

УДК 340.1

Инструментальная теория права в зарубежном правоведении

Бреднева Валентина Сергеевна

Кандидат юридических наук, доцент,
заведующая кафедрой теории права и государственно-правовых дисциплин,
Сахалинский государственный университет,
693000, Российская Федерация, Южно-Сахалинск, ул. Ленина, 290;
e-mail: v-bredneva@mail.ru

Аннотация

В научной статье рассматривается содержание инструментальной теории в зарубежной науке, отличие инструментализма от нормативизма. Исследуются правовые учения Запада в работах Оливера Вендела Холмса (Oliver Wendell Holmes), Роско Паунда (Roscoe Pound), Ллевеллина Карла Никерсона (Karl Llewellyn), Феликса Коэна (Felix Cohen), Жером Фрэнка (Jerome Frank). Инструментализм известен не только в Америке, Европе, но и в азиатских странах как принцип практической философии, как систематическое мышление, определяющее выбор средств. Инструментальная теория является практико-ориентированной и базируется на следующих принципах: индивидуальный подход, применение правовых норм в контексте правовой ситуации, умение отойти от устоявшихся традиций, правил, взглядов; прагматическая природа права; неизбежное присутствие альтернативных точек зрения. Инструменталисты согласны с тем, что правовые нормы должны толковаться с учетом поставленных целей. Если буквальное толкование не способно привести к цели, то следует толковать иным образом, или не применять нормы. В таком случае судьи имеют право на расширительное толкование. Основные положения западного и азиатского инструментализма в целом совпадают с отечественным учением, однако в зарубежной литературе инструментальная теория права более популярна, чем в отечественной юриспруденции.

Для цитирования в научных исследованиях

Бреднева В.С. Инструментальная теория права в зарубежном правоведении // Вопросы российского и международного права. 2016. № 9. С. 167-174.

Ключевые слова

Инструментализм, нормативизм, доктрина, правовая теория, интегративная теория, формализм, правовые средства, теория права.

Введение

Инструментальная теория права формировалась не только в отечественной науке. В зарубежной научной литературе инструментальная теория права также существует. Её рассматривают и как стиль судебного рассмотрения дела, и как один из этапов развития формализма.

Фрагментарно идея инструментальной теории можно встретить еще в научных трудах К. Макса и Ф. Энгельса: право воспринимается, как инструмент для достижения цели господствующего класса, содержание которой определяется материальными условиями жизни.

Инструментальная теория права является практико-ориентированной и базируется на следующих принципах: важен контекст (детали конкретной юридической ситуации); умение отойти от устоявшихся традиций, правил, взглядов; инструментальная (праксиологическая) природа права; неизбежное присутствие альтернативных точек зрения.

С позиции инструментального подхода, который продолжает многие постулаты прагматизма, истина ради истины бессмысленна. Она не может быть целью познания, истинная задача – достижение «согласия между людьми относительно того, что им следует делать; достигать консенсуса относительно тех целей, к которым следует стремиться, и тех средств, которыми следует пользоваться для достижения этих целей».

Юридические прагматики, такие как Даниэль Фарбер, Томас Грей, Маргарет Радин и Ричард Познер считают, что классический взгляд чрезмерно формальный, наивно рационалистический и не учитывает дефектов, пробелов в правовых институтах. В классическом варианте принятие судебных решений основывается на традиционных, устоявшихся правилах, которые во много ограничивают свободу судей, сторонники прагматизма подчеркивают эклектичность и разнообразие целей и задач закона.

Западные доктрины

Зарубежные авторы, как и отечественные правоведы, анализирует дискуссии вокруг сложившихся концепций правопонимания.

В зарубежной литературе встречаются словари теории права, которые включают различные категории «скаляры», «двоичные файлы», «правовые средства», «инструментализм». Подробно эти категории рассматривает Б. Лоуренс, профессор Калифорнийского университета в Лос-Анжелесе.

Закон часто требует ответа на вопрос «да» или «нет», например «виновен ли ответчик?». Если на вопрос предполагается только один из двух возможных ответов, то такой вопрос «двоичный». В таком случае право требует, чтобы правоприменитель обозначал действительность в «черных и белых цветах». Реальный мир представляет собой оттенки серого. Когда вопрос становится о степени или вероятности (например, виновности ответчика), такой вопрос называется «скалярным».

Привычный в отечественной литературе термин «правовые средства» по своему содержанию соответствует в словаре категории «means»: «хороший судья должен обладать практической мудростью в выборе надлежащих правовых целей и средств» (дословно: «the good judge must possess practical wisdom in her selection of the proper legal ends and means»).

В зарубежной литературе также ведутся дискуссии о соотношении формализма (нормативизма) и инструментализма.

Б. Лоуренс выделяет следующие общие черты формализма:

- судьи должны применять закон, а не создавать его;
- есть правовые нормы, которые устанавливают запреты для субъектов права;
- судьи должны разрешать дела теми способами, которые согласуются с текстами правовых актов или прецедентами.

По мнению Б. Лоуренса, основная идея формализма заключается в том, что право (конституции, законы, правила и прецеденты) устанавливает конкретные правила, что возможно делать, и эти правила являются санкционированным публичным стандартом того, что является законным или противозаконным.

Б. Лоуренс называет основоположниками инструментализма Оливера Вендела Холмса (Oliver Wendell Holmes), Роско Паунда (Roscoe Pound), Ллевеллина Карла Никерсона (Karl Llewellyn), Феликса Коэна (Felix Cohen), Жером Фрэнка (Jerome Frank).

Инструменталисты согласны с тем, что правовые нормы должны толковаться с учетом поставленных целей. Если буквальное толкование не способно привести к цели, то следует толковать иным образом, или не применять нормы. В таком случае судьи имеют право на расширительное толкование.

Интересен тот факт, что в современной американской юриспруденции, формализм, как и в отечественной науке, имеет сильные позиции. Это связано с тем, что существуют «экстремальные» версии инструментализма, которые абсолютно не ограничивают пределы расширительного толкования права судьями. В таком случае сложно предугадать судебное решение. Закон же имеет более четкие границы дозволенного и запрещенного.

В целом, Б. Лоуренс делает вывод, что сопоставлять формализм и инструментализм необходимо с осторожностью, поскольку большая часть дискуссий связана с тем, что это две разные концепции, они рассматривают правовые явления в разных плоскостях.

Оливер Вендел Холмс разделял многие взгляды позитивистов относительно правовых (властно-принудительных) средств, однако в его работах присутствовали идеи инструментализма за счет признания правотворческой роли суда и иной правоприменительной деятельности [Holmes, 1881].

В 1881 году издано его знаменитое сочинение «Общее право» («The Common Law»), которое в последующем постоянно переиздавалась. Эта книга является значимой работой по американскому праву, созданной практикующим адвокатом. Одной из идей О.В. Холмса является утверждение, что судебный приговор опирается не столько на корректность

методологических выводов разбирательства, сколько на внеправовые обстоятельства (например, моральные ценности и личное убеждение судьи).

Несмотря на то, что в отечественной юридической науке Роско Паунда чаще относят к сторонникам социологической концепции, в его работах содержится немало идей, лежащих в основе современного инструментализма.

Ллевеллин Карл Никерсон – одни ученые относят его к инструменталистам, другие называют основоположником правового реализма. Следует признать, что грань между инструментализмом и правовым реализмом весьма тонкая, многие базовые идеи очень схожи.

По мнению Ф. Шапиро, К.Н. Ллевеллин является одним из двадцати самых цитируемых учёных-юристов XX века. Написанная более 80 лет назад книга К.Н. Ллевеллина «Куст ежевики» (*The Bramble Bush*) до сих пор остается в англоязычной юриспруденции популярной, переиздаваемой и рекомендуемой для студентов, ученый писал: «для дальнейшего пути, для крупномасштабного изменения и роста доктрины и наших правовых институтов, почти незамеченные факты порой существеннее, чем исторические ключевые» [Llewellyn, 2012].

Феликс Коэн (Felix Cohen) писал: «Когда мы признаем, что правовые нормы – просто формулы, унифицирующие судебную практику, что юридические понятия аналогично – образцы или функционал для судебных решений, что сами решения не продукты логического партеногенеза, родившегося существующими ранее правовыми принципами, а социальные события с социальными причинами и последствиями, тогда мы готовы к серьезному делу оценки закона и правовых институтов с точки зрения некоторого стандарта человеческих ценностей».

Инструментальное учение является разновидностью интегративной теории, которую за рубежом детально разрабатывал Берман Гарольд Джон: «Необходимо преодолеть заблуждение относительно исключительно политической и аналитической юриспруденции («позитивизм»), или исключительно философской и моральной юриспруденции («теория естественного права»), или исключительно исторической и социо-экономической юриспруденции («историческая школа», «социальная теория права»). Нам нужна юриспруденция, которая интегрирует все три традиционные школы и выходит за их пределы. Такая единая юриспруденция подчеркивала бы, что в право надо верить, иначе оно не будет работать; а это включает не только разум, но также чувства, интуицию и веру. Это требует полного общественного осознания».

Г. Дж. Берман предлагает дать праву более широкое определение, чем разработала каждая из школ: как социальное действие, процесс, в котором переплетаются нормы, ценности и факты. Именно приспособленность права к реальным условиям жизни общества является его основным признаком.

«Если определить право как деятельность, как процесс законотворчества, судебного рассмотрения, правоприменения и других форм придания правового порядка общественным отношениям через официальные и неофициальные модели поведения, то его политический, моральный и исторический аспекты могут быть сведены воедино» [Берман, 1999].

Учение Востока

Инструментализм известен не только в Америке, Европе, но и в азиатских странах.

Термин инструментализм встречается в китайской Энциклопедии Нового Знания, изданной впервые в 1923 году в период больших культурных и социальных потрясений. Энциклопедия хотела поддержать Новое Культурное Движение, которое преследовало цель модернизации китайского общества во всех его аспектах посредством принятия иностранного знания. Поэтому, его содержание сосредотачивается исключительно на западном знании и мысли. Научная работа охватывает политику, религию, экономику, юриспруденцию, общество, философию, литературу, искусство, психологию, этику, образование, и естественные науки. В энциклопедии инструментализм понимается в качестве научной концепции (больше в сфере философии), одного из направлений прагматизма, стандарта, как зависимость понимания истины от содержания фактической работы.

Англо-японские словари также содержат категорию «инструментализм», толкуя его как принцип практической философии, как систематическое мышление, которое будет определять выбор средств. При этом в качестве средств могут выступать идеи, которые будут определять дальнейшие действия и результат.

Выводы

Таким образом, инструментальное учение широко известно в мировой научной литературе. Его воспринимают как направление прагматизма, интегративной теории. Ключевые положения западного и азиатского инструментализма в основном совпадают с отечественным учением, однако в зарубежной литературе инструментальная теория права более популярна, чем в отечественной юриспруденции.

Библиография

1. Берман Г. Дж. Интегрированная юриспруденция // Вера и закон: примирение права и религии. М., 1999. С. 342-343
2. Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования. М., 1994. С. 16-17.
3. Гурвич Г. Д. Философия и социология права. СПб.: СПбГУ, 2004. 848 с.
4. Маркс К. Манифест Коммунистической партии. М.: Вагриус, 1999. 175 с.
5. Рорти Р. Релятивизм: найденное и сделанное. Философский прагматизм Ричарда Рорти и российский контекст. М.: Издательский дом Международного университета в Москве, 2006.
6. Antony Hatzistavrou. Instrumental rules and motivation // Legal Theory. 2006. 12 (4). P. 315-345.
7. Brint Micheal and William Weaver. Pragmatism in Law and Society. Boulder: Westview Press, 1991.

8. Tamanaha Brian Z. Pragmatism in U.S. Legal Theory: Its Application to Normative Jurisprudence. *Sociolegal Studies and the Fact-Value Distinction // American Journal of Jurisprudence*. 1996. №41. P. 315.
9. Holmes Oliver Wendell. *The Common Law*. London: Little, Brown, 1881. 422 p.
10. Llewellyn K.N. *The Bramble Bush: on our law and its study*. New Orleans: Quid Pro, LLC, 2012. 202 p.
11. Shapiro Fred R. The Most-Cited Legal Scholars // *Journal of Legal Studies*. 2000. № 29 (1). P. 409-426.
12. Solum Lawrence B. Virtue as the End of Law: An Aretaic Theory of Legislation. URL: <http://ssrn.com/abstract=2563233>.
13. Solum Lawrence B. Formalism and Instrumentalism URL: <http://ssrn.com/abstract=2367953>
14. Twining William L. *Karl Llewellyn and the Realist Movement*. London: Weidenfeld & Nicolson, 1943.
15. Xin Wenhua Cishu 新文化辭書 (Encyclopedic Dictionary of New Knowledge), Shanghai: Commercial Press, 1923.

The instrumental theory of the right in foreign jurisprudence

Valentina S. Bredneva

PhD in Law, Associate Professor,
Head of the Department of theory of law and state and legal disciplines,
Sakhalin State University,
693000, 290 Lenina str., Yuzhno-Sakhalinsk, Russian Federation;
e-mail: v-bredneva@mail.ru

Abstract

In the scientific article the author analyzes contents of the instrumental theory in foreign science, and the difference of an instrumentalism from a normative theory. Legal doctrines of the West are described in scientific works Oliver Wendell Holmes, Roscoe Pound, Karl Llewellyn, Felix Cohen, Jerome Frank and others. The instrumentalism is known in America, Europe, and also in the Asian countries as the principle of practical philosophy, as the systematic thinking approach defining the choice of means. The instrumental theory and its practice are based on the following principles: individual approach, use of precepts of law in the context of a legal situation, ability to depart from the settled traditions, rules, and views; the practical nature of right; inevitable presence of the alternative points of view. Instrumentalists

agree that precepts of law have to be interpreted taking into account the goals. If literal interpretation isn't capable to lead to the purpose, then it should be interpreted otherwise, or not to be applied. In that case judges have the right for broad interpretation. Basic provisions of the Western and Asian instrumentalism in general coincide with the domestic paradigm, however in foreign literature the instrumental theory of the right is more popular than in domestic law.

For citation

Bredneva V.S. (2016) Instrumental'naya teoriya prava v zarubezhnom pravovedenii [The instrumental theory of the right in foreign jurisprudence]. *Voprosy rossiiskogo i mezhdunarodnogo prava* [Matters of Russian and International Law], 9, pp. 176-174.

Keywords

Instrumentalism, normative theory, doctrine, legal theory, integrative theory, formalism, legal means, the theory of the right.

References

1. Antony Hatzistavrou (2006) Instrumental rules and motivation. *Legal Theory*, 12 (4), pp. 315-345.
2. Berman H. J. (1999) Integrirovannaya yurisprudentsiya [Integrated jurisprudence]. In: *Vera i zakon: primirenie prava i religii* [Faith and law: compromising legal science and religion]. Moscow.
3. Berman H. J. (1994) *Zapadnaya traditsiya prava: epokha formirovaniya* [Western law development]. Moscow.
4. Brint Micheal and William Weaver (1991) *Pragmatism in Law and Society*. Boulder: Westview Press.
5. Gurvich G. D. (2004) *Filosofiya i sotsiologiya prava* [Philosophy and social science in law]. St. Petersburg: St. Petersburg State University.
6. Holmes Oliver Wendell (1881) *The Common Law*. London: Little, Brown.
7. Llewellyn K.N. (2012) *The Bramble Bush: on our law and its study*. New Orleans: Quid Pro, LLC.
8. Marx K. (1999) *Manifest Kommunisticheskoi partii* [Communist party manifest]. Moscow: Vagrius Publ.
9. Rorty R. (2006) *Relyativizm: naidennoe i sdelannoe. Filosofskii pragmatizm Richarda Rorti i rossiiskii kontekst* [Relativism findings and results. Rorty's pragmatism in Russian context]. Moscow: International University Publishing
10. Shapiro Fred R. (2000) The Most-Cited Legal Scholars. *Journal of Legal Studies*, 29 (1), pp. 409-426.
11. Solum Lawrence B. *Virtue as the End of Law: An Aretaic Theory of Legislation*. Available at: <http://ssrn.com/abstract=2563233> [Accessed 15/07/2016]

12. Solum Lawrence B. *Formalism and Instrumentalism* Available at: <http://ssrn.com/abstract=2367953> [Accessed 15/07/2016]
13. Tamanaha Brian Z. (1996) Pragmatism in U.S. Legal Theory: Its Application to Normative Jurisprudence. *Sociolegal Studies and the Fact-Value Distinction. American Journal of Jurisprudence*, 41, p. 315.
14. Twining William L. (1943) *Karl Llewellyn and the Realist Movement*. London: Weidenfeld & Nicolson.
15. Xin Wenhua Cishu (1923) 新文化辭書 [Encyclopedic Dictionary of New Knowledge]. Shanghai: Commercial Press.