепризнано, что социологическая ориентация существенно важна для дальнейшего развития советской юридической науки¹.

Несомненно, что фактором, стимулировавшим активизацию этого направления, явилась интенсивная практика конкретно-социологических юридических исследований. В соединении с традиционным для марксизма социологическим, историко-материалистическим видением права эта практика, во-первых, позволила обратиться к изучению таких явлений правовой действительности, которые ранее не охватывались проблематикой правоведения, во-вторых, помогла взглянуть под особым углом зрения на ряд традиционных проблем этой науки, в-третьих, потребовала методологических разработок об особенностях и возможностях применения конкретно-социологических методов в праве. В обновленном виде предстало соединение эмпирического уровня исследований с теорией среднего и высшего уровня.

Для юридической науки, обращенной прежде всего к особой нормативной форме отражения социального бытия, а проще говоря, к праву как совокупности норм, использование социологических методов особенно важно, ибо оно

¹ См., напр.: К а з и м и р ч у к В. П. и др. Право и социология. М., 1973; Кудрявцев В. Н. и др. Методологические проблемы советской юридической науки. М., 1980; Проблемы методологии и методики правоведа. М., 1974; Козлов В. А., С у л о в Ю. А. Конкретно-социологические исследования в области права. Л., 1981.

помогает установить, в какой степени эти нормы реализуются в реальной жизни, нет ли разрыва между должным и сущим, как оценивает данные нормы общественное мнение и т. д.

Однако стимулирующая роль конкретных исследований в развитии социологии права вовсе не означает, что ее объект ограничен теми отношениями, которые могут анализироваться существующими ныне методами социологических исследований. Социологический подход к праву — значительно более широкое понятие, чем применение конкретно-социологических методов, а разграничение направлений исследования в рамках единой науки «должно идти не только по линии расчленения объектов исследования, но и по аспектам и уровням исследования в случаях совпадения их объектов»¹.

Развитие социологии права в советской науке не может не сопровождаться вопросом, что представляет собой сегодня юридическая социология на Западе? Именно «юридическая социология», а не «социологическая юриспруденция» первой половины нашего века, достаточно детально освещенная в нашей литературе.

Предлагаемая вниманию советского читателя монография известного французского ученого Ж. Карбонье, пожалуй, самое значительное исследование такого рода не только во французской, но и во всей западноевропейской литературе юрико-социологического плана. Не случайно она переведена на немецкий и другие европейские языки. От работ американских авторов ее отличает теоретичность, ясность и четкость изложения, логически последовательная концепция.

В изданной ранее на русском языке книге Р. Пэнто и М. Гравиц «Методы социальных наук» («Прогресс», 1972) эти методы излагаются безотносительно к специфике их применения в праве, а общая часть книги дает понятия теории государства и права без попытки сконструировать юрико-социологическую концепцию. Иной подход у Ж. Карбонье; он создает довольно оригинальную концепцию о предмете, роли и функциях юридической социологии, а методы социологического анализа рассматривает исключительно под углом зрения их использования в праве.

¹ Керимов Д. А. Общая теория государства и права. М., 1977, с. 42.

Ж. Карбонье принадлежит к старшему ныне поколению французской профессуры, чья зрелая научная деятельность развернулась в послевоенные десятилетия. Он родился в 1908 г., учился на факультете права университета в Бордо, преподавал в университете в Пуатье (почетный декан факультета права), а с 1955 г. профессор Парижского университета, руководитель кафедры социологии права и лаборатории юрико-социологических исследований при университете.

Ж. Карбонье принадлежит к либеральным кругам буржуазной интеллигенции. Хотя он и отмечал, что в наше время невозможно «отрицать крайне важное значение социализма как социального феномена»¹, сам автор — сторонник буржуазного строя и правопорядка в их демократическом варианте.

Исходная научная специализация Ж. Карбонье — гражданское право. Он автор трехтомного курса «Гражданское право», впервые опубликованного в 1955 г. и с тех пор неоднократно переиздававшегося². Гражданское право — это та отрасль французской юридической науки, которая, пожалуй, в наибольшей степени сохранила верность формально-догматическим традициям и далека от социологических веяний. В сущности, курс «Гражданское право» Карбонье не слишком далеко выходит за традиционные рамки этой науки. И тем не менее именно Ж. Карбонье активно способствовал расширению конкретных правовых исследований в своей стране, развитию юридической социологии как научной дисциплины, отражающей стиль и традиции французской научной мысли. Хотя автор использует американскую литературу вопроса в большей мере, чем литературу других западных стран (что соответствует масштабам социологических и юрико-социологических разработок в разных странах), тем не менее и в этой своей книге (см. предисловие к русскому изданию) и по другим поводам Карбонье подчеркивает, что французская юрико-социология не должна быть американизированной³. Эта установка автора выражена не только в стиле книги, о чем он пишет в предисловии, не только в критике отдельных положений американской социологии (см., напри-

¹ См. предисловие к книге: Dalligay Suzanne. Essai sur les principes d'un droit civil socialiste. P., 1976, p. XII.

² Carbonnier J. Droit civil. 10 ed. P., t. 1—3, 1974.

³ См. предисловие Карбонье к книге: Le divorce en Europe occidentale. La loi et le nombre. Geneve — Paris, 1983, p. 1.

мер, критику социопсихологических подходов в американской социологии права), но прежде всего в большем внимании к теоретическим аспектам юридической социологии.

Для книги Ж. Карбонье характерно довольно удачное сочетание теоретических и практико-прикладных аспектов юридической социологии. Ему в значительной мере удалось избежать двух крайностей, продемонстрированных буржуазной наукой. Первая из них (она и исторически была первой) — в пренебрежении эмпирической базой, чем характеризовались, в частности, почти все течения так

называемой «социологической юриспруденции», абстрактно-теоретический уровень которой не намного уступал философии права. В одной из своих работ Ж. Карбонье справедливо заметил, что юридическая социология, если она хочет стать наукой, «должна научиться измерять и считать»¹. Вторая крайность — это крайнее увлечение эмпиризмом, фактологической стороной дела, без сколько-нибудь развернутых исходных теоретических установок и завершающих теоретических обобщений. Такой «гиперэмпиризм» особенно характерен для послевоенной американской социологии права (что отражает позиции общей социологии и политической науки США). В юридической социологии, в том виде, как ее представляет Ж. Карбонье, теоретический и практико-прикладный аспекты скоординированы, и она представляет собой одновременно и теоретическую, и эмпирически ориентированную дисциплину. Другое дело, что в теоретической части юридической социологии Карбонье с марксистских позиций многое спорно и уязвимо.

Книга Карбонье интересна не только своей общей юри-дико-социологической концепцией. Широкий научный кругозор автора, высокая правовая культура, интерес к истории права позволили ему сделать немало замечаний и соображений, которые условно, используя английскую юридическую терминологию, можно назвать «obiter dicta», то есть «сказанным попутно», подчас лишь в порядке постановки вопроса, но значимым по существу. Таким путем автор высказал свое мнение и по ряду спорных проблем юридической науки. В книге много интересных исторических данных и иных сведений, обогащающих правовую культуру читателя.

¹Carbonnier J. Flexible droit. Textes pour une sociologie du droit sans rigueur. P., 1971, p. 1.

8

Ж. Карбонье оговаривает, что его социология права не охватывает все право, все его отрасли и ее стержнем является частное право, а точнее, гражданское право. Эту оговорку не следует понимать в том смысле, что автор хочет разработать социологию гражданского права. Речь идет о юридической социологии как таковой, но опирающейся прежде всего на материалы гражданского права. Подобная постановка вопроса вполне возможна, тем более что, с одной стороны, она соответствует профессиональному опыту автора, а с другой — остающиеся в стороне сферы политической социологии и криминологии разработаны на сегодня лучше, чем какие-либо другие. Если далее вспомнить, что самая первая работа Карбонье называлась «Режим семейного имущества», то можно понять и его явное пристрастие к примерам из этой области. При всем при этом иллюстративный фон в книге несколько обеднен. Бросается в глаза, в частности, отсутствие примеров из области трудового права, которое по многим параметрам (острота отражаемых им социальных противоречий, объем регулируемых отношений и т. д.) представляет собой благодатный объект для юри-дико-социологического анализа.

В обширном введении («Пролегомены») автор высказал ряд интересных соображений о соотношении юридической социологии с общей социологией, с другими общественными науками (демографией, этнологией и т. д.), о внутренней дифференциации юридической социологии, возможной не только по отраслям права (такой подход является преобладающим), но и по «исполнителям правовых ролей» (законодатель, судья), о различных формах правовой психологии (социальная, национальная, индивидуальная). Особое внимание, очевидно, привлекают здесь те корреляции и направления научных исследований, к которым наша юридическая наука обратилась лишь недавно: например, корреляция «правоведение — демография», юридическая этнология и т. п.

По мнению Карбонье, социология права производна от социологии, развивалась как отрасль последней, а получив самостоятельность, активно взаимодействует с общей социологией¹.

Одновременно Карбонье резко разграничивает и даже противопоставляет юридическую социологию и ¹ Аналогична позиция и другого французского автора, Ф. Тер-ре, много писавшего о социологии права. См., например, его статью «Социология права во Франции» в сборнике: Norms and Actions. Ed. P. Treves and Clastra van Loon. Hague, 1968, p. 210.

традиционную юриспруденцию, утверждая, что последняя—носитель догматического подхода, а первая—«центр недогматического изучения права».

Возникающий в этой связи вопрос можно сформулировать следующим образом. Если задача юридической социологии — изучение права, его собственных проблем, расширение системы научных юридических знаний (а именно такова позиция Карбонье), то может ли эта дисциплина ориентироваться по преимуществу на общую социологию, не есть ли глубокое, профессиональное знание права (подобно тому, например, как сам Карбонье знает право гражданское) необходимое условие успешного развития этой дисциплины?

«Право — это весьма сложный объект для изучения, и, чтобы проникнуться им, нужны годы тяжелого труда», — справедливо замечает сам автор. Используя его же противопоставление изучения «права извне» (оно свойственно социологии) изучению «права изнутри» (это свойственно традиционной юриспруденции), можно сказать, что для того, чтобы успешно изучать право извне, нужно хорошо знать его изнутри. Этого как раз часто и не хватает авторам, приходящим в право из социологии, и

тогда юридическая социология оказывается сведенной в основном к использованию правового материала для иллюстрации социологических установок и решений. В свете сказанного представляется, что столь жесткое разграничение (переходящее в противопоставление) юридической социологии и традиционной юриспруденции, которое проводит Карбонье, должно быть существенно смягчено. Социология права вполне может рассматриваться как составная часть юридической науки, один из аспектов ее деятельности.

В отличие от буржуазной юриспруденции, особенно ее сугубо позитивистских и нормативистских концепций (их свойства в какой-то мере объясняют столь резко проведенное автором противопоставление «догмы права» и «социологии права»), марксистская теория монистически соединяет философский, социологический и собственно юридический подходы к праву. Она исходит не из противопоставления, а из координации социологического и юридического видения изучаемых явлений. Первая глава книги посвящена истории юридической социологии. Для науки истории правовых учений она представляет интерес, в частности, тем, что подтверждает одно важное для ее методологии положение: эта наука может

10

рассматривать свой предмет под разными углами зрения, в том числе и как процесс формирования и развития юри-дико-социологических установок и ориентации.

Перед читателем проходит целая плеяда мыслителей различных времен. Автору удалось кратко и содержательно охарактеризовать многих из них. Очевидно, правильно и то, что, показывая развитие юридической социологии, автор обращается и к тем школам, которые препятствовали этому развитию. Возможно, автору следовало бы несколько строже разграничить два момента, а именно социологический аспект в истории правовой мысли и собственно историю социологии права как научной дисциплины. Иначе читателю не вполне понятно, почему, датировав появление юридической социологии XX веком и несколько иронически отозвавшись о модном поветрии выискивать все новых предтеч юридической социологии, Карбонье тут же углубился в даль веков. Среди мыслителей прошлого, к которым он обращается, многие, бесспорно, относятся к числу предтеч социологии права, но есть и такие, кому вполне могли бы составить конкуренцию другие, не упомянутые им авторы. Так, например, по нашему мнению, взгляды Демокрита и софистов заслуживают не меньшего внимания, чем концепция Гераклита, а Бриссо, Робеспьер и некоторые другие деятели Французской революции занимают в предыстории социологии права не менее значимое место, чем де Местр и Бональд. Такого рода примеры можно продолжить.

В историческом очерке есть разделы, посвященные марксистскому учению. И в других местах книги Ж. Карбонье обращается к отдельным положениям марксизма. Он отмечает рост влияния марксизма в наше время, а также его воздействие на развитие социологии в западных странах. Карбонье стремится объективно, хотя и весьма кратко, обрисовать фундаментальные положения марксизма об определяющей роли базиса в отношении правовой надстройки, классовом характере права, отмирании права, историзме и детерминизме марксистского материалистического подхода к праву. Им отмечена значимость для юридической социологии книги Ф. Энгельса «Происхождение семьи, частной собственности и государства».

Вместе с тем автор не увидел в марксизме многое важное и существенное для понимания права, в том числе в его социологическом аспекте. Он выделяет в трудах основоположников этого учения два аспекта. Один — кон-

11

кретные высказывания о праве, сопутствующие изучению социальных проблем, например высказывания Маркса о правовом положении женщины или ипотечном кредите. Второй — фундаментальная общесоциологическая теория, о которой уже говорилось выше (материализм, классовая борьба, отмирание права). Однако имеется еще и третий аспект — достаточно развернутая марксистская концепция права, которая лежит как бы между этими двумя полюсами. Поэтому этот аспект условно может быть назван теорией среднего уровня. Опираясь на фундаментальные социологические установки, она показывает закономерности исторического развития права, тесную связь права и государства, корреляции права с экономикой, политикой, культурой, идеологией, моралью, возможные направления воздействия права на общественное развитие, соотношение права и закона, влияние конкретно-исторических условий на формы права, зависимость прав и свобод личности от их реальных социальных гарантий, тесную связь материального права с процессуальными формами и многое другое. Однако Карбонье этого третьего аспекта не увидел; этим, возможно, и объясняется неверное или неточное изложение позиций марксизма по некоторым конкретным проблемам. Так, например, неверно утверждение автора, что в марксистской концепции «право, по-видимому, само является идеологией, и не более чем идеологией. Оно — одна из идеологий среди других». Марксизм говорит о воздействии

идеологии на право (особенно правотворчество), о том, что право является выразителем господствующих в обществе идей, но он не отождествляет право и идеологию. Это два разных социальных явления. Карбонье напрасно утверждает, что в работе «Юридический социализм» Ф. Энгельс говорит о «праве как господствующей идеологии». На самом деле Энгельс характеризует здесь не само право, а господствовавшие в ходе развития общества идеологии, из которых добуржуазная («мировоззрение средних веков») носила религиозную окраску (теологическое мировоззрение), а последующая, буржуазная — правовую (юридическое мировоззрение)¹. Мировоззрение не следует смешивать с правом, а тем более «легалистским правом», как это получается у Карбонье².

Приведем еще пример. Карбонье полагает, что лишь теперь, в наше время, юристы-марксисты стали подчеркивать возможность обратного воздействия права на инфраструктуру. Но еще за девяносто лет до выхода книги Ж. Карбонье «Юридическая социология» Ф. Энгельс вел полемику с теми, кто обвинял марксизм в отрицании влияния права на экономические отношения. Для того чтобы убедиться в несостоятельности этих упреков, писал Ф. Энгельс, достаточно «посмотреть «Капитал», например, отдел о рабочем дне, где показано, какое решительное действие оказывает законодательство»¹. Приведем и другое его высказывание: «Экономическое движение в общем и целом проложит себе путь, но оно будет испытывать на себе также и обратное воздействие политического движения, которое оно само создало и которое обладает относительной самостоятельностью... С правом дело обстоит точно так же»². Добавим к сказанному, что марксистский тезис о социалистическом преобразовании общественных отношений с необходимостью предполагает активную роль государства и права.

Вряд ли читатель удовлетворен тем, как представлено в книге современное состояние марксистской теории права, и прежде всего потому, что автор исключил из поля зрения марксистскую теорию права в том виде, как она разработана сегодня в науке социалистических стран. К юридической литературе и праву этих стран автор, за редкими исключениями, не обращается.

Содержание второй главы — «Объект юридической социологии» — шире, чем ее название. Автор исследует здесь и такие сложные вопросы правоведения, как понятие правовой системы, специфические черты права, юридическая аккультурация.

Карбонье различает узкое и широкое понимание юридической социологии. Первое ограничивает предмет этой дисциплины собственно правом. Второе, сторонником которого является автор, включает в ее ведение широкий круг юридических явлений, различным классификациям которых он уделяет немало места. В числе юридических явлений оказываются практически все правовые акты и

¹ См.: Маркс К., Энгельс Ф. Соч., т. 21, с. 495—496.

² Во французской литературе и в работах Карбонье термином «право» называют как собственно право, так и науку права.

12

Отсюда недостаточно четкое разграничение, а нередко и смешение этих двух понятий, что следует иметь в виду читателю.

•Маркс К., Энгельс Ф. Соч., т. 37, с. 420.

² Там же, с. 416—417. ; -г^ ;,;-:-:

13

юридические факты, материальные и процессуальные правоотношения, правовые институты, договоры, конфликты и т. д.

Широкое понимание предмета юридической социологии в целом плодотворно. И в советской юридической литературе преобладает мнение, что задача юридической науки на современном этапе не сводится к изучению (как это ни важно само по себе) собственно права, она должна охватить всю правовую систему общества и в изучении многих компонентов этой системы (процесс правотворчества, поведение людей в сфере права, правосознание, динамика правоотношений и др.) особая роль отводится социологии права.

Однако для успеха широкого подхода к предмету социологии права мало поставить эти объекты рядом друг с другом. Нужно четкое теоретическое представление о том, каким образом они взаимосвязаны в реальной жизни, какие из них выступают в роли определяющих, системообразующих факторов, что главное и что второстепенное, то есть необходимо четкое представление о правовой системе общества, ее внутренних связях и особенностях взаимодействия с окружающей средой.

Ж. Карбонье посвящает правовой системе целый подраздел главы второй. Хотя автор исходит из верной посылки о том, что для социологии права правовая система — это нечто иное, чем аналогичное понятие в теории позитивного права или в сравнительном правоведении, тем не менее его социологическая система права предстает как весьма расплывчатое образование. Перед нами не столько правовая система, сколько конгломерат явлений правовой жизни общества, их перечисление без уяснения системообразующих факторов и необходимых внутренних связей, которые и делают систему целостным единством. Кроме того, автор — последовательный сторонник юридического плюрализма (или институционализма) — концепции, которая лишает государство монополии на право и утверждает, что в одно и то же время, на одном и том же социальном пространстве могут сосуществовать несколько правовых систем, разумеется, прежде всего государственная, но наряду с ней и другие, независимые от нее и даже эвентуально соперничающие с ней. В отличие от тех сторонников институционализма, которые делали акцент на нормах различных негосударственных организаций (объявляя эти нормы правом), Карбонье вслед за Ж. Гурвичем (оказавшим сильное влияние

14

на многие установки автора) делает основной упор на такие «проявления плюрализма», как «инфраюридические» правовые системы: «фольклорное право», «детское право», «вульгарное право», оговаривая, правда, что, возможно, мы имеем здесь дело с «подправом».

При изучении некоторых проблем, например коллизии закона и традиции или механизма формирования юриди-ко-нормативных установок в индивидуальном сознании, социология права может столкнуться с тем, что Карбонье называет «инфраюридическими явлениями». Но одно дело — круг изучаемых явлений, а другое — понятие и содержание права и правовой системы.

Концепция Карбонье повторяет две основные установки институционализма, не раз критиковавшиеся в нашей литературе: неоправданно широкая трактовка права с включением в это понятие неправовых социальных норм и умаление роли права как государственного явления¹.

Как справедливо отметили ученые ГДР в рецензии на немецкое издание книги Карбонье, в концепции автора за массой «юридических феноменов и проявлений плюрализма исчезает то, что действительно является правом»². Право государства не находит в его модели правовой системы того места, которое оно призвано занимать. Оно оказывается чуть ли не в одном ряду с «детским правом» и тому подобными явлениями. Исчезает важнейший системообразующий фактор: связь права и государства.

Все это плохо соответствует реалиям современного общества и роли государства в развитии и функционировании правовых систем. Если, определяя свой предмет и круг изучаемых явлений, юридическая социология не будет в должной мере учитывать этот важнейший фактор и проблемы, показывающие право как государственное явление, не займут в этом круге центральное место, такая социология рискует оказаться не правовой, а околорправовой.

Карбонье всегда уделял немало внимания проблеме разграничения правового и социального неправового. В своих предыдущих работах он возвел в ранг теоремы социологии права формулу «право меньше, чем весь комплекс отношений между людьми», выдвинул концепцию «право и неправо», в какой-то мере полезную для пре-

¹ См., напр.: Луковская Д. И. Социологическое направление во французской теории права. Л., 1972; Туманов В. А. Буржуазная правовая идеология. М., 1971.

² «Staat und Recht», 1977, 1. S. 104

15

одоления юриди-мировоззренческого преувеличения роли права в движении общественных отношений'. Однако эти положения, как и верные суждения автора о множественности нормативных систем, явлениях межнормативности, исторической изменчивости границы правового и неправового в значительной мере обесцениваются плюралистической трактовкой. Следствием плюралистической концепции и недооценки государственного фактора в праве явилось и отрицание государственного принуждения как основного критерия отличия права от других социальных норм. Автор считает основным критерием возможность обращения участников данного отношения к третьему лицу, особое положение которого позволяет ему разобраться в существе спора и найти выход из сложившейся ситуации путем принятия решения. «Процесс и решение — это такие психосоциологические феномены, которые столь чужды всем социальным неправовым явлениям и столь специфичны для права, что представляется наиболее правильным избрать именно их как критерии юридического... Как только отношение между двумя лицами может стать объектом рассмотрения со стороны третьего лица, которое решает спорные

вопросы, это означает, что данное отношение из области нравов перешло в несколько неопределенное царство права». Таким третьим лицом может быть суд, другой государственный орган и даже частное лицо.

Мы вовсе не склонны отрицать, что данный признак является весьма существенным для права. Вообще, поскольку речь идет о специфике правовых отношений и норм по сравнению с неправовыми общественными отношениями и нормами, можно говорить о нескольких таких признаках. Но среди них особое место — выступая как *conditio sine qua non* — занимает защита этих отношений государственной властью, возможность ее вмешательства в случае нарушения действующих правовых норм. Такое вмешательство и принято называть принуждением, хотя оно далеко не всегда выливается в применение чисто физического принуждения в отношении личности лица или его имущества.

Автор исходит из своеобразной презумпции, согласно которой обращения за разрешением споров (чаще всего в суд) преследуют цели компромиссов и мирных соглаше-
См.: Carbonnier J. Flexible droit, p. 18, p. 20—42.

16

ний, т. е. дело обходится без принуждения. Но на чем основана эта идиллическая презумпция? Ее достаточно легко можно было бы проверить с помощью конкретно-социологических исследований. Но вряд ли они подтвердили бы позицию автора даже в области гражданского права, не говоря уже об уголовном или административном. В том-то и смысл и авторитет «процесса и решения», что за ними стоит возможность принудить, обязать выполнить, и именно этого, как правило, ждут от суда или другого компетентного государственного органа обратившиеся к ним лица. Все связи с возможностью принуждения «процесс и решение» в праве теряют свой потенциал и по существу уже ничем не отличаются от решения моральных, этических и иных споров, где также возможно обращение к третьему лицу. Жесткая, детальная регламентация процессуальных процедур, особенно судебной деятельности, и есть как раз следствие того, что за «процессом и решением» стоит возможность государственного вмешательства и весьма сильной формы социального воздействия на поведение людей. Характерно, что, говоря о принуждении в праве, Карбонье избегает определения «государственное». Он предпочитает говорить о принуждении, «исходящем из общества», — «социальном принуждении». Это прямое следствие плюралистической трактовки права. Государственное принуждение, по Карбонье, возможно только в отношении закона. Оно не относимо даже к обычаям, за которыми, по его мнению, стоит лишь неосознанное и неорганизованное социальное давление. Однако история права свидетельствует о том, что обычаи становились правовыми лишь тогда и постольку, когда и поскольку они санкционировались государственной властью путем судебной практики или с помощью иных государственных форм. Разумеется, сам по себе термин «социальное принуждение» не вызывает возражений, но у автора здесь, как и при рассмотрении некоторых других проблем, прослеживается стремление как бы напрямую соединить право и общество, минуя государство. Взаимосвязи общества и права многогранны, и среди них, очевидно, есть и такие, которые в меньшей мере или не сразу получают государственный отпечаток. Однако это не главное. Основной же вывод из рассмотрения такой фундаментальной проблемы, как «общество и право», — огромная, конститутивная роль государства в переводе социального неправового в право-

17

вое. На протяжении веков человечество живет в государственно-организованном обществе, и без корреляции «государство — право» нельзя понять ни историю права, ни тем более право в современном мире, когда роль государства еще более возросла.

Немало полезного для дальнейшего развития конкретно-социологических исследований в нашей юридической науке дает третья глава книги, посвященная процедурам и методикам этих исследований, к которой тематически примыкает вторая часть последней, четвертой главы, где речь идет о практико-прикладной функции юридической социологии.

На первый взгляд может показаться, что Карбонье рассказывает о методах и процедурах, достаточно детально описанных в социологической литературе¹. Он и сам пишет о том, что «здесь от юридической социологии не следует ожидать ничего сверхоригинального... Ее методы те же, что и у общей социологии». На самом же деле автору удалось показать особенности применения этих методов в юридической науке, а также и то, чем эта наука может обогатить методiku конкретно-социологических исследований.

Так, обращаясь к анализу документов и различая изучение документов юридического значения и

документов, не имеющих отношения к праву, Карбонье особое внимание уделяет социологическому анализу судебной практики. Советская наука достаточно активна в изучении и обобщении судебной практики², использовала она и опросы для анализа отдельных сторон судебной деятельности, но то, что предлагает Карбонье, носит новый и своеобразный характер. Речь идет об изучении судебных дел как источника сведений о юридически значимых жизненных ситуациях, представлениях людей о праве и правосудии, характере конфликтов и т. п. Весьма тривиальные и малоинтересные в собственно юридическом плане дела (например, о расторжении брака) в то же время могут оказаться источником важных данных для юридической социологии как науки о юридически значимом поведении людей. Карбонье отмечает как сильные, так и слабые стороны социо-

¹ См., напр.: Здравомыслов А. Г. Методология и процедура социологических исследований. М., 1969; Ярдов В. А. Социологическое исследование. Методология. Программа. Методы. М., 1972.

² Подробнее см., напр.: Судебная практика в советской правовой системе. Под ред. С. Н. Братуся. М., 1975.

18

логического анализа судебной практики, намечает последовательность стадий исследовательской процедуры.

С несомненным интересом прочтет читатель раздел о возможностях юридико-социологического анализа художественной литературы и других произведений искусства. У нас имеются исследования взглядов больших писателей на право и правосудие¹. Есть и исследования более широкого плана, как, например, книга И. Т. Голякова «Суд и законность в художественной литературе» (М., 1959 г.), с главой, посвященной французской литературе — Бальзаку, Стендалю, Гюго, Золя, Мопассану, Франсу. Эта книга более соответствует тому пути исследования, названному Карбонье «синтетическим», цель которого не столько в том, чтобы охарактеризовать взгляды писателя, а в том, чтобы осветить определенную правовую проблему материалами, почерпнутыми из произведений какого-либо одного или нескольких авторов. Возможности изучения русской литературы в этом направлении поистине безграничны². Интересно и то, что говорит автор о возможностях исследования темы «Право в живописи».

Следует оговорить, что некоторые ссылки автора на примеры из художественной литературы могут вызвать затруднения у читателя. Это связано с неадекватностью опубликованных русских переводов, в которых исчезают именно те юридические тонкости, на которые обращает внимание Карбонье. Так, например, Карбонье полагает, что отношение судей к своей деятельности удачно выражено П. Корнелем в трагедии «Сид» в реплике государя, которому сообщают, что к нему пришла героиня пьесы Химена просить его о правосудии. «Досадная новость и докучливая обязанность!» — восклицает государь. В последнем же по времени русском издании эта реплика переведена так: «Долг не ко времени! Докучливая весть!»³ Смысл высказывания в переводе явно искажен.

¹ См., напр.: Карлова Т. С. Достоевский и русский суд. Казань, 1975; Смолярчук В. И. Л. Н. Толстой о праве и юридической науке. — «Советское государство и право», 1978, № 9; Комарова В. П. Личность и государство в исторических драмах Шекспира. Л., 1977.

² См., напр.: Маркова М. Г. Художественная литература в преподавании советского гражданского и семейного права. — «Правоведение», 1974, № 3, и др.

³ Корнель Пьер. Театр. М., 1985, т. 1, с. 280—281.

2*

19

Из широкого круга вопросов, которые автор объединяет понятием «изучение фактов» (использование статистических данных, опросы и техника их проведения и др.)? отметим предложенный автором метод контрольного опроса, который по его идее является как бы переносом принципа состязательности в исследовательскую технику юридической социологии; показ тех психологических и иных трудностей, с которыми сталкиваются опросы по проблемам права и правосудия. Особое внимание автор уделил опросам референдарного типа, что, несомненно, связано с той ролью, которую играли референдумы в политической жизни Пятой республики в голлистский период. Опрос референдарного типа — это явление, лежащее уже на стыке социологии права и политической науки.

Автором высказан ряд заслуживающих внимания соображений и данных о специфике выборочных опросов, тестирования, эксперимента в сфере, изучаемой юридической социологией. Не ограничиваясь конкретно-социологическими методами, он удачно показывает возможности использования методов классической логики (согласия, разницы, сопутствующих изменений). Автор сдержанно относится к возможностям использования математических методов в праве, и эта сдержанность, по нашему мнению, обоснованна, ибо пока еще попытки использовать эти методы в праве имеют своим результатом лишь формализацию уже известного без сколько-нибудь значимого прироста научных данных. Карбонье справедливо отмечает в этой связи, что, если формализация еще может выразить

догматическое содержание нормы, «она тем не менее недостаточна, чтобы передать скрытую за этим содержанием социологическую реальность». Проблем прогнозирования автор не затрагивает. Своеобразна проблема, которую Карбонье называет «анализом естественных данных». В ее основе — недоверие к данным опросов, которые, по мнению их критиков, слишком сильно подвержены субъективистским искажениям. Отсюда требование оперировать исключительно фактами («естественными данными») без опосредующей роли мнений. Автор ставит вопрос, в какой мере норма права может рассматриваться как такое «естественное данное». Ведь сам факт ее существования дает основание полагать, что в реальной жизни многократно повторяется то, о чем она говорит. «Другими словами, констатация наличия нормы эквивалентна констатации многократно повторенного факта». Отсюда презумпция определенной эффективности нормы права. Однако автор подчеркивает и показывает, что это опровержимая презумпция, что значительная неэффективность нормы — достаточно частое явление и нередко следствие того, что законодатель, издав закон, тотчас же теряет интерес к его дальнейшей судьбе.

Автор не рассматривает в данной книге в полном объеме как автономную проблему эффективности правовых норм, которая активно обсуждается в нашей юридической-литературе¹. Вместе с тем им высказаны интересные соображения о роли «послезаконотательной социологии» для разъяснения смысла и цели изданных законов, а также-выявления того, как «работают» уже действующие законы. Заслуживает внимания и «предзаконотательная социология» — изучение общественного мнения по проблеме, которую собирается решить законодатель, и подготовка общественного мнения к реформе. В целом, однако, «социология законодательства» предстает в книге Карбонье в обуженном виде. В сущности* говоря, она сведена к прикладной социологии законодательства, использованию конкретно-социологических методов в законодательных целях. Это важный аспект проблемы, но этим социология законодательства не может ограничиться. Она призвана раскрыть также социальный* механизм государственного правотворчества, его движущие силы, преобладающие тенденции и т. д. Автор использует термин «социологический законодатель», но сколько-нибудь развернутой характеристики этого понятия (в частности, на примере современной Франции) читатель не-получает. Не узнает он и о том, каковы формы и каналы-воздействия этого «социологического законодателя» на «юридического законодателя». Очевидно, именно социология законодательства призвана объяснить такие явления, как рост государственного нормотворчества, вытеснение закона подзаконными актами, и ряд других социальных процессов в сфере правотворчества.

¹ См., напр.: Кудрявцев В. Н. и др. Эффективность правовых норм. М., 1980; Самошенко И. С., Никит и некий В. И. О понятии эффективности правовых норм. — Ученые записки ВНИИСЗ, вып. 18; Они же. Цели правовых норм — масштаб и оценки их эффективности. — Там же, вып. 19; Никитинский В. И., Г л а з ы р и н В. В., К а з а р и н о в а С. Е. О методике измерения эффективности правовых норм (опыт конкретных социально-правовых исследований). — «Советское государство л право», 1975, № 9.

20

2Г

Говоря о том, что может дать прикладная юридическая социология правосудию, Карбонье выдвигает два понятия: «социологическая экспертиза» и «социологическое толкование». Если первое из них представляет собой как бы обобщение уже известных и используемых в судебной деятельности форм (применительно к советскому праву под понятие «социологическая экспертиза» попали бы, в частности, представляемые в суд характеристики), то второе является попыткой предложить новую форму толкования, отличную как от его традиционных юридических приемов, так и от способов, предлагавшихся ранее различными течениями социологической юриспруденции. В основе своей эта идея весьма демократична и сводится к тому, что судебное толкование нормы должно учитывать, как понимают и толкуют ее адресаты этой нормы; это — толкование, соответствующее взглядам населения. Конечно, практическая реализация социологического толкования весьма непроста. Ведь речь идет не просто об изучении правосознания, а о конкретно-социологическом исследовании определенных проблем в ходе правоприменительной деятельности суда. Тем не менее постановка вопроса перспективна, а трудности — преодолимы.

Позволим себе, однако, заметить, что, если бы в современной Франции проводились предлагаемые автором социологические исследования, обращенные к здравому смыслу населения, вряд ли полученные ответы подтвердили бы его позицию, выраженную им с помощью библейской формулы «и бедному не потворствуй в тяжбе его». В чем, в чем, а в потворствовании бедному буржуазный суд упрекнуть никак нельзя¹. Сам автор констатирует, что бедные редко бывают участниками гражданских судебных споров. Но почему это так? Разве не является это следствием проблемы, которая в западной литературе получила название «доступ к юстиции»? И не было ли целью одного из крупных многонациональных исследований последних лет ответить на вопрос:

как достигнуть того, чтобы юстиция стала доступной для бедных? ² И не есть ли (еще раз подтвержденное этим исследованием) недоверие широких

¹ См., в частности: Шарвен Р. Юстиция во Франции. Судебный аппарат и классовая борьба. М., «Прогресс», 1978.

² См.: Cappelletti M. (direction). *Acces a la justice en Etat.* — Providence. P., 1984.

22

слоев населения к суду следствие именно того, что суд этот долго и стабильно не потворствовал бедным? И не критикуют ли во Франции специально созданную службу «судебной помощи» за то, что она недостаточна для того, чтобы обеспечить равенство всех перед правосудием? ¹

Во французских рецензиях на книгу Карбонье отмечалось его предпочтение «средним решениям», т. е. отказу от категорических формулировок и окончательных выводов ². Автор и сам в какой-то мере «спровоцировал» этот упрек своим предисловием к первому французскому изданию.

Справедливости ради надо подчеркнуть, что в книге Карбонье немало достаточно определенных выводов, а сдержанность суждений, сочетание аргументации «за» с аргументацией «против», предположительные решения вовсе не противопоставлены научной деятельности, и рассуждающий стиль для нее часто полезнее, чем категоричность суждений и дидактическая тональность. Тем не менее есть некоторые проблемы, на которые читателю книги хотелось бы получить более четкий ответ.

Таков, например, вопрос о детерминированности права, который рассматривается в первой части четвертой главы, где речь идет о научной или теоретической функции юридической социологии. Автор выдвигает тезис, что право в основном детерминировано. Тезис о детерминированности права совершенно правилен, и читатель ожидает, что автор более или менее детально покажет механизм этой детерминации. Но этого не происходит, а основное внимание отводится вопросу о «частичной индетерминированности правового». И хотя автор иногда возвращается к исходному тезису, тем не менее у читателя возникает впечатление, что недетерминированного в праве больше, чем детерминированного. При этом и сам детерминизм понимается по-преимуществу механистически, как причинная связь между двумя явлениями в одном причинном ряду. Однако, когда речь идет о сложных социальных явлениях, в том числе правовых, в качестве детерминирующих условий выступает ряд социальных факторов и причина предстает как совокупность общих и особенных условий, взаимодействие которых и порождает некоторое явление ³.

¹ См.: Ibid., p. 4.

² См.: «Revue de science criminelle et de droit penal compare», 1973, № 3, p. 798.

³ См.: Ядов В. А. Социологическое исследование. Методология. Программа. Методы. М., 1972, с. 8—9.

23.

Признав статистические закономерности и возможность подобных закономерностей в сфере права, Карбонье несколько отходит от механистического детерминизма, но каков, по его мнению, процесс социальной детерминации права, какие факторы при этом более и какие менее значимы, читатель так и не узнает. Если к сказанному добавить традиционную для буржуазного правоведения трактовку свободы воли, необходимости и случайности, то не приходится удивляться бедности раздела о научных законах в социологии права. Система генетических, функциональных и структурных закономерностей развития права него взаимодействия с окружающей социальной средой значительно шире, чем те отдельные примеры, о которых упоминает автор Ч

Книга Карбонье должна привлечь внимание к некоторым недостаточно разработанным нашей наукой проблемам. В качестве примера укажем такое направление исследований, как юридическая этнология (или юридическая этнография). Она достаточно широко представлена в книге, и это прежде всего следствие большого внимания, которое французская этнология и господствующая в ней социологическая школа (Дюркгейм, Мосс, Л. Леви-Брюль, Ж. Дави и др.) уделяли проблемам, лежащим на стыке этнологии, социологии и права. Советская этнография и правоведение располагают достаточным материалом для развития юридической этнологии, но в разработке концептуальных основ этого направления исследований сделаны лишь первые шаги². А между тем оно достаточно значимо как для истории государства и права (возникновение этих институтов, проблема «предправа» и т. п.), так и для выявления и осмысления современных этнических процессов, значимых для функционирования правовых институтов или подлежащих учету в правотворческой деятельности³.

¹ Ср., например, изложение вопроса о закономерностях права, данное в книге: Алексеев С. С. Общая теория права. М., 1981, т. 1, с. 123 и сл.

² См.: Венгров А. В., Куббель Л. Е., Першиц Л. И. Этнография и науки о государстве и праве. — «Вестник АН

СССР», 1984, № 10; Исследования по общей этнографии. М., 1979, с. 210 и ел., с. 241 и ел.; Венгеров А. Б. Значение археологии и этнографии для юридической науки. — «Советское государство и право», 1983, № 3, с. 28 и ел.

³ Для этого современного аспекта особенно значимы конкрет-но-социологические исследования, в частности в том виде, как они используются этносоциологией (подробнее см.: Аратюнян Ю. В.

24

В книге Ж. Карбонье немало интересных данных **в** суждений юридико-этнографического плана. Но при этом; встает один принципиальный вопрос методологического, характера, который мы уже ставили однажды, говоря о значимости юридико-этнологических исследований¹. Это вопрос о том, можно ли, решая правовые проблемы современного государственно организованного общества, ориентироваться на выводы, полученные на материалах традиционных обществ и «примитивного права»? Карбонье явно исходит из положительного ответа на этот вопрос. Так, например, отрицая принуждение как основной критерий права (о чем говорилось выше), он ссылается на этнологические исследования, обнаружившие во многих примитивных обществах «установку, контрастирующую с нашей к трактующую право не как норму, исполнение которой обеспечивается силой, а как мир, согласие, равновесие, достигаемые соглашением и примирением». Мы же считаем принципиально ошибочным и опасным такого рода трансплантацию выводов, полученных на материалах примитивных обществ: на современность, без учета принципиальных изменений общественных структур и пройденного пути исторического развития.

Подводя общие итоги сказанному, можно констатировать, что, хотя книга Карбонье во многом дискуссионна и вызывает возражения с марксистских позиций, она содержит обширный полезный материал, насыщена интересными наблюдениями и выводами, проникнута стремлением способствовать развитию юридической социологии — важного и перспективного аспекта правоведения.

У советских и французских ученых-юристов существуют давние и взаимопользные контакты. Каждые два года проводятся советско-французские юридические встречи (их было уже восемь), на которых обсуждено более двадцати интересующих обе стороны проблем конституционного, трудового, гражданского, уголовного и некоторых других отраслей права, методологии сравнительного правоведения, соотношения сравнительного правоведения с историей права, международным публичным и частным правом и др.

Затронута на этих встречах и юридико-социологическая и др. Этносоциология. Цели. Методы и некоторые результаты. М., 1984).

¹ См.: Туманов В. А. Буржуазная правовая идеология. М., 1971, с. 252.

25

екая проблематика. Так, на седьмой встрече в 1982 году (Париж) в повестке дня стоял вопрос об использовании •социологических методов в сравнительном праве (на примере изучения развода), а на восьмой встрече в 1984 году (Москва) обсуждалась тема: «Знание права. Социологические и юридические аспекты принципа «незнание закона не есть оправдание». Докладчиком по этой теме выступил Ж. Карбонье, убедительно показавший на французских материалах, что в современную эпоху, когда в результате активной правотворческой деятельности увеличивается поток новых законов и в то же время продолжает действовать огромное число старых актов и в итоге «банк законодательных данных» постоянно растет, уже нельзя ограничиться формально-юридическим подходом к действию названного принципа; он неразрывно переплетен с проблемой знания права в ее социологическом (методы и каналы распространения правовой информации) и психологическом (особенности восприятия правовой информации) аспектах.

В течение ряда лет Институт сравнительного права Национального центра научных исследований Франции и Институт государства и права АН СССР проводили совместное параллельное исследование проблем социологии права, в частности по темам «знание права» и «правовые аспекты социализации личности». Ж. Карбонье принимал участие в проводившихся в этой связи коллоквиумах, на материалы одного из них, опубликованные на французском языке, он ссылается в своей книге.

За последние годы советский читатель смог познакомиться с изданными издательством «Прогресс» на русском языке значительными произведениями современной французской юридической литературы, как, например, Р. Давид — «Основные правовые системы современности» (1967); М. Ансель — «Новая социальная защита» (1970); К. Кольяр — «Международные организации и учреждения» (1972); Ж. Ведель — «Административное право Франции» (1973); А. Демишель, Ф. Демишель, М. Пике-маль — «Институты и власть во

Франции» (1977); Р. Дра-го—«Административная наука» (1982) и др. Книга Ж. Карбонье продолжает этот ряд, и есть все основания полагать, что она будет с интересом встречена читателем.

Профессор, доктор юридических наук
В. А. Туманов

ПРЕДИСЛОВИЕ АВТОРА К РУССКОМУ ИЗДАНИЮ

Мы надеемся, что эта книга будет интересна советскому читателю. Несмотря на различия социально-экономического строя наших двух стран, она, возможно, окажется полезной исследователям и студентам, интересующимся юридической социологией. Опыт регулярно проводимых франко-советских юридических встреч показал, что и там и тут эта дисциплина часто рассматривает сходные проблемы (например, воспитательная роль закона) и что при этом пользуются одними и теми же, ставшими универсальными методами — такими, как статистика, опрос, моделирование и т. д.

Создавая юридическую социологию, можно избрать исходным пунктом право, а можно — социологию. Как увидит читатель, мы избрали первый путь. Является ли он более предпочтительным? Из-за отсутствия идеальной меж-дисциплинарности читателю придется довольствоваться тем, что юрист скромно попытался стать социологом, ибо социологи — во всяком случае, большинство из них — отказываются стать юристами. Право — весьма сложный объект для изучения, и, чтобы проникнуться им, нужны годы тяжелого труда.

Сказанное выше объясняет, почему в этой книге я пытался по возможности избежать специфического языка, а проще говоря, жаргона, обильно усеянного «американизмами», которым пользуется современная социология. Я предпочитаю классический, строгий и простой язык, который выдержал испытание по крайней мере одного или даже двух столетий.

Перевод, предлагаемый советскому читателю, сделан со второго издания книги. По сравнению с французским оригиналом в тексте произведены с моего согласия некоторые изменения, а именно часть так называемого «дополнитель-

27

лого материала», который во французском издании давался петитом в конце подразделов, перенесена в основной текст. Некоторые незначительные сокращения касаются в основном примеров, которые понятны французам, но мало известны иностранному читателю, а также библиографических данных. Зато в русское издание добавлен текст, посвященный Дидро, которым французское издательство несправедливо пренебрегло.

В заключение я хочу поблагодарить всех тех, кто способствовал изданию моего труда в вашей стране, и особенно профессора В. Туманова за его квалифицированный перевод, который требовал глубокого знания не только французского языка, но также — права, истории и философии моей страны.

л - *Жан Карбонье*

ПРЕДИСЛОВИЕ К ФРАНЦУЗСКОМУ ИЗДАНИЮ

Подобно тому как криминалисты различают особенную часть пауки уголовного права, где изучаются различные виды преступлений (убийство, кража, вымогательство и т. д.), и ее общую часть, которая служит введением в особенную, точно так же и социологи права должны поделить свою дисциплину на общую и особенную части. В общую юридическую социологию войдут высокие теории и фундаментальные понятия, а задача особенной — перенести эти понятия в различные области права. В результате такого переноса возникнет ряд частных юридических социологий: семьи, собственности, договора, регламентарной власти, акционерных обществ и т. д.

Нужно предупредить читателя, что данная работа посвящена лишь общей части юридической социологии, а особенная часть представлена в книге лишь заимствованными из нее примерами, и не более того. Иное решение увело бы нас слишком далеко, ибо в конечном итоге пришлось бы продублировать, правда уже в социологическом плане, все курсы публичного и частного права. Но даже ограничив таким образом тему исследования, мы тем не менее не сможем осветить ее так, как хотелось бы и следовало. В оправдание мы сошлемся на новизну предмета, на то, что юридическая социология делает первые шаги и еще окончательно не сформировалась.

Очевидно, нам скорее простят несовершенство книги, чем объективизм, а точнее, стремление автора быть объективным. В наше время, когда все социологи охвачены полемическим пылом, определенная сдержанность суждений, стремление показать все имеющиеся позиции, предпочтение «средним» решениям — все это может быть расценено как слабость. На это можно ответить, что юридическая социология в отличие от формально-догматической юриспруденции пока еще недостаточно

титуловапа, чтобы позволить себе сейчас такую роскошь, как научные раздоры и разногласия.

УМО ВВОДНАЯ ГЛАВА. 'ШГ! ПРОЛЕГОМЭНЫ

I. ЮРИДИЧЕСКАЯ СОЦИОЛОГИЯ МЕЖДУ СОЦИОЛОГИЕЙ И ПРАВОМ

1. ОПРЕДЕЛЕНИЕ

Понятию юридическая социология нередко придают более широкое значение, чем понятию социология права. Считают, что последняя ограничивается только собственно правом — нормами и институтами, в то время как юридическая социология охватывает все явления, более или менее связанные с правом, все, в отношении чего право может быть причиной, следствием или поводом, включая насилие, бездеятельность, отклоняющееся поведение. Нам же в научном плане кажется полезным самый широкий подход к предмету исследования, поскольку нет таких последствий права (пусть даже самых отдаленных и порой деформирующих его), обращение к которым не способствовало бы его познанию. Вот почему именно к столь широко понимаемому предмету исследования мы, оговорив это раз и навсегда, равным образом будем применять оба названия — и социология права, и юридическая социология. Социология права, или юридическая социология, может быть определена как отрасль собственно социологии, которую мы договоримся называть общей социологией. Юридическая социология — такая же ее отрасль, как, например, социология религии, экономическая социология, социология знания или социология воспитания. Объект данной отрасли общей социологии — юридические явления, представляющие собой разновидность социальных явлений. Поскольку право порождено обществом, то все юридические явления в той или иной степени являются социальными. Однако обратное было бы неверным: не всякий социальный феномен является правовым. Существует неправовое социальное, например то, что называют нравами. Когда, обедая в ресторане, человек начинает с супа, кончает десертом, а затем требует счет—это пример феномена нравов, а не феномена права (когда человек чувствовал бы

30

себя связанным договором). Однако различие между этими двумя видами явлений, а соответственно и между двумя отраслями социологии далеко не всегда столь очевидно. Позднее мы сможем убедиться, насколько расплывчат критерий юридичности.

2. УЗКОЕ И ШИРОКОЕ ПОНЯТИЯ ЮРИДИЧЕСКОЙ СОЦИОЛОГИИ

Среди социальных явлений имеются такие, чей юридический характер сразу бросается в глаза. В современных обществах таковы закон, судебное и административное решения. Подобного рода явления мы будем квалифицировать в дальнейшем как первичные юридические явления. Они с очевидностью юридичны, ибо они создают право или, что еще правильнее, они идентифицируются с правом. Мы уже отмечали, что в своем узком понимании социология права ограничивалась именно этой бесспорной сферой. Такой подход оказал известное влияние на направление исследований. В течение значительного времени темы, наиболее часто изучавшиеся юридической социологией, были связаны с правом как таковым и притом взятым в его наиболее общем выражении — на уровне, который юристы называют общей теорией права или теорией источников права. Этим объясняется относительное изобилие исследований о функциях закона, его престиже, о знании закона, о представлениях широкой публики о судьях, об их социальном происхождении, о медлительности правосудия и т. д. Предпочтение, которое некоторые авторы продолжают отдавать термину социология права, отражает этот ограничительный подход. Однако в отличие от такого подхода должно иметь место и широкое понятие, включающее в социологию права все социальные явления, в которых присутствует правовой элемент, даже если этот элемент не выражен в чистом виде, а переплетен с другими. Понимаемая таким образом юридическая социология не ограничивает свои исследования лишь первичными явлениями: она охватывает и вторичные, производные явления, такие, как семья, собственность, договор, ответственность и т. д. Хотя в этих явлениях есть и такое социальное, которое не преломляется через призму права, это не может служить достаточным основанием для того, чтобы объявить юридическую социологию в этих вопросах некомпетентной и, наоборот, признать компетентной только общую социологию или какие-либо дру-

31

гие производные от нее отрасли. Было бы также неверно полагать, что в многогранности явления юридическая социология призвана выделить лишь одну интересующую ее грань и оставить без внимания другие (нравы, этику, экономику, язык и т. п.), отдав их на откуп общей социологии. Подобное расчленение социального явления было бы искусственным. Как общая социология, так и ее отрасль равным образом призваны исследовать изучаемое явление в целом.

Но каждая отрасль делает это своим путем. Так, например, обращаясь к браку, общая социология прежде всего занимается нравственными отношениями, демографическими и экономическими факторами. Юридические нормы представляют для нее лишь нечто связанное с возможными осложнениями в семейной жизни и заслуживающее поэтому третьестепенного внимания, в то время как юридическая социология исходит из этих норм и лишь затем обращается к вопросу о том, как они обеспечены (или, наоборот, деформированы) в своем содержании экономикой, нравами и т. д. Само различие этих подходов должно привести в общем итоге к лучшему пониманию явления.

В сравнении с приведенным выше различием (социология права — изучение институтов; юридическая социология — изучение юридических аспектов разных социальных явлений) иную схему предлагает И. Таммело¹. С его точки зрения, «юридическая социология» — это социологические исследования юристов, а «социология права» — это изучение юридических явлений социологами¹. Однако эта схема придает чрезмерно большое значение профессиональному признаку. Единственный аргумент в пользу такого подхода заключается в том, что понятие «юридическая социология» можно трактовать в смысле социологии, проникнутой юридическим подходом и поэтому теряющей социологический характер. Здесь возможна аналогия с тем, почему другую отрасль социологии сегодня предпочитают называть «социологией религии», а не «религиозной социологией». Последнее название создает представление об отрасли знания, проникнутой религиозным духом, в то время как речь идет о строгой социологической дисциплине. Оставляя в стороне тонкости, мы, как уже отмечалось, исходим из синонимичности двух понятий. В духе схемы, предложенной Таммело, под социологией в праве иногда понимают попытки юристов проиллюстрировать фактическими данными догматическое описание институтов. Эта

32 •

II

позиция наиболее четко выражена немецкими авторами, которые говорят об изучении фактов в праве. Однако это «изучение правовой фактологии» отлично от «социологии права». Выходящая с 1966 г. серия книг под редакцией Эрнста Хирша и Манфреда Ребиндера носит двойное наименование: «Изучение правовой фактологии и социологии права»². Можно попытаться использовать звучащий далеко не элегантно термин «юрасоциологи» для того, чтобы отличать специалистов в области социологии права от общих социологов.

3. ОТНОШЕНИЕ ЮРИДИЧЕСКОЙ СОЦИОЛОГИИ К ОБЩЕЙ СОЦИОЛОГИИ

Прежде всего необходимо, чтобы юридическая социология заставила признать свою независимость, что не происходит само по себе. Для того чтобы одна научная дисциплина, начав отделяться от другой, завоевала полную автономию, нужны время и научные труды. Трудность в том, что право легко растворяется в более широких категориях, которые предстают как исключительный предмет общей социологии. В начале века в американской социологии право рассматривалось лишь как часть понятия социальный контроль. В наше время трехзвенное деление общей социологии, используемое некоторыми ее представителями, — социология профессий, социология решений, социология организаций — также способно поглотить юридическую социологию. Судьи и адвокаты попадают в ведение социологии профессий, правотворчество и правосудие — в социологию решений, а все остальные структуры действующего права — в социологию организаций³. Право низводится, таким образом, до уровня одной из многих социальных организаций, может быть даже более низкой рангом, чем другие, такие, как система образования, экономическая система, управление, образ жизни и т. п. Одновременно это представляет собой и отрицание юридической социологии. Подобный подход должен быть преодолен, поскольку он основывается на непонимании специфики права, его особой гибкости, уникальной способности организовывать все другие организации.

Тем не менее, чтобы завоевать независимость, юридической социологии нужно определить свой предмет. Сделать это можно лишь проведя демаркационную линию между юридическим и социальным неюридическим. Именно эта линия наиболее четко разделяет обе социоло-

³ Заказ № 1161

гии. Отсюда и вытекает сложная задача определения критерия «юридическое».

Сформировавшись как самостоятельная дисциплина, юридическая социология оказывается в отношениях взаимного обмена с общей социологией. Однако сбалансирован ли этот взаимообмен? Юридическая социология, как дочерняя дисциплина, получила очень много от общей социологии. В большинстве своем ее методы (историко-сравнительный, статистический, опросный и др.) — это не

что иное, как адаптация методов, уже разработанных в других сферах социологии. Многие понятия, которыми она пользуется («социальное принуждение», «социальный контроль», «коллективное сознание», «роли», «аккультурация» и т. д.), — это понятия общей социологии, которым придан правовой акцент. И даже некоторые из тех понятий, которые, казалось бы, выражают чисто юридические явления (законная семья, различие собственности и власти в акционерных обществах), выработаны представителями общей социологии.

Общая же социология менее охотно признает то, что она получила или может получить от юридической социологии, как, впрочем, и от самого права. Дюркгейм советовал социологам внимательно изучать нормы права. Он видел в них объективный индикатор социальных факторов. Но этот совет часто забывали, в том числе и юрасоциологи.

Быть может, самый полезный вклад, который право способно внести в социологию, — это система доказательств. Поиск судебной истины основывается на принципе состязательности, то есть организованном споре сторон. Доказательствам одной стороны противопоставляются доказательства другой, а затем следует правовое решение. Вклад права в социологию мог бы состоять в том, чтобы ввести состязательность в процесс получения научных доказательств. Это значит, что исследования должны быть в определенной части дублированы и одной группе анкетеров должна быть противопоставлена другая группа, как бы представляющая другой подход к проблеме и состязаясь с первой (подробнее об этом ниже).

4. РАЗЛИЧИЯ МЕЖДУ ЮРИДИЧЕСКОЙ СОЦИОЛОГИЕЙ И ДОГМАТИЧЕСКОЙ ЮРИСПРУДЕНЦИЕЙ

Если юридическая социология сходна по своей природе с общей социологией, поскольку представляет собой ее ответвление, то различия между юридической социологи-

34

>!

ей и правом куда более существенны. Под правом в данном контексте мы понимаем юридическую науку, в том виде как она традиционно преподается на юридических факультетах, а также используется судами, то есть то, что называют догмой права. При этом мы ни в коей мере не стремимся принизить догматическую юриспруденцию, ибо очевидно, что сегодня социальная польза от нее больше, чем от юридической социологии.

Укажем прежде всего на различие объектов этих двух дисциплин. Самое простое различие состоит в том, что догма права изучает нормы права как таковые, а юридическая социология стремится открыть как социальные причины, порождающие эти нормы, так и социальный эффект этих норм. Однако следует иметь в виду, что ни один представитель догматической юриспруденции не согласился бы сегодня ограничиться в своем исследовании лишь текстами, оторванными от жизни, от генезиса норм и их применения. Тем более что и во все времена юридической догматике при толковании закона приходилось прибегать или к истории его создания (изучение подготовительных работ), или к оценке его последствий. На этом пути юридическая догматика сталкивалась и с социальными потребностями, на которые призван был отозваться закон, и с его социальными последствиями.

Различие в объектах двух дисциплин может лежать и более глубоко. Иногда говорят, что представитель юридической догматики изучает право как совокупность обязательных, снабженных принудительной силой нормативных фактов, а социолог — как явления, вне их связи с властью. Такое утверждение не вызвало бы возражений, если бы означало только то, что исследователь, рассматривающий в социологическом аспекте свою правовую систему, хотя и может абстрагироваться от властного фактора, но только осознавая при этом, как и всякий другой гражданин, свою принадлежность к данной правовой системе и признавая ее юридическую власть. Абстрагирование от властного фактора можно было бы трактовать как форму проявления принципа строгой объективности, столь важного для исследований, основанных на социологическом подходе. Однако это абстрагирование способно привести к опасным последствиям, поскольку юридическая социология, обращаясь к нормам права, в этом случае сможет полностью игнорировать их обязательный характер. Такой подход, конечно же, неприемлем. Что сказали бы о географе, кото-

35

рый захотел бы изучить страну, абстрагируясь от ее рельефа? Власть — это необходимый элемент юридического феномена. Что можно сказать о филологе, который взялся бы изучать синтаксические явления, игнорируя нормативный характер правил синтаксиса? А ведь наука о языке и юридическая социология сходны в том — и на это часто обращали внимание, — что та и другая имеют объектом социальные явления, характеризуемые определенной нормативностью. Различие между догмой и социологией права следует искать не в объекте этих дисциплин. Это различие точек зрения и угла видения. Тот же самый объект, который догматическая юриспруденция изучает изнутри, социология права рассматривает с внешней стороны. И именно потому, что она рассматривает объект с внешней стороны, она видит его как явление, не пытаясь проникнуть в его сущность, в его онтологическую глубину.

Представитель догматической юриспруденции уже в силу своей профессии находится как бы

внутри правовой системы, своего национального права. Даже будучи чистым теоретиком, он может с достаточным основанием претендовать на то, чтобы оказывать воздействие на это право. Он участвует в развитии доктрины. Он является авторитетом в праве, хотя и не его источником. Социолог, наоборот, пребывает вне изучаемой системы (если даже он сам к ней относится), и его наблюдения ни в какой мере не влияют на ее функционирование. Другими словами, юридической социологии свойственно, как и экспериментальным наукам вообще, радикальное отделение наблюдателя от наблюдаемых материй. И если для представителя юридической догматики право — это бог, социолог считает нужным руководствоваться методологическим атеизмом. Определению границ юридической социологии посвящено много значительных работ авторов из разных стран. Общая социология ставит под вопрос критерий юридичности в качестве основания определения этих границ. Со стороны догматической юриспруденции также слышатся ссылки на различного рода трудности. Для нас же, как говорилось выше, характерная черта социологии права состоит именно в дистанцировании от изучаемого объекта. Ренато Тревес возразил на это, что, даже если подобный критерий помогает отграничить социологию права от юридической науки в ее практико-прикладном аспекте, он бесполезен, когда речь идет о таких сферах данной науки,

36

как теория права или философия права. Ведь представители этих дисциплин также дистанцируются от изучаемого объекта⁴. Да, дистанцируются, но не совсем. Во-первых, рассматривая позитивное право, они руководствуются юридико-логическими установками, которые вырабатывались как дополнение или проекция этого позитивного права. Во-вторых, с той высоты, с которой представители этих дисциплин рассматривают право, оно представляется им как онтологическая реальность, в то время как социолог, стоя на земле, обнаруживает лишь внешние явления или их более или менее видимые связи. Метод юридической догматики (как и философов права) — это дедукция и умозрительный подход. Она использует толкование, аргументацию, логические суждения и другие формы риторики. Метод социологов индуктивен и фактологичен: этнографические описания, статистический анализ, анкеты, интервью и другие эмпирические исследования.

Никто не поставит в один ряд рассуждения и философские мысли Беккариа о наказании с работой группы исследователей, которые методом опроса пытаются выявить, какой образ уголовной юстиции сложился в широких слоях населения. Правда, можно сказать, что этот пример упрощает существо вопроса, ибо получается, что для того, чтобы иметь право именоваться социологом, нужно позитивно оценивать и практиковать опросы. Этого не делали ни Дюркгейм, ни Гурвич, ни Гейгер, предпочитавшие в одиночестве размышлять над правовыми проблемами. Были ли они социологами, как считали сами? Или правильнее причислить их к философам, в пользу чего говорит характер созданных ими теоретических систем? И кем считать Монтескье, который черпал социологический материал из книг?

И. ОТНОШЕНИЯ ЮРИДИЧЕСКОЙ СОЦИОЛОГИИ К ДРУГИМ ДИСЦИПЛИНАМ, СВЯЗАННЫМ С ПРАВОМ

1. ПРИРОДА ТАКИХ ДИСЦИПЛИН

Поскольку в преподавании на юридических факультетах эти дисциплины занимают по сравнению с догмой права второстепенное место, они могут быть прежде всего охарактеризованы как вспомогательные или даже как дисциплины, призванные обслуживать юридическую догматику.

Однако подобными характеристиками лучше не пользо-

37

ваться, ибо при этом мы рискуем забыть, что науки, о которых идет речь, видят свой смысл прежде всего в самих себе. Хотя они базируются на том же материале, что и догматическая юриспруденция, они делают это иным образом и с иными намерениями. Впрочем, то же самое можно сказать и о юридической социологии.

Среди дисциплин, о которых идет речь, имеются и связанные со всеми отраслями права и в этом смысле обладающие признаком всеобщности. Таковы философия права, история права, сравнительное право, о которых и пойдет речь в данном разделе. Другие же дисциплины, в отличие от названных, близки лишь отдельным отраслям права. Таковы политическая наука и наука управления, связанные соответственно с конституционным и административным правом. С этими науками нам еще предстоит встретиться, когда речь пойдет о политической социологии. Такова также группа криминологических наук, которых мы коснемся в дальнейшем, говоря о социологии уголовного права.

2. ОТНОШЕНИЯ ЮРИДИЧЕСКОЙ СОЦИОЛОГИИ С ФИЛОСОФИЕЙ ПРАВА

И в преподавании, и в исследовательской деятельности социология выделилась в самостоятельную науку из философии. Сначала она образовала самостоятельный раздел в рамках философии, затем ее развитие выявило необходимость в специализации. Почти одновременно эмансипировались психология и логика, после чего в ведении чистой философии остались мораль и, главное, метафизика. Аналогичный процесс наблюдался и в юридико-философских дисциплинах. Сперва все находилось в ведении философии права. Затем от нее отделились социология права, логика права и правовая психология. Философия права сохранила за собой лишь то, что можно назвать распространением морали и особенно метафизики на право, а именно: умозрительные конструкции о правах и обязанностях личности, сущность справедливости, естественное право.

Таким образом, юридическая социология, бывшая ранее частью философии права, завоевала свою самостоятельность. Союз этих наук был возможен до тех пор, пока социологи довольствовались подходом, не так уж отличавшимся от философского, а именно размышлением о чело-

38

веке и обществе на основе личного опыта исследователя. Разрыв стал неизбежен, когда социология обратилась к новым методам: наблюдению, эксперименту, эмпирическим методам. Однако взаимонезависимость, которая ныне характеризует отношения обеих дисциплин, отнюдь не исключает связей между ними.

Философия права пристально следит за деятельностью юридической социологии. В этом внимании есть немалый элемент беспокойства: не подорвет ли свойственный социологии агностицизм — пусть даже чисто методологический — в отношении любой системы ценностей престиж норм права в глазах его субъектов? Некоторые философы права видят в социологии права не столько особую науку, сколько одно из учений среди других философских учений, ищущее единственный источник права в глубинах социальной жизни, т. е. характеризующееся таким подходом, который называют социологизмом⁵.

Есть нечто общее, что связывает социологизм и сторонников естественного права. Это — антипозитивизм, отрицание того, что все неисчерпаемое богатство права заключено в законе, издаваемом государством. Однако за пределами этого отрицания между социологизмом и естественным правом вновь возникают различия. Социологизм исходит из того, что не существует трансцендентных ценностей по отношению к фактам (имманентных — это другое дело). Естественное же право провозглашает такую трансцендентность.

Если юридическая социология может сегодня чем-то обогатить философию, то только потому, что среди социологов права до сих пор существует влиятельное направление скорее теоретического, чем эмпирического плана. Тематика этого направления — наиболее общие проблемы права, а инструментарии научной работы — библиотека, а не эмпирические методы. Эта теоретическая социология права — ее можно также назвать одним из видов философии юридической социологии — представлена именами Ве-бера, Гейгера, Гурвича.

3. ОТНОШЕНИЯ ЮРИДИЧЕСКОЙ СОЦИОЛОГИИ С ИСТОРИЕЙ ПРАВА И СРАВНИТЕЛЬНЫМ ПРАВОМ

Взгляд извне на изучаемый объект — критерий, взятый нами для разграничения догматической юриспруденции и юридической социологии, — такой взгляд свойственен и

39

двум «вспомогательным» дисциплинам, которые давно уже преподаются на юридических факультетах: истории права (включая римское право) и сравнительному праву.

Историки права и компаративисты изучают правовые системы, к которым они сами не принадлежат. В данной связи несущественно, что одни из этих систем относятся к прошлому, а другие — современные иностранные правовые системы.

Юридическая же социология в каждой стране работает по преимуществу с действующим национальным правом, но отнюдь не ограничивается только этим объектом. Чтобы получить больше данных, она расширяет круг исследований, обращаясь к праву прошлых эпох и к зарубежному праву. Здесь она и-пересекается с историей права и со сравнительным правом.

Доказательством этого служит предложение А. Леви-Брюля сгруппировать эти три дисциплины в одну науку, которая под названием юрисдика противостояла бы традиционному правоведению, формально-юридической догматике. Леви-Брюль определял эту науку как применение сравнительного метода к юридическим явлениям⁶.

Однако предлагаемый союз наталкивается на трудности. Прежде всего потому, что многие задачи, встающие перед историей права и сравнительным правом, совпадают — и при этом с достаточным основанием — с задачами, решаемыми догматической юриспруденцией.

Бесспорно также, что преподавание римского права не сводится к социологическому познанию юридических феноменов, характерных для римского общества. Для французов, как, впрочем, и

для всего Запада, римское право — это привилегированная правовая система, ключ к пониманию значительной части действующего права. Если есть социология римского права, то еще более важной является догма римского права. Его источники изучались особенно тщательно в целях лучшей интерпретации действующего права.

Равным образом приходится констатировать значительный вес догматических исследований в сравнительном праве. Оно родилось в прошлом веке в виде сравнительного законодательства, и это наименование говорит само за себя. Речь шла о параллельном сопоставлении текстов в целях совершенствования законодательства. В наше время компаративисты согласны в том, что сопоставление должно идти дальше, не ограничиваться только законом, а охва-

40

тить судебную и несудебную практику, или — говоря юридически, более обобщенно — всю сферу применения закона. Это уже реализм, но еще не социология. Компаративисты по-прежнему считают своей главной задачей поиски наилучших моделей, которые могут быть использованы в ходе различного рода реформ национального права, а не выявление таких корреляций правовых явлений, которые помогли бы сформулировать научные законы. Вот почему компаративисты предпочитают сравнивать право стран, принадлежащих к одной и той же правовой семье, достаточно близких для восприятий и заимствований. Для социолога такой подход имеет второстепенное значение. Более того, для него характерен прямо противоположный подход: древнее, примитивное право может дать ему больше для обнаружения причинных зависимостей. Из сказанного не следует, что между юридической социологией, с одной стороны, и общими вспомогательными классическими дисциплинами — с другой, лежит непреодолимая дистанция. Можно обнаружить и переходные сферы, а именно социологическую историю права⁷ и социологическое сравнительное право⁸. Вместо того чтобы изучать догматические формы, существовавшие в прошлом или имеющиеся в настоящее время за рубежом, эти направления исследований стремятся понять соответствующие социальные реальности. Это две весьма перспективные сферы юридической социологии, где она может применить методы, отличные от тех, которыми пользуются / история права и сравнительное право. Историк права — социолог мало надеется на анализ таких абстрактных текстов, как закон или сборник правовых норм. Он больше рассчитывает на конкретные практические документы (пусть даже изолированные) или чисто литературные свидетельства очевидцев. Компаративист-социолог в свою очередь пренебрегает сопоставлением текстов законов. У него свой инструментарий: сравнительная статистика, сравнительное анкетирование⁹. Однако пользование этим инструментарием находится пока на стадии первоначальных опытов и наталкивается на серьезные трудности. Статистика, чтобы ее можно было сравнивать, должна быть сравнимой. Не все статистические данные заслуживают одинакового доверия. Кроме того, в разных странах государственная статистика строится на разных основаниях. Требуется усиление международно-правового плана для того, чтобы унифицировать методы статистического под-

41

счета правовых явлений¹⁰. Что касается использования опросов при сравнительно-правовых исследованиях, то здесь возникают трудности другого рода. В общей социологии разработан метод одновременного опроса в двух или нескольких странах (cross-national survey)¹¹. Тем не менее данные опроса не могут быть сопоставлены надлежащим образом, если они проведены не в одинаковой психологической атмосфере. Кроме того, проводимые в стране опросы могут иметь такую эмоциональную тональность, которая не воспринимается за рубежом. Паллиативный выход видится в создании многонациональной исследовательской группы.

Отметим также, что и само сравнительное право может рассматриваться как социологическое и психологическое явление. Упомянем в этой связи почти гипнотическое действие, которое иностранный кодекс может оказать на юридическое сословие страны (например, кодекс Наполеона — на юристов ряда стран Европы после 1804 г.). Или же укажем на пропаганду путем апелляции к иностранному праву, преподносимому в качестве показательной модели (пример подобной пропаганды: в такой-то стране прямые налоги более или менее высоки, чем во Франции). К явлениям юридической аккультурации мы вернемся ниже.

III. ОТНОШЕНИЯ ЮРИДИЧЕСКОЙ СОЦИОЛОГИИ С ДРУГИМИ ОБЩЕСТВЕННЫМИ НАУКАМИ

:-'

1. ОТРАСЛИ СОЦИОЛОГИИ. СОЦИОЛОГИЯ РЕЛИГИИ

Юридическая социология связана не только с общей социологией, но и почти со всеми отраслями разветвленной социологической науки, ибо сферы общественной жизни, изучаемые этими отраслями,

имеют правовой аспект. Особенно важными являются взаимосвязи юридической социологии с двумя частными социологиями — религии и политики.

Контакт социологии права и социологии религии представляется естественным уже потому, что религия, как и право, — это нормативная система и, сверх того, нормативная система, наделенная такой же пластичностью, как и право, такой же способностью выражать разнообразные социальные требования (тем, что применительно к праву юристы называют нейтральностью правовой нормы) ¹².
42

Не следует, ориентируясь на современные модели, относить религию только к сфере духовного, сводить религиозную норму лишь к духовным императивам. Многие социологические данные свидетельствуют о почти неограниченной возможности абсорбции, продемонстрированной религией. Она может сакрализовать любой вид норм, трансформировать обычаи в освященные стереотипы поведения ¹³.

Сходство религии и права объясняет, почему границы между ними нередко недостаточно четки: бывают легалистские религии и существуют религиозные правовые системы.

2. ПОЛИТИЧЕСКАЯ СОЦИОЛОГИЯ

Трудность начинается уже при попытке отграничить право от политики (разумеется, политики в положительном смысле этого слова). Здесь невозможно различие по субъектам: одни и те же парламентарии издают законы и определяют политику страны; тот же самый судья, который применяет право, одновременно стремится наделить приговоры превентивным эффектом и проводит тем самым определенную уголовную политику.

Из авторов, строящих параллель между этими двумя понятиями, одни ставят право выше политики, а другие — ниже. Первые думают, очевидно, о естественном праве, а вторые — о праве позитивном. Очевидно, анализ должен идти по другому пути. Политика и право — это два способа деятельности власти. В праве власть выражает себя, устанавливая нормы длительного действия, за соблюдением которых она постоянно следит. В политике же власть выражает себя периодическими решениями, которые она принимает на основе выработанной ею программы действий. Это различие можно проиллюстрировать следующим весьма банальным сравнением: право — это строительство корабля, его оснастка и спуск на воду; политика — это курс корабля.

Различение юридического и политического затрудняется и тем, что политика допускает по меньшей мере два толкования. Под политикой может пониматься любое действие, подчиненное достижению определенной цели, и в этом плане можно говорить о юридической политике (законодательная политика, политика борьбы с преступностью — криминологическая политика ¹⁴). Но политика пре-

жде всего и главным образом — сочетание тактики и стратегии для достижения победы в конфликтах интересов, партий, наций. Право может служить инструментом (среди других) понимаемой таким образом политики. Как писал Иеринг, право — это политика силы. Марксизм — и не он один — придерживается этого второго понимания политики и утверждает, что право никогда не может быть независимым от политики, даже тогда, когда оно претендует на аполитичность или выступает лишь как техника. Действительно, влияние политики на законодательство — это очевидный, многократно повторенный факт. Оно прослеживается и в судебной практике. Тем не менее нельзя отрицать, что существуют законы и судебная практика не политического, а юридическо-технического характера.

Трудность разграничения права и политики с необходимостью сказывается и тогда, когда нужно разграничить две отрасли социологии, каждая из которых занимается одним из этих объектов. И действительно, социология конституционного права может оказаться весьма похожей на политическую социологию. И тем не менее к ведению последней могут быть отнесены свойственные только ей сферы, если при их изучении она будет держаться вне-юридических структур. Таковы выборы — объект социологии выборов (дисциплины, ставшей в свою очередь уже почти автономной), группы давления, партии, бюрократия, революции, общественное мнение. Это все — темы политической социологии. Однако в нашу задачу не входит определение путем сопоставления этих двух социологий, их компетенций. Мы хотим подчеркнуть два вывода, которые юридическая социология должна сделать для себя и в соседстве ее предмета с политикой. Первый вывод — это важность политического факта. Социологи права уже давно отдают дань политическим доктринам. Теоретическая социология была по преимуществу философией государства, доктринальными размышлениями о законах и правах. Отсюда до сферы фактов далеко. Юридические явления соотносили с нравами, с экономикой, но значительно реже — с политическими переменными величинами, хотя можно предположить, что право более чувствительно именно к ним, особенно в таком обществе, как наше, — одновременно легалистском и политизированном. Можно, например, представить себе (даже исключив

экономические моменты) связи между количеством случаев выселения нанимателей и сменой партий у власти, между налогообложением свободной (внебрачной) семьи и поведением избирателей. Говоря более общим образом, подчеркнем, что в поисках социологического объяснения какого-либо правового института следует обращаться не только к социологическим факторам, связанным с теми, для кого этот институт предназначен, но и к социологическим факторам, значимым для тех, кто создавал этот институт, то есть для политических сил, которые и создают право. Второй вывод — это важность политической *воли*. Политическая социология практикует такой подход, который позволяет ей отказаться от изучения общей социологической детерминации явлений и ограничиться показом лишь их исторического своеобразия. Действительно, политика страны, включая законодательную политику, отнюдь не всегда является обезличенным результатом действия общественных сил. Возможны решения, принятые единолично. В той мере, в какой юридическая социология подчинена требованиям политического анализа, она, как следствие этого, подчинена и требованиям исторического анализа, и логике тех специфических связей, которые он может выявить. Мы знаем немало юридических явлений, связанных с политической волей одного лица: во Франции это кодификация 1804 г., закон об ассоциациях 1901 г.; в Германии — так называемые «нюрнбергские законы». Социология пытается умалить роль личности, утверждая, что она лишь выражает общественные условия своего времени. Но такое объяснение далеко не всегда выглядит убедительным

15

3. ПОЛИТИЧЕСКАЯ ЭКОНОМИЯ

Хотя понятие политическая экономия потеснено понятием экономические науки, мы будем пользоваться именно им, поскольку оно подчеркивает связь экономики с политикой. Противопоставляя экономику и социологию, иногда говорят, что первая в своей сфере правит с помощью рациональной калькуляции, а другая — в своей — иррациональным путем. Тем не менее перед нами социальные науки, которые могут в ходе научных исследований опираться ДРУГ на друга.

Взросшее воздействие права на экономику, развитие юридической социологии расширили сферу междисциплинарных исследований. Существует экономическое измере-

44

45

ние юридических явлений, например расходы по реализации права — судебные издержки — образуют как бы порог юридически реализуемого, и за этим порогом огромное число требований остается в состоянии не-права. С другой стороны, вмешательство права делает его слагаемым в экономической игре. Законодательство об охране потребителя, перенося некоторый риск с покупателя на продавца, воздействует на продажную цену в сторону ее повышения. Ограничение права на увольнение может привести к уменьшению предложений о найме. Судебные перипетии патентного дела отразятся на биржевой котировке акций спорящих сторон. По всем такого рода вопросам экономист для получения необходимых юридических данных должен обращаться не к юридической догматике, а к социологии права, поскольку эту реалистическую дисциплину интересует не формальный фасад норм и институтов, а их эффективность.

4. ДЕМОГРАФИЯ

Если политическая экономия взаимодействует с социологией имущественного права (куда мы относим право гражданских и торговых договоров, промышленное право и т. п.), то демография соотносится с социологией семейного права и прав личности. Следует, впрочем, отметить, что здесь возможна трехсторонняя междисциплинарность. Например, вопрос о том, что происходит с собственностью в результате наследований или установления определенного режима имущества супругов, может быть отнесен, в зависимости от подхода, к ведению и юридической социологии, и политической экономии, и демографии.

Социологи права ищут сотрудничества с демографией потому, что они рассчитывают получить обширную цифровую информацию о важных составных частях предмета их науки. Таким образом, можно поставить на новую качественную основу исследования, которыми социологи права занимались и ранее (под влиянием юридической практики, психологии, морали), но лишь от случая к случаю. Вместо того чтобы просто повторять, что разводов много и число их растет, появилась возможность перейти к составлению и сравнению индексов разводимости. Числа, и особенно большие числа, могут служить юридической социологии лекарством — впрочем, недостаточно эффективным — против опасности поверхностного взгляда, которая ей постоянно угрожает.

46

Со своей стороны демография не может пройти мимо права, поскольку многие существенные явления, которые она изучает, — брачность, разводы, внебрачная рождаемость — ведут свое начало из юридических дефиниций.

Демография не может пройти мимо социологии права еще и потому, что именно она обладает способностью раскрыть некоторые из тех фактов, которые через право влияют на изучаемые демографией явления.

Пример плодотворного сотрудничества юридической социологии и демографии дает опрос о разводе, проведенный совместно лабораторией юридической социологии Парижского университета и Национальным институтом демографических исследований по инициативе Министерства юстиции. Этот опрос, результаты которого опубликованы в 1974—1975 гг. в двухтомном издании «Развод и французы», был составной частью подготовительных работ к изданию Закона о реформе развода от 11 июня 1975 г.¹⁶

5. ЛИНГВИСТИКА

Сходство права и языка бросается в глаза. И то и другое — это средства общения людей, определяемые правилами (отчасти самобытными, отчасти научными), обладающими принудительной силой (грамматика имеет свои правила и исключения, свои степени допустимости ошибок и даже свои санкции). Будучи явлениями социальными, язык и право в то же время явления нормативные. Язык был необходим для формирования права. Он позволил поставить на место фактического сиюминутного принуждения (окрик, удар) абстрактно сформулированный приказ, рассчитанный на неопределенное число случаев, то есть — создать норму. Он позволил, далее, передавать эту норму от поколения к поколению и тем самым создать традицию и обычай, а также проектировать будущие действия — обещать сделать что-то, дать слово.

Современный расцвет лингвистики, а точнее, социолингвистики не прошел бесследно для юридической социологии. У этих далеких в целом друг от друга сфер возникли контакты. В наиболее простой форме влияние лингвистики дает знать о себе при изучении коммуникативности юридического языка. Такое изучение ведется в практических целях, для обеспечения наилучшего понимания законов и судебных решений теми, кому они адресованы. В более сложной форме влияние лингвистики обнаруживается при

47

структурном анализе законов и судебных решений. Здесь цель заключается в выявлении их социального смысла, выраженного в труднодоступной словесной форме.

Существуют также некоторые далеко идущие теоретические гипотезы о соотношении языка и права. Согласно одной из них, структура языка влияет на дух законов. Например, то, что в китайском языке ведущую роль играют специфические формы обращений и указаний, обусловило утрату традиционным правом страны точно очерченных контуров. Другой пример: англицизмы во французском языке в Квебеке повлекли за собой и «англицизмы в праве». Другие гипотезы, наоборот, исходят из того, что юридический статус отражается в языке. Например, преобладание мужского рода в грамматических согласованиях отразило некоторые аспекты правового положения женщины¹⁷.

IV. ПОДРАЗДЕЛЫ ЮРИДИЧЕСКОЙ СОЦИОЛОГИИ

1. ДИФФЕРЕНЦИАЦИЯ ЮРИДИЧЕСКОЙ СОЦИОЛОГИИ ПО ОТРАСЛЯМ И КАТЕГОРИЯМ ПРАВА

Чтобы отличать юридическую социологию от других дисциплин, мы рассматривали ее выше как целое. Однако в действительности она не так уж монолитна. Как и многие другие науки, она подвержена процессу дифференциации.

Частные юридические социологии складываются по двум весьма различным стержневым линиям. В основе одной из них лежат правовые категории; в основе другой — категории чисто социологические. Отсюда постоянный спор о том, какой должна быть внутренняя классификация юридической социологии, чему она должна соответствовать: классификациям, существующим в праве, или классификациям, характерным для социологии. Естественно, что юристы-социологи спонтанно приходят к первому решению.

В своей наиболее простой форме оно состоит в том, чтобы подойти с социологических позиций к каждому большому массиву действующего права. Даже априорно можно представить себе за каждой отраслью права — гражданским, торговым, международным, публичным или частным и т. д. — автономную социологическую дисциплину. Эта классификация, столь удобная для юристов, не так уж удачна в научном плане, поскольку социологическая суб-

48

станция юридических явлений, особенно первичных (закон, решение), в различных массивах действующего права неизменна.

Социологический уровень существующих отраслевых юридических дисциплин неодинаков. Социологическая ориентация некоторых из них была облегчена тем, что ранее уже существовала обратившаяся к этому предмету недогматическая, хотя и не чисто социологическая наука. И если публичное право не испытывает потребности в социологии конституционного права, то происходит это от понимания того, что соответствующие подходы потенциально уже содержатся в политической социологии. В сфере уголовно-правовых дисциплин в связи с наличием криминологии (а точнее, социологии преступности) создание социологии уголовного права также могло показаться излишним. Однако это мнение ошибочно, поскольку социология уголовного права, изучающая репрессию и реакцию общества на преступление, существенно отлична от социологии преступности, которая изучает саму преступность, процесс, завершающийся совершением преступного деяния.

Социология преступности (ее основатель — итальянец Ферри) относится к юридической социологии, ибо преступность в ее социальных причинах и следствиях — это отклонения от закона, нарушения закона. Деяние квалифицируется как преступление потому, что это следует из закона, оно — правовое явление. Уголовный же закон и наказание — также правовые явления, и наука, которая предлагает изучать их в непосредственной связи с социальными условиями и следствиями, также может претендовать на ранг социологии права. Вот почему ныне в стадии конституирования находится автономная дисциплина социология уголовного права (которую называют также уголовной социологией). В центре ее исследования лежит проблема наказания. Если же обратиться к классификации, принятой в рамках общей социологии, то придется констатировать, что существующие здесь разделы не имеют, во всяком случае формально, аналогов в виде соответствующих юридических социологии. Правда, когда речь идет о социологии сельского хозяйства, промышленной социологии (или — как ее называют более широко — социологии труда), налоговой социологии, то можно без особых усилий представить их юридические аналоги, поскольку договор арен-

4 Заказ № Ц61

49

ды земли, трудовой и коллективный договоры, прямые и косвенные налоги — это правовые явления. Однако эти потенциальные юридические социологии еще не выделились из соответствующих массивов общей социологии. Такая нерасчлененность может рассматриваться как преимущество в тех областях, где право особенно сильно зависит от фактических обстоятельств. Отрицательным же следствием нерасчлененности может явиться то, что специфика юридического ускользнет из поля зрения социолога.

Процесс специализации внутриюридической социологии не останавливается на основных отраслях права (или основных преподаваемых дисциплинах). Специализация идет дальше — до уровня правовых институтов, и можно без труда представить себе самостоятельную социологию собственности, социологию наследования, социологию ответственности, акционерную социологию. Такое выделение автономных дисциплин имеет под собой эмпирическое обоснование — разделение труда. Научно обоснованным подобное выделение автономных сфер является лишь в той мере, в какой применительно к каждой из них можно констатировать наличие юридических явлений, существенно отличных от тех, что встречаются в других сферах, а это в свою очередь требует использования новых методов изучения. Далеко не всегда можно убедиться в том, что эти условия действительно существуют.

В этой связи мы хотим привлечь внимание к социологии семьи — наиболее развитой частной социологии в рамках гражданского права. Ее отличает определенная специфика объекта, поскольку в изучаемых ею явлениях юридическое тесно переплетается с биологическим и моральным. Ее отличает также известная специфичность метода: проводимые в этой сфере опросы должны быть тщательно разработаны в психологическом плане; они должны неоднократно повторяться, с тем чтобы данные за длительный срок позволили установить черты преемственности и разрыва между поколениями. Свою автономию социология семьи получила скорее от общей социологии, чем от социологии права. Социологи видели в семье прежде всего нравственный феномен, лишь случайным образом связанный с правом. Поэтому в том виде, в котором она чаще всего выступает, эта дисциплина не может рассматриваться как социология *семейного права*. Такая ситуация не может удовлетворить нас, ибо

50

ни брак, ни развод нельзя понять вне права. Без права невозможно само определение этих понятий. Было бы правильнее, если бы социология семьи выступала в качестве производного от юридической социологии. Добавим к этому, что и сама семья производна от общества. Проходя мимо права, социология семьи рискует отойти от реальности. Сводя объект своего изучения лишь к

межличностным отношениям, она игнорирует тот феномен, в рамках которого складываются эти отношения и который юристы называют публичным порядком.

В соответствии с изложенным следует проводить различие между многочисленными трудами в области социологии семьи, которые тяготеют к общей социологии, акцентируют свое внимание главным образом на нравах и лишь случайно затрагивают право¹⁸, и трудами по социологии *семейного права*, появлению которых во Франции способствовало то, что законодательным реформам в этой области предшествовали социологические исследования¹⁹.

Исследователи-социологи обращаются по преимуществу к личной и межличностной сторонам семейных отношений. Но и имущественный аспект, хотя технически он более сложен, не остался без их внимания.

Требуется ли эта область социологии семьи своих особых методов исследования? Статистика дает в ряде случаев солидную базу для количественного анализа брака, усыновления, развода. Если исследователь хочет идти дальше, он должен прибегнуть к опросам, которые в этой сфере наталкиваются на препятствия, ибо затрагивают интимные стороны личной жизни. Французская сдержанность еще более увеличивает эту трудность: когда во Франции с целью изучения разводов был распространен вопросник В. Гуда²⁰, разработанный им для США, французам было психологически трудно отвечать на поставленные вопросы.

Начиная с середины нашего века социология семьи стремилась показать отрыв семейного права от социальных реалий и нравов. Подчеркивалась трансформация семьи в «индустриальном обществе», упадок власти мужа и отца, вытеснение чувства долга стремлением к счастью в личной жизни, возобладание личных отношений в семье над имущественными и т. д. Однако последующие наблюдения заставили внести коррективы в эти констатации. Традиционная семья оказалась более прочной, чем можно было предположить. Снова убедились в том, насколько важны имущественные интересы, в том числе наследственные,

4*

51

для прочного и длительного существования семьи. Напрашивается вывод, что связь между социальной эволюцией и институтом семьи достаточно сложна.

2. ДИФФЕРЕНЦИАЦИЯ ПО ИСПОЛНИТЕЛЯМ ПРАВОВЫХ РОЛЕЙ

Макс Вебер подчеркнул роль юридических профессий, избрав для этого понятие «юридический штаб» (*Rechts-stab*)²¹. В этой связи можно также говорить об исполнителях правовых ролей.

Применительно к двум таким исполнителям — законодателю и особенно судье — вырисовывается тенденция к формированию частных социологии.

Законодательная социология понимается прежде всего как практико-прикладная социология, снабжающая законодателя данными. Эта практическая функция и позволила ей вырасти в определенным образом очерченную дисциплину. Однако было бы правильнее понимать ее и более широко, охватив все социологические аспекты деятельности законодателя. В этом случае законодательная социология должна изучать анонимные силы, которые в ходе развития общества предопределяют появление новых норм права (в этой связи говорят о социологическом законодателе в отличие от юридического законодателя: министре, которому принадлежит инициатива издания закона, или парламентариях, голосовавших за закон); группы давления, уровень осведомленности и знаний законодателя; эффективность (неэффективность) закона.

Судебная социология еще более охотно признается самостоятельной дисциплиной. Это объясняется той благоприятной почвой, которую она имеет в США. Напомним, как значительна роль судьи в американском обществе и в общем праве. При первом взгляде судебная социология предстает в виде социологии профессий; объект ее изучения — судьи и адвокаты, их социальный отбор, их взгляды, отношение к лицам, попавшим в сферу правосудия, а также общественное мнение о судьях и адвокатах. Однако в центре судебной социологии находится судебное решение и процесс его принятия. Представляется, что этот объект связан с психологией, а именно с психологией малых групп (когда суд действует коллегиально) или с индивидуальной психологией (когда судья единолично выносит решение). Судебная социология не может обойтись без судебной психологии, но она имеет свою специфику, поскольку ищет корреляции между содержанием приговора

52

и чисто социальными факторами, воздействующими на судью²².

В широко понимаемую судебную социологию можно включить также изучение образа юстиции (уголовной и гражданской), складывающегося у широкой публики. Определенную ее часть составляют люди, имевшие опыт⁷ общения с юстицией и сохранившие об этом скорее плохие-воспоминания. Изучение восприятия этими людьми судебного процесса вызвало к жизни попытки

психосоциологического анализа, который колеблется между двумя крайностями: трактовкой процесса как игры и трактовкой процесса как инструмента социального принуждения, связанного с социальным неравенством.

V. ОТВЕТВЛЕНИЯ ЮРИДИЧЕСКОЙ СОЦИОЛОГИИ 1. ЮРИДИЧЕСКАЯ ЭТНОЛОГИЯ

От юридической социологии, подобно тому как то же-самое произошло ранее с общей социологией, отделилось несколько отраслей. Именно так стала самостоятельной дисциплиной *юридическая этнология*.

От юридической социологии ее отличает не природа изучаемых объектов. И та и другая изучают юридические явления. Юридическую этнологию отличает от юридической социологии сфера, в которой находятся изучаемые-явления. При этом совсем не обязательно противопоставлять старые правовые системы современному праву. Социология не запрещает исторических исследований, и, наоборот, объектом изучения этнологии могут быть наши¹ современники. Критерий в нашем различении двух дисциплин является не хронологическим, а социологическим, более точно — это критерий культуры. Отличительная черта юридической этнологии в том, что она обращена к примитивному или (как предпочитают говорить сегодня) архаическому праву. Правовую норму или институт называют архаичными в том случае, когда они отражают такую-стадию правовой эволюции, которую наше собственное общество, взятое в целом, уже давно миновало. Архаическое право представляет, таким образом, прошлое, и, как правило, далекое прошлое. Однако это может быть живое прошлое, если такое право еще и сегодня является действующим для какой-то этнической группы на нашей планете.

53

Грубо говоря, речь идет о правовых явлениях в том виде, в каком их можно наблюдать у народов, которые называют дикими. Если же использовать более уточненные формулировки, то речь идет о доиндустриальных правовых системах во внеевропейских обществах (за исключением, разумеется, некоторых доиндустриальных систем крупных цивилизаций, таких, например, как мусульманское право или китайское право императорского периода). Говорят еще о праве обществ, не имеющих письменности. Но такая формула применительно к праву обманчива. Она предполагает неписаное право, однако один из видов такого права — обычное право — встречается, хотя и не так часто, в современных обществах. И наоборот, писаное законодательство типа Законов двенадцати таблиц или Законов Хаммурапи может быть носителем архаического содержания. Используют также формулу: право обществ, не имеющих истории. Однако право — это традиция, память, непрерывное возвращение настоящего к прошлому, о чем свидетельствуют такие существенные правовые явления, как обычай, доказательство, обязательство, семья. Возможно ли право без истории?

Нередко бывает и так, что, пытаясь разграничить сферы этнологии и социологии, идут как бы в обратном порядке, т. е. относят правовую систему к архаической или современной на основании предустановленных типичных основных черт.

Надо отказаться от характеристики архаических правовых систем как наиболее простых или как наиболее жестких. Зачастую они до удивления гибки, а их общинный характер не препятствует наличию процессуальных форм и индивидуальной состязательности. Когда Дюрк-гейм описывал примитивные общества как гомогенную среду, где личность мало что значит, а право этих обществ как жесткую систему, он имел в виду лишь правовые нормы, а не процесс.

Критерий разграничения двух дисциплин ищут также в различиях психологических структур: современное право характеризуется рациональностью, примитивное право — дологической, мистической, магической ментальностью. Пользующаяся известностью теория Л. Леви-Брюля о дологической ментальности^{TM23} достаточно легко может быть распространена на право. Наличие **примитивной юридической ментальности** подтверждается многочисленными фактами. Так, например, отсутствие в дологическом мышлении

54

закона тождества (предмет может быть таким и одновременно другим, он может находиться здесь и одновременно в другом месте) затрудняет понимание примитивным человеком отчуждения как добровольного разрыва связи между лицом и вещью. Соответственно характерный для этого мышления «закон сопричастия» выражается в такой концепции собственности, при которой имущество трактуется как некое продолжение личности того, кто им владеет. Отсюда распространенный обычай хоронить или сжигать вместе с умершим все, что было в его владении или отмечено печатью его личности. Еще более очевидно то, как свойственные дологической ментальности антропоморфизм и представления о причинности порождают такую систему ответственности, при которой наказание в равной мере распространяется на людей и на животных, на того, кто совершил действие, и на его

родителей и соседей. На этой же основе сложились и такие формы судебных доказательств, как ордалии.

Сегодня многие этнологи выдвигают существенные возражения против гипотезы об иррациональности сознания в примитивных обществах. Эти возражения основаны на наличии и развитии техники в этих обществах. Когда нужно решить техническую проблему — сделать орудие труда, заставить врасплох дичь или врага, — примитивный человек мыслит рационально, исходя из закона тождества и понимания причинности²⁴. Право — это тоже техника. Путем приказов, обещаний, принятия обязательств оно дает людям — во всяком случае, некоторым людям — возможность влиять на ход событий. Можно полагать, что последовательное, от опыта к опыту, развитие правового инструмента проходило рациональным путем. Многие феномены архаического права по мере их внимательного изучения предстают как двойственные в том смысле, что могут толковаться и как мистические, и как утилитарные. Так, формализм процессуальных процедур и соглашений — это и призыв к божественным силам принять участие в происходящем, но одновременно и способ помочь свидетелям запомнить ход событий.

Признав рациональным право примитивных обществ, некоторые этнологи склонны даже сгладить грань между ним и современным правом. Примитивная юридическая ментальность разумна — утверждают они. Но эта разумность (и в этом оригинальность концепции) — не в абстрактных правовых нормах, а в характере процесса и

55

выносимых решений. Она не есть следствие профессио--нальной логики тех, кто выступает в роли судей и сторон. Просто, разбирая конкретные ситуации, они действуют так, как поступил бы в аналогичной ситуации разумный человек (муж, отец, руководитель).

В целом напрашивается вывод, что все правовые системы, на каком бы отрезке эволюции общества они ни находились, в равной мере связаны с одним и тем же разумом, а возможно, и с той же самой справедливостью. Однако эти новаторские положения пока еще слишком шатки для того, чтобы поставить под сомнение специфику юридической этнологии.

При ответе на вопрос, существует ли примитивная юридическая ментальность, можно встретить самые различные позиции.

М. Глукмэн, специалист по праву африканских народов, особенно настаивает на том, что право этих народов построено на рациональных началах и в основе своей имеет ту же самую интеллектуальную природу, что и современное право²⁵. Из этого он сделал примечательные выводы методологического плана, а именно что при изучении примитивного права может быть полезным и, во всяком случае, не грозит негативными последствиями использование юридических категорий и понятий современной правовой культуры. До сих пор, наоборот, золотое правило этнологии состояло в том, что изучение архаического права исследователь должен начинать с попытки проникнуться духом и стилем примитивного мышления, забыв все то, что формировало его как западного юриста. Установки Глукмэна решительно оспариваются многими²⁶. Однако А. Хобель — наиболее авторитетный представитель юридической этнологии — занял в этом споре (не вышедшем, впрочем, за рамки англо-американской литературы) промежуточную позицию²⁷. Первоочередной задачей юридической этнологии ряд авторов считает сбор устных обычаев, которым грозит опасность исчезнуть. Но дело не только в том, чтобы сохранить их. Изучение этого живого прошлого дает надежду пролить свет на происхождение права. Юристы-этнологи играют сегодня и роль экспертов в сложном плюралистическом процессе юридической аккультурации, в ходе которого почти во всех развивающихся странах встает вопрос о взаимодействии обычного права и импортированных европейских моделей права.

2. ЮРИДИЧЕСКАЯ ЭТНОЛОГИЯ И СОВРЕМЕННЫЕ ПРАВОВЫЕ СИСТЕМЫ

В своих «Записных книжках», где Л. Леви-Врюль внес ряд уточнений в теорию примитивной ментальности, он отмечает, что ее остатки сохраняются даже в высокоразвитых обществах: фольклор, детская ментальность, психозы, фантазмы, некоторые явления искусства, неуправляемое мышление и т. п. Можно спорить о том, все ли правильно в этом списке. Но самое сложное — объяснение рассматриваемого явления. Возможно, мы встречаемся с этими пережитками потому, что существуют трансмиссии и традиции, связывающие наше общество с примитивным. Возможно, перед нами спонтанное воспроизводство тех же образов и реакций в результате отражения сходных ситуаций. Возможно, это внезапные всплески инстинкта.

Очевидно, ни одним из этих предположений не следует пренебрегать.

Обратимся в качестве примера к фольклору. Его исследователь обычно подчеркивает либо его давнее происхождение, либо его народный характер.

Одни элементы фольклора примитивны, поскольку уходят в глубину веков. Однако и другие, недавно появившиеся, также примитивны, хотя и по-иному: они просты, наивны и не могут быть включены в какую-либо интеллектуальную систему. Обе эти ситуации имеют в конкретном счете единую причину — изолированность. Изолированная группа, подчиняясь традициям, может одновременно оказаться интеллектуально отсталой.

К феномену примитивной ментальности, сохраняющейся в современном обществе, предпочитают ныне применять понятие субкультура. Субкультура предполагает наличие вторичной общности (коллектива) людей, имеющей такие общие для этого коллектива черты культуры, которыми общество в целом не обладает. Эти черты могут быть обусловлены принадлежностью к определенной расе, местности, социальному классу и даже возрастной группе (молодой или старой, хотя обращают внимание, как правило, лишь на первую). Субкультура, как показывает самоназвание, — это состояние незрелости, неполноценности. Наиболее простая ее форма — количественная незрелость. Но возможна неполноценность экономическая или политическая, часто сопровождаемая интеллектуальной неполноценностью. Субкультуры — это новое поле исследований для этнологии. Здесь берет свое начало новая дисциплина—

57

внутренняя этнология (ее охотнее называют социальной этнологией). Она как будто бы отделяется от экзотической социологии, которая, однако, остается основной.

Если современное общество, как, например, французское, знает явления, которые могут рассматриваться как этнологические, поскольку относятся к субкультуре, то, очевидно, можно презюмировать, что часть этих явлений обращена к праву. И действительно, когда в XX веке исподволь складывалась внутренняя юридическая этнология, то проблематика ее определялась исключительно юридическим фольклором, т. е. сохранившимися среди населения пережитками архаического права²⁸. Однако поле деятельности этой дисциплины можно расширить, включив в него то, что за неимением более удачного термина называют детским правом; законы гангстерских шаяк и банд; болезненную одержимость судебных сутяжников; такие представления о праве у тяжущихся сторон, которые мы считаем просто отклонениями от нормы, в то время как они, возможно, идут от атавизма и инстинкта.

Все перечисленные явления подпадают под понятие юридический плюрализм. Позднее мы рассмотрим вопрос о том, обладают ли они характерными чертами юридического явления, не более ли адекватна квалификация их как инфраюридических. В рассматриваемой связи достаточно констатировать, что связь этих явлений с правом делает их описание и объяснение полезной функцией юридической этнологии.

Они относятся именно к ней, поскольку, согласно классическому объяснению, побудительные мотивы такого рода явлений иррациональны, в то время как современные правовые системы, наоборот, относят их по основаниям, которые можно назвать законом Макса Вебера, — к сфере рационального. Наш урбанистский и индустриальный образ жизни стимулирует господство рационализма. Отсюда увеличение дистанции, которая отделяет юридическую субкультуру от юридической культуры. Этот вывод правилен. Однако его следует несколько смягчить, памятуя о том, что рациональность и иррациональность нередко переплетены друг с другом, хотя и в разных дозах. Даже в современных правовых системах имеются институты и формы поведения, не лишённые в каком-то плане элемента иррациональности. В этой связи иногда не учитывают, что разные разделы современного права находятся в разных соотношениях со сферой иррационального или, если

58

угодно, примитивного. Имущественное право четко отграничено от этой сферы. Здесь господствует экономический расчет. Ситуация выглядит по-иному, когда речь идет о личных правах или семейном праве. Здесь институты и формы правового поведения окружают такие факторы — сексуальные отношения, родство, смерть, — воздействие на которые человеческого разума достаточно ограничено.

3. ЮРИДИЧЕСКАЯ АНТРОПОЛОГИЯ

Антропологию отделяет от этнологии короткое расстояние. Нередко эти два понятия даже смешивают. Однако чаще всего, когда говорят об антропологии, имеют в виду самостоятельную науку, отличную от этнологии и социологии. Это различие сохраняется и тогда, когда к наименованию этих трех дисциплин добавляется прилагательное **юридическая**. Но где же проходит граница между ними? Назвать антропологию наукой о человеке означало бы придать ей моральный аспект. По своему буквальному смыслу это — наука об антропосе, т. е. о человеке как особом виде среди живых существ. Но что дает такое определение для приближения к тому, что можно назвать **юридической антропологией**?

Концепция, которая претендует на то, чтобы считаться классической, видит специфику антропологии, а следовательно, и юридической антропологии в понятии «естественная природа». Антропос — это

естественный человек. Естественная природа человека такова, что он живет в обществе. Но то, что человек живет в данном обществе, а не в каком-либо ином, от его естественной природы не зависит. Различие обществ — это продукт культуры. Социальность человека повсюду однозначна, общества же и их культуры повсюду различны. Клод Леви-Стросс и его школа подчеркнули контраст «природа — культура». В этом плане можно сказать, что антропология изучает природу человека, а социология (как и этнология) — культуру общества. При этом свойства природы человека универсальны, а свойства культуры партикулярны.

Однако распространить эти положения на право довольно сложно. Разве право не является порождением общества, а значит, и культуры? Но быть может, следует различать в каждой правовой системе всегда значительный вклад культуры и несоизмеримо более ограниченный естественно-природных элементов? Отличительный признак

59

этих элементов в том, что они повсюду одинаковы. Наиболее ярким примером из числа таких немногочисленных универсальных и тем самым естественных норм может служить запрещение кровосмешения²⁹.

Сказанное выше не снимает тем не менее трудностей, связанных с переносом антропологических категорий в право. Камень преткновения для юриста-социолога состоит в следующем: если он попытается определить минимум юридического, обусловленного самой природой человека, исходя из некоей общей идеи (например, потребности в общении), то он сможет констатировать лишь наличие инстинкта, но не нормы права. Если же он обратится к сфере юридического (например, как регламентирован запрет инцесты), то он встретится с таким разнообразием, которое может быть обусловлено лишь социальными структурами, а не природой человека.

Можно представить себе и другие подходы к проблеме, отличные от изложенного выше. Внешне наиболее проста концепция, сближающая антропологию с биологией. Перенесенная в юридическую антропологию, она сделала бы центром ее внимания те причины и следствия права, которые связаны с биологической природой человека. Однако социальная жизнь оказалась бы отданной на откуп социологии права. Таким образом, объектом антропологических исследований стали бы обычаи и законы, фиксирующие возраст половой зрелости, длительность беременности, реакцию права на физические и душевные болезни, на смерть, отношение права к внебрачному сожителю и т. п. Во всех этих случаях в праве имеется биологический субстрат. Но можно ли отсюда заключить — а это должно быть основополагающим выводом, — что право в этой сфере свободно от социальной детерминированности?

Та же проблема остается и тогда, когда сферу юридической антропологии связывают с обычаями, выраженными в форме линейной речи (т. е. в жестах). Здесь опять доминирует биология, поскольку линейная речь понимается как продукт мускульных движений. Способы движения тела и его частей — по формуле М. Мосса, «техника тела» — ведут к появлению привычки и обыкновения³⁰. Общества, главным образом примитивные, или прямым путем, или через производную символику часто трансформируют эти двигательные схемы в юридические модели³¹. При этом особую роль играют руки — рабочие орудия пра-

60

ва, начиная с самых ранних периодов римского права (*mancipium*, *manus injectio*) вплоть до современного права (например, принятие присяги поднятием правой руки). Соблазнителен поиск в этих глубоких пластах, на границе с животным миром, юридических явлений, которые были бы чисто антропологическими, независимыми от социологического. Но это весьма шаткая гипотеза. Вряд ли удастся найти правовые явления, которые были бы прямо обусловлены индивидуальной биологией и сконструированы без учета социального. Если обратиться к тому же примеру — рукам, то в одних условиях соединение рук является знаком соглашения, а в других — знаком подчинения³². Откуда проистекает это различие? От отношений общества. Без социологии биологическая антропология рискует остаться слепой.

Быть может, целесообразно заняться прямым поиском того, что есть юридическая антропология, не прибегая к предварительным экскурсам в общую антропологию. При таком подходе можно сказать, что юридическая антропология — это наука о *homo juridicus*, т. е. человеке как юридическом явлении. Человек — это действительно *homo juridicus*, ибо только он среди всех других живых существ наделен свойством быть юридическим существом. Он таков хотя бы потому, что способен создавать нормы и соблюдать их, в то время как у других живых существ возможны лишь привычки. Только он может принимать решения и подчиняться им. Разумеется, речь идет не о конкретных нормах — пусть даже самых фундаментальных и универсальных, — не

о конкретных решениях, а об абстрактной способности создавать и воспринимать юридическое. Именно эта присущая человеку способность, поддерживающий ее ментальный механизм и должны быть предметом юридической антропологии. Понимаемая таким образом, она может немало помочь социологии права, объясняя генезис юридических явлений. Не мешало бы и общей антропологии прислушаться к юридической антропологии, тем более что юридическое никогда не привлекало ее достаточного внимания.

4. ПРАВОВАЯ ПСИХОЛОГИЯ

У социологии и психологии общая судьба в том смысле, что и та и другая выделилась из философии. Стремление к научной четкости и дух симметрии дают основание пола-

61
гать, что с появлением юридической социологии равнозначное место должна была получить и правовая психология. Однако требуется еще многое, чтобы такая симметрия стала реальностью. Правовая психология задержалась в своем становлении и в целом находится еще в самой начальной стадии³³. Поскольку правовая психология охватывает разные сферы исследований, необходимо провести некоторые разграничения и одновременно дать некоторые разъяснения. В этой связи мы сначала поведем речь о двух дисциплинах, которые пока еще можно считать явными продолжениями социологии права. Степень их реальной автономии — спорный вопрос.

Социальная правовая психология

Если оценить лишь то, чем мы уже обязаны этой дисциплине, то лишь на одном этом основании она заслуживает особого внимания. Однако, как это ни парадоксально, она лишь упоминается в списках научных дисциплин, граничащих с юридической социологией. В действительности взаимосвязь социальной правовой психологии и юридической социологии значительна. И это — следствие связи юридической социологии с социальной психологией в целом³⁴. Нетрудно определить предмет этой последней. Она изучает коллективную психологию, явления индивидуальной психологии в их комплексе, межличностную психологию. Практически поэтому она неотделима от социологии, которая исследует те же проблемы и теми же методами. Это положение бесспорно, поскольку социология уже давно отбросила дюркгеймовский запрет анализировать социальные факты в психологическом плане. Юридическая социология еще в меньшей степени подчиняется этому запрету. Юристы, обратившись к социологическим исследованиям, оперировали многими понятиями, требовавшими психологического анализа: например, соотношение права и правомочия, договор и вина, основания соглашения и пороки воли (то, что социологи называют мотивацией), не говоря уже о таких биполярных отношениях, как «муж—жена», «кредитор—должник», «истец—ответчик» и т. д. Как следствие, исследователи-юристы сближали социологию и психологию. Было бы ненаучным расчленять единое правовое явление между двумя дисциплинами, отдавая тело социологии, а душу — психологии. Таким образом, юридическая социология с достаточным основанием и без дальнейших объяснений берет на себя исследова-

62

ния, которые могут быть отнесены к социальной правовой психологии •— правовой социопсихологии или правовой психосоциологии.

Национальная правовая психология

На стыке психологии и этнологии сложилась научная дисциплина о правовой психологии отдельных народов. Ее называют также этнопсихологией. На основе анализа господствующих форм поведения в определенной культурной группе (нации, племени, общине и т. д.) и путем сравнения с другими сопоставимыми группами этнопсихология стремится обнаружить психологические черты, которые можно было бы считать общими для всей рассматриваемой группы в целом. Во все времена существовала порождаемая обыденными ощущениями и интуицией народная психология, выраженная и в юридическом поведении, и в отношении к праву. Это нашло отражение и в литературных источниках. Например, римляне окрестили карфагенян бесчестными контрагентами, а изречение из старого французского права гласит: «Житель Ле-Мана стоит полутора нормандцев». Подобные афоризмы отмечены печатью ксенофобии, порождаемой этноцентризмом. Тем не менее их систематизированное изучение позволяет по контрасту увидеть, какие юридические ценности рассматривались народом — автором этих афоризмов как фундаментальные.

Как наука национальная правовая психология появилась в начале нашего века с выходом в свет фундаментального многотомного труда Вильгельма Вундта «Психология народов». Первый том увидел свет в 1900 г., а девятый, посвященный праву, в 1918 г. Сегодня национальная правовая психология рассматривается как необходимое дополнение сравнительного правоведения. И

действительно, разве не бывает так, что законы, отличающиеся от страны к стране, приобретают тем не менее одинаковое значение благодаря совпадению психологического их восприятия в этих странах. И наоборот, бывает так, что тот же самый правовой институт, перенесенный в другую страну, претерпевает существенные метаморфозы вследствие психологической реакции, вызванной им³⁵.

5. ИНДИВИДУАЛЬНАЯ ПРАВОВАЯ ПСИХОЛОГИЯ

Вопрос о самом существовании этой дисциплины связан с другим принципиальным вопросом, который не встает применительно к общей психологии, а именно возмож-

63

на ли вообще юридическая психология, которая не была бы социальной, поскольку право немислимо вне общества? Следует поэтому более конкретно рассмотреть, каким образом психологическое явление, т. е. определенное состояние сознания, может выступить как юридическое. Оно может оказаться таковым по вызвавшим его причинам, или же, наконец, само по себе.

1. Когда в индивидуальном сознании под воздействием права происходит какое-то психологическое явление, то индивид не может рассматриваться как стоящий вне общества и его влияния. Тот факт, что это психологическое явление вызвано, пусть даже косвенно, правом, говорит о воздействии общества на сознание. Это можно подтвердить ссылкой на такой односторонний юридический акт, каким является завещание и даже олографическое завещание, составленное в отсутствие нотариуса. Сознание и воля завещателя могут быть поняты лишь в их отношении к институту наследования, то есть к праву и обществу. Если же свести завещание к чисто психологическому акту, то его придется рассматривать как ничего не значащий текст. Чтобы он обрел смысл, нужно подходить к нему как к социализированному психологическому факту. Тем самым мы возвращаемся в сферу социальной психологии (хотя и понимаемой в широком плане).

2. Если психологические явления становятся юридическими только потому, что влекут правовые последствия — например, вина как основание ответственности, — то можно было бы полагать, что для анализа этих явлений достаточно индивидуальной психологии, поскольку право и общество вмешиваются уже после того, как действие произошло, и вмешиваются как бы со стороны. Нельзя, однако, не заметить, что предвидение правовых последствий не может не воздействовать на индивидуальное сознание, которое тем самым вновь оказывается связанным с обществом. Приведенный пример ответственности подтверждает это особенно наглядно, когда речь идет об умышленной вине. Но предвидение, хотя и в иной форме, значимо также и в случаях неосторожной вины, и виновной небрежности. Юридический контекст требует от человека более внимательно относиться к последствиям своих поступков, и, наоборот, отсутствие права ослабляет это внимание.

3. Как мы уже говорили, психологическое явление может быть правовым само по себе. В этом случае оно возникает в сознании индивидуума как последствие права,

64

как индивидуальное сопутствующее явление, отражающее существование правовых институтов, норм, решений. Некоторые такие явления по преимуществу интеллектуальны, например знание (или незнание) закона и даже, если пойти дальше, согласие (или несогласие) с ним. Другие явления по преимуществу аффективны, например правосознание как интуитивные представления о праве, а точнее, о справедливом. Наконец, третьи явления носят гибридный характер; таковы *opinio juris* и *opinio necessitatis* — два необходимых элемента обычая, согласно классической доктрине. Сюда же можно отнести мнения о законодательстве, которые в наши дни стремятся выявить опросы общественного мнения³⁶. Существенно, что во всех этих случаях общество присутствует в психологических явлениях еще более непосредственно, чем в ситуациях, описанных в пунктах первом и втором. Интериоризация права личностью — это существенный момент ее социализации. Наука, не идущая далее чистой индивидуальной психологии, не может оценить это должным образом.

6. СПЕЦИАЛИЗАЦИЯ В ПРАВОВОЙ ПСИХОЛОГИИ

Складывается впечатление, что от правовой психологии отделяются некоторые специальные отрасли. Повторяется то, что мы констатировали, говоря о юридической социологии.

Юридический психоанализ

<

Это понятие непривычно. Тем не менее, даже не преследуя такой цели, психоаналитические исследования представляют определенный интерес для права, в особенности для уголовного и

семейного.

Разумеется, прежде всего эти исследования тяготеют к социальной психологии и тем самым к социологии, причем тяготеют даже в большей мере, чем это можно было бы предположить исходя из специфики психоаналитического метода. Объясняется это тем, что существующие в обществе различные виды воздействия — принуждения личности — отражаются в подсознании, являющемся объектом фрейдистского анализа. Правда, собственно правовые формы этого принуждения в контексте анализа не отграничены от других его форм.

5 Заказ № 1161

65

Отметим и то обстоятельство, что явления коллективной психологии уже были объектом психоанализа. На этом основании можно предположить, что наступит момент, когда уже не будет казаться невозможным применение этого метода к правовой системе, взятой в целом

37

Юридическая психопатология

Это понятие представляет собой как бы логическое развитие нормальной правовой психологии, а вместе они должны рассматриваться как продолжение социологии права. В трактовке современной науки безумие редко бывает изолированным индивидуальным явлением, оно в какой-то части связано с семьей, окружением, обществом, а за всеми ними стоит право. Разумеется, эта доля права далеко не всегда одинакова. Под общим названием юридическая психопатология различает несколько объектов исследования, например:

1. Болезненные формы некоторых правовых явлений: разнообразные психозы, которые судебная медицина называет классическими.
2. Невротические последствия, которые может вызывать право. В этой связи прежде всего возникают представления о репрессивном воздействии права, но и другие его аспекты могут вызывать, хотя и несколько другим образом, реакции в форме неврозов.
3. Юридические явления (а правильнее — инфраюри-дические явления), которые происходят в умственно отсталой среде, в общественной группе, отстающей в своем развитии, т. е. в такой, которая, по определению, не может быть сравнима по умственному уровню с обществом в целом.

Судебная психология

В этом случае специализация связана (как и тогда, когда мы говорили о судебной социологии) с определенной юридической сферой или, точнее, юридической функцией. Речь идет о психологии в ее практическом приложении к процессу отправления правосудия. Тем самым судебная психология предстает как сумма психологических знаний, используемых судьей при выполнении своих функций. Основное звено судебной психологии — психиатрическая экс-лентиза и критический анализ свидетельских показаний³⁸. И хотя и то и другое как будто бы относится к сфере ана-

66

лиза субъективной психологии, в действительности здесь имеются и социологические измерения. Душевнобольной по-разному реагирует на запрет убийства и на риск собственной смерти. Судьи не лгут так, как лгут журналисту. И это различие обусловлено тем, что есть общество и право.

VI. ПЕРЕХОДНЫЕ ПОЛОЖЕНИЯ

1. ОБЪЕКТИВНАЯ И СУБЪЕКТИВНАЯ ТЕНДЕНЦИЯ В СОЦИОЛОГИИ

ПРАВА

Количественные исследования, на проведение которых ориентирует юридическую социологию пример политэкономии и демографии, резко контрастируют с изучением ситуации, к которому ее стремится направить психология. И действительно, имеются два полюса, между которыми, по усмотрению исследователей, колеблется наша дисциплина, причем воля каждого из этих исследователей в свою очередь находится во власти обстоятельств. С противостоянием двух полюсов мы встречаемся и в других общественных науках, начиная с общей социологии. Но субъективистский подход, пожалуй, сильнее всего сказывается в социологии права, и здесь он может привести к наиболее тяжким последствиям.

Почему же субъективизм попал здесь на благоприятную почву? Она была подготовлена казуистической формой, свойственной праву — разумеется, не нормам права, а судебным решениям. Судьи, особенно по уголовным делам, но также и судьи, рассматривающие бракоразводные и иные семейные дела, охотно представляют себя психотерапевтами. У представителей других социальных сфер, участвующих в процессе, также возникает ощущение, что они имеют дело с клиническими случаями. Американская юридическая социология облекла этот психологический эмпиризм в концептуальные рамки. Делая упор в своих исследованиях на личностные отклонения или межличностную напряженность (например, в семейных отношениях), эта социология выступала по преимуществу как социопсихология. И она стремилась быть таковой, считая, что именно это обеспечивает ее практическую эффективность. По мнению ее представителей, лечение выявленных ею

зол путем психологического воздействия на индивида быстрее и вернее, чем политика социальных реформ.

5*

67

Таким образом, центр тяжести в социологии оказался перенесен с общества на индивида, или, говоря юридическими понятиями, с самого права на субъект права. Результатом могут быть серьезные деформации. Например (здесь мы возвращаемся к социологии уголовного права), если акцент делается на правонарушителя, то масса невеликвентов окажется в тени, в то время как именно здесь следует искать весьма важные в социологическом плане явления, такие, как воспитательная роль наказания и т. п. Другой пример — договор. Если социология договора будет субъективирована, т. е. сосредоточит свое внимание лишь на отношениях сторон в договоре, то она пройдет мимо публичного порядка, являющегося весьма существенным фактором.

Возможно, что в начале нашего века под влиянием Дюркгейма социология придала чрезмерное внимание институтам, нормам права, объективному в правовой системе. В этой связи обращение американской школы к психологии, к субъективной стороне правоотношений было известным прогрессом. Но сегодня ситуация как будто вновь повернулась в обратную сторону и право в комплексе — институты, нормы, система — оказалось как бы задавленным потоком психологических изысканий. Это звучит банально, но тем не менее необходимо потребовать от юридической социологии, чтобы она уравнивала эти две тенденции.

2. ЮРИДИЧЕСКАЯ СОЦИОЛОГИЯ КАК ЦЕНТР НЕДОГМАТИЧЕСКОГО ИЗУЧЕНИЯ ПРАВА

В конечном итоге мы предлагаем использовать (при всем его несовершенстве) то широкое понятие юридической социологии, которое вынесено в название этого подраздела. Мы констатировали соприкосновение юридической социологии со многими смежными дисциплинами, и опыт учит, что новой науке — особенно, если она сформировалась путем отделения от науки-предшественницы, — всегда весьма трудно точно определить свои границы. Это требует времени и сил. Вот почему, приблизительно определяя то, что может стать ядром юридической социологии, то, что относится к ней в первую очередь, мы не будем возражать, если она распространит свое влияние и дальше, пусть даже с риском посягнуть на соседние владения

68

социологии преступности, этнологии, политической социологии, психологии и, конечно, общей социологии. Она может брать принадлежащее ей всюду, где найдет.

Правильно обратить внимание и на то (это уже другой аспект проблемы), что в дальнейшем мы придадим понятию юридической социологии ограничительный характер. Юридическая социология, о которой пойдет речь, — это не социология всего права или всех правовых систем. Такое поле деятельности было бы безграничным. По необходимости нам приходится выбрать одно принципиальное, стержневое направление. Его даст нам частное право, а точнее, гражданское право. Объективная причина такого выбора — то, что среди всех разделов права (и особенно в сравнении с публичным правом и уголовным правом) гражданское право является отраслью, социология которой формировалась с большим опозданием и особенно нуждается в исследованиях. Другими словами, нужно брать быка за рога.

ПРИМЕЧАНИЯ

¹ Quaderni della rivista Sociologia del diritto, I, 1974, p. 276.

² Ребиндер (Rechtssoziologie. 1977, S. И) в своих работах дает следующее определение юридической социологии, связанное с концепцией трех измерений права. Право, во-первых, — это наука о ценностях (здесь она выступает как философия права); во-вторых, наука о нормах (догматическая юриспруденция), в-третьих, наука о реальности (социология права). Последняя подразделяется на генетическую социологию (исследование социального генезиса права) и операционистскую социологию (изучение воздействия права на общественную жизнь).

³ Социология организаций, выступающая как неюридический конкурент юридической социологии, ведет свое начало от работ американца А. Етциони (Etzioni A. Modern Organisation. 1964). Во Франции ее развивал М. Грозье (Grozier M. Le phenomene bureaucratique. 1964).

⁴ Quaderni della rivista Sociologia del diritto, p. 286.

⁵ Мы используем понятие «социологизм» в ином смысле, нежели историки правовой мысли, придающие ему негативный смысл, или авторы (Арно, Миай), которые называют так социологическую школу права, и прежде

69

1 •

всего американскую социологическую юриспруденцию. Сделав от нее лишь один шаг, мы придем к доктрине, которая полностью отрицает догматическую юриспруденцию, заменяя ее социологией права. Анализ и опровержение такого подхода даны в превосходной книге: Amselek P. Methode

phenomenologique en theorie du droit. 1964.

⁶Levy-Bruhl H. Aspects sociologiques du droit. 1955, p. 33.

⁷ Давно установившиеся взаимосвязи между юридической социологией и историей социальных явлений способствовали развитию социологической истории права. См., напр.: Gaudemet J. Les communautés familiales. 1963; Н i l a i г e ,Т. Le regime des biens entre epoux dans la region de Montpellier. 1957. Труды в этой области могут ставить целью поиск в социальной сфере причин и следствий юридических институтов или же, наоборот, показ путем анализа юридических документов социальных реалий и соответственно общих контуров общества.

⁸ Об использовании социологических методов в сравнительном праве см.: Inchieste di diritto comparato. Ed. M. Rotondi, 1973; Zweigert K. Quelques reflexions sur les relations entre la sociologie et le droit compare. — Etudes Ancel, 1, 1975, p. 81. Иная позиция у Карбонье — L'apport du droit compare a la sociologie juridique. — «Livre de Centenaire», 1969, p. 75.

⁹ Попытка такого рода сделана в исследовании: «Le divorce en Europe occidentale, donnees statistiques et juridi-ques», 1975.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Rokkan S. Comparative Survey Analysis. 1969.

¹² Пэнто Р., Гравитц М. Методы социальных наук. М., «Прогресс», 1972, с. 59.

¹³ Социологии религии посвящено большое число исследований. Напр.: Desroches H. Sociologies religieuses, 1968; Birnbaum N., Lenzer G. Sociology and Religion, 1969. Связи права и религии часто изучаются этнологами в генеалогическом плане в том смысле, какая нормативная система производна от другой? Бесплодная, по нашему мнению, постановка вопроса. См., напр.: Hoebel A. The Law of Primitive Man. 1974.

¹⁴ См.: «Archives de Philosophie du droit» (далее APhD), t. 16, 1971 («Le droit investi par la politique»).

70

¹⁵ Как ни сложно отличить политическую социологию от политической пауки (см. об этом: Пэнто Р., Гравитц М. Цит. соч., с. 150), отметим, что последняя не уклоняется от поисков причин политических явлений в индивидуальных действиях политиков, тем более что значимость таких индивидуальных действий возросла благодаря феномену, который называют персонализацией власти (см. об этом: Ham on L., Mobile au A. et autres. La personnalisation du pouvoir. 1964; Schwartz en-berg R. L'Etat-spectacle. 1977).

¹⁶ Le divorce et les Francois. P., vol. 1—2, 1975. Издаваемый Национальным институтом демографических исследований журнал «Population» (выходит с 1946 года) — источник первостепенной важности для социологии права, изучающей семью и личность. Историческая демография позволила расширить применение историко-сравни-тельного метода в этом разделе социологии права (см.: Guillaume et Poussou. Demographic historique. 1970. — «Population», 1975, № 11; 1977, № 9). Данные историко-правовой демографии в сопоставлении с современной статистикой позволили бы установить реальное влияние реформ революции и гражданского кодекса 1804 г. на семейные отношения.

¹⁷ Соотношению права и лингвистики посвящена часть материалов в журнале «APhD», t. 19, 1974 («Le langage du droit»). См. также: Sourieux J.-L., Lerat P. Le langage du droit. 1975; Raymondis L.-M., Le Gu-eru M. Le langage de la justice penale. 1976; Arna-ud A.-J. Essai d'analyse structurale du CC francais. 1973.

¹⁸ См. напр.: Michel A. La sociologie de la famille. 1970 (хрестоматия, преимущественно англо-американских текстов); Sociologie de la famille et du mariage. 1978; La famille apres le mariage des enfants, etude de relations entre generations. 1976.

¹⁹ См., в частности, специальный номер журнала «APhD» — «Reformes du droit de la famille», t. 20, 1975.

²⁰ Go ode W. Women in divorce. 1965; Он же. The Family. 1964.

²¹ О юридическом классе как социальном слое см.: K u n k e l. Herkunft und soziale Stellung der romischen juristen. 1967; Moriondo. L'ideologia delle magistratura italiana. 1967; Treves R. Guistizia e giudici nella so-cieta italiana. 1973. Wagner A. Der Richter. 1959; Zwingmann. Zur Soziologie des Richters. 1966; Kau-

71

pen. Die Hiiter von Recht und Ordnung. 1969; Arna-ud A.-J. Les juristes face a la societe du XIX siecle a no& jours. 1975.

²² Укажем на наиболее существенные труды по судебной социологии: Schubert P. The Judiciale

Mind, th& Attitudes and Ideologies of Supreme Court Justices (1946— 1963). 1965; Car bonnier J. Flexible droit, 1976; Her-pin N. L'application do la loi, deux poids, deux mesures. 1975.

²³Levy-Bruhl L. Les fonctions mentales dans les-societes inferieures. 1910; Леви-Брюль Л. Первобытное мышление. М., 1930.

²⁴Leroi-Gourhan A. L'homme et la matiere, milieu et techniques, 1945.

²⁵ Gluckman M. Politics, Law and Ritual in tribal Society, 1965.

²⁶ Guiart J. Cles pour l'ethnologie, 1971.

²⁷ H o e b e l A. The Law of Primitive Man, 1974.

²⁸ Одним из крупных исследований, в котором много-внимания уделено этим проблемам, является многотомная" серия, изданная под руководством Р. Монье. (Etudes de-sociologie et d'ethnologie juridiques, 20 vol., 1931 —1934).

²⁹ См.: Levi-Strauss C. Les structures elementai-res de la parente, 1949; La pensee sauvage, 1962.

³⁰ M a u s s M. Sociologie et anthropologie. 1950.

³¹ C h a s s a n. Essai sur le symbolisme de droit, 1847тp. 113.

³² См.: Chassan. Op. cit., p. 117; Gernet L. Anthropologie de la Grece antique, 1968, p. 204.

³³ С элементами правовой психологии, поданными фрагментарно, а подчас и неосознанно, можно встретиться в работах, не имеющих отношения к праву, в частности в произведениях авторов прошлых веков, например у Паскаля, Лабрюйера, Мольера, Николя. Эти авторы отмечали силу обычая, показывали причины семейных конфликтов, описывали юридические характеры (сутяжников, наследников). Лишь с большим опозданием к этой литературной правовой психологии присоединилась научная.. Ее элементы содержались уже в уголовной антропологии позитивистской школы и еще в большей степени в теории Петражицкого (о ней ниже). Однако начало правовой психологии как самостоятельной дисциплины связано-с трудами: West R. Conscience and Society. A study of the psychologie requisites of Law and Order, 1942; Mac-

72

Car thy D. Psychology and the Law 1960; а также исследованиями отдельных правовых проблем, например купли-продажи: Le Blanc G. Psycho-sociologie de la vente. 1971.

³⁴ См.: Stoetzel J. La psychologie sociale, 1963.

³⁵ Л. Бодуэн в своем исследовании о праве Квебека отмечает двойственный психологический характер национальной правовой психологии, отражающий сочетание двух систем — общего права и французского права. См.: В a u d o и o n L. Les aspects generaux du droit prive dans la province du Quebec, 1967.

³⁶ На всех этих вопросах: знание права, правовое сознание, законодательные опросы — мы остановимся в последующем изложении.

³⁷ Подробнее о психоанализе в праве см.: Schon-feld C. G. Psychoanalysis and the Law, 1973; Ehren-zweig A. Psychoanalytic Jurisprudence, 1976; Legend-re P. L'amour du censeur, essai sur l'ordre dogmatique, P., 1974. О применении психоанализа для исследования коллективной психологии см.: Friedlander S. L'anti-semitisme nazi, histoire d'une psychose collective, 1971.

³⁸ Первым к критическому анализу поведения свидетелей обратился австриец Гросс. Известны работы на эту тему (и по более широкой проблеме — психологический механизм выработки судебного решения) французского судьи Ф. Корфа (Corphe F. La critique du temoignage, 1927; Les decisions de justice. 1952).

;-•"• Глава первая

ИСТОРИЯ ЮРИДИЧЕСКОЙ СОЦИОЛОГИИ

•U;H

Трудность создания такой истории заключается прежде всего в установлении исходного рубежа. Научная дисциплина редко рождается полностью сформировавшейся. Как правило, она складывается постепенно, как бы возникая из тумана и создавая потому впечатление, что истоки ее уходят бесконечно далеко в глубь времен. Однако в отношении юридической социологии можно с уверенностью констатировать, что, появившись на свет в результате дифференциации общей социологии, она не могла предшествовать ей.

Ныне общепринято — и это справедливо — считать основателем социологии Огюста Конта. Юридическая же социология возникла позднее, и ее связывают с различными конкурирующими между собой именами — Дюркгейма, Эрлиха, Макса Вебера. Как бы то ни было, ее появление следует датировать XX веком. Мы будем придерживаться именно этого рубежа, отличая юридическую социологию XX века от всего предшествовавшего ей. Впрочем, ради пользы дела мы позволим себе отдельные отступления от намеченного рубежа •— 1900 года. Оговорим также,

что в этой главе речь пойдет об истории науки, а не об истории изучаемых ею явлений'.
ПОДРАЗДЕЛ ПЕРВЫЙ ДО ДВАДЦАТОГО ВЕКА

1. ПРЕДВАРИТЕЛЬНЫЕ ЗАМЕЧАНИЯ О ПРЕДШЕСТВЕННИКАХ ЮРИДИЧЕСКОЙ СОЦИОЛОГИИ

Стало модным открывать все новых предтеч юридической социологии. Происходит это потому, что любой взгляд на право, отличный от юрико-догматического, кажется похожим на юрико-социологический. Предположим, когда-то в прошлом наблюдатель, не бывший юристом, стал свидетелем юридических событий. Так, например, в конце XVII века мадам де Севинье в письмах к дочери поведала о том, как она простила некоторые долги арендаторов, оказавшихся в затруднительном положении. Наблюдатель — в нашем случае женщина, — подробно описывая фактологическую сторону дела, ссылается при этом на обычаи и даже ставит, сама того не ведая, юрико-технические вопросы. Л этого оказывается достаточным для того, чтобы присвоить ей патент социолога — «полевого исследователя».

В другом случае мыслитель или писатель обращает в какой-то люмент свое внимание на право. Примером служит Шекспир, высказывания которого о праве вполне могут составить предмет обширной библиографии². И снова при этом говорят о юридической социологии. Но разве для того, чтобы получить социологическое знание о праве, достаточно лишь наивного представления о нем? Очевидно, что титул социолога-предтечи можно сохранить только за теми, кто, столкнувшись с правом, пусть даже случайно, проявил при этом желание понять его и намерение глубже проникнуть в предмет.

При этом следует учитывать, что юридическая социология представляет собой такую научную сферу, в которую наш век привнес новые теоретические установки и где от идей прошлого не следует ожидать той эффективности, которую они сохраняют в таких науках, как философия права или правоведение в его традиционном понимании. Это соображение должно послужить извинением за те пробелы и пропуски, которые могут быть обнаружены в данном разделе. •.-

1. АНТИЧНОСТЬ

Пожалуй, наиболее весомый вклад античности в социологию права внесли ее историки и нутешествинники. Мы имеем в виду их любопытные свидетельства о нравах и обычаях разных народов в далекие времена. Вспомним в этой связи Геродота и Плутарха, Варрона и Авла-Геллия, наконец, Тацита с его описаниями быта древних германцев. Из этих описаний и свидетельств сложился юрико-этнографический фонд, из которого социологии продолжают черпать сведения и поныне. Еще более значимо, что в итоге того, что сделали античные авторы, возникло пред-

75
ставление о разнообразии правовых систем во времени и в пространстве, об их относительности.

Данное представление восприняли Монтень, Монтескье, вся западная мысль, а это в свою очередь послужило стимулом для юридической социологии.

Однако когда корни этой науки ищут в античности, то, как правило, обращаются не столько к эмпирическим, сколько к теоретическим трудам. Вспоминают философов, и прежде всего Аристотеля.

Труды Аристотеля действительно имеют некоторые черты, которые можно интерпретировать как социологические. Это реалистическое стремление рассматривать общество таким, каково оно есть; мысль о том, что как естественное явление общество подчинено закону рождения, развития и смерти и что изменения — необходимое условие его жизни. Однако такие установки приводят скорее к мысли о политической, а не о юридической социологии. Во всяком случае, было бы далеко не всегда обоснованно идентифицировать полис и его правовую систему. Правильно ли ставить знак равенства между известной формулой Аристотеля «человек — это существо политическое» и формулой «человек — это существо юридическое»? Тем более что сам Аристотель убедительно доказал наличие в обществе значительного круга отношений, которые управляются не правом, а дружбой. Пожалуй, именно этой теории дружбы Аристотель более всего обязан тому, что его можно включить в число предтеч социологии права, ибо для этой науки особенно важно уметь видеть пределы юридического в его отношении к социальному — лексидическому. Теория дружбы обращена главным образом к от-" ношениям частного права. В этой связи позволителен общий вывод о том, что Аристотель больше дает для социологов не тогда, когда говорит о конституционном праве, а тогда, когда затрагивает институты частного права, такие, как семья или договор. Приходится, однако, отметить, что и здесь у Аристотеля недостаточна социологическая объективность: почти всегда его наблюдение переплетено с ценностным суждением.

Склонность к идеализму еще более рельефно выражена у Платона. Его концепция полиса и законов в том виде, как ее наиболее часто интерпретируют, должна рассматриваться как откровенная утопия. Возникает общий вопрос: а разве утопии как таковые не имеют социологической значимости? Разве они не есть результат определенного

76

ш

га

критического подхода и попытка создать какую-то модель? Поэтому и Платон безо всякой натяжки также может быть отнесен к предшественникам юридической социологии (не говоря уже в этой связи о его апологии закона, особенно ярко выраженной в «Критоне»).

Отметим также, что с наиболее оригинальной социологической интуицией мы встречаемся еще даже в более далеком прошлом, у досократиков, в частности у софистов, показавших роль силы и интереса в процессе создания права³. Гераклит из Эфеса с успехом применил к правовым явлениям свое учение о противоположностях, конфликтах, диалектике справедливого и несправедливого.

Разумеется, для того чтобы стать социологом, недостаточно поставить под сомнение абсолютный характер права. Но такое сомнение — равно как и критическая оценка права — это компонент социологии⁴.

2. НОВОЕ ВРЕМЯ

Поскольку юридической социологии свойственна критическая функция в отношении действующего права (подробнее об этом ниже), то можно сказать, что средние века не знали юридической социологии.

Большинство историков идей, определяя начало социологии права, не идут в прошлое далее чем до последних десятилетий XVII века, когда начался кризис европейского сознания. Они обращаются к Гоббсу и Спинозе. Последнего можно назвать социологом постольку, поскольку он выявил корреляции, выдержанные в плане исторического материализма, то есть между экономической властью и конституционными формами⁵. Гоббс также является социологом, так как он — и это было примечательным новаторством — проанализировал в понятиях социальной психологии постоянный рост желаний и склонностей человека, с чем должна считаться вся жизнь общества и всякое право. Гоббс не только констатировал стремление к пользованию благами, но и постоянный рост этого стремления⁶.

Однако к положительному активу обоих мыслителей относят обычно не эти обладающие собственно социологическими достоинствами положения. Их охотнее считают социологами прежде всего за их реализм, за четкое признание роли силы, потребностей и необходимости в генезисе права. На этом этапе юридическая социология пока еще как бы ищет себя с помощью самой общей философии права.

77

Во времена «старого режима» во Франции существовало течение моралистов, мимо которого социология права -также не может пройти. Ему был свойственен отказ от аб-солютизации социальных явлений, что было так необходимо для становления социологии. Монтень откровенно выразил свой скептицизм в отношении справедливости людей. Паскаль воспринял этот скептицизм и перенес его в характеристику божественной справедливости. Янсенисты пытались изобличить зло, которое может скрываться за внеш-ним поиском справедливого при судебном разрешении .спора⁷.

Уже эти установки морального плана вели к'релятиви--зации права: оно представало как изменяющееся, хруп-кое, имеющее недостатки. Еще более значимо то, что, настаивая на вариабельности правовых систем, Монтень и Паскаль подготовляли умы к использованию сравнитель-ного метода. Теперь уже мог появиться Монтескье.

-;• II. ОТ МОНТЕСКЬЕ ДО ГРАЖДАНСКОГО КОДЕКСА

1. МОНТЕСКЬЕ

«>:

В истории юридической социологии книга «О духе законов» (1748) занимает особое место. Ее надо рассматривать не как книгу-предшественницу, а, скорее, как основополагающий труд. Оценки этой книги не всегда были равнозначны. В 1925 году Дюги высмеивал тех, кто восхищался Монтескье, но не читал его. Сегодня социологи разных направлений самым серьезным образом изучают эту книгу.

Однако в нее не так легко вникнуть, как кажется. Возникает немало скрытых препятствий: отрывистый слог, англо-бордоский юмор и особенно склонность читате-ля-неспециалиста знакомиться лишь с началом книги, где изложена политическая философия, и не читать остальное, особенно разделы, относящиеся к частному праву и феодально-вассальным отношениям. А именно эти разделы призваны многое объяснить.

Но даже если эти препятствия преодолены, в книге содержится немало такого, что может показаться во многих отношениях как бы донаучным. Таковы описания законов и нравов, обильно, без достаточной критической проверки заимствованные из рассказов путешественников и историков. Так, в книге четырнадцатой (глава XV) автор утверждает, что японский народ обладает свирепым характером,

78

а м

а индийский народ, напротив, кроток, нежен и сострадателен. В книге двадцать шестой (глава XIV) автор пишет, что «татары, которые могут жениться на дочерях, никогда не вступают в брак с матерями, как мы это видим в донесениях»⁸.

Было бы очевидно неправильно думать, что недостоверность этих странных, архаичных сведений выявилась лишь в результате последующего прогресса этнологии и истории. Уже современники автора, и прежде всего Вольтер, упрекали его в привычке «цитировать случайным образом и цитировать неверно», а также в том, что «его книге не хватает метода».

Для книги характерно также злоупотребление дедукцией, и причем не только тогда, когда речь идет о политической теории трех властей.

Например, в седьмой книге (глава XV) автор исследует возможные корреляции между режимом имущества семьи по гражданскому праву и государственным устройством. Он пишет: «Общность имущества между мужем и женой весьма уместна в монархическом государстве, так как она привлекает (женщин) к домашним заботам. Она менее уместна в республике, где женщины более добродетельны»⁹. (Эта формула была использована в ходе подготовительных работ к Гражданскому кодексу сторонниками раздельного имущественного режима.) Разумеется, было бы более научным начать с анализа действовавших систем законодательства, а уже затем делать общие выводы. Но в этом случае был риск установить, что в республиканских Нидерландах существует общность имущества, а в монархическом Неаполе — раздельность. С приведенным общим выводом Монтескье небезынтересно сравнить другое его положение в книге двадцать третьей (глава VI): «В республиках, где необходимо блюсти чистоту нравов, незаконнорожденных детей еще более презирают, чем в монархиях». Книга изобилует оценочными суждениями, основанными на одних лишь рациональных соображениях или даже просто на здравом смысле. Они переплетаются с констатацией фактов. Идеализм мешает беспристрастности наблюдателя.

В шестнадцатой книге (глава XV) Монтескье пишет: «Закон малдивов позволяет вновь соединиться с отвергнутой женой, а закон Мексики запрещает это под страхом смерти. Этот мексиканский, закон разумнее, чем малдив-

79

ский: при разводе он не забывает о вечности брака, между тем как закон малдивов, кажется, относится с одинаковым пренебрежением и к браку, и к репутации»¹⁰. По подобным поводам Бентам отмечает: «Монтескье часто сбивал с толку читателей: этот блестящий ум стремился найти в хаосе законов разумные основания, которыми могли бы руководствоваться законодатели; применительно к самым противоречивым решениям он хотел наделить законодателей мудрым намерением»¹¹.

Однако если оставить в стороне все эти замечания и выделить самое основное, что характеризует книгу «О духе законов», то следует сказать, что перед нами уже юридическая социология, ставшая наукой.

Самыми главными при этом являются две черты: релятивизм и детерминизм.

Релятивизм. Хотя Монтескье и не отрицал существования на высоком (или, наоборот, глубоком) уровне естественного права, с помощью которого устанавливается единообразие правовых систем, тем не менее он исходил из наблюдаемого существенного разнообразия этих систем — разнообразия как во времени, так и в пространстве. Было бы преувеличением сказать, что Монтескье обращал большее внимание на географическое, чем на историческое разнообразие правовых систем. Уместно напомнить в этой связи, что в последних книгах его труда преобладает история. Кроме того, бросается в глаза, что в понятийном словаре Монтескье постоянны термины, отражающие исторические трансформации: возникновение и революция (соответственно генезис и эволюция), взлет и упадок правовых систем, крушение принципов и т. д. Например, книга восьмая трактата «О духе законов» называется «О разложении принципов трех видов правления», а глава XI двадцать восьмой книги — «Приливы и отливы духовной и светской юриспруденции». Напомним, что более раннее произведение Монтескье имеет заглавие «Размышления о причинах величия и падения Рима» (1734).

Детерминизм. Цель труда Монтескье — показать законы в их соотношении с другими явлениями. И эта идея проходит через многие разделы его произведения. Конечно, можно спорить о том, действительно ли выявленные им отношения представляют собой причинные связи или здесь имеется лишь частичная каузальность или простые корреляции. Ответ на эти вопросы зависит от конкретного случая. Довольно часто складывается впечатление, что Монтескье использует нечто вроде структурального мето-

80

да: он конструирует такие модели общества, где различные элементы, в том числе и правовые, находятся как бы в состоянии равновесия, где неразличимы причины и следствия.

Но Монтескье выдвигает и такие гипотезы, которые основаны на понятии каузальности. Так, право (особенно частное право) детерминировано объективными причинами, под которыми понимаются иные социальные явления (форма правления, религия, торговля, нравы, житейские обычаи), демографические факторы (почти естественного порядка, как, например, численность населения) и даже чисто физические причины (характер почв и климата). Противники Монтескье не случайно сосредоточили свое внимание именно на этой теории климата (двадцать четвертая — двадцать седьмая книги), используя ее для обвинений в безбожии, поскольку право в свете этой теории можно представить как продукт слепых природных сил.

Монтескье ощущал, что право не может быть объяснено без определенного материалистического подхода. Предвидение необходимости такого подхода хорошо доказывает, что он уже был социологом. Вместе с тем следует четко видеть, к каким практическим выводам в отношении законодательства приводит детерминизм Монтескье. Если законы обусловлены средой, в которой они рождаются, они соответственно с необходимостью хорошо адаптированы к данной среде (за исключением случайных отклонений). Каким должно быть в свете этого право? Таким... каково оно есть; оно хорошо именно как такое. В этом смысле и следует понимать формулу Сент-Бёва, назвавшего Монтескье законодателем-оптимистом. Причем этот оптимизм таков, что, основываясь на нем, можно как удовлетвориться тем, что уже существует, так и предпринять попытку все изменить. Последующие философы, более близкие по времени к Революции, видели, что за теорией климата может стоять скрытый провинциализм и что Монтескье, ценя опыт, осторожность, умеренность выше, чем справедливость любой ценой, в конечном итоге вооружал консерваторов. Но быть консерватором — это еще не значит стать меньшим социологом, особенно социологом права.

Остановимся кратко еще на некоторых аспектах учения Монтескье, и в частности на его трактовке естественного права, хотя ее и трудно связать с социологическим

6 Заказ № 1161

81

содержанием «Духа законов». Монтескье колеблется между двумя концепциями естественного права. С одной стороны, он говорит о нем как о чисто рациональном, предустановленном праве и, употребив ставшую знаменитой метафору, пишет: «Говорить, что вне того, что предписано или запрещено положительным законом, нет ничего ни справедливого, ни несправедливого, — значит утверждать, что до того, как был начерчен круг, его радиусы не были равны между собой» (книга первая, глава I). С другой стороны, он говорит о «естественном праве справедливости», которое следует понимать как нечто идущее от общества, но не выраженное так, как позитивное право. Естественным же это право является потому, что формируется природой человека: эта формула перекликается с социолого-антропологическими установками.

Если обобщить все, что Монтескье говорит в «Духе законов» о законодательном искусстве (этому вопросу специально посвящена книга двадцать девятая «О способе составления законов»), то можно сказать, что Монтескье — сторонник эмпирического метода. И здесь он не встретил одобрения передовой части философов Просвещения (подобно тому, как не устраивала их и умеренность политических позиций Монтескье). Эти философы требовали, чтобы деятельность законодателя строилась на рационалистических началах и законы выводились из аксиом справедливости. Это критическое отношение к позиции Монтескье видно уже в «Энциклопедии» Дидро (статья «Законодатель»), а позднее выражено еще более резко Дестютотом де Траси и Кондорсе.

Утверждают, что теория климата была сформулирована задолго до Монтескье, еще в XIV веке, арабским автором Ибн-Хальдуном. Его книга «Пролегомены» вызывает и сегодня большой интерес у западных социологов и политологов. Однако Ибн-Хальдун говорил о влиянии климата на политические режимы, оставляя в стороне законы. Кроме того, Монтескье не знал его книги. С идеей о влиянии климата он мог встретиться у Бодэна. Очевидно, в те времена она витала в воздухе. Об этом свидетельствует также докторская диссертация некоего Иоганна Петера Виллебрандта, защищенная в Галле в 1742 г. Ее название — «De juribus diversis in diversitate climatum patris». («О различиях в праве, происходящих от различий в климате»). Идея «различия в климатах» была использована этим автором в политических целях, для доказательства того, что*

'82 римское право не подходит для германских народов. В наше время теория климата использовалась в сравнительно-правовом ракурсе; таково, например, исследование Э. Валя о климатических

влияниях на эволюцию права в восточных и европейских странах¹².

2. ВОЛЬТЕР

На фоне Монтеスキё Вольтера не назовешь социологом. Его юридическая социология — разновидность социологии здравого смысла, а, как известно, здравый смысл — весьма обманчивый путеводитель в науке. Однако Вольтер оказал большое влияние на формирование того, что принято называть французским стилем мышления, и это влияние значимо в научном плане и в наши дни. В этой связи достаточно упомянуть юридический скептицизм — столь характерную черту вольтерьянской социологии. Правда, традиция юридического скептицизма существовала и до Вольтера. Но он существенно подновил ее, избрав в качестве мишеней судебную деятельность и сами законы, далеко не всегда справедливые и действенные¹³. Вольтер подчеркивал роль человеческой воли в формировании права (правда, в этой связи у него встречаются некоторые несоответствия: так, на том основании, что какой-то обычай показался диким и непонятным образованному парижанину, еще нельзя считать этот обычай произвольной выдумкой королей или священников). Отсюда возможность законодательного и судебного волюнтаризма, который встречается и сегодня. Побуждает же к законодательному произволу частный интерес. Полагая, что законы далеко не всегда являются спонтанным итогом развития общества и что они могут быть инструментами, созданными ухищрениями определенных лиц, Вольтер в какой-то мере предвосхитил современные многочисленные исследования групп давления. Для оценки таких юридических явлений, в которых обнаруживаются скорее хитрость и обман со стороны тех, кто властвует, чем разумное понимание общественного интереса, метод Вольтера и сегодня сохраняет свое значение. Старое изречение «Сделал тот, кому выгодно» служит удобным средством социологического подхода (хотя использование этого принципа в качестве презумпции в уголовном процессе вместо доказательств достойно осуждения).

6*

83

3. РУССО

Несомненно, что в трудах Жан-Жака Руссо содержится политическая социология¹⁴. Но есть ли там социология права? Руссо никогда не обходил вниманием право. Он изучал его у Бюрламаки, то есть в естественно-правовой интерпретации. Правовые институты он рассматривал (пусть несколько примитивно) в их реальном виде, а не в их юридико-догматической оболочке. Это было уже шагом к социологии. Его антиконформизм, антиурбанизм, некоторое непостоянство взглядов могли бы сделать из него ультрасовременного социолога права. Такова его общая оценка. Если же попытаться воссоздать юридическую социологию Руссо как по его главным (например, «Об общественном договоре»), так и второстепенным (например, «Речи о политической экономии») трудам, то можно заметить, что она обращена главным образом к двум сферам:

1. Социология норм (различие права и нравов, воспитательная функция закона, личность законодателя, неэффективность правовой нормы).
2. Социология брака и семьи (любовь и социальные начала « браке, адюльтер, конкубинат, публичное и семейное воспитание).

4. ДИДРО

Как и Руссо, Дидро (1713—1784) испытывал большой интерес к законодательству. Это, в частности, проявилось, когда по просьбе Екатерины II он написал подробные замечания на проект Свода законов, составлявшегося по ее указанию, но никогда не увидевшего света (эти замечания были найдены и опубликованы лишь в 1921 г.). Дидро отличался от других философов своим радикальным эволюционизмом. Он утверждал, что все находится в вечном движении и развитии. По мнению многих, одного этого достаточно, чтобы считать его социологом. Его сентиментальная драма «Побочный сын» была протестом против дискриминации тогдашним гражданским правом внебрачных детей — законодательной социологией в действии. Наиболее значимый вклад Дидро в социологию права связан с «Энциклопедией». Успех этого труда в интеллектуальных кругах был одновременно и успехом содержащихся в нем статей о праве (в том числе критических), из которых две — «Политическая власть» и «Естественное право» — написаны самим Дидро.

84

5. ИДЕИ ЕСТЕСТВЕННОГО ПРАВА

Отношения между социологией права и доктриной естественного права не так просты. И у той и у другой можно видеть стремление к тактическому сближению в целях совместной оппозиции юридическому позитивизму — то есть теориям, которые не признают другого права, кроме действующего, — а говоря еще более точно — совместной оппозиции легализму, то есть теориям, которые сводят все право к позитивному закону государства. Это сближение может усиливаться,

когда естественное право выступает в виде концепции о природе вещей, то есть когда в качестве основы права предстает взятая в целом социальная реальность¹⁵. Правда, и здесь между юридической социологией и доктриной естественного права остается существенное различие. При естественно-правовом подходе изучение права происходит в непосредственно нормативных целях, включает в себя ценностное суждение, а будучи обращено к реальности, классифицирует ее в соответствии с ценностными установками, создавая иерархические схемы. В глазах социологии все компоненты реальности заслуживают равного внимания и их изучение должно быть научно объективным. Возможность использования итогов исследования в законодательных целях должна быть отнесена на второй план, который полностью отличен от первого — научного.

Однако, кроме «природы вещей», есть другие доктрины естественного права. И самые распространенные из них предстают как антиподы социологического. В их изображении естественное право вытекает из принципов разума и подобно им оно универсально, неизменяемо и абсолютно. А в глазах социологии — право существенно диверсифицировано, оно подвижно и относительно. Чтобы конституировать социологию права, следовало прежде всего отказаться от абстрактно-рационалистских естественно-правовых установок.

Однако неожиданным образом в период расцвета естественного права, который характеризует философию XVII и особенно XVIII веков, вырисовывается некоторое социологическое начало. Речь идет о школе естественного права и права народов, основа которой заложена Гуго Гроцием и среди представителей которой ученые разных стран: Локк, Пуффендорф, Барбейрак, Бюрламаки. Эта рационалистская философия несла в себе нечто социологическое, и это нечто было связано с идеей «естественного состояния» —

85

примитивного периода в жизни человечества. В методологическом плане это гипотетическое естественное состояние может рассматриваться как модель, полученная путем воображения. Неважно, на каких данных она строится. Это может быть реминисценция библейских пасторальных времен, как это имеет место у Локка, или же обращение к быту племен до открытия Америки европейцами, как у Руссо. Такой метод представляет интерес в интеллектуальном плане, поскольку модель предполагает последующее поступательное развитие. Кроме того, по существу такой естественно-правовой подход есть своего рода пред-антропологическая наука, ибо естественное право объявляется таковым потому, что связано с природой человека, единой при всем различии культур. Современная этнология не отрицает гипотезы о примитивном минимуме права (запрет кровосмешения и принцип взаимности).

6. ГРАЖДАНСКИЙ КОДЕКС

Кодификационное движение, которое с конца XVIII века почти повсеместно развернулось в континентальной Европе, само по себе является юридической социологией. Объясняя это движение, историки ищут его соотношения с процессами в области культуры (чувство порядка и единства, воспитанное классической литературой) и в экономике (потребности рождавшегося капитализма). В марксистской литературе распространен тезис, который связывает появление Кодекса с выдвиганием на политическую авансцену капиталистической буржуазии. О каком капитализме идет речь — земельном или финансовом? Возможны аргументы как в пользу первого, так и второго. Как быть с личностью Бонапарта в свете его роли в создании Кодекса? Это общая проблема личностных и объективных факторов в истории.

С Кодексом часто связывают изменения, происшедшие в XIX веке не только во французском обществе, но и повсеместно в Европе. К ним относят: переворот в отношениях земельной собственности (отмена феодального режима), дробление земельной собственности (как следствие равных прав наследников), секуляризация нравов (как следствие гражданского брака). Но многие из этих изменений уже были в зародыше в законодательстве революционных лет, а возможно, частично, и в старом праве. Представляется, что своей эффективностью Кодекс обязан... самой кодификации, а именно свойственной ей как

86

особой форме простоте, унифицированности и особенно-аксиоматичности.

Однако нас интересует не эта (Кодекс как социологическое явление), а другая сторона вопроса, а именно как следует оценивать роль, которую сыграла кодификация, особенно французская кодификация 1804 года, в формировании социологии права.

Отметим попутно, что в этот период уже была известна практика опросов в законодательных целях. В 1790 году, т. е. в ходе Революции, когда готовилась законодательная реформа письменности, аббат Грегуар провел заочный письменный опрос об использовании различного-рода местных наречий. В 1795 году Вольней по поручению правительства составил вопросник для «путешествующих за

границей дипломатов и коммерсантов», где были также вопросы о судебном процессе, наследовании (с акцентом на равный раздел наследства). При подготовке Конкордата 1801 года Демаре проводил полицейскую анкету о религиозной деятельности во Франции. Но при подготовке Гражданского кодекса ограничились обменом мнений практиков и политиков, участвовавших в редакционных работах. Единственный опрос касался уже подготовленного проекта и был адресован судам с целью получения их замечаний.

Очевидно, презрительное отношение Бонапарта к «идеологам» отразилось рикошетом и на том чисто рациональном законодательном искусстве, в котором они не знали себе равных. И если в основе Гражданского кодекса оказался — сознательно или стихийно — какой-то метод, то это был эмпиризм «Духа законов». Порталис — «мозговой центр» редакторов Кодекса — не был догматиком, и в его «Вводных речах» ощутим определенный эволюционизм, идущий от Монтескье, а может быть, и от Гердера ¹⁶.

Однако намерения мало чего стоят в сравнении с полу-ченным результатом. Поставив на месте, где раньше произрастали обычаи и римские нормы, новое архитектурное здание права, кодификация придала праву такой вид, который отнюдь не способствовал тому, чтобы разбудить воображение социолога. Право отныне должно было пониматься не иначе как приказ, каузально связанный лишь с волей законодателя. Доктринальная деятельность была сведена к толкованию закона. Ей были неинтересны рассуждения исторического, сравнительного или критического плана, то есть то, с чего начинается социология.

87

Эту опасность, которую таила в себе кодификация, предвидел Савиньи (и предупредил о ней Германию), когда в 1814 году опубликовал свой известный, выдержанный в антинаполеоновском духе манифест «О призвании нашего времени к законодательству и науке права». Предупреждение Савиньи не осталось незамеченным и во Франции. Однако господствующие позиции принадлежали Кодексу Наполеона, и здесь возникли лишь некоторые побочные доктринальные досоциологические течения, выступавшие под прикрытием истории права и сравнительного права. Эти досоциологические течения, являвшиеся реакцией на Гражданский кодекс, были представлены тремя изданиями: «Журналом французского и иностранного права», выходившим с 1834 по 1850 год (по имени издателя — «Журнал Феликса»); «Журналом законодательства и судебной практики» (по имени издателя «Журнал Волоско-го»), выходившим с 1835 по 1852 год и примечательным тем вниманием, которое он уделял соотношению права с экономикой; «Журналом истории французского и зарубежного права» («Журнал Лабулайе», 1855—1877 гг.) ¹⁷. Все эти издания в той или иной мере являлись отражением промелькнувшего ранее как метеор журнала «Темпе» (1819—1831 гг.), основанного французом Журденом и немцем Варнкенигом. Журнал был последовательно антидогматичен и выступал как противник школы экзегезов, как бы предчувствуя возникновение социологии права. Можно сказать, что после Монтескье это не было слишком уж большой заслугой. Однако после Монтескье появился Кодекс Наполеона, и надо было обладать большим мужеством, чтобы относиться к этому Кодексу как к простому историческому документу, а не как к универсальной ценности. Варнкениг писал: «С помощью сравнительной истории древней и современного законодательства однажды будут открыты общие законы всех человеческих обществ»

18

111. ДЕВЯТНАДЦАТЫЙ ВЕК

1. ВРАГИ ГРАЖДАНСКОГО КОДЕКСА

Часто высказывалась мысль о том, что Гражданский кодекс представлял собой закон-компромисс «старого режима» и революции. Избрав своим методом эмпиризм, редакторы Гражданского кодекса должны были открыть дорогу новым идеям, таким, как собственность, свободная от феодальных повинностей, свобода договора, гражданский брак, развод. Это были яркие, бросающиеся в глаза установления, выраженные в чеканных формулировках. Все те, кто издали следил за положением дел во Франции, — эмигранты, иностранцы — даже не подозревали, какие прочные позиции завоевали за десять лет эти революционные новшества. То, что уже стало политической реальностью, они считали всего лишь философской доктриной. Гражданский кодекс клеймили как олицетворение индивидуализма. Борьба с индивидуализмом требовала восстановления и прославления таких «коллективных ценностей», как страна, церковь, семья — особенно семья. И в той мере, в какой внимание к коллективным явлениям и обычаям всегда требует определенной доли социологического мышления, враги Гражданского кодекса, сами того не ведая, были вынуждены прибегать (в небольших дозах) к социологии ¹⁹.

В этом традиционалистском, а точнее, реакционном течении выделяются два имени: Жозеф де Местр и Луи де Бональд (особенно последний²⁰). Единственный случай возврата к старому праву, которым может похвастаться Реставрация, — это Закон Бональда 1816 года, отменивший развод.

2. Огюст Конт

В намерения Конт а не входило выделение специальных отраслей социологии. Но то, что он сделал для общей социологии, впоследствии помогло и юридической социологии. И если эта наука тем не менее большей частью не считает Конта «своим», то происходит это, несомненно, в силу устоявшегося мнения, что у Конта была аллергия на право. Однако негативное отношение, в котором его упрекают, относилось к субъективному праву («Никто не имеет иного нрава, кроме права всегда исполнять свой долг»). Что же касается объективного права, то оно постоянно присутствует в его системе под именем «гражданский порядок».

Отношение Конта к праву социологично в двояком плане. Во-первых, по предложенному им методу законодательства: закон должен рождаться из опыта, а не из априорных понятий, как это было у законодателей

88

1804 года, проникнутых метафизическим духом. Во-вторых, по предпочтению, которое Конт, говоря о праве, отдавал обществу (в отличие от Кодекса Наполеона, основанного на индивидуализме — «атомизме»). Его критика Кодекса, чуждая юристам того времени, вылилась в органическую концепцию семьи (которую он называл «самым маленьким обществом») и включала в себя осуждение развода и требование свободы завещания²¹. В этом плане Огюст Конт близок к Бональду и Жозефу де Местру и предвосхищает Ле-Пле.

3. ФРЕДЕРИК ЛЕ-ПЛЕ

Этот ученый всегда имел приверженцев, но враждебность к нему Дюркгейма привела к тому, что определенное время он был не в чести. Для нас он представляет прямой интерес. Его социология имела своим объектом такие институты — семья, наследование, завещание, — которые являются правовыми, а более точно — институтами гражданского права. И поскольку эта социология стремилась оказать помощь законодательным решениям, в ней можно видеть один из наиболее отчетливых прообразов юридической социологии, как теоретической, так и прикладной²².

Три аспекта трудов Ле-Пле заслуживают внимания. Метод. Это главным образом «монографический метод» (к нему мы еще вернемся в дальнейшем). Последователи Дюркгейма обвиняли Ле-Пле в «микроскопической социо-трафии», а другими словами, в излишней описательности на уровне частных проблем с нагромождением малозначительных деталей. Теперь от подобной оценки отказались. Ле-Пле, инженер по образованию, успешно работавший в промышленности и бывший вдобавок большим путешественником, обладал не литературным, а строго позитивистским стилем мышления. Его исследования семьи — рабочей семьи, крестьянской семьи — сохранили — как особый научный жанр — значимость и по сей день, несмотря на развитие количественных методов.

Доктрина. Взгляды Ле-Пле носили традиционалистский, а точнее, реакционный характер как по отношению к либеральной, индивидуалистской философии Гражданского кодекса, так и по отношению к возникавшим различным социалистическим течениям. Ле-Пле желал социальной реформы, и этим именем названо одно из его сочинений и школа, которую он основал. По мнению Ле-Пле, социальную реформу можно осуществить лишь с помощью моральной реформы, которую была призвана обеспечить властная перестройка семьи. Отсюда вытекало четкое законодательное требование: для восстановления во всей ее силе родительской власти необходима полная свобода завещания. Ле-Пле, как религиозный католик, верил, что ключ к любой социальной реформе — возврат к десяти заповедям. Поэтому к нему особенно прислушивались клерикалы. Но он привлек внимание также и тем, что собрал огромный эмпирический материал, опираясь на который старался показать, что наследственный режим, установленный Кодексом (ограничение прав главы семьи, наследование в равных долях, дробившее земельную собственность), влечет за собой разрушение семьи.

Влияние. Идеи Ле-Пле не переставали пользоваться известным влиянием во Франции в консервативной интеллектуальной и политической среде. Оно было особенно заметно в канун второй мировой войны (не говоря уже о режиме Виши) и нашло в этот период даже законодательное отражение. В 1938 году французский законодатель, проводя реформу наследственного права, определенным образом отошел от принципа равенства наследников и тем самым впервые отказался от идеологии Гражданского кодекса. Если проследить в исторической последовательно-

сти факторы, подготовившие такое решение, то среди них обнаружатся и идеи Ле-Пле. С этими идеями и деятельностью последователей Ле-Пле связано и законодательство, усиливавшее ответственность за производство аборта.

4. НЕМЕЦКАЯ ПРАВОВАЯ ДОКТРИНА

Немецкие юристы имели дело с правом, которое еще не было заключено в рамки кодификации и двигалось своим спонтанным историческим путем. Поэтому эти юристы более свободно, чем французы, могли идти навстречу социологии. Две такие встречи получили широкую известность. В первой трети прошлого века появилась историческая школа права, чьим знаменосцем был Савиньи. Наиболее известные положения этой школы имели социологический резонанс. Они сводились к следующему: право — это не порождение случайной и произвольной воли суверена, оно — продукт спонтанного и анонимного развития в недрах нации. Правовые системы разнообразны, и это связано

91

И

с национальными различиями. Юридические явления не следует отграничивать от других национальных явлений — политики, нравов и особенно языка²³. Право черпает свою жизненность и силу из народного духа (это напоминает «коллективные представления» Дюркгейма, но на самом деле ближе к *opinio necessitatis* в том виде, как понимали эту формулу теоретики обычая). Однако при более детальном анализе позиций исторической школы социологов ожидает разочарование. Приняв на веру столь частое использование ее представителями понятия «народ», можно было бы подумать, что эта школа действительно отводит основную роль народу, под которым понимается народная масса, класс (противостоящий аристократии или буржуазии) или хотя бы масса простых людей в отличие от слоя профессиональных юристов. Однако в трактовке исторической школы понятие народ приобретает националистический смысл: это нация во главе с феодалами, а также юристами как наиболее квалифицированными истолкователями народного духа. Вот почему, несмотря на несколько важных положительных моментов, общий социологический баланс исторической школы весьма худосочен. Кроме того, специализация Савиньи как романиста поставила его в парадоксальную и одновременно проигрышную позицию. Он прилагал отчаянные усилия, чтобы представить римское право в качестве национального права Германии, тогда как в социологическом плане правильнее было бы подходить к современному ему пандектному праву как явлению юридической аккумуляции; рецепция же римского права в XV веке была принудительным внедрением этого права в сферу германских обычаев.

Идея — в какой-то мере социологическая — о том, что право, как и язык, — это продукт национальной истории, встречается уже у Гердера, а после Савиньи — у одного из его почитателей, Якоба Гримма. У него эта идея выглядит даже более убедительно, потому что право, которое он выводит из недр германской истории, — это не рецептированное римское право, право ученых, а именно германское право. Благодаря своей книге «Юридические древности германцев» (1828) Гримм считается одним из основателей юридической фольклористики. В последний трети XIX века на авансцену выступает Иеринг, романист, как и Савиньи, но личность более блистательная. Был ли он социологом? Да, был, благодаря то-

92

му, как он использовал сравнительный метод. Прогресс этнологии позволил ему рассматривать римское право не изолированно, а в группе индоевропейских правовых систем. Вместе с тем Иеринг испытывал склонность к философии (здесь он был не более чем любителем, утверждают его критики), и она вводила его от социологии. Это выражалось, в частности, в преувеличении роли индивидуальной энергии, волевых действий в процессе создания права — воли сторон в договоре, сторон в процессе, воли борцов за объективное право и за свои субъективные права. В отличие от такой позиции подлинный социолог скорее акцентировал бы внимание на безличных импульсах, исходящих из общества. Однако следует тем не менее учесть, что юридический волевой акт как проявление индивидуальной психологии, будучи многократно повторен, становится уже явлением, относящимся к социальной психологии, и таким образом может войти в глобальное видение общества. Кроме того, внимание Иеринга привлекла не спящая, а сражающаяся воля, столкновение волей, конфликт интересов, антагонизм сил. В этой концепции есть что-то от Дарвина («Борьба за право» как бы скопирована с «Борьбы за существование») и

одновременно от Бисмарка («Право — это политика силы»). Этого, разумеется, недостаточно, чтобы создать социологию, но такой реализм без иллюзии обладает хотя бы социологической зрелостью. Он в какой-то мере заставил юристов почувствовать некоторую бесплодность понятийных конструкций, приучил их осмысливать право по преимуществу в понятиях интересов (откуда и идет название «юриспруденция интереса»). В то же время этот реализм не страдал пессимизмом. Во взглядах Иеринга чувствуется нечто вроде юридического витализма: право — это срез жизни, но жизни насыщенной, здоровой. Право вплетено в повседневную жизнь. И, выявляя его в этой повседневности, по логике вещей нельзя не прийти к нравам, к инфраюридическим структурам. Социологическая заслуга Иеринга в том, что он нащупал эту сторону права. Правда, эта заслуга осталась в значительной мере незамеченной, поскольку автор обращался к этой теме в своих второстепенных работах²³.

5. АНГЛИЙСКИЙ ЭМПИРИЗМ

Три автора, о которых пойдет речь, отнюдь не образуют единой школы. Они жили в разное время, у них различная специализация. Неодинакова и та степень внима-

93

ния, которое они уделяют праву, и степень социологичности в их взглядах на право. Однако подход этих авторов к праву был всегда скорее эмпирическим, чем теоретическим. Во многом потому, что они были англичанами.

Бентам. Он известен как философ утилитаризма. Применив эту философию к гражданскому и уголовному законодательству, он встретился с проблематикой социологии права. И действительно, отождествить справедливое и полезное, как требуют утилитаристские доктрины, — это значит, по существу, наметить переход от факта к праву, от констатации к норме. Именно к этому и стремится прийти социология законодательства (подробнее об этом ниже). Концепция права, исповедовавшаяся Бентамом, была весьма оптимистичной, и это облегчало ему такой переход. Право, утверждал Бентам, представляет собой не что иное, как идеи удовольствия, удовлетворенности и безопасности.

Бентам может привлечь внимание социологов права еще и соображениями о способах законодательствования. Именно в этой связи он затронул проблему юридической аккультурации. Им была сформулирована гипотеза о том, как приспособить к условиям Бенгалии право, сложившееся в Англии. (Попутно отметим, что ситуация в Индии способствовала развитию социологической мысли у английских юристов.) Затем он разработал комплекс утилитарных правил, которыми следовало руководствоваться при такого рода трансплантации. Уже после смерти Бентама их использовал Маколей, издавая законы для Индии. Польза измерима, а соответственно измеримо и законодательное искусство, основанное на критерии пользы. Для этого нужно изучить, какие последствия в социальной среде имеет введение нового закона. Из предполагаемого позитивного результата реформы следует вычесть те недовольства, которые она может вызвать. Эта вторая часть проблемы не привлекает внимания большинства законодателей. Эти потенциальные недовольства могут быть измерены с помощью различных показателей: число недовольных, степень их влиятельности, размеры недовольства и (далеко не малосущественный фактор) его длительность. Перед нами вся арифметика законодательной психосоциологии²⁴.

Мэн. Сэр Генри Мэн представлял собой удачное сочетание историка английского права и знатока индусского права, которое он изучал, будучи колониальным чиновни-

94

ком. Это двойное знание вооружило его сравнительным методом, и он по достоинству считается основателем сравнительного права. Но этого мало. Проводя исследования и во времени (в историческом плане), и в пространстве (сравнивая сосуществующие правовые системы), Мэн неизбежно должен был встретиться с понятием живое прошлое. Так он оказался у истоков юридической этно-

гии

25

Социологи права особенно охотно считают Г. Мэна одним из своих предшественников потому, что он был откровенным эволюционистом. В его представлении эволюция юридических институтов — это медленное, постепенное развитие на базе обычая. Другими словами, это эволюция по-англосаксонски, и эволюционизм Мэна, как это ни кажется странным, вел к консервативной политике. Хотя, в глазах Мэна, человеческая природа, бесспорно, постоянна (что, по его мнению, недооценивал Монтескье), это не может воспрепятствовать развитию общества, а следовательно, и права. Вместе с тем постоянство человеческой природы сопротивляется развитию, и это сопротивление не менее важный феномен, чем само развитие.

Профессия историка, изучение архаических правовых систем — всего этого было бы вполне достаточно, чтобы привести автора к эволюционизму. Но он был еще и современником Дарвина, и в

его эволюционизме под влиянием дарвинизма оказались элементы материализма и детерминизма. Он полагал, что развитие правовых систем управляется некоторыми общими тенденциями, если не строгими научными законами. Одну из этих тенденций он выразил в формуле «от статута к договору», и впоследствии эта формула получила название Закон Мэна (о чем будет сказано ниже).

Трудам Мэна был уготован длительный успех как у социологов, так и у юристов не только в Англии, но и во Франции. Все его книги тотчас же переводились на французский язык, и благодаря ему в нашей юридической доктрине утвердилось понимание относительности права. Это представление возникло не из прямого сопоставления современных институтов и совершенно отличных от них правовых институтов прошлого, но из чувства, что современные институты как бы мало-помалу вышли из старых путем длительной трансформации. Это была хорошая подготовка для понимания того, что дал позднее Дюркгейм.

Спенсер. Он был утилитарист, как Бентам, эволюцио-

95

нист, как Мэн, но при этом больший социолог, чем каждый из них. С другой стороны, его отношение к праву выражено значительно менее отчетливо. Проводя вслед за Аристотелем и другими авторами аналогию между обществом и организмом, он отводил при этом немалое место судьям и армии как защитникам общества от возможных опасностей. В трудах Спенсера затронуты лишь отдельные вопросы юридической социологии» Такова его типология законов или его достаточно тонкий психологический анализ, позволивший еще до Мосса выдвинуть гипотезу о том, что дарение (бесплатная передача) — это примитивная форма обмена.

6. ВЗГЛЯД НА ПРАВО ВО ФРАНЦУЗСКОЙ ПОЛИТИЧЕСКОЙ И СОЦИАЛЬНОЙ ЛИТЕРАТУРЕ

Что объединяет столь непохожих друг на друга авторов, о которых пойдет речь? То, что они видели в праве нечто иное, чем совокупность текстов, и открыли в нем — хотя и сделали это лишь частично и фрагментарно — факторы политического и социального порядка. Таким путем спонтанно складывался эмбрион юридической социологии.

Токвиль был выдающимся социологом благодаря своему сравнительному методу — сопоставлению США и Франции, а также технике исследования — личному наблюдению в процессе путешествий²⁶. Но был ли он социологом права? Социологом публичного права, особенно конституционного, несомненно. Но это скорее политическая социология. Однако Токвиль интересовался семейным правом и правом наследования, а эти области с основанием можно рассматривать как весьма существенные для понимания жизни страны.

В отличие от Токвиля Троплонг — первый председатель Кассационного суда — был специалистом по гражданскому праву. Как человек любопытный, он обращался и к проблемам, далеко отстоящим от цивилистической техники. Благодаря длинным предисловиям к различным комментариям Гражданского кодекса он приобрел в свое время репутацию философа права. Сегодня бы ему больше подошло именоваться социологом права, но, разумеется, социологом-любителем. Его социологические и этнологические догадки часто весьма проницательны (например, то, что он писал о положении должника по архаичным правовым системам)²⁷.

96

Гизо был государственным деятелем и одновременно историком. Его исторический метод опередил его время и включал в себя анализ экономики, нравов, ментальностей. Присутствовали в нем и элементы количественных измерений. Как и Маркс, Гизо верил в классовую борьбу. Но в отличие от Маркса он считал, что классовые антагонизмы благодаря воздействию определенных социологических факторов в конечном счете разрешатся к выгоде средних классов. Законодательство может быть зависимым от классовых антагонизмов, ибо законы детерминированы социальными факторами.

Социологическую направленность его взглядов подтверждает проект, представленный им в 1830 году Луи-Филиппу о создании крупного этнографического музея, где были бы собраны со всего мира памятники и оставшиеся свидетельства нравов, обычаев гражданской жизни и войны. Примечательные образцы юридико-социологического подхода можно видеть в его «Курсе современной истории» (1820—182?), где, во-первых, на основе сравнительного метода проводится параллель между нравами древних германцев и американских индейцев как народов, «достигших примерно одинакового уровня цивилизации», и, во-вторых, дана развернутая картина капитуляриев, начиная от эпохи Каролингов, в соотношении этих королевских указов с изменениями в состоянии общества.

Если быть социалистом, это уже значит быть и социологом, то Прудон был социологом. Прудон всячески поносил право и юристов. Он предсказывал крах Кодекса Наполеона. Но при этом он был как бы загипнотизирован правом, и в его работах есть то, из чего можно конструировать юридическую социологию. Прежде всего социологию частной собственности, созвучную знаменитой формуле «собственность — это кража». Но с еще большим основанием — социологию семейного права,

которая будет корректировать первую, если не противоречить ей. Ибо, осудив собственность в целом как расхищение прибавочной стоимости, произведенной общественным трудом, Прудон освящает семейную собственность, а вместе с ней наследование и даже завещание. Тот же патриархальный дух, в соответствии с которым Прудон защищал власть мужа в семье и отрицал развод (он признавал лишь раздельное проживание супругов), привел его к требованию абсолютной свободы завещания²⁸. Здесь Прудон уподоблялся.

7 Заказ М 1161

97

Ле-Пле, которого, впрочем, он не любил. Известно, что Маркс не испытывал симпатий к консервативному социализму Прудона.

;

7. К. МАРКС И ПЕРВЫЕ МАРКСИСТЫ

Марксизм создал социологию права, которую самым решительным образом противопоставил буржуазной юридической социологии. Мы поступим правильно, если ограничимся лишь несколькими общими замечаниями.

Карл Маркс. В трудах Маркса имеется много конкретных высказываний о праве, порожденных изучением социальных реалий. Эти высказывания, разумеется, попадают в общий фонд юридической социологии. Они связаны с общей философией марксизма, но находятся как бы на втором плане и могут быть легко выделены из нее. В качестве примера можно указать на высказывания Маркса в его ранних произведениях о правовом положении женщины в различных обществах или его замечаниях об ипотечном кредите, сделанные на основе изучения французского и -английского опытов той эпохи²⁹. Не обязательно быть марксистом, чтобы использовать эти стимулирующие гипотезы и исторические констатации для развития социологии брака, кредита или аренды.

Но если у марксизма есть своя юридическая социология или, точнее, если он выступает как юридическая социология, то это связано с тремя фундаментальными и дополняющими друг друга положениями, а именно: **исторический материализм, классовая борьба, отмирание государства.**

1. Известно, что исторический материализм исходит из того, что история обусловлена процессом материального производства. Производительные силы (природные условия, средства и орудия производства, рабочая сила) — то есть экономические факторы — образуют инфраструктуру общества и детерминируют уровень сознания, идеи, идеологии, образующие надстройку. Право — это часть надстройки; следовательно, его история детерминирована развитием производственных отношений. Таким образом, у Юридической социологии марксизма три характерные черты: 'эволюционизм, детерминизм, материализм. К этому следует добавить, что, обращаясь к правовым институтам, Маркс выделял право собственности как концентрированное 'выражение >любой правовой системы.

2. Если бы право основывалось на однородной инфраструктуре, его развитие было бы гармонично и оно всегда олицетворяло бы тот мирный порядок, о котором писала оптимистическая философия права. Но инфраструктуру раздирают классовые конфликты, и это отражается в праве. Оно выражает интересы не всего общества в целом, а интересы и волю господствующего класса. В буржуазных обществах оно есть выражение капиталистического господства. В «Коммунистическом манифесте», обращаясь к буржуазии, Маркс писал: «Ваше право есть лишь возведенная в закон воля вашего класса, воля, содержание которой определяется материальными условиями жизни вашего класса»³⁰.

Нет справедливости, которая была бы общей для всех социальных классов. Право — это инструмент меры, а его сущность — неравенство. Как это предполагали еще Монтескье и Руссо, право появляется вместе с неравным разделом земель и его существование связано с наличием частной собственности. Отсюда можно сделать вывод, что, строго говоря, семья, во всяком случае в части личных отношений, не попадает в сферу права.

Когда революция приведет к власти диктатуру пролетариата, право как выражение классового господства может стать ее инструментом. Но не будет ли это переходным периодом? Логичен вывод о том, что исчезновение социальных классов, умиротворение человечества должны привести к такому праву, которое станет наконец выражением общего интереса. Однако здесь вступает в действие третья из перечисленных выше положений, а именно отмирание государства.

3. Полное коммунистическое общество будущего может обойтись без государства. Управление людьми будет заменено управлением вещами. Построение коммунизма должно сопровождаться постепенным исчезновением власти. Речь идет не об анархическом идеале, а о том, что порядок будет обеспечен силой разума. Возникнет строй без принуждения, без деления на тех, кто создает и применяет правила, с одной стороны, и тех, кто должен их выполнять — с другой. Другими словами, этот строй не будет правовым. Отмирание государства влечет за собой исчезновение права. Складывается впечатление, что Маркс, в какой-то мере возвращается к идее Лютера о том, что от права и юристов нельзя ожидать ничего хорошего.

Марксисты. Некоторые последователи Маркса, восприняв его теорию права, внесли в нее дополнения и уточнения и даже модификации.

Было разумно смягчить некоторые установки Маркса, которые сам он, несомненно, не толковал буквально. Вполне вероятно, что Маркс и не отрицал, что право в определенных пределах может воздействовать на экономический базис. Эту сторону взаимодействия юристы-марксисты стали охотно подчеркивать много лет спустя.

1. Фридрих Энгельс был, конечно, лицом значительно большим, чем просто учеником Маркса. Юридической социологии он оставил свою работу «Происхождение семьи, частной собственности и государства», которая самостоятельна во многих отношениях. Опираясь на этнологические исследования своего времени (и особенно на работу Л. Моргана «Древнее общество», 1877г.), Энгельс создал модель эволюционного развития, которая широко используется до сего времени. Показав, что правовые институты — это принципиально новое по сравнению с тем, что было в примитивных обществах, он делает вывод, что эти институты готовы к дальнейшим быстрым изменениям. Разумеется, эта модель развития не содержит какого-то точного измерителя быстроты правовой эволюции.

2. Специфичен вклад в марксистскую социологию права социал-демократа **Карла Реннера**. Его тезис, частично противоречащий положениям Маркса, состоит в том, что право (правовые институты) хотя и относится к надстройке, но по природе своей в какой-то мере неизменяемо и тем самым самостоятельно. Изменения в экономике могут поэтому не влечь за собой — во всяком случае, сразу же — изменений права. В качестве примера Реннер приводил собственность, какой она была в его время. Этот правовой институт по-прежнему был сконструирован как индивидуальное право, в то время как лежащий в его основе экономический феномен принял коллективные формы: сложились союзы капиталистов, которые господствовали над массой работников. Если, по Реннеру, движение экономики не отражается в праве, то и в обратном направлении происходит то же самое, то есть право не оказывает воздействия на экономику. Экономическое развитие происходит перед глазами закона, но не благодаря существованию закона. Не следует рассчитывать на то, что с помощью законодательного вмешательства можно сделать социализм реальностью³¹. Взгляды Реннера были направлены одно-

100

временно против философии права Р. Штаммлера, который видел в праве форму, обуславливающую экономическое и социальное содержание институтов, и против катедер-социализма или юридического социализма, представители которого рассчитывали прийти к социализму путем законодательных реформ.

8. НИЦШЕ

Его идеи не переставали привлекать к себе внимание. Они оказали влияние на нацистскую идеологию в гитлеровской Германии, а в 60-е годы — почти повсеместно на неоанархистскую волну. Связь ницшеанства с правом весьма фрагментарна и носит скорее философский, чем социологический характер.

Чтобы увидеть то, что Ницше дал юридической социологии, стоит, пожалуй, сравнить его с Иерингом (труды которого Ницше использовал). У них одна и та же постановка проблемы: отношение права к жизни. У Иеринга это означало, что право — это часть жизни, что оно пронизано жизненной силой, для него «здоровое право — здоровое общество»; витализм Иеринга оптимистичен. В глазах Ницше, наоборот, право — это исключительное состояние в жизни, ибо в ней преобладают нарушения и насилия, деликты и деструкции. Любая всеобщая суверенная правовая система, ставящая целью подавить всякую борьбу, любая норма, признающая равными все воли, являются принципиальными антиподами жизни, носителями распада, симптомами усталости общества, дорогой, ведущей в небытие. Таким образом, ницшеанская оценка права весьма пессимистична. Право — это зло, поскольку стремление властно увековечить с его помощью существующее означает остановку жизни. Точно так же и государство для Ницше — зло, во всяком случае, государство, которое считает себя правовым, то есть либеральным и демократическим. В этой связи Ницше не скупится на экзальтированные поношения и пророчества.

В работе «Человеческое, слишком человеческое» (1878) Ницше писал: «Право обладает силой и существует долгое время только благодаря вере, которую вкладывает в него рабский дух»³².

Подобные взгляды на право дополняет ницшеанская концепция договора. Под влиянием Р. Вагнера и «Нибе-лунгов» Ницше говорил о договоре как юридическом вы-

101

ражении героики, воли и верности. И тем не менее, как и Вагнер, он считал возможным разрыв договора, поскольку право — и это лейтмотив, пронизывающий взгляды Ницше, — не должно останавливать жизнь.

Проникнута аристократизмом и его теория брака. Ее-исходные постулаты — неравенство мужчин и женщин, их антагонизм. Творческая функция свойственна только природе мужчин. Только героям, только им, особенным, кто способен создать из союза двоих единство, доступен подлинный брак. Удел же других — обыкновенных людей — простое сожитительство, причем с запрещением деторождения. Правда, Ницше из осторожности добавлял, что в конечном итоге эта проблема должна решаться индивидуально. Он не мог предположить, что его теория превратится в нормы права. Тем не менее идея ограничить брак по соображениям евгеники в один прекрасный день была использована нацистскими «нюрнбергскими законами».

Быть может, самым ярким образом юридический пессимизм и нигилизм Ницше проявились в сфере уголовного права. В «Утренней заре» (1881) и «Происхождении морали» (1887) он детально рассмотрел классическое учение о наказании (в особенности обоснование целей наказания) и пришел к выводу о его несостоятельности. Наказание, считал он, никогда не исправляло преступника. Оно лишь заставляло его быть более осторожным. Тем самым он становится еще хуже

33

ПОДРАЗДЕЛ ВТОРОЙ ДВАДЦАТЫЙ ВЕК

I. КЛАССИКИ

1. ДЮРКГЕЙМ И ЕГО ПОСЛЕДОВАТЕЛИ

Социологи все еще спорят о том, кому больше обязана социология — Конту или Дюркгейму; чем она им больше-обязана — истинами или заблуждениями, и кто же из них в итоге был ее действительным основателем. Что касается юридической социологии, то нет сомнения, что она более-непосредственно связана с Дюркгеймом и его школой, чем* с Коптом.

Эмиль Дюркгейм. На Дюркгейма активно нападали как справа, так затем и слева (в начале века по подозрению в; материализме и социализме; в наши дни за несовершенство.

102

ство количественных измерений и слабость политических позиций). Тем не менее его влияние всегда было значительным. Оно весьма ощутимо даже у тех, кто не признает его, что выражается в использовании ими ряда понятий и соблюдении некоторых правил, сформулированных Дюркгеймом.

Преимущественно именно таким образом Дюркгейм представлен в современной юридической социологии как во Франции, так и за рубежом. Далеко не всегда отдавая себе в этом отчет, юридическая социология широко пользуется понятийным инструментарием, заимствованным у Дюркгейма. Социальное принуждение, коллективное сознание (правосознание), институция (юридическая), система (правовая) — все это понятия или созданы Дюркгеймом, или по меньшей мере отмечены отпечатком его мысли. Особенно следует отметить правило объективности — первое из «Правил социологического метода»³⁴. Это правило («социальные факты нужно рассматривать как вещи») прочно вошло в обиход социологов права, в то время как трактовка права как социального факта — «как вещи» — возмущала юристов, будь то приверженцы естественно-правовой доктрины или позитивисты. У юристов были основания для подобной позиции. Право как таковое — это не вещь. Тем не менее правило объективности существенно для социологии права, и, быть может, даже в большей мере, чем для общей социологии.

Если при изучении неюридических явлений (если только это не этические явления) взгляд на них со стороны представлялся естественным, то при рассмотрении собственной правовой системы исследователи стремились спонтанным образом как бы «войти» в нее и соответственно подходить к ней если не в роли законодателя-реформатора, то в качестве интерпретатора. Нужны были уроки Дюркгейма, чтобы побудить юридическую социологию к взгляду извне на свой предмет.

Юридическая социология многим обязана Дюркгейму, причем не только тем, что она позаимствовала из его обще-социологической концепции. Дюркгейм самым непосредственным образом интересовался правом. Одна из его первых работ была посвящена Монтескье. В Бордо он часто посещал Леона Дюги. Многие из его известных трудов включают юридическую проблематику, и благодаря ему юридической социологии был открыт путь в «Социологический ежегодник».

1ЯЗ:

Г

Проблемы права затрагиваются Дюркгеймом в книгах «О разделении общественного труда» (русский перевод — Одесса, 1900), «Самоубийство» (русский перевод — СПб, 1912), «Правила социологического метода» и в специальных статьях, опубликованных в «Социологическом

ежегоднике», например: «Два закона эволюции уголовного права», «Заметки о социологии преступности и моральной статистике», «Заметки о юридических системах», «Семейная организация у австралийских племен» и др.³⁶ Укажем также его изданную посмертно работу «Уроки социологии, физики нравов и права» (1950)³⁷.

Внимание Дюркгейма к праву весьма способствовало ориентации его социологии на то, чтобы стать по содержанию социологией институтов, норм, систем, а по методу — социологией, построенной в большей мере на статистике, чем на монографических описаниях и рассказах. В методологическом плане Дюркгейм наделял правовые нормы большой инструментальной ценностью. Благодаря своему общему, постоянному и материальному характеру, они способны более объективно сказать о социальных фактах, чем, например, чувства и мнения.

Возможно, Дюркгейм отдал дань иллюзиям, порожденным вековым господством легализма и экзегезов, когда, придав норме права важное социологическое значение, он брал ее без учета эффективности и судебной практики. Мы не будем сейчас доискиваться, почему произошло именно так, ибо наша задача состоит лишь в оценке исторических ролей. Ограничимся лишь констатацией, что связь между социологией и правом, установленная Дюркгеймом, не была односторонней. Возможно, социологи последующих поколений совершили ошибку, забыв этот урок. Им свойственно существенно недооценивать общественную (хотя не всегда заметную) роль права.

В области уголовного права Дюркгейм внес непосредственный вклад в юридическую социологию. Мы не имеем в виду «два закона эволюции уголовного права», на открытие которых он претендовал. Как и всякие научные законы в социальных дисциплинах, они могут быть поставлены под сомнение (к ним мы еще вернемся в дальнейшем). Более значимы взгляды Дюркгейма на понятие преступления и функции наказания. Преступление, считал он, — это то, что общество определяет как таковое. Наказание, конечно, имеет целью исправить преступника или запугать его возможных подражателей, но не это главное в нем. Его

104

подлинная функция — обеспечить нормальное функционирование общества и должный уровень общественного сознания. Этими смелыми по тем временам формулами Дюркгейм диаметрально образом изменил перспективу исследований, перенес ее с преступности на наказание. Таким образом, он создал по контрасту с социологией преступности социологию уголовного права. Для социологии права представляет также определенный интерес понятие аномии, которому Дюркгейм придавал большое значение, хотя и не всегда точно определял. Аномия — это разрыв с социальной солидарностью, зло, которому подвержено общество, где находятся в упадке нормы морали и права, организующие экономику. Понятие аномии, попав в американскую литературу, получило у Роберта Мертона чисто психологическое значение. Именно в таком виде, как состояние духа, а не состояние общества, это понятие возвратилось затем во Францию. Аномия — это огорчительное и беспокоящее чувство, которое испытывает индивид, ощущая разрыв между своими запросами и социальной нормой, в том числе правовой нормой, которую он должен уважать и соблюдать. Отсюда и правонарушения. Юридическая этнология Дюркгейма сегодня кажется устаревшей, поскольку он (как, впрочем, в тот же период Люсьен Леви-Брюль) строил свои концепции архаических обществ, не имея никакого живого контакта с этими обществами. Правда, Дюркгейм весьма заботился о том, чтобы получить необходимую информацию, и всегда тщательно ее проверял. Впрочем, нельзя не признать, что единственный способ применить в этнологии сравнительный метод — это дистанцироваться от объектов изучения.

Последователи Дюркгейма. Среди последователей Дюркгейма царила большая свобода взглядов. Их объединяла лишь общая приверженность к правилу объективности и общая склонность к изучению институтов. Школа унаследовала от Дюркгейма также и внимание к юридической социологии.

Эта традиция особенно наглядно выразилась в том, что можно назвать генетикой права, то есть в изучении примитивных обществ с целью установить, каким образом возникают и трансформируются правовые институты. Дюркгейм сам уделял, хотя и второстепенное, внимание этому аспекту юридической социологии, о чем свидетельствуют его великолепные исследования семейной организации и

105;

уголовной репрессии. Работы его учеников расширили круг изучаемых явлений. Поль Фокконе изучал ответственность, Морис Линхард (миссионер и полевой исследователь) — личность, Марсель Мосс и Жорж Дави — дарение, обмен, договор³⁸. Объектом изучения других

последователей были не институты, а исторические эпохи. Луи Герне обратился к античной Греции, а Анри Леви-Брюль к раннему римскому праву³⁹. А. Леви-Брюль (сын Люсьена Леви-Брюля) не только своими работами, но и деятельностью в качестве профессора факультета права Парижского университета больше других способствовал тому, чтобы юристы и социологи поняли значимость социологии права и ее специфику.

В юридической этнологии Дюркгейма нашел отражение эволюционизм, который в XIX веке перешел по наследству от Конта к Мэну и Спенсеру. Этот эволюционизм в той или иной мере свойственен и последователям Дюркгейма (в меньшей мере это относится к Моссу). В наши дни такой подход встречается куда реже. Современная этнология предпочитает быть структуралистской и уделяет поэтому меньшее внимание генезису права и большее — статическому равновесию.

2. ЮРИДИЧЕСКАЯ СОЦИОЛОГИЯ В НАУКЕ УГОЛОВНОГО ПРАВА

В движении к юридической социологии уголовное право по сравнению с гражданским обладало преимуществом. Оно занималось таким значительным и распространенным явлением, как преступность, которое, будучи объектом правовой регламентации, наглядно подтверждало идею о том, что юридические явления объективны, поддаются количественному анализу и, следовательно, могут быть предметом социологического изучения. В конце XIX и начале XX века криминология оказывала особенно значительное влияние на социологов в том смысле, что прививала им вкус к юридической проблематике. Однако это влияние было далеко не однолинейным, ибо среди криминологов имелись существенные различия. Стало почти классическим называть в этой связи два имени, олицетворяющие две школы: Ферри и Тард. Эти авторы полярны, в частности, по тому, как к ним относился Дюркгейм. Ферри обладал для него притягательной силой (с оговорками в отношении метода), к Тарду, наоборот, он относился отрицательно.

Итальянская школа Ферри. В известной итальянской «позитивной школе» не было ничего предрасполагающего к социологии. Ее глава — Ламброзо — известен тем, что искал основную причину преступности в органической и психической природе правонарушителя, т. е. в личностных факторах. Таким образом, его концепция была ориентирована на антропологию. Внимание широкой публики к этой школе привлекли и ее смелые выводы о связи преступности с физико-географическими факторами: климатом, временами года. Однако эти бросающиеся в глаза стороны учения школы не должны заслонять тот факт, что ею не остались незамеченными и социологические факторы, внимание к которым последовательно возрастало⁴⁰. И здесь особую роль сыграл Ферри. Он был смелый социолог в том смысле, что настойчиво стремился определить устойчивые взаимосвязи преступности с обществом в целом⁴¹, о чем свидетельствует его известный закон «преступной насыщенности»⁴². Чего же не хватало Ферри, чтобы стать социологом права? Должной оценки важности права и уголовно-правовой нормы. Это был недостаток не только Ферри, но и всей «позитивной школы». Очевидно, причина его кроется в стремлении искать «секрет» уголовного права по преимуществу в феномене преступности, не уделяя достаточного внимания той сфере, откуда идет карательная репрессия. Однако наличие социологии преступности не освобождает от необходимости социологии уголовного права. С позиции общей социологии Дюркгейм не придавал большой значимости этой недооценке юридического. Зато он увидел в Ферри и в школе, которая стремилась быть позитивной, то, что представлялось ему социологически значимым: эволюционизм, детерминизм, черты материализма, идею статистических измерений, и все это в применении к фактам, которые, согласно господствовавшим доселе представлениям, соотносились лишь с вечной справедливостью и свободной индивидуальной волей.

Было бы искусственным утверждать, что в тот период существовала французская криминологическая школа. Против такого утверждения можно выдвинуть ряд оснований. В отличие от Италии, где «позитивная школа» имела солидный журнал, у французских криминологов не было органа, который мог бы их объединить. Изучая одну и ту же материю, французские криминологи в то же время существенно расходились в своих философских ориентациях. Одни, как Лакассань, были ближе к Ферри⁴³. А. Жо-

107
ли и Р. Салейль находились под сильным влиянием спиритуализма и индивидуализма. Первые шаги криминологии не находили поддержки на факультетах права, где в лице видных профессоров уголовного права Р. Гарро и особенно Э. Гарсона господствовала сухая, хотя и давшая ряд позитивных результатов, экзегетика.

Французская школа. Тард. Если тем не менее ретроспективно и несколько искусственно представить себе по аналогии с итальянской французскую криминологическую школу начала нашего века, то ее характерная черта будет состоять в значительном внимании к психологии. Правда, при этом психология берется не столько в ее строго научном смысле, сколько в общем плане, как это было в традиции французских моралистов. Такой подход особенно отчетлив у Габриеля де Тарда, которому принесли широкую известность сформулированные им законы подражания⁴⁴. И действительно, подражание — это важный фактор, помогающий понять многие явления. В сфере права с его помощью можно объяснить формирование обычая, а также и судебной практики. Тард видел это, поскольку был по профессии судьей. Оригинальность его подхода состояла в том, что он применил к юридическим материям анализ, идущий от социальной психологии⁴⁵.

Очевидно, именно поэтому Дюркгейм, плохо представлявший себе возможности социальной психологии, упрекал Тарда в том, что тот свел социологию к ментальным явлениям, к межличностной психологии. Следует, однако, отметить, что, хотя Тард, несомненно, совершил ошибку, преувеличив значение своих законов и придав подражанию (правда, в сочетании с намерениями) универсальную роль, тем не менее он относил выдвинутые им положения лишь к предшествовавшему этапу развития общества. Близость Тарда к социологии была также связана с его интересом к лингвистике как системе, которую он сближал с правовой, а также — юридической статистике, которой он занимался в своей практической деятельности⁴⁶.

Еще один вопрос, по которому Тард был вынужден защищаться от представителей дюркгеймовской социологии, — это его отношение к принципу эволюционизма. Тард не отрицал его, особенно эволюции права, которой посвятил свою во многом итоговую работу «Трансформации права» (в названии он, как мы видим, отказался от термина эволюция). Однако эволюция в представлении Тарда менее радикальна, менее механистична, чем в трактовке его

108

противников. Тард не был подвержен влиянию дарвинизма. Он полагал, что трансформации права совместимы с определенной и необходимой устойчивостью черт и свойств юридической материи. При этом имелось в виду не трансцендентальное естественное право, а нечто вроде биологического ядра, составляющего основу наследственности. Кроме того, по мнению Тарда, трансформации происходят не слепо, а представляют собой избирательный процесс; они отмечены «значительным и комплексным воздействием социальной логики», а каналом этого воздействия является подражание. Подобным взглядам способствовало, в частности, то, что в отличие от других сфер социальной эволюции в правовом развитии решающую роль играет законодательная деятельность, одна из особенностей которой состоит в том, что она выражается в волевых актах. Концепция Тарда предвосхитила в некоторых вопросах гипотезы современной социологии права. Таково его положение о том, что трансформации права происходят скорее путем бурных мутаций, чем безболезненного развития. Или же его положение о том, что трансформации могут происходить путем подражания, заимствования одним обществом у другого, юридической аккумуляции.

3. ЭРЛИХ

Многие австрийского юриста Е. Эрлиха считают подлинным основателем социологии права. И не столько потому, что его фундаментальная работа называется «Основание социологии права», сколько исходя из кредо, изложенного автором в кратком предисловии к этой книге.

Воспроизведем эти строки: «Центр тяжести развития права в наше время, как и во все времена, — не в законодательстве, не в юриспруденции, не в судебной практике, а в самом обществе»⁴⁷.

Возникает тем не менее вопрос: отвечает ли содержание книги этому программному тезису? По этому поводу выражались сомнения. Высказывалось мнение, что концепция Эрлиха — это скорее социологическая юриспруденция в американском смысле (о чем ниже) или, еще точнее, учение о свободном праве в немецком смысле (короче — метод толкования позитивного права), а не подлинная социология права, которая должна быть ориентирована на эмпирические исследования. И действительно, Эрлих проявлял большой интерес к роли судей, их

109

правотворческой власти⁴⁸. Он полагал, что логическую дедукцию, идущую от текста нормы, следует заменить индукцией, основанной на социальных данных, и даже интуитивном чувстве справедливости. (В тот период был в моде интуитивизм Бергсона, и отголосок этого учения слышен в учении школы свободного права.) Однако такой подход Эрлих фактически

распространил лишь на те случаи, когда требовалось восполнить пробел в праве. При наличии же нормы подход Эрлиха к ней отражал скорее желание уважать волю законодателя. Аналогичная позиция была и у других юристов, современников Эрлиха. Во Франции нечто подобное защищало движение свободного научного поиска права, представленное Жени.

Однако у Эрлиха было оригинальным то, что он связал свой метод с социологией и рассматривал его как прикладную социологию. Возможно, здесь он ошибался, на чем мы еще остановимся ниже. Однако ошибка в способе применения не есть основание подвергать сомнению принципиальные позиции, носившие юридико-социологический характер.

Эрлих настаивал на той весьма значимой для юридической социологии идее, что существует спонтанный, независимый от формально действующего права социальный порядок, который образуется путем взаимного согласования индивидуальных или коллективных волей. Конечно, возникают конфликты. Однако по большей части они решаются не обращением к абстрактным нормам, а оценкой конкретных обстоятельств самими заинтересованными лицами, избранными ими арбитрами или судьями. Эрлих не предлагает судьям никаких новых рецептов толкования. Он лишь констатирует с социологических позиций старое, но весьма живучее явление — решение по справедливости. Конечно, существуют некоторые споры, для решения которых абсолютно необходимы абстрактные правовые нормы, издаваемые государством. Такие нормы существуют, но они не более чем пена на поверхности воды.

С этой общей схемой юридического плюрализма были связаны и другие, хотя и менее разработанные, социологические положения Эрлиха, например о различии права и нравов, о неэффективности нормы. Это были не умозрительные концепции; они основывались на реальных фактах. Правда, здесь возможно возражение, что это были уже известные факты, тогда как задачей динамической социологии является сбор новых фактов. Однако и такой подход

110

не был чужд Эрлиху. Он отчетливо видел пользу полевых исследований для изучения такого юридического явления, как обычай, и даже пытался разработать их методику. Он занимался и социологическим анализом судебной практики высших инстанций⁴⁹, а также договоров, и этот анализ был весьма реалистичен. Эрлих стремился показать то, что он называл живым правом и считал ключевым понятием. Не случайно в университете он создал семинар живого права. Правда, с этим понятием был связан и определенный риск. У эпигонов школы увлечение им привело к забвению того, что правовые формы (например, законодательство) и внутренняя логика права — это тоже живые явления, нуждающиеся в социологическом рассмотрении. Юридическая социология не должна ограничиваться только тем, что называют «живым» или «реальным» правом.

Некоторые обстоятельства жизни Эрлиха позволяют многое объяснить в его взглядах. Он был специалистом по римскому праву. Отсюда широкий историзм его социологического метода. Но как это было принято в немецких университетах, преподавание римского права Эрлих совмещал с преподаванием современного права, и отсюда его работы по гражданскому праву — о правоспособности, молчаливом волеизъявлении. Ученый-приватист многое выигрывает от того, что его социологические выводы основываются на примере конкретных институтов, а не ориентированы только на политическую социологию. Эрлих был профессором в Черновцах на Буковине. Это прекрасное место для социологических наблюдений. Здесь был как бы перекресток разных национальностей, обычаи которых, мало затронутые Австрийским гражданским кодексом, образовывали вместе с ним такую мозаику норм, которая способствовала плюралистической гипотезе. При подготовке проекта исследования обычаев Эрлих мог опереться на модель Савиньи, созданную для изучения обычаев Словении (вопросник состоял из 800 пунктов). Но если место было подходящим для наблюдений, то о времени этого сказать нельзя. «Основания социологии права» вышли в свет в 1913 году, и события последующих лет помешали распространению книги. Она никогда не была переведена на французский язык, а на английский лишь в 1933 году в США. Р. Паунд в своем предисловии представил ее таким образом, что многие читатели обратили внимание во взглядах Эрлиха лишь на то, что было близко американской социологической юриспруденции.

111

4. ПЕТРАЖИЦКИЙ И ГУРВИЧ

Может показаться странным соединение в данном подразделе автора, который никогда не переводился на французский язык, и автора, писавшего по-французски. Лев Петражицкий родился в Польше и кончил там свою жизнь. Жорж Гурвич нашел во Франции родину, и здесь протекала

его научная карьера. Но оба они были русской формации. Кроме того, Гурвич — ученик Петражицкого; он многим ему обязан и отдал ему дань уважения⁵⁰.

Наиболее тесно оба эти имени соединяет теория правового плюрализма. Во Франции она получила известность благодаря Гурвичу, но во многом шла от Петражицкого (и конечно, от Эрлиха).

Петражицкий, пожалуй, вкладывал в понятие плюрализма более широкое содержание. Как специалист в области частного права, он уделял особое внимание межличностным отношениям и иллюстрировал понятие плюрализма такими красочными, миниатюрными примерами, лежащими на грани инфраюридическо-го, как правила игр, спортивные правила, законы среды, правила поведения детей, взаимоотношений друзей, любовников и т. д. Так появлялись разные системы норм, которые конкурировали с общей правовой системой — официальным правом.

Плюрализм у Гурвича, тяготеющего к публичному праву, более высокого уровня. Гурвич характеризовал его как равновесие (или, наоборот, состояние напряженности) между антагонистическими социально-политическими силами. С одной стороны — централизующее государство, сперва монархическое, затем республиканское. С другой стороны — феодальные силы и церковь, позднее корпорации, а затем и профсоюзы. Плюрализм Гурвича имеет политическую и антиэтатистскую окраску.

Первых читателей Петражицкого особенно привлекали психологические аспекты его работ. В нем видели представителя психологической школы права, а не социолога права. Петражицкий трактовал право как явление сознания, и к тому же как явление аффективное, результат эмоций.

Действие одного лица вызывает у воспринимающего или притягательные, или, наоборот, отталкивающие эмоции. Происходит эмоционально-интуитивная оценка этого действия. Это нормативная оценка, но она может быть как моральной, так и правовой. На чем основывается различие? Мораль имеет тенденцию порождать чувство

112

подчинения, право же создает чувство требования, притязания. Поэтому право важнее морали.

Право не только императивно, но и атрибутивно. Таким образом, Петражицкий — и это одна из оригинальных черт его учения — охарактеризовал право, не прибегая к такому традиционному критерию, как государственная санкция.

Гурвич также допускает, что право может обойтись без государства. Однако у него меньше субъективизма чем у Петражицкого. По его концепции, юридическое рождается в недрах различного рода человеческих сообществ и представляет собой явление коллективное.

Юридическое возникает также и из глубин данного общества, взятого в целом, но это общество не тождественно государству. Нетрудно увидеть, под чьим влиянием возникла эта концепция: в ее социологической части — это Эрлих, в части политической — Прудон. Оба автора вызывали восхищение Гурвича. Право для него — факт, хотя и нормативный фант.

Концепция юридической спонтанности вновь привлекла к себе внимание после 1968 года. Это особенно ощутимо в сфере, которую Гурвич называл социальным правом, противопоставляя его индивидуальному праву. В определенный период он считал это противопоставление основополагающим и в 1932 году посвятил ему две книги: «Идея социального права» и «Наше время и идея социального права»⁵¹. Социальное право (представленное главным образом трудовым правом и международным правом) — это право интеграции, общности, сотрудничества. Оно антииерархично, трансперсонально, основано на доверии, в то время как атмосфере индивидуального права свойственно, наоборот, недоверие. Отметим, что Гурвич мыслит сложно. Его тяжеловесная манера изложения часто отталкивала юристов, что в свою очередь мешало развитию социологии права.

5. ЮРИДИЧЕСКАЯ СОЦИОЛОГИЯ НА ФРАНЦУЗСКИХ ФАКУЛЬТЕТАХ ПРАВА

Неверно было бы думать, что социология права сразу нашла свое место на этих факультетах. На самом деле это был медленный процесс, и проходил он не как развитие специализированного преподавания этого предмета, а лишь благодаря вниманию к социологии, которое проявляли отдельные профессора. Вот почему социологические исследования на факультетах велись в различных, мало связанных между собой направлениях.

Социологические идеи пользовались вначале наиболь-

Заказ № 1161

113

шей симпатией у представителей смежных, вспомогательных правовых дисциплин — истории права и сравнительного права. И это вполне закономерно, ибо знакомство со сравнительным методом давало профессиональную уверенность в изменчивости и относительности права.

Кроме того, именно ученые, представлявшие эти дисциплины, были в большей мере связаны с

теми зарубежными странами, где юридический догматизм был слабее.

Известный компаративист Эдуард Ламбер заявил, что развиваемая им концепция сравнительного права является в высшей мере социологичной. Была ли она на самом деле таковой? Да, в той мере, в какой придавала эффективности применения норм права такое внимание, с которым в то время трудно было встретиться в преподавании. Она была социологична еще и потому, что к двум классическим источникам — закону и судебной практике, — на которых строились все выводы цивилистов, она добавила еще два, трактовавшиеся как более близкие к жизни и реальности. Этими двумя новыми источниками, «матрицами права», как их называли, были: административная практика как фактор, участвующий в развитии частного права, и корпоративные обычаи, в особенности в области международной торговли.

Можно, однако, сказать, что юридическая социология Ламбера была скорее социологией документов, чем социологией полевых исследований. Проблема реализации права рассматривалась главным образом с позиции правоприменителя, а не последствий в реальной жизни широких масс населения⁵².

Историки права более свободно контактировали с социологией благодаря этнологии, изучению примитивных правовых систем, как, например, законов XII таблиц или варварских законов. Здесь проложил дорогу еще Иеринг. Дюркгеймовские схемы эволюции, гипотезы Люсьена Леви-Брюля о примитивной ментальности без большого труда были затем перенесены в сферу права. Назовем в этой связи имена П.-Ф. Жирара (которому Эрлих посвятил «Основание социологии права»), Ювелина (искавшего в магических представлениях начало юридических обязательств)⁵³, Жоббе-Дюваля⁵⁴ и, наконец, уже упоминавшегося Анри Леви-Брюля, который не ограничился социологической интерпретацией древнего римского права, а посвятил все свои труды и всю свою жизнь утверждению юридической социологии в самом широком ее значении.

114

Не будем забывать и экономистов, которые ощущали свою близость к социологии благодаря характеру изучаемых явлений. Поскольку в те времена экономика преподавалась на факультетах права, экономисты нередко ощущали потребность перебросить мост между этими двумя дисциплинами. Нет поэтому ничего удивительного, что «Курс общей социологии» В. Парето — главы так называемой Лозаннской школы — содержал ряд важных юри-дико-социологических положений⁵⁵. Другой экономист, Р. Монье, еще более непосредственно занимался социологией права. Правда, он делал это на основе колониального права, то есть через этнологию. Он одним из первых описал случаи юридической аккультурации, отмеченной противоборством местного права и права колонизаторов⁵⁶.

Менее всего социология ощущалась в догматических дисциплинах, особенно в гражданском праве, где считалось, что кодификация не нуждается в какой-либо экспериментальной проверке. Лишь тогда, когда Гражданский кодекс в достаточной мере постарел (осознанию этого факта помог его столетний юбилей), у цивилистов появилось чувство необходимости перемен, что обещало и сдвиг в социологическом плане. Некоторые из авторов пришли к этому под влиянием социалистических идей, отвергавших идеологические установки, с которыми идентифицировался Кодекс, — индивидуализм, либерализм, капитализм. В этой связи должен быть назван Максим Леруа⁵⁷. Другие авторы констатировали устарелость Кодекса с более умеренных, реформистских позиций. Они подчеркивали неприменимость текстов 1804 года к новым потребностям общества, ставшего из аграрного индустриальным, одобряли начавшийся процесс приспособления права к изменяющимся условиям с помощью новых законов и переориентации судебной практики. В гражданско-правовой доктрине появился литературный жанр, который можно назвать эволюционистским. В разных стилях описывались трансформации частного права с момента появления Кодекса Наполеона. Эти широкие полотна по необходимости содержали социологические подходы. Однако это была описательная социология, основанная на впечатлениях. Она рассматривала правовые явления лишь сквозь призму формальных источников права и даже не пыталась дополнить такой подход количественными методами. Поскольку социология использовалась только для анализа трансформаций права, то их объ-

8*

ем и быстрота оказались преувеличенными. Произошло это потому, что оставались неучтенными сопротивление изменениям, неэффективность ряда реформ, несовершенство судебной и

арбитражной статистики⁵⁸.

С такого же рода однолинейным эволюционизмом, но в области публичного права мы встречаемся у Леона Дюги. Однако здесь этот эволюционизм был следствием более непосредственной и широкой социологической ориентации⁵⁹. Дюги многим обязан Дюркгейму. (Например, его теория социальной солидарности с очевидностью вытекает из уже упоминавшейся работы Дюркгейма «О разделении общественного труда».) Увлеченный правилом объективности, Дюги сделал попытку 'распространить его на право, понимаемое, однако, по-прежнему как догматическое. Дюги стремился изгнать из права все «субъективное». Однако отказ от субъективного права не мог помочь проникновению социологии в право. Более того, субъективное право само является объективно наблюдаемым юридическим явлением. По правде говоря, Дюги был слишком властной личностью, чтобы надолго связывать себя бременем социологической методики.

Его соперник в области публичного права Морис Ориу также имел склонность к социологии. Однако был момент, когда Ориу отвернулся от нее, поскольку те, кто представлял бурно развивавшуюся в то время социологию, были враждебны к некоторым этическим и религиозным принципам, которыми Ориу весьма дорожил. Если судить об Ориу по таким его работам, как «Традиционная социальная наука»⁶⁰, где подчеркивается особая роль традиции в жизни общества, его социологическая ориентация окажется куда ближе к Тарду и даже Ле-Пле, чем к Дюркгейму. Но если вспомнить о том, как ярко Ориу писал об институтах, то ему охотно будет представлено место среди социологов права. Его институциональная теория содержит много моментов, полезных для социологии общественных групп. Но все это — результаты высокой теории, а не эмпирического исследования.

Чтобы завершить обзор французских юристов-социологов, рассмотрим трех представителей частного права, которых можно объединить в одну группу лишь по единственному признаку: все они в свое время не получили достаточного признания, во всяком случае, как социологи.

1. Социология Жана Крюе. Он был адвокатом, а не профессором; умер молодым и был вскоре забыт. Его со-

116

циология права сформулирована в небольшом труде под многозначительным названием «Жизнь права и бессилие-законов» (1908)⁶¹. Его концепция не была новой в плане противопоставления формальных и реальных источников права. Об этом ранее писал Жени. Однако Крюе пошел значительно дальше в исследовании этих реальных, рождающих право источников. Его общая гипотеза, сформулированная до Эрлиха, состояла в том, что право складывается спонтанно в недрах общества. Исходя из этого, он социологически выделил такое явление, как неэффективность (неудача) закона, предвосхитив тем самым возможности социологии законодательства. К этим выводам он пришел самостоятельным путем, хотя, разумеется, и опирался на социологов, причем больше на Тарда, чем на Дюркгейма.

2. Социология Эммануэля Леви. Благодаря своей книге «Социалистическое видение права» (1927) он более-известен как социалист, а не как социолог⁶². Тем не менее он был социологом и примыкал к школе Дюркгейма, отличаясь, впрочем, от нее субъективизмом и идеализмом. Оригинальность его юридико-социологической концепции в том, что она выдержана в плане социальной психологии и делает ударение на роль верований. Известна его формула «вера создает право». Юридико-техническое обоснование этой формулы вдет от функции категории добросовестности в гражданском праве.

3. Социология Жоржа Рипера. Этот автор никогда не-выказывал склонность к социологии, но его отношение к праву было всегда настолько трезвым, что во многом оно не могло не оказаться социологичным. Есть ряд проблем, анализ которых, данный Рипером, был, возможно неожиданно для самого автора, подлинно социологическим. Укажем такие проблемы, как «наследование законов»; силы, ведущие к консерватизму в праве; группы давления; рецепция; неприятие законов социальным корпусом⁶³.

6. НЕМЕЦКАЯ ЮРИДИЧЕСКАЯ СОЦИОЛОГИЯ: ВЕБЕР И ГЕЙГЕР

Оба этих автора смело могут быть названы социологами права, хотя сфера их деятельности значительно шире. Макс Вебер весьма высоко котируется в науке. Теодор Гейгер — фигура меньшего масштаба, но его авторитет

117

.растет. Они представляют два следующих друг за другом поколения, и взгляды одного находятся

в преемственной связи со взглядами другого и подвержены их влиянию.

Макс Вебер благодаря своей широкой культуре стал заметным явлением во многих общественных дисциплинах одновременно. Как представитель экономической истории он известен своей гипотезой о происхождении капитализма из протестантской этики (а точнее — посткальвинизма). Эта гипотеза дискутируется и поныне. Как представитель общей социологии он создал так называемую «понимающую социологию» и учение об «идеальных типах».

Свой богатый междисциплинарный опыт Вебер использовал при разработке своей социологии права. Она изложена в его главном труде «Хозяйство и общество» (1922) и занимает в нем одну обширную главу⁶⁴. Никто не подчеркнул так отчетливо, как он, автономность новой дисциплины. Вебер стремился выявить сущность правового, противопоставляя его нравам и морали. При этом он столкнулся с понятием, ставшим для него главным. Это понятие — «правовой персонал», то есть все те представители общества — руководитель, судья, юрист и т. д., — которые выдвинуты обществом, чтобы обеспечить соблюдение определенных норм и применить санкцию при их нарушении. Уже одно наличие правового персонала придает юридический характер нормам, соблюдение которых он призван обеспечить. В ходе исторического развития правовой персонал выступал в разных ипостасях. В целом (абстрагируясь от наслоений и пережитков) развитие шло от иррационального типа правового персонала в ранних обществах (харизматический вождь, кади) к рациональному типу в современных обществах (управляющий-технократ, образованный юрист). Капиталистическое общество, по Веберу, требует рациональности права. Можно говорить о законе М. Вебера, звучащем следующим образом: прогрессивное развитие права идет в направлении его рационализации, которая включает все возрастающую специализацию и бюрократизацию. Закон этот использовали как обоснование безудержного роста числа нормативных актов, что изображалось как требование прогресса.

По мнению некоторых авторов, майские события 1968 года во Франции нанесли удар по этому закону и свидетельствуют о том, что взял реванш тезис Эрлиха о спонтанности, а не тезис о рациональности правового раз-

418

вития. Влияние Вебера весьма значительно не только в странах немецкого языка, но и в США и Японии. Во Франции его теория встретила с препятствием двоякого рода: многим социологам в ней не хватало марксизма, а многим юристам — ясности.

Теодор Гейгер внес важный вклад в общую социологию, но в юридической социологии он еще более заметен (очевидно, потому, что здесь меньше конкуренция). Свое учение он назвал социологический правовой реализм. Известна его книга «Начала социологии права». Правда, при первом ее чтении это название несколько удивляет. В книге очень много философско-правового материала: о сущности правовой нормы, о различии права и морали, права и власти⁶⁵.

Впечатление, что данное учение относится скорее к абстрактной социологии, усугубляется еще и тем, что автор широко пользуется алгебраической символикой. Это раздражает читателя, не склонного к математике, и кажется ему ненужной игрой. Тем не менее следует признать, что такая формализация может представлять педагогическую ценность, так как позволяет путем сравнения формул выявить связи между описываемыми явлениями.

Действительный реализм Гейгера состоит в том, что, отбросив предустановленные идеи, связанные с позитивистской или естественно-правовой трактовкой права, он стремится опереться на факты, взятые у этнологии, истории, современной юридической практики. Им глубоко проанализированы многие частные проблемы — психологический генезис обычая, измерение эффективности, раскол морали в индустриальных обществах и т. п. Возможно, что эти частности в большей мере, чем сама система, способствовали тому, что труд Гейгера в конце концов получил признание, которое он заслуживал.

С приходом к власти Гитлера Гейгер эмигрировал в Данию и даже получил датское гражданство. Это объясняет, почему первое издание книги «Начала социологии права» вышло в Копенгагене.

Пребывание в Дании отразилось в учении Гейгера, ибо здесь он встретился со «скандинавским реализмом» — Уппсальской школой права. При некотором совпадении позиции социологии права и «скандинавского реализма» (в особенности в том виде, как он выражен в книге К. Оливекрона «Право как факт») методы этих направлений были различны, ибо у «реалистов» преобладали логический и дедуктивный методы. Отсюда полемика Гейгера с датским «реалистом» А. Россом.

ПЗ-

7. АМЕРИКАНСКАЯ РЕАЛИСТИЧЕСКАЯ ШКОЛА: СОЦИОЛОГИЧЕСКАЯ ЮРИСПРУДЕНЦИЯ

Это именно американская школа, то есть школа страны, где, говоря о праве, имеют в виду прежде

всего право, создаваемое судами. Если глава этой школы Р. Паунд преподавал право в Гарвардском университете, то такие ее наиболее известные приверженцы, как Холмс, Кардозо, Брандейз, были судьями Верховного суда США, прилагавшими существенные усилия к тому, чтобы отразить в решениях этого суда некоторые установки доктрины. К чему же сводилась эта доктрина? Она имела две стороны: одну, обращенную к науке, другую — к практике. В научном плане этой доктрине, несомненно, свойственен социологический подход, поскольку она стремилась связать право с тем, что находится вне его, то есть с 'другими социальными явлениями. Этот общий подход нашел свое конкретное выражение в серии формул, например таких: законы и судебные решения приводят к последствиям в социальной жизни; развитие общества определяет развитие права; эффективность юридических норм зависит от степени их поддержки общественным мнением и т. д. Сегодня все это представляется банальным. Но в конце прошлого века сословие юристов и особенно судьи мыслили иначе. Все эти установки были систематизированы Эрлихом, и поэтому неудивительно, что с изданием его книги в США она была воспринята как манифест уже утвердившейся доктрины. Самый оригинальный вклад школы в юридическую социологию — оригинальный до такой степени, что он не был воспринят за пределами Америки, — это стремление представить право в новом свете, включив его в более широкую 'Социологическую категорию социального контроля. Паунд находился под прямым влиянием автора этого понятия Э. Росса. У Росса, да и вообще у американской социологии, социальный контроль — это совокупность всех средств, с помощью которых общество обеспечивает свое нормальное функционирование. Этому служат не только нормы, тем более не только нормы, содержащие санкции. Социальный контроль — это смягченный вариант социального принуждения. Среди конкретных форм этого контроля .наряду с нравами и этикой называют такие разноплановые явления, как воспитание и искусство, личные идеалы и меры поощрения. Любое самое малейшее влияние цело-

120

го на составляющие его части оказывается проявлением социального контроля. Разумеется, право всегда фигурировало в списке форм этого контроля. Заслуга Паунда в том, что он по-новому осмыслил и определил значение права как элемента социального контроля. Оно не просто элемент, равнозначный с другими; в современных обществах право — главный инструмент социального контроля, и, как считал Паунд, это хорошо. Таким образом, юрист в Паунд-де возобладал над социологом, и это дало кое-кому основание полагать, что у социологической юриспруденции социологической была только внешность⁶⁶.

В практическом плане американская школа уделила особое внимание судебной деятельности. Исходя из известной формулы Холмса о том, что жизнь права не в логике, а в опыте, представители этой школы настаивали на изменении методов принятия судебных решений, замены дедукции индукцией, учета в каждом конкретном случае-возможного эффекта решения. Это означало наделение судьи не только свободой толкования, но и правотворческими полномочиями в духе учения Эрлиха. Этот метод может быть квалифицирован как социологический лишь в-том смысле, что он противопоставлен традиционному «судебному силлогизму». В сущности, это метод «решения по. справедливости», но такой социологический феномен существовал во все времена, и очевидно, что он еще несвидетельство социологии в ее научном значении.

Поэтому Р. Тревес всегда настойчиво различал юридическую социологию и социологическую юриспруденцию.. По его мнению, в сфере судебного применения права социологические установки в конечном итоге лучше приспособляются к юридическому позитивизму, чем к социологической юриспруденции и методам «свободного права»⁶⁷ —

8. АМЕРИКАНСКАЯ РЕАЛИСТИЧЕСКАЯ ШКОЛА: К. ЛЛЕВЕЛЛИН

К. Ллевеллин обладал широкой культурой, имел опыт законоподготовительной работы (подготовка Единообразного торгового кодекса США), занимался этнологическими исследованиями. В его социологической доктрине прослеживается влияние различных источников. Прежде всего — это социологическая юриспруденция и особенно идея-социального контроля с акцентом на интегративную функцию права. Далее — это влияние М. Вебера и его тезиса

121

•об особой роли «правового персонала». Следует также упомянуть Эрлиха (идея живого права, спонтанно складывающегося в обществе) и, возможно даже, М. Ориу и его ин-ституционализм. Для Ллевеллина право нечто большее, чем просто сумма разнообразных юридических норм, оно — создаваемая обществом институция, в которой участвуют все люди, как те, кто применяет нормы, так и

те, к кому эти нормы применяются. Применение норм в свою очередь достаточно сложное явление. Оно не чистая проекция правовых норм, а результат взаимодействия этих норм и сложившейся правоприменительной практики. В конечном счете наиболее оригинальная черта концепции Ллевелли-ла состоит в том, что он привлек внимание социологов права к значимости и автономности правоприменения.

II. НОВЫЕ ТЕНДЕНЦИИ :

1. ПСИХОЛОГИЧЕСКИЕ ТЕЧЕНИЯ

Под этим названием мы объединяем такие направления юридической социологии, единственный пункт соприкосновения которых в том, что они отталкиваются от психологии. Это совпадение немаловажно, потому что отражает очевидную тенденцию постдюркгеймовской социологии — усиление субъективизма. В остальном различия между фрейдизмом и американскими школами социальной психологии очевидны.

Фрейдизм, уже упоминавшийся в предшествующем изложении, — оригинальное учение, основанное на глубинной психологии. Имеет ли это учение, посвященное отдельной личности, выход на социологию? Очевидно, и даже больший, чем обычно считают. Ограничимся тем, что укажем на след, который ищущая мысль Фрейда и его учеников оставила в отраслях социологии, близких к юридической. Этот след весьма заметен в социологии преступности и в социологии семьи (впрочем, между этими дисциплинами имеется переход — кровосмешение и отцеубийство). Его можно также обнаружить в социологии правовых норм.

В своей книге «Тотем и Табу» Фрейд выдвинул гипотезу о происхождении обязанности⁶⁸. В результате отражения в психике человека установок общества, воспринимаемых как отцовская власть, возникает идеал, которому человек чувствует себя обязанным следовать. Негимеет

1.22

значения, что речь идет не о юридической, а о моральной-обязанности, поскольку в примитивном обществе эти обязанности еще не отделены одна от другой. В более общей форме можно сказать, что фрейдизм привлек внимание к явлениям внутреннего подавления и самоподчинения, без которых было бы трудно понять право⁶⁹.

Сам Фрейд не сделал на основе своей системы каких-либо нормативных, а тем более законодательных выводов. Они появились позднее и в весьма своеобразной, скорее антинормативной форме. Их авторы — достаточно отдаленные последователи Фрейда — Герберт Маркузе и особенно Вильгельм Райх. Американские школы социальной психологии. У некоторых представителей этих школ можно почерпнуть кое-что об отдельных сторонах психоанализа. Однако центр внимания этих школ находится не здесь — не в сексуальной сфере или — более широко — аффективных состояниях сознания. Социальные явления, в том числе и правовые, эти школы изучают в рациональном плане, а еще более точно — в плане утилитарном, как это свойственно англоамериканскому прагматизму. Мы назовем в этой связи три имени и соответственно три идеи.

1. С именем Джорджа Герберта Мида связан вопрос: почему человек может играть с человеком, тогда как собака, приносящая мяч своему хозяину, не играет с ним,, даже если делает вид, что играет? Происходит это потому,, что человек-игрок может мысленно поставить себя в игре-на место другого, более того, на место всех других. Благодаря этой способности индивида интериоризировать роли, которые выполняют в обществе другие индивиды, возникает правило социальной игры. А если продолжить эту мысль, то можно сказать: так создается правовая система. И когда в игре участвуют двое, тогда получает силу договор⁷⁰.

2. В концепции Талкотта Парсонса акцент сделан на действии. Социальные факты — это не предметы, а действия, преднамеренное поведение, мотивированная реакция индивида на определенную ситуацию. Благодаря тому, что-действия индивидов ориентированы на систему общих ценностей, между ними устанавливается взаимосвязь. Но' эта система общих ценностей — а в них входит и право — не дана им откуда-то сверху. Она результат индивидуальных взаимодействий: действие соответствует нормам тогда, когда оно соответствует тому, что другие ожидают от-

123;

нас. Межличностные отношения не следует мыслить в изолированном виде, ибо они входят в относительно стабильные целостности, в структуры. Примером такой структуры, исходным пунктом анализа которой в ее психологическом аспекте могут и должны быть субъективные взаимодействия, является семья, сложившаяся в обществе индустриального типа. Но эта семья может анализироваться также в функциональном плане. Каждая социальная система отвечает четырем функциональным императивам: адаптации, целедостижению, сохранению модели, интеграции. Эту последнюю функцию призвано обеспечить право⁷¹.

3. Функционализм. От структурно-функциональной теории мы перейдем к чистому функционализму. В карикатурном изображении функционализм предстает как светская форма финализма (в духе Бернарден де Сен-Пьера⁷², утверждавшего, что все, что существует (и соот-

ветственно все, что имеется в праве), чему-то служит). Вывод, который следует отсюда для законодателя, сводится к тому, что ничего не следует менять. Но функционализм не столь однозначен; он различает позитивные и отрицательные функции или дисфункции. Искусство законодателя и должно состоять в умении сбалансировать первые и вторые. Так, например, во Франции при Директории был введен налог на окна и двери. Функция закона состояла в том, чтобы увеличить государственные доходы, но в то же время выявилась и дисфункция закона: стали строить дома без окон. Закон о равном наследовании имел своей функцией увеличение числа мелких собственников, а его дисфункция состояла в том, что он способствовал сокращению рождаемости. В социологии законодательства такие явления называют побочным эффектом⁷³. Ценность функционального анализа в том, что он способствует большей четкости права и его институтов. С этой точки зрения особенно важно различие между явными и латентными функциями. Так, явными функциями уголовной репрессии в зависимости от эпохи или конкретной ситуации могут быть: удовлетворение чувства справедливости, устрашение (общее или индивидуальное), исправление. Но латентной функцией этой репрессии может стать то, что с ее помощью вырвутся наружу садистские инстинкты, возможные в обществе. Латентная функция — это функция подсознательная, что в итоге ведет нас к Фрейдю.

124

2. МАРКСИЗМ

После второй мировой войны влияние марксизма во Франции усилилось. Это — следствие победы Советского Союза во второй мировой войне, а также роста влияния Французской коммунистической партии среди избирателей. Влияние Карла Маркса на определенную часть интеллектуального класса намного превосходит, если не по масштабам, то по длительности, то влияние, которое в свое время имел Жан-Жак Руссо. Конечно, влияние марксизма не одинаково в разных отраслях науки. Сегодня марксизм во Франции занимает значительные, если не господствующие, позиции в общей социологии. В то же время мало кто из социологов права, равно как и собственно юристов, причисляет себя к его сторонникам. Кроме классовой принадлежности (связанной с социальным происхождением или профессией), которой могли бы объяснить это явление марксисты, имеется и много других оснований, объясняющих, почему социология, переходя в юридическую социологию, становится консервативной. Сила традиции, прочность приобретенных прав, внутренняя консолидированность системы, преемственность государства — таковы те специфические факторы, которыми социолог-реалист не может позволить себе пренебрегать, если он взялся изучать право.

Марксу принадлежит большое количество работ, написанных на разных этапах его жизни, и его творчество было объектом различных и меняющихся толкований. За пределами России не так часто можно встретиться со строго выдержанным марксизмом. Оставляя в стороне китайский марксизм, латино-марксизм, фрейд-марксизм (в сфере семейного права), отметим, что анархистские веяния 1968 года сказались и в появлении новых оттенков в работах авторов-марксистов. В то же время коммунистические партии также несколько смягчили доктрину, но по другим основаниям (в целях политической эффективности и борьбы с анархистско-утопическими взглядами). В итоге обеих этих тенденций марксизм пришел к некоторому юридическому оптимизму, к признанию необходимости сохранения права, хотя бы как формы (если содержанию и суждено в течение более или менее длительного времени в той или иной мере измениться). Таким образом, из марксизма исчезли те положения, которые отталкивали от него

125

юристов, преданных своей профессии, и тех социологов права, которые вышли из юридической среды.

1. Исторический материализм не трактуется теперь чрезмерно ригористически. Под влиянием Грамши, боровшегося с экономизмом, а также Альтюссера ряд авторов признают теперь за правом и правовым известную самостоятельность по отношению к инфраструктуре и даже способность воздействовать на нее.

2. Марксистский тезис гласит, что право — это лишь выражение классового господства, в зависимости от исторического периода — класса капиталистов или рабочего класса. Возникает вопрос: каким же образом оказываются возможными конфликты внутри одной и той же правовой системы? Ведь, за исключением коротких переходных периодов, право должно быть монолитным и мирным (этот мир утверждается путем подавления противника). А между тем происходят конфликты, которые в рудиментарной форме выливаются в судебное разрешение

индивидуальных споров, а в более значимых формах требуют деятельности законодателя. Как же объяснить все это? Была выдвинута теория, что за этими конфликтами стоят антагонистические противоречия, которые могут проявляться внутри господствующего класса, несмотря на видимую общность его интересов. Так, в капиталистическом обществе монополисты могут выступать друг против друга, побуждаемые конкуренцией. В социалистическом обществе, где классовые антагонизмы объективно преодолены, могут возникать другие, личностного плана. Так, например, в семейных отношениях, во внутреннем мире рабочего могут бороться революционные и традиционные представления о том, кем должна быть его жена: охранительницей семейного очага или товарищем по работе?

3. В политическом плане характерен более осторожный подход к малообоснованному предсказанию об отмирании права. Право объективно нужно трудящимся, и это надолго. В капиталистическом обществе оно — один из инструментов классовой борьбы, а для рабочего класса — определенная гарантия. В социалистическом обществе также, остается необходимой законность, сопровождающая постепенное отмирание государства. И даже в коммунистическом обществе будут нужны институты, поскольку исчезновение государства не должно вести к социальной дезорганизации.

126

Во Франции после 1968 года возросло число марксистских и неомарксистских работ по юридической социологии. В качестве примера можно назвать работы Арно, Эдельма-на, Миайя, Буржоля и других⁷⁵. Однако взгляды этих авторов наталкиваются на враждебность тех, кто верит в преимущества либерального правопорядка, и безразличие тех, кто вообще сдержанно относится к праву, будь оно либеральным или марксистским, поскольку право для них — это свидетельство несовершенства любого общества, а те недостатки, которые марксисты видят в правовой системе капитализма, свойственны любой правовой системе.

Можно указать также на течение, сложившееся после 1968 года. Его представители — радикальное крыло образованного тогда же профсоюза судебных работников. Это течение «судебного марксизма» ставит под сомнение всю буржуазную юстицию. Оно представлено работами Ларош-Флавина, Дюира и других⁷⁶.

Укажем также две работы, написанные юристами-марксистами с четко выраженной партийной принадлежностью. Одна из них принадлежит коммунистам Монике и Роланду Вейль⁷⁷, а вторая — социалисту Далиньи⁷⁸. Обе эти книги в большей мере относятся к юридической практике, чем к социологии. Но для этой последней они представляют интерес в той мере, в какой показывают, насколько скромно используют французские марксистские партии «юридический марксизм». В другой своей работе, «Революция и перспективы права», М. и Р. Вейль подчеркивают вред, который может принести антиюридическая идеология⁷⁹.

В Советском Союзе теория права, основанная на учении Маркса, долгое время занимала место юридической социологии. Но сравнительно недавно обнаружился интерес к этой последней, причем в двух направлениях. Во-первых, в изучении соотношения между марксизмом и юридической социологией⁸⁰. Во-вторых, в появлении интереса к более конкретным исследованиям⁸¹. Складывается впечатление, что в других социалистических странах еще более широко используется эмпирическая социология, включая и практику опросов.

Важным вкладом социалистических стран в классический марксизм явилось понятие правосознания. Это не просто знание права; оно имеет психологический аспект, скорее эмоциональный, чем познавательный. По этому вопросу имеется разнообразная литература

127

3. СТРУКТУРАЛИЗМ

Начиная с середины нашего века теория структурализма проникла во все гуманитарные науки, и право не осталось чуждо этой тенденции. Сведенный к самой простой схеме структурализм означает, что каждая составляющая часть целого характеризуется такими признаками, которые являются следствием ее принадлежности к этому целому. Структурализм вошел в науку через лингвистику. Однако язык — это опора норм права, и даже в более общем плане можно провести аналогию между языком и правом, поскольку последнее также является средством коммуникации. Конечно, нельзя сказать, что доктрина и судебная практика при толковании норм права широко использовали структурный подход в том виде, в каком он вошел в моду в других сферах познания

(например, в литературе) . Но юристы с удовольствием увидели в структурализме подтверждение тех идей, которые всегда были им свойственны, а именно: необходимость взаимосвязанности различных частей правового института, наличие небольшого числа универсальных норм (правила обмена, принцип взаимности), производных от природы человека. Здесь открывался путь к естественному праву.

Если, однако, структурализм был принят догматической юриспруденцией, то это не означает, что он может рассчитывать на такое же внимание со стороны социологии права. Во многих отношениях структурализм рассматривался даже как явление антисоциологическое. Противопоставив структуры и историю, структурализм как бы выступил против социологии, поскольку последняя склонна рассматривать свой объект в его исторической эволюции. Структурализм же отвергает любое изменение. С его позиций если какая-то из составляющих структурное целое частей теряет свойственную ей функцию, или, наоборот, приобретает новую, то это нарушает равновесие в рамках данной структуры. Пожалуй, именно столь резкая мутация в большей мере, чем постепенная эволюция, соответствует тому, что мы называем трансформациями права (на них мы еще остановимся ниже).

Вместе с тем структурализм способствует известному обновлению методов и понятий юридической социологии. Например, продолжая изучение отдельных видов субъектов права, юридическая социология расширяет рамки изучения и обращается к сложившимся соотношениям между

128

отдельными видами субъектов права (здесь происходит что-то напоминающее старые английские законы с их парными формулами «лендлорды и держатели», «родители и дети» и т. п.). Сюда же относятся и возможные классификации этих видов, но, пожалуй, типологию здесь заменяет таксономия. Эта последняя обычно выступает в форме моделей, в большей или меньшей мере математических. Таким путем были созданы модели родства — наиболее значительный успех структуралистской этнологии⁸³. Однако они имели своим объектом «застывшие общества», «общества без истории». Влияние структурализма может ощущаться и в связи с той значимостью, которую приобрело сегодня понятие правовой системы, во всяком случае, тогда, когда увлечение этим понятием ставит целью увидеть нечто большее, чем бросающиеся в глаза явления на поверхности структур⁸⁴.

4. НЫНЕШНЕЕ СОСТОЯНИЕ ЮРИДИЧЕСКОЙ СОЦИОЛОГИИ

В настоящее время во всех странах юридическая социология представлена как в преподавании, так и в исследовательской деятельности. Разумеется, от страны к стране ощущаются различия в направлении деятельности этой науки, причем эти различия более значительны, чем у общей социологии. Объясняется это тем, что к особенностям культуры, психологии и иных сфер, к которым обращается социология, добавляются еще и различия правовых систем.

Нет смысла пытаться рассказать здесь о том, как в разных странах преподается социология права и каков в них уровень исследовательской работы⁸⁵. Укажем лишь, что противостоянием против национальных границ науки служат международные встречи, делающие возможными обмен информацией, дискуссии, определенную унификацию тем и методов⁸⁶.

В любой стране преподаватели и исследователи, работающие в области социологии права, приходят в нее или из права, или из социологии. Социологи права — это практически либо юристы с дополнительными социологическими знаниями, либо социологи, знакомые с правом. Происхождение легко обнаруживается по тому, как исследуются юридические явления. Если, например, объект исследования — разведенная женщина, то первые поставят во главу угла процедуру развода и алименты, вторые же — пробле-

9 Заказ J* 1161

129

му одиночества. Что важнее? Такой вопрос будет неправилен. Когда речь идет о междисциплинарных сферах, нужно пытаться суммировать компетенции или же нейтрализовать некомпетентность. Связь между науками далеко не всегда легка: в одной доминирует дедукция, в другой — диалектика; в самые простые термины — договор, обычай, норма, родство, владение, статус и др. — вкладывается не один и тот же смысл, и, во всяком случае, у них неодинаковый резонанс⁸⁷. Междисциплинарность сама по себе является дисциплиной, а именно дисциплиной, призванной решать конфликты наподобие того, как это делает международное частное право. В

1961 году Совет социальных наук ЮНЕСКО провел «круглый стол», на котором обсуждался вопрос об институциональных средствах сотрудничества общественных наук. Во Франции проблема меж-дисциплинарности приобрела широкое значение после 1968 года.

Кроме преодолеваемой национальной и «ведомственной» замкнутости в нынешнем состоянии социологии права бросается в глаза, что почти повсюду она разделяется на теоретическую социологию — размышления над книгами и документами, кабинетная работа — и эмпирическую социологию — социологию полевых исследований. Преобладает теоретическая социология, и, возможно, это происходит по финансовым причинам: она обходится дешевле. Из-за отсутствия средств эмпирические исследования в социологии права развивались медленнее, чем в других отраслях социологии. Представляется, однако, что начиная с 60-х гг. во всех странах социологи права изменили стратегию. Вместо того, чтобы ждать выводов умозрительной юридической социологии, они обратились к прикладной социологии, хотя ее инструментарий и был еще несовершенен. Таким путем надеялись заинтересовать возможных заказчиков и получить поддержку для новых, уже более значимых исследований, сперва эмпирических, а затем и фундаментальных. Если попытаться сделать некоторые, не претендующие на полноту выводы о современном состоянии социологии права, то придется учитывать наличие в ней этих двух секторов — практического и теоретического.

а) Доминирующей чертой практического сектора является то, что различным разделам права (если, разумеется, считать, что юридическая социология должна охватить все эти разделы) уделяется далеко не одинаковое внимание.

130

Имеются полностью нетронутые участки, остающиеся такими длительное время (многие проблемы обязательственного права). Есть участки, которым уделяется некоторое внимание (собственность, договор, основные аспекты ответственности). И наконец, имеются три зоны, на которые обращены основные социологические усилия: 1) парная категория преступность — репрессия (она разрабатывается уже давно); 2) семья (поскольку ее одновременно изучает и общая социология); 3) первичные механизмы производства и распространения права (поскольку они относятся к публичному праву, соответственно политике, и интересуют в этом качестве общую социологию). Под этими первичными механизмами понимаются нормы права, судебные решения, управленческие акты, то есть все явления, несущие властный импульс. Они изучаются как таковые, но одновременно выступают как основание для изучения людей, участвующих в их создании (напомним в этой связи изложенные выше идеи Макса Вебера). Имеются многочисленные исследования юридических профессий, в том числе судейского корпуса. Одновременно стремятся также выявить результативность воздействия первичных механизмов на массу управляемых. Здесь — отправной пункт для другой серии исследований: знание права, образ юстиции в общественном мнении и т. д.

Разумеется, вовсе не обязательно классифицировать деятельность юридической социологии по традиционным правовым институтам и категориям. В конечном итоге это оказалось бы неверным. Мы должны предоставить этой науке возможность иметь свою собственную картографию. При таком подходе в центре наиболее интенсивных социологических исследований окажутся совсем другие проблемы, как, например, юридическая аккультурация, сфера инфраюридического и в особенности то, что можно назвать динамикой права, то есть изменения права в их соотношении с изменениями, происходящими в обществе. К этому вопросу мы еще вернемся в дальнейшем изложении.

б) Относительно теоретического сектора ограничимся общим указанием на то, что существует несколько теорий (плюрализм Гурвича, реализм Гейгера и Ллевеллина), которые можно рассматривать как самостоятельные, поскольку они основаны на социологическом осмыслении юридических явлений. Однако большинство теорий, в отличие от названных, построены методом переноса (адап-

9*

131

тации) ранее созданных в общей социологии концепций на социологию права. В этом плане теоретическую юридическую социологию постигла та же судьба, что и философию права (за исключением, быть может, доктрины естественного права). И произошло это по тем же причинам: теоретическая юридическая социология — это отражающая дисциплина в том смысле, что она заимствует идеи другой, менее специализированной дисциплины. Это заимствование часто происходит сложными путями. На основе глобальной системы взглядов создается социологическое, психологическое или нравственное учение, и этим производным источником в свою очередь пользуется социология права.

Таким образом, всякая новая философия несет в себе возможность появления соответствующей социологии права. Применительно к марксизму, фрейдизму, учению Дюркгейма, структурализму эта возможность в той или иной мере уже реализована.

ПРИМЕЧАНИЯ

¹ Об истории гонимых-социологических доктрин см. также: Gurvitch G. *Elements de sociologie juridique*, 1940 (здесь, однако, недостаточно материалов, относящихся к частному праву); T g e v e s R. *Introduzione alla sociologia del diritto*, 1977.

² В качестве примера сошлемся на монолог Гамлета, в котором осуждаются несовершенства права и высокомерие властей. В русских переводах пьесы употребленные Шекспиром слова «law's delay» не нашли, к сожалению, адекватного отражения. См., напр., перевод М. Лозинского (Шекспир В. Полное собрание сочинений, т. 6, с. 71) и перевод Бориса Пастернака (В. Шекспир. М., «Искусство», 1949. т. 1, с. 506. — *Прим. перев.*)

³ См. также: Parachristos. A. *La sociologie juridique de sophistes*. — *L'annee sociologique*, 1974, p. 441. Тразимах (или Фразимах) Халкидонский (который, впрочем, известен нам лишь по карикатурному изображению его Платоном в первой книге «Государства») утверждал (вероятно, утверждал), будто справедливость — это не что иное, как интерес самого сильного. В конце 1960-х годов он был «вновь открыт» в США как ищущая личность, контестатор. Его противопоставляли Сократу, который парадоксальным образом предстал как конформист. См. об

132

этом: Dahrendorf R. *In praise of Thrasymachus*. — *Essays in the Theory of Society*, 1968, p. 150.

⁴ См.: Norr D. *Rechtskritik in der römischen Antike*, 1974.

⁵ Maspetiol. *L'Etat et le droit selon Spinoza*. — *AphD*, № 5, 1960, p. 172.

⁶ Подробнее см.: Goyard-Fabre S. *Le droit et la loi dans la philosophie de Thomas Hobbes*, 1975.

⁷ Янсенисты могут заинтересовать социологию своей трезвой оценкой конфликтного характера права и производным от этой оценки пессимизмом. Так, по мнению Дома, три вида явлений нарушают нормальную жизнь общества: судебные процессы, преступления и войны. (*Domat. Traite des lois*, 1665, chap. VIII). Янсенисты — это интересный пример судебной психосоциологии, поскольку моральная враждебность к процессам не мешала им занимать посты судей. В конечном итоге они признавали необходимость права для сохранения мира в сообществе. Здесь они сближались с таким реалистом, как Гоббс.

⁸ Монтескье Ш. *Избранные произведения*. М., Политиздат, 1955, с. 361, 569.

⁹ Там же, с. 253.

¹⁰ Там же, с. 384-385, 510.

¹¹ Bentham. *Oeuvres choisies*. P., t. 3, p. 89.

¹² См.: *RJDC*, 1973, № 2, p. 261. Из большого количества исследований о Монтескье укажем: Althusser L. *Montesquieu, la politique et l'histoire*. 1959; Aron R. *Dix-huit leçons sur la société industrielle*, 1962; Goyard-Fabre S. *La philosophie du droit de Montesquieu*, 1973; Quoniam Th. *Introduction à une lecture de l'Esprit des lois*. 1974.

¹³ См., напр.: Voltaire. *Dictionnaire philosophique*, 1764 — 1769 (особенно статьи «Законы», «Советник или судья», «Диспут» и др.).

¹⁴ См.: Derathe R. *Rousseau et la science politique de son temps*, 1950; Schwabert R.-G. *Nouvelle lecture du Contrat social*, 1971.

¹⁵ О концепции, которая расширяет понятие «природа вещей» до масштабов всей социальной реальности, а роль естественного права видит в том, чтобы извлечь из этой реальности то, что справедливо — «*id quod justum est*», см.: Villey M. *Léçons d'histoire de la philosophie du droit*, 1962, p. 109; *Seize essais de philosophie du droit*, 1969. По мнению Виллея, эта, так сказать, социологи.зи-

133

рованная концепция естественного права идет от Аристотеля и Фомы Аквинского.

Представляется, однако, что большинство их последователей рассматривали естественное право как аксиоматические принципы человеческого разума.

¹⁶ Порталис жил в изгнании в Германии, где в салоне графини Ревентлов познакомился с немецким романтизмом, откуда и происходит его категорическая оппозиция к рационалистической философии Просвещения.

¹⁷ Французские названия журналов: «*Revue de droit français et étranger*» («*Revue Foelix*»); «*Revue de législation et de jurisprudence*» («*Revue Wolowski*»); «*Revue historique de droit français et étranger*» («*Revue Laboulaye*»).

¹⁸ «*Themis*», t. 10, p. 407.

¹⁹ Лапассад и Луро (Lapassade et Lourau. *Clefs pour la sociologie*, 1971, p. 31) говорят в этой

связи о «социологии эмигрантов». Добавим, что она в значительной своей части была социологией права. Эта социология возникла как реакция на законодательство Французской революции; в числе ее исходных идей такие, как восхваление обычая, упор на постепенный характер социальных изменений и т. д. Такова позиция англичанина Бэрка и немецкого автора Реберга, который в своей полемической книге «Uber dem Code Napoleon und dessen Einfuhrung in Deutschland», 1814 (несправедливо отодвинутой на задний план уже упоминавшейся брошюрой Савиньи), подверг высокотехнической и детальной — титул за титулом — критике Гражданский кодекс.

²⁰ В своей книге «Примитивное законодательство» (В on aid L. de. Legislation primitive, 1802) Бональд проводит аналогию между языком и правом и полагает, что право в еще большей степени, чем язык, не может быть созданием человека. В его же работах «Опыт о разводе» («Essai sur le divorce», 1816), «О сельской семье, индустриальной семье и праве первородства» («De la famille agricole, de la famille industrielle et du droit d'ainesse», 1826) были сделаны первые попытки поставить под сомнение эгалитарный режим наследования, введенный Гражданским кодексом.

²¹ Подробнее о контовской социологии семьи см.: Ag-n a u d P. Essai d'approche positive du probleme de la famille d'apres A. Comte. — APhD, t. 20, 1975.

²² Основные труды Ле-Пле: «Европейские рабочие»

134

(Le Play F. Les ouvriers europeens», 1855), «Социальная реформа во Франции, выведенная из сравнительного изучения европейских народов» («La reforme sociale en France, deduite de l'observation comparee des peuples europeens», 1864), «Организация семьи в соответствии с истинной моделью, данной историей всех рас и всех времен» («L¹ organisation de la famille selon le vrai modele signale par l'histoire de toutes les races et de tous les temps»).

²³ См.: И е ринг Р. Юриспруденция обыденной жизни. Собрание мелких юридических вопросов, вытекающих из событий обыденной жизни. М., 1881.

²⁴ О Бентэме см.: Shakaniri El. La philosophic juridique de Jeremy Bentham. P., 1969.

²⁵ См. также: Costa Jacqueline. Trois fondateurs de l'etlmologie juridique. Bachofen, Maine et Engels.-No-mos, 1974, p. 15.

²⁶ Отметим, что исследование, для которого он был послан в 1832 году в США вместе с Густавом де Бомо-ном, охватывало также и пенитенциарную систему, а тем самым и уголовное право.

²⁷ О Троплонге и его работах см.: Bonnecase J. L'ecole de l'exegese en droit divil, 2 ed. 1924.

²⁸ Для социологии семейного права Прудона особенно важна его книга «De la justice dans la Revolution et dans l'Eglise», t. 1—3, p. 1858. Там же изложена его теория семейных конфликтов.

²⁹ См.: Маркс К. Классовая борьба во Франции.— Маркс К., Энгельс Ф. Соч., т. 7, с. 84 и ел.

³⁰ Там же, т. 4, с. 443.

³¹ Основная юридическая работа Реннера, «Социальная функция права», издана в 1904 году и переиздана в 1929 году под названием «Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion». (На русском языке опубликована под псевдонимом: Карнер И. Социальные функции права. М., 1923.—Прим, перев.)

³² Ницше Ф. Поли. собр. соч. Т. III, М., 1911.

³³ О правовых взглядах Ницше см.: Maspétiol R. Le droit et l'Etat chez Nietzsche. — APhD, t. XIII, 1968; Villey M. Nietzsche et le droit. — APhD, t. XV, 1970.

Не потеряла значения и книга: Mess F. Nietzsche als Gesetzgeber, 1930.

³⁴ Durkheim E. Regies de la methode sociologique, 1895. (В русском переводе: Метод социологии. Киев, Харьков, 1899.)

135

³⁵ «L'Annee Sociologique» — издавался Дюркгеймбм И его сторонниками с 1896 года. Ежегодник оказал большое влияние на развитие французского обществоведения. — Прим. перев.

³⁶ «L'Annee Sociologique» (AS), 1899—1900, AS, 1001 — 1902; AS, 1903—1904.

³⁷ «Lemons de sociologie, phisque des moeurs et du droit». P., 1950.

³⁸ Fauconnet P. La responsabilite, etude de sociologie, 1920; Lcenhardt M. Do Komo, la personne et le mythe dans le monde melanesien. 1947; Davy G. La foi juree, etude Sociologique du probleme du contrat. 1922.

³⁹ G e r n e t L. Droit et societe dans la Grece ancienne, 1964; Levy-Bruhl H. Quelques problemes du tres an-cien droit remain, 1934; Nouvelles etudes du tres ancien droit romain, 1947; Recherches sur les actions de la loi, 1960. Укажем также его работу, выходящую за рамки римского права: Sociologie du

droit. 1961.

⁴⁰ В этой школе довольно рано появилось социалистическое течение (Турати, Коладжани), которое подчеркивало роль социальных, особенно экономических причин преступности.

⁴¹ Основная работа Ферри была опубликована в 1881 году под безобидным названием «Новые горизонты уголовного и уголовно-процессуального права» («Les nouveaux horizons du droit penal et de la procedure penale»). В последующих изданиях она именовалась уже «Социология преступности» («Sociologie criminelle»). В русском переводе — «Уголовная социология». СПб, 1910.

⁴² Этот закон гласит: «Подобно тому, как определенное количество данного вещества растворяется только в определенном количестве воды при определенной температуре, точно так же определенное число преступлений может быть совершено только в определенной общественной среде и при определенных физических индивидуальных условиях» (Ферри Э. Уголовная социология. СПб, 1910, с. 347).

⁴³ Лакассань может быть отнесен к социологам благодаря формуле, сделавшей его известным: «Социальная среда — это тот бульон, в котором выращивается преступная культура».

⁴⁴ Т а р д Г. Законы подражания, СПб, 1892.

⁴⁵ См.: Tarde G. Les transformations du droit, 1894, p. 183.

⁴⁶ Тард в течение длительного времени заведовал в Министерстве юстиции службой уголовной статистики.

⁴⁷ Ehrlich E. Grundlegung der Soziologie des Rechts. Munchen — Leipzig, 1913, Vorrede.

⁴⁸ Исследователь движения свободного права — в рамках которого, по правде говоря, никогда не ощущалось единства взглядов — имел основание поставить Эрлиха рядом с Канторовичем среди представителей движения (Riebschlager K. Die Freirechtsbewegung, zur Entwicklung einer soziologischen Rechtsschule 1968).

⁴⁹ Ehrlich E. Die stillschweiger.de Willenserklärung. 1893.

⁵⁰ См.: Gurvitch G. L'experience juridique et la philosophie pluraliste du droit, 1935.

⁵¹ См.: Gurvitch G. L'idee du droit social, 1932; Le temps present et l'idee du droit social, 1932.

⁵² О Ламбере см., в частности: Tabb ah B. Entre les deux poles (historique et Sociologique) de la philosophie contemporaine du droit. — «Etudes Ed. Lambert». 1938, t. 1.

⁵³ Huvelin. Les tablettes magiques et le droit romain. 1900.

⁵⁴ Jobbe-Duval. Les morts malfaisants d'apres le droit et les croyances populaires des Remains. 1924; Les idees primitives dans la Bretagne contemporaine. 1930.

⁵⁵ P a r e t o V. Traite de sociologie generale. В § 466, 398—441, 838—841 рассматриваются соотношения права и морали, дается критика естественного права, § 1318 говорит о юридических санкциях. Его подход к проблемам хотя и реалистичен, но не выходит за рамки догматического права, у него нет количественного анализа, чего можно было ожидать от политэконома; автор не идет далее индукции, основанной на нескольких мелких, разнородных фактах.

⁵⁶ Maunier R. Sociologie coloniale. 1932; Introduction au folklore juridique. 1938. Под его руководством опубликованы «Etudes de sociologie et d'ethnologie juridiques» (20 vol. 1931—1934). Колониальная социология — это особый научный жанр, переживший деколонизацию. При этом на смену социологии колониальных управителей и администраторов пришла социология представителей университетов.

⁵⁷ Leroy M. Le Code civil et le droit nouveau. 1904. (в русском переводе: Л е р у а М. Старое и новое право. К столетию Кодекса Наполеона, СПб (без года).

136

137

⁵⁸ Говоря об эволюционистской литературе, можно выделить два периода. Первый отмечен развитием, которое тогда казалось впечатляющим, а сегодня представляется достаточно скромным (прогресс в духе Третьей республики). Назовем работы: Charmont. La socialisation du droit. 1903. Он же. Les transformations du droit civil. 1912; М о г i n G. La revolte des faits centre le Code, 1920. Второй период — это годы до и после мировой войны, когда развитие приняло более быстрый и более драматический характер. В этот период возросло влияние социалистов и даже коммунистов на законодательство. Работы ряда правоведов в этот период носили тревожный характер. См.: Jossier and. Evolution et actualites. 1936; Rip-pert G. Le regime democratique et le droit civil moderne. 1937; Le dec|in du droit. 1949; Savatier R. Les metamorphoses economiques et sociales du droit civil d'aujourd' hui, 1952-1959.

⁵⁹ Дюги имел отношение и к названному выше эволюционистскому течению, о чем говорит его работа «Общие преобразования гражданского права со времени Кодекса Наполеона» (русск. перев. 1919). Однако в отличие от современников-цивилистов он бурно приветствовал эволю-

цию и утверждал, что на смену метафизической и индивидуалистической системе Гражданского кодекса приходит реалистическая и социалистическая система.

⁶⁰ Hauriou M. *La science social traditionnelle*. P., 1896.

⁶¹ Cruet G. *La vie du droit et l'impuissance des lois*. P., 1908.

⁶² Levy E. *Vision socialiste du droit*, 1927.

⁶³ Ripert G. *Les forces creatrices du droit*. P., 1955.

⁶⁴ Weber M. *Wirtschaft und Gesellschaft*. Teil 2, Kap. 7, 1922. Впоследствии эта больших размеров глава, посвященная социологии права, издавалась в виде самостоятельной книги. Французский перевод сделан Гросло-дом, которому принадлежит весьма содержательная вводная статья к французскому изданию (*La sociologie du droit de Max Weber*. Strasbourg, 1973).

⁶⁵ Geiger T. *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*. 1947.

⁶⁶ Социологическая ориентированность Паунда проявилась, пожалуй, в начале его деятельности, когда в 1906 г. он выступил со знаменитой статьей «О причинах общественного недовольства отправлением правосудия». Позднее,

138

в частности в работе «Социальный контроль через право» (1942), Паунд уже ощущал, как трудно оставаться на чисто социологических позициях (см.: *Social Control through Law*).

⁶⁷ *Rivista internazionale di filosofia del diritto* 1958, p. 526.

⁶⁸ Фрейд З. *Тотем и Табу*. Пер. с нем. М., 1923.

⁶⁹ О вкладе Фрейда в юридическую социологию см.: Frank J. *Law and the Modern Mind*. 1930, в социологию семьи — Winch. *The Modern Family*, 1952. Влияние Фрейда и его последователей на право в конечном итоге привело к юридическому психоанализу, о котором говорилось выше.

⁷⁰ Основная его работа была опубликована в 1934 году, через два года после смерти автора (Meed G. H. *Mind, Self and Society*. 1934). В американской социологии имеется течение, которое и сегодня пытается применить психологическую схему игр к жизни общества, трактуемой как сумма конфликтов. Однако у представителей этого течения не видно стремления подвергнуть такого рода анализу собственно юридические отношения, например договорные или процессуальные.

⁷¹ Более подробно свою функциональную теорию права Парсонс изложил в статье «Право и социальный контроль» (сборник «*Law and Sociologie*». Ed. W. M. Evan, 1962). См. также его статью «Социологические взгляды на юридическую профессию» (сборник «*Essays in sociological Theory*». 1954, p. 375).

⁷² Бернарден де Сен-Пьер — французский писатель (1737—1814). Издавался на русском языке («Поль и Виргиния». «Индийская хижина». М. — Л., 1937. — *Прим. пер.*).

⁷³ Boudon. *Effets pervers et ordre social*. 1977.

⁷⁴ Althusser L. *Pour Marx*, 1965. Торговое право и хозяйственное право — это наиболее подходящие области приложения альтюссеровской схемы взаимного влияния экономики и политики.

⁷⁵ См.: Arnand A.-J. *Politique et droit dans l'oeuvre de Mao-Tse-Toung*. — APhD, t. 16, 1971; Edelman B. *Le droit saisi par la photographie*, 1973; Miaill e M. *Une introduction critique au droit*, 1976; Bourjol M., *Du-jardin Ph. et autres. Pour une critique du droit*, 1978.

⁷⁶ Laroche-Flavin Ch. *La machine judiciaire*, 1968; Duprat G. et autres. *Justice et politique*, 1974.

139

⁷⁷ Weil M. et R. *La part du droit dans la realite et dans Faction*, 1969.

⁷⁸ Dalligny S. *Essai sur les principes d'un droit civil socialiste*, 1976.

⁷⁹ Weil M. et R. *Revolution et perspectives du droit*, 1974.

⁸⁰ Например: Toumanov V. *Pensee juridique bour-geoise contemporaine*, 1974, p. 238—324.

⁸¹ «*Travaux du Colloque de sociologie juridique franco-sovietique*» (Paris, 1975), 1977.

⁸² См., напр., доклады Л. Сухарева и В. Смирнова в трудах коллоквиума или работы венгерского ученого И. Сабо.

⁸³ Мы имеем в виду известную книгу Клода Леви-Стросса «Элементарные структуры родства» (*Lo vi - S t r a - u s s C l . Les structures elementaires de la parente*, 1949).

⁸⁴ О структурализме в праве и его использовании в социологии права см. также: Arnand A. J. *Essai d'analyse structural de CC franc.ais*, 1973 (хотя и высказывались сомнения в том, что здесь действительно применен этот метод). В плане критики структурализма в праве см.: Miaille. *Une introduction critique au droit*, 1976, p. 359. Влияние рассматриваемого метода на законодательство

можно увидеть на примере того, как закон об усыновлении от 3 января 1973 г. решает вопрос о наследственных правах ребенка, рожденного вне брака. Эти права рассматриваются как отношение между этим ребенком и другими могущими наследовать лицами.

⁸⁵ Укажем в этой связи на обширный библиографический справочник: Reh binder M. Internationale Biblio-graphie der rechtssoziologischen Literatur, 1972.

⁸⁶ Международная социологическая ассоциация на своем конгрессе в Вашингтоне (1962 год) создала специальный исследовательский комитет социологии права, который затем проводил свои заседания в ходе всех последующих социологических конгрессов: Эвиан (1966 год), Варна (1970 год), Торонто (1974 год), Упсала (1978 год).

⁸⁷ См.: Grawitz M. De l'utilisation en droit de notions sociologiques. — «L'annee sociologique», 1966, p. 415. Каждый том «Социологического ежегодника» имеет раздел, посвященный юридической социологии. С 1977 года начал выходить «Европейский ежегодник права и социологии» («European Year-book in Law and Sociology»).

Глава вторая

ОБЪЕКТ ЮРИДИЧЕСКОЙ СОЦИОЛОГИИ

Под объектом юридической социологии мы понимаем не ее задачи, цели и функции (этому посвящена глава четвертая), а исследуемую ею материю.

Нельзя ограничиться лишь указанием, что объект юридической социологии — право. Ведь равным образом оно представляет собой и объект догматической юриспруденции. Но хотя обе эти науки имеют один и тот же объект, они рассматривают его под разными углами зрения. Для того чтобы подчеркнуть различие подходов, то, что в догматической юриспруденции называется правом, мы, применительно к юридической социологии, будем называть юридическим явлением. Право, изучаемое догматической юриспруденцией — это единое, монолитное целое. Юридическая социология дробит этот блок на множество атомов в их возможных сочетаниях. Любой такой атом и есть юридическое явление, представляющее собой разновидность социального явления. Общая социология не проводит различия между социальным фактом и социальным явлением. Однако социология права должна пользоваться лишь понятием юридическое явление, ибо понятие юридический факт получило в догматической юриспруденции совсем иное, причем достаточно четкое, значение.

Задача состоит в том, чтобы осмыслить само это понятие — юридическое явление, увидеть то, что за ним скрывается. Для этого юридическое явление следует рассмотреть во всем его многообразии, в различных классификациях, увидеть его специфику, что можно достичь дифференциацией его от других социальных явлений при помощи критерия юридичности.

Достаточно ли всего этого для социологического, то есть реалистического, видения права? Ведь в изолированном виде юридическое явление еще не есть подлинная реаль-

141

ность. Таковой является только юридическое явление, находящееся в определенной пространственной и временной (синхронной и диахронической) среде. В этой среде данное юридическое явление встречается с другими, между ними возникают связи, и образуется то, что мы предлагаем назвать юридической системой. Речь не идет, разумеется, о воссоздании под другим именем догматического монолита права. Исходным материалом по-прежнему остаются юридические явления, а юридическая система не более чем рамка, в пределах которой они изучаются.

I. ЮРИДИЧЕСКИЕ ЯВЛЕНИЯ И ИХ КЛАССИФИКАЦИЯ

•, j . ••

1. ГЕТЕРОГЕННОСТЬ ЮРИДИЧЕСКИХ ЯВЛЕНИЙ. ;,п .>• ,

ПЕРВАЯ КЛАССИФИКАЦИЯ:

?! i

ПЕРВИЧНЫЕ И ВТОРИЧНЫЕ ЮРИДИЧЕСКИЕ ЯВЛЕНИЯ ;, и

С. :•.

Предстоящие перед наблюдателем юридические явления весьма многообразны. В этом легко убедиться, перечислив лишь некоторые из них: заседание Государственного совета, номер «Журнал офисиель», процедура заключения брака, подпись на документе. Все это — юридические явления, но они столь различны, что было бы напрасно пытаться выработать их общее определение путем простого перечисления. Соответствующее понятие может быть дано только при помощи классификаций. Первая и основная из них — деление на **первичные и вторичные** юридические явления.

Первичными явлениями могут быть названы те, по отношению к которым все другие производны. В иерархии юридических явлений от общего к частному первичные явления находятся на высшей черте всеобщности: их получают путем отвлечения, выноса за скобки, в которых остаются другие юридические явления, значительно более разнообразные, но вторичные.

Закон, оглашение судебного решения, жест регулировщика, взятые как таковые, независимо от конкретного их содержания, — это первичные явления. Они представляют собой вместительные формы, содержание которых (нормы данного закона, оправдание или осуждение, остановка автомобиля) и есть вторичные юридические явления. Первичное явление предстает как движущая сила,

как генератор вторичных (с учетом, разумеется, того, что сами пер-

142

-4

вичные явления есть результат других социальных феноменов — подлинных движущих сил **права**). Чтобы предвосхитить возникающую в данной связи у юриста мысль, сразу же оговорим, что первичные юридические явления в большей своей части соответствуют тому, что принято называть формальными источниками права, но лишь в большей части, а не все. И потому следует подчеркнуть фундаментальное положение юридической социологии: **право шире, чем совокупность формальных источников права**.

Конечно, и в самой догматической юриспруденции концепция формальных источников права со времен Кодекса Наполеона существенно расширилась. В XIX веке было выведено равенство: право = закону. Сегодня, идя по пути, проложенному Жени, сами юристы добавили к закону другие источники и данная формула выглядит следующим образом: право = закон + обычай + судебная практика (по мнению некоторых, она разновидность обычая) + внесудебная практика (нотариальные акты, типовые договоры крупных предприятий и т. г.).

Однако в глазах социолога даже этот более широкий подход еще далек от реальности. В частности, классическая концепция соглашается признать судебные решения конститутивным элементом права лишь при наличии одного из двух условий. Когда они основаны на дедукции, то есть выведены из предшествующей нормы права, или же когда, сложившись в судебную практику, они становятся обычаями, то есть опять-таки нормами права.

Однако имеются судебные решения, которые не являются механическим применением уже существующего закона и которые, создавая право, тем не менее не призваны превратиться в нормы права, хотя бы по одному тому, что данное решение может больше не повториться. Именно таковы многие решения, выносимые низшими судебными инстанциями. Эти решения не связаны с прошлым и не претендуют на будущее. Они носят интуитивный характер, основаны на справедливости и разрешают конкретный конфликт в соответствии с его обстоятельствами, не предусматривая ничего на будущее. Но от этого их вклад в формирование права — права без норм права — не уменьшается. Из сказанного следует, что **право шире, чем норма права**. Даже в XX веке юристы (особенно французские в силу сохранившейся приверженности к кодификации) рассмат-

143

ривали право прежде всего в аспекте нормы права. Также, под влиянием Дюркгейма, не избежали этой навязчивой приверженности нормам и социологи.

При таком подходе было весьма естественно исключить конкретные решения, не сложившиеся в судебную практику, из числа элементов, формирующих право. Еще с большей энергией исключалось затем все, что можно назвать индивидуальными актами. А это весьма широкая категория — от воинственного клича дикого племени до управленческого решения в цивилизованных обществах.

Причем исторически исходная категория, поскольку в ходе эволюции человечества она предшествовала норме (понадобилось немало усилий, чтобы власти научились мыслить абстрактно и поняли, что могут облекать свои приказы в одну общую и постоянную форму). В глазах социолога индивидуальные акты, точно так же, как и конкретные судебные решения, участвуют в формировании права. Подобно норме они представляют собой первичные юридические явления.

Все первичные юридические явления имеют общую субстанцию, состоящую в том, что это — явления, связанные с властью. Политическая социология приложила немало усилий для ответа на вопрос, что такое власть. Тем не менее в конечном итоге это понятие не поддается определению, подобно тому как это происходит с понятием электричества. Однако наука об электричестве способна развиваться и без предварительной его дефиниции.

Вторичные, или производные, юридические явления, как уже отмечалось, значительно разнообразнее, чем первичные. Среди них окажется и институт брака, и отдельно взятый брак — договор как таковой и конкретный договор.

Если встать на позицию узкого понимания социологии права (смотри вводную главу), то в предмет этой науки войдут только первичные юридические явления, а вторичные окажутся в компетенции общей социологии и других специальных социологии, например социологии семьи. Однако от этого узкого подхода мы отказались.

Включая вторичные явления в сферу социологии права, следует тем не менее отметить, что они не передаются ей на откуп полностью. Такие феномены, как семья, земельная собственность, имеют наряду с юридическим аспектом экономическую, бытовую и другие стороны, в то время как закон или судебное решение — это чисто правовые явления.

144

Поскольку первичные юридические явления сопряжены с властью (могуществом, авторитетом,

господством — и эти понятия не являются полностью синонимичными), юридическая социология не может не интересоваться ею. Проблеме власти посвящены значительные работы представителей политической социологии¹. После 1968 года в освещении этой проблемы тон стали задавать констататоры. Они отождествляли власть с подавлением или репрессией. Следуя марксистскому взгляду, они видели реальное ядро власти не в государственном механизме, а в экономически господствующем общественном классе — капиталистическом, который держит в руках нити государственной власти². Затем старое понятие «публичная власть» было еще более потеснено появлением новых разновидностей власти, как самостоятельных, так и выступающих в качестве придатка экономической власти. Стали говорить о «власти взрослых», «власти мужчин» (смотри всю радикальную феминистскую литературу) и, наоборот, «власти женщин» (огромной в частной жизни мужчин и воспитании детей), «власти медиков», «власти профессуры». Наконец, *de iure ferenda* (если можно условно использовать здесь эту формулу), некоторые авторы — последователи скорее Руссо, чем Маркса, — заговорили в мечтательном тоне об обществе без власти, обнаружив его модель в примитивных обществах. Все это поставило перед юридической социологией несколько вопросов. Первый: возможно ли право без власти? В этой связи сразу же вспоминают обычай, или же в еще большей мере обычаи конвенционного происхождения, применение которых, по видимости, происходит спонтанно. Вмешательство власти необходимо только в том случае, если применение обычаев наталкивается на сопротивление. Древний обычай тем более не происходит от власти. Свою обязательную силу он получает, очевидно, от почтительного страха перед предками, то есть в конечном счете за ним стоит «власть умерших» (ее можно было бы прибавить к списку многочисленных властей, которыми одержимы ныне сторонники абсолютной свободы). Второй вопрос: в какой мере должны учитываться столь любезно встреченные социологией внесударственные власти в социологическом объяснении права? Очевидно, их учет может помочь пониманию того, как возникают правовые акты. Представитель юридической социологии всегда стремится различить формального юридического и

10 Заказ № 1161

J45

реального социологического законодателя. Если взять в качестве примера Закон о трансплантации органов, то юридическими законодателями являются сенаторы и депутаты, а реальным законодателем — «власть медиков».

Третий вопрос: если власть скрытно выступает в вне-государственных формах, то имеется ли также внесударственное право, в его различных проявлениях? Это исходный пункт юридического плюрализма, к оценке значения которого мы еще вернемся в дальнейшем. Отметим пока, что возможны разные ситуации. Так, отцовская власть может найти выражение в своего рода «домашнем праве», в то время как финансовая власть (если предположить, что такая существует) обладает лишь возможностью оказывать давление на законодательную деятельность государства; она не может иметь свое собственное право.

Четвертый вопрос: если правильно, что право детерминировано властью, то нельзя ли прийти и к выводу, что власть обусловлена правом? В сложной государственной организации право определяет компетенцию, то есть властные полномочия, в том числе правотворческую компетенцию. Следует четко видеть последствия этого положения. Когда государственный орган действует в соответствии с той властью, которой он наделен правом, его акт считается законным и тем самым имеет особую силу в глазах тех, кому адресован³. В этом плане юридическая власть выступает как создатель психологической власти.

2. ВТОРАЯ КЛАССИФИКАЦИЯ:

ВЛАСТНЫЕ И ПОДВЛАСТНЫЕ ЯВЛЕНИЯ

Мы охарактеризовали первичные явления, подчеркнув, что их сущность связана с властью и соответственно с деятельностью тех, кто ее осуществляет, то есть — правящих. Но им противостоят управляемые, и явления на их уровне равным образом можно назвать первичными. Они также обладают максимальной всеобщностью и способны «вместить» в себя самое различное содержание. Типичное первичное явление такого рода — субъективное право. Производны от него различные виды более конкретных вторичных юридических явлений, как, например, право собственника, право кредитора и т. д.

Первичным явлениям, связанным с властью, свойственна определенная материальность, они идентифицируются с персонифицированным властным механизмом, в

146

котором и берут свое начало. В противоположность этому первичные явления на уровне управляемых возникают как бы снизу, находятся под властью, и им свойственна определенная субъективность, ибо они выступают как форма поведения, реакции, состояния сознания. Это вовсе

не значит, что данные явления не могут быть предметом объективного изучения, ибо объективная наука о субъективных явлениях вполне возможна.

Что же относится к категории субъективных первичных явлений? Прежде всего то, что выступает как прямой ответ на властные явления. Ответ на приказ, норму права, судебное решение — это послушание или повиновение (или, наоборот, непокорность и неповиновение). В некоторых своих формах эти явления уже заинтересовали политическую социологию и особенно социологию уголовного права и преступности. Давно ведутся соответствующие исследования, в том числе статистические. Однако им не хватает синтезирующего подхода, который должен стать делом юридической социологии.

К той же категории должны быть отнесены явления, относящиеся не столько к сфере активного поведения, сколько к психологической сфере: знание (или незнание) права⁴; образ права и юстиции (это нечто наиболее символическое, порождаемое воображением)⁵; правосознание, отличающееся от предшествующих явлений тем, что оно сопровождается оценочными суждениями и выступает как чувство того, каким должно быть право (*mutatis mutandis* оно сравнимо с моральным сознанием); правопонимание, то есть способность неюриста поставить себя на место законодателя и судьи и понять ход их мыслей (по отношению к правосознанию оно является тем же, чем разум по отношению к интуиции). Наконец, в числе первичных явлений этой категории — субъективное право⁶.

Первичные субъективные явления порождают специфические проблемы. Возникает вопрос, какую долю в их генезисе занимает идущее изнутри, а какую — приобретенное извне. Поскольку право социально по происхождению, было бы трудно сводить в нем все или почти все к внутренним личностным моментам. Перечисленные выше первичные явления в значительной мере являются результатом правового воспитания, под которым имеется в виду вовсе не юридическое образование. Мы говорим, что в обществе человек подвержен воздействию процесса юридизации. В свою очередь этот процесс близок к более общим

10*

147

процессам, ведущим к социализации и морализации личности еще на более ранней стадии ее развития, но вместе с тем и отличен от них. Здесь для социологии права вырисовываются два новых направления исследований: каковы наиболее действенные каналы этой юридизации (семья, школа, средства массовой информации, личный опыт); как она происходит в зависимости от возраста, пола, классовой принадлежности, пространственной близости к центрам власти?

3. ТРЕТЬЯ КЛАССИФИКАЦИЯ: . . . > ЯВЛЕНИЯ-ИНСТИТУТЫ И ЯВЛЕНИЯ-СЛУЧАИ

Оба выделенных в названии понятия — институт и случай (казус) — взяты из юридического словаря, хотя они и используются в общей социологии.

Уже Иеринг говорил о правовом институте как особом целом, состоящем из юридических норм и имеющем самостоятельное существование. Однако впервые теорию института создал на стыке философии права и юридической социологии М. Ориу. Его влияние испытали Ж. Ренар, С. Романо и другие представители институционализма⁷. Но сегодня на авансцену вышла другая теория института. Она отчетливо социологична, хотя и не единообразна⁸. Некоторые ее представители прибегают к заимствованиям у Парсонса, другие — у социологии организации в ее марксистском или структуралистском вариантах. Любая теория института чревата антропоморфизмом.

Перенос понятий «институт» и «случай» в юридическую социологию предполагает особую линию их разграничения.

Выше мы без дополнительных уточнений говорили о браке как юридическом явлении. Но за понятием «брак» можно увидеть две различные реалии. Одна — это то, что записано в кодексе (это тоже реальность, хотя она материализована лишь в книге). Другая — то, что происходит в социальной жизни. Брак — это прежде всего сумма прав, установленных заранее и применимых к любому случаю данного вида. Это — институт брака. В то же время брак — это какой-то один случай из многих возможных, это образование и существование определенного союза, единичная ситуация, хотя и смоделированная и управляемая институтом.

Разграничение Института и случая, которое мы провели применительно к браку, может быть повторено по отношению к любому правовому явлению. Подобно браку, каждое из них (аренда, жалоба на превышение власти и т. д.) представляет собой как сумму норм, модель, схему, так и поведение, отношение, конкретную ситуацию⁹. Явление-случай производно от явления-института. Первое — это реализация второго, с учетом того, что бывает искаженная, неверная реализация. Эвикция у покупателя по договору купли-продажи — это явление-случай по отношению к институту гарантии на случай эвикции. Убийство гражданином X. гражданина П. — это явление-случай по отношению к институту уголовной ответственности за убийство.

Наиболее очевидный контраст между этими двумя видами состоит в том, что каждый институт — естественное в своем роде историческое явление, а случаи весьма многочисленны. Но это отличие можно признать лишь с учетом некоторых нюансов.

Названная особенность институтов не мешает тому, что они могут быть сведены в группы.

Игнорируя различия, которые объявляются второстепенными, и выдвинув на первый план сходства, трактуемые как существенные, социолог часто объединяет в одну группу институты, далеко отстоящие друг от друга во времени и пространстве. Типология может оказаться искусственной (например, когда не видят различия института брака в стране, где запрещен развод, и в стране, где он разрешен). Нередко она откровенно обманчива (например, когда в ее итоге оказываются объединенными *actio injuriarum* римского права и наказание за оскорбление по французскому праву). Таким образом, вопреки данному нами первоначальному определению явления-института он может мыслиться и во множественном числе.

С другой стороны, было бы крайностью отказаться от различия самого содержания явлений-случаев. Не говоря уже о явлениях-случаях, вошедших в историю (развод Наполеона, брачный договор Бальзака), самый скромный случай с необходимостью обладает оригинальными чертами, поскольку создается индивидом (или несколькими индивидами). Каждый брак чем-то непохож на другие. Тем не менее в конце года государство подсчитывает все браки, совершившиеся в стране, как равнозначные. Полученная в результате сумма браков (брачность) выступает уже в качестве особого коллективного явления¹⁰.

148

149

Таким образом, среди явлений-случаев можно различить **индивидуальные и коллективные явления**. Первые мы рассматриваем во всем богатстве их индивидуальных черт. Говоря о вторых, мы абстрагируемся от индивидуальных особенностей и учитываем лишь то общее, что позволяет объединить их воедино. С учетом этого внутреннего деления явлений-случаев можно в конечном итоге дать трех-звенную классификацию юридических явлений: институты, индивидуальные случаи, коллективные случаи.

Эта классификация имеет значение и в познавательном плане. Различные методы, используемые в социологии, не могут быть применены одинаковым образом к каждому звену этой классификации.

Явления-институты предпочтительно изучать с помощью историко-сравнительного метода.

Коллективные явления требуют статистики, опросов, то есть количественных методов. Наконец, для изучения индивидуальных случаев более всего подходит наблюдение. Впрочем, следует оговорить, что часть индивидуальных случаев изучаются не как таковые, а лишь для выявления какого-то более общего целостного показателя (см., что говорилось выше о сравнительном методе Ле-Пле).

Отталкиваясь от индивидуального явления, идут путем индукции к сходным коллективным явлениям, например от изучения определенной семьи—к определенному типу семьи (сельской, городской и т. д.) и далее к явлению-институту.

4. ЮРИДИЧЕСКОЕ ЯВЛЕНИЕ КАК ОТНОШЕНИЕ >

Мы подошли к другому способу рассмотрения явления-случая. Обратившись к его содержанию, мы увидим то, что составляет его сущностную природу, а именно межличностные отношения. Нельзя представить себе такое явление-случай, о котором можно было бы сказать, что оно не есть отношение. Даже очевидно односторонние юридические акты потенциально рассчитаны на отношения с другими людьми. Так, например, завещание несет в себе будущие отношения менаду наследником по завещанию и наследниками по закону. Юристы-классики поступили правильно, сделав **правоотношение** одним из первостепенных по важности понятий.

Оно имеет нечто вроде аналога среди категорий общей социологии. Это категория **взаимодействия**, которую социология считает движущей силой общественной жизни. Под взаимодействием понимают самые разные виды отношений: обмен информацией и сообщениями, взаимное влияние на образ действий и поведение, и все это с учетом общности языка (но языка в широком смысле, как системы символов и норм, которые более или менее понятны всем участникам)".

В эту схему нетрудно включить и правоотношение, оно — движущая сила юридической жизни.

Проведем параллель еще дальше. Среди социологов — особенно англо-американских — традиционно различение трех видов взаимодействия или отношения: сотрудничество, соперничество, конфликт. В этой схеме не так просто найти место для всех правоотношений. Она игнорирует властные отношения, столь значимые для публичного права. Эта схема подходит скорее для частного права. Впрочем, и здесь нужна оговорка: наиболее важное в экономическом отношении в обществах либерального типа взаимодействие, а именно соперничество, отражено в праве этого общества весьма фрагментарно, в основном своими побочными проявлениями. Таково, например, возмещение вреда, причиненного недозволенной конкуренцией. Необходимо совершение деликта (недозволенная конкуренция), чтобы между конкурентами возникло правоотношение. И, наоборот, договор (в праве) выступает как форма,

широко открытая для отношений сотрудничества. Постулируется, что стороны не вступят в договор, если он не обещает взаимной выгоды. Во всяком случае, так обстоит дело в начальной стадии — вступления в договор и первых этапов его действия. Если же исполнение договора оказывается под угрозой или его условия нарушаются, то отношение сотрудничества сразу же превращается в отношение конфликта.

В трехзвенной схеме наибольшее внимание социологов привлекли в конечном счете отношения конфликта. Их излюбленная тема — конфликтующий человек. Само понятие конфликта толкуется весьма расширительно, вследствие чего оно становится расплывчатым. Конфликт в такой трактовке — это не только отношение человека с другим человеком или обществом, но также и конфликт с природой и самим собой¹². Но даже и в том случае, когда речь идет о конфликтах объективного характера, то есть о конфликтах между двумя лицами (одним из них может быть и такая неперсонифицированная личность, как государство), то и тогда мы имеем дело с весьма широким поняти-

150

151

ем. Война, забастовка, драка, соперничество в любви, ссора, неприязненно холодные отношения и т. д. — все это конфликты разной степени. Но собственно юридический тип отношений конфликта — это спор, который может быть разрешен с помощью права, спор, предшествующий процессу. Он может привести к процессу, но это не обязательно. Многие споры разрешаются полюбовно, по договоренности конфликтующих сторон, идущих на взаимные уступки. Бывает и так, что спор разрешается сам собой в результате безразличия, инертности и в конечном итоге действия погасительной давности¹³.

Если же спор перерастает в процесс, то последний придает отношению специфическую (можно сказать, ритуальную) форму и бросающую видимость. Процесс может также служить критерием разграничения еще двух видов юридических явлений: **связанных и не связанных с ним.**

5. ЧЕТВЕРТАЯ КЛАССИФИКАЦИЯ: ЯВЛЕНИЯ, СВЯЗАННЫЕ И НЕ СВЯЗАННЫЕ С ПРОЦЕССОМ

Юридические явления, связанные с процессом, — это те, которые происходят в ходе самого процесса или по его поводу. Самое существенное отличие процесса от других отношений конфликта — особый способ решения, а именно вмешательство в отношения двух противостоящих сторон третьего лица — судьи, уполномоченного достигнуть заданную цель, то есть разрешить конфликт. Происходит переход от диады к триаде.

Следует четко понимать, каков смысл классификации юридических явлений на основании критерия их связанности с процессом. Речь идет не о том, чтобы противопоставить процесс как систему определенных процедурных актов (обращение в суд, прения сторон, решение, обжалование и т. д.) всем другим юридическим явлениям, а о **двух возможных состояниях** любого юридического явления. В какой-то мере мы повторяем здесь свойственное цивилистам противопоставление «права в мирном состоянии» и «права в стадии войны» — то есть обращения к правосудию. Одно и то же юридическое явление — например, ответственность за дорожное происшествие или Не-действительность договора — может быть определено как таковое и до процесса, и в ходе процесса. С переходом этого явления из допроцессуального состояния в процессуальное его структура не меняется. Вместе с тем оно получает такую форму движения, которая должна учитываться социологией.

Чтобы не потерять связь с реальностью, социология права не может недоучитывать важность процессуального состояния изучаемых юридических явлений. Однако, с другой стороны, мы видим, что эта социология до сих пор рассматривала возможность перехода в процессуальную форму и способность быть объектом судебного решения как признак права, отличающий его от морали. Именно эта тенденция — преувеличивать роль процессуального момента — является в настоящее время наиболее опасной. Пристрастие догматической юриспруденции (будь то публичное или частное право) к судебной практике не могло не передаться социологии права, во всяком случае в той мере, в какой эта наука разрабатывалась юристами. Неопределенность слова **практика** дала возможность считать живым, повседневным правом именно стадию решения конфликтов — судебную практику. По существу же, это есть не что иное, как патология. Конечно, наблюдение клинических случаев способствует прогрессу биологии, но только при условии, что изучают также и нормальную жизнь. Исходя из того, что, во-первых, процесс деформирует реальность права; во-вторых, право намного шире, чем юридические явления, связанные с процессом, юридическая социология в противоположность позиции, которую занимает (и возможно, обоснованно) догматическая юриспруденция, должна отдать принципиальное предпочтение юридическим явлениям, не связанным с процессом.

Эрлих сделал многое для сведения к правильным пропорциям социологической роли процесса. Но затем эта сторона проблемы вновь привлекла внимание социологов. Способствовали этому американцы. Их правовая система основана на судебском праве, а общая социология весьма интересуется конфликтами. Отсюда особое внимание юридической социологии к спорам и процессам,

то есть конфликтной стороне права. Однако вовсе не столь уж необходимо, чтобы удовольствие, которое испытывают американцы, обращаясь к деятельности и даже личной жизни своих судей, привело бы к забвению одной из основополагающих теорем социологии права, гласящей, что право намного шире, чем юридические явления, связанные с процессом.

152

153

II. О РАЗЛИЧИИ ПРАВОВОГО И СОЦИАЛЬНОГО НЕПРАВОВОГО ¹, ПОНЯТИЕ ПРАВОВОГО

Все юридические явления могут рассматриваться как социальные. Нельзя представить себе право Робинзона. Однако не все социальные явления — правовые, и это порождает вопрос: какие характерные черты позволяют выделить юридические явления из общей массы социальных явлений? Поскольку как юристы, так и социологи привыкли отождествлять объективное право с нормой права, то и ответ на поставленный вопрос обычно строят на уровне нормы, то есть ищут специфическую черту, позволяющую выделить правовую норму из общей массы правил социального поведения. Эту специфическую черту называют юридичностью. Но это понятие в свою очередь нуждается в определении, которое одновременно призвано помочь установлению компетенции юридической социологии по отношению к общей социологии.

2. ЭЛЕМЕНТАРНЫЕ ФОРМЫ РАЗЛИЧИЯ ПРАВОВОГО И СОЦИАЛЬНОГО НЕПРАВОВОГО

Юристам не надо было ждать появления социологов права, чтобы заметить, что наряду с правом имеются и другие нормы, регламентирующие отношения человека с себе подобными. С давних пор каждое введение в изучение права включало в себя разграничение права и морали (нередко и религии). Однако то, что традиционно противопоставлялось праву под именем морали, было не чем иным, как этикой — наукой о добре и зле, в то время как речь должна была идти о нравах, обычаях. Тем самым оказались смешанными две системы правил, из которых одна имеет за собой аппарат внешнего принуждения, используемый обществом, а у другой единственной санкцией является лишь внутренний голос индивидуальной совести. Проблема юридичности возникает реально лишь тогда, когда речь идет о разграничении права с такими нормами, соблюдение или несоблюдение которых является не чем-то связанным лишь с внутренним миром психологии личности (как это свойственно морали или религии), но, как и в случае права, делом всего общества. Эту категорию норм, которые не относятся ни к праву, ни к морали, называют

154

обычно нравами — понятием широким и несколько неопределенным. Современные социологи попытались расшифровать его. В частности, американцы подразделили его на собственно нравы (обычаи — *mores*) и повседневные народные обыкновения (*folkways*), что в конечном итоге привело к трехзвенной конструкции, ставшей классической, а именно: право; нравы (обычай) в широком смысле; повседневные народные обыкновения.

Под последними имеют в виду принятый стиль одежды (охватывающий возможные вариации моды), способы приветствия, принятый эпистолярный стиль, время еды (французы, как отметил еще кардинал Ретц, особенно нетерпимы здесь к каким-либо нарушениям), чередование блюд (на Западе соленое едят раньше сладкого) и т. д. Можно было бы сказать, что речь идет о привычках, но это нечто большее, чем индивидуальные и даже семейные привычки. Это обыкновения всей нации, по меньшей мере социальной группы.

Значительно труднее уточнить категорию нравов. В качестве примера можно представить себе подразумеваемую норму, которая в большинстве современных обществ превращает так называемый «свободный союз» в юридически признаваемое состояние, хотя и менее совершенное, чем законный брак. Американские авторы в качестве другого примера охотно упоминают повсеместно встречающееся правило, которое обязывает соблазнителя жениться на обольщенной им девушке.

Во Франции под руководством Л. Русселя был проведен опрос, призванный выявить отношение разных поколений к браку, семье и разводу ¹⁴. В анкете спрашивалось, как должен поступить молодой человек по отношению к забеременевшей от него девушке. Вывод о его обязанности жениться был сформулирован в двух вариантах. В категорической форме за это высказалось 51 процент мужчин и 30 процентов женщин, вступивших в брак до 1951 года, и 40 процентов мужчин и 34 процента женщин, вступивших в брак после 1961 года. В более обтекаемой форме («брак более всего подходит для решения создавшейся ситуации») высказались соответственно 25 и 24 процента и 31 и 25 процентов опрошенных. Осознание обычной нормы, весьма отчетливо выраженное в ответах первого типа, несколько затуманено в ответах второго типа.

По мнению американских авторов, отличие нравов от повседневных обыкновений в том, что их нарушение при-

155

чиняет вред интересам другого, в наших примерах — соблазненной девушке или ребенку, рожденному в свободном союзе. Однако этот критерий далеко не бесспорен. Так, вежливость, правила которой с очевидностью могут быть отнесены к повседневным обыкновениям, с основанием рассматривается как внимание к интересам других. Поэтому мы ограничимся констатацией, что нравы более значительны и серьезны, чем обыкновения. Не говоря уже о том, что различия в степени важности достаточно относительны, эта констатация не помогает нам провести и границу, разделяющую нравы и право. Проблема юридично-сти тем самым остается открытой.

3. РАЗЛИЧИЕ ПРАВОВОГО И СОЦИАЛЬНОГО НЕПРАВОВОГО В СОВРЕМЕННЫХ ОБЩЕСТВАХ

В этих обществах проблема существенно упрощена благодаря одному чисто формальному обстоятельству, тому, что современные общества основаны на бумажной цивилизации и в них нет иного права, кроме писаного. В результате этого право сливается с документами со штампом «право», поставленным на них компетентной властью — законодательной, регламент/арной и т. д. Правда, для того чтобы узнать, что есть право, приходится обращаться к разным органам официального опубликования и в одних случаях листать «Журналь оффициель», а в других — «Бюллетень дез арре». Но все, что находится и в том и в другом, является правом. И, наоборот, любая норма за их пределами — неправовая. Однако все обстоит не так просто, как кажется на первый взгляд, и в этом нетрудно убедиться на нескольких примерах.

Гражданское право, как и любое право, содержится в официальных государственных сборниках, а нормы, относящиеся к категории нравов, — вне их. Кажется, что все просто. Но как быть, если сборники в ряде случаев отсылают к нравам. Такая отсылка может быть открытой и прямой, как это делает статья 1133 Гражданского кодекса, но может быть и завуалированной, как это имеет место при использовании категории вины. Напомним, что вина может выразиться в нарушении как нормы права, так и нравов. В этой связи проблема юридичности встает в новом ракурсе: исходный пункт — явление, относящееся к нравам, а конечный — правовое явление (недействительность договора, взыскание убытков). Грань между ними

156

не так-то просто установить. Приведем пример из судебной практики. Водитель автомобиля, выводя его из гаража, расположенного в доме, обязан пропустить пешеходов, идущих по тротуару. Это — правило вежливости, которое переходит в правило предосторожности и далее трансформируется в случае его нарушения, повлекшем причинение вреда, в норму права. Последует гражданская ответственность автомобилиста.

Причиненный другому вред часто означает такого рода переход из области нравов в область права, особенно когда речь идет об имущественном вреде (право и деньги во многом тесно связаны). Правда, следует оговорить, что речь идет о вреде в достаточно значительных масштабах. Малосущественный вред остается за рамками права: «закон и судья не занимаются малозначительными предметами» (*de minimus pop curat lex et pretor*), или, по другой формуле римских юристов, — «слишком мало считается ничем» (*parum pro nihilo*).

Сходные представления о плавных переходах из одного состояния в другое весьма часто возникают, когда хотят определить, к какому порядку — правовому или социальному неправовому — относятся некоторые индивидуальные действия. Известно, например, что делового письма в сфере коммерческих отношений достаточно для предъявления требований, влекущих правовые последствия. Представим себе покупателя, который в весьма вежливой форме обращает внимание продавца на задержку поставки: «Я буду весьма признателен, если вы сообщите мне, когда я могу ожидать получения от вас купленной мной вещи. Я заранее вас благодарю и прошу вас верить в мои искренние чувства и т. д.». Что перед нами? Вежливый вопрос или претензия юридического характера? И разве не двусмысленна формула «я вас прошу», которая в зависимости от тональности может звучать как вежливое обращение и как угроза.

Приведем еще пример. Умиравший любовник посылает почтовую открытку своей возлюбленной: «Я думаю о твоём будущем... Я хочу, чтобы ты до конца твоих дней получала фиксированную ренту, которую будут выплачивать тебе мои наследники... Пьер». Письмо, даже подписанное одним лишь именем без указания фамилии, может быть приравнено к олографическому завещанию. Но что имело место в данных обстоятельствах? Не идет ли речь об общем пожелании, остающемся еще в сфере неправо-

157

вого? Имеется судебное решение 1952 года, истолковавшее почтовую открытку как завещательное распоряжение. Тем не менее, чтобы увидеть правовое в ходе его становления, предпочтительнее не единичное решение, а серия юридических актов. Обратимся в этой связи к

еще одному примеру—поощрениям, которые получает персонал от предприятия (тринадцатая зарплата, премия по итогам года и т. д.). Судебная практика в принципе считает, что поощрения зависят от воли предприятия и служащие не вправе ни оспаривать их размеры, ни требовать их систематической выплаты. Но вместе с тем судебная практика резервирует возможность в некоторых случаях — в зависимости от конкретных обстоятельств, и в частности от повторяемости выплат, — рассматривать эти поощрения как дополнительную часть заработной платы, которую наниматель обязан платить. И здесь наступает тот момент, когда отношение переходит из обычного (сфера нравов) в правовое отношение.

4. ТО ЖЕ РАЗЛИЧИЕ В РАННИХ ОБЩЕСТВАХ

В тех обществах, где преобладает неписаное право, установлению интересующего нас различия не может помочь формальный момент — наличие документальных юридических источников, — свойственный легалистским цивилизациям. В примитивных обществах это различие затруднено еще одним фактором—отсутствием государства, выделившегося из общества органа, отдающего приказы. Когда хотят выявить, чем же определялся образ жизни такого примитивного общества, то говорят иногда о **неотчетливом обычае**, о неотчетливой нормативности, из которой позднее в ходе эволюции выделились более определенные системы — религия, этика, нравы и даже право. Следы этой примитивной неотдифференцированности еще долго проявлялись в последующих обществах. Аил-Гелий рассказывает, например, что в республиканском Риме в начальный период его существования цензор мог обвинить в ненадлежащем поведении (*impolitia*) владельцев лошадей, которые плохо ухаживают за ними (а, возможно, также и крестьян, которые плохо обрабатывали свою землю). Сообщая об этом, Авл-Гелий явно не отдавал себе отчета в том, что речь идет о развитой правовой регламентации ведения домашнего хозяйства в описываемое им время. Аналогичным образом Ульпиан, цитируя

158

три предписания права (*juris praescripta*), поставил предписание «жить честно» (*honeste vivere*) раньше двух других «не вреди другому» (*alterum non laedere*) и «каждому воздай должное» (*suum cuique tribuere*). Ульпиан не осознавал, что говорит не о своей эпохе, а о более отдаленных временах, когда моральный принцип сливался с правом. Известно, что Библия и Талмуд соединяют воедино чисто юридические, с нашей точки зрения, правила с другими, которые, по нашим представлениям, чужды праву. Аналогичным образом поступают мусульманское право и китайское право, действовавшее до революции. Так, один из китайских императоров в XVII веке установил наказание (шестьдесят ударов бамбуковой палкой или год ссылки), налагавшееся на сыновей, которые не носили положенного траура после смерти своих родителей и других родственников по восходящей линии.

5. ИСТОРИЧЕСКАЯ ИЗМЕНЯЕМОСТЬ ЭТОГО РАЗЛИЧИЯ

Исторический анализ показывает, что линия, разделяющая правовое и социальное неправовое, не неподвижна. Происходят перемещения из одной сферы в другую, и сами эти перемещения, поскольку они помогают определить сферу права, могут рассматриваться как юридические явления. В зависимости от ритма подобных перемещений, который весьма неравномерен, можно выделить два их типа.

Укажем прежде всего на изменения медленные и постепенные — составные элементы эволюции, длившихся столетиями, если не тысячелетиями. Кто взялся бы, например, проследить тот неясный путь, в результате которого гостеприимство, бывшее вначале объектом религиозного восхищения (как свидетельствует об этом библейская притча), ставшее затем чисто моральным обычаем у греков, превратилось в Римской империи в объективное право и особое правомочие (*jus hospitii*), подкрепленное даже фидуциарным символом (*tessera hospitalitatis*) и ставшее предвестником еще более полной юридизации и коммерциализации в виде договора гостиничного найма.

В ходе исторического развития сложились несколько видов постепенных изменений. Один из них, наиболее известный, — секуляризация права. В строгом смысле это — процесс, в результате которого право выделяется из религиозных предписаний, с которыми оно составляло ра-

159

нее единую массу. Такой процесс происходил в Риме времен республики, но в какой последовательности, в каком объеме и при каких условиях — до сих пор остается весьма спорным. Во всяком случае, секуляризация знала приливы и отливы, поскольку при христианских императорах право вновь оказалось пропитанным религией. Насыщение права религией еще более возросло в средние века (для канонического права и поныне характерна некоторая недифференцированность религиозных и правовых императивов).

Позже, в ходе исторического развития, прошла вторая волна секуляризации. Она была ощутима во

Франции уже в последний период старого режима, но свое окончательное выражение нашла в революции и Гражданском кодексе. Эта волна распространилась затем на большинство правовых систем, не только христианских, но и исламских и других. Правда, тут бывали и отступления, и поражения. О секуляризации можно говорить и в широком смысле, как о процессе отделения права от морали (которая, впрочем, часто переплетается с религией), нравов, обыкновений и т. д., короче — от всего того, что не является правом. Политическая философия XIX века, либеральная и индивидуалистическая по своему характеру, сделала господствующим мнение, что процесс очищения права, сведения юридического к минимуму является естественным и необходимым. Известный поворот наметился в нашем обществе в связи с принятием законов, разрешивших аборт и разводы. Впрочем, и в других сферах право стремится связать себя с моралью¹⁵.

Иным образом поставлено под вопрос строгое разграничение права и морали в социалистических государствах. Здесь исходят из того, что не мораль должна становиться законом, а скорее закон должен стремиться занять место морали. Говоря более точно, воспитательная роль, которая в буржуазном обществе отдана морали, здесь возложена на социалистическую законность.

Перейдем теперь ко второму типу изменчивости соотношения правового и социального неправового. Этот тип более удачен для наблюдения, и линия, разграничивающая эти две сферы, изменяется тут как бы скачкообразно, по воле законодателя. Нередко бывает, что власть, желая скорейшим образом достичь желанного результата, считает полезным законодательно воздействовать на нравы и повседневные обыкновения. В этих случаях право аннек-

160

сирует, хотя бы и временно, новые сферы. Французский Закон от 8 августа 1962 года юридизировал формы взаимопомощи в сельском хозяйстве, которые раньше рассматривались как полностью относящиеся к сфере нравов.

В разные эпохи государство пыталось регламентировать стиль жизни. Достаточно вспомнить законы против роскоши (в историческом плане очень значимые), законы, регламентирующие продовольственное снабжение населения (например, 1940—1945 гг.), запрещение моды, которую считали реакционной (такой была борода для Петра Великого и феска для Ататюрка). Такого рода регламентация может быть истолкована вполне однообразно: право произвольно расширяет свои границы за счет нравов.

6. МНОЖЕСТВЕННОСТЬ НОРМАТИВНЫХ СИСТЕМ И ЯВЛЕНИЯ МЕЖНОРМАТИВНОСТИ

Не только нормы права регулируют жизнь человека в обществе. Здесь действуют и другие нормативные системы, и действуют зачастую даже лучше, чем право, что и подчеркивает теория **нормативного плюрализма** (которую не следует смешивать с теорией **правового плюрализма**). Может показаться, что неюридические нормы по своей природе не попадают в сферу социологии права. Однако они настолько тесно связаны с правом, конкурируя с ним и дополняя его, а их анализ по аналогии столь полезен и для изучения собственно юридических явлений, что наша дисциплина не может пройти мимо них. Социология права призвана быть нормологией в широком плане, а не только узкой наукой о правовых нормах.

Юристы всегда обращали особое внимание на разграничение права и морали. «Не все, что правомерно, благородно» («Non omne quod licet honestum est») — эта максима римского юриста Павла была воспринята «Дигеста-ми» в качестве нормы. Когда современные авторы обращаются к соотношению права и морали¹⁶, они думают лишь о роли морали в сфере права. Но имеет смысл и обратная постановка вопроса: а не может ли право войти в святилище морали и в конечном итоге заменить ее? В социалистических странах распространен тезис, согласно которому право может способствовать моральному воспитанию населения¹⁷. Однако это не только марксистский тезис. Его истоки можно увидеть в учении о законе греческих философов, позднее в легалистской идеологии

11 Заказ № 1161

161

якобинцев. Во Франции подобная идея имела хождение в первый период Третьей республики, и философ Андре Марсерон в книге, изданной в канун первой мировой войны, развил ее в целую теорию, согласно которой у морали нет иной цели, кроме как научить легко и свободно следовать законам страны¹⁸.

Еще Монтескье четко показал различие между правом и нравами в строгом смысле этого слова («О духе законов», книга восемнадцатая, глава XIII). Здесь он предвосхитил Маркса, ибо полагал, что право возникает вместе с собственностью. Ранее же существовали только обычаи и нравы.

В юридической литературе обычно констатируют различие права и нравов и ограничиваются этим.

Нравы остаются в тени, хотя более внимательный взгляд мог бы обнаружить среди них разнообразные явления. Это сделал В. Самнер, выделив понятие повседневных народных обыкновений — *folkways*¹⁹. Одновременно с ним представитель догматической юриспруденции Перро составил перечень случаев, когда такого рода обыкновения находили отражение (разумеется, он не называл их *folkways*) в позитивном французском праве. Его статья носила название «Вежливость, любезность и обыкновения перед судебной практикой»²⁰. Уже тот факт, что эти явления могли стать поводом для судебного разбирательства, убедительно свидетельствует, что признак соблюдения интересов другого лица свойственен и обыкновениям.

К иному выводу пришел Амброзетти²¹. Он сравнивает социальные неюридические обыкновения с наиболее близкой с ними по внешнему виду нормой нрава, а именно неписаной нормой, правовым обычаем. Первые, по мнению Амброзетти, характеризуются отсутствием санкций. Однако такое толкование по меньшей мере спорно. Обыкновения, приводимые автором в качестве примеров, — правила вежливости, рыцарства и т. п., — будучи стереотипами поведения определенной группы, как раз достаточно обязательны, в то время как, например, договорное право, предстает перед нами как сфера свободы.

Параллель между правом и неюридическими обычаями наглядна; их внешнее сходство бросается в глаза. Из-за этого социология права не видела за обычаями и нравами других нормативных систем. А они есть. Кроме права и нравов, нашу жизнь регламентирует немало других норм, хотя мы и не воспринимаем их таковыми. Это правила

162

гигиены и терапии, система мер и весов, порядок деятельности магазинов и учреждений. Все эти нормы — продукты цивилизации. Однако нормативность может быть скрыта и в более глубоких пластах, за квазиавтоматизмом большинства человеческих действий. Язык — это тоже нормативная система, и, даже не зная языковых правил, мы следуем им. Упомянем также всеобщие и, во всяком случае, наднациональные нормы, определяющие то, что Мосс называл техникой телодвижений, — например, стереотипы жестикуляции, которые кажутся интуитивными, но в действительности незаметным образом регламентированы.

Между правом и другими нормативными системами возникают и прекращаются взаимосвязи, переплетения, конфликты. Мы называем эти ситуации явлениями межнормативности.

Некоторые из этих явлений носят эволюционный, динамический характер, как, например, то усиливавшееся, то, наоборот, ослабевавшее в ходе истории взаимопроникновение права и морали.

Другие межнормативные явления более статичны. Весьма часто один и тот же вид поведения подчинен воздействию ряда нормативных систем. В таком положении находится, например, брак по отношению к праву, религии и нравам. В ряде случаев подобное одновременное подчинение не встречает затруднений. Так, процедура заключения брака в мэрии определена нормой права, а принятие женой фамилии мужа порождено обычаем, нравами. Нередко, однако, допуская совместные действия нескольких нормативных систем, право сохраняет за собой первенство. Во Франции возможно сочетание гражданского и религиозного брака, правовой нормы и нормы религиозной, но эта последняя должна удовлетвориться вторым местом. В других случаях появляется нечто вроде коллизионной нормы (как в международном частном праве), которая возвышается над конфликтующими нормативными системами, определяет в данном конкретном случае разумную сферу их компетенции. Среди мер, которые суд может применить к малолетнему правонарушителю, Ордонанс от 2 февраля 1945 года (ст. 15 и 16) предусматривает его передачу родителям. Ордонанс квалифицирует эту меру как благотворительную и воспитательную (ст. 2), однако стыдливо умалчивает о том, как же должна семья встретить малолетнего правонарушителя. Более откровенен швейцарский Уголовный кодекс, который устанавливает, что малолетний правона-

И*

163

рушитель передается отцу и матери для того, чтобы они сами соответствующим образом наказали его. Таким образом, нормативная компетенция распределена между правом и нравами, между социальным порядком и семейным порядком.

Конфликт норм может выступать и в форме конфликта представлений о долге в психике лица. В этой связи можно вспомнить то, что в гражданском праве называют натуральными обязательствами. В этих случаях норма права освобождает должника от уплаты долга, а норма морали требует, чтобы он сделал это. Межнормативная норма (в ее качестве выступает статья 1235 Гражданского кодекса) в целях решения этого конфликта соответственно распределяет компетенцию: платить или не платить долг — определяется моральными установками, но в отношении исполненного натурального обязательства обратное истребование не допускается.

7. ПОИСК КРИТЕРИЯ ПРАВОВОГО

Вывод о том, что в современных обществах сосуществуют две системы норм — юридические нормы и все остальные неюридические социальные нормы, требует найти разграничительный критерий.

Поскольку в общей массе норм юридические нормы обладают особой спецификой, следует прежде всего искать то, что является отличительным признаком правового.

Сказанное позволяет нам отказаться от теоретически допустимого критерия, в соответствии с которым специфику юридического нужно искать в материальном объекте нормы. Мы видели, что в разные эпохи одинаковые виды поведения оказывались в ведении разных нормативных систем. Поэтому мы не можем предполагать, что уже по самой своей природе одни виды поведения должны быть отнесены априори к сфере юридического, а другие — социального неправового. «Не убий» — может звучать равным образом и как религиозная заповедь, и как моральный императив, и как норма права. Запрещение курить в метрополитене — юридического происхождения, но равным образом оно идет от правил вежливости, а также гигиены. Таким образом, юридическое не связано заранее с определенной сферой общественных отношений — это извне приходящее качество, которое может быть придано любому общественному отношению. Где же в таком случае искать различие между юридическим и социальным неправовым?

164

Существуют две (если игнорировать нюансы) основные теории. Если представить себе нечто вроде потока, где однажды сформулированная норма как бы плывет вниз по течению к своему применению, то обе эти теории ищут критерий именно в низовьях, то есть в сфере применения, реализации. Но для одной из этих теорий таким критерием является принуждение, с помощью которого реализуют нормы, а для другой — порядок рассмотрения, при котором нормы могут и не быть применены.

Как и при поиске других дефиниций, мы и в данном случае сталкиваемся с такими трудностями, которые приводят нередко к выводу о необходимости вообще отказаться от попыток решения проблемы. А. Хобель сравнивал их с «поиском Грааля»²². С иных позиций автор марксистской ориентации констатировал «тупик в поисках дефиниции права»²³. Трудность связана с тем, что ищут критерий, который равным образом был бы применим и к архаическим, и к развитым обществам. Правда, в этих последних государство, как бы предшествующее праву, само определяет, что имеет силу закона. Этот критерий подкупает своей бюрократической (если не сказать, детской) простотой. Однако он не достоин социологии. Что касается архаических обществ, то им вряд ли известно принятое у нас различие юридических и неюридических обычаев: они живут в еще недифференцированной нормативной сфере. Юридическая социология не достигнет успеха в поисках критерия правового, не обзаведясь необходимым понятийным инструментарием.

8. ПРИНУЖДЕНИЕ КАК КРИТЕРИЙ ПРАВОВОГО

Как важная часть всей дюркгеймовской социологии, принуждение приобрело характер классического критерия. Вначале это была идея, исходившая из здравого смысла с оттенком финализма: поскольку норма создана для того, чтобы ее применять, это применение должно быть обеспечено принуждением. Общество, создавая нормы, создает также и принуждение на случай отклоняющегося поведения. Но природа этого принуждения — поскольку оно исходит от общества, назовем его социальное принуждение — не всегда одинакова. Именно благодаря этому различию в природе социального принуждения могут быть разграничены два вида норм — юридические и все остальные. Таким образом, понятие социальное принуждение

165

образует основу дальнейшего исследования. Попытаемся разъяснить это понятие применительно к двум составляющим его терминам.

Принуждение. Некоторые авторы нередко предпочитают другой термин, а именно санкция. Но он неудобен тем, что слишком узок. Он заставляет думать если не исключительно об уголовных наказаниях (ибо существуют гражданско-правовые санкции), то, во всяком случае, о реакции, которая является ответом на несоблюдение нормы. Однако нельзя не видеть, что еще до их несоблюдения нормы превентивным образом содержат требование подчинения себе. Поэтому предпочтительнее термин «принуждение», являющийся достаточно широким, поскольку он охватывает как психологическое, так и физическое принуждение.

Обратимся теперь к термину социальное, идущему из словаря Дюркгейма. Хотя оно по созвучию понятию социальный контроль, идущему из американской социологии, смешивать эти два понятия не следует. Нормы (как юридические, так и иные) и принуждение, которое их сопровождает, входят в социальный контроль, но он не сводится только к ним. С другой стороны, социальное принуждение — и это существенно для его понимания — говорит о чем-то более сильном, чем социальный контроль.

В понятии «социальное принуждение» определение «социальное» является сущностным. Мы должны учитывать только принуждение, исходящее от общества, и оставить в стороне то, что можно назвать самопринуждением личности, внутренним принуждением, находящимся в ведении этики, особенно в кантовском ее понимании.

Но даже исключив то, что относится к сфере этики, мы сталкиваемся с трудностью разграничения права и нравов в широком смысле слова (то есть и повседневных обыкновений), поскольку и то и другое равным образом опирается на принуждение, исходящее от общества. Граница между правом и нравами, таким образом, проходит и здесь. В обоих случаях речь идет о социальном принуждении, но в каждом из них оно имеет отличительные черты, являясь сознательно установленным и определенным образом организованным, когда речь идет о нормах права, и инстинктивным и диффузным, когда речь идет о нравах. Социальное принуждение в праве исходит от специализированного органа и выполняет сознательно установленную функцию. Сочетание этих двух элементов несвойственно принужде-

166

irato, сопровождающему нравы. Таким образом, выдвинуты две идеи: сознание и специализация. Попытаемся сопоставить их.

1. Поставим вопрос так: снабдив норму определенной мерой принуждения, предполагает ли сознательно общество довести эту норму до исполнения? При позитивном ответе на этот вопрос перед нами окажется юридическая норма. Если же этого фактора нет, социальная норма останется неправовой. Неправовая форма еще более характерна в этом плане, когда она вообще не преследует каких-то определенных конечных целей, и принуждение в этом случае не более чем эпифеномен, то есть явление, сопутствующее отклоняющемуся поведению, не имеющее конкретных функций (это наиболее характерно для повседневных обыкновений: когда кто-то в ресторане заказывает сперва десерт, а затем суп, то реакцией на такое «нарушение» могут быть лишь улыбки окружающих).

Этот критерий преднамеренного, сознательного использования принуждения вызывает возражения, ибо, как и всякий психологический критерий, он достаточно шаток, и это его свойство усугубляется тем, что в данном случае речь идет не о состоянии сознания индивида, а о гипотетическом психологическом состоянии общества. Намерение законодателя, устанавливающего уголовное наказание, очевидно. Но всегда ли есть такая единая сознательная установка? Итак, мы снова отброшены к ипостаси «коллективное сознание» (коллективные представления) со всеми трудностями, которые она порождает.

2. Утверждают, что принуждение в праве — это принуждение, исходящее от специального, отличного от других органа. В современных обществах он называется государством и состоит из правителей, начальников — тех, в чьих руках находится власть. Принуждение же в сфере нравов, наоборот, исходит из самой социальной среды, от самого населения, и конкретный источник такого принуждения не может быть заранее зафиксирован и локализован.

Убедителен ли этот критерий? Очевидно, что нет, и в действительности мы снова оказываемся в тупике. Конечно, функциональное использование социального принуждения определенным органом ad hoc может служить для определения права, но только в одном из его ракурсов, а именно права, установленного волей государства, этатистского права, то есть, проще говоря, закона. Но закон не

167

единственная форма права. Имеется также обычай, а социальное давление, стоящее за ним, представляется таким же бессознательным и неорганизованным, как и то, что стоит за нравами. По механизму, который делает их обязательными, обычай и нравы весьма близки друг к другу. Тем не менее нравы — это неюридические обычаи, а обычаи — это нравы, подвергшиеся юридизации. Затруднения, вставшие перед нами, продолжают действовать.

9. РАЗЛИЧИЯ В ПРИРОДЕ И СТЕПЕНИ ПРИНУЖДЕНИЯ

Продолжим анализ, перенеся сравнение с общей характеристики принуждения на его конкретные формы. Одни из них — чисто психологического свойства. Другие — физического порядка, это материальные средства принуждения. Представляется весьма соблазнительным разграничить правовые и иные нормы в соответствии с тем или иным видом социального принуждения. Именно с таким подходом связано определение права, данное Обри и Ро в начале их известного «Курса гражданского права», первое издание которого вышло в 1838 году: право — это совокупность предписаний или норм поведения, соблюдать которые лицо может быть заставлено внешним или физическим принуждением²⁴.

Следует признать, что в общем виде такое разграничение соответствует действительности. Тем не менее оно наталкивается на препятствия со стороны как права, так и нравов. Уголовное право в технике позорящих наказаний часто использует порицание. Когда Руссо нарядился в костюм армянина, в него бросали камнями.

Некоторые авторы сделали упор на различие в степени принуждения. Когда речь идет о неправовой норме, общество прибегает к менее сильным видам принуждения, а правовое, наоборот, характеризуется более интенсивными! его видами. В общем плане и это разграничение дает положительные результаты. Но научная строгость не может удовлетворяться суммарным сопоставлением больше— меньше. Кроме того, можно привести примеры, когда такое сопоставление не работает. Разве менее силен относящийся к сфере обыкновений отказ от портшезов в Париже XX века, чем различного рода юридические запреты, касающиеся парковки автомобилей?

Концепция принуждения в социологической теории мало чем отличается от того, что мы видим в частном

168

праве. Все тот же перенос центра акцентов с физического на психологическое принуждение, все та же тенденция свести все к понятию устрашения. Власть как бы выставляет напоказ свою силу, но как угрозу, которую она предпочитает не приводить в исполнение.

Неприкрытая физическая сила в современном праве уже не является излюбленным средством.

Законодатели и уголовно-правовая практика перешли от традиционных мер к мягкой терапии.

Передовые люди сначала аплодировали этому. Однако затем пришло разочарование. Было замечено, что за этой мягкостью скрывается особая форма принуждения.

Принуждение может быть слышано и другим способом, оставаясь тем не менее принуждением. В «государстве благоденствия» человек и его семья не могут существовать без социальных услуг (социальное обеспечение, пособия многодетным). Связывая предоставление таких услуг соблюдением определенных правил, власть обеспечивает послушание, тем прибегая к насилию. Это модернизированная и одновременно более примитивная форма «тактики пряника», которая во все времена использовалась правящими. Однако методом поощрения можно воздействовать на отдельные процессы, а право требует усредненного, но всеобщего конформизма.

10. КРИТЕРИЙ «ПОРЯДОК РАССМОТРЕНИЯ»

В итоге приведенных выше соображений мы можем решительным образом оспорить критерий принуждения. Многие века государственного правления сформировали представление о том, что самое существенное в праве — это норма, а санкция, которой обеспечивается исполнение нормы, — одна из необходимых черт права. Этнологические исследования обнаружили, однако, во многих примитивных обществах установку, контрастирующую с нашей и трактующую право не как норму, исполнение которой обеспечивается силой, а как мир, согласие, равновесие, достигаемые соглашением и примирением. И было бы наивно думать, что и в нас не сохранилось ничего от этой примитивной ментальности. Не говоря уже о международном публичном праве, которое в значительной мере является собой модель права, лишенного санкций, и во внутреннем праве с его императивными методами методы убеждения продолжают использоваться и тяжущимися и судьями.

169

Первыми — когда они ищут компромисс и мирное соглашение, вторыми — когда они склонны к решениям, основанным на справедливости. Конечно принудительность права не какой-то случайный момент в его эволюции. Тем не менее принудительность не является важнейшей чертой юридического.

Те, кто видит в санкциях основной критерий права, не всегда учитывают двусмысленность этого критерия. Действительно, утверждать, что юридической является норма, нарушение которой приводит в действие определенный механизм принуждения, призванный обеспечить ее исполнение, — значит тем самым молчаливо признать, что норма может быть нарушена. Возможность нарушения становится даже более значительным признаком, чем возможность принуждения (ибо оно не всегда сопровождает нарушение), и вызов, брошенный нарушителем норме, предстает как решающий момент в механизме права.

Праву свойственна не просто возможность оспаривать, а определенным образом организованная возможность такого рода, институт оспаривания. На основании чего? Разумеется, не самого права, выраженного в виде нормы, но применения права к данному конкретному случаю. Этот институт оспаривания имеет определенную форму, а именно процессуальную, завершаемую решением.

Процесс и решение — такие психосоциологические феномены, которые настолько чужды всем социальным неправовым явлениям и настолько специфичны для права, что наиболее правильным представляется избрать именно их в качестве критерия юридического.

Эту точку зрения на основе обширной этнологической аргументации защищал американский социолог Герман Канторович в своей работе «Определение права»²⁵. В данное им определение права включено то, что он назвал «юстициальностью». В соответствии с этим признаком правовыми являются лишь нормы, дающие возможность вынесения решения. При этом

юстициабельность не должна пониматься как синоним судебной подведомственности. Эти два понятия следует четко различать, ибо право создают не только судебные решения. Было бы неверно полагать, что в конечном счете только связь с судебной практикой отличает право от нравов. Очевидно, что юридическое часто формируется вне сферы деятельности судей. Юстициабельность — лишь возможность решения (*eventus iudicii*), но не само реальное решение, а тем бо-

170

Лее осуждение. Нельзя понимать предлагаемую теорию в том смысле, что она считает юридическим лишь то, что получило санкцию суда. Такое понимание означало бы возврат к критерию социального принуждения с той лишь разницей, что на этот раз ход рассуждений шел бы не от нормы к решению, а наоборот. Следует предостеречь и против еще одного ошибочного понимания предложенной теории, а именно сведения ее к возможности обращения к юстиции, к трактовке нормы права как того, что дает право на иск. Такое понимание было бы слишком узким и ограниченным техникой, унаследованной у римского права. Юстициабельность охватывает значительно более универсальный круг явлений, включающий всякое обращение к судье-арбитру, даже если оно не облечено в предписанные формы и представляет собой не более чем простую жалобу. Кроме того, данная теория не вкладывает в понятие решения жесткие характеристики современной процедуры. Это решение может быть построено по принципу силлогизма, но может иметь и харизматический характер. Существенно именно вмешательство судьи, третьего лица (безразлично, частный ли это арбитр или государственный чиновник), поставленного в особое положение, с тем чтобы критически разобраться в существе спора менаду сторонами и найти выход из сложившегося положения с помощью решения. Как только отношение между двумя лицами становится объектом рассмотрения со стороны третьего лица, которое решит спорные вопросы, это означает, что данное отношение из области нравов перешло в несколько неопределенное царство права.

Укажем и на некоторые другие концепции, стремящиеся выявить отличительные признаки юридического.

1. В Германии теория принуждения часто противопоставлялась теории признания, восходящей к Эрлиху. Теория признания носила психологический аспект, и ее основная идея состояла в том, что норма является правовой потому, что общество рассматривает ее как обладающую максимумом обязательной силы. Но как определить критерий «общество рассматривает»? Как измерить это усмотрение? Быть может, следует исходить из характера психологических реакций на нарушение нормы? Такой реакцией будет улыбка, если речь идет о повседневных обыкновениях, презрительное отношение, когда речь идет о нравах, наконец, активный протест, когда речь идет о праве. Близок к Эрлиху Петражицкий. В его концепции юриди-

171

ческие переживания отличаются от моральных тем, что выступают в неразрывной связи правомочие — обязанность.

2. Согласно марксистской концепции, право создает господствующий социальный класс. Он же определяет, что следует считать правом. Норма, за которой нельзя увидеть деятельность этого класса, лишена тем самым признака правовой.

3. Среди современных юристов есть и такие, кто основной характеристикой правовой нормы считает ее нейтральность²⁶. Она выражается в том, что правовая норма способна «поглотить» любую другую социальную норму, становящуюся тем самым ее содержанием. Эта способность и является тем признаком, по которому норму права можно отличить от других регуляторов социального поведения. Однако возникает вопрос: а свойственна ли эта черта лишь праву? Не происходит ли такого рода обмен между нормативными системами **во всех направлениях**. Так, например, предписания кодекса дорожных правил постепенно входят в привычку и тем самым в неписанный кодекс правил поведения автомобилиста. Возможны и многие другие примеры.

11. О ВОЗМОЖНОСТИ ЭМПИРИЧЕСКИХ ИССЛЕДОВАНИЙ ТОГО, ЧТО ЯВЛЯЕТСЯ ПРАВОВЫМ

Анализ, проведенный нами выше, представлял собой теоретические исследования, подкрепленные сравнительно-правовыми данными, почерпнутыми из этнологии или истории. Могут ли способствовать решению проблемы эмпирические исследования, и в частности опросы? Представляется, что до сих пор не было попыток ответить на этот вопрос. Он заслуживает, однако, того, чтобы быть по крайней мере поставленным.

а) Первое из возможных исследований могло бы представить собой попытку выделить в социальном явлении входящий в него юридический компонент. Как уже отмечалось выше, в социальном явлении могут быть соединены различные субстанции: экономическая, религиозная, нравственная, а также и юридическая. Это обстоятельство подчеркивает теория **тотального социального явления**, которую развивал Моос, а затем Гурвич. Полезно проанализировать некоторые социальные явления таким образом, чтобы попытаться отделить юридическое от всего остального, выявив при этом, насколько возможно такое отделение и каков вес юридического — значителен он или им можно пренебречь — в этом расщепленном явлении. В качестве примера возьмем такое социальное явление, как положение сельского собственника. Здесь, несомненно, значим экономический элемент, выраженный в цифрах доходов и капитала, но также и юридический момент — право собственности, то есть **владения, пользования и распоряжения**. Можно было бы попытаться выделить юридическое в действиях собственника, отделить то, что соответственно относится или к экономическим выгодам, или к юридическим прерогативам. Представляется — во всяком случае, в первом приближении, — что такой подход может быть применен при сравнении поведения собственников, с одной стороны, и фермеров (арендаторов) — с другой, имеющих одинаковый экономический доход. Известно, что во многих районах экономическое положение мелких собственников не лучше, чем у фермеров или арендаторов. И если ответы первых на политические, социальные, моральные и иные вопросы отличны от ответов вторых, то это явно следует связать с правом собственности.

Моделью, побуждающей к такого рода исследованиям, может послужить опрос, проведенный М. Доганом²⁷. Этот опрос, на примере одного сельского района в Италии в 1958 г., показал яркий контраст между голосованием на выборах бедных собственников, с одной стороны, и столь же бедных арендаторов, но песобственников — с другой. Последние голосовали за левых в значительно больших масштабах, чем первые (соответственно 63 процента и 12 процентов голосов). Таким образом, осознание своего права собственности, наличие правового института породили специфическую консервативную реакцию.

б) Второе возможное исследование состоит в определении **пределов юридического**. Один и тот же вид поведения, в одном и том же обществе, в одно и то же время может рассматриваться одними и теми же наблюдателями и как правовой, и как явление нравов. Это различие в восприятии зависит от некоторых деталей в рассматриваемом поведении. Изменяются детали, изменяется и оценка наблюдателей. Это открывает эффективную и полезную возможность создания анкет-тестов, описывающих поведение в целом идентичное, но различающееся в деталях, которые в одних случаях были бы сглажены, а в других — усилены. Таким путем можно выявить тот рубеж, от которого начинается восприятие поведения как правового.

173

В уже упоминавшейся книге Иеринга²⁸ можно найти целую коллекцию воображаемых случаев, «бродящих» между сферами нравов и права. Эта книга может быть полезным источником для составления тестов. Мы ограничимся тем, что используем лишь один из примеров, который удачен потому, что автор книги подает его в разных вариантах. Относится ли к сфере права ситуация, когда приглашенная на ужин почтенная мать семейства прячет для своих детей поданное на стол печенье? Относится ли к сфере нрава ситуация, когда гость прячет в карман предложенную ему сигару или же другой гость уносит с собой бутылку вина, которое он не пил? Имея в виду такие примеры, можно полагать, что большая или меньшая ценность предмета вряд ли повлияет на мнение опрашиваемых. Принцип «закон и судья не занимаются малозначительными предметами» («*de minimus pop curat lex et praetor*») выражает как общепризнанное представление, так и правило процедуры. Серьезность вреда — вот что может образовать наиболее убедительный предел юридического.

Если следовать в этом направлении, то гражданское право дает возможность для еще одной модели опроса. В теории пороков воли существует традиционное различие *dolus malus* (злого умысла), который влечет за собой санкции (признание сделки ничтожной — статья 1116 Гражданского кодекса), и *dolus bonus* (добросовестного заблуждения), которое не влияет на действительность договора. Именно к последнему виду относится чрезмерное расхваливание продавцом своего товара. К этому относятся терпимо, и именно потому, что перед нами форма поведения, вошедшая в сферу **нравов**. К ней привыкли, и у продавца уже нет чувства вины, а у покупателя выработалось защищающее его чувство недоверия. Можно полагать, что *dolus bonus* пересекает порог юридического. Разумеется, разграничение *dolus malus* и *dolus bonus* — это

вопрос факта, суверенно решаемый судом. Но бесполезно также знать, как оценивает данную проблему общественное мнение. На основе социологического анализа судебной практики можно сопоставить ситуации, оцененные как *dolus malus* и *dolus bonus*. Для их различения существенна значительность или, наоборот, незначительность нанесенного ущерба.

К тестам, призванным выявить границы юридического, примыкают тесты, объектом которых является процессу-

174

альность. Французский институт изучения общественного мнения (ИФОП) по инициативе министра юстиции провел в 1968 году опрос об ответственности за несчастные случаи на дорогах. При оценке полученных данных пришлось учитывать разрыв «процессуального» и «юридического». Заинтересованное лицо может быть уверено в том, что данный случай относится к сфере права, а не нравов (или морали), но тем не менее по каким-то обстоятельствам (стоимость возможного судебного процесса) предпочитает несудебное решение вопроса. Анкета акцентировала внимание на размере имущественного вреда: «Начиная с какой суммы ущерба потерпевшему стоит начать судебный процесс?» Отвечая на этот вопрос, 17 процентов опрошенных ответили, что обращение в суд оправданно, если вред оценивается в сумме от двух до пяти тысяч франков; 16 процентов респондентов назвали границы от пяти до девяти тысяч франков; 10 процентов — высказались за минимальный предел в десять тысяч франков; 17 процентов — полагали, что обращение в суд целесообразно и тогда, когда сумма ущерба менее двух тысяч франков.

В целом итоги опроса порождают общее впечатление (но не более чем впечатление), что сфера процессуально-сти значительна. Однако данным опроса нельзя придавать всеобщее значение. Ведь он связан с автомобилем. В наше время жизнь права особенно интенсивна на дороге, которая развивает у тех, кто ею пользуется, — водителя, пешехода, велосипедиста — наступательные и оборонительные представления об их субъективном праве.

III. ПРАВОВАЯ СИСТЕМА

1. ПОНЯТИЕ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ

Понятие «правовая система» юридическая социология заимствовала у сравнительного права. Однако ее содержание в этих дисциплинах неоднозначно. Для компаративистики правовая система — это **правовая семья**. Национальное право меняется от страны к стране, но тем не менее его можно сгруппировать в несколько **основных** систем, как, например, общее или романо-германское право. В юридической социологии понятие правовой системы используется в более узком значении. Это национальное право страны, а если избежать обращения к понятию нация — то это право определенного общества. Повсюду,

175

где социология констатирует наличие такого глобального, единого (хотя бы по внешнему виду) общества, можно предположить и наличие соответствующей правовой системы

29

Если бы выражение «**правовая система**» было лишь простым синонимом «**объективного права**» или «**позитивного права**», то его значение было бы сомнительным. Поэтому нужно иметь в виду, что оно выражает определенную и очень важную идею, а именно что право — это **комплекс**, что составляющие его элементы (говоря о них, вспоминают чаще всего нормы и институты) соединены между собой не случайным образом, а необходимыми связями и отношениями. Еще задолго до того, как структурализм способствовал распространению этого тезиса, компаративисты подчеркивали внутреннюю цельность любой правовой системы, взаимодействие, скрепляющее воедино ее составные части, и, как следствие этого, ее прочность и даже неподвижность. Однако компаративисты имели в виду скорее логическую, чем социологическую структуру правовой системы. В их глазах ее оригинальность и перманентность проистекали не из конкретного содержания норм, а из особой языковой и понятийной техники, классификаций, категориального аппарата.

Форма при таком подходе может скрыть реальное содержание. Приведем примеры. По ряду вопросов английское право на сегодня восприняло континентальные решения, но сделало это в формах, неизменно свойственных общему праву. Советский Союз совершил революционный пересмотр частного права, но при этом использован понятийный аппарат, который восходит к римскому праву.

Очевидно, что социология права не может использовать понятия правовой системы в ее

формально-юридическом аспекте. Чтобы выявить подлинное лицо национальной правовой системы, следует прежде всего обратиться к ее социологическому содержанию. Вместе с тем юридическая социология сохраняет высказанное компаративистикой и важное по своим последствиям положение, что взятое как по форме, так и по содержанию право в целом имеет свое особое существование, отличное (в частности, более длительное) от существования его составных частей.

Дюркгейм, будучи эволюционистом, тем не менее, говоря о праве, делал акценты, которые можно назвать структуралистскими: «Юридические явления не изолированы друг от друга, между ними существуют разнообразные

176

связи, и в любом обществе они образуют целое, единый комплекс, обладающий специфическим характером. Сперва в результате объединения юридического явления с другими возникает целое первой степени, обладающее известной автономией, и это целое можно назвать институтом... Затем все правовые институты данного народа соединяются друг с другом и образуют таким путем новый, более сложно организованный комплекс — правовую систему данного общества»³⁰. Юридическая социология прибегает к понятию «правовая система» для того, чтобы охватить весь комплекс юридических явлений, изучаемых ею. Все юридические явления данного общества, существующие в одно и то же время на одном и том же пространстве, взаимосвязаны отношениями общности, которые и объединяют их в систему. Правовая система — это одновременно **пространственная и временная** сфера. Мы уже познакомились с тем, что такое правовые явления, но когда мы помещаем их в определенную пространственную или временную плоскость, то это показывает их новые, еще не освещенные нами аспекты.

2. ПРАВОВОЕ ПРОСТРАНСТВО И ЕГО СОСТАВНЫЕ ЧАСТИ

Мы говорим о правовом пространстве в том же плане, как говорят о социальном пространстве. Оба этих понятия не должны пониматься в прямом, материальном смысле, быть, так сказать, «прикреплены к почве». Конечно, естественной базой правового пространства является территория, то есть определенная, ограниченная часть земли, на которой происходят соответствующие события. Однако не все, что естественно, всегда необходимо: цыганский кочевой табор образует правовое пространство, не имея территориальных прав³¹. Идея юридического плюрализма в ее применении к различиям негеографического порядка (например, классовые различия, возрастные различия и т. д.) предполагает, что в одном и том же месте может существовать несколько правовых пространств. Это означает, что ни одна из имеющихся систем не обладает собственной территорией. Правовое пространство — это психологическая конструкция. Оно очерчено сетью правоотношений. Для того чтобы сложилось правовое пространство, люди важнее, чем территория, но, разумеется, не изолированные индивиды, а люди, связанные между собой и образующие группы. Мы подошли, таким образом, к понятию **группа**.

12 Заказ № 1161

177

Социологическая группа — это прежде всего и главным образом данное общество в целом. Это высший уровень группы. В принципе правовая система имеет в качестве пространственной сферы общество в целом. За его пределами находятся уже другие правовые системы. Но внутри общества ситуация редко бывает такой простой, как отношение атома к целому. Между индивидом и обществом располагаются промежуточные образования, конкурирующие в процессе присвоения социального пространства. Промежуточные образования — это термин, который в прошлом использовала политическая наука. Современная социология предпочитает термины «группы» или «частные группы». По своим формам и величине эти группы весьма отличаются друг от друга; они могут складываться на разной основе: региональной, социально-классовой, возрастной, профессиональной и т. д. Общая социология охотно занимается группами: предлагаются их различные классификации³²; настойчиво пытаются выявить психологические законы, определяющие внутреннюю жизнь группы. Но у юридической социологии есть свой повод для их изучения. Она должна ответить на вопрос: создает ли частная группа, занимая социальное пространство, одновременно и правовое пространство или создание такого пространства — это прерогатива общества в целом?

Юристы догматического плана обычно соотносят правовое пространство с обществом в целом, или, используя современную терминологию, с государством. Соответственно отрицается возможность спонтанного формирования права в частных группах. В противоположность этому социологи права склоняются к тому, что частные группы способны

к правотворчеству³³.

Говоря более общо, социологи права делят правовое пространство на различные сегменты. В этом смысле известной плюралистической гипотезы, а точнее, гипотезы юридического плюрализма, отличного от нормативного плюрализма.

Связь права с пространством может быть рассмотрена как в позитивном, так и в негативном планах. Правовые явления, порождаемые правовой системой данной страны, происходят на строго определенном пространстве. Но на этом пространстве могут быть участки, на которые право не распространяет свое действие. Это сфера «не-права»³⁴.

Если пространство может служить измерением права, то и, наоборот, право может определять параметры про-

178

странства. Доказательство этому — земельное право и такие сопровождающие его институты, как межевание и кадастр. Однако юридические аспекты пространства, как правило, отсутствуют в общесоциологических исследованиях, объектом которых является территория.

3. ПЛЮРАЛИЗМ. ОБЩЕЕ ПРЕДСТАВЛЕНИЕ В глазах юриста его национальная правовая система выглядит монистической. Право предстает как гомогенное целое, как единый блок. Поэтому оно идентифицируется с государством. Другими словами, это означает, что на данной территории в данное время может быть только один суверен. Если же из единства правовой системы обнаруживаются исключения, юрист все равно стремится заключить их в рамках целого, утверждая, что, как бы эти исключения ни отличались от собственно права, они действительны лишь вследствие делегации со стороны государства, обладающего законодательной монополией. Таким же образом объясняют и возможные случаи конкуренции на территории страты национального и иностранного законов (что происходит благодаря действию принципов международного частного права) или же обязательную силу уставов различного рода ассоциаций для их членов. С этих позиций все виды негосударственного права имеют только производную силу.

Юридическая же социология подходит к проблеме по-другому, считая право многосложным и гетерогенным. В одно и то же время, на одном и том же социальном пространстве могут сосуществовать несколько правовых систем; разумеется, прежде всего государственная, но наряду с ней и другие, независимые от нее и даже эвентуально соперничающие с ней. Такова исходная гипотеза юридического плюрализма, стремящаяся опираться на факты. Она может быть понята и как теория законодательной политики, критикующая правотворческую монополию государства, требующая децентрализации законодательной деятельности, расширения круга источников права. Мы оставляем в стороне эти политизированные варианты, и в частности концепции Гурвича, чьи плюралистические убеждения явно связаны с его симпатией к анархизму прудоновского типа.

Плюралистский подход был намечен теми юристами, которые стремились укрепить роль некоторых сообществ (например, церкви), наделив их самостоятельным правом

12*

179

создавать право в его законодательных или обычноправовых формах. В этой связи можно вспомнить Жени³⁵. Однако во Франции в систематизированном виде концепцию плюрализма разработал Гурвич, причем больше в философском, чем в социологическом плане и скорее на историко-сравнительном фоне, чем на основе кропотливого, микросоциологического анализа соответствующих явлений. По его мнению, монизм формально-догматической юриспруденции соответствовал определенной политической ситуации, а именно образованию в XVI—XVIII веках крупных национальных государств. Он внедрился в континентальную доктрину как отпечаток абсолютной монархии и усилился затем как отражение якобинского правления и наполеоновской централизации. Монизм, по его мнению, никак не связан с природой самого права, что доказывается длительным периодом господства в Европе плюрализма. В средние века каждое социальное пространство пестрело правовыми системами, подобно тому как имели одновременное хождение различные денежные системы. Обычаи — общие и местные, римское право, каноническое право, городские хартии, корпоративные уставы — все это были конкурирующие системы. В XX веке единство, порожденное рационализмом кодификаций, оказалось разбитым, хотя, разумеется, развитие шло в ином направлении, чем в средние века. В современных обществах Гурвич выделяет многочисленные центры, вырабатывающие право. Над государством — это международные организации (позднее он мог бы прибавить европейские сообщества), в его рамках — профсоюзы, кооперативы, тресты, предприятия, децентрализованные публичные службы. Это — автономные источники, спонтанно рождающие право. Признак спонтанности Гурвич считал очень важным³⁶. Для него, как

и для Эрлиха и других приверженцев свободного права, юридическая власть, создающая право, находится не в государстве, а в нормативных фактах, в самой социальной жизни.

4. ПРАВОВОЙ ПЛЮРАЛИЗМ. РАЗНЫЕ ПРОЯВЛЕНИЯ

Выше рассматривались источники плюрализма. Однако плюрализм не есть что-то единое, существует ряд весьма различных явлений плюрализма. Их мы и попытаемся классифицировать при помощи нескольких перекрещивающихся друг с другом классификаций.

180

Коллективные и индивидуальные явления

Прежде всего под плюрализмом понимают его форму, то есть использование какой-то особой группой права, отличного от установленного государством. При этом безразлично, идет ли речь об организованной (например, муниципалитет) или неорганизованной и соответственно непостоянной группе (как, например, очередь, которая спонтанно руководствуется принципом «первый во времени приобретает лучшее право» — «prior tempore, potior jure»).

Плюрализм может также корениться в индивидуальном сознании: человек чувствует свою одновременную принадлежность к двум правовым порядкам. Так будет, например, с тем, кто в сфере брачных отношений признает как католик требования канонического права, а как гражданин — права гражданского.

Конкурирующие и возвратные явления

Теоретики плюрализма выдвигают на первый план конкурирующие явления. Действующему праву государственного происхождения они противопоставляют другие одновременно существующие нормы. Однако существенны и ситуации, когда отмененная норма фактически не перестает действовать, сохраняясь в коллективных установках или индивидуальном сознании. Другими словами, не будем смешивать формально-догматическую отмену нормы с ее социологической отменой. Отмененный формально закон фактически может действовать еще достаточно долго.

С такого рода возвратным плюрализмом можно встретиться и в наше время. В Беарне, например, и в некоторых других местах принцип равенства наследников, введенный Кодексом Наполеона, еще долго встречал сопротивление старых обычаев. Иной пример: иммигранты во втором или третьем поколениях продолжают соблюдать (в сфере семейных отношений) нормы права своих предков, которые де-юре к ним применены быть не могут.

Четкие и неотчетливые явления

Плюрализм может быть четким и категоричным, и происходит это тогда, когда правовой порядок, существующий рядом с государственным, имеет, как и этот последний,

181

строгие контуры и характеризуется такими чертами, которые не оставляют сомнения, что перед нами право. После того как революция 1789 года отменила феодальные платежи и другие феодальные повинности, еще немалое время, особенно на востоке страны, их выплаты продолжались. Обе правовые системы, сменившие одна другую, — феодальная и революционная — не оставляли сомнения в том, что это право и этот возвратный плюрализм выступал как четкий, категорический плюрализм³⁷. Но вот другой пример. Во время немецкой оккупации в начале 40-х годов XX века государственное законодательство фиксировало цены. Однако те, кто, игнорируя это законодательство, продавал и покупал на черном рынке, сознательно устанавливали правовой порядок экономической свободы и считали этот правовой порядок первичным и более высоким, чем существовавшая регламентация. Но полагая так, они вряд ли могли ссылаться на какие-то точные нормы. Это был неотчетливый плюрализм. Вот другой пример, который часто приводят в немецкой литературе. В начале нашего века было множество случаев, когда хозяева увольняли рабочих за неявку на работу Первого мая. Однако суды низших инстанций нередко считали такую неявку оправданной (и увольнение соответственно незаконным) на том основании, что коллективное убеждение в том, что Первое мая является праздником, превратилось в профессиональный обычай. Поступать так значило признать неотчетливый плюрализм и сделать отсюда выводы применительно к праву, установленному государством. Но рейхсгерихт в 1926 году осудил эту судебную практику. Судебная инстанция, наделенная диспетчерскими функциями, вряд ли может стать на плюралистические позиции.

5. ВОЗРАЖЕНИЯ ПРОТИВ ПЛЮРАЛИЗМА Бесспорно, что концепцию плюрализма стимулировала ее критическая направленность против чрезмерно унитарной концепции права. Но опросим себя, не является ли спорной, из-за двусмысленности некоторых положений, и данная концепция? Можно сформулировать такую дилемму. Если явления, которые изображаются как образующие особую правовую систему, учитываются глобальной национальной правовой системой, то есть связаны с ней и каким-то образом интегрированы в нее, то тем самым на уровне этой глобальной, объединяющей все системы вос-

182

становивается единство права. Если же явления, претендующие на то, чтобы быть особым правом, не интегрированы в эту глобальную систему, то они остаются в неразвитом, «диком» состоянии, не могут быть квалифицированы как подлинное право и есть не более чем «подправо». Собственно правовое и инфраправовое не могут быть соединены воедино, поскольку у них различная природа.

В отношении некоторых явлений, на которые ссылается юридический плюрализм, интеграция в глобальную правовую систему очевидна. Так, например, нормы, устанавливаемые положениями о предприятии (или цехе предприятия), связаны с правовой системой при помощи статьи 1134 Гражданского кодекса, гласящей, что законно заключенные соглашения занимают место закона для тех, кто их заключил. В Швейцарии собственник или владелец дома может устанавливать правила внутреннего распорядка потому, что швейцарский Гражданский кодекс знает институт домашней власти. Во Франции канонический закон может конкурировать со светским правом (в той мере, в какой он не противоречит последнему) лишь потому, что в национальном праве имеется норма о невмешательстве, вытекающая из принципа отделения церкви от государства (статья 1 Закона от 9 декабря 1905 года³⁸).

Однако можно привести и примеры иного рода, когда обнаружить признаки интеграции невозможно. Так, право, действовавшее до 1945 года, предусматривало, что полученный продукт делится пополам между собственником и арендатором. Статут 1945 года ввел императивное правило, по которому арендодатель получал лишь треть продукции. И тем не менее во многих местностях раздел производился по-прежнему. Во Франции имеется много мусульман-эмигрантов, и в их среде практикуются такие формы развода, которые противоречат нашим представлениям, вытекающим из международного публичного порядка. Очевидно, что наша национальная правовая система не включает в себя подобные нормативные факты. Если она не осуждает их, то именно потому, что она их игнорирует. Как же квалифицировать эту ситуацию? В подобных случаях нормы, которыми руководствуются участвующие лица, не являются юридическими, даже если они представляются этим лицам таковыми. Они не являются юридическими с позиции формально-догматической юриспруденции и тем более не являются таковыми с позиции социологии права. Ибо какой бы социологический критерий

183

определения правового мы бы взяли, будь то организованное принуждение или возможность решения дела третьим лицом, такого рода критерий тут отсутствует. Самое большое, что можно здесь увидеть, — это расплывчатые, зачаточные формы: психологическое давление окружающих, семейные консультации. Здесь нет ситуации «право против права»; речь идет о соотношении «подправо» против права. И хотя инфраюридические явления похожи на юридические, они отличны от них по существу. Не подошли ли мы здесь к плюралистической иллюзии? Плюрализму казалось, что он отражает борьбу двух правовых систем. Но то, что он получил в результате и показал нам, — это столкновение правовой системы с тенью другой.

6. ГДЕ МОЖНО ВСТРЕТИТЬ ПОДЛИННЫЙ ЮРИДИЧЕСКИЙ ПЛЮРАЛИЗМ?

Мы сможем обнаружить подлинный плюрализм лишь в более глубоких слоях действительности и при условии, что будем противопоставлять друг другу не сами нормы, а различные виды их применения. Эта установка отсылает исследователя от нормы права к решению. Если судья творит право, то разнообразие судей в рамках правовой системы способно породить явления юридического плюрализма. Юрист-догматик может возразить, что нет такой страны, где механизм рассмотрения конфликтов не был бы организован так, чтобы избежать риска плюрализма и обеспечить единство судебной практики. Однако обращение в суд используется не всегда, органы, разбирающие конфликты, действуют не единообразно, короче говоря, особые формы рассмотрения споров, если они даже аномальны, представляют собой реальность, с которой социолог должен считаться. К этому следует добавить судебный плюрализм. Это результат того, что на юридико-техническом языке называют «суверенным правом судебной оценки существа дела». В зависимости от того, как используется это право, можно практически создавать весьма различные права. За сходные оскорбления присуждаются разные компенсации. Семейный интерес, который может служить основанием для изменения режима семейного имущества, понимается в Париже уже, чем в Бордо. Возможность (впрочем, небольшая) получить отказ в иске о расторжении брака более чем удваивается, если из Иль-де-Франса перебраться в Пуату. Разумеется,

184

когда эти судебские разночтения — будь они результатом толкования или оценки — порождены лишь настроением или вообще индивидуальными качествами судьи, то, пожалуй, нет оснований делать их предметом социологического анализа. (Хотя социология права должна изучать, по нашему мнению, и произвол.) Однако достаточно часто особенности судебных решений бывают обусловлены объек-

тивными условиями данной социальной среды — историческими или географическими, экономическими или культурными, причем такими, которые данная судебная инстанция не может не принять во внимание и судить о которых она компетентна. Если даже судьи происходят не из этой социальной среды, тем не менее есть все основания предполагать, что они испытывают воздействие окружения и господствующего общественного мнения. В этих обстоятельствах местный и региональный партикуляризм при реализации национальных законов становится достаточно стабильным и данная ситуация может быть охарактеризована как возникновение правовой подсистемы. Применение законов зависит не только от самих судей, но и от тех, кто обращается в суд, и их советников. Если большинство участников договоров в определенной местности прибегают к договорной форме, неупотребляемой в других местах, то она приобретает очертания особой разновидности права. Так, в прошлом веке приверженность населения южных районов к особому режиму семейного имущества как бы разрешила в юридико-плюралистическом плане единую Францию³⁹. После 1965 года статистика изменения режима семейного имущества выявила особую тенденцию Эльзасцев устанавливать его полную общность, с оговоркой о переходе всего имущества пережившему супругу. От того, что население разных провинций испытывает приверженность к одним видам правового поведения и, наоборот, неприязнь к другим (к этому же ведет и разная классовая принадлежность), образуется некая мозаика права. Так, отчетливая склонность населения Бретани к раздельному жительству как форме прекращения брака привела к тому, что эта область занимает особое место на карте, показывающей уровень разводов во Франции.

Параллельно с французской концепцией юридического плюрализма, но независимо от нее, американская социология также открыла юридический плюрализм и разработала его теорию. Отправным пунктом при этом было изучение организации (точнее, частных организаций с их внутрен-

185
ней регламентацией и органами решения конфликтов). В частности, В. Ивэну принадлежит разграничение публичной и частной правовых систем⁴⁰. Соединительным мостом между французской и американской плюралистическими концепциями может служить оригинальная теория Ж. Беллея, изложенная в работе «Социальный конфликт и юридический плюрализм в социологии права»⁴¹. Этот автор исходит из того, что ключевым в социальной жизни является не порядок, а конфликт, который и приводит к плюралистичное™. В свою очередь плюралистичность, выражающая социальный конфликт, выступает прежде всего как плюралистичность юрисдикции, а лишь затем как плюралистичность норм. Автор приводит ряд примеров в подтверждение своей концепции, хотя и не все они равным образом убедительны. Одни из них относятся к судебному плюрализму в рамках государственной системы (например, коммерческие и дисциплинарные суды), другие — к внесударственным формам решения конфликтов.

7. ИНФРАЮРИДИЧЕСКИЕ ЯВЛЕНИЯ

Мы уже касались, говоря о юридическом плюрализме, сферы инфраюридического. Однако она заслуживает более пристального изучения, тем более что с входящими в нее явлениями можно встретиться и не в связи с их сошерни- / чеством с государственным правопорядком. Могут возразить, что такое изучение было бы разумно, если бы понятие инфраюридического имело свои достаточно самостоятельные черты. Но разве оно не есть составная часть социального неправового, часть той массы явлений, которые образуют нравы? Наш ответ сводится к тому, что среди массы явлений, именуемых нравами, те, которые мы хотим выделить, обладают особым колоритом, обусловленным их близостью к праву и сходством с ним. Именно это сходство делает их особенно интересными для научного анализа, который, возможно, поможет по аналогии пролить свет на генезис собственно юридических явлений.

Конечно, отсутствие или, наоборот, наличие юридических признаков, например санкций закона (если говорить об обществе легалистского типа), делает принципиально различными эти два вида явлений. И тем не менее в сложном процессе возникновения правовой нормы или определенного вида правового поведения можно выделить неко-

186
торые фазы, предшествующие санкции закона. Это именно те фазы, которые полезно сопоставить со сходными фазами инфраюридического. Имеет смысл попытаться выявить чувство ответственности за имущественный вред, возникающее до всякой санкции, сравнив, как оно проявляется у взрослого, у которого можно требовать возмещения (право), и у ребенка, подчиненного лишь семейной дисциплине (инфраюридическое).

Инфраюридические явления обычно существуют не в обществе, взятом в целом, а среди определенных, более или менее широких групп или фракций населения. Для того чтобы образовалась и продолжала существовать автономная подсистема норм и форм поведения,

необходима некоторая изоляция этих групп от социального целого, то есть общества. То же условие необходимо и для возникновения и сохранения субкультур, обнаруженных социологами в недрах даже самых современных обществ. Инфраюридическое в большинстве своих проявлений есть по существу право субкультур и само является субкультурой. Это подобие права весьма расплывчато, рудиментарно, существует, как правило, в узкой среде. Инфраюридическое по самой своей природе — такая система норм и решений, которая априори не поддается чему-то подобному юридико-технической обработке. И хотя это отличие от права относится лишь к форме, оно существенно.

Инфраюридическое весьма разнообразно, ибо разнообразны и сами использующие этот вид норм группы и фракции населения: социальные классы, возрастные группы, этнические меньшинства, географически изолированные группы населения и т. д. Можно ли выявить нечто общее между производственными обычаями, которые изучал Максимилиан Леруа, и законами очереди, исследованием которых занимался Рене Монье?⁴² Возможно, что некоторые проявления инфраюридического могут быть сведены в определенные категории.

8. ФОЛЬКЛОРНОЕ ПРАВО

Фольклор как наука изучает народные традиции. Правовая фольклористика — это производная от него специальная отрасль. Она представлена рядом исследователей и имеет свою литературу.

Во все эпохи имелись аптпквары — коллекционеры, собиравшие юридические древности. Таковы, например, в античную эпоху Варрон, Авл-Геллий, Плутарх. Однако как

187

осознанное научное направление правовая фольклористика начинается в XIX веке и связана с именем братьев Гримм. Уже упоминавшаяся книга «Юридические древности германцев» оказала влияние во Франции на таких авторов, как Мишле и Шассан⁴³. Французские авторы обращались к этой проблематике и в нашем веке⁴⁴.

Сбор фактов в области фольклористики может происходить двумя путями. Первый — это полевые исследования (опросы, особенно стариков), однако с ними надо спешить, ибо предмет исследования находится в стадии исчезновения (а частично в стадии трансформации). Второй путь — изучение документов, анализ в юридическом плане сборников фольклора как такового, а также литературных источников.

Предмет юридической фольклористики — осколки старого (чаще всего очень старого) права, которые сохранились в народной среде в виде местных, устных обычаев, единственной санкцией за несоблюдение которых служат ирония и насмешка. Пережиточное и народное — таково двойственное существо фольклорного права. Разумеется, оно не относится к государственному правопорядку; оно не настоящее право, а лишь комплекс инфраюридических явлений.

Не всегда легко определить, что относится к фольклору как таковому, а что — к юридическому фольклору. В общем плане можно сказать, что последний отражает правовые явления, а первый — то, что относится к нравам. Однако юридический фольклор интересуется не столько правовыми институтами, сколько праздниками, обрядами и связанными с ними обычаями, такими, например, как разбрасывание монет в ходе брачной процессии, особые обряды, сопровождающие продажу скота, и т. п. Может показаться, что все это слишком далеко от юридического и вряд ли может быть отнесено к нему. Но это означало бы забвение того, что форма — одно из необходимых измерений права и что нередко обрядовые правила позволяют лучше понять само существо институтов.

Юридический фольклор должен постоянно защищать себя от опасности излишней описательности. Его первая задача состоит в сборе и описании фактов (этнологии фактов), но эта задача не должна заслонять фундаментальные проблемы. Укажем на три из них.

Проблема датировки. Фольклорное право, как уже отмечалось, — это пережиточное право. Но как далеко ухо-

188

дят его истоки? Нельзя считать фольклорным правом любой социологический пережиток старого закона. Многие обычаи — это не фольклор, а продолжение местных обычаев старого права. Они несут следы былой позитивности, в то время как истоки фольклорного права теряются в глубине веков. Пробивающееся оттуда, подобно подземным источникам, очень древнее право и составляет предмет юридического фольклора. Является ли это древнее право доисторическим, как полагал Фрэнк? Некоторые фольклорные явления оправдывают такое предположение, например, существовавшее еще в начале нашего века неравномерное распределение свадеб по месяцам года

(их меньше в ноябре и мае). Однако в других случаях истоки юридического фольклора не уходят так далеко в прошлое, например шумные обструкции перед домами вдовцов или вдов, вновь вступающих в брак.

Проблема среды. Мы уже отмечали, что среда обитания фольклорного права — не общество в целом, а части, фракции народа. Впрочем, лучше было бы говорить не о народных, а о простонародных частях, исключив отсюда буржуазные слои (точнее, они сами исключают себя). Применительно к этим простонародным частям можно уточнить, что фольклорное право лучше сохранилось в деревне, чем в городе, и что оно более активно действует среди молодежи, чем среди людей зрелого возраста. Это последнее обстоятельство существенно. Небезосновательно утверждение, что некоторые явления юридического фольклора как бы образуют что-то вроде автономного юношеского права — пережитка той примитивной эпохи, когда молодежь держалась особняком по отношению к обществу взрослых и могла противопоставлять ему свои особые права⁴⁵.

Проблема функционирования. Поведение, активность, составляющие содержание юридического фольклора, лишены тех утилитарных побудительных мотивов, которые мы обычно ищем, когда речь идет о праве. Это поведение нередко иррационально, что, очевидно, связано с влиянием, которое оказывала на примитивную ментальность магии. Так, обычай устраивать громкий шум перед домами вдовцов или вдов, вторично вступающих в брак, первоначально имел целью изгнание из дома придиричивого духа умершего супруга. Однако те, кто полагают, что ментальность членов примитивных обществ была отнюдь не лишена практического смысла, находят иное, утилитарное объяс-

189

нение. Сельское население, лишённое свадебного угощения (поскольку второе бракосочетание должно было отмечаться скромно и интимно), топотом и криками заставляло тем не менее новобрачных заплатить откупное. Но есть еще и третье объяснение, сторонники которого — ярко выраженные законники — интерпретируют этот обычай как наказание за второй брак, как выражение враждебности западных моногамных обществ к повторному вступлению в брак.

Обращалось, однако, внимание и на то, что один и тот же обычай мог последовательно выполнять различные функции. Будучи порожден магией, он продолжал затем действовать потому, что был полезен. Откуда взялся обычай заключать договоры найма и платить арендную плату в день святого Жана или святого Мишеля? Очевидно, существовало поверье, что то, что делается в эти дни, обещает успех. Но затем заметили, что тем, кто заключает договоры, удобно встречаться в один и тот же праздничный день, когда собирается много народу (культ святого вначале был поводом для массового паломничества, а затем — для ярмарки).

9. ДЕТСКОЕ ПРАВО

В группах детей, а также в комплексных группах, где дети общаются с некоторыми взрослыми, складываются нормы и формы поведения, похожие на правовые явления и представляющие собой один из аспектов инфраюридического. Специалисты в области детской психологии, особенно Жан Пиаже, изучали этот феномен, но не проводили при этом никаких сопоставлений с правом. Однако и социология права со своей стороны пока еще не использовала в полной мере эти исследования.

Практический интерес требует сразу же поставить вопрос: правомерен ли перенос того, что мы наблюдаем в группе детей, на юридические явления в обществе взрослых? Мы встречаемся здесь с одной навязчивой гипотезой. Геккель сформулировал ее в понятиях биологии: онтогенез отражает филогенез. Морено повторил ее в понятиях психосоциологии: детские и юношеские группы последовательно от года к году спонтанно проходят стадии интеграции, аналогичные тем, которые проходили древние общества в ходе исторической эволюции. Если же это так, то для того, чтобы раскрыть далекое прошлое правовых институтов,

190

достаточно посмотреть, как живут и прежде всего играют детские группы. На них особенно легко проводить юриди-ко-социологические опыты, ибо прямое экспериментирование на взрослых достаточно неудобно. Но правильна ли изложенная гипотеза? Очевидно, было бы неверно отказаться от напрашивающихся сопоставлений, но здесь возможен и некоторый риск.

То, что понимают под детским правом, имеет различные аспекты. В детерминации его норм и форм поведения могут в одних случаях преобладать внешние факторы (влияние общества взрослых), а в других — внутренние (свойственные самой детской группе). Поэтому можно с основанием говорить тут как о заимствованном праве, так и о праве спонтанном.

В первом случае речь идет о праве, которое навязано ребенку обществом взрослых, прежде всего и главным образом в семье, но также в школе и на улице. Если ребенок подчиняется этим правилам, то происходит это потому, как отмечает Пиаже, что он уважает взрослых. Но разве уважение старших,

предков не есть тот самый элементарный механизм, который придавал обязательную силу обычаю — прототипу нормы права?

Есть и другая форма заимствованного права, имитированное детское право. Дети в своих играх подражают юридическим играм родителей. Девочки играют в торговлю, одна продает, другая покупает, то есть они играют в договор. Это карикатурное право, но карикатурное огрубление облегчает наблюдение. Имитация нередко сочетается с традицией. Модель сложилась очень давно, затем она была сохранена многими поколениями именно с помощью детского фольклора. И сегодня дети доносят до нас образы архаического права. Вспомним, например, песню французских детей: «Кто дает и отнимает, ту дочкой змеи называют». Было бы натяжкой услышать в этой песенке отзвук статьи 894 Гражданского кодекса, согласно которой подаренное не может быть потребовано обратно. Текст как бы воспроизводит миф, содержит намек на змеиный яд, содержащийся в подарке, и это позволяет думать, что перед нами заимствование из права взрослых, совершенное в далекие времена. Если только дети не создали все это сами.

Эта оговорка не случайна, ибо, оказавшись перед какой-то ситуацией, дети вполне свободны оценить ее с помощью такого же юридического мышления, как и взрос-

191

лые. Так формируется детское спонтанное право, и это наивное творение может пролить некоторый свет на формирование сходных механизмов в праве взрослых. Такое сравнение будет особенно убедительным, когда речь идет о наиболее простых юридических явлениях. Возможно, например, что нашим теориям о происхождении права собственности не хватает исходного пункта — научного изучения генезиса присвоения у ребенка. На примере правил игры в шары Пиаже показал, что ребенок в разные возрастные периоды неодинаково воспринимает обязательный характер правил. В возрасте семи-восьми лет он убежден, что правила эти установлены старшими. После десяти лет эти правила для него уже -свободное соглашение игроков. Очевидно, те же стадии развития прошло восприятие обществом взрослых обязательного характера его обычаев⁴⁶.

10. ВУЛЬГАРНОЕ ПРАВО

Пусть социология не испытывает угрызания совести от того, что несколько исказит в сравнении с его юридико-техническим смыслом понятие «вульгарное право», заимствуемое у немецких романистов. Вульгарное право исторически представляло собой смесь местных обычаев и классического римского права, в определенной степени деформированного и искаженного. Оно применялось во многих частях Германской империи, особенно простонародными слоями. За этим историческим фактом можно увидеть социологическую константу — тенденцию простонародной среды создать для себя особый вид права, который носит подчиненный характер и сочетает собственные обычаи с элементами, заимствованными в праве государства. Если, ссылаясь на то, что эти нормы и формы поведения не обеспечены санкцией закона, видеть в них лишь нравы, то это будет недооценкой всего того, что придает этим нормам и формам поведения сходство с правом. Мы вступаем здесь в новую зону инфраюридического и должны подчеркнуть динамический (а некоторые сказали бы—диалектический) характер ее отношений с системой позитивного права. Между ними происходят приливы и отливы. То вульгарное право портит позитивное право и даже доводит его до состояния безжизненности, практического неприменения формально действующих норм, то, наоборот, позитивное право переходит в контраступление, стремясь с большим или меньшим успехом отбросить вульгарное право, объявить его недействительным и даже наказуемым. Иногда

192

между ними устанавливается компромисс, и позитивное право считает нужным включить в себя определенную дозу вульгарного права.

Даже в наших обществах легалистского типа рядом с позитивным правом пробегают частотные волны вульгарного права. В глазах юристов, это явление фактическое, а не юридическое, поэтому они не занимаются им. Исключение составляют лишь случаи, когда вульгарное право, прячась за некоторыми общими формулами позитивного права (например, статьи 1382 Гражданского кодекса), пытается получить признание судов и тем самым государственную санкцию. Такого рода ситуации сегодня известны наперечет⁴⁷. Наиболее яркие примеры: свободный союз рядом с браком, фактическое раздельное жительство рядом с юридически разрешенным раздельным жительством и разводом. Часто утверждают, что такого рода фактических ситуаций становится все больше. В действительности возрастает не столько число этих ситуаций, сколько их вера в самих себя, в то, что однажды они будут признаны судами.

Однако фрагменты вульгарного права, которые попадают в поле зрения судебных решений, лишь небольшая доля в сравнении с тем, что остается за этими пределами. Чтобы лучше изучить эту большую часть вульгарного права, необходимы опросы населения, особенно в отдаленных местностях. Таким путем можно, например, узнать, что в отличие от позитивного права, где письменная форма

договора важна лишь для его доказывания, но не является условием его действительности, вульгарное право считает, что по некоторым видам договоров, в том случае, если они не были заключены в письменном виде, стороны свободны от обязательств. Другой пример. Позитивное гражданское право подходит к принципу общности имущества супругов в том, что касается недвижимости, с рядом ограничений. Недвижимость, которой супруги владели до вступления в брак или которая досталась им во время брака по наследованию, не входит в общность. Вульгарное же право при-Дает принципу общности имущества универсальное значение. Когда в 1963 году был проведен опрос о брачном имущественном режиме, то большинство опрошенных считали, что недвижимое имущество, полученное одним из супругов по наследству во время брака, включается в общность⁴⁸. Это, естественно, ошибка с точки зрения действующего права, но одновременно и отражение в сознании людей практики вульгарного права.

13 Заказ № 1161

193

Одна из форм вульгарного права требует особого внимания. Как ни парадоксально, но эта форма — результат государственного вмешательства. Так было всегда: как только власть создавала собственно юридические органы, и в частности судебные, призванные реализовать право путем рационального, четко регламентированного процесса, тотчас же спонтанно возникала потребность иметь и другие каналы сообщения между правом и массой населения. Эти каналы должны быть менее формалистичны, более доступны, более оперативны. Не побоимся этих слов и скажем, что они должны быть попроще и поглубже. Складывается особый вид «под-юстиции», призванной реализовать, в частности, и то, что является «почти правом». Уже в Риме наряду с преторскоп процедурой существовало принятие на себя юрисдикции административными чиновниками (*cognitio extra ordinem*). Во Франции таково полицейское расследование, существующее наряду со следствием, возложенным на суд. Эти инфраюридические процессуальные формы, как более активные, способствуют развитию и собственно юридических форм, но при этом они и сами могут превратиться в юридические. Но лишь в конечном -итоге! А пока посмотрим, как живет вокруг нас вульгарное право. С ним можно в-стретиться даже в сфере гражданского права, самого совершенного в техническом плане. Как восстановить мир между 'Сонанимателями жилого дома, не прибегая к сложным путям, предусмотренным статьей 1725 Гражданского кодекса? Как немедленно заставить продавца овощами выполнить обязательство поставки? Куда и как должны сразу же обратиться за помощью супруг в случае исчезновения другого супруга или родители при исчезновении ребенка? Ответ на эти вопросы таков: в комиссариат полиции (а в сельской местности в мэрию, бригаду жандармерии). Здесь осуществляется вся суммарная юрисдикция вульгарного права, инфраюри-дической смеси права и факта.

11. ПРАВОВАЯ СИСТЕМА КАК ВРЕМЕННАЯ СФЕРА

Юрико-догматический взгляд рассматривает право как застывший объект; социология права берет этот объект в динамике, помещая его в эволюционный поток.

Два фактора долгое время мешали юристам принять концепцию развития. Первый — необычайно долгая жизнь римского нрава. Казалось, это долготлетие идет от вечного разума, воплощенного в нем. Второй — сила доктрины есте-

194

ственного права, ее убеждающая властность, идущая от связи с религией или метафизикой. В отличие от юристов-догматиков для социологов права эволюционизм с самого начала был предустановленно! философской основой. Правда, принцип эволюционизма выступал у них чаще как постулат, чем как доказанная истина. Но это был необходимый постулат, методологическое требование, поскольку применение сравнительного метода в историческом ракурсе предполагает динамизм права. Установив, что правовая система — это сфера и объект трансформации, мы должны разъяснить в этой связи ряд позиций.

1. Многие считают, что прогресс права однолинеен (то есть оно обеспечивает все большую справедливость, все большую безопасность и т. д.). Это оптимистическое представление доминирует еще с эпохи Просвещения. Однако социологи, не отрицая такого поступательного движения, полагают в то же время, что развитие знает и попятные моменты, происходит кругами в смысле теории Вико. Эволюция права циклична, и история дает нам убедительные примеры этого. От квинтской эпохи Рима до феодализма лежит период, когда право собственности подвергалось все возрастающей деформации. Затем начался процесс восстановления его структуры, который завершался единой формулой (статья 544 Гражданского кодекса). Однако в XX веке специализированное законодательство (о найме, аренде недвижимости) вновь открыло период

расщепления этого права. Другой пример: в частном праве прослеживается переход от строгого формализма к большей роли консенсуса в гражданско-правовых отношениях, а затем вновь ренессанс формализма⁴⁹.

Небольшие познания об истории, какие имели юристы-догматики, создавали у них впечатление, что пет ничего нового под луной или что повое — это не более чем возрождение исчезнувших институтов. С позиции же эволюционизма, когда речь идет о давно существующих институтах или о «возрожденных» институтах, следует в каждом случае проверять, тот ли это старый институт или только его внешняя форма.

2. Как происходит эта эволюция? Подобно другим социальным трансформациям, она обычно изображается как постепенное движение, в котором значим биологический момент. Люди рождаются и умирают, общество тем самым каждый день обновляется, и соответственно изме-

195

няется право этого общества. Индивиды, выступающие в качестве субъектов права, достигнув зрелого возраста, не могут иметь абсолютно те же самые восприятия и стремления, что и их предшественники, и это выражается также в правосознании и в правотворчестве⁵⁰. Однако имеется и другая точка зрения, согласно которой эволюция права, в отличие, например, от эволюции техники, происходит скачками, путем резких мутаций⁵¹. Эта точка зрения соответствует тому, что право, хотя и частично, является порождением воли законодателя.

3. Связаны ли трансформации права с другими социальными изменениями? На этот вопрос марксизм дает краткий, но очень четкий ответ: трансформации права **детерминированы** изменениями, происходящими в производственных отношениях. За пределами марксизма также шел активный поиск ответа на этот вопрос, но он принял иные направления.

Во-первых, трансформации права стремились связать не только с экономическими факторами, а с совокупностью социальных факторов в широком смысле, включая урбанизацию, средства массовой информации, туризм, увеличение продолжительности жизни, ослабление религиозности и т. д.

Во-вторых, связь между трансформациями права и социальными изменениями мыслили не в понятиях каузальности и детерминизма, а в понятиях адаптации, причем адаптации добровольной, законодательной. Такой ход мысли стимулировался реальными событиями. В Европе, США, Канаде — колоссальным ростом законодательства. В странах «третьего мира» — процессом развития. Этот динамизм встречает активное и пассивное юридическое противодействие либо со стороны обычно-правовой основы правопорядка, либо со стороны кодификаций, унаследованных от аграрной буржуазной эпохи. Отсюда замедления эволюции, опоздания, напряженность, нарушения. Каким образом может ответить право на требования общества, переживающего изменения не просто глубокие, но и происходящие в беспрецедентно быстром ритме? В юридической социологии этой проблеме посвящена обширная литература⁵². Оставаясь на позициях эволюционизма, юридическая социология не только констатирует уже имеющиеся изменения, но и способствует дальнейшей эволюции, политические пути которой могут колебаться между реформой и революцией,

196

12. ПРАВОВАЯ СИСТЕМА КАК ЮРИДИЧЕСКОЕ ЯВЛЕНИЕ

Мы говорили выше о правовой системе как вместилище, средоточении разнообразных юридических явлений. Но система эта, взятая в целом, представляет собой объект, который сам по себе может рассматриваться как правовое явление. Нам следует определить место этого явления в пространстве и во времени.

В пространстве правовая система не одна. В мире много таких систем. В каждый данный исторический момент каждая правовая система с ее особенностями противостоит другим правовым системам.

Взаимодействуя с другими факторами, она способствует формированию определенной культурной общности и нации. Приобретя национальный характер, правовая система открывает дорогу психосоциологическим явлениям национализма или, говоря языком американских социологов, **этноцентризма**. Юридический национализм может выражаться в двух различных видах коллективного поведения.

Первый вид, преобладавший в древних обществах, выражается в том, что можно назвать уходом в себя. Право воспринималось как секрет данной общности; только ее члены должны были знать и

применять его. Источник авторитета права уходил в мифические времена, к далеким предкам. Потомкам грозили несчастья, если они допускали к этому святому наследству чужеземцев. В этом, очевидно, социологический ключ к принципу национального закона, который действовал у варваров после завоевания Римской империи.

Второй вид, наоборот, чаще всего встречается в современных обществах. Этот вид можно назвать пропагандистским. Национальное право видится как совершенное в техническом аспекте и справедливое по существу. Поэтому необходимо в благотворительных целях немедленно сообщить об этом праве другим народам. Этот экспансивный национализм в первую очередь демонстрируют сами юристы. Судьи, призванные решать конфликты в области международного частного права, тенденциозно стараются дать преимущество своему национальному закону. Представители данной страны, участвующие в подготовке договора, настаивают, что в его основе должно лежать их право. Конечно, за националистической позицией юристов стоит стратегия государственных деятелей, ибо во многих слу-

197

чаях право выступает как средство реализации политических идей и целей. Наполеон рассчитывал на свой Гражданский кодекс, чтобы покончить с феодальными режимами в странах-сателлитах. Позднее распространение французской правовой системы на заморские территории было средством их колонизации. Этот вид юридического национализма имел своим предвидимым последствием явления аккультурации.

Обратимся теперь к проблеме — правовая система во времени. Интересно изучить, какое количество изменений за время своего существования может претерпеть правовая система, оставаясь сама собой. Не менее интересно узнать, как ощущают люди длительность существования своей правовой системы (как, впрочем, языка или культуры). Невежественный человек, если он вообще задается этим вопросом, может исчислять срок с того момента, когда он сам стал взрослым. Юрист, вспомнив то, чему его учили, отнесет начальный момент к 1804 году. Историк начнет рассматривать вопрос с галло-романского периода до XX века. Какова же объективная реальность? Бесспорно, что право само по себе отрицательно относится к полным разрывам и предпочитает переходные формы. Революции, даже социалистические, сохранили немалую часть свергнутого права.

Бывает, однако, что правовая система умирает. Галльские обычаи исчезли, не оставив следа в нашем гражданском праве. Встает вопрос, что же приводит к гибели правовые системы? Может быть, их внутренняя слабость, сказавшаяся в ходе чего-то, напоминающего естественный отбор. Однако мы не знаем, что это за фатальные, внутренние слабости: сложность системы или, наоборот, ее простота? Ее строгость или, наоборот, мягкость? Представляется, что правовые системы чаще исчезали вследствие внешних причин — военных, политических, экономических, таких, как завоевание, революция.

Поглощение коренного старого права иностранным является одной из крайних форм аккультурации.

13. ПРАВОВАЯ АККУЛЬТУРАЦИЯ

Понятие аккультурации впервые было употреблено в 1880 году американским этнологом Пауэллом. Оно прочно вошло в словарь французских социологов. Его нельзя назвать ни элементарным, ни точным, так как по смыслу

198

оно заставляет думать о переходе от примитивного состояния к цивилизации — *ad culturam*. В действительности это понятие значительно шире, и под аккультурацией следует понимать любой перенос одной культуры в другую. Употребляемое иногда понятие «культурные контакты» недостаточно, ибо контакт не обязательно предполагает взаимопроникновение культур. Если же такого проникновения нет, то нет и аккультурации.

Поскольку право входит в культуру, то легко возникает идея юридической аккультурации. Она состоит в том, что одна правовая система может быть как бы привита к другой. Причины и следствия такого явления относятся к предмету социологии права.

В качестве примеров правовой аккультурации, которыми снабжает нас история, укажем на эдикт Каракаллы, распространивший статус римского гражданства на всех жителей империи, внедрение в Галлии германских обычаев, рецепцию римского права в Германии, ренессанс римского права во Франции и др. Приведем и другой, не столь известный пример: в это трудно поверить, но пошлина и таможня были арабскими саженцами на французской почве. Современное сравнительное право дало возможность наблюдать живую, протекающую на наших глазах аккультурацию. Она происходит и там, где сталкиваются две правовые культуры (как столкнулись, например, в Квебеке французское гражданское право и процессуальные формы общего права), и в тех странах Востока, которые в стремлении к вестернизации рецепируют зарубежное законодательство (пример — Турция во времена Ататюрка, рецептировавшая целиком швейцарские кодексы), и, наконец, — что особенно существенно — почти повсюду в мире в бывших колониях, где ранее экономическая и политическая колонизация

сопровождалась в той или иной мере и законодательной, а деколонизация не всегда приводила к отказу от аккультурации права.

В отличие от аккультурации, которая может ограничиться каким-то одним институтом или даже нормой, **рецепция** — это глобальное явление. При рецепции в данное общество интегрируется зарубежная правовая система в целом. Во всяком случае, в принципе это так. Рецепция — один из вариантов аккультурации, но вариант, получивший определенную самостоятельность. Само название «рецепция» идет от конкретного исторического примера, а именно рецепции римского права в Германии в XIV—

199

XV вв. Этому историческому событию Давались самые различные объяснения. Одни связывали рецепцию с сугубо политическими причинами (германский император был заинтересован в том, чтобы иметь возможность ссылаться па тексты, подтверждавшие всевластие римского императора). По мнению других, следует обратиться к экономическим факторам; согласно марксистской точке зрения, поднимавшаяся городская буржуазия видела в римском праве, институтах частной собственности и договорной свободы юридический инструментарий, способствующий развитию торгового капитализма. С веберовских позиций, причины рецепции — в появлении нового класса юристов, сформировавшихся в итальянских университетах и испытывавших интеллектуальную потребность в рациональности и порядке. О рецепции имеется большая юридическая литература⁵³.

14. ПРАВОВАЯ АККУЛЬТУРАЦИЯ (ПРОДОЛЖЕНИЕ).

ОБУСЛОВЛИВАЮЩИЕ ФАКТОРЫ

Правовая аккультурация обнаруживается при таком психологическом климате, который характеризуется коммуникабельностью. Такой климат имеется далеко не всегда, более того, чаще он отсутствует, и тогда мы встречаемся с обществом, закрытым по отношению к другим правовым системам. Эта закрытость — один из аспектов национализма как тотального явления. В дополнение к общим причинам, порождающим национализм, правовой национализм имеет еще один особый, обусловливающий его фактор. Даже собственное право в определенной мере ощущается членами общества как довлеющая над ними враждебная сила. Но тем не менее оно воспринимается как свое право. «Англичанин лжет, — писал Киплинг, — но он лжет так же, как и я». Возможно, что французское право — это лес, полный ловушек, но французы — обитатели этого леса. И они предпочитают, чтобы их судьями были те, кто с рождения свылся с этим правом. Однако существует и диаметрально противоположный подход: общество открыто для иностранного влияния, в том числе правового. Недаром издавна существует распространенный миф о чужеземных законодателях, выброшенных волнами на берег для того, чтобы они дали законы местным обитателям. Можно вспомнить легенду о греке Гермодоре, который помогал децемвирам при подготовке Двенадцати таблиц, или же существовавший в средние

200

века в Лукке и Генуе обычай приглашать в качестве судей иностранцев. Такого рода открытый климат способствует правовой аккультурации, которая при этом может проходить как организованным, так и спонтанным путем. Ее движущими силами могут быть как публичная власть, так и частные силы.

Правовая аккультурация, проводимая публичной властью. Такая аккультурация может принимать различные масштабы. В исторических примерах, приведенных нами выше (Каракалла, Ататюрк), имелась в виду глобальная аккультурация. В наших обществах более часто встречается аккультурация в малых дозах, когда после оценки его достоинств и недостатков воспринимается какой-то элемент иностранного законодательства. Так, наше право переняло в 1865 году у Англии чек, в 1925 году у Германии общество с ограниченной ответственностью, а в 1965 году некоторые формы общего имущества супругов.

В социологическом плане наиболее значима глобальная аккультурация, поскольку лишь в этом случае происходит настоящая культурная мутация. Частичная аккультурация, если подходить к ней с позиции структуралистской концепции права, должна быть априори логически отвергнута, ибо нарушение внутреннего равновесия системы грозит ее развалом. Тем не менее факты свидетельствуют об успешных частичных модификациях путем аккультурации. Можно лишь отметить, что когда модификации затрагивают важный институт и особенно личные права субъектов права (например, моногамия приходит на место полигамии, как это происходит в африканских странах), то в этих случаях в результате встречной реакции конечная реальная значимость этих модификаций окажется намного меньше, чем это представлялось вначале.

Среди тех способов, которые может использовать в целях аккультурации публичная власть,

наиболее подходящим является закон. Благодаря торжественной форме и почти сценическому эффекту он может наилучшим образом способствовать успеху операции. Именно так Закон 30 вентоза XII года (21 марта 1804 года), введший в действие Гражданский кодекс, торжественно провозгласил (статья 7) одновременную отмену всех территориальных разновидностей старого права (в том числе римского права на юге страны), свергнув тем самым гигантскую операцию правовой аккультурации.

Однако правовая аккультурация может быть осуществ-

201

лена с помощью не только закона, но и судебной деятельности. Когда Алжир был еще французским, то судьи, которые направлялись туда из метрополии и должны были применять мусульманское право, своим толкованием сблизили некоторые институты этого права с категориями французского Гражданского кодекса. Возможно, что, подвергая мусульманское право этой операции, судьи были подвержены националистическим рефлексам, но, скорее всего, они искали разумных, по их мнению, решений путем сравнения двух правовых систем. Сегодня правовая аккультурация связана обычно с практической потребностью в совершенствовании законодательства. Редкими стали такие ее мотивы, которые можно было бы квалифицировать как иррациональные, или, во всяком случае, такие, как садизм завоевателя (вспомним время немецкой оккупации) или религиозная экзальтация (распространение ислама и как следствие этого мусульманского права). Правовая аккультурация как результат частной деятельности. Эффективным средством правовой аккультурации может быть договор. Для этого достаточно разрешительных норм. Именно договорным путем в Квебеке раздельный режим имущества супругов вытеснил режим общности. В результате частной деятельности после 1960 года во французское торговое право проникли лизинг, голубая карточка и ряд других новшеств англосаксонского происхождения.

При этом далеко не всегда частная деятельность сознательно стремится к аккультурации, которая может оказаться результатом условий, благоприятствующих проникновению иностранных институтов. Существенна и роль научных влияний, подобных тому, которое в средние века оказали итальянские университеты, бывшие у истоков рецепции римского права. Из более близких к нам ситуаций можно вспомнить, например, о влиянии французской науки на румынских юристов, а германской — на греческих. Правовая аккультурация часто шла по доктринальным каналам. И в значительно меньшей мере по каналам, лежащим в обыденной среде. Это важный факт. «Народное право» (инфраюридические структуры) не так легко приобретает интернациональные черты, как собственно право. Нечто вроде обмена обычаями происходит между народами (причем независимо от специалистов в области права). Однако можно полагать, что совпадение обычаев бывает и следствием того, что все народы спонтанно реаги-

202

руют сходным образом на определенные сходные ситуации. То, что кажется нам заимствованным англицизмом, может оказаться лишь его приложением к уже сложившейся практике. Правда, это помогает осознать ее.

15. ПРАВОВАЯ АККУЛЬТУРАЦИЯ (ОКОНЧАНИЕ). РЕЗУЛЬТАТЫ

Столкновение двух правовых систем никогда не проходит безнаказанно. Его последствия ощущают как институты, так и индивиды. Как в первом, так и во втором случаях всякая правовая аккультурация выражается в многочисленных социально-психологических явлениях юридического характера. Результаты, относящиеся к институтам. Основной результат зависит от ответа на вопрос: какова судьба иностранного элемента, введенного в данную систему? Удалась ли эта прививка или, наоборот, она оказалась неудачной?

После введения в действие в Турции швейцарского гражданского кодекса наблюдалось последующее отторжение (Ние некоторых его положений). В 1938 году был снижен до семнадцати лет у мужчин и пятнадцати у женщин брачный возраст, который в рецептированном кодексе равнялся соответственно двадцати и восемнадцати годам. Сложилась судебная практика, позволяющая передачу недвижимой собственности в том случае, когда эта собственность не зарегистрирована в поземельных книгах. Был признан действительным брак, заключенный в соответствии с обычаями и без соблюдения установленной кодексом гражданской формы.

Между полным провалом и полной удачей правовой аккультурации достаточно места для половинчатых, неярко выраженных результатов. Имея в виду аккультурацию в целом, многие социологи полагают, что она вообще никогда не может быть полностью успешной, и этот вывод основан на детерминизме. Если все определяется социальной средой, то перенос чего-то из данной социальной среды в другую всегда рискован, и за него приходится расплачиваться по меньшей мере определенной деформацией транспланированного элемента. Возможно, юридическая аккультурация

допускает более нюансированные оценки, поскольку не все в праве детерминировано, и не следует недоучитывать той роли, которую могут сыграть воля и принуждение (точнее, успешное принуждение). Несомненно, однако, что, оценивая результаты правовой аккуль-

203

турации (впрочем, и всякой другой), следует остерегаться успехов на «теоретическом уровне». Если, например, восприятие иностранного института сводится лишь к модификации текста местного закона и не будет сопровождаться результативностью в процессе применения, то такое восприятие не имеет социологической ценности.

Однако со всеми этими оговорками в истории — и особенно новейшей — можно найти великолепные примеры юридической аккультурации. Например, на территориях, где господствует ислам, действуют импортированные, соответствующие европейской модели: договор страхования и акционерное право. Но история знает и показательные случаи провала аккультурации. Кодекс Наполеона — антифеодальный по содержанию, установивший гражданский брак и развод — был выброшен из Италии вместе с французами после падения Наполеона. Кодексу не хватило в этом случае политической поддержки. Американский гом-стед — акт был воспроизведен французским законом от 12 июля 1909 года, но не нашел здесь применения, ибо противоречил традиции, по которой хороший глава семьи не должен делать долги. В большинстве случаев, однако, происходит нечто среднее. Импортируемый институт, попав в другую систему, испытывает на себе ее влияние. Он теряет кое-что из своих первоначальных черт и приобретает новые. В итоге получается гибрид. Этот результат может быть благоприятен, если соединяются положительные черты. В ином случае смешение ведет к вырождению института. Приведем пример, ставший уже стандартным в компаративистике: президентский режим, перенесенный из США в латиноамериканские республики, превратился здесь в карикатуру. Но не будем раздавать положительные и отрицательные оценки. Ограничимся констатацией того, что юридическая аккультурация — это реальное явление. Ее последствия ощущает не только сам институт, перенесенный в другую среду, но и вся эта воспринимающая среда. Последствия могут иметь и негативный характер — возникновение противоречий и нарушение равновесия в правовой семье. Разумеется, что проводивший данную операцию законодатель не имел в виду последствия такого плана.

Результаты, относящиеся к индивидам. В общей социологии господствует мнение, что аккультурация является подлинной лишь постольку, поскольку она внутренне воспринята индивидами. Чтобы применить этот критерий к

204

юридической аккультурации, следует признать, что право в определенной мере участвует в формировании личности. Если правовая система способствует формированию того, что называют национальной психологией данного народа, допустимо предположить, что заимствование иностранного института способно вызвать определенное изменение в психологических установках жителей. Можно утверждать, например, что введение во французскую правовую систему чека (не в 1865 году, когда это было сделано формально, а позднее, когда он вошел в практику) имело то последствие, что французы стали более спокойно относиться к сужению сферы наличных расчетов.

В случае же неудачи правовой аккультурации заимствованный закон лишь скользит по поверхности индивидуального сознания, и если даже он не остается незамеченным, то не способен оказать влияние на повседневное поведение людей. Яркий пример относится ко времени, когда Алжир был французской колонией и в стране проводилось то, что получило название «приобщение мусульман к состоянию гражданства». Это «приобщение» должно было, по замыслу, состоять в отказе от законов Корана, признании гражданских и судебных институтов французского права. Однако опыт показал, что те немногие мусульмане, которые приветствовали «приобщение», продолжали следовать мусульманскому праву в семейных отношениях, обращались за разрешением споров к религиозному судье и т. д.⁵⁴ Следует подчеркнуть в общем плане, что наличие двух нормативных моделей может болезненно отразиться на индивиде, если он не выработает в себе защитных реакций — отвергнет чужую модель или же интерпретирует ее по-своему, интегрировав ее в свое право.

ПРИМЕЧАНИЯ

¹ См., напр.: Bourricaud F. *Esquisse d'une theorie de l'autorite*. 1961; Lapierre J. W. *Le pouvoir politique*. 1969.

² См.: Poulantzas N. *Pouvoir politique et classes sociales*. 1968.

³ См.: Renbinder. *Op. cit.*, s. 98.

⁴ По этой проблеме имеется немало исследований. См., напр.: Eckhoff T. *Sociology of Law in Scandinavia*. 1960; *Travaux du Colloque de sociologie juridique franco-sovietique*. 1977.

⁵ Об образе права и юстиции в глазах широкой публики см.: Versele et autres. *Sociologie du droit et de la*

205

justice. 1970; Faugeron Cl. *Analyse typologique des representations de la justice criminelle en France*. 1973.

⁶ О социологической концепции субъективного права см.: Gar bonnier J. *Elexible droit*, 1976. Отметим, в частности, что юридический подход можно сблизить с социологическими понятиями статуса и роли, в том виде как они трактуются американской социологией.

⁷ Библиографию по этому вопросу см.: Schnu r R. *Institution und Recht*. 19(18).

⁸ См., к частности: Scholsky II. *Zur Theorie dor Institution*, 1970; Lull maun N. *Rechtssoziologie*. 1972.

⁹ То, что мы назвали «явление-случай», может быть также названо «явление-ситуация». Термин «правовая ситуация» не менее близок юристам, чем термин «казус». Но когда говорят о случае, то его рассматривают как бы извне, а обращение к ситуации требует интериоризации.

¹⁰ В связи с понятием «коллективное явление» отметим странную позицию Р. Лукича, который исключает из сферы ведения социологии массовые явления (Lukic R. *La notion de fait social*. — *Melanges Gurvitch*. 1968, p. 401).

¹¹ О понятии «взаимодействие» в общей социологии см.: Cuvillier. *Manuel de sociologie*. 1950, § 51. Относительно недавно это понятие стали употреблять в особом значении для характеристики взаимоотношений лиц с отклоняющимся поведением и общества как такового.

¹² Важность понятия конфликта для объяснения социальной жизни подчеркнул в начале века Г. Зиммель, видевший, впрочем, в конфликте комплекс антагонизма и сотрудничества. Из более поздних работ укажем: С o s e r L. *The Functions of Social Conflict*. 1956; Он же: *Continuities in the Study of Social Conflict*, 1967; Dahrendorf R. *Class and Class Conflict in Industrial Society*. 1959. Первоначально конфликты рассматривали как сугубо негативные явления. Позднее пришли к выводу, что конфликты могут выполнять и полезные функции. Говорят даже о конфликтующей гармонизации. Основными видами решения конфликтов общая социология считает переговоры и посредничество. См.: Gulliver P. H. *Law and Society*. 1973; Meynaud J., Schroder B. *La mediation, ten-dences de la recherche et bibliographic*. 1961.

¹³ О юридизированных или институционализированных конфликтах см., в частности, работы норвежских авторов В. Обера, Т. Экхофа («*Journal of Conflict Resolution*», 1963; Там же, 1967; «*Scandinavian Studies in Law*», 1965).

206

Из французских работ см.: Belle y J.-Guy. *Conflit social et pluralisme juridique en sociologie du droit*. P., 1977.

¹⁴ «*Population*», 1971, № 1, p. 101.

¹⁵ Такова точка зрения Ж. Рипера: Ripert J. *La regie morale dans les obligations civiles*. 1927.

¹⁶ См. напр.: Marty et Raynaud. *Droit civil*. Vol. 1. 1972; Cardahi Ch. *Droit et Morale*. 1961.

¹⁷ К u l c s a r K. *The educational role of Law in the so-ciali^t Society*. Budapest, 1961.

¹⁸ Marceron A. *La morale par l'Etat*. 1912. Этим автором проведен также небезынтересный анализ школьной среды как малой группы, вырабатывающей свои нормы.

¹⁹ Sumner W. G. *Folkways: a study of the sociological impotence of usages, manners, customs, mores and mo-raK Boston*, 1907.

²⁰ «*Revue trimestrielle de droit civil*», 1914, p. 481.

²¹ A m b r o s e 11 i. *Contributi a una filosofia del costume*. Boloane, 1959.

²² Hoebol A. *The Law of Primitive Man*. 1974, p. 18. ²³Miaille M. *Une introduction critique au droit*. P., 1976, p. 95. •

²⁴ Aubry et Rau. *Cours de droit civil*. 1838.

²⁵ Kan tor o wic z H. *The Definition of Law*. 1958, p. 78. У истоков этой концепции — известное высказывание О. Холмса «Право — это не более чем предсказание того, что в действительности сделают судьи. Эта концепция обязана во многом также и этнологии.

²⁶ См.: Пэнто Р., Гравиц М. *Методы социальных наук*. М., 1972, с. 59.

²⁷ Do gar M. *La sratificazione socialo lei suffra^i in Italia*. 1962.

²⁸ И е р и и г Р. Указ. соч.

²⁹ О понятии «правовая система» см.: Давид Р. *Основные правовые системы современности*. М., 1967; Eich-ler H. *Die Rechtskreise der Erde*. — «*Estudios do derecho civil*», 1970, t. 4, p. 109.

³⁰ «Annet sociologique», 1901 — 1902, p. 305; 1909-1912, p. 379.

³¹ См. подробнее: Stoyanovitch K. *Les Tsiganes, leur ordre social*. P., 1974.

³² Группам, а точнее, малым группам посвящена обширная общесоциологическая литература. Даваемая в ней типология групп, во-первых, редко учитывает юридические их характеристики и, во-вторых, как правило, чрез-

207

вычайно сложна (см., напр.: Gurvitch G. *Vocation ac-tuelle de la sociologie*. P., 1950).

³³ Феномен власти, существующий в жизни групп, предстает в правовом аспекте как дисциплинарная власть. См.: Legal A. et Brethe dela Gresseye. *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privees*. 1938. См. также: Gilissen J. *Le pluralisme juridique*. Bruxelles, 1971; Meister A. *Vers une sociologie des associations*. 1972.

³⁴ Подробнее см.: Carbonniere J. *L'hypothese du nondroit*. — ARhD, № 8, 1963, p. 55; Comes H. *Der rechtsfreie Raum*. 1976.

³⁵ См.: Geny F. *Methodes d'interpretation et sources en droit prive positif*. Vol. 1, 1899, № 93, № 122. Юрико-шиоралистический подход намечен уже у Эрлиха и Петра-жицкого, а также М. Вебера. В полной мере он развит итальянским юристом С. Романе в его фундаментальном труде «Правовой порядок» (Romano Santi. *L'ordinamen-to guiridico*. 1918).

Романе заслуживает быть названным в этой связи социологом права, хотя во многих сторонах своего творчества он не является таковым. За пределами Италии его влияние не ощущалось.

³⁶ Gurvitch G. *L'experience juridique et la philosophic pluraliste du Iroit*. P., 1935.

³⁷ См.: Masse P. *Annales de l'histoire de la Revolution francaise*. P., 1965, p. 270. Небезынтересно отметить, что по истечении некоторого времени если и не сами те, кто платили недолжное, то их наследники обратились в суды с иском о возврате уплаченного. Как видно из решений, датированных 1822 годом, судебная практика не удовлетворяла эти иски с ссылкой на то, что имело место натуральное обязательство и добровольно уплаченное не может быть взыскано обратно. Перед нами типичный прием, с помощью которого перебрасывается мостик между нравами и правом, способ интегрировать некоторые формы поведения в общий правопорядок.

³⁸ См.: Coulombel P. *Le droit prive franc,ais de-vant le fait religieux depuis la separation des Eglises et de l'Etat*. — «Revue trimistrielle de droit civil» (RTDC), 1956, № 1.

³⁹ Этот «режим» сохранял за женой принесенное ею приданое, которое в случае развода возвращалось ей.

⁴⁰ См.: Ewan W. *Law and Sociology*. 1962, p. 165. См. также: Selznick Ph. *Law, Society and Industrial*

208

Justice. 1969.

⁴¹ Be lie y J.-G. *Conflit social et pluralisme juridique en sociologie du droit*. P., 1977.

⁴² См. сноску 44.

⁴³ Grimm. *Deutsche Rechtsaltiimer*. 1828; Michelet. *Les origines du droit fran^ais cherchee dans les symboles et formules du droit universel*. P., 1837; C h a s s a n. *Essai sur la symolique du droit*. P., 1845.

⁴⁴ См. напр.: Duval J. *Les idees primitives dans la Bretagne contemporaine; Essais de folklore juridique*. P., 1930; Saintyves P. *Folklore juridique*. P., 1935; M a u -nier R. *Introduction au folklore juridique*. 1938; Le-roy M. *La coutume ouvriere*. P., 1913.

⁴⁵ Эта гипотеза связана с концепцией Шурца о возрастах (Schurz. *Altersklassen und Mannerbunde*. Berlin, 1902).

⁴⁶ Подробнее об этом см.: Carbonnier J. *Flexible droit*. P., 1976, p. 85.

⁴⁷ Этот вопрос не разобсуждался в литературе. См., напр.: Savatier R. *Realisme et idealisme en droit civil d'aujourd'hui*. — «Etudes Ripert», 1950, t. 1, p. 75; Noirel. *Le droit civil conternporain et les situations de fait*. — «Revue trimestrille de droit civil», 1960, p. 456.

⁴⁸ «Sondages», 1967, № 1, p. 37.

⁴⁹ Ряд других примеров приведен в классической работе: Leaute J. *Eclipses et renaissances d'institution en droit civil*. P., 1946.

⁵⁰ См.: Levy-Bruhl H. *Sociologie du droit*, p. 31.

⁵¹ Представители этой точки зрения М. Мосс, Р. Бастид и др. См., напр.: «Annee sociologique», 1962, p. 256.

⁵² Укажем лишь на некоторые работы: Friedman W. *Law in a changing Society*. 1960; *Society and Law*. Ed. Davis. 1962; Davy G. *Droit et. changement social*. — «Actes de III Congres international le sociologie», 1956, t. 1, p. 33.

⁵³ См. напр.: Etudes Edouard Lambert, 1938; Zajtay. *La reception des droils etrangers et le droit*

compare. — «Revue international de droit compare», 1957. p. 686; Gaude-met J. Les transferts de droits.— «Annee sociologique», 1976, p. 29; Papachristos A. C. La reception des droits privés etrangers comme phenomene de sociologie juridique. P., 1975.

^{a4} См.: Char nay J.-P. La vie musulmane en Algerie d'apres la jurisprudence de la premiere moitie du XX si-eclе. P., 1963.

14 Заказ № 1161

Глава третья МЕТОДЫ ЮРИДИЧЕСКОЙ СОЦИОЛОГИИ ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ

Приступая к этой теме, сразу же оговорим, что здесь от юридической социологии не следует ожидать ничего сверх-оригинального. Не случайно ее не раз определяли как применение **социологического метода** к изучению права. Методы юридической социологии те же, что и у общей социологии¹.

Вместе с тем специфика объекта оказывает влияние на способы его изучения. Поэтому специализированные социологии (например, социология религии, социология экономики) всегда в какой-то мере объясняли, почему и как они применяют определенные методы. Кроме того, имеется и еще одна тонкость: предполагаемое использование возможных результатов (речь идет о практически ориентированных дисциплинах), также может заранее повлиять на выбор применяемой исследовательской техники.

В этих пределах и за юридической социологией сохраняется право на особенности, на ее собственную адаптацию методологии, полученной от общей социологии.

Метод в широком смысле слова распадается на множество частных методов. Применение каждого из них на уровне, который можно назвать тактикой изучения, в свою очередь порождает различные исследовательские техники. Весь этот набор исследовательских средств может быть разбит на группы. Так, традиционно отличают наблюдение в собственном смысле от экспериментального метода. В наблюдении (это преобладающий метод) различают экстенсивное наблюдение (статистика, опрос) и наблюдение определенной ситуации (монографическое исследование, анализ судебной практики по данному вопросу). Однако, по существу, это — различия, не являющиеся решающими. Критерий избранной нами классификации также не является бесспорным. Мы различаем **анализ**

документов

210

(правовых и неправовых, например судебной практики и прессы) и **изучение фактов** (безотносительно к тому, идет ли речь о монографическом исследовании или исследовании путем опроса). Нам могут сказать, что такого рода деление имеет значимость при изучении только того, что существует в данный отрезок времени, а применительно к более длинной исторической дистанции различие между изучением документов и фактов стирается. Документы рассказывают о фактах, с которых и следует начинать исследование. И, наоборот, изучаемые факты заключены в документах, которые становятся объектом последующего рассмотрения. Это замечание может быть отнесено и к статистическим данным. Статистики изучают факты, но в руки социологов они попадают уже инкорпорированными в документы. Нечто подобное можно сказать и о выборочных опросах, если после их проведения полученные данные помещают в банк данных и тем самым документализируют. Таким образом, предложенное нами разграничение не является слишком строгим. И если мы придерживаемся его, то лишь по педагогическим соображениям, поскольку оно позволяет исследователю — и особенно исследователю-юристу — градуировать для себя по степени трудности различные процедуры, которыми он может воспользоваться. Юристу доступнее изучение документов, библиотечные занятия. Изучение же фактов — более трудное дело.

Как бы ни были различны исследовательские процедуры, используемые юридической социологией, все они подчинены общим принципам. Таких принципов два, и их значение мы будем постоянно подчеркивать. Это, разумеется, **правило объективности**, а также **историко-сравнительный метод**, который, по нашему мнению, следует рассматривать не столько как частный метод, сколько как ключ, который может быть применен повсюду.

Если кратко сформулировать методологические особенности социологии права (с учетом того, что они относительно и представляют собой, по существу, особенности адаптации более общих способов), то к ним будут относиться следующие:

1. В теоретическом плане: принцип состязательности (который ведет к такому техническому приему как контропрос); презумпция (опровержимая), что норме права соответствует определенная доля эффективности, и это позволяет использовать ее как нечто заменяющее опрос и как отражение определенной практики.

14*

211

2. В плане исследовательской техники: социологический анализ судебной практики; самостатистика; законодательный или судебный эксперимент; референдарный опрос. Эти особенности мы и рассмотрим ниже.

I. ПРИНЦИПЫ

1. ПРАВИЛО ОБЪЕКТИВНОСТИ

Каждая паука начинается с индивидуального опыта, и исследователь прежде всего обращается к собственным восприятиям. Быть может, этот эмпирический субъективизм свойственен социологии права в большей мере, чем другим дисциплинам. Объясняется это тем, что в начале своего пути она была представлена преимущественно юристами. А юристу свойственна тенденция принимать собственный правовой опыт за социологическую реальность. Опыт же этот неизбежно ограничен. Более того — это опыт адвоката, юрисконсульта, судьи; этот опыт связан с конфликтными процедурами и поэтому деформирован.

Пожалуй, еще и сегодня тот личный опыт, который социологи права извлекают из своей юридической памяти, является существенным препятствием в становлении научной юридической социологии. И не только потому, что ко всей правовой реальности нельзя подходить с меркой, сложившейся на основе ограниченного числа процессов, с которыми юрист мог лично познакомиться. Важно и то, что наблюдения, сделанные юристом в ходе какого-то процесса, всегда отражают ту роль, которую он играл в нем. Так, например, в отношении судьи можно опасаться, что его хорошо юридически обоснованные решения впоследствии, если он надумает использовать собранные факты как социологический материал, сыграют роль неопровержимых предубеждений.

Дюркгейм понимал это и в своих «Правилах социологического метода» особенно подчеркивал: рассматривайте социальные факты как вещи. И для юридической социологии нет более фундаментального правила: она должна рассматривать право как вещь. Возможно, именно это требование более всего отличает юридическую социологию от формально-догматической юриспруденции. Право для юридической социологии — вещь, а точнее, множество вещей, явлений, которые она рассматривает извне, со стороны.

Объективность может пониматься двояким образом: как материальность (вещественность) и как беспристрастность. Оба этих требования, одно — научное, а другое — моральное, являются законом для исследователя. Впрочем, ни то, ни другое сегодня не возводят в такой абсолют, как это делал Дюркгейм².

2. МАТЕРИАЛЬНОСТЬ

Требование материальности означает, что социология должна исключить из рассматриваемых ею объектов все, что имеет характер личностного (не являющегося всеобщим) или чисто внутреннего. Этим объясняется явное предпочтение, которое юридическая социология дюркгейм-мовского плана отдавала норме права или формальным правовым актам. Но это предопределяло и рамки социологии такого рода. Будучи пригодной для изучения архаических обществ, где обычаи оставались неизменными, а договор мог быть заключен лишь в ритуальной форме, эта социология чувствовала себя значительно хуже в современных обществах, где закон ослаблен наличием сфер, в которых он неэффективен, а соглашения, выраженные в весьма неформальном виде, могут быть весьма действенными. Кроме того, юридическая социология выглядела бы сегодня весьма бедно, если бы не изучала решения и конкретные ситуации. А решения не так-то легко отделить от личностей судьи и сторон. В правовой же ситуации внутренняя сторона является ее неотторжимой частью.

Если мы хотим получить полное представление о праве, то должны включить в сферу исследования и субъективные факторы. Но социология должна попытаться увидеть их, абстрагируясь от их индивидуальных и психологических аспектов, увидеть, так сказать, с бытийной, объективной стороны. В этом плане требование Дюркгейма сохраняет силу. Как поступить, например, если наша цель состоит в изучении того, какие негативные моральные последствия вносит в жизнь бывших супругов развод? Мы отнюдь не должны изучать непосредственно их переживания; скорее, следует изучить относительную частоту самоубийств среди этой категории лиц в сравнении с другими.

Однако если такой прием покажется слишком драматическим и трудно осуществимым, то обратимся к исследованию Вильяма Гуди, который предлагает другие, более

212

213

безобидные способы. Его вопросник «Разведенная женщина» ставит целью выявить различные отрицательные последствия развода для женщины. Некоторые вопросы направлены на то, чтобы

объективировать моральное переживание развода женщиной. Вот эти вопросы: «После того, как вы расстались с мужем, страдали ли вы первое время бессонницей?»; «Стали ли вы в этой связи больше курить?»; «Если потребление табака возросло, то в какой период это особенно заметно: а) когда вы приняли окончательное решение развестись, б) когда вы окончательно расстались с мужем, в) когда вы начали бракоразводную процедуру, г) когда был вынесен формальный бракоразводный акт или д) теперь?»³.

Предположим, мы хотим узнать, находятся ли внебрачные дети в худшем положении по части воспитания? Чем оперировать весьма неопределенным понятием «хорошее» или «плохое» воспитание, лучше обратиться к таким объективным заменяющим данным, как показатели школьной учебы, степень делинквентности.

3. БЕСПРИСТРАСТНОСТЬ

Требование беспристрастности обязывает социолога-юриста по происхождению пожертвовать некоторыми своими юридико-догматическими предубеждениями. Он должен перестать ссылаться в подтверждение своей правоты — что он делает часто и почти автоматически — не только на естественное, но и на действующее право. Его взгляд должен быть одинаково непредубежденным и тогда, когда он рассматривает право, и тогда, когда он изучает факт, и даже тогда, когда перед ним нарушение права. В этом плане для социолога должны быть равны и законный брак, и свободный союз, и адюльтер. Представители общей социологии разъясняют социологу — юристу по происхождению, что изучать нарушение права, избегая ценностных суждений, не значит признавать такое нарушение легитимным и нормальным. Осуждение данного поведения обществом наличествует в изучаемом объекте. Однако у наблюдателя такого осуждения априори не должно быть. Принципиальным является требование, чтобы там, где правовые решения зависят от моральных установок и политики, что особенно характерно для публичного права и для некоторых важных сфер частного права (семья, соб-

214

ственность и др.), юридическая социология не приступала к делу, пока не освободится от ранее сложившихся (иногда неосознанных) ценностных суждений. Но в еще большей мере, чем предубеждений, которые можно назвать конкретными, она должна опасаться одного общего предубеждения. Мы имеем в виду принципиальное отношение исследователя к его правовой системе, взятой в целом. Это отношение можно выразить вопросом: должна ли эта система быть сохранена или, наоборот, реформирована? У каждого действующего права имеется партия консервативных сторонников, а также партия тех, кто выступает за изменения, причем политическая окраска этих партий в различные периоды может быть различной. Так, начиная с 1804 г. идея ниспровержения Гражданского кодекса бралась на вооружение сперва правыми, а затем — левыми. Одни исследователи не склонны поддерживать изменения и даже признавать их. Другие, а их сегодня большинство, предстают как отчаянные реформаторы. И с обеих этих сторон объективной юридической социологии грозит опасность.

В современной социологии имеются, правда, некоторые течения, которые считают, что решительная субъективность совместима с требованием истинности. Это те течения общей социологии, в которых ощущается отзвук экзистенциализма. Они могут быть легко восприняты юридической социологией. Реальное основание для этой позиции дает то направление исследований, которое имеет своим объектом не институты, а ситуации. Правовая ситуация требует, чтобы она была проверена на собственном опыте. Такой экзистенциальный опыт здесь дает значительно больше, чем наблюдение со стороны. Например, изучать со стороны рабочую семью — значит обречь себя на ее изучение с позиций, которые в той или иной степени являются буржуазными. В результате за искомую объективность приходится расплачиваться деформацией. Значительно лучше, если исследователь окажется как бы внутри данной ситуации, а в нашем примере будет участвовать в повседневной жизни семьи со всеми ее представлениями и предрассудками. Так появляется новая техника исследований — участвующее наблюдение, когда исследователь стремится интегрировать себя в изучаемую среду, в ее образ жизни, мышления, чувств⁴. В конце такого исследования полученные впечатления приводятся в систему.

215

Есть еще один способ: социолог стремится сам пережить при помощи воображения ту юридическую ситуацию, которую он хочет изучить. Например, чтобы изучить рабство в Риме, он представляет себя в шкуре раба. Социолог в этих случаях действует, как Г. Флобер, который, как известно, ощущал себя госпожой Бовари⁵. В общем плане можно задать вопрос: поскольку речь идет о субъективных предметах, то не является ли субъективный анализ способом достижения объективности?

Позитивное право располагает особым, свойственным ему способом достижения объективности с помощью субъективности, а именно способом конфронтации двух противостоящих субъективных

позиций. Закон называет это процессуальным принципом состязательности — единственным путем получения судебной истины. И если право может подарить что-то социологии, то речь должна идти о его теории познания. В наиболее ясной форме, свойственной частному праву, она сводится к тому, что право не только считает истину относительной, но и исходит из того, что эта истина может быть рождена лишь в столкновении сторон, в итоге организованного спора двух противостоящих мнений. Тот факт, что спор завершается решением третьего лица, как бы он ни был значим, в данном случае не является основополагающим, ибо решение судьи будет не чем иным, как выбором одной из двух данных противостоящих позиций или их комбинацией. В этой состязательности есть что-то напоминающее диалектику. Однако первая отлична от второй: противоречия в процессе синхронны, а не диахронны, одно стремится исключить другое, а не идти к синтезу, что бывает лишь в исключительных случаях.

Юридическая социология в своей технике опросов могла бы использовать способ познания, который предлагает ей право. Единый опрос был! бы в этом случае заменен в двуединым опросом, то есть опросом и контрол-опросом, проводимыми соответственно двумя группами исследователей. Здесь нет необходимости в решении арбитра. У научного процесса нет другого судьи, кроме мнения, а оно может без всякого ущерба для общественного спокойствия оставаться несложившимся, если ни одной из спорящих сторон не удастся доказать свою правоту. При сегодняшней системе единого опроса исследователь нередко приступает к делу с такой рабочей гипотезой, которая — пусть даже неосознанно для социолога образом — влияет

216

на исследование, то есть делает его пристрастным. В таком случае полезно иметь соперника, выдвинувшего, защищающего и стремящегося доказать обратную гипотезу. Это — разумный способ восстановить объективность.

4. ИСТОРИКО-СРАВНИТЕЛЬНЫЙ МЕТОД

Это самый старый метод юридической социологии, так же как и общей социологии. Его интуитивно использовал Монтескье. В наше время он применяется весьма широко.

Наименование метода, хотя оно и общепризнано, не лишено двусмысленности. Одни считают, что речь идет о применении сравнительного метода в истории (сравнительная история). Для других — это сравнительный метод в широком смысле, включая и исторический анализ явлений. Юристы пытаются сочетать каждую из двух составных этого наименования с одной из двух своих наук: историей права и сравнительным правом. Историко-сравнительный метод в их глазах — это переосмысление этих же двух наук в социологическом духе.

Неопределенность усугубляется тем, что о сравнительном методе говорят, не детализируя это понятие и используя его не столько как самостоятельный метод, сколько как прием, который может быть подсоединен к любому другому методу, например -к количественным методам (можно сравнивать статистику разводов во Франции и Англии или ответы, данные на один и тот же вопрос представителями различных социальных слоев). Таким путем приходят к такой степени обобщения, что определяют юридическую социологию как сравнительный метод в применении к праву.

Из этой попытки обобщения может быть извлечена польза. Историко-сравнительный метод — это действительно методологический компендиум социологии права, но он является таковым лишь взятый в целом, в единстве двух составляющих его элементов. Это не только метод, могущий служить инструментом самостоятельного исследования и приносящий свои результаты, но и двойное интеллектуальное действие, которое позволяет истолковать данные, полученные ранее с помощью любого другого метода.

Упоминание об истории в двойном названии метода отнюдь не бесполезно. Оно подчеркивает наличие в нем исторического подхода, изучение какого-либо института или системы в их последовательном развитии. Только так

217

Можно дать им каузальное объяснение. Разумеется, исторический и сравнительный аспекты метода сообщаются друг с другом. Исторический подход может быть сравнительным, а сравнительный — диахронным. Однако этот метод станет более отчетливым, если оба его аспекта рассмотреть отдельно. Тот, кто хочет измерить прогресс в использовании историко-сравнительного метода за два последних века, может-era и нить главу из книги Монтескье «О духе законов», где речь идет об обычае делать наследником младшего из детей мужского пола⁶, и работу бельгийского ученого Гилисена, изданную в 1959 году, также затрагивающую эту проблему⁷. Выводы обоих авторов не расходятся скольконибудь существенным образом (экономическое и социальное происхождение привилегий). Однако доказательственный аппарат второго автора во много раз обширнее.

5. ИСТОРИЧЕСКОЕ ЛИЦО МЕТОДА

Чтобы попытаться понять исторический метод в его чистом виде, лучше всего представить себе какой-то один исторический объект, который не повторяется ни во времени, ни в пространстве. Таким отдельным объектом может быть система, институт, общность людей, группа случаев, то есть — юридическое явление. Результатом применения такого метода будет не более чем пассивное описание. Однако историки редко ограничиваются ролью летописца. Даже такая история, которая сводится к описанию событий, обнаруживает взаимосвязи между фактами, рациональные основания происшедшего.

Исторический метод в его применении к социологии права состоит именно в рациональном познании юридических явлений. Однако особенность этого познания такова, что оно рассматривает юридические явления не как застывшие, соответствующие определенному состоянию права, а в их эволюции. Далее, исторический метод состоит — и это особенно важно — в объяснении юридических явлений, в даче им каузального, причинно-следственного объяснения. Однако это каузальное объяснение также имеет свою особенность. Оно выводится не из множества сходных наблюдений (как при сравнительном методе), а из единого, последовательного во времени отношения между двумя явлениями (институтами), показывающего, как первое из них в результате происходящих с ним трансфор-

218
маций порождает другое. Этот тип каузального объяснения можно определить как **генетический**, и его роль в юридической социологии при объяснении лормы права не менее значима, чем роль, которую играет в лингвистике этимология.

Позволителен вопрос: чем такого рода исторический метод, используемый юридической социологией, отличается от метода истории права? Разве обе пауки обращены не на один и тот же основной объект — правовые институты? И не стремятся ли обе они быть объясняющими, а не описательными дисциплинами? И разве не стремится каждая из них рассматривать юридические явления как причины или следствия по отношению к другим явлениям? Согласимся с тем, что между историком социологического плана и социологом, склонным к историческому подходу, дистанция незначительна. Куда отнести, например, работу Г. Ле-Бра «Личная правоспособность и социальные структуры в праве Древнего Рима»?⁸ Различия между этими двумя дисциплинами можно провести, лишь указав эмпирически на те сферы, где социология представляется наиболее компетентной. Таковы, например, коллективные явления в отличие от явлений-институтов. Так, институт брака при старом режиме — это сфера истории права, а брачность в XVII—XVIII веках — исторической социологии (или если угодно — исторической демографии). Кроме того, эти две дисциплины рассматривают разные аспекты права в его соотношении с другими предметами. Возьмем, например, такой вопрос, как причины, которым обязан своим появлением какой-то закон. История права в своем объяснении может остановиться на юридическом законодателе (император, промульгировавший закон, или парламент, принявший закон). Социология права идет дальше и пытается обнаружить социологического законодателя, то есть те силы, те социальные, экономические, моральные, религиозные и иные потребности, которые обусловили появление закона. Точно так же различным окажется и подход этих двух наук к эффективности закона. Историк права будет изучать чисто юридические последствия, судебное применение, толкование, дополнительные реформы, отмену закона. Социологу же исторический метод нужен для выявления социальных последствий, отношения населения к закону, эволюции нравов, экономических результатов, эффективности или неэффективности закона.

219

6. СРАВНИТЕЛЬНОЕ ЛИЦО МЕТОДА

Применение сравнительного метода подчинено логической предпосылке, а именно сравнимости понятий и явлений, которые хотят сопоставить. Было бы бессмысленным сравнивать два радикально разнородных явления. Не принесло бы пользы и сравнение двух абсолютно идентичных явлений (кроме ситуации, когда сравниваются два состояния одного и того же явления в процессе его эволюции). Терминологическое сходство или различие также не может считаться достаточно надежным указателем возможности сравнения. Нередко явления, выступающие под разными названиями, могут с успехом быть сравнимы и, наоборот, за сходными наименованиями скрываются явные, сравнивать которые бессмысленно. Сравнительный метод требует хорошо обоснованной типологии.

Но и при наличии этой предпосылки он может осуществляться в разных планах. Возможно сравнение, при котором довольствуются сбором и классификацией сходств и различий, руководствуясь при этом такими эмпирическими правилами, как, например, «общее — существенно, различное — 'второстепенно». Такое сравнение не раскрывает каузальных законов, но оно достаточно, чтобы подтвердить исходную гипотезу о характере (и даже скрытой сущности)

институтов.

Так, например, можно сопоставить текст Тацита, рассказывающего, что дочь фонтя Агриппы не была избрана главой весталок из-за того, что ее отец расторгением первого брака нанес урон доброй славе своей семье⁹, с решением гражданской палаты французского Кассационного суда от 18 мая 1966 года, из которого следует, что сын разведенной женщины имеет право требовать возмещения вреда, если третье лицо сообщило его работодателю об этом факте. Из сопоставления этих текстов видно, что в самых разных правовых системах и в разных социокультурных средах развод постоянно выступает как признак семейной аномалии.

Чтобы установить каузальные законы, сравнительный метод должен применяться более строго. Для этого имеются специальные процедуры, о которых речь пойдет ниже, но следует заметить, что они предназначены для точных пауков и поэтому их использование в науках гуманитарных довольно сложно. Факты, которые изучает юридическая социология, сложны, запутанны, изменчивы. Анализ, который претендует на их широкий охват, связан с немалыми трудностями. Если, например, в ряде стран одновременно зафиксированы увеличение числа разводов и уменьшение рождаемости, то весьма реальна вероятность, что эти два явления находятся в отношении обратной зависимости. Однако следует учитывать, что таким путем причинно-следственные отношения еще не раскрыты. Возможно, что в этой корреляции ни одна из его составных не является причиной другой и обе они (увеличение брачности и падение рождаемости) суть следствия одной и той же причины, которая пока еще находится вне нашего поля зрения, или, быть может, существует третий вклинившийся фактор, являющийся следствием одной составной и причиной другой. Этими трудностями объясняется широкое распространение эмпирического сравнения, которое можно назвать «сравнением с зачатком каузального анализа». Заметив, что в разных правовых системах одновременно существуют два явления, сейчас же предполагают, что их связывает причинно-следственное отношение. Обычно один элемент из этой пары — юридическое явление (норма или институт), а другой — неюридическое (география, демография, экономика, политика и т. п.). Это второе — неюридическое — явление и объявляется причиной первого. С таким подходом можно встретиться, например, у Монтескье¹⁰. Он представляет собой донаучную форму сравнительного метода, и его можно назвать процессом суггестивных совпадений. Тем не менее случается, что такой подход приводит к правильным выводам, и этим объясняется то, что им продолжают пользоваться.

Уже у Монтескье встречалось что-то вроде зачатков структурализма. Поэтому не будем удивляться, обнаружив проявления структурализма в современном использовании сравнительного метода. Определенное, небольшое число юридических явлений рассматривается как образующее структуру. Затем некоторое число правовых систем исследуется в том плане, содержат они или нет данную структуру. Картина выявленных сходств и различий не показывает нам причинно-следственных связей, но она может помочь поиску скрытых элементов правовой системы или такого сочетания элементов, которое теоретически возможно, хотя на первый взгляд кажется, что его не существует. Наибольший успех этот структуралистский метод имел в этнологии (классификационные схемы родства или сжесте-

221

мы земельной собственности). Но в принципе его применение может стать весьма широким. В качестве примера использования структурализма можно привести концепцию Р. Шварца¹¹. Автор берет три элемента, наличие которых, по его мнению, характеризует правовое государство. Это, во-первых, защитник (лицо, специализирующееся на оказании помощи сторонами в процессе, то есть выполняющее ту роль — оказание помощи, — которую ранее играли родители); во-вторых, судья (или арбитр) и, в-третьих, представитель полицейской и вообще репрессивной власти. Автор берет далее 58 обществ (примитивных и современных), которые он классифицирует в соответствии с возможными комбинациями этих трех элементов, и определяет таким образом, в какой мере каждое из этих обществ может быть названо правовым государством.

II. АНАЛИЗ ДОКУМЕНТОВ

1. ПОНЯТИЕ И ВИДЫ

Документ в широком значении этого слова (то есть то, что записано, нарисовано или изображено каким-то иным образом¹²), если даже он не имеет отношения к праву, может содержать сведения, интересующие юридическую социологию. Анализ документа — метод, позволяющий добыть такие сведения. Этот метод с успехом испытан общей социологией, и его перенос в юридическую социологию не представляет большой трудности, ибо он как бы заранее усвоен стилем мышления юристов и в этом смысле самим правом, естественная форма которого — текст.

Рассматриваемый метод достаточно прост и доступен исследователю-одиночке. Иногда говорят, что всякое внимательное чтение — это уже анализ содержания. Однако ^ здесь необходимо уточнение: речь должна идти о методическом чтении, подчиненном заранее установленной цели исследования. Кроме того, и здесь, как и в других сферах социальных наук, дает себя знать современная тенденция к квантификации, которая несет с собой требование все большей строгости исследования и его технической оснащенности (в том числе использования ординаторов). В настоящее время наряду с качественным анализом, который остается основой любого анализа документов, в социологии права быстро развивается **количественный анализ**.

222

Мы остаемся пока в рамках качественного анализа, который различается в зависимости от характера изучаемых документов. Используемое нами в этой связи деление на виды свойственно лишь социологии права. Для нас существенно различны документы юридического значения, с одной стороны, и документы, не имеющие отношения к праву — с другой. Каждый из этих двух разных видов может быть в свою очередь разделен на подвиды. Различия при этом носят не формальный характер, они влияют на работу исследователя. Разумеется, в документах, не относящихся к праву, данных, значимых для юридической социологии, значительно меньше, а получить эти данные труднее.

Письменный текст, нарисованное изображение могут быть проанализированы с целью выявления их содержания. Можно ли сказать то же о звуках? Еще не проводилось сравнительное изучение юридичности звуков. Однако имеются интонации с правовым звучанием. Во всех обществах человеческий слух различает тональность приказа, предупреждающую тональность (например, звуки барабана или трубы, призывающие толпу разойтись, как это предусматривали во Франции декрет от 26 июля 1791 года и Законы от 10 апреля 1831 года и 7 июня 1848 года), угрожающую тональность, оскорбительную и т. д. Запись на пленке чтения судебных решений обнаруживает существенные различия между судьями, судебными инстанциями, между изложением мотивов и самого решения. Некоторые крики имеют юридическое значение, идущее от обычаев, например крики негодования, «держи вора!», «спасайся, кто может!» и др.

Имеется еще одна подлежащая исследованию проблема: может ли музыка наводить на мысль о праве?

Вагнер положил на музыку договор. В старом германском праве договор считался заключенным лишь после того, как кредитор медленно опускал жезл на плечо должника. В операх Вагнера этой процедуре соответствует нисходящая хроматическая гамма. Всякая музыка построена на строгом соблюдении правил, и это вызывает представление о норме.

2. АНАЛИЗ ЮРИДИЧЕСКИХ ДОКУМЕНТОВ Назвав юридическим любой документ, прямо связанный с правом, мы получим очень широкое понятие, ибо под него попадет и судебное решение, и любой акт пра-

223

В Овой практики, и нотариальный акт, и научное Издание, единичный документ и комплекс документов, речь в суде и юридическая хроника в журнале. Один из этих подвидов требует, чтобы его отличали от других, причем не столько благодаря различию в содержании, сколько по причинам практического порядка. Речь идет о судебных решениях, опубликованных в специализированном сборнике. Здесь открывается возможность **социологического анализа судебной практики**, который требует особого рассмотрения. Известное сходство с комментариями к судебным решениям, удобство оперирования источниками — все это ведет к тому, что именно здесь юрист получает удобный выход в социологию.

При анализе любого юридического документа исследователь должен всегда соблюдать два правила.

1. Он должен смотреть на правовой документ глазами социолога, а не юриста-догматика.

Документ должен рассказать ему о юридическом явлении, а не о том, правильно ли применена норма права. Ничтожный в юридическом смысле акт, ошибочный комментарий могут оказаться существенны в социологическом плане. Юридический документ ценен в той мере, в какой он способствует социологическому воссозданию явлений и институтов прошлого. Практически это означает, что в той мере, в какой это возможно, документ с помощью дополнительных данных должен быть «помещен» в те социальные условия, которые определяли его содержание. Так, например, если речь идет о конкретном завещании, то важно знать, к какому классу принадлежал наследодатель, какова была в ту эпоху экономическая конъюнктура. Если документ может быть сопоставлен с другими, предшествовавшими ему или более поздними, то предпочтительнее изучать всю эту цепь, а не одно ее звено. Такой анализ особенно оправдан в отношении семейно-правовых явлений. Им пользовалась при изучении семьи прошлого историческая демография, соединяя акт о браке основателей семьи со свидетельствами о крещении нисходящих. Историки права прослеживали историю семьи и линии родства по брачным договорам и посмертным описям имущества¹³.

2. Юридический документ не должен восприниматься как объективный эквивалент реальности, о

которой он говорит. Иначе говоря, документ может быть обманчивым, и исследователь должен постоянно помнить об этом. Если исследователь имеет дело с констатирующим документом, 224

как, например, нотариальная опись, то к нему нужен критический подход в историческом контексте. Если речь идет о документе, выражающем волю, как, например, завещание или договор, то следует попытаться вскрыть и истолковать вызвавшие его к жизни психологические и социопсихологические мотивы. Социологический анализ договорных документов требует глубокого знания практики. Каждая из сторон договора тайком от другой, как и обе стороны вместе могут стремиться изобразить в неверном свете реальное положение вещей. Этот «отход от истины» во многих случаях представляет собой частный случай общераспространенных явлений, как-то обход налогообложения. Стороны далеко не все раскрывают нотариусу, в котором видят как бы «тень закона». Написанное в документе нуждается в социологической корректировке еще и потому, что более сильная сторона в договоре, имевшая возможность диктовать свои условия, могла включить в него сверхсуровые штрафные неустойки, залоговые поручительства, выгодные лишь одной стороне сроки и т. д. Эрлих отметил подобные явления в договорах земельной аренды в Пруссии. Нечто похожее можно увидеть и во французских страховых полисах. Однако все это чаще всего не более чем устрашающие формулы, подобные заклинаниям, имевшим хождение в древности. Они используются лишь при особо сложных ситуациях, а обычно, при нормальном развитии событий, никто не предполагает осуществлять их буквальным образом.

3. СОЦИОЛОГИЧЕСКИЙ АНАЛИЗ СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ

Объектом социологического анализа является в этом случае содержимое особых юридических документов, а именно сборников судебной практики.

Возможен ли здесь количественный анализ? Он был бы значим, если бы в сборниках публиковались все решения, что, однако, практически возможно лишь в отношении решений высших инстанций (Кассационный Суд, Государственный Совет). Применительно к основной массе решений квантификация рискует потерять большую часть ожидаемого социологического результата. Анализ судебной практики особенно ценен деталями, которые он позволяет увидеть. Он является прежде всего **изучением случаев**, точнее, юридических случаев (казусов), а еще точнее, судебных

15 Заказ № 1161

225

Случаев, то есть казусов, по которым было вынесено судебное решение. Но это такое изучение судебных случаев, которое не совпадает с традиционным в юридической науке анализом судебной практики. Это особая форма изучения досье и самих решений, взятых как документы, содержащие определенные данные.

При традиционном подходе при обращении к судебным решениям или серии таких решений объектом изучения является право, а при социологическом — факт. Юрист изучает норму права, примененную для решения дела или даже специально созданную для этого в тех пределах, в каких возможно судебное правотворчество. Социолог в своем анализе стремится рассмотреть жизненные ситуации, сочетания межличностных и индивидуальных социальных явлений, которые выявило судебное решение.

С помощью юридического анализа судебной практики, путем синтеза рассмотренных решений можно углубить знание позитивного права. Однако характер такого анализа заставляет юриста ограничивать обращение к фактической стороне рассматриваемых решений. Ведь он стремится подобрать такую гомогенную серию решений, которая послужила бы основанием выводов и предложений, связанных с действующим правом.

Внимание социологии, наоборот, в первую очередь привлекают факты, ибо именно они говорят о состоянии нравов в обществе. Вот почему решения по бракоразводным делам, обычно весьма бедные в правовом плане и потому малоинтересные для догмы права, являются по своей фактической стороне поистине золотоносной жилой для социологического, психосоциологического и психологического изучения семейной жизни. То же самое можно сказать и о решениях по делам об ответственности родителей за деликты малолетних детей. В социологическом плане эти дела весьма значимы для выявления степени самостоятельности, которую современное общество предоставляет подросткам. В более общем плане следует обратить внимание на то, что любое судебное решение — это итог конфликта. Конфликты же как таковые — интересное явление социальной психологии, и их изучение в этом аспекте (наряду с другими) весьма значимо в социологическом анализе судебных дел.

Социологический анализ не ограничивается объективными фактами. В особом социологическом изучении нуж-

226

даются требования и притязания сторон, так как таким путем выявляются их представления о праве, модели, свойственные их сознанию. В этой связи можно даже полагать, что, чем ошибочнее в чисто юридическом плане требования стороны, тем больше они могут дать в социологическом плане, помогая увидеть какие-то слои протонационального права, воображаемые законы, незавершенную юридическую аккумуляцию, конфликт разных юридических моделей.

Сделав еще один шаг, мы включили! в сферу социологического анализа само решение, принятое судьей. Оно войдет сюда не как конститутивная часть позитивного права, а как показатель более глубокой социологической реальности, а именно правового чувства, характеризующего сознание судьи, а тем самым — и латентного правового чувства, живущего в народе, если, разумеется, допустить (а такое допущение, несомненно, требует оговорок), что судья как бы преломляет чувства всего общества.

4. ЗНАЧИМОСТЬ СОЦИОЛОГИЧЕСКОГО АНАЛИЗА СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ

В сравнении с другими исследовательскими процедурами, которые находятся в распоряжении юридической социологии, анализ судебной практики имеет как слабые, так и сильные стороны. Слабые стороны идут главным образом от недостаточного отражения реальной действительности. И происходит это не потому, что объектом изучения являются документы, а не сами отношения (в этом смысле анализ судебной практики ничем не отличается от любого другого исследования документов), а потому, что данному виду документов свойственно искаженное в ряде моментов видение действительности.

Первое такое искажение связано с различием между реальным рассмотрением дела и тем, что содержится в опубликованном материале. Первое значительно шире. Мы узнали бы во много больше, если бы познакомились с решениями непосредственно в самом суде. То, что мы получаем в публикации, — это лишь избранные части судебной практики. Диспропорция между тем, что можно опубликовать, и тем, что опубликовано, меньше, когда речь идет об официальных сборниках, как, например, «Бюллетень Кассационного Суда». Однако решения этого суда не самые интересные в социологическом плане. Эта диспропорция

15*

227

неизмеримо возрастает в отношении тех решений, которые становятся известны благодаря сборникам неофициального, частного характера. Ведь в этом случае выборка происходит (и это вполне правомерно) в собственно юридических, а не социологических целях и интересах.

Второе искажение связано с тем, что не все значимые юридические конфликты выливаются в судебный процесс. Так, многие из таких конфликтов рассматриваются в порядке арбитража. Подавляющая масса арбитражных решений не публикуется, и вследствие этого имеются такие материальные сферы (причем немаловажные, как, например, торговля нефтью), в отношении которых анализ судебной практики не имеет ни социологического, ни собственно правового значения. То же самое можно сказать и о множестве мелких споров, не попадающих в сферу судебной деятельности, а тем более — в высшие инстанции, которым предоставлена честь издавать официальные сборники судебной практики.

Наконец, третье, еще более серьезное искажение, обусловлено тем, что как не все конфликты становятся предметом судебного разбирательства, также отнюдь не все правоотношения перерастают в конфликты. Со времен Эрлиха социология права подчеркивает, что, кроме патологической зоны конфликтов, имеется куда более широкая сфера сбалансированных и мирно развивающихся отношений, как, например, точно исполняемые договоры или не оканчивающиеся разводом браки. Если изучать какой-либо институт только путем анализа судебной практики, то можно не заметить этих реалий, которые зачастую являются преобладающими.

Сильные стороны социологического анализа судебной практики компенсируют эти недостатки. Этот анализ весьма удобен в области юридической патологии, ибо путем анкетных опросов редко удается выявить суть конфликтной ситуации. Конфликтующие стороны не склонны раскрываться перед частным лицом, проводящим опрос, и, наоборот, стремление выиграть дело побуждает их сообщить как можно больше данных суду. Кроме того, состязательность и контроль суда дают возможность критической оценки показаний сторон, и поэтому тот, кто впоследствии будет изучать этот конфликт таким, каким он отражен в судебном решении, может рассчитывать на получение более достоверных в социологическом плане данных, чем мог бы дать опрос.

228

У документального социологического анализа судебной практики есть по сравнению с опросом еще одно преимущество, связанное с историческим методом. Анкета, как правило, подобна моментальному снимку, она показывает юридическое явление в один определенный момент его бытия. Анализ судебной практики отражает последовательное развитие событий. Каждое судебное

решение показывает историю данного отношения, причем историю, зафиксированную в кульминационный момент, когда это отношение постигла катастрофа. Обращение в суд означает конец данного отношения, и в этот момент становится особенно ясным истинное развитие событий.

Другое достоинство анализа судебной практики в том, что он позволяет изучить категории людей, в отношении которых многие другие методы социологических исследований трудноприменимы. Это такие социальные категории, как аристократия, крупная буржуазия, представители которых уклоняются от опросов, но могут стать участниками судебных разбирательств. Кроме того, немало поколений уже ушло из жизни. С учетом того, что опросы ограничены живыми, а судебные архивы сохраняются плохо, обращение к судебной практике может восполнить образующиеся пробелы, но, разумеется, лишь в пределах того времени, от которого остались сборники судебной практики. Практически в распоряжении исследователя, пользующегося обычной юридической библиотекой, оказываются серии судебной практики, начиная с первых лет XIX века.

Документация времен «старого режима» не столь обширна и систематизирована. Кроме того, судебные решения того времени не содержали мотивированной части. Впрочем, это обстоятельство не препятствует социологическому анализу, потому что в сборниках XVII—XVIII веков («Журнал аудиенции», «Дворцовый журнал») решения часто предварены подробным изложением фактов и речей.

5. ПРАКТИЧЕСКАЯ РЕАЛИЗАЦИЯ ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКОЙ ПРОЦЕДУРЫ

Отбор судебных решений. Для исследователя юрико-догматического плана сборник судебной практики тем ценнее, чем больше в нем решений Кассационного Суда. Для социолога важнее решения нижестоящих инстанций, и поэтому он охотнее обращается к «Газетт де Пале», чем к «Бюллетеню решений гражданской палаты» Кассационного

229

Суда. Социологическое богатство таится в периодических изданиях, выходящих по инициативе мировых судей. Приходится сожалеть, что ныне нет выходящей в прошлом веке «Судебной газеты» с ее хроникой интересных правовых ситуаций.

Допустим и анализ единичного решения, интересного в социологическом плане. Как и при изучении любого единичного случая, и здесь правомерно распространить полученные выводы на все явления такого рода, при том, разумеется, допущении, что изучаемый случай репрезентативен. Однако в научном отношении более надежно исследовать ряд сгруппированных решений.

Группировать их следует в зависимости от того, какое направление хотят придать исследованию. Эволюция права и нравов раскрывается через ряд последовательных по времени решений по одному и тому же предмету. Чтобы выявить, как формируется судебная практика, следует проанализировать отношение к данному предмету всех судебных инстанций.

Анализ содержания должен быть обращен главным, а иногда и исключительно образом на **фактические мотивы**, если, конечно, они имеют социологическое значение. Часто бывают социологически интересные детали, кажущиеся бесполезными в юридическом плане (профессия истца, сезон, когда был заключен договор),

Использование полученных данных. Социологический анализ судебной практики может быть использован в двух разных целях.

Первое — его использование в плане общей социологии. Поскольку за каждым судебным решением стоит эпизод из социальной жизни, то, собрав воедино более или менее сходные решения, можно воссоздать картину жизнедеятельности определенного общества. Если преследовать эту цель, то выборка не должна быть связана с юридическими понятиями. Ее цель — показать нравы, а юридическое лицо явлений может при этом остаться в тени¹⁴.

Юридическая социология требует другой ориентации, которая, не оставляя без внимания нравы, вырисовывающиеся при анализе решений, позволяет по меньшей мере увидеть их взаимоотношения и взаимовлияния с юридическими явлениями. Тогда эти две сферы, вместо того чтобы оказаться расположенными рядом и образовать мозаичную панораму, выступают в ином сочетании, где соответствующие явления будут сгруппированы по юридическим основаниям — типу института или конфликтной ситуации,

230

что в свою очередь позволит увидеть каузальные связи, в которых право выступает или как причина, или >как следствие.

Важны в социологическом плане и такие процессуальные данные, как промежуток времени между фактом и судебным решением (это позволяет определить темпы деятельности юстиции).

Хотя это и не типично, но внимание социологического анализа судебной практики может привлечь и юридическая сторона решения — правовая мотивировка, резолютивная часть решения. Правовая мотивировка может заинтересовать социолога, например, тогда, когда она неадекватна установленным фактам. Это бывает в сложных случаях, когда судья идет не от правовой нормы к конкретной ситуации, а сперва находит решение, вытекающее из ситуации, а затем отыскивает в действующем праве более или менее подходящую норму, на основе которой якобы решается дело. Резолютивная часть исследуется социологами с целью установления того, как отражается в ней личность судьи, каким образом на решении судьи сказываются социальные, экономические, политические и иные обстоятельства. Этот последний вид исследований распространен в Америке. Во Франции он сталкивается со значительными трудностями (коллегальный состав суда, тайна совещательной комнаты, наконец, трудности психологического порядка).

6. АНАЛИЗ НЕЮРИДИЧЕСКИХ ДОКУМЕНТОВ

Следует сразу же привлечь внимание к характерной черте этого анализа. Она связана с тем, что эти документы не говорят языком права, которое скрыто в них в гуще нравов. Поэтому, изучая эти документы в целях юридической социологии, приходится непрерывно вести кропотливую работу, подобную добыче драгоценных металлов. Эта работа требует глубокого знания права, поскольку в неюридических документах правовое обычно содержится в ничтожных долях, во взвешенном состоянии и, кроме того, в таких формах, которые более не существуют, принадлежат истории. Из числа неюридических документов больше всего могут дать социологии права этнографические документы в широком смысле этого слова, а именно описание определенной народности.

Достаточно простого наблюдения за ее

231

жизнью, чтобы увидеть повторяющиеся жесты, поступки, образ действий. Наиболее часто все это не выходит за рамки повседневных обыкновений, возможно, обычаев. Однако иногда можно увидеть что-то от права. Полезные данные разбросаны также в рассказах путешественников, в трудах историков, фольклористов, этнографов. На социологию права при этом ложится двойная задача. Она должна: выделить юридическое из социального неправового и индивидуального повседневного; верифицировать полученное таким путем юридическое путем поиска аналогичного материала во времени и пространстве и классификации его (другими словами, эта процедура активно требует истори-ко-сравнительной модальности).

Таковы общие черты анализа содержания неюридических документов. Однако на практике выделились некоторые конкретные его разновидности. Природа таких документов, как газеты, романы, изображения, позволяет использовать их более продуктивно. Об этих разновидностях и пойдет ниже речь.

7. АНАЛИЗ ПРЕССЫ

Прежде всего имеется в виду пресса в собственном смысле слова, но речь может пойти также о радио и телевидении. Техника анализа прессы весьма усовершенствована общей социологией. Здесь возможно широкое применение количественных подсчетов: контентный анализ, измерение печатного пространства, отводимого под какую-то проблему; время, в продолжении которого различные виды газет освещают какой-то юридический, особенно судебный случай. Таким путем можно гипотетически установить, какое внимание уделяют этому случаю различные сферы общественного мнения.

Однако независимо от того, будет анализ прессы количественным или качественным, специфический характер ему придает то обстоятельство, что факт, к которому привлечено внимание, имеет юридическое значение, а сообщение о нем построено на иных основаниях в том смысле, что оно предназначено информировать публику, не вдаваясь в юридико-техническую сторону вопроса. Правда, в ряде случаев юридический характер события очевиден. Таковы материалы, публикуемые в разделах «судебная хроника», имеющих в крупных газетах. Здесь освещаются вопросы, явно относящиеся к праву, хотя сами эти раз-

232

делы призваны удовлетворять любопытство неюристов. В разделах «разные факты» право часто спрятано за нравами. Но тем не менее это рудник, из которого социолог может многое добыть. Юридическое дано здесь вне судебного разбирательства, до того, как за него возьмутся юристы. Оно выступает в причудливых формах и именно поэтому попадает в данный раздел. Здесь всегда можно предположить наличие отклоняющихся от нормы явлений, особенно интересных в социологическом плане.

8. АНАЛИЗ ЛИТЕРАТУРНЫХ ПРОИЗВЕДЕНИЙ

Встреча писателя с читателем — социологом права обещает многое. Но результаты ее нельзя предвосхитить заранее, ибо все тут зависит от участников встречи.

Писатели, от которых социолог права может многое ожидать, делятся на несколько типов.

Первый тип — писатель-наблюдатель. Для социологии права он работает неосознанно. Он лишь

наблюдает окружающее его общество и по логике вещей, походя, собирает имеющиеся в нем юридические элементы. Социологическая эффективность такого писателя производив от его реализма. Впрочем, эта эффективность может возрасть благодаря личному интересу писателя -к праву. У Расина был адвокатский опыт. Адвокат чувствуется также у Эрве Базена в «Супружеской жизни» и «Мадам Экс».

Когда речь идет об отдаленных во времени фактах, изучение литературных источников позволяет получить такую социологическую информацию, какую не могут дать другие методы. Поэтому социология истории постоянно обращается к литературным источникам античности и средних веков, дополняя таким образом, а в случае необходимости и поправляя юридические источники. По, кроме того — и это обстоятельство справедливо и для современной литературы, — в книгах можно найти такие юридические детали, которые самими юристами принято не замечать потому, что эти детали или слишком незначительны, или слишком интимны.

При обращении к литературным источникам необходима осторожность, ибо очевидно, что писатель, даже знающий кое-что о праве, может пренебрежительно отнестись к некоторым юридическим механизмам и допущенная вследствие этого юридическая ошибка способна породить иллюзорное представление, привести к курьезам. Кроме того, следует учитывать и свойственную ремеслу писате-

233

ля склонность к драматизации и преувеличениям, от которых не застрахован и автор, считающий себя реалистом. Мы оказались бы жертвами подобной драматизации, если бы, например, рассматривали отцовскую власть времен «старого режима» такой, как ее изображает Рестиф де ла Бретон в своей книге «Жизнь моего отца». В данном случае нужно учитывать эмоциональную деформацию, которую независимо от воли автора могут нести в себе его детские воспоминания. Впрочем, преувеличения более характерны для драматических произведений, чем для романов. Это связано с законами сцены. Было бы весьма опасно строить социологию брака и семьи при Людовике XIV на основе комедий Мольера.

Писателя второго типа можно назвать **теоретиком**. В своем творчестве он стремится осуществить если не юри-дико-социологический, то социологический подход. Бальзак в «Предисловии к «Человеческой комедии» рассказывает о том социологическом проекте, который он стремился осуществить. Нечто похожее предпринял и Золя, хотя французский психолог Клод Бернар считал «Ругон-Макка-ры» экспериментальным романом. Такого рода систематизированные подходы позволили авторам дать наиболее глубокий анализ социальной реальности, и при этом они, разумеется, не могли пройти мимо права. Творение Золя остается весьма важным для социологии семьи; оно помогает понять не только рабочие семьи времен Второй империи, но и постоянные факторы семейной жизни.

Однако из двух названных авторов Бальзак все-таки более юричен. И не потому, что его сочинения насыщены жаргоном судейского сословия. И не потому даже, что он показал (правда, но без ошибок) определенное знание юридической техники. Ему удалось понять специфику права, почувствовать живую природу правовых институтов — брачного договора, наследования, банкротства, — институтов, которые были созданы, чтобы служить людям, но в конечном итоге поработили их.

Писателей третьего типа можно назвать в какой-то мере **интуитивистами**. Среди писателей и поэтов встречаются мечтатели, обладающие даром проникновения, внутренним видением. Благодаря ему они замечают то, мимо чего проходят другие. За внешними формами правового института может скрываться нечто, что ускользает от профессионального юриста и даже от писателя-наблюдателя, но улавливается интуитивно поэтическим гением.

234

Сравним три возможных взгляда на процесс: 1) в учебнике процессуального права; 2) у Расина в его комедии «Сутяги» (не лучшем из произведений Расина); 3) у Диккенса и Кафки. «Холодный дом» Диккенса обнаруживает глубокое понимание, но еще в большей степени это можно сказать о «Процессе» Кафки. Этот автор путем сюрреалистической сублимации показал правосудие таким, каким его ощущает представшее перед ним лицо, а сам процесс — как ненасытное чудовище.

Можно использовать эти же три подхода и чтобы провести исследование в обратном направлении, то есть поставив вопрос: а как сами судьи относятся к своей деятельности? Процессуалист видит в ней точную технику. Один драматург наделяет деятеля правосудия комплексом Брута, а другой — Фукье-Тэнвиля¹⁵. Однако лучше всего раскрыл глубинные ощущения судьи Корнель, сделав это в одной гениальной по своей простоте фразе: «Государь, вот идет Химена просить вас о правосудии. — Досадная новость и удручающая обязанность»¹⁶.

Теперь от литератора обратимся к читателю, который задался целью проанализировать литературное произведение в юридико-социологическом плане. Как сделать это? Читатель может взять произведение определенного автора (или все его работы) и выбрать из них все то, что социологически связано с правом. Это хорошо известный метод, который породил многочисленные исследования, построенные по одной и той же модели: «Шекспир и право», «Мольер и право» и т. д.¹⁷ Однако читатель может избрать и другой, более синтетический путь, а именно взять за основу определенную проблему, а затем из различных книг одного и того же автора или многих авторов выбрать все то, что имеет отношение к этой проблеме¹⁸.

Однако оба эти пути — не более чем предварительный этап. Существо вопроса в другом, а именно с каких позиций происходит чтение, объективно оно или предвзято, или, другими словами, идеологически ориентированно (особенно, когда речь идет об острых правовых проблемах). В 60—70-е годы появились интерпретации левацкого или проанархистского плана, которые стремятся сделать из авторов прошлого предтеч современных контестаторов, оспаривающих фундаментальные начала жизни современного общества, в том числе правовую систему. Так, Дюррен-матт, толкуя «Фауст» Гёте, оценил смертный приговор

235

Маргарите как тщетность принципа Талиона и осуждение правосудия в целом. Контестация обращена как против правовой системы в целом, так и против ее отдельных частей, и особенно семьи и брака.

9. АНАЛИЗ ИКОНОГРАФИЧЕСКИХ ДОКУМЕНТОВ

Речь идет об иконографии, которая говорит что-то о праве, не ставя это специальной целью. Такая оговорка нужна потому, что существует иконография, которую можно назвать юридической в том смысле, что она намеренно обращается к праву.

В условиях письменной цивилизации юристы утратили привычку выражать право в образах. Однако в прошлом было не так. В целях воздействия на правосознание публики использовались иллюстративные образы, например, картина «Мертвый кредит», которую вывешивали владельцы магазинов, или же картины, изображающие правосудие в залах судебных заседаний.

Однако в большей своей части изобразительный музей права состоит из картин и скульптур, которые создавались не в правовых, а в чисто эстетических (иногда документальных) целях. При неправовой цели сюжет тем не менее может быть правовым и чаще всего изображающим правосудие. Пример — многочисленные картины на сюжет «Суд Соломона». Для простого зрителя сцена суда — это наиболее образное изображение права.

Подобно тому, как литературный роман может нести в себе юридические крупинки, точно так же в произведении искусства, далеком по сюжету от права — жанровой сцене, портрете, пейзаже, натюрморте, — юрист может увидеть нечто, что, хотя и неявно, адресовано ему. Иконографический анализ выявит это нечто юридическое. Вот один из примеров. В середине века, до XV века, художники не обращались к портретному жанру; важной считалась лишь душа, а она не имеет лица. Появление портретной живописи может рассматриваться как начало гражданского состояния.

Композиция, облик персонажей, дух картины могут вызвать представление о том, что ускользает от юриста-специалиста. В частности, хорошим объектом для сравнительной иконографии является сфера семейных отношений. Стало, например, уже традиционным сравнение «Брачного договора» Хогарта и «Деревенской помолвки» Грёза. У ан-

236

глийского художника в центре картины два отца ведут торг по условиям брачного договора, а жених и невеста оттеснены куда-то в угол; они еще не соединились, но уже отдалены один от другого. Перед нами патриархальная семья, прочно связанная с генеалогическим древом. У французского художника на первом плане, наоборот, жених и невеста, а родственники — это лишь оживленное окружение. Перед нами супружеская пара, смысл существования которой в ее будущем (которое символизируют маленькие поросята). Впрочем, Грёз изображал семейную жизнь не только в розовом свете, но и в ее напряженности и неурядицах («Мать в гневе», «Отцовское проклятие»).

За эволюцией семейных портретов можно увидеть эволюцию семейной структуры. Было бы также интересно расположить в качестве музейных экспонатов, в соответствии с требованиями историко-сравнительного метода, различные материальные формы, в которые облачалась юридическая документация: полимпсесты, пергаменты с глоссами на полях, съёмные переплеты и т. д. Эти формы отражают различные состояния права¹⁹.

Юридическая социология может использовать также фотографию. Французская

исследовательница М. Сегален показала изменения в концепциях семьи с помощью серии фотографий²⁰.

10. КОЛИЧЕСТВЕННЫЙ АНАЛИЗ ДОКУМЕНТОВ

В широком его понимании количественный анализ документов не связан с их анализом по содержанию. Но таким путем мы получили бы лишь чисто внешнюю квантификацию.

В этом случае происходил бы подсчет и измерение некоторых документов вне зависимости от их значения. Нетрудно представить себе такого рода операции с судебными решениями и нотариальными актами. Еще более часто их можно использовать применительно к законодательным и регламентарным текстам. Цель исследования в этом последнем случае — выявить по количеству актов изменения, которые от периода к периоду происходили в законодательной деятельности в зависимости от политических, военных, экономических и иных факторов. Таким путем, возможно, удастся показать законодательную инфляцию. Измерение величин законодательных текстов (скорее по количеству слов, чем статей) позволит проследить измене-

237

ния в стиле законодательства, за которыми стоят или различные философские взгляды на законодательство, или же сложности, с которыми сталкивается законодательная регламентация (повсеместные обходы законов, необходимость предвидеть в законе все возможные ситуации). Более обычной и более полезной является, однако, **внутренняя квантификация**. С ее помощью осуществляется переход от изучения отдельного случая — объекта, ограниченного даже тогда, когда случай исключителен, — к массе случаев. Такой подход представляется более итаучным. Обращаясь к внутренней квалификации, выскажем несколько соображений по двум связанным с ней понятиям: мультипликатору и мультипликанду.

Мультипликатор — это подбор массы изучаемых документов с помощью техники статистики или выборки. Статистика и выборка обычно используются для сбора фактов, событий. Однако их механизм может быть без труда приспособлен для количественного анализа документов. Нетрудно заметить, что «Общий отчет управления уголовной и гражданской юстиции», который традиционно считается статистикой фактов, в действительности является прежде всего статистикой документов. Его уголовный раздел — это не статистика преступлений, а статистика осуждений, что далеко не одно и то же. Его статистика по спорам о собственности охватывает далеко не все споры между собственниками, а только то их ограниченное число, по которым вынесены судебные решения.

Мы увидим в дальнейшем, что статистика фактов неудобна тем, что недостаточно гибка. Построенная на опросе частных лиц, она по своей природе требует монополии государства. Однако не может вызвать принципиальных возражений, когда квалифицированные, стоящие вне администрации исследователи подбирают в различных вариантах официальные документы, получая таким путем их статистическое выражение. Так, группа исследователей с помощью ординатора может поставить перед собой задачу рассортировать совокупность решений, ежегодно выносимых судебной инстанцией, в соответствии с характером иска, чего названный выше «Общий отчет...» не делает.

Простая выборка, которая недорого стоит и может быть быстро осуществлена, способна с достаточной долей вероятности дать необходимые данные. Уменьшение числа документов помогает извлечь из каждого из них больший объем информации. Предположим, например, что

238

имеется фонд из 20 тысяч судебных досье по делам о дорожных происшествиях. В соответствии с теорией вероятности достаточно взять наугад из этого числа тысячу дел, чтобы получить таким образом репрезентативный уровень. Эти двадцать тысяч дел можно пронумеровать в хронологическом порядке и взять для анализа каждое двадцатое дело.

Мультипликанд относится к содержанию документа, это объекты — причем весьма разнообразные, — которые исследователь стремится выделить, чтобы затем подвергнуть количественному анализу.

1. Таким объектом может быть какое-то слово (например, **ребенок, семья**) или какое-либо выражение (например, **интересы ребенка**), повторение которых при разных обстоятельствах в серии законодательных актов приобретает ранг особого психологического явления. Возникает обоснованное предположение, что повторяемые слова или выражения воспроизводят определенные образы. Но где коренится это психологическое явление? В индивидуальной психике законодателя? Несомненно, но не он один создает законы. В психологии группы или класса, которые воздействуют на него и тем самым законодательствуют опосредованным образом? И это несомненно. Но не следует ли принять во внимание и более широкие слои населения? Нельзя не признать, что язык тех, кто делает законы, должен отвечать определенным ожиданиям тех, кто должен этим законам подчиняться²¹.

Впрочем, эту взаимосвязь не следует превращать в абсолютом. Очевидно, в периоды упадка права (например, позднеимперская империя) повторения в законодательстве объяснялись тем, что соответствующие слова и формулы не находили отклика в общественном мнении. Не случайно императорские юристы того периода постоянно утверждали, что «рескрипты следует часто повторять».

2. В качестве объекта количественного анализа может выступать также определенная тема, изучаемый вопрос, не выраженные каким-то одним термином. В общественных науках стало обычным подобное обращение к **тематике**, исходящее из того, что час гота, с которой определенная тема встречается в серии документальных источников, дает основание для вывода о том, что происходит с изучаемой проблемой в реальности. Приведем следующий пример. Число решений по наследственным делам, опубликованных в сборниках судебной практики, за период с 1900

239 по 1975 год уменьшилось наполовину. Это может свидетельствовать о том, что проблемы наследования ныне волнуют французов в два раза меньше, чем в начале века. Очевидно, однако, что такого рода индукции во многом уязвимы, ибо могли произойти изменения в способе публикации судебной практики, могла остаться неучтенной внесудебная практика и т. д.

3. Использование количественного анализа более разнообразно, когда из содержания документов выделена совокупность анализируемых затем вопросов. Это могут быть вопросы, относящиеся к фактам (например, из решений о гражданской ответственности выделяются такие вопросы, как пол, возраст, профессия сторон, размер требуемого и полученного возмещения вреда и т. п.) или же к праву (например, применена ст. 1382 или 1384 Гражданского кодекса)²². Отобранные вопросы образуют **сетку анализа**, через которую как бы пропускается затем серия судебных решений. Чтобы построить такую сетку, следует в подготовительном порядке взять некоторое число решений (например, пятьдесят) и выявить, какие моменты встречаются в них постоянно. Последующее рассмотрение с применением уже созданной таким путем сетки позволит установить перекрещивания и соотношения фактических данных или же соотношения между ними и правовыми результатами.

Приведем несколько примеров количественного анализа документов. Международный институт прав человека в Страсбурге в 1971 году попытался выявить слова, наиболее часто встречающиеся в массе международных и национальных юридических документов по проблеме прав человека. Выборка показала, что первое место заняло слово **закон, а равенство** оказалось на более высоком месте, чем **свобода**. Другой пример. Бельгийский историк Гилис-сен подверг внешней квантификации законодательную деятельность в своей стране на протяжении длительного периода времени: от XVI века до 1954 года²³. Примененная им методика в ряде отношений вызывает возражения (нельзя, например, выводить среднее за 1900—1954 годы, ибо периоды до и после 1914 года весьма различны по концепции законодательства). Тем не менее работа содержит интересные констатации: наибольшего объема законодательная продукция достигает во время кризиса (1576—1580 годы) и революции (1789—1790 годы); просвещенный абсолютизм XVIII века (Мария Терезия и особенно

240 Иозеф II) сопровождался в австрийской части Нидерландов заметным ростом числа законодательных текстов; законодательная инфляция тем самым не является порождением лишь нашего времени. Укажем кратко и на трудности, связанные с количественным анализом. Относительная частота судебных решений по определенной категории дел может говорить лишь о том, что данная проблема порождает много судебных споров, но вовсе не о масштабах данной проблемы (степени использования правового института). Подобным образом частое повторение одного и того же законодательного текста не всегда означает практическую значимость проблемы и может быть связано с другими причинами.

III. ИЗУЧЕНИЕ ФАКТОВ

Именно изучение фактов более всего соответствует истинному призванию социологии. Изучение уже существующих документов — это работа над источниками, полученными из вторых рук. В длительной перспективе, по мере исчерпания фонда данных, такая работа рискует стать бесплодной. Во всяком случае, она не раскрывает реальность в ее чистом виде. Социология же заинтересована в том, чтобы получить если не свою собственную истину, то, во всяком случае, свои собственные доказательства истины. Поэтому она должна перейти от книг к полевым исследованиям, войти в мир фактов, получить здесь ранее неизвестные данные.

К фактам ведут разные дороги. Теоретически наиболее эффективно **экспериментирование**, но чаще всего используется **наблюдение**. Среди различных способов наблюдения его элементарные, традиционные формы, не связанные с количественными измерениями, сохраняют свою ценность. И тем не менее именно количественные измерения — статистика и выборочный опрос — характеризуют современный этап в социологии права и других социологических дисциплинах, а возможно, и их будущее.

A. НАБЛЮДЕНИЕ

1. МОНОГРАФИЧЕСКОЕ ИЛИ КАЧЕСТВЕННОЕ ИССЛЕДОВАНИЕ

Монографическое исследование отличается от расширенного или экстенсивного опроса (о котором речь ниже)

16 Заказ № 1161

241

скорее по степени, чем по природе, поскольку термин «монография» понимается здесь не в его

этимологическом смысле. Монографическое исследование может иметь два и даже более объекта наблюдения.

Монография — это, по существу, изучение конкретного случая, ситуации. В этом смысле она приближается к анализу судебного решения или таких явлений, как брачный договор, наследование, при том, однако, отличии, что исследователь отправляется «в поле», вступает в контакт с индивидом или группой, которые он наблюдает.

Подразумевается, что изучаемый случай выбран как типичный среди группы подобных явлений. Это своего рода образец, но такой, который взят исследователем интуитивно, а не определен научно, как это происходит при выборочном опросе.

История социологии уже давно знает процедуру монографического исследования. Начиная с середины прошлого века ее с большим мастерством применял Ле-Пле. Мы уже говорили о том, что его работы значимы для юридической социологии, поскольку они касались семейного права и в еще большей мере — системы наследования по Кодексу Наполеона. Изучая эти проблемы, Ле-Пле провел монографическое исследование семьи Мелуга из Лаведана (Беарн). Это исследование можно считать моделью данного жанра. Ле-Пле наблюдал эту семью на месте в 1856 году, а затем продолжил это наблюдение с помощью одного из своих учеников — Шейссона.

Такое последовательное наблюдение исходило из плодотворной идеи, которая в наши дни была воспроизведена и развита американскими специалистами. Однако Ле-Пле мешало то, что его исследование на завершающей стадии выливалось в психологический портрет или литературное описание.

В наши дни монография обрела второе дыхание, но лишь как определенная имитация экстенсивного исследования. Стал более разнообразен круг изучаемых объектов (наряду с семьей охвачены завод, деревня, город, то есть объекты не столь монистичные, как семья). Избранный объект изучается не на одном примере, а на нескольких. Под наблюдение берется не одна или две семьи, а двадцать и даже пятьдесят семей. Таким путем монография превращается в небольшое экстенсивное исследование, от которого оно, впрочем, отличается тем, что не основано на теории вероятности. Свои незначительные

242 масштабы монография восполняет глубиной анализа. В качестве примера развернутых монографических исследований можно указать на работу А. Мишеля, объектом которой были 276 семей, проживающих в меблированных комнатах, или работу М. П. Мармье, изучившего 110 семей, усыновивших детей²⁴.

Очевидно, в будущем предпочтительнее будет звучать термин «качественное исследование», а не «монография». Современная практика склонна комбинировать этот качественный, или интенсивный, метод с экстенсивным, или количественным. Первый может помочь второму выявить проблемы и определить структуру последующего опроса. Именно так был организован опрос, проведенный Французским институтом по изучению общественного мнения (ФИОМ) в 1965 году по проблемам наследования²⁵. Возможна и иная ситуация, когда качественный метод используется после того, как произведен опрос, чтобы более углубленно осветить позиции, которые этот опрос оставил неясными. Такая процедура использовалась в 1963—1964 годах, когда названный выше институт проводил опрос о режиме семейного имущества .

В наше время монография испытала и другое воздействие — со стороны медицинских наук, а точнее, психопатологии. Оригинальная черта традиционной медицины в сравнении с другими науками в том, что она прогрессировала путем изучения отдельных случаев. Будучи применен в юридической социологии для изучения отклоняющихся или по меньшей мере исключительных явлений, монографический метод легко принял форму наблюдения клинических случаев. Именно в такой форме ФИОМ по просьбе Министерства юстиции провел в 1966—1967 годах исследование внебрачных семей (серия интервью и клинических наблюдений)²⁷.

Глубокий психологический подход, свойственный интенсивному исследованию, ведет к тому, что оно обнаруживает тенденцию к сближению с психологическим и даже психоаналитическим анализом. Очевидно, что если вести исследование на таком уровне, то оно нуждается в исполнителях, обладающих необходимой квалификацией и, более того, опытом психолога. Исследователь должен обладать харизматическими чертами, терпимостью, умением относиться с пониманием, быть ненавязчивым. В ходе исследования довольно просто использовать технику участвующего наблюдения.

16*

243

Мы уже отмечали выше, что юридико-социологический документ может граничить с литературным романом, особенно романом-наблюдением. Разумеется, в рассматриваемом нами случае исследователь, в отличие от писателя, не должен пропускать изучаемый объект сквозь

призму своего воображения. Он обязан точно изложить полученные данные. Тем не менее субъективизм проникает в это изложение. Чтобы избежать этого (или, во всяком случае, создать иллюзию, что этого удалось избежать), при опросах использовали магнитофонную технику, рассчитывал на объективность механической записи. Этот жанр дал нам по крайней мере один шедевр юридической социологии. Это книга Оскара Левайса «Дети Санчеса». Это книга о семье и, следовательно, о праве, или точнее, о правовом положении пролетариата Мексики, об иифраюридической сфере и даже о контрправе²⁸.

Аксиома, что наука имеет дело с общим, позволила Дюркгейму победить Ле-Пле и его метод. Тем не менее монографические исследования практикуются. На то есть веские причины.

Исследователь-одиночка не в состоянии провести расширенный опрос, особенно когда изучаемые ситуации массовидны (например, разведенные семьи) и выборка, чтобы быть репрезентативной, выражается большой цифрой. Другое обстоятельство носит более общий характер. Это известная любой общественной науке непреодолимая привлекательность психологических тонкостей. И в этом плане монография всегда будет сохранять преимущество перед количественным анализом.

2. КОЛИЧЕСТВЕННЫЙ АНАЛИЗ

Социологи злоупотребляли им. Тем не менее нет смысла вновь начинать обвинительный процесс против количественного анализа, подобный тому, который вел Сорокин в 50-е годы. Следует признать, что именно квантификация наилучшим образом обеспечивает принцип объективности. Для социологии права квантификация особенно значима. Ведь у юристов в силу их профессии выработалась обратная тенденция — ограничивать исследование анализом отдельных случаев, психологических и патологических ситуаций. Количественный подход помогает увидеть за отдельными явлениями институты, а за межличностными отношениями — общество и общественный интерес, а сле-

244

довательно, и публичный порядок. Применительно к Юридической социологии еще более чем где-либо сохраняет силу положение о том, что наука должна оперировать общим.

Существуют два понимания квантификации, из которых одно сменило другое.

На первом этапе квантификация была не более чем количественным умножением социологически изучаемого объекта. Наблюдение одной крестьянской семьи, как это делал Ле-Пле, считалось монографией. Наблюдение десяти, двадцати, ста крестьянских семей в сходных условиях считалось количественным подходом. Повторение одних и тех же выводов подтверждало путем индукции общий вывод.

Однако в наше время квантификация в общественных науках выступает как более тонкая идея, отражающая новое понимание математики. Эта последняя уже трактуется не как лишь наука о количествах, но, сверх того, и как особый язык и логика. Сегодня квантификация в социологии — это ее математическая формализация. Происходит перевод наблюдаемых объектов в алгебраические формулы, графические экспликативные модели, которые можно использовать самым различным образом. Нет никаких принципиальных препятствий к тому, чтобы и социология права воспользовалась этими усовершенствованиями количественного метода.

Правда, юристы не склонны к математике, они традиционно предпочитают литературную форму. Однако их возражение против новых форм — лишь временное препятствие. Более значимо и устойчиво такое препятствие, как несомненное невосприятие широкой публикой научного математического языка. Для того же, чтобы практическое применение права было эффективным, оно должно быть воспринято массами, а следовательно, быть доступным и понятным для них.

В опубликованной в 1950 году статье «Экономические явления как количественные явления» Ж. Ломме констатировал следующее различие между экономистами (к ним в данной связи мы можем причислить и социологов) и юристами. Первые интересуют лишь факты, позволяющие проводить количественные измерения. Вторые — приверженцы прежде всего единичного случая²⁹. Через некоторое время последовала реакция со стороны двух известных юристов: право, указывал каждый из них, с необходимо-

245

стью требует, чтобы оно было обеспечено количественными данными³⁰. Именно в это время и начался подъем юридической социологии.

3. РАЗЛИЧНЫЕ ТЕХНИКИ КОЛИЧЕСТВЕННОГО АНАЛИЗА

Стало уже традиционным противопоставлять статистику и выборочный опрос. Мы обратимся сейчас лишь к применению этих техник для изучения фактов, точнее, массовидных юридических фактов. Об анализе документов с помощью статистики и выборки говорилось выше.

Наиболее броское различие между статистикой и выборочным опросом — их масштабы. В обоих

случаях речь идет об экстенсивном исследовании. Но статистика призвана охватить всю совокупность наблюдаемых явлений данного рода, а выборка преднамеренно берет лишь часть их. Если какая-то часть данных ускользает от статистики, то это случайность. Ее теоретическая цель всегда сводится к охвату всей совокупности данных. Юридическая социология иногда достигает этой цели, и происходит это тогда, когда статистический и юридический акты совпадают (например, регистрация браков). Опрос же ограничивается выборочными данными, но с условием, что выборка сделана надлежащим образом и в соответствии с принципом вероятности legitimately представляет целое.

Как исчерпывающий охват материала, статистика в научном плане имеет преимущество перед выборочным опросом. Это преимущество точных данных перед принципом вероятности. Но оно уменьшается по мере того, как совершенствуется техника выборки.

Статистика к опрос различаются также по своему источнику. Статистика исходит от государства, и это подтверждает этимология самого слова статистика³¹. Выборка — это личный инструмент, находящийся в распоряжении исследователя. Это различие может показаться не очень важным, и действительно бывает так, что государство организует выборочные опросы, а, наоборот, негосударственная организация создает настоящий статистический учет (например, союз предпринимателей собирает все данные, связанные с производством в данной отрасли).

Можно указать и на другую черту, которая как бы сближает статистику и опрос. В современной практике результаты опроса по?ле их использования теми, кто его производил, часто закладываются в банк данных и оказы-

246

ваются в распоряжении будущих исследовательских групп, которые смогут получить здесь количественную информацию. При таком **вторичном** использовании данных опрос оказывается по отношению к будущим социологическим исследованиям таким же внешним фактором, как л статистика.

Различие между статистикой и опросом демонстрирует нам и история социологии. Успехи социологии были невелики до тех пор, пока она могла пользоваться лишь статистическим инструментарием. Это делало ее зависимой от государственной статистики при выборе сфер изучения и используемых данных. Структуру статистики администрация определяла, руководствуясь не интересами науки, а своими собственными. Появление выборочных опросов изменило ситуацию; теперь можно было учитывать самым непосредственным путем потребности науки и получать требуемые ей количественные данные. В этом преимущество опроса перед статистикой, которое компенсирует те параметры, по которым опрос, как отмечалось выше, ей уступает. Социологи научились ныне правильно определять выборочную совокупность, а некоторая доля недоверности, свойственная таким опросам, не вредит ни развитию, ни престижу социологии.

Сказанное выше объясняет, почему статистика, которую социология во времена Дюркгейма рассматривала как самый предпочтительный инструмент, в наше время частично развенчана в таком качестве техникой выборочного опроса. С его помощью юридические явления могут быть подвергнуты количественному анализу и в тех случаях, когда властная государственная статистика неприменима, как-то: для изучения сугубо субъективных явлений (например, мнения о законодательстве), явлений, не подлежащих оглашению (например, графические завещания), незначительных, но массовидных явлений (например, какие суммы дают детям в качестве карманных денег). И даже тогда, когда юридические явления могут стать объектом государственной статистики, эта последняя сводит все подобные явления и одно огрубленное целое, и то время как опрос позволяет выявить различные характеристики и разновидности данного вида юридических явлений.

Конечно, в некоторых отношениях статистика продолжает сохранять свои преимущества. По логике вещей, если мы хотим получить количественные представления, относящиеся к такому важному отрезку истории, каким был

247

XIX век, то роль статистики здесь монопольна. Статистика вообще лучше всего приспособлена для исторического сравнения, поскольку ее техническая основа стабильна. Она обладает большей доказательственной силой, во всяком случае, больше воздействует на широкую публику, чем опрос, поскольку принцип вероятности многим непонятен. Юридическая социология должна учитывать это недоверие населения.

4. СТАДИИ КОЛИЧЕСТВЕННОГО ИССЛЕДОВАНИЯ

Оно состоит из двух стадий: **сбора и анализа** данных. В этой связи пытаются провести различие

между выборочным опросом, при котором на обеих этих стадиях компетентен социолог, и статистикой, когда последовательно действуют два лица: сперва статистик, а затем социолог. Такое различие действительно существует. Однако не стоит придавать ему слишком большое значение. При сколько-нибудь широком масштабе выборки всегда, с одной стороны, оказываются лица, которые проводят опрос, а с другой — лица, которые анализируют результаты. Отметим и то, что часто те, кто собирает статистические данные, также в каком-то смысле являются социологами, хотя и отличными от тех, кто лишь использует статистику.

Сказанное выше объясняет, почему мы рассматриваем вместе процедуры статистического метода и выборочного опроса. Однако такое объединение может быть полным лишь на стадии анализа данных. Что касается стадии сбора, то здесь статистика займет наше внимание меньше, чем опрос, и мы ограничимся лишь перечислением тех источников, которые она предоставляет в распоряжение юридической социологии. Статистика — это самостоятельная наука, и далеко не всякий вправе заниматься ею.

5. СТАТИСТИЧЕСКИЕ ИСТОЧНИКИ, ИСПОЛЪЗУЕМЫЕ СОЦИОЛОГИЕЙ ПРАВА

Не без оснований говорят, что сам дух юридической науки мешает юристам повернуться лицом к статистике. Статистика пренебрегает отклоняющимися явлениями и интересуется большими совокупностями фактов. Право же уделяет наибольшее внимание исключениям, ибо они-то чаще всего и приводят к процессу. Юридические тонкости, которые так активно разрабатывались римскими юристами

248

по вопросу о правовом положении детей, родившихся после смерти отца, вовсе не были обусловлены частотой таких случаев. Применение статистического метода в социологии права полезно именно тем, что оно подчеркивает важность нормальных, а не патологических юридических явлений. В практическом плане оно помогает понять цели законодателя, действия которого чаще имеют объектом массовидные явления, чем клинические случаи.

В статистике относительно бедно представлены юридические явления, и это охотно объясняют безразличием к ней самих юристов. Однако эта бедность может быть существенно восполнена, если к собственно юридическим разделам статистики добавить иные ее разделы, связанные с такими дисциплинами, как, например, политическая экономия или демография. Статистические данные такого рода вполне могут быть использованы социологией права. Кратко остановимся на этом.

1. Наиболее обширна **экономическая статистика**, но собираемые ею данные далеко не всегда пригодны для юридической социологии. Эта статистика показывает не типические черты правовых явлений, а их стоимостное выражение. Предположим, речь идет об определенных видах торговой купли-продажи. Статистика расскажет нам о количественном потоке обмениваемых стоимостей, но не о числе заключенных договоров. Другой пример — вопрос о стоимости жизни. Статистика подсчитает общие расходы семьи, не различая того, что обычно оплачивает муж, а что — жена, в то время как распоряжение этими двумя бюджетами порождает весьма различные реакции.

2. **Демографические данные.** Для социологии семейного права и юридико-социологических исследований личности ни с чем не сравнимое значение имеет статистика актов гражданского состояния.

Отношение к службе регистрации актов гражданского состояния претерпело существенную трансформацию. В прошлом веке от нее требовалось лишь обеспечить индивидам доказательство их гражданского состояния, что соответствовало господствовавшим индивидуалистским установкам. Сегодня на эту службу возложена социологическая функция. Отсюда те связи, которые установлены между нею, судебными учреждениями и Национальным институтом статистики и экономических исследований. Мэрии собирают данные и ежеквартально направляют их в этот институт, где они систематизируются³².

249

Статистика актов гражданского состояния может быть дополнена данными общих переписей населения. Анализируя последние, можно получить приблизительные цифровые показатели таких ситуаций, которые не охватываются актами гражданского состояния, в частности свободного союза и фактического развода³³.

Данные переписей могут быть в ряде случаев уточнены с помощью статистического учета, который ведется в учреждениях, ведающих социальным обеспечением, где скрыты богатые запасы информации, использование которых может принести пользу гражданскому праву.

3. Собственно юридическим статистическим источником являются судебные статистики, которые содержатся в ежегодно публикуемом издании «Общий отчет управления уголовной и гражданской юстиции». Это издание было учреждено еще в 1827 году, но с тех пор его функции изменились. Вначале это был документ для внутреннего пользования, с помощью

которого Министерство юстиции пыталось установить, какие суды не загружены, а какие, наоборот, перегружены, с тем чтобы соответственно перераспределить судейский персонал. Социологическое использование документа началось спустя известное время, причем в области гражданского права позднее, чем в области уголовного (по тем же причинам, по каким социология преступности возникла раньше социологии гражданского права).

Пережив золотой век в конце прошлого столетия, когда службу статистики в Министерстве юстиции возглавил Г. Тард, «Общий отчет» оказался затем в тяжелом состоянии. Легкомыслие и небрежность подготовлявших его работников поставили под сомнение точность приводимых в нем данных. Однако в 60-е годы была проведена существенная перестройка, и ныне научный интерес к этому ежегодному изданию растет. Тем не менее в своем нынешнем контексте оно не полностью отвечает потребностям социологии, и нельзя упрекать в том, что оно знакомит с юридическими явлениями только в их конфликтно-судебной форме. Объект «Общего отчета» — это именно судебная статистика. Однако она могла бы быть представлена в более разнообразном виде.

Чтобы сделать «Общий отчет» более полезным в социологическом плане, желательно улучшить его в двух направлениях:

— увеличить число рубрик, по которым классифициру-

ются решения по категориям дел (сейчас таких рубрик лишь несколько: развод, иски об отцовстве, гражданская ответственность, ^собственность на недвижимое имущество) ;

— по каждой категории дел публиковать данные, которые могли оказать влияние на разрешение спора (например, по делам о разводе), — возраст, социальное положение и профессии супругов, количество детей и т. д. В самом судебном решении таких данных может и не быть, и поэтому сбор данных лишь на основе решения не дает полной картины. В начале каждого разбирательства должна заполняться карточка, смоделированная для последующего социологического изучения. В 1970 году началось использование таких карточек при рассмотрении дел о расторжении брака. Однако внедряется оно не без сопротивления судов.

6. ИССЛЕДОВАНИЕ МЕТОДОМ ОПРОСА. ВЫБОРКА

Если придерживаться строгой схемы, то исследование методом опроса — это постановка перед определенной группой людей серии вопросов и ответы на них. Эта техническая процедура хорошо разработана общей социологией, и наши соображения сведутся лишь к частностям, которые появляются при переносе этой процедуры в юридическую социологию³⁴.

Гомогенный комплекс лиц или фактов, который стремятся изучить с помощью техники опроса, мы называем общей или генеральной совокупностью. Выборка — это такая ее часть, результаты практического изучения которой могут быть индуктивно распространены на всю совокупность, хотя эта последняя непосредственно целиком не изучалась.

Определение общей совокупности

Юридической социологии в данной связи присущ ряд особенностей.

1. Одна из них — это ситуация, когда смысл исследования требует, чтобы оно охватило все взрослое население страны. Таковы исследования, изучающие отношение общественного мнения к законодательству. По стилю они похожи на референдум (об этом ниже). Чем ближе эти исследования к референдуму, тем больше их достоверность. Поэтому в стране с демократическим строем изучае-

251

мая совокупность должна в максимально возможной степени приближаться к избирательному корпусу страны, а выборка охватить всю нацию. Во Франции такая репрезентативная в отношении всего взрослого населения выборка будет иметь численность от 1800 до 2000 человек, представляющих различные слои общества по возрасту, полу, социальному и профессиональному положению, региональной принадлежности.

2. Еще одна особенность — зависимость опроса от того, к какой среде он обращен — к юристам или неспециалистам. С одной стороны, имеются юристы различного профиля, в целом составляющие в стране небольшое меньшинство. С другой стороны — масса неюристов, профанов, другими словами — широкая масса населения.

В первой половине нашего века опросы по юридической проблематике проводились обычно в среде специалистов. Организаторами опросов также были профессиональные юристы, которым

было более удобно обращаться (чаще всего в порядке переписки) к тем, с кем у них был общий язык и кто имел достаточно богатый правовой опыт. И сегодня еще настаивают на том, что, когда речь идет об опросах, связанных с применением права, где недостаточно знание лишь фактических обстоятельств, генеральную совокупность должна составить профессиональная привилегированная среда. Ибо важно узнать, что думают по этому поводу юристы, могущие лучше чем кто-либо оценить изучаемую практику. Однако весьма спорно, будто знание одних лишь фактических обстоятельств лишено социологического значения. Спорно и то, что масса неспециалистов не способна проявить юридическое знание.

Кроме того, хорошо известны опасности, которые возникают, когда исследование проводится в среде специалистов. Информация, которой располагает профессиональный юрист, во многом деформирована случайными обстоятельствами судебных дел с его участием, особенностями его клиентуры. Конечно, есть такие проблемы, для изучения которых наиболее естественно обратиться к профессиональной среде, как, например, в тех случаях, когда необходимые факты могут быть известны лишь профессионалам. Бели хотят узнать, насколько часто происходит признание детей, рожденных вне брака, в нотариальном порядке, то, очевидно, целесообразнее всего провести опрос нотариусов. Однако в целом следует сказать, что было бы весьма печально, если бы юридическая социология отказалась от

252

задачи, выполнить которую призвана именно она, — выявить образ права, сложившийся у широких слоев населения.

3. Бывают ситуации, когда для изучения проблемы можно обратиться к такой генеральной совокупности, которая состоит из лиц, заинтересованных в ее решении. Однако <с этой же проблемой можно обратиться к более широкой совокупности, и тогда заинтересованные лица как бы растворятся в беспристрастном большинстве. Если речь идет о законодательном опросе референдарного типа, то генеральная совокупность должна быть глобальной, ибо при референдуме законодательствует все население, включая незаинтересованных лиц.

Однако социологии законодательства приходится сталкиваться и с иными ситуациями, например при реформе диспозитивных законов, то есть таких, которые восполняют волю участников отношения тогда, когда сами участники ее не выразили. В качестве примера предположим реформу закона, определяющего режим семейного имущества на случай, если будущие супруги, вступая в брак, не заключили брачный договор. В подобных случаях представляется правильным ограничить опрос заинтересованными лицами. Ведь именно их интересы призван отразить этот закон. Однако в свою очередь спорным является вопрос, кого в данном случае следует считать заинтересованными лицами? Идет ли речь о тех, кто уже состоит в браке, но, вступая в него, не заключил брачный договор? Или же о тех, кто пока еще не женат, но намеревается в скором времени заключить брачный союз? Другими словами, понятие интереса может быть истолковано по-разному.

Определение выборочной совокупности

Выборочная совокупность, то есть круг опрашиваемых людей из генеральной совокупности, определяется по правилам, обеспечивающим репрезентативность. Эти правила разработаны общей социологией, и юридическая социология должна лишь заимствовать их. Правда, это заимствование не лишено трудностей. В качестве примера укажем на то, что юридической социологии часто приходится обращаться к категориям людей с чертами патологии и девиантности или же к таким ситуациям, которые отмечены печатью секретности (усыновление, наследники по завещанию и т. п.). Некоторые из этих совокупностей не могут

253

быть точно определены. В этих случаях социолог может, конечно, охватить опросом и последующим анализом его данных определенную группу лиц или случаев. Но при этом остается неизвестным, является ли данная группа репрезентативной.

Добавим к сказанному еще одну специфическую трудность юридической социологии при определении выборочной совокупности: лица, которые имели дело с правосудием, пусть даже с правосудием по гражданским делам, явно не желают участвовать в опросах, которые заставляют их возвращаться к прошлому. Такого рода уклонение, желание порвать с тем, что было, подтвердил в 1973 году опрос о разводе. Ответить на вопросы тогда дали согласие 900 разведенных, но на полученных результатах, очевидно, сказался отказ многих от участия в опросе³⁵.

Применяемая для определения выборочной совокупности техника квот (разделение населения на категории и страты) использовалась юристами уже давно, во времена первых опросов. Если, например, изучался нотариат, то проводили классификацию на нотариусов в городах и нотариусов в сельской

местности, на нотариусов на севере и юге страны. Такой подход и сегодня сохраняет свою значимость, но сопровождается дальнейшей детализацией с помощью таких более субъективных категорий, как возраст, стаж, формы профессиональной подготовки и другие, которые могут оказаться значимыми для реализации права и его возможных реформ.

7. ОПРЕДЕЛЕНИЕ ОБЪЕКТА ВЫБОРОЧНОГО ОПРОСА

Выборочный опрос по своему определению предполагает обращение ко многим лицам, которых принято называть опрашиваемыми (респондентами). Следует позаботиться о том, чтобы ответы, даваемые ими на один и тот же вопрос, оказались сопоставимы. Только при этом условии ответы могут быть разбиты на положительные и отрицательные и квантифицированы.

Конечно, можно предоставить опрашиваемым возможность отвечать так, как они пожелают, сообщив заранее лишь общую тему беседы. Можно предоставить им относительную свободу в рамках определенной схемы. В этом случае получится **полунаправленный опрос**. Но все это подходит больше для качественного анализа. Количественному же измерению полученные таким путем данные могут

быть подвергнуты только после промежуточных разработок.

Тот же, кто хочет избежать как их, так и риска субъективной деформации, возможной в ходе опосредующего толкования, должен заранее определить четкую структуру опроса, сделать его **направленным**, что предполагает подготовку такой анкеты, где большинство вопросов сформулированы весьма точно и возможные ответы можно сразу же классифицировать. Мы подчеркиваем, что речь идет не о всех вопросах, а о большинстве, ибо нередко в анкеты, которые в основе своей являются направленными, бывают включены и отдельные открытые вопросы. Опрашиваемые дают на них вольные ответы, и соответственно их обработка будет подобна той, которая происходит при полунаправленном опросе. Однако мы не будем принимать во внимание этот частный случай. Он не имеет отношения к существенным для нас особенностям вопросников в рамках юридической социологии. Эти особенности затрагивают как существо, так и форму вопроса. Речь идет о его объекте и о том, какой должна быть его **редакция**.

В хорошо составленной юридико-социологической анкете можно различить по объекту три вида вопросов.

Первый — вопросы о знании, а точнее, о **знании права**.

Пример: «Как вы полагаете, кому должны принадлежать доходы от личного имущества жены, если супруги не заключали брачного договора? Лично ей или ей и мужу совместно?» Другой пример: «Как вы полагаете, разрешает или запрещает действующий закон, чтобы лицо своим завещанием или путем дарения полностью лишило наследства своих детей или кого-либо из них?» На первый вопрос правильные ответы дали почти 80 процентов опрошенных (неправильные — 9 процентов, остальные не дали никакого ответа). На второй вопрос правильные и неправильные ответы составили соответственно 74 и 21 процент.

Зачем нужны такого рода вопросы? Непосредственный их смысл в том, чтобы оцепить уровень знания закона как в обществе в целом, так и в отдельных его возрастных, социальных и иных группах.

Существует юридическая презумпция знания закона — «никто не может ссылаться на незнание закона». Однако презумпция — это одно, а действительное знание (даже юристами по профессии) — это другое. Когда речь идет о недавно принятом законе, путем таких вопросов можно определить, с какой быстротой распространяется юридическая информация.

Изучение знаний о праве может иметь также и косвен-

254

255-

ное проявление, а именно служить способом проверки других видов вопросов — о фактах и мнениях. Когда респондент утверждает, что он несколько раз выступал в качестве одаряемого, то всегда ли он различает при этом дарение и завещание?

Еще более косвенным образом изучение знания права может помочь увидеть некоторые скрытые установки. Так, незнание закона может быть следствием скрытого несогласия с ним. Оно может указать на то, что с данным законом конкурирует какая-то норма, относящаяся к нравам. Когда во Франции проводился опрос о разводе, то 55 процентов респондентов назвали согласие супругов в качестве признанного законом основания для развода, то есть спутали закон и сложившуюся (но не основанную на законе) судебную практику. Значительное число опрошенных (32 процента мужчин и 37 процентов женщин) полагали, что бесплодие одного из супругов может служить законным основанием для развода³⁶.

Второй вид — это вопросы о фактах. Наряду с вопросами, относящимися к личности респондента (возраст, профессия, местожительство), которые сопутствуют всякому опросу, поскольку делают возможной последующую классификацию результатов, опрашиваемого можно спросить и о таких

фактах в сфере права, свидетелем или даже участником которых он был. Например, «составлено ли уже ваше завещание?» или «участвовали ли вы в заседании суда по гражданским делам?». Имеются факты интимного свойства или малозначительные факты, не попадающие в поле зрения статистики. Здесь особенно зачисты опросы. Правда, свойство интимности может вызвать у опрашиваемого защитную реакцию, а незначительность фактов ведет к тому, что они быстро забываются. Однако такого рода трудности в юридической социологии менее значимы, чем в других областях социологии. Факт, связанный с личной жизнью, но поставленный под защиту права, не ощущается безоговорочно лицом как изъятый из любого социального контроля, а специфика правовой формы способствует тому, что факты запечатлеваются в памяти. Третий вид — вопросы о мнении. От опрашиваемого здесь ждут ценностных суждений о действующем законе, о проекте закона, о сложившейся судебной практике, о том, как предпочтительнее решать определенную категорию дел.

— ;
256

Французский институт общественного мнения провел в 1967 году опрос по горячо дебатировавшейся тогда проблеме: может ли сожительница потребовать возмещения вреда, если ее сожитель стал жертвой смертельного случая. Большинство — 68 процентов опрошенных мужчин и 60 процентов женщин (против соответственно 22 и 25 процентов) высказались за. Такое решение в то время отвергалось гражданской палатой Кассационного Суда, но вскоре судебная практика присоединилась к общественному мнению.

Этот вид вопросов является элементарным инструментарием любой социологии законодательства. Однако их использование наталкивается на некоторые трудности.

Возникает, например, опасение, что респондент вместо того, чтобы попытаться составить свое собственное мнение^ ограничится тем, что, ознакомившись с содержанием правовой нормы, о которой идет речь, сразу же одобрит ее. Однако такой юридический конформизм вовсе не обязателен, и во многих случаях обнаруживается обратная установка.

Есть и другая опасность, на которую часто обращают внимание как представители догматической юриспруденции, так и социологи, предпочитающие новый метод, основанный на естественных данных (о нем ниже). Она состоит в том, что ответы на вопросы выражают лишь внешнее^ поверхностное отношение человека к проблеме. Ответы носят умозрительный характер и не соответствуют реальному поведению респондентов. Мужья, объявляющие себя горячими приверженцами совместного с женой распоряжения семейным имуществом, в реальной жизни действуют как монополисты. Опасность таких искажений нельзя отрицать. Для того чтобы избежать их, иногда пытаются заменить открытые вопросы о мнениях вопросами-тестами, скрытно вызывающими па откровенность. Однако следуел учитывать, что неправдивость, которой опасаются и которая действительно способна ввести в заблуждение при выборочном опросе, не столь опасна. Специфическое назначение такого опроса в том, что он выступает как субститут референдума, и участвующий в референдуме избиратель Не-должен практически реализовать то, за что он голосует. Несовпадение избирательных предпочтений лица и его повседневного поведения — это хорошо известный, хотя достаточно еще не изученный психологический феномен.

17 Заказ № 1161

257

8. СОСТАВЛЕНИЕ АНКЕТЫ И ПРОВЕДЕНИЕ ВЫБОРОЧНОГО ОПРОСА

Речь идет о двух последовательных стадиях опроса, каждая из которых по-своему ставит проблему коммуникации между совокупностью, в которой проводится опрос, и теми, кто его проводит. На первой стадии — это письменная коммуникация, на второй — обычно устная.

Составление

Подготовка анкеты — это всегда сложная редакционная задача. Ее стиль должен быть прост, общедоступен. Полезно составить несколько последовательных вариантов, а последний проект испытать на небольшой подопытной группе. Юридическая социология сталкивается с еще большими трудностями, поскольку в большинстве случаев приходится говорить о праве с неспециалистами. Основное правило, которое 'Следует соблюдать, следующее: вопросы должны быть фактологическими. Этим как бы воспринимается форма, характерная для процедуры в судах ассизов, когда заседателям (а они не юристы) вопрос задается не в юридико-технической форме: «Виновен ли обвиняемый в убийстве?», а в конкретно-описательной: «Виновен ли обвиняемый в причинении смерти X с умыслом ее причинить?»

Всегда имеется риск, что даже обиходные понятия юридического словаря — брачный договор, завещание, узурфрукт, побочное родство, внебрачный ребенок — не будут поняты респондентом в их

юридико-техническом значении. Поэтому целесообразно сопровождать их объяснениями и примерами. Но делать это надо осторожно, ибо объяснение и примеры могут придать вопросу такую окраску, которая повлияет на ответ. Возьмем, например, вопрос: «Нужно ли контролировать родительскую власть?» Если под предлогом разъяснения этого вопроса рассказать историю о том, как ребенку угрожала смерть, а родители не давали согласия на операцию, то тем самым будет подсказан п ответ. Другие методологические советы касаются опроса, призванного выявить оценочные мнения о законодательстве. Когда такой опрос приближается к реферевдарному, законодателю легче извлечь из него уроки, если вопросы были построены таким образом, что ответы на них оказалось возможным разбить на две группы: да и нет. Много говорят о том, какая из следующих формул позволит респонденту

258

наиболее адекватно выразить свое мнение *de lege ferenda*: «считаете ли вы хорошим или плохим?», «считаете ли вы нормальным или аномальным?», «считаете ли вы справедливым или несправедливым?». На деле господствует эклектизм. Обращение к критерию справедливости иногда наталкивается на противопоставление права и морали: опрашиваемый считает, что данное решение справедливо в моральном плане и в то же время убежден, что по практическим соображениям оно не может быть включено в закон. Очевидно, что каждое законодательное решение может быть рассмотрено под самыми различными углами

зрения.

В этой связи добавляется еще одна недостаточно разработанная проблема подготовки анкеты. Речь идет о тех случаях, когда в ней предлагаются на выбор два альтернативных решения — одно, содержащееся в действующем праве, а другое — в предполагаемой правовой реформе. Вопрос заключается в том, следует ли ограничиваться одним лишь указанием на эти два возможных решения или же должны быть приведены доводы «за» и «против»? Во французской практике опросов до сего времени превалировала первая позиция. Опрашиваемому доверяли самому подобрать интуитивным путем решающие мотивы. И лишь после того, как он высказывал свое мнение, ему задавали последующие вопросы. Делалось это лишь для того, чтобы выяснить, не был ли ответ на первый вопрос просто случайным.

По-другому построен опрос, получивший название метод Небраски (от американского штата, где он был впервые применен в 1958 году). Темой опроса была тогда родительская власть. Доводимые до респондентов возможные законодательные решения сопровождались аргументацией³⁷. Трудность состояла в невозможности привести все аргументы. Нужно было выбрать для каждого варианта решения особо значимый аргумент, но такой, который не подавлял бы аргумент, приводимый в пользу другого варианта решения. Опасность этого метода в том, что вопрос переносится в другую плоскость в том смысле, что респондент видит не столько саму правовую норму, сколько образ, созданный на ее основе. Кроме того, и сам опрашиваемый из неспециалиста, от которого ожидают непредвзятых реакций, превращается в полую юриста. На это, впрочем, можно возразить, что то же самое происходит и при референдуме, в котором участвуют информированные избиратели (или, во всяком случае, предполагаемые таковыми).

17*

259

Проведение опроса

Иногда анкета рассылается по почте. Но гораздо чаще опрос проводится устно путем беседы, а точнее, **интервью**. Это полевое исследование. Интервьюер получает ответы на вопросник от всех респондентов, входящих в выделенную ему часть совокупности; он встречается с респондентами у них дома, на место их работы и даже просто на улице (если вопросы не слишком обширны). И на этой стадии опроса юридическая социология копирует общую социологию. Однако цели, которые ставит юридическая социология, могут быть реализованы более быстрым образом. Это связано с тем, что право обычно не требует проникновения в глубину психики. Исследователь может остановиться на уровне простых волеизъявлений и не думать о том, что социологи называют **симптоматическим анализом**. В ходе этого последнего интервьюер должен не просто получить ответы, но и следить за изменениями в ритме беседы, паузами, запинками в ответах, эмоциональными движениями опрашиваемого, то есть постараться проникнуть в глубинную психологию респондента. Как ни хитроумна эта процедура, она мало подходит к юридическим опросам, в том числе референдарного типа. Когда человек голосует или когда он заключает договор, действует не его глубинная личностная сущность, а лишь ее внешняя сторона, моделируемая контактами с другими людьми.

При анкетировании неизбежно происходит некоторое искажение истины. Причиной этого могут

быть сами лица, проводящие опрос, точнее, их ошибки, чему стремятся воспрепятствовать путем специального обучения этих лиц. Но нередко это искажение идет от опрашиваемых, и на этой стороне проблемы следует остановиться.

Метод опроса (равно как и статистика, когда она строится на основе лично сообщаемых данных) предполагает абсолютную правдивость ответов. Но можем ли мы всегда позволить ее себе в повседневной жизни или тогда, когда сталкиваемся с правосудием? Весьма вероятно, что судье чаще говорят неправду (из страха или каких-то интересов), чем интервьюеру. Однако интервьюер профессионально менее подготовлен к этому, чем судья, и не столь опытен в оценке свидетельских показаний. Конечно, он может обратить внимание на то, что ответы какого-то респондента кажутся ему не очень правдивыми. Но такого рода вы-

260

вод в свою очередь рискует оказаться лишь внешним впечатлением. Несколько легче объективным образом обнаружить коллективную неискренность, то есть неправдивые ответы значительного числа респондентов. Но сделать это можно лишь на последующих стадиях изучения полученного материала.

Что касается широкой публики, то она охотно идет навстречу анкетерам, что вызывает зачастую удивление у нее самой, ибо во Франции, например, принято считать, что французы слишком большие индивидуалисты, чтобы участвовать в опросах, а о немцах в их стране говорят, что они слишком дисциплинированы, чтобы позволить себе иметь собственное мнение. Подобного рода предрассудки особенно сильны среди юристов, которые полагают, что в их области фактологические опросы натолкнутся на деловые секреты или секреты частной жизни, а оценочные опросы, касающиеся таких чувствительных проблем, как, например, семейные, где право частично переплетается с моралью, повлекут преувеличенно хвастливые или, наоборот, уклончивые ответы. Однако опыт свидетельствует, что при опросах национального масштаба подавляющее большинство опрашиваемых отнюдь не боялось свободно отвечать на задаваемые вопросы, если даже они касались так называемых интимных сюжетов, связанных с браком, разводом, усыновлением.

Бесспорно, однако, что существует тип человека, по характеру своему враждебного любому опросу. Таких людей явное меньшинство, но они есть, и их отношение выражается, как правило, не в том, что они чего-то недоговаривают или говорят неправду в ходе опроса, а в открытом или скрытом отказе принимать участие в нем. То, что эта категория людей не представлена в выборочных опросах, несомненно, сказывается на истинности полученных результатов. Этого искажения, возможно, удастся избежать, если получить о нем более точное представление, для чего нужно проанализировать по конкретным данным {пол, возраст, профессия, местожительство), кто же относится к этому типу абсентеистов.

В заключение снова вернемся к вопросу о разных степенях правдивости ответов. Заявления человека не всегда отражают его мнения, а мнения — реальное поведение. Это психологические явления, описанные в исследованиях морали. Однако и в праве наблюдаются некоторые формы расхождения между выраженными установками и прак-

261

тикой. Пример — правитель, который не соблюдает изданный им самим закон; судья, который полагает, что на него не распространяются его собственные судебные решения. С давних пор общество борется с лицемерием юридического сословия. Отсюда и известная формула «Дигестов»: «Какие правовые положения кто-либо устанавливает в отношении другого, такие же положения могут быть применены в отношении его самого» (Книга вторая, титул II).

9. АНАЛИЗ КОЛИЧЕСТВЕННЫХ ДАННЫХ

Оставляя в стороне технические аспекты обработки количественных данных, остановимся на некоторых происходящих в ходе данного анализа мыслительных операциях. Укажем на три из них.

Критическая оценка количественных данных

Предположим, что социолог получил в свое распоряжение количественные данные, собранные не им самим. Прежде чем воспользоваться этими данными, он должен убедиться в их ценности. Американцы — очевидно, в силу свойственного им антиэтатизма — любят утверждать, что такого рода верификация более оправдана в отношении статистики, чем опроса. Статистика, по их мнению, подозрительна именно потому, что исходит от администрации, а опрос социолог может проконтролировать лично. Однако это противопоставление представляется искусственным. При сколько-нибудь широком опросе социолог, по инициативе которого он организован, лишен возможности следить за тем, как он повсеместно проводится. Ведь речь идет о сложном мероприятии со многими исполнителями. Какие-то промахи здесь неизбежны. Отсюда — необходимость критической оценки, которая бывает **внешней**, то

есть касается самой процедуры опроса, или **внутренней**, цель которой — проверка правдивости.

Внешняя критика. Необходимо элиминировать всякого рода ошибки, которые могли вкрасться на разных стадиях сбора информации. Побудительным мотивом критического подхода может стать расхождение полученных данных с другими близкими источниками, например расхождение судебной статистики разводов и данных актов гражданского состояния. Первая ближе к реалиям.

В социологии права особо следует опасаться ошибок,

262

связанных с незнанием того, к каким правовым категориям и институтам следует отнести собираемые данные. Бывает, что статистика и опрос классифицируют юридическое явление, исходя не из его законодательной дефиниции, а из понимания, распространенного в быту. Так, включают в одну единственную рубрику «развод в семьях, имеющих детей», и те особые случаи развода, когда судье приходится определять судьбу малолетних детей. Или же как противопоставление рубрике «супруги, установившие режим (общности семейного имущества)», вводят другую рубрику: «супруги, заключившие при вступлении в брак брачный договор», и при этом забывают, что брачный договор может устанавливать разные формы режима семейного имущества, в том числе и общность.

Источником ошибок служит также динамизм права. Развитие законодательства и судебной практики может видоизменить категории, к которым были привязаны количественные данные. Если исследователь не учтет эти изменения, то при диахроническом сравнении он будет сопоставлять данные, которые в действительности не являются сопоставимыми.

Внутренняя критика — это проверка правдивости ответов, даваемых в ходе опроса, или сообщаемых данных, на которых строится статистика. Здесь возможно даже шечто вроде коллективной неправдивости. Об этом свидетельствует фискальная или налоговая психосоциология. Работающие в этой сфере финансовые эксперты знают глобальные масштабы обманов, практикуемых для уклонения от уплаты различного рода налогов. По имеющимся подсчетам, во время периодических переписей населения ют 20 до 25 процентов разведенных скрывают свое реальное положение и объявляют себя вдовами, вдовцами, незамужними женщинами, холостяками.

Когда в ходе опроса часто повторяются стереотипные ответы, то следует выяснить причины этого и вновь вернуться к поставленному вопросу, после чего обычно оказывается, что он плохо сформулирован.

Релятивизация количественных данных

Количественные данные в том общем виде, в каком «статистика и опросы снабжают ими юридическую социологию, мало что говорят. Они не выявляют тех величин, которые представляют интерес для этой дисциплины. Что

263

могут дать такие, например, данные: «Во Франции в 1975 году рождено вне брака 63300 детей», если эта цифра не соотнесена с общим числом рождаемости, которое составило 745 100?

Рассказать что-то может лишь выводимое соотношение между этими двумя величинами. В данном случае можно сказать, что рождения вне брака составили 8,4 процента от общей рождаемости.

Такая предварительная релятивизация количественных данных необходима для того, чтобы они могли быть использованы в сравнительном плане. Не принесло бы большой научной пользы, если бы мы проследили лишь изменения цифр рождения вне брака с 1875 по 1975 год, поскольку в разные годы общая цифра рождаемости была различной. Точно так же не имеет смысла сопоставлять цифры рождения вне брака во Франции и Бельгии, ибо демографические показатели в этих двух странах неравны. И во времени, и в пространстве научное сравнение возможно лишь путем сопоставления процента внебрачной рождаемости с общей цифрой рождаемости.

Если необходимость релятивизации очевидна, то практическая ее реализация, выбор соответствующих отношений — это сложная задача. Об этом свидетельствуют, в частности, поиски, которые потребовались для выработки индекса бракоразводности. Как мы уже отмечали, сама по себе цифра ежегодных разводов еще ни о чем не говорит. Но она многое даст, если ее соотнести с численностью населения, а затем с числом семей или замужних женщин. Однако не будет ли бракоразводность определена более точно, если сопоставить число разводов с числом заключаемых за тот же период браков? Имеется предложение сконструировать показатель бракоразводности в виде группового индекса, то есть сопоставив определенное число браков, заключенных в прошлом, с числом последовавших затем разводов в данной группе.

Интерпретация количественных данных

Это наиболее деликатная часть анализа, где многое зависит от личных качеств аналитика. Именно этим объясняется то, что одни и те же цифры могут быть истолкованы и объяснены различным образом.

Обратимся в качестве примера к сводкам исков об отыскании отцовства на основании ст. 340

Гражданского кодекса, публикуемых в уже упоминавшемся «Общем отчете». Они позволяют сделать вывод, что число такого рода исков по отношению к общему числу ситуаций фактического отцовства весьма незначительно, пожалуй, менее одного процента. Как объяснить это? Одно из объяснений связывает этот низкий процент с узким кругом предусмотренных законом оснований для исков такого рода. Этот взгляд подтверждается тем фактом, что значительная часть таких исков (25 процентов) в конечном счете отклоняется. Однако возможно и другое объяснение. Оно состоит в том, что эффективность статьи 340 ГК выражается не в числе исков, заявленных в соответствии с ней, а в ее чисто психологическом воздействии, которое скрыто от статистики. Боязнь оказаться объектом судебного разбирательства, даже если иск обречен на неуспех, заставляет значительное число фактических отцов добровольно признать отцовство. Поэтому расширение статьи 340 ГК не привело бы к значительному возрастанию общего числа случаев признания отцовства.

Юристы обычно не требуют от юридической социологии чего-то большего, чем данное объяснение. Социологи могли бы быть более требовательными к себе. Сопоставляя имеющиеся данные с количественными показателями других видов, они могли бы попытаться поставить свое объяснение на строгую каузальную основу.

10. АНАЛИЗ «ЕСТЕСТВЕННЫХ ДАННЫХ»

Можно было предвидеть, что широкая волна опросов общественного мнения рано или поздно вызовет и контрреакцию и им будет предъявлено обвинение в субъективистских искажениях, порождаемых тем, что опрашиваемые подвержены внешнему влиянию, а их мнения изменчивы и неустойчивы. Такого рода обвинения получили подтверждение в результате сопоставления опросов со статистикой. Пример — сравнение данных опросов покупателей о ВЛР1ЯНИИ на них рекламы со статистической кривой реальных покупок, показавшей явно неоправданную оптимистичность выводов опросов.

Недоверие к опросам общественного мнения влечет за собой усиление внимания к статистике, во всяком случае, в той ее части, в которой она не основана на налоговых и иных декларациях. Выдвинуто требование, чтобы квантификация оперировала непосредственно фактами. Они не должны обязательно быть вещественными. Речь идет так-

же и о человеческих действиях. Однако опосредующая роль мнений, чувств, состояния сознания, вызываемая;» участием — пусть даже нейтральным — опрашиваемого, должна быть исключена. Такой подход и получил, за отсутствием более удачного, название **количественного анализа естественных данных**³⁸.

В общей социологии имеется прекрасный пример, иллюстрирующий этот метод. Если вы хотите узнать, какие-из выставленных в музее картин вызывают наибольший интерес, то для этой цели можно, конечно, провести опрос у выхода из музея, обращаясь к каждому двадцатому посетителю. Но есть и другой путь, а именно изучить, насколько изношен паркет на полу перед каждой картиной. Приведем и другой пример, относящийся к юридической социологии. Изучая эволюцию крестьянской семьи за пятьдесят лет, мы среди прочих данных должны выяснить, по-прежнему ли семейные трапезы воспринимаются как правило общежития. Самый банальный, но открытый для психологических искажений путь к этому — распространить анкеты. Но можно прибегнуть и к изучению «естественных данных», сравнив за длительный период число IE состав семей, у которых ежегодно случалось общее отравление грибами.

Требование изучать поведение людей, основываясь на «естественных данных», может принять в социологии права специфическую форму. Исходное положение формулируется при этом следующим образом: если норма права предписывает определенное поведение, то есть основание' полагать, что в реальной жизни это поведение многократно реализуется. Другими словами, констатация наличия! нормы эквивалентна констатации многократно повторенного факта. С такой идеей можно встретиться еще у Дюрк-гейма, но мы критически относимся к ней, поскольку, как нам представляется, она не принимает в расчет возможную' неэффективность нормы. А это обстоятельство существенно. Конечно, имеются случаи, когда механизм действия] нормы таков, что ее возможная неэффективность если не равна нулю, то статистически незначительна. Было бы: абсурдным выяснять у чиновника, ведающего актами гражданского состояния, сколько им зарегистрировано браков несовершеннолетних без согласия родителей. Но в большинстве случаев дело обстоит не так просто, и в этом; нетрудно убедиться. Презумпция эффективности, которой; мы заранее и правильно наделяем норму права, может тем

266

не менее сразу же вызвать скептическое отношение исследователя. И ее нельзя проверить лишь подсчетом, чего было больше — исполнений или неисполнений нормы. Правда, нередко

предварительное изучение внешней стороны правореализации, то есть актов применения нормы, позволяет дать эмпирическую диагностику эффективности. Если, например, в судебной практике не встречаются иски младших сыновей по поводу незаконного лишения их родительского наследства в пользу старших сыновей, то это — основание для вывода, что норма, упразднившая право старшинства, может считаться эффективной. И такую норму можно считать эквивалентом изучения того, что обычно (за отдельными местными отклонениями) происходит во французских семьях: старший не исключает младшего.

В ситуациях такого рода догматическая юриспруденция берет реванш. Она вторгается в социологию. Речь идет уже не о самих естественных данных, а о форме, в которой они выражены. Это, однако, хотя и полезная, но не столь надежная процедура. Она требует осторожного обращения.

Б. ЭКСПЕРИМЕНТИРОВАНИЕ

11. ЭКСПЕРИМЕНТИРОВАНИЕ В ЮРИДИЧЕСКОЙ СОЦИОЛОГИИ. ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫЙ ЭКСПЕРИМЕНТ

Стало уже классическим выделение двух основных методов научного доказательства — наблюдения и эксперимента. При наблюдении исследователь изучает и сравнивает то, что уже существует и спонтанно развивается. Экспериментирование, наоборот, заключается в том, что исследователь по своему усмотрению искусственно создаст нечто новое, манипулирует изучаемым объектом. Несомненно, что классическим социологическим методом является наблюдение. Однако сегодня мы констатируем существование, хотя и в ограниченных масштабах, экспериментальной социологии. Тут юридическая социология во многом отражает ситуацию, сложившуюся в общей социологии. В этой последней наблюдение остается преобладающим методом и именно с ним связаны все рассмотренные нами выше технические исследовательские процедуры. Однако в общей социологии допустимы и практикуются определенные виды экспериментирования, а именно: **лабораторный эксперимент** и **тест** — своеобразная форма интеллектуального экспериментирования.

267

Юридическая социология заимствовала обе эти техники, но особенно интересно отметить, что еще раньше она знала свой, присущий лишь ей вид метода — законодательный эксперимент.

Его общая схема такова: при наличии сомнений в принципиальной установке, положенной в основу предлагаемой реформы, или сомнений в методах ее реализации законодатель принимает закон и вводит его в действие лишь для того, чтобы посмотреть, как он будет применяться. Законодатель резервирует за собой право отменить или изменить закон в зависимости от полученных результатов. Законодательный эксперимент противоречит классическому понятию закона как всеобщей и постоянно действующей нормы. При эксперименте заранее предустановлено возможное изменение закона и очень часто он испытывается лишь на определенной части территории страны. Это дает возможность сравнить его результаты с тем, что происходит на остальной части территории, где продолжает действовать старое право.

О законодательном эксперименте можно с основанием говорить лишь тогда, когда законодатель намерен, исходя из научных посылок, провести именно его. Ибо имеются временные законы, а также законы, ограниченные в своем действии в пространстве. В этих случаях юридическая социология получает возможность сравнительного наблюдения, но это именно наблюдение, а не экспериментирование.

То же следует сказать и о специфической ситуации в США. Американцы иногда утверждают, что их федеральная конституция открывает возможности для определенного рода законодательного экспериментирования, поскольку один и тот же закон может быть принят в одних штатах и не принят в других или же принят в разных штатах в разное время. Но это разнообразие не есть результат определенного научного проекта. Это непредусмотренный, случайный результат. Поэтому представляется более точным говорить в этой связи о технике изучения особых случаев; это — особый вид наблюдения, но не подлинный эксперимент.

С чисто юридической точки зрения законодательный эксперимент связан с очевидными неудобствами. Зная о том, что закон не окончателен, недовольные им лица склонны выжидать, а не действовать в соответствии с ним.

268

Когда закон применяется не повсеместно, это возбуждает недовольство, порождаемое эгалитарными чувствами. Поскольку применение закона происходит в особых условиях, полученные результаты во многом теряют свою доказательную силу.

Законодательный эксперимент довольно часто практиковался при «старом режиме», и в частности использовался просвещенным абсолютизмом в XVIII веке.

Так, например, Тюрго во Франции прославился тем, что испытывал финансовые реформы в своем интендантстве Лимузен. В Германии и Италии многие монархи малых государств также

подвергали испытанию новые идеи своего времени, авторами которых были физиократы. Судья Дюпати в своих «Письмах об Италии» (1785) рассказывает, что в Тоскане смертная казнь (и пытки) была незадолго до того отменена указом, но не законом. При этом автор добавляет: «Хорошее законодательство, как и хорошая физика, должно быть экспериментальным. Законы нужно испытывать».

Господствовавший в то время и ставший привычным партикуляризм способствовал тому, что законодательное экспериментирование выглядело вполне естественным. Революция изменила отношение к нему. Новые идеи единства, равенства, законности, парламентаризма были препятствием на пути к законодательному эксперименту. Чтобы он стал возможен, потребовалось определенное ослабление легалистского духа.

Хорошим примером законодательного эксперимента может служить Декрет от 5 октября 1965 года, который ввел в гражданско-процессуальное право новую процедуру. Сперва она была опробована в пяти апелляционных округах, в 1968 году еще в семи, а ее окончательное установление на всей территории страны произошло лишь в 1977 году. В связи с этим экспериментом выдвигались возражения, мотивированные эгалитарными соображениями, о которых говорилось выше. Коллегия адвокатов при Парижском суде, оспаривая этот декрет в Государственном Совете, среди других мотивов ссылалась на то, что он нарушает Закон от 16—24 августа 1790 года, отменивший судебные привилегии и провозгласивший равенство всех граждан перед правосудием. Государственный Совет 21 февраля 1968 года отклонил жалобу, но данный мотив поставил его в затруднительное положение. Совет нашел выход в формуле, что принципы 1790 года в данном случае

269

/

не нарушены, поскольку речь идет лишь о переходных мерах.

Нетрудно заметить, что эксперимент наиболее удобен при решении юридико-технических проблем, в частности в сфере управления. В сфере гражданского и уголовного права труднее увидеть законодателя, создающего норму для того, чтобы посмотреть, что из этого получится. Тем не менее именно в таком экспериментальном порядке в Англии в 1965 году было приостановлено (до 31 июля 1970 года) применение смертной казни. По истечении этого срока парламент должен был или окончательно отменить смертную казнь (что и было сделано), или вернуться к ранее существовавшему положению, когда смертная казнь предусматривалась как высшая мера по ряду категорий дел об убийствах³⁹. Во Франции Закон от 17 января 1975 года, приостановивший на пять лет наказания за аборт, также имел, очевидно, экспериментальный характер. Это подчеркивалось и тем, что Институту экономических и демографических исследований был поручен ежегодный социодемографический анализ действия нового закона.

12. ЛАБОРАТОРНЫЙ ЭКСПЕРИМЕНТ

Опыты такого рода могут проходить как в лабораториях, так и вне их, в общедоступных местах. Если, например, вы хотите проверить степень гражданской сознательности разных социальных слоев, например какова склонность публики добровольно помогать полиции при охране общественного порядка, то для этого достаточно пробежать по улице в разных округах Парижа с криком «держи вора!» и посчитать, сколько людей последует за вами. Однако моральные установки не разрешают поступить таким образом. Нигде не зафиксированные, но действенные этические правила запрещают подобные эксперименты на публике⁴⁰.

Не свободен от опасности такого рода и эксперимент в малой группе. Однако здесь у экспериментатора гораздо больше возможностей управлять ситуацией, рассчитать, в какой мере затронут участников его действия, предотвратить в какой-то мере вредные последствия. Малая группа может быть искусственной, то есть созданной самим экспериментатором (они чаще всего состоят из детей или подростков; ими легче манипулировать, чем взрослыми, и они быстрее реагируют на изменения). Группа может быть и

270

спонтанной, то есть существующей сама по себе, независимо от опыта — школьный класс, заводской цех, совет управляющих и т. д. (и здесь предпочитают группы менее сложные в психологическом плане, как, например, школьный класс). Добротное проведение лабораторного эксперимента требует, чтобы наряду с экспериментальной группой, которая действует в соответствии с программой опыта, имелась и вторая, контрольная группа, идентичная первой и не подверженная экспериментальному манипулированию.

Политическая социология использовала эксперимент в малой группе для изучения лидерства.

Юридическая социология могла бы сходным образом обратиться к нему для анализа норм, действующих в малой группе (возникновение этих норм, их соблюдение, нарушение и т. д.). Слабость лабораторного экспериментирования в том, что оно дает больше сведений об инфраюридическом, чем о праве в собственном смысле. Перенос на общество в целом того, что правильно в отношении малой группы, является искусственным уже потому, что малая группа всегда значительно более гомогенна, чем общество в целом. Правда, это возражение снимается в тех случаях, когда исследователи пытаются воспроизвести в малой группе деятельность, вытекающую из интересов общества, например опытное воспроизведение заседания жюри присяжных.

Такой опыт произвела в 1966 году Рита Джеймс Симон с целью выяснить, какое влияние оказывает на вердикт пресса. Вымышленные присяжные были ознакомлены с вымышленными статьями, одни из которых имитировали издания, падкие на сенсации, а другие — издания более объективной тональности. Вывод экспериментатора был примерно таким: 1) сенсационная пресса особенно часто влияет на первое представление о виновности; 2) присяжный в ходе судебного разбирательства достаточно легко изменяет это первое впечатление, внушенное прессой⁴¹. Обычно воздерживаются от того, чтобы включать в понятие экспериментирования психодраму и социодраму. Те, кто разрабатывал эти психотерапевтические процедуры, вряд ли думали о том, как применять их в праве, и вряд ли замечали, что отношения, которые пытались интерпретировать с помощью этих процедур (например, между нанимателем и рабочими, между родителями и детьми), были юридическими отношениями. Однако теоретически техника психодрамы может быть применена ко всем конфлик-

271

там, возникающим в сфере права, будь то скрытые, назревающие конфликты (например, между сторонами продолжающего действовать договора) или конфликты, переросшие в судебный процесс.

13. ТЕСТЫ

Тест — это заранее продуманное испытание, при проведении которого используется точная техника оценки результатов. В плане экспериментирования речь может идти лишь о так называемых аффективных тестах (в отличие от тестов на испытание умственных способностей, используемых в педагогике и могущих, как представляется, быть полезными для выяснения пригодности лица к различным юридическим профессиям). Аффективные тесты предназначены для выяснения личностных установок, они как бы провоцируют человека на то, чтобы он раскрыл их. Аффективные тесты могут иметь разные формы, и любая из них применима в юридической социологии.

В качестве примера укажем на тесты, проводимые⁴² с помощью рисунков: ребенка просят нарисовать членов его семьи, и в зависимости от того, чья фигура нарисована более крупной — отца или матери, можно сделать вывод о том, по какой модели построена данная семья — патриархальной или матриархальной. Не менее известен и тест, изучающий правосознание, когда излагается практический случай, допускающий разные толкования вопросов факта и права, а лицо просят сделать выбор между возможными решениями. Таков, в частности, известный тест Мира-и-Лопеца о супружеской неверности. Опрашиваемого просили поставить себя на место обманутого супруга и выбрать одно из десяти возможных решений: убить соперника, убить виновницу, уйти от нее, юридически расторгнуть брак и т. д. Мира-и-Лопец подверг этому тесту 578 супружеских пар. Оказалось, что чисто юридическое решение проблемы предпочло лишь 25 процентов опрошенных⁴².

Нередко с вопросами, приближающимися к тесту, можно встретиться и в обычных анкетах, применяемых при опросах. От собственно теста такие вопросы отличаются лишь тем, что они более естественны, а с тестами их сближает то, что они ставят перед опрашиваемыми не прямой, а обходной вопрос. Хотят выяснить мнение опрашиваемого по проблеме А, но, поскольку опасаются, что прямой вопрос вызовет защитную реакцию, респондента спра-

272

шивают о проблеме Б с учетом того, что ответ на этот вопрос раскроет и его отношение к проблеме А. Вместо того, чтобы спросить: «Считаете ли вы, что равенство полов должно укрепляться?» — задают иной вопрос, а именно: «Если у вас есть дочь, какое образование вы хотели бы ей дать?» А вместо того, чтобы прямо задать вопрос: «Ваше мнение о свободном союзе?» — спрашивают: «Если бы ваш сын состоял в свободном союзе, то принимали бы вы в

своем доме его спутницу?» Именно такой вопрос был использован при проводившемся Французским институтом общественного мнения опросе о внебрачной семье. Ответ «Конечно, да» дали 44 процента опрошенных мужчин и 33 процента женщин. Ответ «быть может» — соответственно 27 и 32 процента и ответ «конечно, нет» — 23 и 27 процентов. При ответе на корреспондирующий вопрос: «Принимали ли бы вы в вашем доме спутника вашей дочери, состоящего с ней в свободном союзе?» — цифры были соответственно таковы: 33 и 28, 26 и 28, 35 и 36 процентов, что свидетельствует об устойчивости различий в моральных оценках ситуации мужчины и женщины⁴³.

ПРИМЕЧАНИЯ

¹ Начиная с 70-х годов нашего века говорят о кризисе социологии, выражающемся в кризисе ее методов. Речь идет о кризисе доверия к этим методам (см., например: Boudon R. *La crise de la sociologie*, 1971). Поскольку юридическая социология заимствует методы у общей социологии, не является неожиданным то, что и она оказалась зараженной этим пессимизмом. (См.: Commaille J. et Marmier-Champenois M.-P. *Lo methode de la sociologie juridique par rapport aux methodes de la sociologie generale*. — *Travaux du Colloque de sociologie juridique franco-sovietique*. P., 1977).

² Имеются авторы, выступающие против принципа объективности, например: Boudon R. *Les methodes en sociologie*. 1969; Duvignaud. *Introduction a la sociologie*. 1966.

³ Go ode W. *Women in divorce*, 1965.

⁴ Участвующее наблюдение пришло из этнологии. Чтобы лучше понять жизнь примитивного общества, некоторые этнологи-исследователи стремились быть принятыми в него, в том числе и юридически (некоторые племена знали институт искусственного родства). Однако не все

18 Заказ № 1161

273

этнологи — сторонники этого способа. По мнению Гриоля, общество, в которое включался исследователь, будет относиться к нему с недоверием. См. об этом: «*Annee socio-logique*», 1968, p. 297.

⁵ Эта техника воображаемой социологии имеет двв' формы. Одна больше тяготеет к литературе. Она более интуитивна. Пример: роман Генри Джеймса «Что знала Мейзи» (James H. *What Maisie knew*, 1897), показывающий юридическую психосоциологию развода глазами ребенка разводящихся родителей. Другая форма более научна, основывается на документации. Такова, например, известная книга Лонгрэ «Восток и Запад» (Longrais J. *des. L'Est et l'Ouest*. 1958), где правовой статус японского-феодализма показан через повседневное существование крестьянских семей.

⁶ Монтескье Ш. *Избранные произведения*. М., 1955, с. 402.

⁷ Gilissen J. *Du privilege du cadet ou droit de-main ete dans les coutumes de la Belgique et du nord de-la France*. — «*Etudes Pierre Petot*», 1959, p. 231.

⁸ См.: *Melanges H. Levy-Bruhl*. 1959, p. 417.

⁹ Тацит Корнелий. *Сочинения*. Л., т. 1, с. 81.

¹⁰ Например, в уже приводившемся примере обычая наследования у татар.

¹¹ «*American Journal of Sociology*», 1965, № 2, p. 159.

¹² В ближайшем будущем можно ожидать появленияг звучащих документов.

¹³ Приведем некоторые работы, основанные на использовании этих документов: Goubert P. *Cent mille pro-vinciaux ai XVIII siecle*. 1968; Vincent J. *Les contrats de manage a Cannes de 1785 a 1815*. — «*Revue historique*», 1973, № 1; Sicard G. *Societe et comportement juridique, une enquete sur les contrats de mariage ai XIX siecle*. — «*Annales Fac. droit Toulouse*», 1970, p. 245; Lafon J. *Regimes matrimoniaux et mutations sociales, les epoux bordelais (1450—1550)*. P., 1972; Daumard A. et autres. *Les fortunes franchises ai XIX siecle*. 1973.

¹⁴ В качестве примера исследований такого рода см.: С h а г п а у J.-P. *La vie musulmane en Algerie d'apres de la jurisprudence de la premiere moitie du XX siecle*. 1965.

¹⁵ Прокурор при революционном трибунале в период Французской буржуазной революции, известный активностью и непримиримостью во время якобинского террора. Казнен после Термидорианского переворота (*Прим. перев.*).

274

¹⁶ Корне ль Пьер. *Театр*. М., 1985, т. 1. «Сид», с. 280—281. См. вступительную статью.

¹⁷ См., например: Peytel. *Balzac, juriste romantique*. 1950; Faillie M.-Henriette. *La femme et le Code civil dans la Comedie humaine*, 1968.

¹⁸ См. например: Leib. *Les mesalliances dans le ro-man aux XVIII et XIX siecles*. 1936; Dame.

L'avocal dans la litterature. 1947.

¹⁹ В связи с идеей об изобразительном музее права см.: Fehr H. Das Recht im Bilde. Zurich, 1923. Автором предложена интересная модель, построенная, правда, почти исключительно на немецком материале.

²⁰ См.: «Ethnologic franchise», И, 1—2, 1973, p. 123.

²¹ Ф. Арие полагает, что большая частота упоминания ребенка в современном законодательстве отражает все возрастающее внимание, которое уделяют ребенку общество и нравы (Aries Ph. L'enfant et la vie familiale sous l'Ancien Regime. 1960).

²² Ст. 1382 французского ГК устанавливает общее правило возмещения ущерба, причиненного по вине данного лица, а ст. 1384 говорит об ответственности за ущерб, который причинен не самим лицом, а действием лиц, за которых он должен отвечать, или вещами, которые находятся под его надзором (*Прим. перев.*).

²³ См.: «Revue historique du Nord», 1958, № 158.

²⁴ Michel A. Famille, industrialisation, logement. 1959; Marmier M.-P. Sociologie de l'adoption, etude de sociologie juridique. 1969.

²⁵ «Sondages», 1970, № 4.

²⁶ «Sondages», 1967, № 1.

²⁷ Compte general de l'administration de la Justice. 1969.

²⁸ Lewis O. Les enfants de Sanchez. P., 1964. В США книга вышла в 1961 году. О. Левайс (1914—1970 годы), профессор антропологии, впоследствии подготовил таким же методом еще несколько книг: «Pedro Martinez» (о мексиканском крестьянстве), «La Vida» (о пуэрто-риканских кварталах в Нью-Йорке). Магнитофонный опрос дебютировал, по всей видимости, в романе Трумэна Капоте «Совершенно хладнокровно», опубликованном в США в 1959 году (в русском переводе: «Обыкновенное убийство». М., 1965. — *Прим. перев.*). Роман состоит из записанных на пленку бесед с двумя молодыми преступниками. Из французской литературы укажем: Prevost A. Grenadou, paysan fran[^]ais. 1966; Duvignaud J. Chebika. 1968.

18*

275

²⁹ «Revue economique», 1950, № 1.

³⁰ Ascarelli. Economia di massa e statistica giudiziaria. — «Saggi di diritto commerciale», 1955; Durand P-La connaissance du phenomena juridique et les taches de-la doctrine moderne du droit prive, 1956.

³¹ В русском языке эта этимологическая связь не прослеживается, но она видна в немецком и романском языках (der Staat l'Etat), откуда и их термин «статистика» (*Прим. перев.*).

³² См.: L'instruction generale sur l'etat civil. 1975. («Общая инструкция об актах гражданского состояния»),

³³ См. об этом: Theguy F. Le concubinage en France.— «Revue trimestrielle de droit civil», 1960, № 1; а также «Population», 1972, № 2.

³⁴ Подробнее об опросе см.: Пэнто Р., Гравитц М. Методы социальных наук. М., 1972, с. 396 и ел.; Chigli-one R., Matalon B. Les enquetes sociologiques, theories et pratique. 1978; Stoetzel J., Girard A. Les sonda[^]ges d'opinion publique. 1973.

³⁵ «Le divorce et les Francais», t. II, 1975, p. 13.

³⁶ Ibid., t. I, 1974, p. 69.

³⁷ Cohen, Robson, Bates. Parental authority, the Community and the Law. 1959.

³⁸ На несовершенство этой терминологии указывает Ф. Маршос-Стейф, продемонстрировавший слабости опроса общественного мнения и предложивший этот новый технический способ (Marcus-Steff J. Les ef fets de la publicite sur les ventes; quelques resultats de l'analyse des donnees naturelles. — «Revue franchise de sociologie», 1969, № 2.).

³⁹ Сторонники сохранения смертной казни утверждали, что статистическая информация, собранная за пять лет, недостаточна, и требовали, чтобы экспериментальный период был продлен еще на пять лет.

⁴⁰ Тем не менее такие опыты были. В частности[^] в США проводился опыт, призванный показать, как распространяются слухи. См.: Stoetzel. Psychologie so-ciale. 1963, p. 251.

⁴¹ James Simon R. The Sociology of Law. 1968, p. 617. ⁴²Mira y Lopez. Manuel de psychologic juridique. 1950, p. 78.

⁴³ Compte general de l'Administration de la Justice. 1969.

Глава четвертая

ФУНКЦИИ ЮРИДИЧЕСКОЙ СОЦИОЛОГИИ

С особым вниманием необходимо отнестись к вопросу для чего нужна юридическая социология? Для того чтобы "заслужить признание юристов, всегда отличавшихся утилитаризмом, она должна приносить реальную пользу. Никто не задается вопросом о пользе права, ибо эта польза очевидна и во всяком случае презюмируется. Однако из-того, что право полезно, еще не следует, что полезно также • его социологическое осмысление. Для признания в юридическом мире социологии следует обосновать выполняемые • ею функции.

Функции юридической социологии, как и всякой другой научной дисциплины, следующие. Первая — это научная функция, которой в данной связи мы уделим меньше внимания, поскольку к ней относится многое из того, что-уже было сказано об этой дисциплине как таковой. Вторая — это практическая функция, которой в этой главе уделяется особое внимание, потому что вокруг этой функции идут особенно оживленные споры.

В соответствии с этими двумя функциями можно было бы выделить две модели, два вида юридической социоло-гии: чистую юридическую социологию и прикладную юридическую социологию. Однако и здесь, как и во многих других случаях, предпочтительно не раздваивать науку, а говорить о единой науке и ее применениях.

I. НАУЧНАЯ ФУНКЦИЯ ЮРИДИЧЕСКОЙ СОЦИОЛОГИИ'

1. ОБЩАЯ ИДЕЯ

Научная, или теоретическая, умозрительная функция-юридической социологии — это, в сущности говоря, сама юридическая социология как наука и знание, но знание,.

27Г

"подчиненное определенным требованиям. Это осмыслен-ное, систематизированное, устоявшееся знание, а не интуитивное знание или знание, основанное на здравом смысле. Нет такой науки, введение в которую не начиналось бы с предостережения относительно здравого смысла. Нельзя принимать на веру то, что кажется очевидным. Для социологии же это правило особенно существенно. Сколько раз по окончании .опроса раздавались утверждения, что исследователи ломались в открытые двери, а в полученных результатах нет ничего, что нельзя было предвидеть, исходя из здравого мысла. Однако утверждать так — значит не ^видеть капитального различия: то, что раньше можно было только предполагать, теперь известно с определенной степенью достоверности (особенно если возможна кванти-фикация).

В юридической социологии (еще больше, чем в общей) приходится опасаться стремления понять проблему до ее изучения. В юридической социологии это стремление выглядит наиболее естественным. Дело в том, что в отношении общих социальных явлений мы не чувствуем себя столь способными к прямым оценкам, как тогда, когда речь идет о юридических явлениях. Почти каждый (во всяком случае, в современном обществе) ощущает в себе нечто вроде врожденной способности выступать в качестве • законодателя и судьи. Юридические проблемы кажутся .настолько ясными, что любой смело дает свои оценки и •;при этом легко ошибается. Можно было бы написать целую книгу о различного •рода правдоподобных очевидностях, основанных на здра-вом смысле, которые при научном анализе оказываются далекими от истины. Приведем исторический пример. Мыслители XVIII 'века считали очевидным, что в перво-•бытных обществах (естественное состояние) формы договора были весьма просты по сравнению с цивилизованными обществами. Однако этнология показала (это сделал уже Мэн), что примитивная мысль могла быть достаточна 'тонкой и сложной, и это отражалось как в договорах, так и иных действиях¹.

Нередко бывает и так, что очевидное имеет несколько -сторон, но случайно или доверившись первому впечатлению акцентируют лишь одну из них. Когда же потом появляются опровергающие факты, то можно, ничего не •объясняя, воскликнуть: «Но это же было очевидно!» Поставим в качестве примера вопрос: в большей ли

:278

склонны к самоубийству женатые люди? Человек, чей брак неудачен, поспешит ответить утвердительно; его опыт говорит о том, что брак создает напряженности. Однако-возможен и антитезис: брак — это препятствие на пути к-самоубийству, семья удерживает человека от этого шага. Факты и статистика — вот единственный судья, который" может помочь остановиться на одном из этих двух полярных мнений. Здесь нужно следовать за Дюркгеймом. Его-начинание заслуживает высокой оценки, хотя статистика,., на которую он опирался, не оправдывала его доверия.

Изучение реалий — такова цель любой науки, но юридической социологии оно особо предписано

по самому ее-определению. Догматическое право — только форма, искусственное образование, и социология права противопоставляет себя этой догме, она не имеет другой цели, кроме как отбросить все покровы и восстановить контакт с утраченными реалиями.

Современные юристы возлагают на социологию права больше надежды, ждут от нее новых знаний и объяснений:

права.

*

2. ЗНАНИЕ

Начинать следует именно со знания. И многие юристы¹ требуют от юридической социологии лишь одного — утоления их потребности в знании того, что происходят в реальной жизни. Они видят, что книги о праве подобны театральным декорациям. А законы? Тому, что происходит-повседневно, они посвящают одну строку, а редким исключениям — подробные правила. Судебная практика? Но она рассказывает лишь о патологической части реальной действительности. Мы изучаем договор и его отдельные виды (купля-продажа, поручение), но плохо знаем, каковы те практические ситуации, которые складываются за этими формами. И наконец, мы исходим из того, что право применяется. Однако не остается ли оно в ряде случаев бездействующим?

Юридическая социология призвана выявить те свойства самого права, которые мешают его познанию, показать чрезвычайное разнообразие практических ситуаций, обратив особое внимание на его повседневную реализацию, не приводящую к судебным спорам. Эту функцию сбора сведений, получения данных юридическая социология спонтанно выполняла с первых дней своего существования»

и-вования, что помогло по-новому взглянуть на многие институты.

Доверившись доктринальным источникам, историки полагали, что на юге Франции в XIII—XVI веках знали лишь такой режим семейного имущества, который Гражданский кодекс определил как «режим при наличии при-,даного». Однако исследования нотариальных архивов показали широкое распространение и в тот период режима общности имущества супругов².

Основываясь на опубликованной судебной практике, цивилисты считали, что со времени реставрации и до Пя-той республики вследствие падения нравов и ослабления правового ригоризма число внебрачных детей постоянно возрастало. Однако статистика выявила удивительное постоянство процента внебрачной рождаемости: 6,96 — в 1815—1830 годах; 7,03 — в 1830—1850 годах; 7,45 — в 1850-1870 годах; 8,07 - в 1870-1900 годах; 8,7 - в .1930 году; 6,7 — в 1936 году; 6,5 - в 1958-1969 годах. Не следует переоценивать возможности этой функции сбора сведений по такого рода конкретным проблемам. Ей надо отдать должное в том смысле, что она побуждает к дальнейшим исследованиям, но было бы ошибочно полагать, что с ее помощью можно сразу же решить все проблемы. Было бы весьма опасно поспешно придавать такой информации всеобщее значение, не учтя иные возможные и неизученные аспекты. Так, цифры, свидетельствующие о стабильности уровня внебрачной рождаемости, о чем говорилось выше, нуждаются в сопоставлении с кривой абортот. В отличие от юридико-догматического знания, которое может считать себя завершенным, как только обсуждаемая проблема получила судебное решение, социологическое познание не останавливается никогда. Дополним сказанное несколькими замечаниями. В прошлом веке Л. фон Ранке, определяя задачи исторической науки, выдвинул формулу «показать, как это действительно происходило». То же самое можно сказать и о социологии, и поэтому истина в этой науке схожа с истинной в исторической науке. Следовательно, и юридическая социология может претендовать на более высокую степень истинности, чем та, которой довольствуется догма права. В начале нашего века Бартэн, возможно находясь под впечатлением дела Дрейфуса, провел ставшую классической параллель между историческим и судебным доказательством. Поскольку судебное доказательство всегда

.280
ограничено, юридическая истина, которая основывается:¹ на нем, далека от подлинной истины, это — искусственная истина. Как говорили римские юристы — «судебное решение принимается за истину». Еще одно дополнительное замечание — о реальности, которую призвана охватить юридическая социология. Понятие правовой реальности неопределенно. Мы не исчерпаем его, если добавим к законам и обычаям судебную и внесудебную практику и договоры. Это все сфера догматического права. Перед юридической социологией более-обширная область, в которую входят также правонарушения, фактические ситуации (например, «свободный союз»), являющиеся как бы продолжением права. Все, перечисленное выше и взятое вместе, и составляет то, что-можно назвать позитивной правовой реальностью. Но существует также негативная правовая реальность, которая хотя и не видна, но тем не менее важна. Сюда относятся, в частности, пробелы в праве, бездействие закона-(это также

форма его реального осуществления).

Из числа причин, препятствующих юридико-социологическому знанию, укажем на свойственный праву формализм. Дюркгейм считал правильным, что его социологические методы обращаются по преимуществу к таким явлениям, которые материализованы и имеют внешнюю форму. Но явления, зафиксированные юридически и получившие тем самым внешнюю форму, составляют лишь малую часть правовой реальности. Основная масса юридических фактов не оставляет после себя следов, в мы можем впоследствии изучать лишь то, что было формализовано, а это опасно, ибо ведет к искажениям. Так, изучая нотариально заверенные дарения, мы упускаем из виду ту массу дарений, которая не требовала предустановленной формы, а за куплей-продажей недвижимости не видим повседневные акты бытовой купли-продажи.

3. ОБЪЯСНЕНИЕ

Выявить и пассивно запротоколировать юридические явления — этого еще мало. Мы хотим знать, почему или по меньшей мере как возникли эти явления. Мы хотим знать причины вещей.

Социологические данные могут рассказать как о полигамном, так и о моногамном браке, о равенстве наследников и о майорате. Монтескье объясняет, что в Бантаме полигамия практикуется потому, что-

281

•там на одного мужчину приходится десять женщин, а, по мнению Тирако, право старшинства при наследовании обусловлено тем, что матери труднее всего рожать первого ребенка, который поэтому особенно любим³. Это примеры ложных объяснений, но они показывают, насколько сильна потребность в самом объяснении.

Человеческий ум бывает полностью удовлетворен лишь тогда, когда объяснение способно принять форму причинно-следственной закономерности, научного закона, который не только раскрывает, почему произошло данное событие, но и позволяет предвидеть его повторяемость в будущем. И даже сегодня, когда новые научно-философские течения стремятся отказаться от понятия причинности, немало умов считают, что юридическая социология, если она хочет утвердиться как наука, должна заниматься (разработкой причинно-следственных законов. Возможно ли это? Такой вопрос стоит также и перед общей социологией, и перед всеми гуманитарными науками. Было бы бессмысленно рассматривать сейчас всю эту проблему в целом. Но небесполезно показать то особое очертание, которое она принимает в социологии права. Когда речь идет о специфике правовых явлений, все те возражения, которые обычно приводятся против использования закона причинности в гуманитарных науках, могут быть, с одной стороны, усилены, а с другой, наоборот, смягчены. Как известно, таких возражений два, и заключаются они в том, что изучаемые этими науками явления индивидуально-своеобразны и индетерминированы.

Действительно, если явление уникально, единственно в своем роде, то бессмысленно подводить его под какой-либо закон. Может показаться, что явления-институты носят именно такой характер. Как и исторические события, институты не повторяются. Никогда не было двух абсолютно идентичных институтов, как бы ни казались «они похожи». И, может быть, применительно к правовым институтам это утверждение еще более верно, чем в отношении других. Почему? Да потому, прежде всего, что правовые институты — самые сложные. Обилие регламентации еще более усиливает возможность различия. Так, развод в XX веке — это не то же самое, что развод в Риме и Византии: изменились основания и порядок развода, «его последствия и т. д. Законность в трактовке Государственного Совета (включающего в нее требование соответствия акта также и неписаным принципам), отлична от понимания законности в эпоху Революции с ее культом писаного закона. Кроме того, в каждый данный момент своего развития право уже не абсолютно идентично тому, каким оно было в предыдущий момент.

Однако при всех этих констатациях практически не исключена хорошо продуманная типология, которая, отбросив какие-то несовпадающие черты аналогичных институтов, может свести их в единую категорию. На этом основана вся компаративистика. И юридической социологии известны факты, подкрепляющие вывод о том, что юридические явления повторяемы и, следовательно, подчинены законам причинности. Вспомним, например, о наличии двух достаточно симметричных эволюций в истории западных правовых систем: развитие римского права от начала Рима до Византии и развитие французского права от периода франков до абсолютной монархии. В ходе обеих этих эволюций обнаруживаются сходные явления: переход от формализма к консенсуализму и от принудительного исполнения, обращенного на личность должника, к принудительному исполнению, обращенному на имущество. Вместе с тем не следует торопиться выводить на этой основе законы развития, обязательные для всех правовых систем. Часто именно

так и поступали. Однако надо спросить себя: достаточно ли надежно основание для индукции, не мало ли для нее фактов и можно ли с уверенностью говорить о полной идентичности этих фактов? Теперь, от явлений-институтов перейдем к явлениям-случаям, а точнее, к явлениям-случаям коллективного характера. Здесь ссылка на уникальность, единственность явления отпадает, а индукция оправдана и подкреплена воспроизводством идентичных случаев. Эта идентичность у юридических явлений обнаруживается еще больше и отчетливее, чем у других, ибо они, по определению, должны соответствовать одной и той же норме, образующей правовую модель. Брак как бытовое явление — это акт, зависящий от такого множества разнородных факторов, что каждый брак в этом своем аспекте неповторимо индивидуален, и можно утверждать, что имеется столько же браков, сколько супружеских пар. Если же подойти к браку как юридическому явлению, то все браки могут быть сведены к единой модели, ибо правовые нормы в силу своего абст-

282

283,

Зрального характера, определяя свой предмет, используют .небольшое число сущностных и формальных признаков.

.Вот почему было бы бессмысленно заниматься статистическим подсчетом браков по любви, но существует статистика юридических браков. И такая статистика может ;послужить основой для выявления законов или по меньшей мере наблюдаемых корреляций.

4. ЧАСТИЧНАЯ ИНДЕТЕРМИНИРОВАННОСТЬ ПРАВОВОГО

Подчеркнем еще раз, что право индетерминированно -лишь в некоторой части, что вполне сочетается с его детерминированностью в основном. Следовательно, эта ча-стичная индетерминированность в конечном счете не может помешать результативному каузальному анализу. Но • есть угроза, что в ряде случаев каузальная нить может оказаться прерванной и тем самым будут поставлены под сомнение выявленные закономерности.

Представляется, что частичный индетерминизм, с которым сталкиваются все общественные науки, усугублен для юридической социологии самим характером права. Откуда в самом деле появляется право? Относятся ли правовые явления к идеологии, будучи как бы наслоены на идеологические явления, причинные основания которых неясны, а возможно и непостижимы? Или же правовые явления находятся в прямой зависимости от человеческой воли или случая, то есть таких понятий, которые бросают вызов детерминизму?

1. Правовые явления могут быть детерминированы предшествующими явлениями самого различного рода. Юристы привыкли представлять историю права как последовательное движение правовых явлений: институт •следует за институтом; закон заменяет предшествующий закон, а последующие решения сменяют прежние преце-"" денты. Таким ограниченным каузальным объяснением юридическая социология довольствоваться не может. Од-ла из ее основных задач — выйти при поисках объяснения права за рамки самого права. Выйти, но куда? Отвечая на этот вопрос, часто делают акцент на каком-то одном факторе в ущерб другим. Монтескье считал таким фактором климат, Маркс — условия производства, многие социологи — состояние нравов. Если бы право всегда могло быть соотнесено с объяс-

284

ияющими его переменными величинами, подобными на- званным выше, а сами эти величины были бы всегда .доступны научному причинно-следственному объяснению, .можно было бы заключить, что детерминизм — это общий .закон юридической социологии. Однако действительность •более сложна.

Бывает так, что явления, с которыми наиболее тесно .связано право, не поддаются каузальному анализу (во всяком случае, каузальному анализу обычного типа). •Эти явления суть идеологии в широком понимании слова. Правда, эти идеологии пытаются изучать как проявления коллективной психологии, которая доступна объективному .наблюдению. Но то, что получают в итоге такого психо-(Социологического наблюдения — лишь внешние признаки явления, а не его глубинная сущность. Индивидуальные побуждения создателя идеологии и причины ее активного восприятия средой не поддаются каузальному анализу.

Для иллюстрации сказанного обратимся к эпохе Революции. Вспомним, например, Закон от 12 брюмера второго года, который установил единую очередность наследования для законных и внебрачных детей. Было бы весьма трудно связать эту законодательную новеллу с .изменениями в демографии, экономике, обычаях Франции. Решающая причина закона — идеологическая. Детализируя ее, можно увидеть разные моменты: сентиментальную чувствительность одних, враждебность к церкви и сакраментальному церковному браку других, а над всем этим —

ненависть к привилегиям по рождению и почти религиозная вера в равенство прав. В качестве другой иллюстрации вспомним о существовании откровенно религиозных правовых систем. Мусульманское право и право Талмуда — наиболее яркие их виды. Канонические правовые системы христианства имеют более смягченную форму. Совместно с социологией религии юридическая социология должна более внимательно изучить, что же скрывается за понятием религиозное право. Это право также относится к числу тех обстоятельств, которые препятствуют чисто детерминистскому объяснению правовых явлений. Впрочем, не следует думать, что религия не присутствует даже в подчеркнута светских правовых системах. Если она не представлена здесь институционно, то дух ее тем не менее ощущается (например, семейное право). Не случайно современная

285

социология считает трудным, если не невозможным, распространить на семью — как и на религию — модель каузального анализа.

В развитие сказанного сделаем некоторые дополнительные замечания о соотношении **идеологии и права, а также религии и права.**

О понятии идеологии написано много, и основой для этого послужили труды Маркса. Это понятие восприняли и юристами. Однако соотношение идеологии и права еще далеко не раскрыто. В строго выдержанной марксистской концепции право, по-видимому, само является идеологией, и не более чем идеологией. Оно — одна из идеологий среди других, детерминируемых экономической инфраструктурой. Идеология изменяется вместе с изменением производственных отношений. Можно, в частности, согласиться с тем, что возникновение капиталистической экономики на руинах феодализма имело следствием переход от религии к праву как господствующей идеологии. Об этом писал Энгельс в работе «Юридический социализм». Под правом, несомненно, следует при этом понимать легалистское право, господство писаного закона, ибо до появления буржуазии преобладали другие виды права. Однако сводить право лишь к идеологии — это значит не признавать его практической функции. Идеологичное по форме, по-стилю, по тому, как провозглашаются принципы, право вместе с тем — объективная реальность, поскольку оно конкретно регламентирует общественные отношения. Об этом писал Пашуканис в книге «Общая теория права и марксизм». В узких рамках схемы «право—это идеология» невозможно допустить, что само право как объективная реальность подвержено идеологическим влияниям. Однако об этом свидетельствует тот факт, что были в прошлом и существуют сейчас религиозные правовые системы⁴.

Между религией и правом лежит несколько нормативных систем, динамика которых порождает промежуточные категории: божественное право (право-откровение), религиозное право, еклезиастическое право, светское право, отмеченное воздействием религиозных ценностей. Наиболее ярким примером религиозного права и даже божественного права считается мусульманское-право⁵. Однако это мнение оспаривалось со ссылкой на то, что позитивные решения, содержащиеся в нем, восходят не столько к предписаниям Корана, сколько в большей степени к доктринальным толкованиям, которые в

286

свою очередь построены на содержании обычаев⁶. На это в свою очередь возражают, что право является религиозным не потому, что основано на религиозном источнике, а потому, что воспринимается как таковое религиозным чувством его субъектов, и это полностью применительно к мусульманскому праву. О природе канонического права ведутся споры. В прошлом его считали настоящим правом — действующим правом церкви как особого общества. Таковой была позиция самой церкви. Компаративисты относили каноническое право к правовой семье, идущей от римского права.

В настоящее время позиция многих не столь прямолинейна⁷. Каноническому праву отводят особое место; оно выступает в роли пастыря и вместе с тем образует определенный правопорядок.

2. Человеческая воля представляется существенной движущей силой права. А это сфера индетерминированного. Волюнтаризм, рассматривавший право как царство воли, претендовал в XIX веке на роль официальной философии юридического мира, особенно частного права. Однако проблема воли требует более углубленного анализа. Действительно, имеется такая категория правовых явлений, которую можно попытаться полностью исключить из сферы

детерминированного. Речь идет о явлениях-случаях, необходимый элемент которых — индивидуальная воля. Это гражданско-правовые действия (договор, завещание), другие юридические факты, в которых присутствует воля. Правовая сфера, где самым разнообразным образом действует индивидуальная свобода, огромна.

Но все это так лишь на уровне отдельно взятого индивида. Если же собрать воедино юридические факты одного и того же вида и рассматривать их как коллективные явления, то тогда открывается дорога детерминизму. Экономическим наукам и демографии знакомы такие явления, которые каждое само по себе, хотя и произвольно, но все они вместе взятые, детерминированы.

Статистические закономерности, выявленные применительно к такому юридико-демографическому явлению, как брачность, — это залог других закономерностей, которые социологии права еще предстоит открыть. Однако эта массовидная картина показывает лишь некую общую определяющую линию закономерности, а то, что связано с проявлением свободной воли в договорах или деликтах, исчезает.

287

Совсем по-другому выглядит проблема детерминированности, когда речь идет о явлениях-институтах, а тем более — о таких первичных юридических явлениях, как норма права и судебное решение. Традиционные правовые учения — позитивизм и естественное право — трактуют эти явления как акты суверенной воли; они могут исходить из психологических мотивов, вдохновляться метафизическими установками, но никак не связаны с объективной причинностью. Социология по-иному подошла к этой проблеме. Установки, идущие со времени Монтескье и еще более усиленные марксизмом, обязывают к поиску видимых объективных причин каждого закона и (хотя и в меньшей степени) каждого судебного решения. Это могут быть причины географические, культурные, иные и прежде всего — экономические. Следует, таким образом, попытаться поставить субъективность законодателя и судьи в объективную плоскость. Это не так трудно сделать, если исходить из того, что оба этих действующих лица выражают не свою личную волю, а безличностные факторы, действующие в обществе, что оба они в общем и целом — лишь неосознающие свою роль агенты всеобщего исторического процесса. Такого рода объяснение особенно хорошо удается авторам-марксистам, позиция которых часто весьма убедительна. Есть достаточные основания видеть в Кодексе Наполеона творение не столько Первого консула, сколько нового класса — буржуазии, которую революция выдвинула на первый план. Убедительность этого тезиса подтверждается и тем, что те отдельные решения, где выразилась только лишь воля Наполеона, не опиравшаяся на коллективную основу (допущение развода и усыновления), весьма быстро оказались или отмененными или недействующими: социальное тело отвергло эти чуждые ему новации.

Вопрос о роли личности в юридических явлениях — часть более общей философской проблемы каузальности истории. В какой мере история делается людьми, сильными личностями, выдающимися деятелями, а в какой — обезличенными факторами? Монтескье, несмотря на детерминизм, характерный для его теории климата, придавал большое значение личностному фактору, особенно когда речь шла о законодателях (возможно, в какой-то мере мифических) античности — Ликурге и Солоне. Роль человеческой воли¹ в истории права еще более очевидна, чем просто в истории. Такой двигатель права, как норматив-

288

ный акт, превращает право в царство воли. Как утвержд- •> дал автор книги «О духе законов», законы в большей мере произвольны, чем обычаи.

Иной подход у марксизма. Великие люди могут быть включены в марксистское объяснение лишь как выразители своего общественного класса и тем самым производственных отношений.

Чтобы правильно оценить роль личности в праве, поставим три проверочных вопроса.

Первый —• какова эта роль в обществе, где господствует обычное право? Господствующее мнение — во всяком случае, мнение классической этнологии — сводится к тому, что право здесь складывается в результате коллективного поведения, а ролью личности можно пренебречь.

Однако в последнее время все чаще слышится утверждение, что даже в примитивных обществах юридические новации могут исходить от вождя.

Второй вопрос — снова о Кодексе Наполеона: правильно ли его называют именно так? Очень многое говорит за то, что французское послереволюционное общество (марксисты сказали бы: восходящая буржуазия) рано или поздно получило бы искомый гражданский кодекс. Однако историки, вновь возвратясь к этой проблеме, увидят, как много сделал Бонапарт если не для составления самого Кодекса, то для того, чтобы заставить его принять. Без его активной роли в

решающие моменты дело могло бы затянуться надолго. И нет никакой уверенности в том, что, не будь принят этот кодекс, реставрация провела бы кодификацию именно такого рода.

Третий вопрос относится к современным реформам. В настоящее время представители общей социологии, мало интересующиеся законотворчеством как таковым, тем не менее охватывают его более общим понятием принятия решений, куда отнесены также решения стратегические, экономические, политические и т. п. Как же принимается решение? Три французских автора, проведя конкретно-эмпирическое исследование, дали материал, который позволяет сделать общий вывод марксистско-веберовского типа. Законодательное решение — это продукт исторической ситуации, но для того, чтобы оно появилось на свет, необходима деятельность харизматического посредника⁸.

Социология права должна быть реалистичной. Но для этого ей важно учитывать некоторые особенности, благо-

19 Заказ № Ц61

289

даря которым причинная обусловленность первичных юридических явлений может выступить в весьма своеобразном виде. Мы имеем в виду, во-первых, *occasio legis*, то есть законы, изданные в связи с каким-то конкретным случаем, и, во-вторых, законы, которые можно назвать произвольно-волюнтаристскими.

А. Изменение нравов и обычаев — незаметный процесс. Законодательная реформа, наоборот, выступает как внезапная мутация. Изменение судебной практики может в разных случаях проходить как первым, так и вторым путем. Принято считать, что если законодательство пришло в движение или Кассационный суд внезапно меняет линию поведения, то это подготовлено изменением в сфере нравов, где постепенно и незаметно сложились условия, требующие реформ. Однако, чтобы возможность выразилась в деятельности, нужны толчок, случайная причина, повод. Законы Лициния, установившие, что одним из избираемых консулов должен быть плебей, были бы, конечно, невозможны, если бы плебеи к тому времени не стали восходящим классом. Но, не проявись банальная зависть и ревность двух сестер, может быть этих законов и не было бы. Побудительные мотивы злостного преступления одного молодого македонца вели к ростовщикам, и, не будь этого преступления, возможно, в Риме не был бы издан сенатус-консультус против ростовщичества⁹.

Получается, что, для того чтобы право появилось на свет, нужен скандал. Эти «маленькие причины» любили подчеркивать Тит Ливий и Вольтер. По сравнению с теми значительными историческими сдвигами, которые следовали за этими «маленькими причинами», сами они столь ничтожны и анекдотичны, носят столь личностный характер, что не могут быть объектом детерминистского подхода.

Б. Под понятием «произвольно-волюнтаристский» понимают свободную, «чистую» волю законодателя или судьи, такую волю, которую практически нельзя связать с какой-то объективной причинностью. Мы не придаем понятию «произвольно-волюнтаристский» пренебрежительный смысл. Формула «Так желает король, так желает закон» или понятие дискреционной власти носят подчеркнуто волюнтаристский характер, но это примеры юридико-социологических реалий, которые наука не может обойти. Произвольно-волюнтаристское в праве порождает широкий круг индетерминированных по самой своей

природе юридических явлений. Правда, этот круг сужается, и в наши дни благодаря прогрессу рационального законодательства он меньше, чем в прошлом, а историки впоследствии сделают его еще меньше, ибо найдут социальные причины тому, что сегодня представляется порождением каприза. Тем не менее всегда останется нечто, что не поддается причинно-следственному объяснению. Это нечто может принять форму особых явлений, которые называют: право, основанное на случае, и абсурдное право.

Когда говорят о праве, основанном на случае, то прежде всего имеют в виду те формы судебного разбирательства, где именно от случая зависит решение дела (орда-лин, «суд божий» и т. п.).

История знает ситуации, когда и законодатель выбирал таким же образом одно из возможных решений. О праве, основанном на случае, можно говорить и тогда, когда судья или законодатель, чтобы разрешить спор двух сторон, позиции которых равно разумно обоснованы, делают решающим какое-то малозначительное обстоятельство.

Абсурдное право — это, во-первых, литературная тема, а во-вторых, юридическое явление.

Общество устами писателей охотно иронизирует над своим правом, и, очевидно, это потребность духовной жизни общества. Здесь можно выделить два подхода. Один — это в основном

безобидное, комическое изображение права («Сутяги» Расина, «Осы» Аристофана и др.). Другой — это такое изображение абсурдного права, которое призвано породить у читателя чувство трагичности и безысходности («Процесс» Кафки или сцена суда в книге Кэрролла «Приключения Алисы в стране чудес»).

Абсурдное право как юридическое явление — это стремление наклеить этикетку с этим названием на все, что мы не понимаем или перестали понимать. Философы эпохи Просвещения часто приписывали капризу судьи или сумасбродству монарха те решения и законы, которые казались им странными. Однако благодаря последующим изысканиям, в особенности этнологическим, оказалось, что некоторые из этих актов имели причинные основания. Уже Монтескье полагал, что следует остерегаться склонности нашего разума считать странными законы других народов, отличные от наших собственных. Он предлагал исходить из презумпции достаточного основания любого законодательного произведения. Исклю-

290

19*

291

чение он делал лишь для законов финансовых и тиранических. В отношении первых можно, однако, заметить, что за абсурдностью ряда из них (пример — налог на двери и окна, введенный Директорией) скрывается экономическая потребность в доходах. Что касается тиранических законов, то абсурдность и сумасбродность многих из них порождена большой психикой. Создателям этих законов были свойственны периоды помешательства (Калигула, Нерон). Впрочем у общества есть защитные механизмы, которые помогают ему достаточно быстро избавляться от таких бредовых юридических явлений¹⁰.

¹ 5. НАУЧНЫЕ ЗАКОНЫ В СОЦИОЛОГИИ ПРАВА

11

Социология права уже одним тем продемонстрирует свою способность разрабатывать научные законы, если сумеет использовать некоторые известные и достаточно проверенные из них. Конечно, надо заранее признать, что речь идет не о законах, столь точных, как физические или химические. Более того, даже другие общественные науки, например экономическая, обладают более высокой степенью точности, чем юридическая социология. Отчасти это связано с тем, что в праве много произвольного, а отчасти с тем, что юридико-социологические исследования ведутся не так давно. Очевидно, социология права находится еще на той стадии, когда наука в ожидании законов выдвигает формулы — гипотезы. Во всяком случае, о большинстве законов можно сказать, что их гипотетический характер сразу же бросается в глаза. Мы остановимся на законах двух видов.

Начнем с законов развития, которые называют также генетическими или историческими, поскольку они устанавливают, как одно юридическое явление с необходимостью сменяет другое, один правовой институт — другой, как изменяются формы и аспекты одного и того же явления или института. Законы этого вида в прошлом веке с необычайной легкостью устанавливались историками права. Но от этих законов можно требовать не больше истины, чем от философии истории. Достаточно часто они отражали лишь личное мнение ученого или же дух своего времени. Когда Иеринг полагал, что сфера уголовного наказания исторически последовательно свертывается, или когда Мэн утверждал, что статус предшествует договору, то за этими конструкциями нетрудно увидеть

292

идеологию либерализма. Но очевидно, что сегодня на основе многочисленных данных, говорящих об усилении репрессивной реакции общества и экономического дирижизма, такого рода законы-тенденции были бы сформулированы иначе. Такая же судьба постигла закон эволюции преступности, сформулированный представителем позитивной школы в уголовном праве итальянцем Ниче-фором (от насилия к хитрости), а уже упоминавшуюся выше формулу развития договорного права: от формализма к консенсуализму. Оценивая их, мы не можем не учитывать, что алкоголизм и войны воскресили насилие, бюро-кратию, формализм. Именно рост бюрократии подсказал Ж. Веберу закон, который после его смерти был назван «го именем. Этот закон-тенденция мог бы стать одним из самых обоснованных. В соответствии с ним право в современных обществах имеет тенденцию ко все возрастающей бюрократизации.

Дюркгеймовская этнология, опираясь на материалы изучения ряда правовых систем, также сформулировала законы развития, которые казались успешным итогом применения хорошо разработанного социологического метода¹¹. За афоризмом Марсея Мосса «дарение — это примитивная форма обмена», скрывался генетический закон. Был сформулирован и другой закон, давший ставшую классической схему развития семьи. Согласно этой схеме, человечество прошло путь от недифференцированной полигамной жизни первобытных племен через материнскую семью к отцовской. Однако многие считают эту схему не более чем гипотезой. К этому следует добавить, что

новейшая этнология в ее структуралистском варианте пришла к тому, что вообще ставит под сомнение само понятие эволюции. Если послушать представителей этого течения, то может показаться, что следует вообще отказаться от законов развития и искать прежде всего структурные законы. Структурные законы — это законы статические, законы равновесия. Они отличаются от законов развития тем, что берут свой объект в определенный момент его -существования, абстрагируясь от процесса его исторического становления. Это законы не о необходимых отношениях сменяемости, а об отношениях постоянства и взаимозависимости, отношениях «солидарности» юридических явлений друг с другом, а также структурных элементов одного и того же института.

293

1. Обратившись к структурным законам, объектом которых являются институты, мы встретимся с понятием правовой системы и влиянием сравнительного права. В итоге определенных наблюдений может сложиться впечатление, что некий структурный закон предопределяет одновременное наличие в разных правовых системах свободы договора и перехода права собственности по одному лишь соглашению сторон или же развода по причине психического заболевания супруга, контроля государства за попечительством над малолетними и ряда других институтов. Однако подобная «структурная солидарность» весьма хрупка, и достаточно произвольного движения законодателя, чтобы ее разрушить. Значительно большее сопротивление может оказать обычное право. Структурные законы особенно часто подкрепляются этнологическим материалом. В общем виде можно сказать, что современный структурализм делает акцент на том, что объединяет различные институты в рамках одной и той же правовой системы. Впрочем, такого рода идеи встречались уже у Монтескье.

2. Структурные законы говорят также о взаимосвязанности элементов в рамках одного и того же института. Некоторые такие взаимосвязи и пропорции остаются постоянными во всех правовых системах, где встречается данный институт. Такое постоянство — основание для появления структурного закона. В этой связи можно указать закон соответствия или сходства форм, известный, впрочем, задолго до того, как им заинтересовались социологи права (он упомянут уже в «Дигестах», книга 50, титул XVII «О различных правилах древнего права»). Этот закон гласит, что любая юридическая связь прекращается в форме, обратной той, с помощью которой эта связь возникла.

6. КАУЗАЛЬНЫЙ АНАЛИЗ ;

Не претендуя на многое, юридическая социология отказывается формулировать законы, которые придали бы причинности в ее сфере постоянный и всеобщий характер. Она довольствуется тем, что открывает лишь частичную связь между определенными причиной и следствием. Проще говоря, она ограничивается констатацией, что существует зависимость, а именно статистическая зависимость между двумя юридическими явлениями или между юридическим явлением и каким-то другим (социальным, экономическим, психологическим). Зачастую каузальным анализом называют то, что в строгом смысле слова представляет собой исследование корреляции, а не причинности.

В этой связи важно подчеркнуть, что не все корреляции являются причинно-следственными. В ряде случаев за корреляцией, очевидно, скрывается причинная связь, но невозможно различить, что в этой корреляции причина, а что — следствие. Переплетение событий здесь таково, что хронологический критерий не может быть использован, а теоретически именно он является решающим. Замечено, например, что в таких местах проживания, как дома в больших городах, где сдаются внаем меблированные комнаты, число свободных союзов (внебрачных семей) значительно больше, чем в других местах. Налицо корреляция, но при этом невозможно определить, то ли характер этого места проживания препятствует созданию семей, то ли, наоборот, здесь поселяются бессемейные люди, вступающие затем в свободный союз. Другой пример. В округе апелляционного суда Экс-ан-Прованса в 1966 году насчитывалось 39 адвокатов и поверенных на сто тысяч жителей, а в округе апелляционного суда в Нанси — 7. В том же году число судебных разбирательств (взятое в соотношении всех судебных решений с численностью населения апелляционного округа) составило в Эксе 222 на десять тысяч жителей и в Нанси 74 на те же десять тысяч. Сопоставление этих данных может привести к двум диаметрально противоположным выводам. Первый: большое число адвокатов и поверенных способствует увеличению числа дел. Второй: обилие дел привлекает в данный округ этих служителей Фемиды. Бывает также, что взаимосвязь между двумя явлениями носит причинно-следственный характер, но выявить это можно, лишь приняв во внимание третье явление, которое на первый взгляд

незаметно. Не раз отмечалось, что в 60-е годы в Западной Германии на судейских и иных юридических должностях сохранилось больше бывших нацистов, чем в других профессиональных сферах. Можно было бы объяснить это тем, что идеология гитлеризма сочеталась с чувством порядка и дисциплины и это привлекло к режиму юридическую касту в большей мере, чем другие профессии. Но такое объяснение проходит мимо промежуточного явления — процедуры денацификации.

295

1. Обратившись к структурным законам, объектом которых являются институты, мы встретимся с понятием правовой системы и влиянием сравнительного права. В итоге определенных наблюдений может сложиться впечатление, что некий структурный закон предопределяет одновременное наличие в разных правовых системах свободы договора и перехода права собственности по одному лишь соглашению сторон или же развода по причине психического заболевания супруга, контроля государства за попечительством над малолетними и ряда других институтов. Однако подобная «структурная солидарность» весьма хрупка, и достаточно произвольного движения законодателя, чтобы ее разрушить. Значительно большее сопротивление может оказать обычное право. Структурные законы особенно часто подкрепляются этнологическим материалом. В общем виде можно сказать, что современный структурализм делает акцент на том, что объединяет различные институты в рамках одной и той же правовой системы. Впрочем, такого рода идеи встречались уже у Монтескье.

2. Структурные законы говорят также о взаимосвязанности элементов в рамках одного и того же института. Некоторые такие взаимосвязи и пропорции остаются постоянными во всех правовых системах, где встречается данный институт. Такое постоянство — основание для появления структурного закона. В этой связи можно указать закон соответствия или сходства форм, известный, впрочем, задолго до того, как им заинтересовались социологи права (он упомянут уже в «Дигестах», книга 50, титул XVII «О различных правилах древнего права»). Этот закон гласит, что любая юридическая связь прекращается в форме, обратной той, с помощью которой эта связь возникла.

6. КАУЗАЛЬНЫЙ АНАЛИЗ ;''''

Не претендуя на многое, юридическая социология отказывается формулировать законы, которые придали бы причинности в ее сфере постоянный и всеобщий характер. Она довольствуется тем, что открывает лишь частичную связь между определенными причиной и следствием. Проще говоря, она ограничивается констатацией, что существует зависимость, а именно статистическая зависимость между двумя юридическими явлениями или между юридическим явлением и каким-то другим (социальным, экономическим, психологическим). Зачастую каузальным анализом называют то, что в строгом смысле слова представляет собой исследование корреляции, а не причинности.

В этой связи важно подчеркнуть, что не все корреляции являются причинно-следственными. В ряде случаев за корреляцией, очевидно, скрывается причинная связь, но невозможно различить, что в этой корреляции причина, а что — следствие. Переплетение событий здесь таково, что хронологический критерий не может быть использован, а теоретически именно он является решающим. Замечено, например, что в таких местах проживания, как дома в больших городах, где сдаются внаем меблированные комнаты, число свободных союзов (внебрачных семей) значительно больше, чем в других местах. Налицо корреляция, но при этом невозможно определить, то ли характер этого места проживания препятствует созданию семей, то ли, наоборот, здесь поселяются бессемейные люди, вступающие затем в свободный союз. Другой пример. В округе апелляционного суда Экс-ан-Прованса в 1966 году насчитывалось 39 адвокатов и поверенных на сто тысяч жителей, а в округе апелляционного суда в Нанси — 7. В том же году число судебных разбирательств (взятое в соотношении всех судебных решений с численностью населения апелляционного округа) составило в Эксе 222 на десять тысяч жителей и в Нанси 74 на те же десять тысяч. Сопоставление этих данных может привести к двум диаметрально противоположным выводам. Первый: большое число адвокатов и поверенных способствует увеличению числа дел. Второй: обилие дел привлекает в данный округ этих служителей Фемиды. Бывает также, что взаимосвязь между двумя явлениями носит причинно-следственный характер, но выявить это можно, лишь приняв во внимание третье явление, которое на первый взгляд незаметно. Не раз отмечалось, что в 60-е годы в Западной Германии на судейских и иных юридических должностях сохранилось больше бывших нацистов, чем в других профессиональных

сферах. Можно было бы объяснить это тем, что идеология гитлеризма сочеталась с чувством порядка и дисциплины и это привлекло к режиму юридическую касту в большей мере, чем другие профессии. Но такое объяснение проходит мимо промежуточного явления — процедуры денацификации.

295

Очевидно, среди юристов было не более приверженцев нацизма, чем среди представителей других профессий, но юристы в решающий момент денацификации с помощью своих юридических знаний проявили исключительную способность выйти сухими из чистки.

Особенно часто бывает и так, что корреляция соединяет два явления, которые представляют собой следствие одной и той же причины, но сама эта причина при поверхностном взгляде ускользает из поля зрения исследователя. Не исключено, что именно такова ситуация в приведенном выше примере апелляционных округов Экса и Нанси. Возможно, что одна и та же причина (например, наличие или, наоборот, отсутствие определенных правовых традиций) в равной мере способствует (или, наоборот, препятствует) склонностям как профессиональных юристов, так и жителей этих округов.

7. ПРОЦЕДУРЫ КАУЗАЛЬНОГО АНАЛИЗА

В исследовании причинно-следственной зависимости юридическая социология использует процедуры, разработанные общей социологией. Одни из них основаны на классической логике, а другие — на математической.

Процедуры классической логики

Из четырех основных методов исследования причинной зависимости, предложенных Д. С. Миллем, Дюркгейм отказался от одного — метода остатков, лишеного, по его мнению, интереса. Что касается метода согласия и метода разницы, то Дюркгейм признавал их, но полагал, что в силу чрезвычайной сложности социальных фактов (к которым, добавим, относятся и юридические явления) польза от них в социологии незначительна. И наконец, четвертый — метод сопутствующих изменений — Дюркгейм считал подлинно социологическим методом, эквивалентом эксперимента, по его мнению невозможного в общественных науках. Попробуем воспользоваться советами Дюркгейма, обратившись к некоторым схематическим примерам. Метод согласия состоит в том, что явление, причину которого мы ищем, берется в нескольких разных ситуациях, и если во всех этих ситуациях общим является лишь одно обстоятельство, то именно это обстоятельство

296

есть причина данного явления. Принцип таков, что любая переменная, от которой можно отказаться, не связана причинно с изучаемым явлением. Экономист Э. Левассер хотел проверить, действительно ли, как это утверждает Ле-Пле, установленная законом свобода завещания может быть причиной увеличения рождаемости. Для этого он составил таблицу, в которой законодательство 12 европейских стран о наследовании по завещанию сопоставлялось с данными о численности населения и росте рождаемости в один и тот же период (80-е годы прошлого века). Увидев на примере Бельгии и Нидерландов, что отсутствие свободы завещания не препятствовало значительному увеличению рождаемости, Левассер заключил, что между данным юридическим фактом и демографическим процессом нет отношения причины и следствия (отсюда также следует, что Гражданский кодекс 1804 года и его нормы о наследовании не были причиной падения рождаемости во Франции)¹³.

Метод разницы представляет собой как бы обратную сторону предыдущего: переменная величина, которая не может быть устранена без того, чтобы одновременно не исчезло данное явление, находится в причинной связи с этим явлением.

Представим себе исследование, которое ставит целью определить причины, по которым супруги при распаде семьи выбирают или юридический, или фактический развод. Это предпочтение может быть измерено по числу «фактических разводов на каждые 100 случаев распада семьи. Средний процент за период 1966—1968 годов выглядел следующим образом по четырем выбранным департаментам: Аверон — 24; Крез — 13; Атлантическая Луара — 22; Рона — 12,9. Условно установим, что средний процент предпочтения фактического развода по этим четырем департаментам превышает 15. В качестве же обстоятельств, могущих объяснить предпочтение, возьмем два вида факторов: сельский (Аверон, Крез) или урбанизированный (Атлантическая Луара, Рона) характер департамента; значительная степень религиозности населения (Аверон, Атлантическая Луара) или, наоборот, отсутствие религиозности (Крез, Рона). Какой из этих двух факторов отсутствует там, где нет и изучаемого явления (точнее, его процент менее 15), то есть в

департаментах Крез и Рона? Какой из этих факторов не может быть устранен там, где есть исследуемое явление, то есть

297

в департаментах Аверон, Атлантическая Луара? Ответ на оба вопроса таков: этот фактор — значительная религиозность населения. Она — причина, определяющая выбор между юридическим и фактическим разводом, и другую можно не искать.

Метод сопутствующих изменений связан с тем же типом мышления, что и два предыдущих.

Однако он позволяет добиться большей точности. Суть метода в том, что если среди обстоятельств, которые сопровождают какое-то явление, имеется такое, которое изменяется с изменением этого явления, то между ними имеется причинная связь. Но при этом важно уточнить, с какой стороны находится зависимая переменная, а с какой — независимая, то есть объясняющая происходящие изменения. Часто это можно определить, основываясь на том, какое явление предшествовало во времени или может рассматриваться как более широкое. Но нередко бывает, что, хотя корреляция и установлена, причинная связь вырисовывается нечетко.

Внебрачная рождаемость во Франции в период с 1835 по 1905 год выросла на 24 процента. В этот же период городское население увеличилось с 8 с половиной до 14 миллионов человек.

Параллелизм величин, характеризующих оба явления, позволяет сделать вывод, что урбанизация — это фактор, влияющий на внебрачную рождаемость.

Процедуры математической логики

В современную эпоху прогресс математического анализа предоставил в распоряжение общей социологии, а затем и социологии права значительно более тонкие методы: факторный анализ, многофакторный анализ и т. д.

Мы не имеем возможности показать сложный механизм этих процедур и отсылаем читателя к специальным исследованиям¹⁴. Поскольку эти процедуры требуют, чтобы все данные были квантифицированы (в том числе и нормы права), то полезно напомнить о том, что квантификация юридических явлений наталкивается на трудности и вызывает возражения, о чем мы уже говорили в предыдущей главе.

В отличие от таких юридических явлений, как рождаемость, судебная деятельность, которые могут быть легко выражены в количественных показателях, более

298

сложная задача выразить в алгебраических формулах само позитивное право. Правда, современные работы по юридической логике говорят о возможности представить норму права в алгебраическом виде¹⁶. Однако, если такая формализация не сможет выразить догматическое содержание нормы, она тем не менее недостаточна, чтобы передать скрытую за этим содержанием социологическую реальность.

8. КРИТИКА

Юридическая социология, существующая ныне рядом с догматическим правом, выступает как инструмент его критической оценки. В прошлом такую роль выполняли другие науки: римское право в качестве «писаного разума», а позднее естественное право — мерило оценки существующих институтов. В более близкое к нам время и в наши дни эта роль перешла в зависимости от ориентации юристов частично к сравнительному праву, частично к марксизму. Таким образом, всегда ощущалась потребность в «отражающем зеркале», в сопутствующей дисциплине, которая показывала бы праву его недостатки.

Чем объясняется эта потребность? Любая наука рискует оказаться в плену той разновидности интеллектуального самолюбования, которую справедливо называют догматизмом. Правовая наука в еще большей степени подвержена такому риску, ибо, оперируя с обязательными для всех правовыми формулами и решениями, она склонна идентифицировать себя с властью.

Конечно, право имеет свой внутренний механизм критики, примером действия которого являются обжалование судебных решений и иски о превышении власти. Но это нечто вроде «оппозиции Ее Величества», ограниченная критика, не выходящая за рамки принятых правил игры. И когда названные выше средства и пути оказываются исчерпанными — вступает в действие правило «*pro veri-tate habetur*» — зафиксированное считается истинным и бесспорным.

Чтобы прервать это спокойное течение вещей — смертельное, если оно длится достаточно долго, для всякой науки (на недолгое время такое спокойствие необходимо), — нужна критика, не связанная никакими предвзятыми установками, критика, которая не интегрирована в рамки данной системы. Юридическая социология может

299

с успехом для права выполнять эту задачу именно потому, что она независима от него. Подчеркнем, что критическая функция юридической социологии — это не буффонада королевского шута, а именно научная функция-Догматической позиции, согласно которой закон — это выражение национальной воли или общего интереса, юридическая социология противопоставляет показ тех сил, которые оказывают давление на законодателя (разного рода лоббизм, заинтересованные ведомства и т. п.). Благодаря ей за юридическим законодателем вырисовывается фигура социологического законодателя, а норма права: предстает в более скромном виде.

Юридическая социология подчеркивает эту более скромную, чем представляется догматической юриспруденции, роль нормы права также и тем, что показывает, как часто законы могут оставаться мертвой буквой. Догматическое право мало интересуется тем, как применяются законы. В глубине души оно исходит из того, что закон совершенен. Если же случается, что в каком-то конкретном случае он нарушен, то санкции, которые последуют, и есть наивысшая форма действия закона. В отличие от этого социологическое исследование обнаруживает многочисленные проявления неэффективности. Многие законы не применяются или применяются лишь частично. Это происходит или в силу каких-то коренящихся в них самих причин, или в силу неосознанности, безразличия и просто лени публики, или вследствие активного или пассивного сопротивления тех, кому эти законы адресованы.

Не нужно удивляться тому, что критическая функция наталкивается на настороженное отношение юристов; они опасаются, как бы она не снизила необходимое для права уважение к нему. Один из двух персонажей рассказ» Анатоля Франса «Неподкупные судьи», выражая эту мысль, говорит: «Критика законов несовместима с должным уважением к ним»¹⁶.

Вспомним, что столь же опасливым было и отношение моралистов, когда Л. Леви-Брюль предложил создать науку о нравах. Мораль и право — это механизмы самосохранения общества, и понятно поэтому, что все то, в чем видят опасность для них, вызывает защитную реакцию социального корпуса. В прошлом веке во Франции посягательство на уважение к закону было наказуемым деликтом (ст. 3 Закона от 27 июля 1849 года, отмененная

300

со

Законом о прессе 1881 года). Отмена — отменой, но симптоматично, что теперь наказуемо неуважение к суду (Ордонанс от 23 декабря 1958 года, изменивший ст. 226 Уголовного кодекса).

Правда, эта статья применяется редко. Не говорит ли эта перемена объектов — от уважения закона к уважению суда — о возрастании роли судебной практики?

Критическая функция социологии права должна отвечать ряду требований. Прежде всего, критика должна быть свободна от пренебрежения к своему объекту. В отношении права в целом и его важнейших институтов действует презумпция их значимости и важности для жизнедеятельности общества. Далее, чтобы избежать скороспелой вульгаризации, следует строго различать критику, основанную на уже полученных результатах, и критику в стадии исследования проблемы. И наконец, следует строго соблюдать право, которое критикуют, пока оно не будет изменено под действием критики.

II. ПРАКТИЧЕСКАЯ ФУНКЦИЯ ЮРИДИЧЕСКОЙ СОЦИОЛОГИИ

1. ОБЩАЯ ИДЕЯ

Истинное значимо само по себе, и, будь оно бесполезным и даже вредным, оно не теряет ничего от своей истинности. Юридическая социология могла бы поэтому довольствоваться ролью чистой науки и не выходить за рамки научной функции. Однако она озабочена тем, чтобы стать чем-то большим, взять на себя практическую функцию, выступить в роли прикладной науки. Она сильнее ощущает эту потребность, чем общая социология. Ведь социология права идет бок о бок с традиционной юридической наукой, которая полностью обращена к практической деятельности. Оставаясь при этом чистой наукой, социология права позволила бы себе непозволительную роскошь.

Наиболее очевидные сферы практического применения юридической социологии — это два традиционных аспекта догматического права: искусство судить и законодательное искусство, юрисдикция и законотворчество. Но существует еще одна, более скромная сфера, а именно искусство договора (частично охваченное и тем, что ци-

вилисты называют внесудебной практикой, например нотариальной). Социология права и здесь может выступать в качестве практико-прикладной науки.

2. ПРАВОВОЕ РЕШЕНИЕ

Охватить все три направления практико-прикладной деятельности социологии права можно с помощью понятия «решение». В настоящее время оно находится в центре многочисленных междисциплинарных исследований, соединяющих математику и информатику с социологией и психологией. Складывается наука о решении, неотделимая от практики и операционалистская по определению. Полемиками для этой науки служили до сих пор хозяйственные, финансовые, политические решения. Но существуют также правовые решения. Среди возможных практических приложений социологии права наиболее значимые концентрируются именно вокруг понятия решения, ибо волеизъявление сторон договора, вывод суда, закон — все это по своей природе правовые решения. Следовательно, юридическая социология может многое узнать и позаимствовать из опыта, уже накопленного специалистами, изучавшими решения. Но при этом было бы наивно надеяться на один лишь простой перенос уже имеющихся выводов.

В практикуемых сегодня процессах принятия решений можно выделить две основные тенденции в зависимости от того, какую роль играет при этом математика. В ряде случаев выбор решения явно продиктован тем, что исходные данные выражены в цифрах, и решение принимается путем экономического подсчета. В эту категорию попадает лишь незначительное число правовых решений. Таковы, например: заключение продавцом и покупателем договора торговой купли-продажи или решение, определяющее размер алиментов в соответствии с доходами должника и потребностями кредитора. Однако существует другая, более гибкая процедура, которая наряду с подсчетом измеримого требует более разностороннего анализа всех аспектов ситуации. Можно полагать, что, когда речь идет о правовых решениях, такая процедура подходит значительно больше, чем экономическая калькуляция.

Нетрудно заметить, что, на какой бы из двух названных тенденций ни делала ударение новая наука, она всегда остается наукой рационального выбора. Однако

302

далеко не все в праве рационально. И даже если согласиться с М. Вебером, что правовое развитие в современных обществах идет по линии все возрастающей рационализации, то и тогда в праве останутся значительные участки иррационального. Разумеется, использование жребия при дележе имущества — это, очевидно, не более чем архаизм, но харизматические, волюнтаристские законодательные решения весьма живучи. Впрочем, такого рода решения иррациональны именно по процедуре их принятия, но необязательно по результатам.

А. ПОМОЩЬ СТОРОНАМ ДОГОВОРА

3. ПРИКЛАДНАЯ СОЦИОЛОГИЯ И ДОГОВОР

Термин «договор» мы используем здесь в таком широком значении, какого не потерпел бы ни один юридический словарь. Мы охватываем им и такой акт, как брак, чья договорная природа традиционно оспаривается, и даже такую ситуацию, как отношения соседства, традиционно трактуемые как квазидоговор. Используя весьма расплывчатую формулу, скажем, что любое частноправовое образование, основанное на межличностных правоотношениях, попадает в сферу нашего изложения, если использование социологических данных может воздействовать на него.

Оговорка о частноправовом характере и о межличностном отношении имеет целью исключить из формулы то, что основано на отношениях публичного права, хотя именно в этой сфере социологические исследования и прикладная психосоциология особенно развиты. Представляется, что эти исследования складываются сегодня не в социологию административного права, а в особую автономную дисциплину — административную науку.

Мы же остаемся на частноправовых позициях и обратимся к изучению возможности социологического воздействия на два момента: заключение договора и действие договора.

4. ПРИКЛАДНАЯ СОЦИОЛОГИЯ И ЗАКЛЮЧЕНИЕ ДОГОВОРА

Само решение вступить в договор — благодатный объект исследования для прикладной социологии. Получившая широкий размах социология потребления есть, в сущности говоря, социология договора купли, и цель мно-

303

гочисленных исследований, призванных способствовать организации торговли и рекламы, состоит именно в том, чтобы максимально стимулировать договорные волеизъявления покупателей.

Приходится, однако, констатировать, что эти исследования обходят юридический аспект проблемы; они сконцентрированы на понятиях «желание» и «интерес». С этим можно было бы согласиться в отношении необозримой массы повседневных покупок, не оставляющих после себя

следов в праве. Но даже здесь заметно, что законодательство о ценах или об обмане покупателя способно оказывать на поведение покупателя такое психологическое действие, с которым продавцы вынуждены считаться.

Когда же речь идет о договорах, устанавливающих длящиеся обязательственные связи, право должно учитываться в еще большей степени, и здесь особенно целесообразно изучить, как могут воздействовать на клиентуру различные правовые регламентации. Поставим, например, вопрос, что лучше сделать производителю, чтобы увеличить число сделок: удлинить гарантийный срок на скрытые недостатки или же уменьшить список недостатков, за которые он не несет гарантийной ответственности?

Еще один благодатный объект социологических исследований — это выбор другой стороны договора. Наиболее развиты исследования о выборе супруга. В сущности, институт психосоциологических добрых консультаций, который получил особенно широкое распространение в странах английского и немецкого языка (и меньше во Франции), представляет собой не что иное, как социолого-прикладные исследования в сфере права. Изучение причин такого юридического явления, как брак-разводность, позволяет сделать ряд нормативных выводов о том, какие брачные сочетания имеют шанс стать наиболее стабильными. (Один из таких выводов может на первый взгляд сегодня показаться курьезным, ибо он отдает предпочтение браку по здравому размышлению по сравнению с браком по пылкой любви.)

5. ПРИКЛАДНАЯ СОЦИОЛОГИЯ И ДЕЙСТВИЕ ДОГОВОРА

Можно попытаться соотнести договорные отношения с так называемыми «публичными релейшенз», которые в настоящее время являются важным направлением психосоциологических исследований. «Публичными релейшенз» — это отношения предприятия со своими служащими, клиентами, акционерами, а также система специальных мер по налаживанию этих отношений. До сих пор оставалось в тени, что эти отношения по сути являются юридическими, а тогда, когда речь идет о предприятии частного права, — договорными. Почему же потерян из виду этот юридический аспект? Произошло это по той причине, что первые шаги в изучении «публичных релейшенз» предприняла индустриальная социология, для которой стало уже обычным рассматривать трудовое отношение как чисто фактическое, игнорируя стоящее за ним право. Что же касается тех публичных отношений, с которыми сталкивалась государственная администрация, — отношения со служащими, пользователями, гражданами, — то они хотя и правовые, но не договорные. Но от всего этого не становится менее правильным утверждение, что когда речь идет о частных предприятиях, то рационально построить «публичные отношения» можно, лишь основываясь на знании психосоциологических аспектов договора.

Юристами давно замечено, что длительное действие договора наталкивается на трудности психологического плана. В момент заключения договора стороны обычно весьма тепло относятся друг к другу. Но по прошествии определенного периода наступает момент сомнения, а затем длительная полоса охлаждения и даже вражды, что нередко приводит к неисполнению договора и к судебному процессу. Специалисты-психологи ищут причины этого явления и соответственно возможности воздействия на него. Почему снижается договорный тонус? Откуда возникает напряжение? Предлагались различные средства воздействия, из которых наиболее приемлемое — обеспечение сторон надлежащей информацией, а наименее удачное — психодрама по модели Морено. Если практика знает примеры терапевтического воздействия, то главным образом применительно к трудовому договору. Договор купли или поставки открывает возможности иного рода. Мы имеем в виду, в частности, психосоциологию платежа. Длительное время крупные предприятия и национализированные общества в своих договорных отношениях с клиентами не отличались дипломатическим тактом. Их требования оплаты счетов были выдержаны почти в том же стиле, в каком фискальные органы требуют уплаты налогов. Это травмировало потребителя. В этой связи полезно вспомнить психологические советы, которые еще в XVII веке Ж. Савари адресовал тем, кто учился стать

304

20 Заказ № 1161

305

коммерсантом. Он рекомендовал терпение, которое весьма важно в искусстве требовать платежи

17.

Идея «публичных отношений» имеет как приверженцев, так и отрицателей. Предприниматели все чаще прибегают к ней, полагая, что она, как и искусство публицити¹ (с которым она имеет много общего), приносит ощутимые выгоды. И именно такое отношение предпринимателей сразу же порождает подозрение тех, у кого эта идея призвана, наоборот, породить доверие, и прежде всего

— у
рабочих.

Марксисты критикуют «паблик релейшенз» за наивно-оптимистический подход, согласно которому причины договорных конфликтов лежат в психологических, легко-устраняемых факторах, в то время как в действительности речь должна идти о соотношении экономических сил, которое зависит от действий класса. Другие критики этой идеи, избегая политизированной аргументации, полагают технически недостаточными процедуры, основанные лишь на индивидуальной и даже межличностной психологии, поскольку понятие «публичные отношения» предполагает существование коллективного образования. Во многом расходятся и моральные оценки; если одни приветствуют попытки придать договору — массовым договорам, договорам присоединения — менее безличностный и тем самым более гуманный облик, то другие задают вопрос, не является ли все это пусканием пыли в глаза, пропагандистским трюком, придуманным прикладной социологией.

Между брачным союзом и обществом в смысле Гражданского и Торгового кодексов (договор товарищества) имеется по меньшей мере аналогия. Правда, многие современные юристы полагают, что образование такого общества — это не договор, а особое явление — создание группы. Это, разумеется, не мешает социологическому обследованию, а, наоборот, способствует ему. Известна техника социогаммы, с помощью которой Морено пытался составить схему притяжений и отталкиваний между индивидами. Применение такой техники к группе в стадии ее возникновения, позволяет сделать ее структуру более гармоничной.

Эта же техника может быть широко использована правом, регламентирующим проблемы урбанизации, и прежде всего для того, чтобы при планировании новых территориальных общностей учитывать не только экономиче-

306

ские или градостроительные факторы, но и правовую психосоциологию. Мы подчеркиваем понятие «правовую». Памятуя о правовом плюрализме, необходимо выяснить, окажется ли удачным соединением отношениями соседства людей (и семей), правосознание которых различно (особенно в том, что касается права собственности). Это трудная задача, но она очевидна. Техника социогаммы не менее полезна, когда происходит укрупнение городских или сельских административных единиц. Администрация, профилактически заботящаяся о том, чтобы такое укрупнение не привело к росту числа судебных дел, не должна допустить столкновения потенциально противоположных юридических установок. Наконец, техника социогаммы — это способ выявить наиболее гармоничное (почти как в фаланстере) сочетание кандидатов на проживание в кооперативном доме или по совместному найму.

Было бы неверно полагать, что применение психосоциологических процедур бесполезно, когда речь идет о сторонах имущественного договора. При любом договоре, связанном с предоставлением кредита, важнейший вопрос — это платежеспособность должника. Специальные агентства коммерческой информации занимаются этой проблемой, но руководствуются они главным образом экономическими критериями. Однако даже поверхностные социально-психологические исследования отношений кредиторов и должников дают основание полагать, что для добросовестного исполнения договора волевая установка уплатить нередко более значима, чем экономическая платежеспособность. Существуют ли, однако, технические приемы, позволяющие объективно исследовать эту волевою установку? Изучение того, как часто до этого участник договора вступал в тяжбы или насколько широко они распространены в его среде, может помочь прогнозировать, хотя и с осторожностью, возможность конфликтов в будущем. Однако проверка верности договору ждет еще появления необходимых для этого тестов¹⁸.

Б. ПОМОЩЬ СУДЬЯМ

6. ПРИКЛАДНАЯ СОЦИОЛОГИЯ И ЮРИСДИКЦИЯ. СОЦИОЛОГИЧЕСКАЯ ЭКСПЕРТИЗА

Вторжение юридической социологии в сферу судебной деятельности может происходить в двух основных формах. В первом случае она выступает лишь в качестве

20*

307

вспомогательного средства, используемого судом; речь идет о социологической экспертизе. Во втором случае юридическая социология обнаруживает тенденцию выступать как субститут судьи; речь идет о социологическом толковании. Отметим попутно, что судья — не единственный интерпретатор закона; в этой роли могут выступать доктринальные комментаторы, юрисконсульты, но лишь судья может придать толкованию обязательную силу.

Гражданско-процессуальный кодекс (ст. 232 и следующие) гласит, что, устанавливая факты, судья

может прибегнуть к помощи специалиста. Формы деятельности, возложенной таким путем на специалиста, в зависимости от содержания именуется подтверждением, консультацией или экспертизой. Можно, однако, объединить все эти три вида в едином термине — экспертиза. Понимаемая таким широким образом социологическая экспертиза известна нашему действующему частному праву. Судебная процедура развода предоставляет судье возможность затребовать социальную анкету, призванную помочь определить в решении меры, необходимые для охраны законных интересов малолетних детей подтверждено Декретом от 5 декабря 1975 года о процедуре развода, ст. 11). На практике эта анкета, составление которой обычно поручается сотрудникам социальных служб, носит скорее психологический, чем социологический характер. По банальной схеме она подходит к семье как к сплетению межличностных неурядиц, а не как к ячейке, которая призвана охранять также и общественный интерес. Он остается за пределами внимания анкеты.

Следствием является то, что под влиянием анкеты в 83 % всех случаев (цифра 1970 года) суды выносят решение о передаче детей, без различия возраста и пола, на воспитание матери. Возможно, хотя и спорно, что в конкретных случаях такое решение оправданно, поскольку учитывает детскую психологию, не говоря уже о практических житейских условиях. Но в масштабе десятков тысяч случаев такое решение может повлечь нежелательные социальные последствия — отсутствие мужского начала в воспитании. Это один из примеров, наглядно показывающих возможную антиномию психологии и социологии, хотя обе они исходят из благих намерений.

Аналогичная анкета была в 1958 году предусмотрена и для судебной процедуры при определении мер воспитательной помощи в отношении малолетних в «опасном

308

состоянии». Эта анкета является еще в большей мере чисто психологической, ибо ее основная цель — изучение личности ребенка. Но ей не хватает увязки констатируемых фактов с социальными явлениями. Конечно, в самом общем плане они присутствуют в ней, хотя бы потому, что мораль и воспитание, о которых говорит ст. 375 Гражданского кодекса, основаны на критериях данного общества, взятого в целом, а меры воспитательной помощи имеют целью интеграцию ребенка в это общество. Однако, чтобы такая анкета стала социологической в собственном смысле слова, она прежде всего должна ответить на вопрос, не сталкиваемся ли мы в данном случае с одним из проявлений допускаемого обществом плюрализма и не будет ли соответственно то, что кажется дурным воспитанием по критериям общей культуры, хорошим воспитанием с позиции признаваемой субкультуры. Вопреки этому в практике наших судов меры воспитательной помощи применяются на основе французских критериев и тогда, когда речь идет об эмигрантских семьях, сохранивших во Франции свои нравы и обычаи.

Социологическая экспертиза может выполнять для частного права и другую функцию. Мы имеем в виду доказательство профессиональных обычаев, значимых в торговом и трудовом праве. Обычно для подтверждения факта существования таких обычаев пользуются заключением специальных экспертов. Сторона, которая предполагает сослаться на обычай, представляет соответствующее свидетельство, подготовленное профессиональной организацией — торговой палатой, союзом предпринимателей, профсоюзом и т. д. Эта процедура отражает процесс бюрократизации права (вспомним закон М. Вебера). Неудивительно, что некоторым заключениям этих организаций может быть брошен упрек, что они выдержаны в духе защиты собственных профессиональных интересов. Суд получил бы более объективную экспертизу, если бы обратился к социологии. Эксперт-социолог подошел бы к вопросу с двух сторон, в соответствии с двумя аспектами, свойственными классическому анализу обычая. Первый — изучение фактической стороны дела, с тем чтобы установить, какова действительная практика. Второй — изучение общественного мнения для выяснения вопроса о том, сопровождается ли эта практика тем, что принято называть *opinio necessitatis* или *opinio juris* ¹⁹.

30»

В позитивном праве имеются понятия с социологическим содержанием. Одно из наиболее привлекательных — это «добрые нравы», которое встречается в ряде норм гражданского и уголовного права²⁰. В сегодняшней судебной практике судья по своему усмотрению решает, какие правовые акты или факты противостоят добрым нравам. Вполне естественно, что суд стремится держать под своим контролем оценочное понятие (оно оценочно потому, что закон принимает во внимание нравы лишь постольку, поскольку это «добрые», то есть хорошие, нравы). Вместе с тем само существование нравов предшествует их моральной оценке. Такая оценка, если она чисто теоретическая и не отражена в массовом поведении, не может соответствовать правовому понятию добрых нравов.

Таким образом, возникает необходимость в изучении поведения, и выводы, чтобы быть доказательными, должны представлять собой результат достаточно широкого выборочного опроса. В этой связи не следует исключать также и возможность изучения общественного

мнения²¹. Перед нами еще одна сфера приложения социологической экспертизы, хотя организация и проведение опроса достаточно дороги и стороны в процессе вряд ли возьмутся проводить его за свой счет.

7. СОЦИОЛОГИЧЕСКОЕ ТОЛКОВАНИЕ КАК СОЦИАЛЬНОЕ ТОЛКОВАНИЕ

Толкование законов — важная миссия судов, не потерявшая значения и в наше время. Более того, толкование ныне приобрело правотворческую силу. Может ли социология осуществлять такое толкование? Существует ли социологическое толкование, противостоящее толкованию догматическому? В конце прошлого века Жени поставил этот вопрос, но ответил на него отрицательно²². С тех пор, однако, не прекращались и попытки найти аргументы для ответа на этот вопрос положительно. Поскольку эти попытки были различны по содержанию, имеется несколько концепций социологического толкования.

О первой из них, представляя ее читателю в несколько упрощенном виде, можно сказать, что она трактует **социологическое как социальное** и толкование оказывается социологическим тогда, когда общество выступает в нем на первый план, оттесняя индивида. Сразу же возникает опасность, что в результате отождествления этих

:310

двух понятий социологическое толкование может толкнуть судью от науки к политике. Такой риск нельзя недоучитывать, но на него сознательно идут и даже оправдывают.

Если в духе идеи Дюркгейма считать, что все исходит от общества, то логично рассматривать общество как высшую ценность и соответственно ставить его интересы выше индивидуальных. Однако не на родине Дюркгейма, а в США социологическое толкование как толкование социальное получило наибольший отклик. Мы знаем, что из своих теоретических позиций американская школа «социологической юриспруденции» сделала практические выводы в отношении судебной деятельности. Метод, который она предпочитала, вел к идее социологического (в смысле социального) толкования. Однако то, что в США в первой половине нашего века понималось под социальными тенденциями, было весьма неопределенно. К достижениям-социологической юриспруденции можно отнести те толкования, которыми видные судьи — сторонники данной школы помогали установкам прогрессивного звучания, и в частности «новому курсу» президента Ф. Рузвельта. Разумеется, суды, и даже высшие, имея дело с отдельными казусами, были неспособны выработать стратегию на уровне всего общества. Ответственность за луть развития общества — прогрессивный или консервативный — они оставляли за законодателем, а сами лишь помогали (или, наоборот, мешали) ему, толкуя расширительно законы реформистского плана и ограничительно — консервативного. Такое социологическое толкование весьма близко к методу, который уже в начале нашего века получил широкое-распространение во Франции. Это метод исторического или эволюционного толкования. Он то выдвигался на первый план, то отступал, но всегда имел один и тот же смысл: толкователь должен адаптировать закон к социальным изменениям.

В Советской России и в странах народной демократии получил официальное признание метод толкования, который также не может быть квалифицирован как собственно социологический, поскольку он связан с социальным интересом (в особенности с интересом рабочего класса) и подчинен ему. Метод этот формулируется по-разному. Один вариант — судья должен выносить решения в соответствии со своим социалистическим правосознанием; другой вариант — в соответствии с экономическим и социаль-

311

ным строем страны²³. Представляется, что эта техника использовалась главным образом в переходные периоды, когда сохраняли действие многие законы, унаследованные без изменений от капиталистического режима. Особое правило толкования позволяло приспособить эти законы к новым требованиям изменяющегося общества в ожидании радикального законодательного пересмотра.

8. СОЦИОЛОГИЧЕСКОЕ ТОЛКОВАНИЕ КАК РЕАЛИСТИЧЕСКОЕ ТОЛКОВАНИЕ

Критикуя формализм и абстрактность догматической юриспруденции, социология права претендует на то, что она реалистична. Но как отражается этот реализм в толковании?

1. В этой связи прежде всего приходит на ум юриспруденция интереса — немецкая школа, сложившаяся примерно в то же время, что и социологическая юриспруденция в США. Эта школа была особенно активна в первой трети нашего века благодаря деятельности комментаторов Германского гражданского уложения, объединенных в так называемую Тюбингенскую школу, руководимую Ф. Хе-жом

24

Юриспруденция интереса выдвинула свой метод толкования, который был направлен на то, чтобы

порвать с догматической традицией. Однако эта школа предоставляла судье ограниченную свободу толкования, ибо сохранила требование догматической традиции — выявить прежде всего намерение законодателя. Правда, теперь речь шла о его социологическом намерении. Еще Иеринг подчеркнул «ажную роль борьбы интересов в развитии права, и принцип толкования, предложенный Тюбингенской школой, исходил из этого тезиса. Интерпретатор должен прежде всего, путем подготовительных работ, определить, какой интерес был решающим в процессе издания закона, а затем исходя из этого интереса и в соответствии с ним объяснить все сомнительные места текста и восполнить пробелы.

Достаточно ли этого, чтобы претендовать на ранг социологии? Если пожелать представить эту теорию в карикатурном виде, можно было бы сказать, что она очень полезна для групп давления, поскольку закрепляет и развивает их успех.

2. Если реалистическое толкование состоит в том, что *бы* объяснить фактическую жизнь закона, то, очевидно,

недостаточно обращаться лишь к тому, что предшествовало до его принятию. То, что происходило затем, — это тоже, — реальность закона, его применение на практике. И здесь, толкованию помогает спонтанно складывающийся в его-практике обычай. Мы, как это ни парадоксально, пришли* с позиций юридической социологии к принципу, который применялся еще римскими юристами для толкования как; договора, так и закона. В «Дигестах» читаем: «Обычай является лучшим толкователем закона»²³.

Отказаться от обычая было бы, во-первых, нереалистично и, во-вторых, несоциологично, потому что социологическая издавна проявляла интерес к обычному праву. Правда, социологическое толкование, понимаемое лишь как этот интерес, приняло бы весьма консервативный вид. Однако* здесь имеются нюансы. Когда судья, толкуя норму, опирается на то, как она ранее применялась судами, то тем., самым он препятствует изменению судебной практики, что свидетельствует о консерватизме. Но когда судья, толкуя норму, обращается к тому, как она понимается тем., кто ее реализует на практике (то есть до или совсем без-обращения в суд), то такое обращение к фактическому положению дел может вести и к прогрессивному развитию. Судья может поинтересоваться, например, нотариальной-практикой. Можно пойти и дальше — к непосредственным, участникам правоотношений — неюристам и поставить, вопрос: а как они сами, своими действиями толкуют закон?

3. Социологический реализм иногда понимается слишком узко, а именно как склонность социологии к фактическим ситуациям, которые как живая жизнь противопоставляются оторванным от жизни правовым нормам. Социологическим в этой связи называют такое толкование, которое позволяет защитить фактическую ситуацию. С этой позиции судья прибегает к социологическому толкованию, например, тогда, когда последствия фактического полюбовного прекращения семейных отношений он приравнивает к последствиям юридического расторжения брака, или тогда, когда за женщиной, сожителем которой погиб в результате несчастного случая, признается право требовать, возмещения ущерба, или, наконец, тогда, когда иностранная семья, давно проживающая во Франции, подводится¹ под действие французского закона. Однако в отношении многих ситуаций этот критерий не работает. Если взять, например, спор об отцовстве, то где следует искать под-313.

лишь реалистический критерий: в биологических связях или в фактическом положении вещей? Закон от 3 января 1972 года предусматривает сочетание обоих этих критериев.

9. СОЦИОЛОГИЧЕСКОЕ ТОЛКОВАНИЕ КАК ПРИКЛАДНАЯ СОЦИОЛОГИЯ

В рассмотренных выше вариантах социологическое толкование трактовалось на основе какого-то внешнего качества, как-то «социальное», «реалистическое», искусственно подсоединенного к социологии. Понятию прикладной науки больше соответствует другой подход. Взяв в качестве исходного материала точные разработки теоретической социологии, нужно задуматься над тем, как они могут быть использованы при толковании.

Такой подход требует осторожности. Бесспорно, что, добродо истории или сравнительному праву, юридическая социология может пополнить арсенал аргументов адвоката или судьи. Но это еще далеко не равнозначно тому, чтобы создать твердую научную основу, на которой может быть проведено точное толкование. Социологические выводы часто имеют предположительный характер и постоянно оспариваются. О возможностях этого метода говорит следующий пример. Простое социологическое наблюдение, подтверждаемое статистикой и опросами, свидетельствует, что подростки в наше время по своему усмотрению пользуются мотоциклами и мотороллерами, а родители не в силах этому помешать. Такая ситуация дает основания для толкования понятия «освобождение от ответственности» по статье 1384 ГК, согласно которой ответственность родителей за несовершеннолетних не возникает в тех случаях, когда они докажут, что не могли

воспрепятствовать действию, которое дает основание для этой ответственности. Суды, освобождая в этих случаях от ответственности, сами того не зная, прибегали к социологическому толкованию.

Однако можно было бы привести и другие примеры, когда социологическое толкование вообще невозможно или когда данная правовая проблема допускает несколько социологических толкований.

Говоря о методе выборочных опросов, мы уже отмечали важную роль социологических исследований общественного мнения в сфере права и особенно при изучении вос-

314

приятия права и юридических проблем широкими слоями населения. В дальнейшем мы покажем, что на основе таких исследований может сложиться особая форма законотворчества: с помощью опросов выявляется общее согласие — консенсус *de lege ferenda*, — который определяет общее направление законодательной реформы.

В том же ключе целесообразно поставить вопрос о новой форме искусства толкования. Если признано, что предпочтительнее законодательствовать в соответствии с общественным мнением, чем вопреки ему, то очевидно, что и; толковать законы лучше, опираясь на это мнение. Если закон издан с учетом результатов опроса, то для того, чтобы прояснить неясные положения этого закона, вполне логично вновь обратиться к опросу. Что может быть естественнее, чем спросить сбившегося с мысли собеседника: «Что ты хотел сказать?» Но римская формула «кто создал закон, тот и должен толковать его» сегодня вошла в противоречие с концепцией разделения властей.

Толкования, на которых основываются решения, смогут гарантировать этим решениям широкий моральный-авторитет — и соответственно большие шансы на то, что они будут исполнены добровольно, — лишь при том условии, что они будут поняты всеми, в том числе неюрпстами. Обобщая глубокую мысль А. Леви-Брюля²⁶, можно сказать, что недостаточно убежденности самого судьи, нужно, еще, чтобы он заставил разделить свое убеждение.

Имеется и еще одно немаловажное обстоятельство. Закон может оказаться таким, что его адресаты будут вынуждены сразу же самостоятельно толковать его, не дожидаясь судебной интерпретации. Очевидно, что это толкование останется на уровне понимания простого человека. Изучив этот уровень, судебное толкование сможет закрепить то, что делалось добросовестно. Это весьма важный фактор в пользу социологического толкования, соответствующего взглядам населения и значимого сегодня-больше, чем когда бы то ни было ранее, по причине возросшего объема законодательной регламентации.

Трудность заключается в практическом осуществлении такого толкования. Юрист лишен возможности провести широкий опрос с единственной целью прояснить что-то неясное для себя. Не может этого сделать перед вынесением решения и суд. Необходимо разработать более быструю и более дешевую процедуру. Представляется возможным создать тест из нескольких несовпадающих тол-

315

-жеваний, а по ответам на него небольшой группы опрошенных (в которой не должно быть юристов), специа-листы-психологи определяют, какое из этих толкований ^эыло избрано, во-первых, большинством и, во-вторых, быстрее всего.

Можно было бы также создать институт жюри, которое решало бы вопросы права. Однако это предложение весьма спорно.

Нам могут бросить справедливый упрек в том, что предлагаемые процедуры выдвигают на первый план тот самый здравый смысл, об опасности апелляции к которому мы сами предостерегали. Он оказывается теперь чуть -ли не предпочтительнее научного знания. Однако в данной связи речь идет не о том, чтобы поставить здравый смысл на тот же качественный уровень, что и юридическую социологию как науку, а лишь о том, чтобы использовать этот здравый смысл, выступающий в виде сообразительности простого человека, в практическом применении права.

ЭККУРС. ТОЛКОВАНИЕ КАК СОЦИОЛОГИЧЕСКОЕ ЯВЛЕНИЕ

Для социологии толкование представляет интерес не только в практико-прикладном плане, но и как самостоятельный объект научного анализа.

1. Юридическое толкование—лишь одна из форм общего понятия «герменевтика». Оно взято из области социальной психологии и охватывает все ситуации, когда те, кто дает разъяснения, имеют

дело с сообщением, автор которого отсутствует (если бы он присутствовал, то разъяснил бы все сам). Варианты такого рода многообразны; это может быть толкование иностранных языков, криминалистических доказательств, звуков, прорицаний, священных книг (поскольку в них немало норм, то это теоретически — на практике это не так — сближает их толкование с юридическим). Герменевтика выступает как единство двух сторон: подлежащего разъяснению материала и личности интерпретатора. Отношение общества к этому интерпретатору бывает как отрицательным (отсюда нарицательный смысл итальянского слова *traditore*), так и уважительным (имеются толкования более значимые, чем сам интерпретируемый объект). Каковы особенности юридического толкования? В то время как при иных видах от

316

двух или нескольких интерпретаторов ожидают, что их толкования совпадут, действие процессуального принципа состязательности ведет к тому, что полное разночтение двух толкований считается вполне естественным.

2. Субъекты правовой герменевтики — это судьи, вообще юристы, которые действуют либо индивидуально, либо в виде определенного корпуса.

Однако к этим традиционным субъектам толкования в наше время добавились новые — управленческие органы. В форме циркуляров и особенно министерских разъяснений на запросы парламентариев предлагаются толкования, которые оказывают большое практическое воздействие на внесудебную и даже судебную практику.

3. Обратимся теперь к интерпретаторской деятельности как к психосоциологическому явлению. Здесь могут быть выделены две контрастирующие парные категории.

Первая — нейтральное и пристрастное толкования. Наше право допускает и то и другое: толкование судьи должно быть нейтральным, толкование адвоката может быть пристрастным. Но очень часто пристрастность при толковании, не будучи преднамеренной, проявляется побочным путем в силу субъективных причин. Хорошо известно, что тот, кто слушает речь другого, воспринимает ее прежде всего в том плане, насколько она отвечает его ожиданиям, надеждам, опасениям, то есть, говоря более общо, его интересам.

Марксизм утверждает, что толкование подчинено классовым интересам, а более точно, поскольку речь идет об основной массе толкований в капиталистическом обществе, — интересам класса буржуазии. Однако даже и в этом обществе можно встретиться с иными тенденциями. Если верить некоторым высокопарным заявлениям профсоюза французских судебных работников, то в середине 70-х годов его программные установки включали последовательное толкование закона в пользу наемных работников (против предпринимателей), должников (против кредиторов), нанимателей жилых помещений (против собственников) и т. д. Христианин мог бы выразить все это одной формулой: в пользу бедных. Перед нами уже давно укоренившийся феномен судебной психологии, ибо еще Библия призывала судей отказаться от него («и бедному не потворствуй в тяжбе его»). Склонять постоянно чашу весов в пользу бедной стороны — это еще не значит улучшить положение всех бедных, взятых в массу. Индивидуальный

317

интерес не тождествен общественному, а личность, участвующая в процессе, — далеко не всегда достойный представитель своего социального класса. Если оставить в стороне особые юрисдикции (суды по трудовым спорам, паритетные суды по спорам, связанным с сельскохозяйственной арендой), то бывает весьма редко, чтобы гражданско-правовой спор отражал классовый конфликт. Такой судебный процесс — это обычно столкновение между собой весьма состоятельных лиц, или же среднесостоятельных, или же весьма состоятельных со среднесостоятельными (правда, нередко встречаются также разорившиеся и деклассированные буржуа).

Вторая контрастирующая парная категория — толкования по букве и по духу закона. Буквальное толкование господствует в древних правовых системах. Священный характер, который приписывался письменам, превращал толкование в магическую операцию. Если закон предстает как божественное откровение, то изъять из него хотя бы одно слово — значит вызвать месть сверхъестественных сил. Буквальное толкование прочно держится и в современных правовых системах, как вследствие архаических пережитков, так и по утилитарным основаниям.

Вспомнив о так называемых забастовках «усердия» таможенников и работников аэропортов, когда нормальное функционирование служб тормозится с помощью буквального соблюдения действующих инструкций, мы должны будем признать и наличие патологического толкования. Кроме того, толкование может выступить и как форма неповиновения.

В. ПОМОЩЬ ЗАКОНОДАТЕЛЮ

10. ПРИКЛАДНАЯ СОЦИОЛОГИЯ И ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО. ' ВНЕШНЯЯ СОЦИОЛОГИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

Можно выделить два вида прикладной социологии законодательства. Трудности, с которыми сталкивается каждый из них, неодинаковы. Первый вид — это прикладные исследования, которые изучают лишь механизм законодательной деятельности, взятый сам по себе, безотносительно к содержанию этой деятельности (именно этот вид мы довольно неуклюже называем внешней социологией законодательства). Второй вид — прикладные исследования, объектом которых является само содержание законов.

318

• Это — внутренняя социология законодательства, в сущности, она и есть законодательная социология в собственном смысле.

Внешняя социология помогает законодателю вне рамок законодательного процесса.

Предположим, власти по каким-то им одним известным мотивам решили издать какой-то закон.

На социологию может быть возложена задача психологической подготовки реформы (это социология, предшествующая закону — предзаконодательная социология) или же объяснения принятого закона (послезакондательная социология). Законотворчество — это вид производства, и законодатель также вынужден заботиться о своих «паблик релейшенз», об организации «потребления законов».

Достаточно часты случаи, когда законодатель решил осуществить реформу, а общественное мнение не склонно к ней. Возникает необходимость до постановки проекта закона на голосование убедить в правоте законодателя не только парламентариев, но и массу граждан, которым предстоит выполнять закон. Эта проблема, по нашему мнению, относится к правовой психосоциологии, ибо изменения, к которым следует подготовить умы, носят юридический характер. В сущности, эта проблема не очень отличается от другой, гораздо лучше изученной, которая встает перед производственными предприятиями всякий раз, когда нужно убедить рабочих в необходимости технологических перемен. Схожи и способы решения этих проблем. Американские социологи отдают предпочтение убеждению: опрос мнений дает им возможность выяснить, каковы основные психологические мотивы, противодействующие реформе; затем они пытаются устранить эти мотивы с помощью убедительной информации.

Имеется и другая позиция, у которой немало приверженцев среди социологов. Это концепция свершившегося факта. Прежде всего издайте закон, говорят ее сторонники, а затем сам закон, своей силой, внедрит убеждение, что он хорош. Однако многое говорит против этой концепции. Исторический опыт свидетельствует, что законы часто оставались неэффективными. Конечно, нельзя утверждать, что предварительная психологическая подготовка сделала бы их более действенными. Очевидно, успех закона больше всего зависит от того спонтанного ожидания, с каким его встречает общественное мнение. Увидеть

319

и понять это ожидание — такова сама суть законодательного искусства.

Практическая внешняя помощь юридической социологии законодателю может быть продолжена и после принятия закона, и не только в первое время, а до тех пор, пока закон остается в силе.

Социологические опросы — это инструментальный, позволяющий законодателю измерить такое явление, как незнание закона. Они подсказывают законодателю, когда, кроме малодейственного, формального опубликования закона, в официальных изданиях следует использовать средства массовой информации и периодически рассказывать широкой публике о действующем законе.

Благодаря социологическим исследованиям становится очевидным, когда между нормой и ее применением должно существовать опосредующее человеческое звено. Современные законы сложны и своеобразны. Простому человеку они чужды. Ему нужен гид и консультант, который провел бы его по лабиринтам бюрократического права. Деятельность советников по социальным вопросам, профсоюзных консультантов и даже нотариусов, выступающих как соединительное звено между социальным и трудовым законодательством, законодательством о недвижимости и их субъектами показывает, что постепенно создается нечто вроде «паблик релейшенз» закона. Эта деятельность по связи закона и его субъектов может стать научно более обоснованной, если современное государство поймет, чем должна быть послезакондательная социология.

В прошлом немало реформ осталось мертвой буквой лишь потому, что власть, издав закон, тотчас же теряла интерес к его дальнейшей судьбе. А ведь законодательство — это не только создание и обнаружение норм права, оно должно быть своеобразным «сервисом после продажи». За

изданием нового закона должны следовать сбор статистических данных и периодические опросы, что позволило бы выявить масштабы и причины его возможной неэффективности в различных частях страны. Чтобы преодолеть выявленную таким образом неэффективность и сделать закон действенным, правительство должно использовать особые меры. В зависимости от конкретной ситуации это могут быть официальные разъяснения, служебные инструкции, вмешательство прокуратуры, а в особо сложных случаях — новое обращение к законодателю.

Вернемся еще раз к вопросу о предзаконодательной и послезаконодательной социологии. Перед

320

нов, затрагивающих широкие слои населения и повседневное поведение людей, в наше время проводилось немало подготовительных кампаний, призванных убедить публику в том, что реформа будет полезной, и объяснить порядок применения закона. Таковы кампании во Франции в 1959 году в связи с денежной реформой, в Швеции в середине 60-х годов в связи с переходом с левостороннего на правостороннее движение, в Англии в 1969—1970 годах, когда была введена десятичная денежная система.

Что касается денежной реформы во Франции (замена старого франка новым), то нетрудно увидеть, что спустя десять лет после ее проведения новый франк еще не был воспринят полностью различными социальными слоями, и даже в экономической сфере. Этот пример показывает, что психологическое воздействие, которое использовали, чтобы облегчить путь реформе, было во многом искусственным и поверхностным. Если бы обратились за советом к истории, то она показала бы, что изменения в этой области происходят весьма медленно. Во Франции через полвека после введения во время революции десятичной системы все еще использовались меры веса и объема, равно как и денежное исчисление, существовавшие при «старом режиме». Предзаконодательная пропаганда исходит из постулата, согласно которому массам людей свойственно желание изменений, и достаточно принять во внимание это желание. Однако данный постулат спорен, ибо сопротивляемость изменениям — это по меньшей мере столь же естественное социальное явление.

Реформы гражданского права, проводившиеся во Франции после 1964 года, повлекли за собой ряд послезаконодательных опросов, проводившихся по инициативе министра юстиции. Опросы сопровождали законы о попечительстве над малолетними (1964 год), об охране прав недееспособных совершеннолетних (1968 год), о добровольном прерывании беременности (1975 год). Национальным институтом демографических исследований периодически составляются отчеты о социодемографических изменениях, связанных с законодательством об абортах.

11. ЗАКОНОДАТЕЛЬНАЯ СОЦИОЛОГИЯ

Было бы преувеличением говорить о законодательствующей или нормативной социологии, ибо получится, будто социология сама делает законы или законодатель

21 Заказ ЛЬ 1161

321

создает законы под ее диктовку. Даже те, кто весьма расположен к социологическим начинаниям в законотворчестве, признают, что оно является сложной операцией, в которой соединены ум и воля и за которую всегда остается ответственным «законный законодатель». Социология сотрудничает с законотворчеством, но не должна смешиваться с ним. Именно этот вспомогательный характер и призвано подчеркнуть выражение законодательная

социология.

В прошлом веке Ренан мечтал об академии, в которой управленческие проблемы рассматривались бы как научные. Он писал: «Идеальным правительством было бы правительство ученых, где компетентные специалисты рассматривали бы управленческие вопросы как научные, ища их решения рациональным путем»²⁷. Однако Ренан думал скорее об ученых-историках, размышляющих над книгами, чем о социологах, ведущих полевые исследования.

Лишь в середине нашего века, в 50-е годы, в Америке поняли, что социологическое исследование может многое подсказать законодателю. Исходной датой могло бы служить появление известного исследования Кинси (сексуальное поведение американцев), но оно было слишком пикантным. Но уже через несколько лет другое исследование, менее броское, но более серьезное, позволило обнаружить законодательные амбиции социологии. Междисциплинарная группа юристов и социологов из Небраски полагала научно определить разрыв между действующим правом и общественным мнением по проблеме родительской власти²⁸. Тезис о том, что исследование может стать исходным пунктом для реформы права, вызвал дискуссию среди юристов²⁹. Реформа так и

не была проведена.

Была ли Франция первой страной, осуществившей такой практический шаг? Факты свидетельствуют о том, что начиная с 1964 года здесь прошла серия реформ с привлечением социологии в самых различных формах. Так, например, Закон от 13 июля 1965 года о режиме семейного имущества был подготовлен на основе широкого исследования, проведенного Институтом общественного мнения по поручению министра юстиции. По той же инициативе, отвечая потребностям законодательной деятельности, были проведены и другие социологические исследования, охватившие разные области гражданского, и особенно семейного права, такие, как наследование, алиментные обязательства, внебрачная семья, недееспособные

совершеннолетние, развод, гражданская ответственность за дорожные происшествия, арест недвижимого имущества.

Не все эти исследования повлекли за собой изменения действующего права. Но некоторые из них оказали невидимое действие, ускорив или, наоборот, затормозив проектировавшиеся реформы. Можно полагать, что исследование развода, предшествовавшее Закону от 11 июля 1975 года, оказало влияние в двух направлениях: способствовало появлению ряда новых положений (например, развода по взаимному согласию) и отказу от некоторых других предполагавшихся решений. Это исследование велось на протяжении трех лет совместно Национальным институтом демографических исследований и Лабораторией юридической социологии Парижского университета. Ее объектом были одновременно мнения французов и практика разводов. По охвату и полноте это социологическое исследование, пожалуй, может служить показательной моделью

30
нш

С учетом всего сказанного тем не менее возникает существенный вопрос, а именно: оправданно ли вообще существование законодательной социологии? Решительно отрицательный ответ дают представители догматической юриспруденции, а еще активнее — философы права. Рассмотрим сначала аргументацию философского плана. Но в дальнейшем мы покажем, что эмпирическая аргументация дает основания не драматизировать этот спор.

12. ФИЛОСОФСКАЯ ПРОБЛЕМА ЗАКОНОДАТЕЛЬНОЙ СОЦИОЛОГИИ. ФАКТ И ПРАВО

Отрицательный ответ, о котором говорилось выше, был дан философами в ходе дискуссий о соотношении социологии и морали. Это произошло в начале нашего века, когда разгорелся знаменитый спор между Л. Леви-Брюлем³¹ и философами-идеалистами, группировавшимися вокруг журнала «Revue de metaphysique et de moral». Леви-Брюль был противником теоретической морали, считая ее бесполезной. Он предлагал создать позитивную науку нравов, на основе которой позднее можно было бы сконструировать прикладную науку, призванную занять место этики. В сущности, это был тот же путь, который привел к успеху физико-химические науки: сперва изучать природу и, овладев управляющими ею каузальными законами, затем воздействовать на нее. Таким же должен быть под-

21"

323.

ход и к морали. Прикладные установки должны вытекать из науки, а не предшествовать ей. Вся эта конструкция вызвала резкие возражения. В ней видели подкоп под мораль, умаление ее действительной роли. И как контртезис отрицалась возможность социологического подхода к сфере норм.

Здесь отправной пункт и нашей дискуссии. Хотя мы говорим о возможностях прикладной социологии в сфере норм права, а эти последние отличаются от норм морали, тем не менее аргументы, выдвинутые против возможного вторжения социологии в мораль, относятся и к праву. Мы рассмотрим эти аргументы применительно к двум главным вопросам: во-первых, к противопоставлению факта и права и невозможности (или, наоборот, возможности) перехода первого во второй; во-вторых, к биологическим аналогиям (или к отказу от них).

Противопоставление факта и права — это противопоставление сущего и должного³². Социология указывает на то, что есть, право говорит о том, что должно быть. Можно собрать воедино сколько угодно конкретных данных, но из них нельзя вывести императив долженствования. Норма не может быть выведена из фактов, ибо она содержит ценностное суждение об этих фактах. Такое суждение может основываться только на внешних по отношению к этим фактам критериях. Между сущим и должным лежит непреодолимая стена, и этот тезис наиболее последовательно

выдержан в учении Кельзена, которое оказало значительное влияние на юристов.

Тем не менее многие пытались перекинуть мост от одной из этих категорий к другой. И даже те попытки, которые закончились неудачей, заслуживают внимания, ибо они помогли правильно поставить вопрос.

1. Онтологическая гипотеза была намечена еще Дюрк-геймом, когда он говорил о соотношении нравов и морали. Бытие включает в себя свое разумное основание, то есть ценность. Другими словами, идеал заключен уже в природе самой природы. Это привлекательная гипотеза, но она связана с финалистским постулатом, оспоримым с научных позиций.

2. Типологическая гипотеза полагает, что нормативное правило можно вывести, объясняя фактические примеры, содержащиеся в литературных источниках. За многими такими фактами скрыты правовые правила. Архаическое право часто представлено в форме притч, о чем свидетель-

324

ствуют Библия или Предания (Хадисы) о жизни Магомета. Описанные в них примеры поведения трактовались как нормы возможного поведения. Так, например, из рассказа Книги Бытия о том, как Исаа продал право первородства Иакову, выводилась возможность возмездной уступки права первородства.

3. Логическая гипотеза — следствие расцвета в наше время юридической логики. Известна, в частности, деонтическая юридическая логика, или логика долженствования, основателем которой является скандинавский ученый фон Райт³³. Это дедуктивная, математически формализованная система, где высказывания об обязательном, то есть нормы (которые не могут быть ни истинными, ни ложными), связаны между собой аналогично (если не идентично) тому, как в классической логике связаны между собой суждения о фактах, констатации. Таким образом, создается параллелизм между миром фактического и должного. Это достигается применением единого мыслительного приема. Но где же мостик между этими параллелями? На этот вопрос попытался ответить Алэн Андерсон³⁴. Американский логик полагал, что связь между этими двумя логическими системами может быть установлена, если в системе высказываний о фактах добавить к каждому из них то, что Андерсон назвал простейшим единым деонтическим термином. Таким он считал весьма распространенное в праве понятие «применение санкции». Так появляется связка типа «если человек убил себе подобно-то, то применяется санкция». Из соединения этих двух констатации возникает норма: «обязанность человека — не убивать». Однако именно последняя часть этой конструкции — возникновение нормы — вызывает сомнение, ибо возможны случаи, когда санкция не применяется.

4. Филологическая гипотеза связана со свойственным американцам прагматическим предрасположением вовсе не различать факты и ценности. Такова, во всяком случае, новая, американская попытка осуществить переход от факта к праву с помощью лингвистики, ставшей столь популярной в наше время. Философ Джон Ситл разработал теорию, ключевую позицию в которой занимает понятие

«спич акт», т. е. акт, создаваемый речью³⁵. Сказанные слова, по его мнению, — это факт, который может порождать обязанность. Правда, автор имеет в виду моральную обязанность, но тем не менее пользуется юридическим примером: сказав (или написав): «Я обещаю уплатить

325

вам пять долларов», лицо берет на себя обязанность *ipso facto*. Однако мы сомневаемся, чтобы юристы согласились увидеть в приведенном примере спонтанное рождение права. Чтобы словесный факт обязал кого-либо, необходимо предварительное наличие правовой нормы, которая придавала бы данным произнесенным или написанным словам обязывающую силу.

13. ФИЛОСОФСКАЯ ПРОБЛЕМА ЗАКОНОДАТЕЛЬНОЙ СОЦИОЛОГИИ. БИОЛОГИЧЕСКИЕ АНАЛОГИИ

В социологии запрашиваются биологические аналогии, ибо она изучает социальное тело, в котором возможны как здоровые, так и болезненные процессы. Различие нормального и патологического традиционно занимает важное

место в дискуссии о соотношении сущего и должного, факта и нормы. Это различие может быть использовано

как против нормативной социологии, так и к ее выгоде. В первом случае задают вопрос: разве, выводя норму должного из факта, мы не рискуем, что в ее основе окажутся нездоровые, болезнетворные явления? Во втором — утверждают, что такая норма выводится не из любых фактов, а только из тех, которые считаются нормальными. Однако тем самым наталкиваются на другую проблему: где же проходит граница между патологическим и нормальным?

Чтобы установить эту границу, многие прибегали к критериям статистического порядка. По их

мнению, нормальным и могущим быть возведенным в норму должен-
ствования является такое поведение, которого придерживается большинство участников данного
вида отношений. Это особое большинство, нечто более значимое, чем большинство
проголосовавших на выборах, ибо оно образует консенсус. Другое дело — нормальное поведение,
которое не может быть возведено в норму; оно — исключение из общего поведения. С этой
позиции развод и усыновление
.оказываются аномальными явлениями, поскольку их явное меньшинство. Однако такая
конструкция не может не вызвать возражений юристов потому, что те явления, которые
объявляют исключительными и не могущими поэтому быть возведенными в норму, в
действительности не меньше, чем другие, нуждаются в правовой регламентации. Более того,
практика показывает, что нередко они нуждаются даже в более развернутой регламентации.
Имеется и другой подход к проблеме, восходящий к авторитету Дюркгейма³⁶, который, как
известно, уделил много внимания разграничению нормального и патологического. Этот подход
также носит статистический уклон, но не в рамках одной отдельно взятой правовой системы, а в
масштабе всех существующих правовых систем, во всяком случае, тех, которые находятся на
одинаковой стадии развития. Институт с этих позиций будет рассматриваться как нормальный,
если он признан большинством правовых систем. Здесь проявляется, но в социологической форме,
та самая идея, которая была столь дорога первым компаративистам, и в частности Эдуарду Ламбе-
ру, — идея выявления общего законодательного права всех народов.
Впрочем, концепции Дюркгейма следует отдать должное. Она существенна для определенной
статистической •оценки самых различных юридических явлений. Если, как •мы уже отметили,
бессмысленно объявлять институт развода аномальным, то вовсе не лишена пользы оценка
масштабов бракоразводности во Франции путем ее сравнения с данными по другим
индустриальным обществам. Бракоразводность может считаться нормальной, если в среднем
совпадет с показателями других стран. Деятельность законодателя получает в этой связи научное
основание в виде социологических констатации: если масштабы бракоразводности сильно
превысят средний, нормальный показатель, то можно ожидать, что в парламенте сразу же
начнется движение и будет предложена реформа материального или процессуального права,
ограничивающая возможность развода; предположив обратное, а именно ситуацию, когда
масштабы бракоразводности окажутся ниже средней, можно поручиться, что законодатель в этом
случае не будет принимать мер, облегчающих развод. Биологические аналогии могут иметь и
другую форму, к которой также обращался Дюркгейм³⁷. Естественные науки знают, что в ходе
эволюции видов природа иногда сбивалась с пути. Имеется немало несоответствий, тупиков,
осложнений. Естественный отбор не устранил таких вредных атавизмов, как аппендикс у человека
и рога у некоторых животных. Нечто сходное можно наблюдать и в эволюции обществ и правовых
систем. Она проходила не без противоречий и перебоев. Поскольку априори считается, что
эволюция в целом ведет к прогрессу, то и задача человечества состоит в том, чтобы помогать
эволюции,
устранять все те явления, которые мешают ей. Применительно к правовой системе это означает,
что, познав направление ее эволюции, нужно законодательным путем способствовать ее
движению в этом направлении, приспособляя систему к социальным изменениям, устраняя ее
внутренние противоречия, отмечая то, что ей мешает (подобно хирургу, удаляющему аппендикс).
Ярким примером может служить отмена феодальных прав и привилегий. Чем являлся феодализм
во Франции в середине XVIII века? Пережитком и обузой для общества, в котором складывался
индивидуалистский режим земельной собственности. Это и определило законодательное решение:
феодализм упраздняется.
Однако проведенной концепции можно противопоставить принципиальные возражения. Никак не
доказано, что эволюция всегда хороша и прогрессивна³⁸. В раннее средневековье произошла
трансформация собственности в том виде, как ее знало римское право, в собственность
феодалную. В исторической ретроспективе было бы весьма рискованно утверждать, что долг
социологического законодателя, если таковой имелся в ту эпоху, состоял в том, чтобы ускорить
эту трансформацию, а не противиться ей. Точно так же никак не доказано, что противоречия
правовой системы — это ее слабое место. Они могут быть сбалансированы, вылиться в разумный
компромисс, что свидетельствует о жизнеспособности права. Благодаря такому компромиссу
сегодня в нашем договорном праве весьма продуктивно сосуществуют либеральная основа и
дирижистские начала. Видеть идеал социологического законодательства в искоренении всех
противоречий в праве значило бы заключить союз социологии с традиционной

рационалистической кодификацией, которая предназначена сделать любую правовую систему по возможности однородной и непротиворечивой. Мы же считаем, что ничто не находится так далеко от социологии как кодификации такого рода, ибо социальная действительность неоднородна и иррациональна.

14. ЭМПИРИЧЕСКИЕ АРГУМЕНТЫ В ПОЛЬЗУ ЗАКОНОДАТЕЛЬНОЙ СОЦИОЛОГИИ

Дискуссия о легитимности законодательной социологии хотя и имеет основания, но страдает тем, что она слишком обща. Право в том виде, как оно предстает в этой

328
дискуссии (нередко на его месте вообще оказывается мораль), трактуется весьма узко. Это то право, которое существует в представлении философов. Нельзя сказать, что это чисто воображаемое право. В нем есть кое-что от уголовного права, те категорические императивы, которые так восхищают неюристов, а по существу своему дублируют мораль. В действительности же реальное право, и особенно частное право, бесконечно более богато, сложно и гибко. Профессиональный опыт юристов, далекий от метафизических сложностей, постоянно показывает им взаимопереходы факта и права. Стоит только обратиться к собственно юридической практике, как сразу можно увидеть, как факт становится правом и право создается из факта 39

Факт, становящийся правом

Можно наблюдать немало фактов, превращающихся в право, фактов, несущих в себе возможность такой метаморфозы. Такие факты-право обнаруживаются в обычае, то есть тогда, когда норма права рождается в практике. Пример — приобретательная давность, когда право собственности возникает из факта владения. Конечно, к этому факту следует добавить время, но истечение определенного периода времени также является фактом. Чтобы сложился обычай, нужна повторяемость, но и она — факт. Необходимо также *opinio necessitatis*, но и это убеждение в обязательности данного поведения представляет собой психологическое явление и, следовательно, также и факт.

Есть еще одно психологическое явление — воля. Она повсюду присутствует в праве, она сила, творящая право. Не преувеличиваем ли мы, называя автономию воли творцом права? Того, кто предпочитает отрицать эту автономию применительно к индивидуальной воле, мы отсылаем к закону как волевому акту. Идет ли речь о парламентском законотворчестве или референдуме, закон предстает как продукт поданного за него количества голосов, то есть мнений-желаний. Состояние сознания, выраженное каждым поданным голосом — это факт; соединение этих состояний — тоже факт, и из него возникает право.

Дайте волю, повторяемость и время, и мы сможем создать любое право. Правда, при этом нужна еще и сила, но она тоже факт, а подробно говорить о ней — значило бы

329
оставить юридическую конструкцию и погрузиться в философскую. Напомним в заключение формулу, сложившуюся в средние века: *ex facto oritur jus*.

Право, создаваемое фактом

Философское представление о законе как идущем сверху приказе, которого никто не может послушаться, справедливо лишь в отношении определенных законов — императивных или охраняющих публичный порядок. Хорошо известно, однако, что многие законы диспозитивны, то есть зависимы от волеизъявления в том смысле, что заинтересованные стороны по своей воле могут поступать иначе, чем это предусматривает закон. Что представляют собой диспозитивные законы? С позиции догматической юриспруденции они выражают скрытую волю тех, кто не выразил своей воли открыто. С социологических позиций можно сказать, что диспозитивные законы — это общая проекция частных пожеланий. На этом факте законодатель строит данную правовую регламентацию.

К аналогичным выводам приводит также анализ правовых презумпций, хотя техника здесь и отлична от диспозитивных норм. В традиционном объяснении правовые презумпции основаны на том, что «большинство поступает так». Поскольку что-то при обычном течении жизни происходит одним и тем же образом, закон с большей или меньшей степенью решительности предполагает, что данное событие всегда происходит именно так. На основании каких-то реально существующих явлений определяют то, что должно быть. По существу, в этом нет ничего удивительного. И правовые презумпции, и диспозитивные законы можно рассматривать не только как правовые нормы в классическом их понимании, но и как модели (к которым столь равнодушны современные науки), построенные на основе фактов.

Все сказанное выше имеет целью не только укрепить принципиальные позиции законодательной

социологии, подтвердить ее возможности, снять возражения, выдвинутые против нее философией, но и показать конкретно, как социологическое исследование может участвовать в законодательном процессе. Поскольку правовые презумпции должны быть сжатым выражением того, что обычно происходит, то, очевидно, прежде чем их установить, нужно знать, что же обычно происходит, то есть исследовать

330

факты. Поскольку диспозитивные законы должны исходить из массовых практических действий и желаний, нужно знать, какова же эта практика и что это за желания. А для этого необходимо изучать факты и мнения. Наконец, одобрение со стороны общественного мнения — важная часть законодательного процесса, а для того, чтобы его выявить, нужен опрос референдарного типа, к которому мы вернемся ниже.

15. ИСПОЛЬЗОВАНИЕ СОЦИОЛОГИЧЕСКИХ ИССЛЕДОВАНИЙ В ЗАКОНОДАТЕЛЬНОМ ПРОЦЕССЕ

Повторим еще раз, что, хотя социологические исследования и снабжают законодателя данными, тем не менее социология права не может диктовать ему законы. В этой связи, используя терминологию конституционного права, можно было бы говорить о принципе разделения властей — социологической и законодательной. Мы ограничимся практическим доводом: социологические данные, даже тогда, когда они богаты нормативными выводами, не могут как таковые превратиться в текст закона.

Оговорим на всякий случай, что речь идет не о неспособности фактов путем спонтанных изменений стать правом. Примеры такого превращения мы привели выше. Речь идет о другом, о том, как с помощью фактов создаются законы. Здесь должен участвовать законодатель, на обязанности которого лежит принять решение и формулировать его должным образом. Редакция и решение, соответственно форма и содержание, — те две необходимые стороны законодательного процесса, которые лишают социологическое исследование всякого шанса на непосредственную результативность.

Социологические документы — статистические анализы, выводы по материалам опросов — в языковом плане выдержаны в дискурсивном стиле. Уже этим они решительно отличаются даже от законов *de lege ferenda*, всегда выдержанных в предписывающем стиле. С этой точки зрения социологии было бы гораздо легче провозглашать прямым путем моральные правила, которые не требуют строгих формулировок. Мораль способна заставить подчиняться своим предписаниям даже тогда, когда они сформулированы весьма расплывчато; ее императивам, даже не имеющим четких очертаний, интуитивно подчиняются. Очевидно, это справедливо и в отношении обычного пра-

331

ва, особенно в его ранних, примитивных формах, когда оно еще переплеталось с моралью. Но в развитых обществах норма права и прежде всего закон немислимы без определенной формы и четких предписаний.

Законодательство — это не только определенная форма выражения, оно также рациональное умение решать. Законодательное мышление — необходимый компонент законодательного процесса. Оно представляет собой сложную операцию, ибо законодателю, как правилу, приходится выбирать одно из многих возможных решений. Одно и то же социологически изученное явление может дать основание для своего различного законодательного осмысления. Так, например, если статистические данные говорят, что суды отклоняют лишь 5 процентов исков о расторжении брака, то возможны два равнозначных вывода. Первый: органы регистрации актов гражданского состояния работают хорошо; второй: необходимо усилить судебный контроль за расторжением браков.

Даже в тех случаях, когда уже имеется принципиальное решение вопроса, в рамках этого решения возможны разные законодательные варианты. Во Франции феодальные права были отменены без какой-либо компенсации, а в Англии такая компенсация была. Законодатель должен подумать также и о том, следует ли вообще в данном случае принимать решение, не целесообразнее ли оставить данную проблему без законодательной регламентации.

Теоретически можно предположить, что социология, достигнув высокого научного потенциала, овладев секретом учитывать все стороны любой законодательной проблемы, окажется способной определить, какое из различных суждений по определенному вопросу объективно является единственно верным. Но это чисто теоретическое предположение. Пока еще место социологического исследования в начальной стадии законотворческой деятельности, до момента свободного выбора решения законодателем.

16. РАЗЛИЧНЫЕ ТЕХНИКИ ЗАКОНОДАТЕЛЬНОЙ СОЦИОЛОГИИ

Социологическое законодательное исследование бывает различной степени сложности. Наиболее элементарную его форму можно назвать суггестивным изучением. Здесь речь идет о социологическом исследовании, результаты которого могут быть использованы законодателем. Подчеркнем еще раз, что законотворитель именно может, а не обязан использовать эти результаты. Так, например, результаты социологического исследования показали, что в простонародной среде, особенно среди жителей больших пригородов, соседи по квартирам охотно общаются между собой, особенно когда речь идет об их детях⁴⁰. Отсюда нетрудно сделать вывод, что соседей целесообразно включать в комиссии по попечительству, цель которых состоит в защите интересов малолетних, определении дальнейшей судьбы осиротевших детей. В данном случае социологический вывод говорит сам за себя. Можно опасаться лишь того, что он может быть опровергнут последующими социологическими исследованиями. Пока же этого нет, данный вывод может быть положен в основу законодательного решения, в результате которого на свет появится гибкая норма, дающая судье возможность при формировании комиссии по попечительству учесть констатацию социологов.

Законодательная социология может воспользоваться и более сложными техническими процедурами, действенность которых не столь непосредственна. Таких процедур две, и они очень непохожи друг на друга. Это моделирование и опрос мнений. Накоплен уже достаточный опыт, чтобы попытаться кратко теоретически их охарактеризовать.

Создавая законодательную модель, социолог условно полагает, что эта модель—предположение *de lege fereuda*— уже является законом, и исследует, какие последствия мог бы иметь такой закон. Эти модели по необходимости сложны, поскольку они должны отражать не только первичные следствия, но также и последующие, возможные противодействия, переплетения последствий и т. д. Лучшие возможности для моделирования открывают те сферы законодательства, где регламентируемые юридические явления легко допускают квантификацию. Таковы хозяйственное право, финансовое право, а также семейное право (в той части, где оно сопряжено с демографией)⁴¹.

Представим себе, например, проект налогового закона, заменяющего систему деклараций о доходах системой внешних показателей благосостояния. Это повлекло бы многочисленные последствия в структуре потребления, в сфере производства средств потребления, в размещении капиталовложений, в организации и составе налоговых служб и т. д.

V

333

Возьмем другой пример, на этот раз из сферы гражданского права. Предположим, что законодатель уравнивал в наследственных правах законных и внебрачных детей. Это тотчас отразилось бы на завещаниях и дарениях, уменьшило бы количество добровольных признаний отцовства, сократило бы число превращений внебрачной семьи в законную, а также — внебрачную рождаемость.

Законодательную модель можно почти бесконечно уточнять умозрительным путем; логическая конструкция может сопровождаться математическим уточнением, в том, конечно, случае, когда в каждое звено схемы могут быть включены достоверные величины, выведенные из имеющихся цифровых данных.

Сторонников моделей следует предостеречь от излишне восторженного к ним отношения. Особенно серьезную проблему создает специфика юридических явлений, но не тех, которые сами служат объектом модели, а явлений родовых, скрытых, стоящих за другими социальными явлениями. Здесь возникает вопрос: какова эффективность нормы права, включенной в социальную модель? Так, например, специалисты по налогообложению и экономисты оказываются вынужденными включить в свои модели в качестве возможных последствий обман, поскольку это характерно для данной сферы отношений. Но при этом из их поля зрения ускользает то, что может быть названо пассивной неэффективностью нормы. А эта категория существенна. Когда норма призвана оказывать стимулирующее действие, полагают, что ее реальное применение именно таково. Здесь, однако, можно сильно ошибиться. Полагать так — все равно что говорить о функционировании какой-то машины, не учитывая при этом трения.

Другой источник ошибок кроется в том, что создавая модель, ее авторы обычно предлагают изменения закона, который взят сам по себе, без учета того, что он включен в определенную систему норм и институтов. Последствия этого включения нельзя игнорировать. Так, например, сосуществование двух законов по аналогичным проблемам может привести к ослаблению действия каждого из них.

Подчинение, которого требуют законодательные императивы, меняется в зависимости от того, направлены ли эти императивы в сферу, уже насыщенную законами, или же такую, которая регламентирована весьма умеренно. Когда законодатель не заботится о стабильности законов, это порождает у тех, к кому они адресованы, скептически-выжидательное отношение. С другой стороны, существует опасность, что если в модели будет слишком

большое количество возможных переменных, то она расширится и станет значительно менее ясной.

17. ОПРОСЫ ОБЩЕСТВЕННОГО МНЕНИЯ И ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО

В распоряжении законодателя всегда есть еще один способ обратиться к социологии. Речь идет о том, чтобы выяснить с помощью опроса, что думает население о проекте предполагаемого закона. Во Франции, как мы видели выше, законодательная социология не раз использовалась подобным образом. Исходный принцип таков: надо законодательствовать в соответствии с общественным мнением. И дело не только в том, что это демократично. Далеко не все демократы, и многие считают, что законодательство — особенно в области гражданского права — это такая специальная, технико-юридическая сфера, которая не должна подвергаться оценке всего населения. Тем более что для такой оценки существует парламентская процедура, удовлетворяющая требованиям демократии. Если же кто-то предпочитает прямую демократию, то оценка может быть произведена путем референдума. Но к политическому аргументу в пользу опроса общественного мнения следует добавить практический довод, а именно: соответствуя общественному мнению, закон имеет наибольшие шансы стать эффективным. Вентам в свое время заметил, что даже деспоты чувствительны к такому доводу.

Еще до того, как в дело вступили социологи, законодатели пытались с помощью примитивных способов прислушиваться к общественному мнению. Разумеется, для этого они не прогуливались по ночам по улицам, как Гарун-аль-Рашид, и не просили, чтобы им присылали наказания третьего сословия. Однако они следили за прессой, контактировали с лобби. Это были отдельные примитивные каналы информации, причем информации пристрастной, исходившей от тех, чей голос звучал громче. Все это носило в конечном итоге элитарный характер. В отличие от этого опрос общественного мнения, проводимый в национальном масштабе, равнозначен выявлению той общей воли, которая призвана создавать закон.

Конечно, настоящий, официально проведенный референдум более точно выразит общественное мнение, чем

опрос референдарного типа, представляющий собой уменьшенную модель настоящего референдума. Очевидно и психологическое различие. Респондент общается с лицом, проводящим опрос, а не находится наедине с собой в избирательной кабине, как происходит при референдуме. Разъяснения «за» и «против», которые респондент получает при опросе, не оказывают на него такого воздействия, как избирательная кампания. Наконец, в ответы на вопросы не приходится вкладывать столько решимости и воли, как в избирательный бюллетень. Ведь при опросе реформа позитивного права, о которой идет речь, еще достаточно далека.

Опрос общественного мнения лишь подобие референдума. Но ведь конституционный референдум не может быть использован для предварительного изучения законодательной проблемы. На данной предварительной стадии полезен эксперимент, призванный выяснить, каково будет избирательное поведение населения при различных вариантах решения этой проблемы. Опрос общественного мнения — наиболее подходящая форма такого эксперимента.

Чем больше опрос будет походить на реальное голосование, тем достовернее он окажется.

Поэтому при подготовке анкеты следует отдавать предпочтение наиболее просто сформулированным вопросам, на которые можно ответить только «да» или «нет». При определении выборочной совокупности нужно исходить из того, что генеральной совокупностью является все взрослое население, ибо выборка должна репрезентативно представлять избирательный корпус страны.

Здесь обнаруживаются и некоторые научные преимущества опроса в сравнении с референдумом. Опрос позволяет проверить установки различных категорий населения, уделить больше внимания наиболее динамичным категориям — молодежи, городскому населению, работающим, — то есть тем, в отношении кого будет в будущем применяться закон, являющийся сегодня лишь проектом. Если бы проводился настоящий референдум, то голоса всех слоев населения смешались, ибо при референдуме каждый голос равен другому.

Против опросов мнений о законодательстве выдвигают то же самое обвинение, что и против практики референдумов в Швейцарии, а именно то, что они способствуют консерватизму. Это обвинение недемократично, во-первых, и необоснованно, во-вторых. Опрос в Небраске о

родитель-

336

ской власти, французские опросы о режиме семейного имущества, о наследовании, о разводе отнюдь не показали безусловной привязанности общественного мнения к законодательному статус-кво.

Любая аналогия опасна, если вывести ее за реальные пределы. Опрос общественного мнения имитирует референдум. Но было бы ошибочно, если бы на этом основании он претендовал на тот

авторитет, который свойственен референдуму. Авторитет референдума зиждется на политическом признании правила большинства. Авторитет опроса зависит от тех положительных представлений о нем, которые он может вызвать у публики. Во Франции любой закон, который собрал 51 процент голосов, обязателен для каждого. Опрос, для того чтобы поддержать какой-то проект, должен, несомненно, собрать значительно больший процент голосов.

Однако на вопрос, какой должна быть соответствующая цифра, не так-то просто ответить. Очевидно, что для того, чтобы она выглядела убедительно, к простому большинству должен прибавиться убедительный привесок. При этом несостоятельно требование единогласия или подобия единогласия. Консенсус — вот слово, обозначающее результат, который мог бы приветствовать законодатель. К определению консенсуса подходят по-разному. Одни считают, что здесь пригодна оценка «на глазок». Другие предлагают в качестве ориентира определенное количество положительных ответов, например «приблизительно две трети». При этом исходят из того, что с этим числом — две трети — традиционно связывается понятие квалифицированного большинства.

Эта традиция достаточно разумна. Вспомним древнее изречение «трое составляют коллегия». Трое — это самая элементарная малая группа, где решение может быть принято большинством голосов. Дигесты говорят о законе, который устанавливал, что решения принимаются двумя из трех. После третьего Латранского собора 1179 года правило двух третей стало обязательным при выборах римского папы. Разве все это не выглядит убедительным?

Подчеркнем еще раз, что результаты опроса ни в какой мере не обязывают законодателя. Он свободен в своем решении, и имеется немало примеров, когда законодатель занимал позицию, обратную мнению большинства опрошенных. Опрос о режиме семейного имущества показал, что все социальные классы, в том числе имущие, считают,

22 Заказ № 1161

337

что муж должен быть лишен права отчуждать ценные бумаги без согласия жены. За такое решение высказалось 88 процентов опрошенных. Однако закон 1965 года не посчитался с этим, ибо, по мнению банков, такое решение повлекло бы практические неудобства (требование двойной подписи мешало бы быстрому заключению сделок). Экономические интересы перевесили эгалитарные установки населения. В 1969 году английский законодатель отменил смертную казнь, хотя опросы показывали, что значительное большинство (до 85 процентов опрошенных) высказывалось за ее частичное сохранение.

Итак, достигнув пределов того, что она может сделать, законодательная социология видит, что ее путь кончается свободой действия законодателя, но она несколько не огорчена этим.

ПРИМЕЧАНИЯ

¹ Мэн Г. Древнее право. СПб, 1873, гл. 9.

² Hilaire J. Le regime des biens entre epoux dans la region de Montpellier du debut du XIII siecle a la fin du XVI siecle. 1957.

³ Монтескье ТП, Избранные произведения. М., 1955, с. 379 (Анри Тирако (1480—1558) — французский юрист-гуманист, друг Рабле. — *Прим. ред.*).

⁴ О соотношении идеологии и права см.: Maiho-f er W. und andere. Ideologic und Recht, 1969; Henkel H. Ideologie und Recht, 1973; Hippel F. Von Ideologic und Wahrheit in der Jurisprudenz, 1973, и др.

⁵ См. об этом: Bousquet G. H. Le droit musulman, 1963.

⁶ Chahata Ch. Etudes de droit musulman, 1971, p. 34.

⁷ См., напр.: Le Bras G. L'originalite du droit canon. — Etudes Julliot de La Morandiere, 1964, p. 265; Van der Ven J.-J.-M. Die Eigenart des Kannonischen Rechts. — «Etudes Dooyeweerd», Amsterdam, 1965, p. 307.

⁸ Jamous H., Commaille J., Pons-Vignon R. Sociologie de la decision. 1969; см. также: Bailey S. Congress makes a law. N. Y., 1950.

⁹ Приведем и более близкие к нам примеры. Так, декрет-закон 1935 года об охране сбережений был вызван аферой Стависского, а Закон от 14 января 1937 года (смертная казнь за похищение ребенка, окончившееся его гибелью) не появился бы на свет или появился бы значительно позже, если бы по ту сторону Атлантики маленький Линдберг (отец которого был известным летчиком) не погиб трагически в результате «киднапшнга».

¹⁰ D a u b e. Greek and Roman reflections on impossible laws. — «Natural Law Forum», 1967, № 1.

¹¹ Если Мэн и Вебер не претендовали на то, что они формулируют именно научные законы (об этом свидетельствует и та литературная форма, в которой они в соответствующих местах своих книг делали выводы), то Дюркгейм, наоборот, стремился преподнести итоги своих исследований именно как закон. Об этом говорит, в частности, и название его работы «Два закона эволюции уголовного права» (*Deux lois de l'évolution pénal.* — «*Annee sociologique*», 1899—1900, p. 65).

¹² «*Annales de la Faculte de droit de Lyon*», 1970, II, p. 293, 321.

¹³ Levasseur E. *La population franchise.* Т. 3, 1892, p. 362.

¹⁴ См., напр.: Grawitz M. *Methodes des sciences so-ciales.* 1972; Boudon R. *L'analyse mathematique des faits sociaux.* 1967.

¹⁵ См., напр.: Kalinowski. *Introduction a la logique juridique.* 1965.

¹⁶ Франс Анатолий. *Собрание сочинений*, т. 5. М., 1958, с. 240.

¹⁷ S a v a r y J. *Le Parfait Negociant.* P., 1675, I, livre 4, chap. 7.

¹⁸ Юридическая социология договора еще далека от того, чтобы охватить все аспекты этого института. Отсюда и фрагментарность практико-прикладных применений. Из литературы вопроса укажем: Terre F. *Sur la socio-logie juridique du contrat.* — *A PhD*, t. XIII, 1968; Deguilhem V. *La socialisation du contrat.* 1945.

¹⁹ Geny F. *Methodes d'interpretation et sources en droit prive positif*, 1899, t. I, № 1091.

²⁰ Во французском праве понятие «добрые нравы» встречается в Гражданском кодексе (ст. 6, 900, 1133), в Уголовном кодексе (ст. 283, 290) и в некоторых специальных законах.

²¹ Итальянская пресса сообщила, что в 1977 году один из прокуроров в Милане попросил Институт общественного мнения изучить путем опроса имеющееся в уголовном законодательстве понятие «общепризнанное представление о стыдливости».

338

22*

339

²² Geny F. *Op. cit.*, t. II, № 190.

²³ Давид Р. *Основные правовые системы современности.* М., 1967, с. 202.

²⁴ См. подробнее: Dombeck B. *Das Verhaltnis der Tubingen Schule zur deutschen Rechtssoziologie.* 1969.

²⁵ *Дигесты Юстиниана.* М., 1984, I, 3, 37, с. 34.

²⁶ Levy-Bruhl H. *La preuve judiciaire.* 1964, p. 22-29.

²⁷ Renan E. *L'Avenir de la science.* 1890, XVII.

²⁸ Cohen, Robson, Bates. *Parental Authority, the Community and the Law.* 1958.

²⁹ Donnelly, R., Goldstein J., Schwartz R. D. *Criminal Law, Problems for Decision in the Promulgation, Invocation and Administration of a Law of Crimes.* 1962, p. 126.

³⁰ См.: Voigeol A. et autres. *Le divorce et les Fran-çais.* 2 vol., 1974—1975. Об исследованиях режима семейного имущества см.: «*Sondages*», № 1; наследования: «*Sondages*», № 4; внебрачной семьи: *Compte de la Justice civile*, 1969, p. 91. Данные опросов по проблемам ответственности за дорожные происшествия, алиментных обязательств, ареста недвижимости не публиковались.

³¹ Levy-Bruhl L. *La morale et la science des moeurs.* P., 1903.

³² О противопоставлении сущего и должного в немецкой доктрине см.: Hofmann H. *Legitimitat und Rechts-geltung.* 1977. Было немало попыток смягчить разрыв сущего и должного в кельзеновской «чистой теории». См., напр.: Eisenmann Ch. *Science du droit et sociologie dans la pensee de Kelsen.* — *Methodes sociologique et droit. Colloque de Strasbourg.* 1956, p. 59. О трактовке соотношения сущего и должного с марксистских диалектических позиций см. статью ученого из ГДР Г. Кленнера (Klen-n e r H. *Sein und Sollen in der Rechtswissenschaft.* — «*Ar-chiv fur Rechts-und Sozialphilosophie*», 1970, № 1).

³³ Wright G. H. von. *Logical studies.* 1957.

³⁴ См.: «*Mind*», 1958, p. 100. См. также: Kalinow-ski G. *Introduction a la logique juridique.* 1965, p. 134,

³⁵ Seale J. R. *Speech Acts.* 1969.

³⁶ Дюркгейм Э. *Метод социологии.* 1899, гл. 3.

³⁷ Durkheim E. *Sociologie et philosophie.* 1924, t. II, p. 88.

³⁸ Подробнее см.: Cuvillier. *Manuel de sociologies* 1950, § 176.

³⁹ Из философско-правовых работ о соотношении факта и права укажем: Gar dies J.-L. Indicatif et imperatif: juridique. — APhD, № 4, 1959; Le fait et le droit. Etudes-de logique juridique. Bruxelles, 1961; Rotondi M. Considerations en «fait» et en «droit». — RTDC, 1977, № 1.

⁴⁰ Michel A. La sociologie de la famille. 1970, p. 123.

⁴¹ Укажем на интересную попытку С. Ледермана построить вариант законодательной модели, показывающей влияние последствий развода на рождаемость («Population», 1948, p. 311). Однако, как правило, демографы при моделировании весьма неохотно включают закон в число учитываемых переменных или же делают это весьма приблизительно. Это и понятно, ибо заранее весьма трудно, учесть реакцию индивидов и их семей на законодательные изменения.

⁴² «Sondages», 1967, № 1, p. 36.

340

, ЛИАЙРНОЙ УКАЗАТЕЛЬ

/Аил-Гелий — 75, 158, 187 .Аквиинский Фома— 133 .Альтюсер — 126
Амброзетти — 162 .-•< '• -Андерсон А.—325 , ; ;
Арие Ф.— 275 - , ,
-Арно — 69, 127
Аристотель — 76, 96, 133
Аристофан — 291
Ататюрк — 161, 199, 201
Базен Зрве — 233
Бальзак — 19, 149, 234 .Барбейрак — 85
Бартэн — 280
Беккариа — 37 .Беллей Ж.—186
Бентам И.— 80, 94, 95, 335 .Бергсон —110
Бернар Клод — 234 .Бисмарк — 93
БодуэнЛ.—73
Бодэн — 82
Бомон Г.— 135
Бонапарт — 86, 87, 149, 204, 289 .Бональд Луи — И, 89, 90, 134 .Брандейз — 120
Бриссо — И .Буржоля —127 .Бюрламаки —84, 85
' Вагнер Р.— 101, 102, 223 Варнкениг — 88 Варрон — 75, 187 :Вебер Макс-39, 52, 58, 74, 117, 118, 119, 121, 131, 208, 293, 303, 309, 339 :Вейль М.— 127 Вейль Р.—127 Вико — 195 Виллебрандт Иоганн:Петер — 82 Биллей М.— 133 :342
Вольней — 87 Вольтер — 79, 83, 290 Вундт Вильгельм — 63 '
Гарро Р.— 108
Гарсон д.— 108
Гейгер Теодор —37, 39, '117, 119, 131
Геккель — 190 Гераклит — И, 77 Гердер — 87, 92 Герне Л.— 106 Геродот — 75 Гёте - 235 Гизо — 97
Гилицсен — 218, 240 Глукмэн М.— 56 Гоббс — 77 Грамши — 126 Грегуар — 87 Грёз — 236, 237 Гримм Якоб — 92, 188
Гриоль — 273, 274 Грозье М.— 69 Гросс — 73 Гроций Гуго — 85 Гуди В.— 51, 213 Гурвич Жорж — 15, 37. 39, 112, 131, 172, 179, 180 Гюго — 19
Дави Ж.- 24, 106
Далиныг — 127
Дарвин — 93, 95
Демаре — 87
Демокрит — 11
Джеймс Г.—274
Дидро — 82, 84
Диккенс — 235
Доган М.— 173
Дрейфус — 280
Дюги Леон — 78, 103, **116, 138**
Дюир — 127
Дюпати — 269
Дюркгейм Эмиль — 24, 34, 37, 54, 74, 90, 92, 95, 102—108, 116, 117, 132, 135, 144, 166, 176, 212, 213, 244, 247, 266, 279, 281, 297, 311, 324, 327, 339
Дюрренматт — 235
Екатерина II — 84 Етциони А.— 69
Жени—110, 117, 180, 310 Жирар П.-Ф.— 114 Жоббе-Дюваль — 114 Жоли А.— 108 Журден — 88
Зиммель Г.— 206 Золя — 19, 234
Ибн-Хальдун — 82 Ивэн В.— 186
Иеринг —44, 92, 93, 101, **114**, 148, 174, 292, 312
Калигула — 292
Канторович Герман — 137, 170
Капоте Трумэн — 275

Каракалла —199, 201
Карбонье Ж.— 6—26
Кардозо —120
Кафка — 235
Кельзен Г.— 324
Кинси — 322
Киплинг Р.—200
Коладжапи — 136
Кондорсс — 82
Конт Огюст —74, 89, 90, 102,
106
Корнель П.— 19 Корф ф.— 73 Крюе Жан—116, 117 Кэрролл Л.— 291
Лабрюйер — 72 Лакассань — 107, 136 Ламбер Э.— 114, 327 Ламброзо —107
Лапассад —134 Ларош-Флавин — 127 Левайс Оскар — 244, 275 Левассер Э.—297 Леви Эммануэль —117 Леви-Брюль
Анри — 40, 106,
114, 315 Леви-Брюль Люсьен — 24, 54.,
57, 105, 106, 114, 300, 323 Леви-Стросс Клод — 59 Ле-Бра Г.— 219 Ледерман С.— 341 Ле-Пле —90, 91, 98, 116, 134.,
150, 242, 244, 245, 297 Леруа М.— 115, 187 Ливии Тит — 290 Ликург — 288 Линдберг — 339 Линхард Морис — 106
Ллевеллин К.— 121, 122, 131; Локк — 85, 86 Ломме Ж.— 245 Лонгрэ — 274 Луи-Филлипп — 97 Луро — 134 Лютер —
99
" "
Маколей — 94
Маркс К.—12, 97—100, 125*
145, 162, 284, 286 Маркузе Г.— 123: Маркюс-Стейф Ф.— 276 i
Марсерон А.— 162 Мертон Роберт — 105 Местр Жозеф — 11, 89, 90 Мнайя — 127 Мид Дж. Г.— 123 Милль Д. С.— 296
Мира-и-Лопец — 272' Мишле — 188 Мольер — 72, 234 Монике — 127 Мопассан — 19 Монтескье — 37, 76, 78—83, 87Г-
88, 95, 99, 103, 162, 217, 218Г
221, 281, 284, 288, 291, 294-Монтень — 76, 78 Монье Р.— 115, 187 Морган Л.— 100 Морено — 190, 305, 306 Мосс М.—
24, 60, 96, 106, 163,-
172, 293 Мэн Генри —94—96, 106, 278,-
292, 339
343*
1'Нерон — 292 Николь — 72 Ницше —101, 102 Ничефоро —293
: Обри-168
•Оливекрона-К.—119 Ориу Морис — Н6, 122, 148
Паскаль — 72, 78
- 139, 148 Р.-III, 120, «I, 138 Пауэлл—198 Петражицкии Лев—(А i",
113, 172, 208 Перро-162, Петр Великий — 1Ы Пиаже Ж.- 190-192 Платон - 76, 77, 132 .Плутарх —75, 187
Порталис — 87, 134, 'Прудон - 97, 98, ИЗ Пуффендорф — 85
Райт — 325
-Райх В.- 123
Ранке Л.- 280
Тасип - 233, 235, 291
Тебиндер Манфред — 33, < 69 .Ренан —322 ГРенар Ж— 148 Теннер Карл — 100, 135 . Ретц — 155
Рипер Жорж —117 . Ро — 168
Робеспьер — 11
Романе С.— 148, 208 ;Тосс А— 119
Росс Э.— 120 .Рузвельт Ф.—311
Руссель Л.— 155 .Руссо Жан-Жак —84, 86, -99, 125, 145, 168
>Савари Ж.— 305
Савиньи—88, 91, 92, 111 - Салейль Р.— 108
Самнер В.— 162 vСТАВHССКНУ— 338
Севинье — 75
Сегален М.— 237 Сен-Пьер В.— 124, 139 Сент-Бёв — 81 Симен Рита Дж.—271 Ситл Дж.—325 Солон — 288
Сорокин — 244 Спенсер — 95, 96, 106 Спиноза — 77 Стендаль — 19
Таммело И.—32
Тард Габриель — 106, 108, 109,
117, 136, 250 Тацит — 75, 220 Тирако — 282 Токвилль — 96 Траси Дестют — 82 Тревес Ренато —36, 121
Троплонг — 96
Турати —136 Тюрго —269
Ульпиан —158, 159
феррц — 49, 106, 107, 136 Флобер Г.—216 Фокконе П.—106 Франс А.— 19, 300 Фрейд З.— 122—124, 139 Фрээр
—189
Хек Ф.— 312 Хирш Эрнст — 33 Хобель А.- 56, 165 Хогарт — 236 Холмс —120, 121
Шассан — 188 Шварц Р.— 222 Шекспир У.— 75, 132 Штаммлер Р.— 101
Эдельман — 127
Энгельс Ф.- 11-13, 100, 286
Эрлих Е.—74, 109—114, 117,
120, 122, 137, 171, 172, 180.

208, 225, 228

Ювелин — 114

ПРЕДМЕТНЫЙ УКАЗАТЕЛЬ

Абсурдное право — 291, 292 Американская реалистическая

школа права — 121, 122 Анкетирование — 258—262

Вебера М. закон — 118 Воля и право — 287—291 Вульгарное право — 192—194

Государственное принуждение — 16—18, 35, 36, 145, 146, 165—172

Демография — 46, 47, 71, 249 Детерминированность права — 23, 24

Детское право — 58, 190—192 Догматическая юриспруденция — 35—37, 39, 41, 69 Документ — 222, 223

Естественное право — 85, 86

Живое право — 111

Законы развития — 292, 293 Законы структурные — 293,

294 Законодательная социология—

52, 319—338 Законодательный эксперимент — 268—270

Интервью — 260 Инфраюридические явления — 186, 187

Историческая школа права — 91—93

Историко-сравнительный метод — 211, 217—222

История права — 38, 40, 41

Квантификация — 237,

244-248 Консенсус — 337

238,,

Лабораторный эксперимент —

270—272

Ле-Пле метод — 90 Лингвистика — 47, 48

Марксистская концепция права—12, 13, 44, 98—101,.. 125—127, 172, 286

Моделирование — 333—335

Монографическое исследование — 333—335

Мультипликанд — 239

Мультипликатор — 238

Мэна закон — 95

Небраски метод — 259 Норма права — 288 Нормативный плюрализм — 161

Опрос выборочный — 246, 247,,

251—258, 260—262 Опрос мнений — 333, 335, 336

Политическая социология —

43-45, 71 Политическая экономия — 45,

46

345

Правовая аккультурация —

198-205 Правовая психология — 61—

65, 73 Правовая психосоциология —

307, 319 Правовая система — 14, 15, 142,

175-185, 194-198 Примитивное право — 53—56,

58 Принуждение — 166, 167

Разницы метод — 297, 298 Религия и право — 285—287

•Свершившегося факта концепция — 319 •Согласия метод —• 296, 297

Сопутствующих изменений метод — 298

Социальный контроль — 33, 120, 166

Социальное право — 113

Социограммы техника — 306

.Социологический анализ судебной практики — 224— :229

Социологический законодатель — 52

Социологический правовой реализм — 119

Социологическое толкование— 310—318

Социологическая экспертиза— 308—310

Социологическая юриспруденция — 109, 120, 121

Социология выборов — 44

'Социология общая — 30, 33, 34, 49

Социология религии — 42, 43, 70

Социология семьи — 50—52

Социология уголовного права — 49

Сравнительный метод — 217 Сравнительное право — 38, 40—42

Статистика — 41, 42, 238, 246—

248, 249—251

Структурализм — 128, 129, 221 Субкультура — 57, 58, 187 Судебная психология — 66, С7,

Судебное решение — 288 Судебная социология — 52, 53
Теория климата — 81—83 Тест — 272, 273
Факт и право — 324—326, 328—331
Философия права — 38, 39, 69 Фольклорное право — 58, 108, 187—190
Фрейдизм — 122—124 Функционализм — 124
Юридическая антропология — 59-61
Юридический законодатель — 52
Юридичность — 153—158, 164, 165
Юридический плюрализм — 58, 180—186
Юридический психоанализ — 65, 66
Юридическая психопатология — 66
Юридическая этнология — 53—59, 273, 274
Юридическое явление — 141— 153, 197. 198
Юридической социологии понятие - 13, 14, 27, 30-39, 45—48, 53, 59, 62, 66—69
Юридической социологии объект —141
Юридической социологии методы — 210—212
Юридической социологии функции — 277
Юристика — 40

ОГЛАВЛЕНИЕ

Вступительная статья	5
Предисловие автора к русскому изданию.....	27
Предисловие к французскому изданию.....	29>
Вводная глава. Прологомены.....	30-
I. Юридическая социология между социологией и правом	30
1. Определение.....	30»
2. Узкое и широкое понятия юридической социологии	31
3. Отношение юридической социологии к общей социологии	33
4. Различия между юридической социологией и догматической юриспруденцией.....	3Ф
II. Отношения юридической социологии к другим дисциплинам, связанным с правом.....	37
1. Природа таких дисциплин.....	37
2. Отношения юридической социологии с философией права.....	3»
3. Отношения юридической социологии с историей права и сравнительным правом.....	39
III. Отношения юридической социологии с другими общественными науками.....	42
1. Отрасли социологии. Социология религии	42>
2. Политическая социология.....	43
3. Политическая экономия.....	45
4. Демография.....	46
5. Лингвистика.....	47
IV. Подразделы юридической социологии.....	48
1. Дифференциация юридической социологии по отраслям и категориям права	48
2. Дифференциация по исполнителям правовых ролей	52
V. Ответвления юридической социологии.....	53
1. Юридическая этнология.....	53;
2. Юридическая этнология и современные правовые системы.....	57
347	
3. Юридическая антропология.....	59
4. Правовая психология.....	°1
5. Индивидуальная правовая психология	Б3
6. Специализация в правовой психологии	65
VI. Переходные положения.....	67
1. Объективная и субъективная тенденции в социологии права.....	°1
2. Юридическая социология как центр недогматического изучения права	68
Примечания.....	'''
-Глава первая. ИСТОРИЯ ЮРИДИЧЕСКОЙ СОЦИОЛОГИИ	74
31 подраздел первый. До двадцатого века	74
J. Предварительные замечания о предшественниках юридической социологии.....	'4
1. Античность.....	J5
2. Новое время.....	"
Я1. От Монтескье до Гражданского кодекса.....	78

1. Монтескье.....	ю
2. Вольтер.....	"^
• 3. Руссо.....	8
4. Дидро.....	°i
5. Идеи естественного права.....	°°
6. Гражданский кодекс.....	86
III. Деятнадцатый век.....	°°
• 1. Враги Гражданского кодекса.....	88
2. Огюст Конт.....	°^
3. Фредерик Ле-Пле.....	Уу
4. Немецкая правовая доктрина.....	91
5. Английский эмпиризм.....	• • тм
6. Взгляд на право во французской политической и социальной литературе.....	9°
'• 7. К. Маркс и первые марксисты.....	У°
8. Ницше.....	i..... "
Подраздел второй. Двадцатый век.....	102
.I. Классики.....	102
1. Дюркгейм и его последователи.....	102
2. Юридическая социология в науке уголовного права	10Б
•3. Эрлих.....	-fПТ
4. Петражицкий и Гурвич.....	li^
5. Юридическая социология на французских факультетах права.....	• -а • \\3
6. Немецкая юридическая социология: Вебер и Гейгер	11 /
7. Американская реалистическая школа: социологическая юриспруденция.....	120
'348	
8. Американская реалистическая школа: К. Левеллин	121
II. Новые тенденции.....	122
1. Психологические течения.....	122
2. Марксизм.....	125
3. Структурализм.....	128
4. Нынешнее состояние юридической социологии . . .	129 Примечания..... 132
Глава вторая. ОБЪЕКТ ЮРИДИЧЕСКОЙ СОЦИОЛОГИИ . . .	141
III. Юридические явления и их классификация	142
1. Гетерогенность юридических явлений. Первая классификация: первичные и вторичные юридические явления	142
2. Вторая классификация: властные и подвластные явления	146
3. Третья классификация: явления-институты и явления-случаи	148
4. Юридическое явление как отношение	150
5. Четвертая классификация: явления, связанные и не связанные с процессом.....	152
31. О различии правового и социального неправового	154
1. Понятие правового.....	154
2. Элементарные формы различия правового и социального неправового.....	154
3. Различие правового и социального неправового в современных обществах.....	156
4. То же различие в ранних обществах.....	158
5. Историческая изменчивость этого различия	159
6. Множественность нормативных систем и явления межнормативности.....	161
7. Поиск критерия правового.....	164
8. Принуждение как критерий правового.....	165
9. Различия в природе и степени принуждения	168
10. Критерий «порядок рассмотрения».....	169
И. О возможности эмпирических исследований того, что является правовым.....	172
III. Правовая система.....	175
1. Понятие правовой системы.....	175
2. Правовое пространство и его составные части	177
3. Плюрализм. Общее представление.....	179
4. Правовой плюрализм. Разные проявления	180
5. Возражения против плюрализма.....	182
6. Где можно встретить подлинный юридический плю-	
'••• рализм?.....	184
7. Инфраюридические явления.....	186
8. Фольклорное право.....	187
9. Детское право.....	190
10. Вульгарное право.....	192
11. Правовая система как временная сфера	194
12. Правовая система как юридическое явление	197

13. Правовая аккультурация.....	198
14. Правовая аккультурация (продолжение). Обуславливающие факторы.....	200
15. Правовая аккультурация (окончание). Результаты 203 Примечания.....	205
Глава третья. МЕТОДЫ ЮРИДИЧЕСКОЙ СОЦИОЛОГИИ ..	210
Общие положения.....	210
I. Принципы.....	212
1. Правило объективности.....	212
2. Материальность.....	213
• 3. Беспристрастность.....	214
4. Историко-сравнительный метод.....	217
1 5. Историческое лицо метода	218
6. Сравнительное лицо метода.....	220
II. Анализ документов	222
1. Понятие и виды.....	222
2. Анализ юридических документов.....	223
3. Социологический анализ судебной практики	225
4. Значимость социологического анализа судебной практики	227
: 5. Практическая реализация исследовательской процедуры	229-
6. Анализ неюридических документов.....	231
7. Анализ прессы.....	232
8. Анализ литературных произведений.....	233
9. Ачализ иконографических документов	236
10. Количественный анализ документов.....	237
.11 & -;	
III. Изучение фактов	241
A. Наблюдение	241
1. Монографическое или качественное исследование	241
2. Количественный анализ.....	244
3. Различные техники количественного анализа	245
4. Стадии количественного анализа.....	248
5. Статистические источники, используемые социоло-	
: шей права.....	248
6. Исследование методом опроса. Выборка	251
7. Определение объекта выборочного опроса	254
8. Составление анкеты и проведение выборочного опроса.....	258
' 9. Анализ количественных данных.....	262
, 10. Анализ «естественных данных».....	26S
!• Б. Экспериментирование	267
: 11. Экспериментирование в юридической социологии.	
:L Законодательный эксперимент	267
--• 12. Лабораторный эксперимент.....!'.	270

§Ю

13. Тесты.....	272
Примечания.....	273
!Глава четвертая. ФУНКЦИИ ЮРИДИЧЕСКОЙ СОЦИОЛО-	
,ГИИ.....	277
I. Научная функция юридической социологии	277
1. Общая идея.....	277
2. Знание.....	279
3. Объяснение.....	281
4. Частичная индетерминированность правового	284
5. Научные законы в социологии права.....	292
6. Каузальный анализ.....	294
7. Процедуры каузального анализа.....	296
8. Критика.....	299
II. Практическая функция юридической социологии	301
1. Общая идея	301
2. Правовое решение.....	302
A. Помощь сторонам договора.....	303
3. Прикладная социология и договор.....	303
4. Прикладная социология и заключение договора	303
5. Прикладная социология и действие договора	304
B. Помощь судьям.....	307
6. Прикладная социология и юрисдикция. Социологическая экспертиза.....	307
7. Социологическое толкование как социальное толкование	310
8. Социологическое толкование как реалистическое гол-кование	312
9. Социологическое толкование как прикладная социология	314
Экскурс. Толкование как социологическое явление	316

В. Помощь законодателю.....	318
10. Прикладная социология и законодательство. Внешняя социология законодательства.....	318
11. Законодательная социология.....	321
12. Философская проблема законодательной социологии. Факт и право.....	323
13. Философская проблема законодательной социологии. Биологические аналогии	326
14. Эмпирические аргументы в пользу законодательной социологии.....	328
15. Использование социологических исследований в законодательном процессе.....	331
16. Различные техники законодательной социологии . . .	332
17. Опросы общественного мнения и законодательство	335
Примечания.....	338
Именной указатель.....	342
Предметный указатель.....	345

351

Жан Карбонье

ЮРИДИЧЕСКАЯ СОЦИОЛОГИЯ

ИВ № 14228

Художник *А. Мусин*

Художественный редактор *А. В. Лисиця*» Технический редактор *Т. И. Юрова*

Корректор *Н. И. Шарганова* . •

Сдано в набор 05.04.85. Подписано в печать 22.10.85. Формат 84x108'/з2. Бумага типограф. № 1. Гарнитура обыкновенная новая. Печать-высокая. Условн. печ. л. 18,48. Усл. кр.-отт. 18,48. Уч.-изд. л. 19,48. Тираж 6000 экз. Заказ № 1161. Цена 1 р. 60 к Изд. № 39493. Ордена Трудового Красного Знамени издательство «Прогресс» Государственного комитета СССР по делам издательств, полиграфии и книжной торговли. 119841, ГСП, Москва, Г-21, Зубовский бульвар, 17.

Московская типография № 11 Союзполигр.чф-прома при Государственном комитете СССР

по делам издательств, полиграфии и книжной торговли. Москва, 113105, Нагатинская, 1.