

САНКТ-ПЕТЕРБУРГСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ

На правах рукописи

Куликова Мария Сергеевна

**СУДЕБНАЯ МЕТОДОЛОГИЯ Г. КАНТОРОВИЧА:
КРИТИЧЕСКИЙ АНАЛИЗ ПОИСКА «СВОБОДНОГО ПРАВА»**

Научная специальность 5.1.1. Теоретико-исторические правовые науки

Диссертация на соискание ученой степени

кандидата юридических наук

Научный руководитель:

доктор юридических наук, профессор

Луковская Джаневра Игоревна

Санкт-Петербург

2023

ОГЛАВЛЕНИЕ

Введение	3
Глава I. Герман Канторович – основоположник школы свободного права и его программный Манифест «Борьба за науку права».....	17
Глава II. Место юриспруденции в системе наук. Методология определения понятий в учении Г. Канторовича. Определение понятия права	50
§ 1. Юриспруденция в системе социально-гуманитарных наук	50
§ 2. Проблема определения понятия: «вербальный реализм» как методологическая ошибка при определении понятия	61
§ 3. «Концептуальный прагматизм» как правильный способ определения понятия.....	69
§ 4. Генезис понятия права	75
§ 5. Внешние правила поведения: отличие права от морали, квазиморали и социальных обычаев.....	86
§ 6. Виды внешних правил поведения	105
Глава III. Концепция судебной методологии	111
§ 1. Шесть разновидностей права. Формальное и свободное право.....	111
§ 2. Метод «свободного нахождения права»	123
§ 3. Образ идеального судьи	140
Глава IV. Эволюция и преемственность идей свободного права.....	147
§ 1. Методология Канторовича и ее практическое применение в контексте теоретических дискуссий в юриспруденции	147
§ 2. Судебная методология Канторовича в восприятии судей-практиков.....	161
§ 3. Судебная методология Канторовича в условиях мысленного эксперимента	169
Заключение.....	196
Список использованной литературы.....	200

Введение

Актуальность темы исследования. Герман Канторович (1877-1940) – один из основоположников европейского движения свободного права конца XIX – начала XX вв. Постулаты учения о свободном праве, изложенные впервые в основополагающей работе Г. Канторовича – в Манифесте «Борьба за науку права» (1906) оказали существенное влияние на развитие не только правовой теоретической мысли, но и практической юриспруденции XX века¹, прежде всего, методологии судебной деятельности.

Особое внимание привлекает соотношение идей Канторовича и представителей американского правового реализма, который признается одним из наиболее актуальных направлений правовой мысли². И хотя сам Канторович вел полемику с правовыми реалистами, при этом он высказывал аргументы, которые и сейчас представляют интерес для философии (теории) права³.

Можно утверждать, что правовое учение одного из наиболее часто цитируемых правоведов в XX веке⁴, в свое время даже номинированного вместе с Г. Кельзеном на Нобелевскую премию мира в 1934 году⁵, сыграло и

¹ Довольно затруднительно проследить отражение теории в судебной практике, в силу абстрактности первой и казуальности второй, однако, в монографиях некоторых судей, описывающих процедуру принятия решения, например, Б.Н. Кардозо, все же можно найти идеи, присутствующие и в размышлениях Г. Канторовича, в том числе посредством прямых отсылок на произведение Канторовича, написанное под псевдонимом Гнея Флавия, – «Борьба за науку права».

² Так, Е.Н. Тонков и Д.Е. Тонков пишут: «Реализм позволяет обобщить эмпирические измерения правопорядка, он интегрирует теоретические и практические феномены, без этого направления юриспруденции современные исследования уже не могут претендовать на всестороннее осмысление права». См.: Тонков Е. Н., Тонков Д. Е. Правовой реализм. СПб., 2022. С. 413. Другой авторитетный отечественный правовед И.Л. Честнов в своей рецензии на упомянутую работу пишет, что правовой реализм является «чрезвычайно актуальным для постсовременной юриспруденции» направлением. См.: Честнов И.Л. Реалистично о правовом реализме: рецензия на монографию: Тонков Е. Н., Тонков Д. Е. Правовой реализм. СПб. : Алетейя, 2022. 464 с. Lex russica (Русский закон). 2022. № 75 (12). С. 153. DOI 10.17803/1729-5920.2022.193.12.145-153.

³ См., напр.: Schmidt K.I. How Hermann Kantorowicz Changed His Mind About America and Its Law, 1927–34 // K.I. Schmidt / Law and History Review. 2023. pp. 1–25. DOI 10.1017/S0738248023000020.

⁴ Об этом см.: Meyer-Pritzl R. Famous scholars from Kiel: Hermann Kantorowicz [Electronic resource] : офиц. портал Кильского ун-та им. Кристиана Альбрехта. URL: <https://www.uni-kiel.de/grosseforscher/index.php?nid=kantorowicz&lang=e>. (дата обращения: 11.03.2023), а также Goodhart A.L. Introduction to H. Kantorowicz's The Definition of Law. См. подробнее: Kantorowicz H. The Definition of Law / Campbell A.H., Goodhart A.L. // Cambridge at the University Press. 1958. S. 14.

⁵ Об этом см. подробнее: Официальный сайт Нобелевского комитета [Электронный ресурс]. URL: <https://www.nobelprize.org/nomination/archive/show.php?id=7398> (дата обращения: 13.04.2023).

в известной мере продолжает играть существенную роль в развитии социологической юриспруденции⁶ и в целом теоретического правоведения⁷. О том, что Г. Канторович оставил значительный след в правовой науке⁸, могут свидетельствовать современные исследования его творчества иностранными правоведами – такими юристами с мировым именем, как С.Л. Полсон⁹, а также Р. Алекси¹⁰. Р. Алекси даже учредил институт имени Германа Канторовича в университете г. Киль (Германия) и ежегодно организывает конференции в его честь.

Однако взгляды представителей движения свободного права на сегодняшний день практически даже не упоминаются либо упоминаются довольно скромно в учебной литературе по истории правовых и политических учений; а отдельные монографические исследования на русском языке единичны и по большей части относятся к дореволюционному периоду, что свидетельствует о слабой имплементированности идей движения свободного права в ткань российской научно-правовой мысли вообще и незаслуженном индифферентном отношении отечественной правовой науки к концепции Г.

⁶ Так, Г.Э. Адыгезалова пишет, что «вторым направлением в рамках американской социологии права можно выделить реалистическую школу», хотя утверждение о причислении правовых реалистов к социологическому направлению остается на настоящий момент дискуссионным в правовой науке. Подробнее см.: Адыгезалова, Г.Э. Социологическая юриспруденция США в XX веке: формирование доктрины, развитие и совершенствование правопорядка. СПб., 2012. С. 28.

⁷ Kantorowicz H. Some Rationalism about Realism [Electronic resource] // Yale Law Journal. 1934. Vol. 43, Issue 8. P. 1241-1242. URL: https://proxy.library.spbu.ru:4166/HOL/Page?public=true&handle=hein.journals/ylr43&div=69&start_page=1240&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults (дата обращения: 11.03.2023).

⁸ Необходимо упомянуть, что Канторович был знаменит как не только теоретик права, но и историк права. Так, по теме история права им были опубликованы такие работы как, например, «Max Conrat(Cohn) und die mediävistische Forschung» (1912); «Ausgabe von Max Conrats Schrift, Römisches Recht im frühesten Mittelalter» (1913); «Zu den Quellen des Schwabenspiegels» (1913); «Geschichte des Gandinustextes, 1. Teil» (1921). Также Канторович преподавал уголовное право и криминалистику. См.: Muscheler K. Hermann Ulrich Kantorowicz: Eine Biographie. Berlin, 1984. S. 99. Он также активно публиковал работы по актуальным политическим вопросам. См., напр.: «Der Völkerbund im Jahre 1922» (1924); «Fechenbachurteil und Kriegsschuldfrage» (1925); «Pazifismus und Fascismus» (1925); «Der Geist der englischen Politik und das Gespenst der Einkreisung Deutschlands» (1929).

⁹ Paulson S. L. On the Background and Significance of Gustav Radbruch's Post-War Papers // Oxford Journal of Legal Studies. 2006. Vol. 26, № 1. pp. 17-40.

¹⁰ См., напр.: Alexy R. Hermann Kantorowicz-Lecture – Hermann Kantorowicz' geltungsfreier Rechtsbegriff [Electronic resource] : official portal of Christian Albrecht University in Kiel. URL: https://www.hermann-kantorowicz-institut.uni-kiel.de/de/aktuelles/copy_of_4-hermann-kantorowicz-lecture (дата обращения: 11.03.2023)

Канторовича в частности. Недостаточная степень изученности работ Канторовича отечественной правовой доктриной объясняется, в частности, тем, что до сих пор отсутствуют переводы трудов Канторовича, которые он писал на немецком и английском языках. Для сравнения отметим, например, известные переводы трудов другого выдающегося правоведа XX столетия, также разделявшего основополагающие тезисы движения свободного права, Ойгена Эрлиха¹¹, которые весьма широко исследуются российскими правоведами¹².

Отдельной темой исследования могло бы стать соотношение идей Г. Канторовича и О. Эрлиха. Часто не столько даже в научной литературе, априорно допускающей дискуссионность содержащихся в ней тезисов, сколько в учебной литературе, нацеленной, скорее, на констатирование определенных постулатов¹³, можно встретить причисление Эрлиха к основоположникам не социологии права – направления в юриспруденции, датой основания которой многие считают год выхода в свет труда Эрлиха «Основоположение социологии права» (1913)¹⁴, а движения свободного права¹⁵, коль скоро Эрлих писал о необходимости нахождения «живого права»

¹¹ В научной литературе допустим альтернативный перевод имени «Евгений Эрлих», который, возможно, получил распространение из-за своего написания (при сокращении имени «E. Ehrlich» заглавная буква имени указывается «Е»). Учитывая происхождение правоведа (на момент рождения Эрлиха город Черновцы входил в Австро-Венгерскую империю), нами в работе будет использоваться немецкий вариант имени «Ойген» (Eugen).

¹² См., напр.: Антонов М.В. Путь и перспективы правового учения Ойгена Эрлиха [Electronic resource] // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2012. №4. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/put-i-perspektivy-pravovogo-ucheniya-oygena-erliha> (дата обращения: 15.03.2023), Антонов М.В. Ойген Эрлих : живое право против правового плюрализма? [Electronic resource] // Правоведение. 2013. №1 (306). URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/oygen-erlih-zhivoe-pravo-protiv-pravovogo-plyuralizma> (дата обращения: 15.03.2023), Антонов М.В. Социология права Ойгена Эрлиха // Правоведение. 2008. № 6. С. 128-137, Тимошина, Е. В. Л.И. Петражицкий VS Е. Эрлих: два проекта социологии права // Правоведение. 2013. №5 (310). С. 77-96, Бородин Е.А. Теория «живого права» в системе современного российского правопонимания // Философия права. 2014. № 2 (14). С. 64-70 и др.

¹³ См., напр.: История правовых и политических учений : Учебник / отв. ред. В.В. Лазарев. М., 2019. С. 615.

¹⁴ Антонов М.В. Путь и перспективы правового учения Ойгена Эрлиха [Electronic resource] // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2012. №4. С. 42. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/put-i-perspektivy-pravovogo-ucheniya-oygena-erliha> (дата обращения: 15.03.2023).

¹⁵ В данном случае следует также предварительно оговориться, что сам Г. Канторович в приложении, которое он составил к манифесту «Битва за науку права», указывал О. Эрлиха среди представителей движения свободного права. Однако выдвинутая нами гипотеза базируется на идее, что в момент возникновения нового подхода в науке к представителям причисляются все те ученые, которые в большей или меньшей степени разделяют основные тезисы такого подхода. Соответственно, не желая умалить достижение О. Эрлиха как основоположника социологии права, будем исходить из того, что движение свободного права можно соотнести с социологией права только в части, но не в целом. Схожую позицию высказывал М.В. Антонов в

посредством «свободного поиска». Такой семантический вывод на настоящий момент кажется преждевременным, и, как представляется, именно более подробное изучение концепции Г. Канторовича позволит провести детальное разграничение двух схожих, но не тождественных подходов.

С учетом общей тенденции современной правовой науки, направленной на междисциплинарность исследований, актуальны идеи Г. Канторовича о необходимости приблизить теорию права не только к практическим условиям жизни, но и к другим отраслям знаний, которые могли бы помочь судье принять справедливое решение. Более того, концепцию Г. Канторовича можно отнести к одной из первых интегративных правовых теорий¹⁶, появившихся на рубеже классической и постклассической юриспруденции. Предпринятая правоведом попытка симбиоза естественно-правовой и позитивистской теорий на базе социологической юриспруденции, в том числе и его вариант поиска консенсуса в вопросе о разделительном тезисе, может быть оценена в контексте новых, синтетических подходов к праву, появившихся во второй половине XX в. (Дж. Холл, Г. Бермана и др.).

Г. Канторович отстаивал взаимодополняемость знаний теоретического и практического характера как обуславливающую их практическую эффективность. Хотя немецкий правовед и мог бы согласиться со знаменитой фразой: «Теория без практики мертва, а практика без теории слепа», все же им отдавалось предпочтение ориентации именно теории на потребности практики, а не наоборот. В связи с этим он писал, что такое взаимодействие должно осуществляться до момента, «пока теория не станет достаточно практичной»¹⁷. Такой подход выразился в последующей разработке

своей работе «Социология права Ойгена Эрлиха». См. подробнее: Антонов М.В. Социология права Ойгена Эрлиха // Правоведение. 2008. № 6. С. 129.

¹⁶ В науке проводится разграничение «интегративного» и «интегрального» понимания права. Хотя в некоторых работах отдельно отмечается намерение использовать данные понятия в качестве синонимов. См., напр.: Антонов, М.В. Об интегральной юриспруденции и энциклопедии правоведения // Энциклопедия правоведения или интегральная юриспруденция? Проблемы изучения и преподавания / отв. ред. В. Г. Графский. М., 2013. С. 88—98.

¹⁷ Kantorowicz H. Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik [Electronic resource]. Berlin : J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung GmbH, 1907. Bd. 1. S. 7. URL: <https://archive.org/details/albertusgandinu00kantgoog/page/n21/mode/2up?q=Praxis> (дата обращения: 11.03.2023).

правоведом новой судебной методологии, соблюдающей баланс между доктринальными разработками науки и актуальными потребностями социальной жизни. Разрабатывавшаяся Германом Канторовичем судебная методология, универсальная по сфере своего применения, позволила бы в современных реалиях усовершенствовать применяемую в юридической практике систему принципов и методов судебной деятельности.

Фундаментальным представлялся Канторовичу также столь актуальный и сегодня вопрос о совершенствовании юридического образования. Нацеленность на междисциплинарность знаний он считал основополагающим критерием профессиональной компетенции юриста, в особенности судьи, в личности которого Канторович усматривал гарантию справедливости¹⁸.

Степень разработанности темы. В российской правовой науке отсутствуют комплексные, многоаспектные исследования идей Германа Канторовича. Объем научной литературы, упоминающей Г. Канторовича и отсылающей к его работам, как правило, ограничивается кратким обзором основных тезисов движения свободного права. Так, в монографическом исследовании современного правоведа А.Г. Карапетова Канторовичу отведен отдельный, но все же совсем небольшой параграф (в данном случае это связано с общим, обзорным характером монографии).

В дореволюционный период отечественной науки идеи свободного права анализировались в трудах Е.В. Васьковского, Г.Д. Гурвича, А.В. Завадского, Б.А. Кистяковского, М.Я. Лазерсона С.А. Муромцева, П.И. Новгородцева, И.А. Покровского, П.А. Сорокина, Н.С. Тимашева, И.З. Штейнберга. В советский период юристы, изучающие эти идеи, чаще всего подвергали их критике, объяснимой в силу существовавшей тогда идеологии. Так, движение свободного права рассматривали в своих работах С.И. Вильнянский, О.Ф. Иваненко, С.Ф. Кечекьян, Д.И. Луковская, Б.Л. Манелис,

¹⁸ Об этом прямо пишет Б.Н. Кардозо с отсылкой к Канторовичу. См. подробнее: Кардозо Б.Н. Природа судейской деятельности / пер. с англ., вступ. слово С. Л. Савельев, предисловие А.Г. Карапетова. М., 2017. С. 12.

В.П. Марчук, П.Е. Недбайло, П. Попов, В.А. Туманов. На сегодняшний день отдельные аспекты концепций свободного права освещаются в работах М.В. Антонова, В.Г. Баева, А.Н. Верещагина, Ю. И. Гревцова, В.С. Горбаня, С.В. Липеня, Д.И. Луковской, А.Г. Карапетова, М.Н. Марченко, В.В. Оглезнева, А.В. Полякова, Е.В. Тимошиной, Д.Е. Тонкова, Е.Н. Тонкова и др.

В зарубежной правовой литературе те или иные аспекты учения свободного права затрагивались или в некоторых случаях изучались специально в работах Р. Алекси, И. Аугсберга, А. Барака, О. Бюлова, Э. Д'Амато, Р. Дворкина, С. Зилберга, Ф. Имбрука, Б.Н. Кардозо, Х. Канигса, Х. Кётца, Ф. Кляйна, В. Коха, К. Ллевеллина, С. Лепсиус, В. Ломбарди, М. Макдональда, Д. фон Мёнха, Р. Мейера-Притцла, К. Мушелера, Г. Радбруха, К. Рибшлегера, С. Полсона, Э. Фукса, Г. Харта, Ф. Хека, Л. Цвайгерта, Я. Шапа, Р. Штаммлера, Е. Штампе, Л. Эннекцеруса, О. Эрлиха, П. Эртманна и других авторов.

Объект и предмет исследования. Объектом исследования являются правовая концепция Германа Канторовича, в том числе его учение о свободном праве. Предметом исследования являются научные положения правовой концепции Г. Канторовича, посвященные главным образом определению юридической (судебной) методологии и теоретическому обоснованию предлагавшихся им новаций в контексте подходов к определению понятия права, выделению из социальных наук юриспруденции.

Цель и задачи исследования. Целью исследования является проблемная реконструкция прежде всего идей Германа Канторовича как основоположника движения свободного права, а также методологии применения его идей в практической деятельности суда. Для достижения данной цели в работе ставятся следующие задачи:

– реконструировать с современных позиций основные положения правовой теории Германа Канторовича;

- проанализировать подход Германа Канторовича к методологии определения понятия права и выявлению места юридической науки в системе социально-гуманитарных дисциплин;
- реконструировать на этой основе методологию толкования и поиска права, обосновывавшуюся Германом Канторовичем;
- обозначить преемственность идей Германа Канторовича в теории и философии права XX века; обозначить их восприятие в практической деятельности судов континентального и общего права;
- выявить и проанализировать особенности судебной методологии Германа Канторовича, основанной на идее баланса интересов, на примере мысленного эксперимента.

Методологическую основу исследования составляют прежде всего метод проблемно-теоретической реконструкции – основной метод исследования истории правовых идей, возможности использования которого были научно обоснованы Д.И. Луковской¹⁹, а также общенаучные и специальные методы познания, обеспечивающие объективность, историзм и компаративизм, в частности, системный подход, описательный и сравнительно-правовой методы, биографический и портретно-индивидуализирующий, методы логического анализа и т.п. Помимо указанных, в целях проверки практической значимости судебной методологии, разработанной Канторовичем, был использован метод мысленного эксперимента, применяемый правоведами для иллюстрирования практической значимости теоретических идей²⁰.

Теоретическая база. Основу исследования составляют положения и выводы, сформулированные в трудах отечественных учёных – специалистов в

¹⁹ Луковская Д. И. Теоретико-методологические проблемы истории политических и правовых учений: диссертация ... доктора юридических наук: 12.00.01. Л., 1986. 412 с.; Луковская Д.И. Политические и правовые учения: историко-теоретический аспект. Л., 1985. С. 154.; Луковская Д. И. Предмет и методология истории политических и правовых учений // Правоведение. 2007. № 3. С. 197–211.

²⁰ См., напр.: D'Amato A. On the Connection between Law and Justice[Electronic resource] // University of California. Davis Law Review. 1992. Vol. 26, №. 527. pp. 10-92. URL: <https://ssrn.com/abstract=1739988> (дата обращения: 11.03.2023).

области теории и философии права, истории политических и правовых учений: Н.С. Васильевой, А.Н. Верещагина, И.Ю. Козлихина, С.В. Липеня, Д.И. Луковской, В.П. Марчука, В.В. Оглезнева, А.В. Полякова, Е.В. Тимошиной, И.Л. Честнова и др.; зарубежных правоведов: Ф. Адикса, Р. Алекси, И. Аугсберга, С. Зилберга, Э. Фукса, Р. Штаммлера, О. Эрлиха и др.; для анализа эволюции идей свободного права и их восприятия в зарубежной и отечественной правовой науке были использованы работы дореволюционных правоведов: И.З. Штейнберга, А.В. Завадского и др.; зарубежных правоведов: И. Аугсберга, Г. Бермана, Р. Дворкина, Дж. Холла а также практикующих юристов-судей Б.Н. Кардозо, Г. Корстенса.

Источниковая база. Настоящая исследовательская работа основывалась на опубликованных работах Г. Канторовича на английском и немецком языках, а также на неопубликованной переписке Г. Канторовича с его другом Г. Радбрухом²¹, которая была доступна для исследования в архиве Фрайбургского университета в рамках научной стажировки автора в Институте фундаментальных правовых исследований им. Германа Канторовича при Кильском университете. Параграф об эмпирической преемственности идей Канторовича (параграф 4.2.) основывается на анализе судебной практики, проведенном в период включенного наблюдения²² за поведением судьи, что позволило эксплицировать неофициальные правила, которыми руководствуется суд при принятии решения²³.

²¹ Полностью данная переписка не опубликована, однако, в определенной части она есть в работе сына Г. Канторовича – Фрэнка Картера Канторовича «Густав Радбрух и Герман Канторович: Два друга и книга: размышления о работе Гнея Флавия «Битва за юриспруденцию» (1906)».

²² Социокультурная антропология права : коллективная монография / под ред. Н.А. Исаева, И.Л. Честнова. СПб., 2015. С. 134.

²³ Наблюдение заключалось в процессуальном участии, в качестве секретаря судебного заседания, в судебных процессах, завершившихся вынесением приговоров по ст. 228 УК РФ, ст. 228.1 УК РФ, рассмотренных судьей в период с 13.06.2019 по 30.06.2020. Выборка включала в себя 12 судебных процессов, приговоры по которым вступили в законную силу, не были отменены или изменены. Номера судебных дел в хронологическом порядке вынесения приговоров: 1-56/2020 от 28.01.2020; 1-23/2020 от 31.01.2020; 1-29/2020 (1-387/2019) от 12.02.2020; 1-86/2020 от 11.03.2020; 1-175/2020 от 10.06.2020; 1-79/2020 от 29.06.2020; 1-32/2020 от 23.07.2020; 1-265/2020 от 30.07.2020; 1-270/2020 от 05.08.2020, 1-300/2020 от 01.09.2020; 1-191/2020 от 16.12.2020; 1-131/2021 от 15.04.2021.

Научная новизна исследования обусловлена прежде всего авторской проблемно-теоретической реконструкцией основных положений учения Канторовича о свободном праве с учетом перевода его трудов, ранее неизвестных отечественному читателю, на русский язык. Воспроизведены и реконструированы с современных позиций идеи Канторовича, существенно важные, в том числе и для обоснования им методологии судебной деятельности, а именно: рассмотрен подход Канторовича к определению места юридической науки в системе социально-гуманитарных наук и концептуальной методологии этих наук; проанализированы новации в учении Канторовича, связанные с особенностями языка как инструмента определения понятий; проанализированы общеметодологические основы правопонимания Канторовича. Масштабность его идей, отстаивавшаяся им моральность права дают возможность, как отмечалось выше, ставить вопрос об отнесении его творчества как представителя социологического позитивизма, вместе с тем, и к интегративному направлению в философии права. Кроме того, впервые в одной работе прослежено восприятие идей Канторовича в теории и философии права XX века, а также в практической деятельности судов континентального и общего права.

Основные положения, выносимые на защиту.

1. Движение свободного права заявило о себе впервые опубликованием Манифеста Г. Канторовича «Борьба за науку права» в 1906 году. Идеи свободного права обосновывались в Манифесте, прежде всего исходя из критики господствовавшего в то время нормативного формализма. В процессе этой критики тезис об отсутствии пробелов в законодательстве так или иначе начал утрачивать в глазах теоретиков и практиков статус непоколебимой доминирующей идеи.

2. Предваряя идею разграничения правил на три вида: приказ, предписание, социально-правовое правило (догму), Канторович подразделил все науки на науки о реальности (sciences of reality), науки об объективном

значении/о смысле (sciences of objective meaning), науки о ценностях (sciences of value). Четко дифференцируя различные разделы юриспруденции по предмету и форме, немецкий правовед отмечал теоретическую однобокость тех представлений, которые усматривали в предмете юриспруденции исключительно только один из трех очерченных видов, тогда как, по его мнению, юриспруденция охватывает все три вида наук, интегрируя их в единое смысловое целое. Такой подход соответствовал тенденции теоретико-правовой мысли XX в. к интеграции ее основных направлений.

3. Канторович является одним из первых в юриспруденции Нового времени, кто поднял вопрос о конституирующей роли языка в теоретической и практической юриспруденции. Критический анализ Канторовичем классической методологии определения понятий вписывался в процесс движения правовой науки к современному «лингвистическому повороту».

4. Представленная Канторовичем классификация права, в основу которой заложено разграничение права на две формы: формальное (два вида) и свободное (четыре вида), убеждает в наличии социального права в противоположность государственно установленному. Однако, главным образом, этой классификацией определены критерии, позволяющие, во-первых, гармонично, непротиворечиво сочетать обе формы права, а, во-вторых, отграничивать свободное и формальное право от иных социальных правил поведения, которыми руководствуется индивид в своей общественной практике.

5. Распространенный подход, согласно которому О. Эрлиха относят к сторонникам движения свободного права, может быть, по крайней мере, уточнен посредством детального разграничения «живого права» О. Эрлиха и «свободного права» Г. Канторовича, а также выявления различий в методологии «нахождения права» (у Эрлиха) и «поиска права» (у Канторовича) (разные подходы к способам толкования правовых норм и

методам раскрытия смысла тех форм права, которые находятся за пределами официально установленного).

6. Концепция судебной методологии Германа Канторовича, построенная на основе идей движения свободного права, направлена на реформирование процедуры принятия судебного решения прежде всего путем перехода от формально-логического метода к социопсихологическому методу, позволяющему выявлять правила поведения, которые, хотя они и не зафиксированы в действующем законодательстве, но реально применяются субъектами правоотношений. Своей судебной методологией Канторович первым в юриспруденции Нового времени концептуализировал механизм принятия судебного решения с позиций свободного права, признав взаимообусловленность правовых положений, доктрины, судебных решений, и социальных фактов. Канторович включил в понятие права и процедуру правоприменения, тем самым перенес «основной вопрос» теоретической юриспруденции о том, «что есть право», в легитимационное пространство правосудия.

7. Постулируемая Канторовичем новая судебная методология имела своим следствием дополнительные (профессиональные и личностные) требования к судье как ключевой фигуре судебного правотворчества. Судебная деятельность, по мнению Г. Канторовича, должна иметь не только узкоспециализированный теоретико-ориентированный характер, но и основываться на междисциплинарном подходе, а также опираться на знания о фактах социальной жизни. Методология, предложенная Г. Канторовичем, обладает универсальным характером, поскольку не привязана к какой-либо определенной правовой системе и может быть применена судьями как континентального, так и общего права.

8. Прибегнув к мысленному эксперименту, можно убедиться в практической значимости судебной методологии Канторовича, как позволяющей судье не только соблюсти букву закона, но и учесть как

потребности участников спора, так и общественный интерес, в той или иной степени всегда опосредованно присутствующий в индивидуальном судебном деле.

Теоретическая и практическая значимость работы заключается в том, что материалы исследования, содержащиеся в нём выводы могут быть использованы для научных разработок в области теории права, а также судебной методологии. Сделанные выводы могут быть учтены при написании учебных пособий и программ, курсов и спецкурсов по проблемам теории права, истории правовых и политических учений, а также судебной методологии. Они могут быть приняты во внимание при разработке нормативно-правовых актов, затрагивающих методологический аспект принятия судебного решения, а также критерии и условия, предъявляемые к кандидатам, претендующим на замещение судебных должностей. Проведенный анализ может быть использован практикующими юристами при решении проблем, возникающих в правоприменительной деятельности, а также при разработке новых дисциплин в рамках повышения профессиональной квалификации сотрудников судейского корпуса.

Степень достоверности и апробация результатов. Работа подготовлена на кафедре теории и истории государства и права Санкт-Петербургского государственного университета. Ее основные положения нашли отражение в публикациях автора, а также в магистерской и аспирантской выпускных квалификационных работах, защищенных ранее на юридическом факультете Санкт-Петербургского государственного университета. Результаты исследования получили апробацию в выступлениях автора на следующих международных и всероссийских научных конференциях:

– Международной научной конференции «Правоприменение в публичном и частном праве» в рамках Шестой Омской юридической недели (Омск, 26 марта 2022 года);

– Международной научно-практической конференции СЗФ ФГБОУ ВО РГУП и ВС РФ «Кризисные явления в праве: теория, история, пути преодоления» (Санкт-Петербург, 9 апреля 2021 года);

– Международной научно-практической конференции СЗФ ФГБОУ ВО РГУП и ВС РФ «Правовой статус судьи, прокурора, адвоката: российский и зарубежный опыт» (Санкт-Петербург, 25 сентября 2020 года);

– Международной научно-практической конференции Воронежского государственного университета «Правовая коммуникация государства и общества: отечественный и зарубежный опыт» (Воронеж, 12 сентября 2020 года);

– Международной научно-практической конференции СЗФ ФГБОУ ВО РГУП и ВС РФ «Судебная правовая политика в России и зарубежных странах» (Санкт-Петербург, 18 мая 2019 года).

По теме работы были подготовлены следующие публикации (в том числе в виде параграфов в двух коллективных монографиях в соавторстве с Д.И. Луковской). Три из статей включены в перечень ВАК Министерства образования и науки Российской Федерации:

– Куликова М.С. Идея судебного правотворчества в работе Германа Канторовича «Битва за юриспруденцию» (Der Kampf um die Rechtswissenschaft) // VOX JURIS. ГЛАС ПРАВА. 2019. № 1(4). С. 125-129.

– Луковская Д.И., Куликова М.С. Идеальный судья в правовом учении Германа Канторовича // Судебная правовая политика в России и зарубежных странах : коллективная монография. 2019. С. 413-421.

– Луковская Д.И., Куликова М.С. Свободное право: выход ли из правового кризиса? (по работе Г. Канторовича «Немного рационализма о реализме») // Кризисные явления в праве: теория, история, пути преодоления : коллективная монография. 2021. С. 124-132.

– Куликова М.С. Герман Канторович и школа свободного права: европейские корни американского правового реализма // ОБЩЕСТВО: ПОЛИТИКА, ЭКОНОМИКА, ПРАВО. 2021. № 5(94). С. 72-74.

– Куликова М.С. Справедливость судебного решения в рамках социологического подхода к праву: из истории правовой мысли // ЕВРАЗИЙСКИЙ ЮРИДИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ. 2022. № 5. С. 90-92.

– Куликова М.С. Учение о свободном праве Г. Канторовича – поиск баланса в судебной методологии // Правоприменение в публичном и частном праве: материалы Международной научной конференции. 2022. С. 311-315.

– Куликова М.С. Методология Германа Канторовича и классификация юридических наук // Международный юридический журнал. 2023. № 6 (3). С. 150-154.

– автор участвовал в проведении исследований в рамках научного проекта № 19-011-00528 «Концепт справедливости в современной российской правовой системе» (2019–2021), поддержанного Российским фондом фундаментальных исследований (руководитель проекта – Д.И. Луковская).

Работа включает в себя введение, четыре главы, объединяющие двенадцать параграфов, заключение и список литературы.

Глава I. Герман Канторович – основоположник школы свободного права и его программный Манифест «Борьба за науку права»

Предметом исследования являются научные положения правовой концепции Г. Канторовича, посвященные главным образом определению юридической (судебной) методологии в контексте идей свободного права. В эссе «Определение права» (1939) Канторович указывает на необходимость изначально сформировать основные первичные понятия (называемые им «номинальными определениями»), чтобы, придерживаясь их, развивать дискуссию в конструктивном русле. Новейший философский словарь дает определение понятия «методология» как учения о способах организации и построения теоретической и практической деятельности человека²⁴. Специфика исследуемого предмета обусловила онтологическую аргументацию выбора адекватного понятия в семантическом поле юриспруденции. Как писал Р. фон Иеринг: «Юридическая метода не есть нечто такое, что было бы внесено в право извне, а есть единственный способ непогрешительного отправления права на практике, установленный самим правом, вследствие его внутренней необходимости»²⁵. Руководствуясь указанным подходом, под судебной методологией мы будем понимать теорию Германа Канторовича об «объективировании права в жизни» и, «как оно осуществляется»²⁶, чтобы, «благодаря своему механизму, сколько возможно более упростить, облегчить и обеспечить применение правоположений к отдельному конкретному случаю»²⁷.

Соответственно, в целях интерпретации судебной методологии Г. Канторовича сначала следует рассмотреть его концептуальный подход к

²⁴ Новейший философский словарь [Электронный ресурс] / сост. А.А. Грицанов. М., 1998. С. 83. URL: <4D6963726F736F667420576F7264202D20CDEEE2E5E9F8E8E920F4E8EBEEF1EEF4F1EAE8E920F1EBEEE2E0F0FC> (npu.edu.ua) (дата обращения: 11.03.2023)

²⁵ Иеринг Р. Юридическая техника [Электронный ресурс]. URL: <https://worldconstitutions.ru/?p=1565> (дата обращения: 11.04.2023).

²⁶ Иеринг Р. Юридическая техника / сост. и прим. А.В. Поляков, пер. с нем. Ф.С. Шендорф. СПб., 2014. С. 15.

²⁷ Там же. С. 18.

понятию права как такового, которое системно обобщило все исследования, чтобы затем уже применить его к методологии и критически осмысливать ее.

Общая реконструкция идей Канторовича, являясь одной из задач настоящей работы, будет осуществляться при системном и хронологически последовательном исследовании генезиса и трансформации его взглядов.

Несмотря на то, что правоведом было предложено свое собственное определение понятия «право» в эссе «Определение права», однако оно стало по времени его последней работой. Так, текст эссе Канторовичем был написан в 1939 году, а в 1940 году правовед скончался, завершив свой жизненный путь, но успев внести неоценимый вклад в разрешение фундаментального философско-теоретического вопроса юриспруденции «что есть право?». В связи с этим, представляется, что раскрытие содержания понятия «право», и свободного права в том числе, в правовом учении Г. Канторовича невозможно без предварительной характеристики ключевых моментов его программной работы, «ставшей памфлетом и знаменем школы свободного права – весьма влиятельного направления в юридической науке XX в.»²⁸, представляющей в целом систематизацию идей сторонников свободного права и содержащей обоснование признания за судьями правотворческой функции. Такой хронологический подход видится предпочтительным, поскольку некоторые позиции, которых придерживался Герман Канторович в ранние годы своего научно-теоретического²⁹ творчества, впоследствии подвергались его

²⁸ Философия права. Словарь / под ред. и сост. В.Н. Жукова; 2-е изд., дораб. и доп. М., 2021. С. 279.

²⁹ В данном случае мы сознательно выделяем творчество Германа Канторовича как «научно-теоретическое», поскольку его работы по теории и методологии права не охватывают всего его значительного научного наследия. Канторович зарекомендовал себя не только как выдающийся теоретик права, но и как энциклопедически образованный человек с разносторонними интересами, творчество которого насчитывает более 100 публикаций в разных областях права. Как отмечают исследователи творчества Г. Канторовича, в частности проф. Мейер-Притцль, «сфера его интересов не ограничивалась только теорией права, он опубликовал ряд трудов на тему международного права, а также был выдающимся историком права, исследовавшим средневековое право». Стоит отметить, что Канторович признавался еще и выдающимся юристом в области уголовного права, он читал лекции по криминалистике и уголовному праву во Фрайбургском университете, а также защитил свою докторскую диссертацию на тему «Альбертус Гандинус и уголовное право схоластики». «Его работа, – продолжает проф. Мейер-Притцль, – «Исследования глоссаторов римского права» (1938) считается самой важной публикацией по праву средневековья со времен «Истории римского права в Средние века» Савиньи. См. подробнее: Meyer-Pritzl R. Famous scholars from Kiel: Hermann Kantorowicz [Electronic resource] : офиц. портал Кильского ун-

оппонентами «развенчивающей» критике, после чего были им уточнены или скорректированы.

Прежде чем переходить к содержательной составляющей его работы «Борьба за науку права», следует, во-первых, воспользовавшись портретно-индивидуализирующим методом, кратко охарактеризовать жизненный и творческий путь Канторовича, что позволит, имея общее представление о нем, наиболее полно осмыслить содержание его идей; во-вторых, дать некоторые пояснения относительно формальных аспектов работы: названия, авторства и формы изложения текста.

Раскрывая черты личности Канторовича, можно постараться разрешить вопрос, который на настоящий момент до сих пор остается дискуссионным: вопрос об авторстве понятия «движение свободного права», а также о признании Канторовича (а не О. Эрлиха, как это иногда утверждается в литературе, в том числе утверждалось и им самим³⁰) основоположником данного теоретического направления в праве.

Всегда стремясь к поиску истины через дискуссию³¹, Канторович, одновременно, хотел привлечь к участию в полемике наибольшее количество единомышленников. Сын Канторовича со ссылкой на Г. Радбруха отмечает, что «идеи, содержащиеся в *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*³², возникли в 1903 году [...] из неформальной дискуссионной группы вольнодумных студентов-юристов Берлинского университета, все члены которой были участниками семинара Франца фон Листа. Канторович, основавший группу вместе с Радбрухом, патетически назвал ее «Обществом юридической науки».

та им. Кристиана Альбрехта. URL: <https://www.uni-kiel.de/grosse-forscher/index.php?nid=kantorowicz&lang=e>. (дата обращения: 11.03.2023).

³⁰ Об этом подробнее см.: Kantorowicz F.C. *Gustav Radbruch and Hermann Kantorowicz: Two Friends and a Book - Reflections on Gnaeus Flavius' Der Kampf um die Rechtswissenschaft* (1906) // *German Law Journal*. Vol. 7 (7). 2006. pp. 657-700, а также Fuchs E. *Gesammelte Schriften über Freirecht und Rechtsreform 1970-1975: 20 kleinere Aufsätze, Besprechungen, Ehrungen und Nachrufe* / herausgegeben von Albert S. Foulkes. 3 Bd. Aalen, 1975. 448 s.

³¹ Описывая Канторовича, Радбрух в своей автобиографии писал, что он был человеком с «постоянной готовностью безоговорочно уступить более сильному аргументу» Цит. по: Kantorowicz F.C. *Gustav Radbruch and Hermann Kantorowicz: Two Friends and a Book - Reflections on Gnaeus Flavius' Der Kampf um die Rechtswissenschaft* (1906) // *German Law Journal*. Vol. 7 (7). 2006. P. 670.

³² Оригинальное название Манифеста «Битва за науку права».

Изначально членами общества, помимо двух основателей, были Феликс Генцмер (Felix Genzmer) и Эрнст Вольф (Ernst Wolff)³³. На встречах проводились оживленные дискуссии, в течение которых свободно-правовые идеи получали более цельное построение и аргументированное обоснование. Идею рефлексивного диалога, которую привнес Канторович, организовывая в 1910 году совместную встречу сторонников школы свободного права³⁴, впоследствии концептуально более четко сформулировал К. Поппер³⁵, а позже Ю. Хабермас³⁶, подчеркнув важность публичной конструктивной критики в атмосфере открытой научной дискуссии (в условиях идеальной коммуникативной ситуации, как средство оттачивания, корректировки позиций).

Структурируя идеи и объединяя сторонников («наша битва имеет не конституирующее, а декларирующее значение»³⁷), Канторович руководствовался стремлением не только привлечь единомышленников-теоретиков, но и расширить круг сторонников из всех сопричастных

³³ Kantorowicz F.C. Gustav Radbruch and Hermann Kantorowicz: Two Friends and a Book - Reflections on Gnaeus Flavius' *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* (1906) // *German Law Journal*. Vol. 7 (7). 2006. P. 667.

³⁴ На этой встрече обсуждался вопрос о популяризации нового движения и намечалась периодическая публикация сводного издания под названием «Очерки юридической реформы», которая, однако, не была претворена в жизнь в силу технико-организационных причин. См. подробнее: Silber S. *Hermann Kantorowicz und die Freirechtsbewegung*. Berlin, 2004. S. 175.

³⁵ К. Поппер применительно к важности дискуссии отмечал: «без сомнения, разногласия *могут* приводить к борьбе и даже к насилию, и это представляется мне весьма печальным, ибо я ненавижу насилие. Но разногласия могут приводить и к дискуссиям, к рассуждениям и тем самым к взаимной критике, а это, по моему мнению, имеет непреходящее значение. Я полагаю, что самый крупный шаг по направлению к более благополучной и мирной жизни был сделан, когда в войне мечей, а иногда и вместо нее стала применяться и война слов». См. подробнее: Поппер К. Миф концептуального каркаса [Электронный ресурс] / Избранные работы из книги: Логика и рост научного знания. М., 1983. URL: https://kph.ffs.npu.edu.ua/e-book/clasik/data/popper/02_myth.html (дата обращения: 05.05.2023).

³⁶ О месте дискуссии в философии Ю. Хабермаса Н.А. Шавеко пишет следующее: «Хабермас оспаривает возможность какого-либо одного человека (философа) самостоятельно проделать мыслительную работу за других и прийти к моральным выводам, которые одобрил бы каждый [...] Хабермас поэтому выступает за реальную дискуссию (ведущуюся, конечно, по определенным правилам) между реальными индивидами. Иными словами, единственным средством достижения истины является коммуникация, или коммуникативное действие в рамках дискурса. На место классической рациональности приходит коммуникативная рациональность, обусловленная языком. В своих трудах Хабермас последовательно проводит идею о том, что если границы языка – это границы мира, то рациональность можно отождествить с аргументированностью, объективность – с intersubjectивностью, а коммуникативный разум является наследником практического разума; следовательно, истину можно постичь только через дискурс, открытый для каждого». См. подробнее: Шавеко Н.А. Этика дискурса Юргена Хабермаса: критический анализ // *Вестн. Том. гос. ун-та. Философия. Социология. Политология*. 2021. № 60. С. 126-127.

³⁷ Flavius G. *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* [Electronic resource]. Heidelberg, 1906. S. 9 URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (дата обращения: 16.03.2023).

юриспруденции областей. Канторович концептуально обобщил, как он сам указывал, «то, что неосознанно всегда и везде было на практике, давно существует, а нам нужно только выразить то, что есть»^{38,39}, т.е. весь запас знаний, который ранее был разработан в теории и фактически применялся судьями на практике. В списке сторонников школы свободного права, который Канторович приложил к тексту работы наряду с другими, было указано имя О. Эрлиха⁴⁰. О влиянии Эрлиха Канторович ярко пишет следующее: «Начиная со Штамллера парусник философии права снова на плаву, и Эрлих направил штурвал на новую цель [...]»⁴¹. Тем самым, не претендуя на авторство идей предшественников, напротив, поименно их всех называя. Но, объединяя и провозглашая общность, придаёт их идеям законченный вид, собирая воедино под «знаменем свободного права».

Относительно названия «движение свободного права», которое в работе трактуется по аналогии с вероотступническими течениями⁴² от господствующей религии, Канторович пишет: «В дальнейшем мы будем называть наше доселе безымянное движение сообразно движениям, не принадлежащим ни к одной из официальной церкви, – движением свободного

³⁸ Flavius G. Der Kampf um die Rechtswissenschaft [Electronic resource]. Heidelberg, 1906. S. 9 URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (дата обращения: 16.03.2023).

³⁹ Интересно отметить, что аналогичные идеи высказывал еще в 1880 году С.А. Муромцев. В рамках своей критики «автоматического правоприменения» он отстаивал позицию об активной деятельности суда при создании права, а также о необходимости осознания законодателем и судом пределов своих полномочий. См.: Стратегии судебного толкования и принципы права: учебное пособие / Е. В. Тимошина [и др.]; под ред. Е. В. Тимошиной. Санкт-Петербург, 2022. С. 316.

⁴⁰ Полный список Канторовича включает 28 фамилий: Эрлих (Ehrlich), Жени (Geny), Хек (Heck), Юнг (Jung), Ламбер (Lambert), Мейер, М.Е. (Mayer, M.E.), Мюллер-Эрцбах (Müller-Erzbach), Радбрух (Radbruch), Румпф (Rumpf), Шлоссманн (Schlossmann), Шмидт (Schmidt), Бруно (Bruno), Штаммлер (Stammler), Штампе (Stampe), Штернберг (Sternberg), Вурцель (Wurzel), Цительман (Zietelmann), Еллинек (Jellinek), Колер (Kohler), Менгер (A. Menger), Хубер (Huber), Дона (Dohna), Дернбург (Dernburg), Беккер (E.J. Bekker), Эртман (Oertmann), Куленбек (Kuhlenbeck), Вундт (Wundt), Брентано (Brentano).

⁴¹ Flavius G. Der Kampf um die Rechtswissenschaft [Electronic resource]. Heidelberg, 1906. S. 11 URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (дата обращения: 16.03.2023).

⁴² Речь идет, предположительно, о еретических движениях, которые массово возникали в XII в. и достигли наибольшего размаха в XIII-XIV вв. Однако любопытна позиция в литературе, согласно которой «многие представители средневековых «еретических движений» были, по сути, церковными реформаторами». Об этом см. подробнее: Симонов В.В. Общая история церкви [Электронный ресурс] : в 2 т. Т. 1, Кн. 2. URL: https://azbyka.ru/otechnik/Istoriya_Tserkvi/obshhaja-istorija-tserkvi-tom-1-kniga-2/12 (дата обращения: 11.04.2023).

права»⁴³. Хотя авторство названия и признается за Канторовичем, но в целях научной достоверности необходимо отметить, что Д. Иббетсон пишет о том, что термин «свободное право» еще в 1872 году предложил Ф. Адикес⁴⁴. Можно предположить что, как случалось уже в истории, одна идея пришла к обоим ученым обособленно друг от друга, что косвенно подтвердил и сам Канторович, выражая в своем письме к Г. Радбруху досаду о том, что он поздно познакомился с работами Адикеса⁴⁵.

Теория свободного права Канторовича, изложенная в «Борьбе за науку права», не была исключительно компиляцией отдельных идей или ограниченным обобщением существующих правовых позиций⁴⁶. В своей работе он также представил собственные идеи развития права и ввел новую критическую аргументацию против сторонников формально-логического метода заполнения пробелов в законе. Современники Канторовича по достоинству оценивали его вклад в развитие юриспруденции, характеризуя его, как «выдающееся действующее лицо той эпохи, благодаря

⁴³ Как отмечает А.В. Завадский, Канторович является автором «движения свободного права», тогда как название «школа свободного права» была предложена проф. Гальди: «Ему же (Г. Канторовичу – М.К.) принадлежит честь дать и имя новому направлению: «движение свободного права» становится обиходным термином в немецкой литературе, чередуясь за последнее время со «школой свободного права», термином, введенным итальянским сторонником проф. Galdi (La scuola d. d iritto libero. Napoli 1907) и перешедшим и в Германию (напр. Oertmann Gesetzeszwang und Richterfreiheit 1909 44, где в примечании первом также имеется библиография сторонников и противников школы)». См.: Завадский А.В. К учению о толковании гражданских законов/ под ред. А. Симолина. Казань, 1916. С. 12.

⁴⁴ Kantorowicz F.C. Gustav Radbruch and Hermann Kantorowicz: Two Friends and a Book - Reflections on Gnaeus Flavius' Der Kampf um die Rechtswissenschaft (1906) // German Law Journal. Vol. 7 (7). 2006. P. 663.

⁴⁵ Речь, предположительно, идет о работе Ф. Адикеса 1872 года «К учению об источниках права, в частности о его понимании и природе и о правовом обычае». См.: Adickes F. Zur Lehre von den Rechtsquellen insbesondere über die Vernunft und die Natur der Sache als Rechtsquellen und über das Gewohnheitsrecht. Cassel und Göttingen, 1872. 81 S. Таким образом, распространенное мнение, что именно О. Эрлих в своем докладе «Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft» (1903) первым употребил выражение «свободное право», является заблуждением. См., напр.: Васильковский Е.В. Избранные работы польского периода. М., 2016. С. 464. В том числе по той причине, что в самом тексте О. Эрлиха не было обнаружено указанного словосочетания: «freies Recht» или «das freie Recht». См.: Ehrlich E. Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft: Vortrag, gehalten in der juristischen Gesellschaft in Wien am 4. März 1903 [Electronic resource]. Leipzig, 1903. 40 S. URL: <https://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/ehrich1frei.html> (дата обращения: 03.05.2023).

⁴⁶ Это было и невозможно в силу противоречия некоторых позиций представителей движения, в связи с чем требовалось принять решение о выборе того или иного тезиса. Так, например, С.В. Липень отмечает, говоря о разногласиях сторонников свободного права, следующее: «Что касается предложения новых приёмов толкования, то здесь и начинались разногласия среди сторонников «свободного права». Наиболее важные касались двух моментов: Во-первых, определения круга незаконных критериев, которыми следует руководствоваться судье при разрешении дел, и, во-вторых, определения соотношения судебного усмотрения и закона». См. подробнее: Липень С.В. Идеи «свободного права» в юридической науке дореволюционной России: диссертация ... кандидата юридических наук: 12.00.01. М., 1994. С. 48.

провозглашенным им идеям движения свободного права»⁴⁷. Таким образом, работа Канторовича стала первым и единственным текстом, в котором обнародованы в структурированном виде идеи всех тех, кого Канторович причислял к движению свободного права, до этого «звучавших отдельными голосами»⁴⁸, что, несомненно, является достаточным основанием, чтобы признать за ним роль одного из основоположников движения свободного права⁴⁹.

Прежде чем переходить к содержанию программной работы Канторовича, необходимо обратить внимание на обстоятельство, касающееся ее названия.

В книге «Борьба за признание судебного правотворчества в европейском и американском праве» А. Г. Карапетов, когда пишет о Г. Канторовиче, не обходит вниманием и вопрос о названии его работы, указывая, что текст, который немецкие исследователи творчества Канторовича называют «*Der programmatische Streitschrift “Der Kampf um die Rechtswissenschaft”*», т.е. в переводе с немецкого – «программное полемическое сочинение» или «памфлет» – у А. Г. Карапетова называется «эссе “Борьба за правовую науку”»⁵⁰. Автор в более ранних публикациях⁵¹ использовал другой вариант

⁴⁷ Funke A. Er wollte nicht nur Teil einer Jugendbewegung sein: eine Interpretation des Freirechts [Electronic resource] / herausgegeben von I. Augsburg, S. Lettmaier, R. Meyer-Pritzl. Tübingen, 2020. S. 5-6. URL: https://www.mohrsiebeck.com/buch/hermann-kantorowicz-begriff-des-rechts-und-der-rechtswissenschaft-9783161597992?no_cache=1 (дата обращения: 11.03.2023).

⁴⁸ Flavius, G. Der Kampf um die Rechtswissenschaft [Electronic resource]. Heidelberg, 1906. S.8. URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (дата обращения: 11.03.2023).

⁴⁹ Канторович указывается как «один из основоположников», поскольку до появления Манифеста были опубликованы работы его современников, которые, как он сам утверждал, были положены в основу его знаменитого труда. См., напр.: Rumpf M. Zum jetzigen Stande der Lehre von der adäquaten Verursachung // Jherings Jahrbücher. 1905. № 49. S. 333-406, Stammler R. Die Lehre von dem richtigen Rechte. [Electronic resource]. Berlin, 1902. 647 s. URL: <https://archive.org/details/dielehrevondemr00stamgoog/page/n7/mode/2up> (дата обращения: 05.05.2023).

⁵⁰ Карапетов А. Г. Борьба за признание судебного правотворчества в европейском и американском праве. М., 2011. С. 99.

⁵¹ См., напр.: Куликова М.С. Идея судебного правотворчества в работе Германа Канторовича «Битва за юриспруденцию» (Der Kampf um die Rechtswissenschaft) // VOX JURIS. ГЛАС ПРАВА. СПб., 2019. № 1(4). С. 125-129, Луковская Д.И., Куликова М.С. Идеальный судья в правовом учении Германа Канторовича // Судебная правовая политика в России и зарубежных странах : коллективная монография. 2019. С. 413-421, Куликова М.С. Учение о свободном праве Г. Канторовича – поиск баланса в судебной методологии // Правоприменение в публичном и частном праве: материалы Международной научной конференции. 2022. С. 311-315.

названия – манифест «Битва за юриспруденцию», что виделось более содержательно наполненным. Слово «битва», в отличие от слова «борьба», понималось, как решающее столкновение главных сил, влияющее на исход схватки, отличающееся от всех прочих своим масштабом и значением⁵². Канторович, как представляется, вкладывал именно такой смысл, что следует из формы и содержания работы, которая написана, во-первых, высоким стилем (*genus grande*)⁵³, во-вторых, в тексте Канторович призывает соратников к «штурму последнего бастиона схоластики»⁵⁴, что позволяет предположить, что речь идет именно о призыве к «решающему сражению» за юриспруденцию. Однако немаловажно отметить приверженность Канторовича к аллюзиям в названиях своих произведений⁵⁵. Само же оригинальное название манифеста «Der Kampf um die Rechtswissenschaft» наглядно перекликается со знаменитым трудом Р. фон Иеринга «Der Kampf um das Recht» – «Борьба за право». Учитывая устоявшийся перевод работы Иеринга и не желая в переводе упускать смысловую корреляцию двух названий, автором было принято решение отказаться от слова «битвы» в пользу «борьбы».

Относительно выбора между вариантами перевода: «юриспруденция» или «правовая/юридическая наука», то об этом высказался сам Г. Канторович, который писал, что в английском языке существует как понятие «jurisprudence», так и «legal science». И именно такое деление, которое не всегда четко прослеживается в других языках, помогло ему выявить нюансы при употреблении этих терминов. Канторович предлагает различать юриспруденцию (*jurisprudence*), т.е. общие, философские основы

⁵² Словарь военных терминов / сост. А. М. Плехов, С. Г. Шапки. М., 1988 URL: <http://endic.ru/ozhegov/Bitva-1751.html> (дата обращения: 11.03.2023).

⁵³ В письме от 05 апреля 1906 г. своему другу Г. Радбруху Канторович подмечал в ответ на характеристику его работы Лилиентхалем, что она была «полностью верной»: «Я хотел быть демагогом».

⁵⁴ Flavius, G. Der Kampf um die Rechtswissenschaft [Electronic resource]. Heidelberg, 1906. S.6. URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (дата обращения: 11.03.2023).

⁵⁵ Например, его работа «Some Rationalism about Realism» выстроена на критике статьи К. Ллевеллина «Some Realism about Realism».

юридической науки, и науку, изучающую не отдельное направление, а все право (legal science), соответственно, сопоставив юриспруденцию и науку права как частное и общее: «Для обозначения этой науки (*науки права – М.К.*) мы предпочитаем термин «legal science», а не «jurisprudence», поскольку в английском языке термин «jurisprudence» чаще используется для обозначения «общей юриспруденции», т.е. основной/базовой или философской части науки права, а не науки права в целом»⁵⁶.

В дополнение стоит отметить, что словарная дефиниция, как правило, наделяет название работы характером общепризнанности. Однако в том же источнике⁵⁷ «Борьба за науку права» названа «памфлетом». Между тем под памфлетом понимается злободневное публицистическое произведение, цель которого социально-политическое обличение, которое нередко сочетается с сатирой⁵⁸, что не вполне соответствует содержанию работы Канторовича. Тогда как манифест означает «письменное изложение принципов какого-либо направления или группы»⁵⁹, что является более приемлемым. Поэтому далее работа для краткости изложения будет именоваться «Манифестом», аналогично позиции А. Г. Карапетова – одного из немногих исследователей, уделившего в своей работе творчеству Г. Канторовича отдельное внимание.

Как уже отмечалось, текст Манифеста содержит в изобилии высокопарные слова, вследствие чего, предположительно, из-за трудностей передачи релевантного смысла до сих пор отсутствует официально опубликованный полный текст перевода на русский язык⁶⁰, что, несомненно, обедняет отечественный научный теоретико-правовой дискурс, поскольку указанный труд считается одной из наиболее цитируемых работ XX столетия.

⁵⁶ Kantorowicz H. The Definition of Law / Campbell A.H., Goodhart A.L. // Cambridge at the University Press. 1958. P. 11.

⁵⁷ Под «тем же источником» имеется в виду Философия права. Словарь / под ред. и сост. В.Н. Жукова. М., 2021.

⁵⁸ Большой энциклопедический словарь [Electronic resource]. URL: <https://dic.academic.ru/dic.nsf/enc3p/226222> (дата обращения: 11.03.2023).

⁵⁹ Там же.

⁶⁰ Хотя стоит отметить, что попытки такие предпринимались. Фрагменты перевода содержатся в работе А.В. Завадского «К учению о толковании гражданских законов» и А.Г. Карапетова «Борьба за признание судебного правотворчества в европейском и американском праве».

Оценивая Манифест, например, А. Гудхарт писал: «Это произведение, вероятно, цитировалось чаще, чем любое другое юридическое эссе, опубликованное в течение нынешнего столетия»^{61,62}.

Далее автор в настоящей работе ссылается на оригинальный текст Манифеста на немецком языке в собственном переводе.

Необходимо отметить, что Манифест был опубликован в 1906 г. Канторовичем под псевдонимом Гнея Флавия (Gnaeus Flavius)⁶³. Представляется, что публикация под псевдонимом была обусловлена не столько опасениями личного характера, связанными с возможными сложностями с защитой диссертации, как пишет об этом А. Г. Карапетов⁶⁴, сколько стремлением автора не отвлекать читающих интересом к автору, сосредоточив все их внимание на содержании фундаментальных идей,

⁶¹ См. также: Meyer-Pritzl R. Famous scholars from Kiel: Hermann Kantorowicz [Electronic resource] : офиц. портал Кильского ун-та им. Кристиана Альбрехта. URL: <https://www.uni-kiel.de/grosseforscher/index.php?nid=kantorowicz&lang=e>. (дата обращения: 11.03.2023). Стоит заметить, что в данной работе проф. Мейер-Притцль отмечает, что наиболее часто цитируемой работой Г. Канторовича действительно была «Борьба за науку права», однако не немецкий текст, а его итальянский перевод. Данное уточнение считаем важным, поскольку именно в рамках данного перевода Г. Канторовичем была немного скорректирована позиция относительно возможности судам разрешать дела *contra legem*.

⁶² Интересным будет отметить, что в переписке с Радбрухом Канторович отмечал, что из 2000 экземпляров было распродано не более 800.

⁶³ Г. Канторович уже не в первый раз публиковал свою работу под псевдонимом. Так, им в соавторстве была написана работа под одним именем «Kuno Zwumann», которую он впоследствии посчитает неудавшейся. В письме Радбруху от сентября 1903 г., характеризуя его книгу, Канторович напишет: «Прежде всего, не хватает примеров - те немногие, которые Вы приводите, освежают, как родники в песке пустыни. Я говорю это потому, что, безусловно, признаю за собой гигантскую сухость (см. Zwumann)». См. также: Zwumann K. Das Georgesche Gedicht. Berlin, 1902. 153 S. Об отношении Канторовича к своей работе также с отсылкой на переписку друзей пишет И. Аугсберг: «В 1902 году книга «Das Georgesche Gedicht» была опубликована небольшим берлинским издательством Джона Эдельхайма. Автор произведения был указан как «Куно Цвуманн» (Kuno Zwumann) - показательный псевдоним, поскольку книга была написана совместно двумя друзьями - Генрихом Гешем и Германом Канторовичем [...] Канторович же относил ее скорее к категории «юношеских грехов» [...]. Канторович позже писал со ссылкой на самокритику Радбруха: «Тот факт, что Ваша книга кажется Вам несвежей, лишь доказывает, что Вы эволюционируете, а все эволюционеры таковы; например, ничто на свете не заставит меня снова перечитать Цвуманна». См.: Augsberg I. Kantorowicz' Begriff des (Rechts-) Begriffs [Electronic resource] / herausgegeben von I. Augsberg, S. Lettmaier, R. Meyer-Pritzl. Tübingen, 2020. S. 29. URL: https://www.mohrsiebeck.com/buch/hermann-kantorowicz-begriff-des-rechts-und-der-rechtswissenschaft-9783161597992?no_cache=1 (дата обращения: 11.03.2023).

⁶⁴ Карапетов А. Г. Борьба за признание судебного правотворчества в европейском и американском праве. М., 2011. С. 99. Однако о том, что опубликование Канторовичем Манифеста все же приостановило развитие его карьеры, упоминает Я. Гилтай: Канторович «только в возрасте 51 года получил должность профессора уголовного права в университете Киля, будучи титулярным профессором с 1913 года и вспомогательным профессором с 1923 года в университете Фрайбурга. В 1927 году на кафедру в Киле было наложено вето, опять же, скорее всего, по политическим причинам, хотя Мушелер в своей биографии предполагает, что его еврейское происхождение, вероятно, имело к этому какое-то отношение». См. подробнее: Giltaij J. Hermann Kantorowicz and Hans Kelsen: from debating legal sociology to constructing an international legal order // History of European Ideas. 2022. Vol. 48 (1). P. 114. DOI: 10.1080/01916599.2021.1898438, Muscheler K. Hermann Ulrich Kantorowicz: Eine Biographie. Berlin, 1984. 129 S.

изложенных в Манифесте, несомненно, вызвав тем самым отдельный интерес к дискуссии относительно авторства текста⁶⁵.

Как пишет С. Зилберг, и это неоднократно подтверждается в иных источниках⁶⁶, в том числе объяснялось и самим Канторовичем, необычный псевдоним был выбран им с особой специально предназначенной целью. Как один из самых выдающихся специалистов своего времени в области истории юридической науки, Канторович выбрал псевдоним намеренно, поскольку это имя принадлежало классическому римскому юристу⁶⁷, «открывшему для общественности положения о ведении судопроизводства, которые держались в тайне понтификами»⁶⁸, и, «таким образом, после того, как законы материального права уже были известны благодаря законам Двенадцати Таблиц, теперь должна была нарушиться и монополия правовых священников⁶⁹ на толкование [...]»⁷⁰. Публикуя Манифест, Канторович полагал, что он не только разоблачает неведомые обществу тайны о том, как на самом деле судьи разрешают споры, но, что самое важное для него, указывает путь всем юристам к правде, справедливости и общественному согласию.

Таким образом, торжественность стиля Манифеста объясняет его патетический характер, преследующий цель привлечь новых «борцов для

⁶⁵ См. подробнее: Kantorowicz F.C. *Gustav Radbruch and Hermann Kantorowicz: Two Friends and a Book - Reflections on Gnaeus Flavius' Der Kampf um die Rechtswissenschaft (1906)* // *German Law Journal*. Vol. 7 (7). 2006. P. 667.

⁶⁶ Ibid. P. 36, а также Карапетов А. Г. *Борьба за признание судебного правотворчества в европейском и американском праве*. М., 2011. С. 94.

⁶⁷ Гней Флавий (Gnaeus Flavius) считается одним из первых реформаторов римского права конца IV в. до н. э., сын вольноотпущенника и секретарь цензора Аппия Клавдия Слепого. В соответствии с замыслом Аппия, Флавий огласил в 304 г. на форуме календарь на весь год: так называемый *deis fasti*, то есть дни, в которые разрешалось проводить судебные процессы и собирать толпы народа, и *dies nefasti* - дни, в которые эти действия были запрещены. Не менее важным реформаторским действием Флавия было оглашение им собрания формул судопроизводства, так называемых *legis actiones*, известных позднее под названием Гражданского права Флавия. Знание этих формул до того времени составляло прерогативу жрецов-понтификов, которые охраняли, толковали и выдавали их (за плату) по просьбе истцов. См.: *Словарь «Античные писатели» [Электронный ресурс]* / сост. М.В. Белкин, О. Плахотская. СПб., 1998. URL: <http://niv.ru/doc/dictionary/ancient-writers/fc/slovar-212.htm#zag-627> (дата обращения: 11.04.2023); Пиляева В.В. *Словарь по римскому праву* / 2-е изд. М., 2014. С. 47.

⁶⁸ Silberg S. *Hermann Kantorowicz und die Freirechtsbewegung*. Berlin., 2004. S. 25.

⁶⁹ Имеется в виду патрицианская жреческая коллегия понтификов.

⁷⁰ Silberg S. *Hermann Kantorowicz und die Freirechtsbewegung*. Berlin., 2004. S. 97.

битвы за освобождение науки права»⁷¹. Само содержание текста упорядочено по трем разделам, каждый из которых посвящен отдельному вопросу: о праве, о юриспруденции и о судебной практике. Отдельно необходимо отметить, что разграничение является исключительно смысловым, поскольку весь текст напечатан без их выделения и визуально воспринимается слитно. Предположительно, Канторович использовал такой прием для поддержания неотрывного внимания при чтении к каждому слову Манифеста, «части» которого настолько текстуально и семантически сплетены друг с другом, что исключают даже визуальную возможность их строгого разделения.

Основная цель Манифеста, как можно заключить из самого текста, состояла в том, чтобы заявить о создании в правовой науке нового движения, «сражающегося» против господства законодательства и бессистемности его применения, требующего признания свободного права как полноценного вида права наравне с формальным, обозначая принципиально новую юридическую методологию и подход к праву в целом.

Во вступительном слове к Манифесту отмечалось, что указанный труд является «попыткой объединить все лучшие силы этого движения в единое целое»⁷². Определяя зарождение нового движения в праве, Канторович, вместе с тем, не настаивает на его концептуальной завершенности. Он пишет об этом, ссылаясь на закономерность развития любого нового движения, которая заключается в неразработанности и противоречивости частных на начальных этапах его создания: «неразумно было бы требовать от нас полной концептуальной ясности: никакое новое движение никогда не знает, чего оно хочет, или что оно хотело действительно того, чего уже достигло. Желательно также не требовать от настоящего сочинения, которое распространяется по самым широким направлениям и в краткие сроки, чтобы всё в нём было

⁷¹ Flavius, G. Der Kampf um die Rechtswissenschaft [Electronic resource]. Heidelberg, 1906. S. 6. URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (дата обращения: 11.03.2023).

⁷² Ibid. S. 5.

тщательно продумано и полностью разработано. Мы должны довольствоваться тем, чего мы уже достигли или ещё ожидаем от пера наших союзников, и были более обстоятельными только там, где мы обязаны предложить что-то особенное и новое, к примеру, при трактовке естественного права, в подчеркивании волюнтаристского момента⁷³, в логических и теологических дискуссиях. Наконец, мы предоставляем возможность другим внести ещё более весомый вклад, в свете тех или иных интеллектуальных притязаний, которые появятся у них по представленным идеям»⁷⁴.

Вместе с тем, Канторович подчеркивает, что отдельные направления концепции уже достаточно разработаны. Такая изученность, в большей степени, как в любом новом направлении, отстраивалась «от» и базировалась на критике господствующих в предшествующие периоды подходах в правовой науке. Позднее Канторович проведет сравнение школы свободного права с исторической школой права, но в Манифесте вся его критика была направлена против догматической юриспруденции, наполненной, по его мнению, скрываемой от общества схоластикой⁷⁵. Еще в самом начале Манифеста им

⁷³ Характеризуя движение свободного права в целом, и учение Канторовича в частности, некоторые исследователи подмечают, что волюнтаристский момент не столько подчеркивался Канторовичем и сторонниками свободного права, сколько формировал «базу» всего учения. См.: Зенн М. История права – культурно-исторический очерк / пер. с нем. Т. М. Ключановой; под ред. С. Раас; изд. 4-е, перераб. и доп. Санкт-Петербург, 2016. С. 512.

⁷⁴ Flavius, G. Der Kampf um die Rechtswissenschaft [Electronic resource]. Heidelberg, 1906. S. 6. URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (дата обращения: 11.03.2023).

⁷⁵ Представляется необходимым оговорить, что в представлении Канторовича догматическая юриспруденция пусть и заключала в себе большое количество схоластических методов, однако полностью не отождествлялась с их совокупностью, а также сама схоластика не рассматривается им исключительно в негативном контексте, о чем свидетельствует уже сам факт защиты его диссертации по теме «Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik» («Альберто Гандинус и схоластическое уголовное право»), посвященная в том числе средневековым схоластическим методам толкования текстов. В обоснование сказанного можно привести и статью Канторовича «За кулисами Версаля». Хотя текст больше политического содержания, в нем Канторович отмечает, что еще в Средние века была понятна необходимость выявления нюансов, деталей вопроса, которые на сегодняшний день обозначаются некоторыми его современниками, как «пустые» (правоведом употребляется выражение «leere Spitzfindigkeiten», которое можно перевести как «пустые тонкости» или «пустая софистика»). В ту эпоху, отмечает Канторович, это называли «схоластикой». Однако, по мнению Канторовича, такая «схоластичность» необходима и должна, в частности, найти отражение в современной политике: «Средневековье знало лучше: “Qui bene distinguit, bene docet”. Но в те времена люди были “схоластами”. Что ж, политика тоже должна быть “схоластической” в этом смысле». См. подробнее: Kantorowicz H. Hinter den Kulissen von Versailles // Das Tagebuch. Berlin. 1921. Heft 50 (2). S. 1542.

отмечается, что нынешние юристы пребывают в заблуждении, что их «поведение находится в полном согласии с их идеалами»⁷⁶.

Цитируя первые строки труда О. Эрлиха о том, что «книга должна быть написана так, чтобы ее сущность можно было сформулировать в одном предложении»⁷⁷, постараемся сформулировать основную идею Манифеста, помимо упомянутой выше цели, отметив, что движение свободного права притязает на открытую констатацию судебного правотворчества и предлагает рассматривать свободное право как универсальный способ улучшения деятельности судей в интересах всего общества.

Манифест, по свидетельству самого Канторовича, является попыткой «объединить все лучшие силы этого движения в единое целое; это попытка сознательно преодолеть всё, что отличает разных исследователей друг от друга»⁷⁸. В частности, и поэтому ниже представлены идеи Манифеста путем изложения его основных тезисов с раскрытием их содержания.

1. Свободное право является «естественным правом XX века». Этот тезис базируется на идее ошибочного, по мнению Канторовича, понимания основной идеи естественного права, существовавшей среди юристов на протяжении долгого времени. Заблуждение заключалось в том, что естественное право воспринималось ими как некая идея идеального права, т.е. несуществующего («напрасно желаемое неизменное право») и, следовательно, абсурдная по своей сути. Канторович предлагает рассматривать естественное право по-иному – как право, которое претендует на его применение вне зависимости от государственной воли, соответственно, разграничивая все право на «формальное» (зависящее от государственной воли) и «свободное» (не зависящее). Таким образом, можно сделать вывод, что свободное право для Канторовича является либо видом естественного права, либо, наоборот,

⁷⁶ Flavius G. Der Kampf um die Rechtswissenschaft [Electronic resource]. Heidelberg, 1906. S. 7. URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (дата обращения: 11.03.2023).

⁷⁷ Эрлих О. Основоположение социологии права / пер. с нем. М.В. Антонова; под ред. В.Г. Графского, Ю.И. Гревцова. СПб., 2011. С. 64.

⁷⁸ Flavius G. Der Kampf um die Rechtswissenschaft [Electronic resource]. Heidelberg, 1906. S. 5. URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (дата обращения: 11.03.2023).

естественное право является особым видом свободного права. Канторович придерживается второго подхода. Он наделяет свободное право характеристикой «всепроницающего права», охватывающего не только само естественное право, но и его восприятие, заключая, что подходы сторонников школы свободного права проявляются именно в интерпретационном понимании идей права, существующего независимо от воли суверена, поскольку их концепции основываются на призывах к дополнению, усовершенствованию (Цительман⁷⁹) или отмене формального права. Такие подходы, делает вывод Канторович, нельзя назвать этатистскими, т.е. признающими существование только формального, государственного права (*staatliches Recht*), следовательно, они «должны быть признаны свободным правом»⁸⁰. Стоит, однако, отметить, что в дальнейшем Канторович уточнит свою позицию о понятии права для судебного применения, которое будет пониматься им не только в отражении в чьем-либо сознании, но также и в конкретных действиях. Поэтому под «интерпретационным пониманием идей права» подразумеваются позиции тех юристов, которые прилагают усилия для изменения формального права, следовательно, не признавая его в целостности самодостаточным в большинстве правовых споров.

Следует особо оговориться, что, несмотря на ощущающееся противопоставление формального и свободного права, между ними, по Канторовичу, много общего. Главное заключается в утверждении об их общем целеполагании: и свободное, и формальное право объединяет идея поиска общего интереса сообщества. Такая цель стоит и перед законодателем при

⁷⁹ В данном случае уместно привести пример Э. Цительмана из его речи, произнесенной при вступлении на должность ректора Рейнского университета: «Уволенный управляющий именем подговорил одного слугу поджечь амбар владельца имения; слуга совершил поджог, но, прежде чем пожар был обнаружен и причинил значительный вред, управляющий, движимый страхом и раскаянием, сам потушил пожар – это случай так называемого деятельного раскаяния. Наше Уголовное уложение допускает не наказывать исполнителя в таких случаях. Но Уголовное уложение забыло о случае, когда деятельное раскаяние проявляет подстрекатель, которому угрожает длительная каторга. Этот пробел наша судебная система заполнила, распространив правила об исполнителе на подстрекателя». См. подробнее: Цительман Э. Пробелы в праве // Российский ежегодник теории права. 2010. № 3. С. 616.

⁸⁰ Flavius G. Der Kampf um die Rechtswissenschaft [Electronic resource]. Heidelberg, 1906. S. 11. URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (дата обращения: 11.03.2023).

принятии закона, и перед судьей при разрешении спора (как позже будет уточнять Канторович в рамках своей методологии, это только одна из двух целей, которую суд должен учитывать при принятии решения). Эта идея объединяет две формы права и заставляет их концептуально «смотреть в одном направлении». Свободное право – это не оформленное право (право в динамике), тогда как формальное право, наоборот, то право, которое получило свою завершённую форму (право в статике), таким образом, по признакам их классификации, с одной стороны, они различаются (статика/динамика), но с другой стороны, не содержат внутреннего противоречия (общая цель). Сообразно воде в разных состояниях, при этом не утрачивающей своего свойства.

Отрицая идею исторической школы в признании единственным «позитивного» права (как права, установленного волей), в котором основную роль играет воля народа, или процесс общественной легитимации⁸¹, Канторович делает вывод о том, что «свободное право – это естественное право 20 века; и наша философия права имеет мало общего с Пуфендорфом и Вольфом»⁸².

2. Разновидности свободного права. Канторович классифицирует свободное право обобщенно, не приводя детальных характеристик. Свободное право по критерию признания может быть: как *индивидуальным правом*, так и *общественным правом*, в зависимости от того, признает ли один человек положение в качестве права на основании собственного убеждения или убеждения сообщества – причем не исключено, что одно и то же правовое предписание может существовать в обеих формах, а также иметь закрепление в формальном праве. При этом соотношение данных видов права выглядит

⁸¹ Об этом, в частности, много писали представители исторической школы права. См., например: Пухта, Савиньи, Гуго. Так, Г.-Ф. Пухта писал: «Оно (*право – М.К.*) становится юридическим положением потому, что последнее признается таковым общим убеждением всех тех, для которых оно имеет значение. Право есть общая воля всех членов правового общества (*Rechtsgenossen*)». См. подробнее: Пухта Г.-Ф. Энциклопедия права / Немецкая историческая школа права. Челябинск, 2010. С. 441.

⁸² Flavius G. Der Kampf um die Rechtswissenschaft [Electronic resource]. Heidelberg, 1906. S. 12. URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (дата обращения: 11.03.2023).

следующим образом: индивидуальное право является более важным для юриспруденции (как науки), а право сообщества – для правоприменения, хотя в данном случае присутствует их тесная взаимосвязь с обычным правом⁸³.

Другой критерий разграничения свободного права – критерий деления по характеру действительности, соответственно, на *действующее* и *не действующее право*. Как отмечается самим Канторовичем, такое свойство может быть как у формального, так и у свободного права: «Признавать и хотеть следовать или же следовать – вопрос двойкий»^{84 85}.

3. «Фикции» формального права. Утверждая свободное право равным формальному «по власти и по влиянию»⁸⁶, Канторович отмечает, что формальное право отличается от свободного и уступает в преимуществах ему по нескольким основаниям.

3.1. Первое отличие, отмеченное еще М. Е. Мейером⁸⁷ (M.E. Mayer), заключается в том, что свободное право, в отличие от формального, «знает каждый. Право же, созданное государством, не знает никто»⁸⁸. Чем больше разработано формальное право, тем больший объем незнания возникает у юристов: «Это настолько верно, что если отдельный человек получил

⁸³ А.В. Завадский, в рамках своей критики учения Канторовича, отмечает следующее: «Деление свободного права на индивидуальное и общественное, а также некоторые отдельные места книги могут заставить считать, что К. подходит к понятию интуитивного права Л.И. Петражицкого, но это не так: в свободное право попадает и обычное (La lotta 138) и мнения о желательных преобразованиях в праве государственном (14). Далеко не свободен К. от самопротиворечий: отказываясь провести границу действия индивидуального и общественного свободного права, подчеркивает, что второе должно иметь перевес в судебной практике, а первое в науке права, в то же время всю свою лестницу порядка применения судебной практикой буквы закона и т. д. он основывает исключительно на своем индивидуальном праве». См. подробнее: Завадский А.В. К учению о толковании гражданских законов/ под ред. А. Симолина. Казань, 1916. С. 13. Отметим, что, как это будет представлено в рамках раскрытия судебной методологии, роль общественного свободного права все же значительней, чем индивидуального свободного права в правоприменительной практике, хотя индивидуальное свободное право также присутствует в нем в форме свободы судебного усмотрения.

⁸⁴ Flavius G. Der Kampf um die Rechtswissenschaft [Electronic resource]. Heidelberg, 1906. S. 13. URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (дата обращения: 11.03.2023).

⁸⁵ Для более полного понимания правового учения Г. Канторовича необходимо уточнить, что больше в своих работах Канторович не вернется к данным классификациям, однако их идеи будут прослеживаться в его аргументах, объясняющих как авторский подход к определению понятия «право», так и судебной методологии.

⁸⁶ Flavius G. Der Kampf um die Rechtswissenschaft [Electronic resource]. Heidelberg, 1906. S. 12. URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (дата обращения: 11.03.2023).

⁸⁷ В работе «Правовые и культурные нормы» он писал: «Только культурные нормы могут ответить на вопрос о неправомерном поведении». См. подробнее: Mayer M.E. Rechtsnormen und Kulturnormen. Breslau, 1903, S. 85, Anm. 11.

⁸⁸ Flavius G. Der Kampf um die Rechtswissenschaft [Electronic resource]. Heidelberg, 1906. S. 12. URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (дата обращения: 11.03.2023).

глубокое знание законов государства, то он, как правило, будет принадлежать к классу темных людей чести⁸⁹). В иных ситуациях, отмечает Канторович, правопорядок и поведение граждан, в соответствии с формальным правом, объясняется либо фрагментарными знаниями о нем («оптовый торговец, художник, офицер, государственный деятель, муж имеют лишь отдельные знания даже в отношении пунктов коммерческого, авторского, государственного, международного и семейного права, не будучи обеспокоенными таким своим невежеством»⁹⁰), либо подражанием поведению других⁹¹ и представлению о социальных и культурных особенностях общества («Путешественник в чужой стране знакомится с языком, историей, искусством, обычаями людей, и открывать законодательные акты этой страны никому не приходит в голову»⁹²). Вывод, который делает Канторович: все люди живут в соответствии со свободным правом, согласно правилам их окружения или их индивидуальному признанию, которые «кажутся им – не произволом и не выгодой – а правом»⁹³.

3.2. Второе отличие – наличие «фикции» формального права, которую Канторович объясняет следующим образом: считается, что «формальное право является основой всех правовых отношений»⁹⁴. Ошибочность такого утверждения опровергается Канторовичем ссылкой на эмпирическую основу законодательной процедуры, а также причинами, лежащими в ее первооснове.

⁸⁹ Это выражение используется для описания человека, которого принято считать благородным, но который на самом деле таковым не является, а его махинации не вполне поддаются проверке. Выражение относится к отрывку из «Фауста» Гете (Фауст I, Перед воротами), где Фауст рассказывает о своем отце и его алхимических искусствах студенту Вагнеру во время так называемой «пасхальной прогулки». «Темный человек чести» тогда еще не имел того негативного значения, которое имеет сегодня. Человека чести называют «темным», потому что его деятельность непрозрачна для непосвященных и должна казаться им несколько странной. Academic dictionaries and encyclopaedias [Electronic resource] URL: https://universal_lexikon.de-academic.com/230901/Dunkler_Ehrenmann (дата обращения: 11.03.2023).

⁹⁰ Flavius G. Der Kampf um die Rechtswissenschaft [Electronic resource]. Heidelberg, 1906. S. 13. URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (дата обращения: 11.03.2023).

⁹¹ Об этом в настоящее время также пишет А. В. Стомба. См., напр.: Стомба А.В. Классическая и неклассическая теория права / Вестник Томского государственного университета. 2021. № 463. С. 251–256. DOI: 10.17223/15617793/463/31

⁹² Flavius G. Der Kampf um die Rechtswissenschaft [Electronic resource]. Heidelberg, 1906. S. 14. URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (дата обращения: 11.03.2023).

⁹³ Ibid.

⁹⁴ Ibid.

В данном случае приведенный тезис довольно близок логике Эрлиха, который первооснову законов видел в практике социальных групп⁹⁵. Так, Канторовичем утверждается, что фундаментом, на основании которого строится формальное право, является свободное право, которое живет независимо от формального, но не наоборот, поскольку почти все законодательные идеи существовали первоначально как положения свободного права. Любая критика формального права, которая впоследствии порождает его усовершенствование, по его мнению, должна, по определению, заимствовать критерии из свободного права. Эта идея впоследствии еще найдет свое отражение в иерархии правовых норм (где такие нормы обозначаются понятием «формальное неясное право»), разработанной Канторовичем.

3.3. Другая «фикция» формального права трактуется Канторовичем как «убеждение в беспробельности формального права»⁹⁶. По мнению Канторовича, это одна из важнейших фикций, служащих основанием для противостояния школы свободного права юристам-догматикам. Канторович считает, что, признавая существование пробелов в формальном праве, следует автоматически признавать и существование свободного права, в противном случае, имеет место абсурдное утверждение о том, что формальное право (закон), имея пробелы, заполняет само себя, как если бы «из кости можно было бы создать целое животное»⁹⁷. В противном случае, если предположить, что это невозможно, то, следовательно, суду каждый раз необходимо было бы отказывать в принятии иска или вынесении приговора, когда он обнаруживал пробел⁹⁸. В настоящий момент, пишет Канторович, пробелы фактически

⁹⁵ О. Эрлих об этом писал следующее: «Юрист берет свое право из общественных отношений, право юристов простирается не далее, чем отношения, из которых оно было взято. Любое настоящее право юристов ограничено личностями и явлениями, которые задействованы в тех отношениях, для которых юрист находит свое право». См. подробнее: Эрлих О. Основоположение социологии права / пер. с нем. М.В. Антонова; под ред. В.Г. Графского, Ю.И. Гревцова. СПб., 2011. С. 225.

⁹⁶ Flavius G. Der Kampf um die Rechtswissenschaft [Electronic resource]. Heidelberg, 1906. S. 14. URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (дата обращения: 11.03.2023).

⁹⁷ Ibid. S. 27.

⁹⁸ В данном случае, стоит критически оценить позицию Канторовича. Во-первых, в догматической юриспруденции представлен целый ряд правовых средств, которые позволяют заполнить существующие

заполняются судьями собственной правотворческой деятельностью, «с улыбкой авгура⁹⁹» посредством фиктивного метода отыскания «существующего, хотя, возможно, и неизвестного» положения формального права¹⁰⁰.

4. Пробелы есть как в законе, так и в праве (в том числе свободном праве). Канторович в Манифесте обращается к мысли, к которой далее в своем творчестве больше не возвращается. Вместе с тем представляется необходимым привести ее обоснование.

Канторович оставляет за скобками такой трансцендентальный и, «возможно, даже бессмысленный, вопрос»¹⁰¹ о том, может ли свободное право содержать в себе решение, тогда как у нас нет возможности его познать, и утверждает, что многие юридические споры вообще не допускают такого правового решения, а если предположить, что допускают, то ни одно не будет универсальным решением, в связи с индивидуальным фактором и изменчивыми социальными условиями, предполагающими несколько альтернативно верных решений: «как никто не отрицает, что люди отличаются друг от друга, из этого также следует, что наши различия, особенно в той мере, в которой они касаются определения жизненных ценностей, должны выражаться в различных решениях, по крайней мере, в части споров»¹⁰².

пробелы в праве, тем самым утверждение о том, что «юристы-догматики верят в беспробельность права» либо требует уточнения в виде слов «некоторые», либо ошибочно, либо, как будет представлено далее, требует уточнения понятия «беспробельность», которое, как правило, понимается в узком смысле – в виде отсутствия отдельной нормы права, позволяющей решить спор. Во-вторых, несмотря на аргумент, основанный на яркой аналогии, звучащий убедительно, представляется затруднительным ответить на вопрос, почему все же невозможно восполнение пробелов посредством отсылки, например, к правовому принципу. Позволим себе также провести параллель, используя ранее приведенный пример, и отметим, что правовой принцип сообразно скелету, по которому биологи воссоздают предположительный внешний вид целого животного, позволяет сконструировать необходимую для решения спора правовое положение.

⁹⁹ Авгуры – римские жрецы-гадатели, дававшие предсказание по крику и полету птиц. Нелепость их действий была яснее всего самим авгурам, по этой причине возникла поговорка: «Если авгур видит авгура, они не могут сдерживать улыбки». Вот почему усмешку, которой обмениваются между собой люди, совместно, по сговору, обманывающие других, называют улыбкой авгуров. См. подробнее: Толковый онлайн-словарь русского языка Д.Н. Ушакова [Электронный ресурс]. URL: <https://lexicography.online/explanatory/ushakov/a/авгур> (дата обращения: 03.05.2023), сайт «Лучшие афоризмы. Крылатые фразы» [Электронный ресурс]. URL: <https://aphorismos.net/phrase/ulybka-avgurov-avgura/> (дата обращения: 03.05.2023).

¹⁰⁰ Flavius G. Der Kampf um die Rechtswissenschaft [Electronic resource]. Heidelberg, 1906. S. 15. URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (дата обращения: 11.03.2023).

¹⁰¹ Ibid. S. 16.

¹⁰² Ibid.

Следовательно, в некоторых случаях пробелов достичь универсально оптимального решения, с которым согласны все, посредством права, невозможно, что не означает, что к этой цели не нужно стремиться.

Тезис о безусловном отсутствии пробелов в праве Канторович считает сложно искоренимым пороком правовой науки, называя его «юридической манией величия»: «Биолог, филолог, историк, искусствовед, астроном, преподаватель эстетики ни минуты не отрицают, что могут ответить только на крошечную часть задаваемых им вопросов [...] Во время экзамена Вы бы с негодованием отказались вообще отвечать на все мыслимые и немыслимые вопросы биологии, истории, физики и т.д. (например, какова температура звезды Альфа в созвездии Лебедя? [...] Почему канарейка не зеленая?)»¹⁰³.

Такое «высокомерие» юристов Канторович объясняет их безусловной верой в системность и совершенство правовой системы, которая убеждает их в возможности найти в ней самой ответы на все вопросы. Сравнивая юриста с лекарем-шарлатаном, который «в самом тяжёлом случае все же находит диагноз, а к самому отчаянному диагнозу – терапию»¹⁰⁴, он заключает, что постоянство правовой системы в формальном праве невозможно из-за постоянно изменяющейся реальности и из-за естественного характера возникновения свободного права («нормы, на которых оно основано, так же мало составляют систему, как и формальное право»¹⁰⁵), но в силу невозможности отказа в правосудии – необходимо найти справедливое и разумное решение¹⁰⁶. Канторович пишет о том, что, вместе с тем, надо честно

¹⁰³ Flavius G. Der Kampf um die Rechtswissenschaft [Electronic resource]. Heidelberg, 1906. S. 17. URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (дата обращения: 11.03.2023).

¹⁰⁴ Ibid. S. 18.

¹⁰⁵ Ibid.

¹⁰⁶ О проблеме, с которой сталкивается судейский корпус, а именно о постоянном нахождении судей между «Сциллой» - невозможностью самостоятельного правотворчества и «Харибдой» - невозможностью отказать в рассмотрении спора, писал еще Ф. Жени. Об этом см.: Луковская Д. И. Об эволюции взглядов на судейское право во французской юриспруденции (конец XVIII – первая четверть XX в.) // Правоведение. 2014. № 4 (315). С. 237-250. Сам же «Метод» Жени Канторович высоко ценил и готов был бы обменять все то, что он сам написал и даже больше, на то, чтобы быть автором «Метода». См.: Herget J.E., Wallace S. The German Free Law Movement as the Source of American Legal Realism // 73 Virginia Law Review. 1987. P. 410. Цит. по Карапетову А.Г. Борьба за признание судебного правотворчества в европейском и американском праве. М., 2011. С. 24.

признать, что полученный ответ не будет юридически верным или неверным: «Нельзя говорить о правовом решении дела, особенно когда, как это часто бывает, проблема заключается в количественном критерии, когда термины, используемые в норме, не поддаются количественному измерению (*culpa lata*, грубая неблагодарность, уважительная причина и т.д.), либо использование таких понятий должно потерпеть неудачу из-за несоизмеримости психических величин и отсутствия общих стандартов для «взвешивания интересов»¹⁰⁷. Эта идея Канторовича, предположительно, наиболее четко иллюстрируется актуальным примером, когда суд принимает решение о размере компенсации морального вреда.

5. Заполнение пробелов – результат воли, а не разума. Если закон имеет пробелы, что требует их восполнения, то судья не может больше «довольствоваться ролью простого рупора, ролью самоотверженно изнуряющего себя прихвостня законодателя»¹⁰⁸, а должен воспользоваться «свободным нахождением права»¹⁰⁹, т.е. сформулировать «свободное право», при этом на практике именно воля прийти к заранее определенному решению руководит выбором правовых положений¹¹⁰, на которых впоследствии будет основано решение, аналогично, если следовать классическому примеру, деятельности известного судьи и постглоссатора Бартола (Бартолуса), который сначала принимал решение, а затем вместе со своим другом

¹⁰⁷ Flavius G. Der Kampf um die Rechtswissenschaft [Electronic resource]. Heidelberg, 1906. S. 19. URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (дата обращения: 11.03.2023).

¹⁰⁸ Ibid.

¹⁰⁹ В данном случае Канторович употребляет «свободное нахождение права» (*freie Rechtsfindung*). Аналогичный термин был использован О. Эрлихом, и, предположительно, именно его метод разрешения споров имеет в виду Канторович. Позже, в работе «Юридическая наука – краткое изложение ее методологии», Канторович уточнит, что образование (*formation*) и применение (*application*) являются объектами «*freie Rechtsfindung*», однако, поскольку в данной работе речь идет уже о методологии, разработанной Г. Канторовичем, в целях избежать путаницы будем называть методологию Канторовича – «поиск свободного права».

¹¹⁰ Этот тезис впоследствии станет одним из самых уязвимых для движения свободного права. В частности, Е.В. Васьковский критикует сторонников движения, определяя такую юриспруденцию названием «Юриспруденция чувств» (*Gefühljurisprudenz*). См.: Васьковский Е.В. Избранные работы польского периода. М., 2016. С. 462. Стоит, однако, возразить, что в дальнейшем разработанная Канторовичем методология своей целью будет иметь, в том числе ограничение оснований, по которым судья может принять решение, т.е. цель, противоположную идеи «юриспруденции интересов».

Тигринием отыскивал соответствующие ему отрывки из *Corpus Juris*, потому что у него самого «было мало памяти»¹¹¹.

Отклоняя гипотетические обвинения в безосновательности своего утверждения, Канторович доказывает это эмпирически со ссылкой на «громкие судебные дела», являющиеся свидетельством того, «кто из них (*воля или разум – М.К.*) остается истинной движущей силой на долгосрочную перспективу»¹¹². Так, суды, считая себя обязанными вывести свое решение на основании текста закона, наносят сильный удар по свободному правовому убеждению, т.е. влекут за собой «нежелательный для общественности результат»¹¹³: «Особого внимания заслуживают те хорошо известные решения Верховного суда (*Reichsgericht*), которые время от времени вызывают бурю. В этом случае происходит каждый раз одна и та же драма: воля приводит в движение сотню пружин, чтобы логически убедительным образом из тех или иных положений в законе, а также – если это необходимо – с использованием проверенных временем правил толкования достичь противоположного, «желаемого» результата»¹¹⁴. Таким образом, подтверждая, что любые споры, по сути, решаются посредством конструирования судебного акта *ad hoc*, и тем самым доказывая, что «это всегда воля, водящая разум на помочах»¹¹⁵.

6. Решение по велению воли основывается на нерациональном мышлении. Отказываясь признавать логику как науку бесполезную для правовой науки¹¹⁶, Канторович утверждает обратное: «Логика неизбежно

¹¹¹ Flavius G. *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* [Electronic resource]. Heidelberg, 1906. S. 21. URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (дата обращения: 11.03.2023).

¹¹² Ibid.

¹¹³ Ibid.

¹¹⁴ Ibid. S. 22.

¹¹⁵ Выражение, подразумевающее руководство действиями несамостоятельного человека.

¹¹⁶ Хотя по данному вопросу активно велись дискуссии, и выдвигались весьма убедительные аргументы, уже на рубеже 19-20 вв., во второй половине 20 в. Х. Перельман основал Брюссельскую школу «Новой риторики», в основу которой в том числе была положена идея об ограниченном влиянии логики на гуманитарные науки, в том числе юриспруденцию. Об этом, например, М.П. Пронина пишет следующее: «Основатель бельгийской школы Х. Перельман вместе с Люси Ольбрехт Титекой заново «переоткрыли» ту часть логики Аристотеля, которую последний называл диалектикой. Они убедительно показали, что убеждение не может быть сведено к логическому обоснованию, поэтому в гуманитарной сфере современная логика практически бесполезна, а значит теория аргументации должна исследовать помимо умозаключений и приемы нелогического происхождения. Ведь в практике часто встречаются ситуации, когда с помощью, например, аналогий или «квазилогических» (похожих в какой-то степени на логические) аргументативных схем, у аудитории

права»¹¹⁷. Однако он вводит разграничение между логикой и юридической герменевтикой, которая включает в себя догматические инструменты, позволяющие судьям путем бессистемного их использования завуалированно творить право.

6.1. Аналогия права. По мнению Канторовича, любой случай обладает определенной степенью индивидуальности. При этом можно говорить и об обратном, поскольку сложно было бы найти случай, который «не имел бы ничего общего с любым другим». Соответственно, возможно было бы тогда заключить, что каждое правовое положение применимо почти в каждом случае.

6.2. Расширительное толкование. По сути, расширительное толкование является разновидностью аналогии¹¹⁸ и применяется в тех ситуациях, когда аналогия запрещена: «Раритетные шкафы наших судебных архивов знают, как конфисковать всё и вся под знаком «опасное орудие!»¹¹⁹.

При этом как первый, так и второй инструмент не имеют каких-либо четко установленных правил применения¹²⁰, что позволяет воле доминировать

создается убеждение в корректности обоснования некоторой точки зрения, а следовательно, в ее приемлемости». См.: Пронина М.П. Правовая аргументация и ее использование в процессе доказывания по гражданским делам // Юридическая техника. 2013. №7-1. С. 295. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/pravovaya-argumentatsiya-i-ee-ispolzovanie-v-protse-dokazyvaniya-po-grazhdanskim-delam> (дата обращения: 03.05.2023).

¹¹⁷ Flavius G. Der Kampf um die Rechtswissenschaft [Electronic resource]. Heidelberg, 1906. S. 23. URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (дата обращения: 11.03.2023).

¹¹⁸ Аналогичного подхода придерживался, например, Б. Виндшейд: «Таким образом и в этом случае главная, если не исключительная, деятельность толкования будет состоять в количественном распространении и ограничении закона. Но не подлежит сомнению, что и такая деятельность есть истинное толкование; и здесь точно также из-под внешнего проявления закона разоблачается существо его; скрытое и связанное наружною оболочкою вскрывается и разлагается на составные части. Тем менее можно в этом сомневаться, что различие между этою деятельностью и деятельностью, означенною в предыдущем § (*речь об аналогии – М.К.*), как ни твердо оно в теории, в каждом отдельном случае часто трудно и даже невозможно бывает провести, так что одна деятельность незаметно переходит в другую; ответить с уверенностью на вопросы: действительно ли законодатель не сказал того, что хотел сказать, или не мыслил того, что хотел мыслить? весьма часто невозможно». См.: Виндшейд Б. Учебник пандектного права. Т. I: Общая часть. СПб., 1874. С. 51-52.

¹¹⁹ Flavius G. Der Kampf um die Rechtswissenschaft [Electronic resource]. Heidelberg, 1906. S. 23-24. URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (дата обращения: 11.03.2023).

¹²⁰ Суть таких дискуссий описал К.Г. Вурцель: «Удивительно обнаружить, что авторы тех самых учебников, в которых утверждается о “четком разграничении”[...] аналогии и “распространительного толкования”, так что эти феномены юриспруденции “нельзя перепутать”, спорят между собой, к какому классу относятся выбранные ими иллюстрации. Скажем, Савиньи в качестве примера “расширительной интерпретации” предлагает случай, когда для действительности какой-либо сделки закон требует присутствия свидетелей, но не называет их числа. Унгер и Тель с упорством доказывают обратное и заявляют, что количество свидетелей в этой ситуации может быть выявлено [...] исключительно путем дополнения законодательной воли, т.е.

над разумом: «То, что мы должны толковать в одном случае расширительно или, аналогично, в другом случае – буквально или даже ограничительно, – это не закон и логика, а свободное право и воля, – скорее воля к достижению желаемых результатов и избеганию нежелательных»¹²¹.

6.3. Презумпция системности законодательства, по мнению Канторовича, является логичным продолжением применения права по аналогии, поскольку также позволяет применить к не относящимся случаям наиболее желательные правила из всего корпуса законодательных актов.

6.4. Процедура, основанная на *ratio legis*, состоит в абстрагировании от правовых предписаний в пользу общих положений, которые являются обоснованием причин создания этих законодательных предписаний. Таким образом, *ratio legis*, используя дедукцию, якобы образует логически верные положения, необходимые для разрешения спора. Канторович отмечает, что недостатком метода является то, что выведение из частного положения общего правила не может выступить гарантией согласования последующего частного положения, выведенного из общего правила, с первоначальным частным положением, поскольку хорошо известно, что между предпосылкой и заключением существует прочная связь, но ее нет между заключением и выводимой из него новой предпосылкой. В данном случае опять же, по мнению Канторовича, воля довлеет над разумом, поскольку «система в целом и ее части устанавливаются не таким образом, как это должно было бы быть, чтобы предпосылки решений брались из свободного права, а наоборот, тогда как только результаты с использованием предпосылок свободного права, позволяют правовой системе развиваться по требуемому пути»¹²².

6.5. Заключительным правовым инструментом, критикуемым Канторовичем, который также позволяет завуалировать волю действиями

посредством аналогии». Цит. по: Тихонравов Е.Ю. Соотношение распространительного толкования права и аналогии закона // Академический юридический журнал. 2016. №2 (64). С. 5.

¹²¹ Flavius G. Der Kampf um die Rechtswissenschaft [Electronic resource]. Heidelberg, 1906. S. 24. URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (дата обращения: 11.03.2023).

¹²² Ibid. S. 25.

разума, является конструкция «духа закона» или «духа законодателя». Аналогично «духу народа» или «божественному духу» судья или священник могут создать то обоснование, «которое хотелось бы видеть в законе в соответствии с личным вкусом»¹²³.

7. Решение должно основываться как на дедукции, так и на эмпирике. Канторович считает, что единственным исключением из правила является «молодой» закон, в котором воля еще объединена с разумом. В данном случае возможна только дедукция, но такой период применения закона непродолжителен. Когда теория и практика выявляют новые проблемы в спорных ситуациях, тогда суду необходимо принимать решение при непременном учете эмпирики, а именно посредством проверки эмпирикой дедуктивной гипотезы: «юрист, который делает умозаключения методом дедукции, будучи свободным от учения об эмпиризме, обязательно должен быть вовлечен в нелепое поведение тех эстетов, которые перед лицом физически воплощённого произведения искусства предпочитают лгать о своем впечатлении, но не изменять теорию, которая противоречит их вкусу»¹²⁴. Иначе, если это правило будет проигнорировано, считает Канторович, существует риск отставания правовых положений от реальной жизни.

В продолжение обоснования идеи о соблюдении консенсуса между правом и социальными условиями Канторович формулирует первый вариант концепт своей методологии, довольно схематично и спорно, что послужило одним из ключевых оснований для критики его идей. В частности, в первоначальном издании Манифеста Канторович утверждал, что судья имеет возможность решать дело вопреки закону (*contra legem*) в двух случаях: 1) как только закон не имеет ясного ответа, как разрешить спор; 2) если по свободному и добросовестному убеждению судьи представляется

¹²³ Flavius G. Der Kampf um die Rechtswissenschaft [Electronic resource]. Heidelberg, 1906. S. 27. URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (дата обращения: 11.03.2023).

¹²⁴ Ibid. S. 28.

невероятным, чтобы законодатель мог желать того решения, которое следует из закона¹²⁵. В таких ситуациях Канторович предлагал следующий порядок действий: 1) судья должен вынести такое решение, какое, по его убеждению, принял бы законодатель (аналогично правилу, закрепленному в ст. 1 ГК Швейцарии¹²⁶)¹²⁷; 2) Если судья не сможет сформулировать такое правило, то он должен решать спор в соответствии со свободным правом. При этом Канторовичем не раскрывалось, каким именно образом судье необходимо осуществлять «поиск» свободного права; 3) В самых запутанных случаях количественного характера (о которых сказано в п. 4 как о пробелах в самом праве) судья должен вынести решение по своему усмотрению, т.е. принять решение, руководствуясь исключительно профессиональной интуицией.

Такой подход, обосновавший возможность суда в исключительных случаях решать спор *contra legem*, не позволил ни одному юристу, ввязанному в актуальную дискуссию о свободном праве, оставаться равнодушным.

Оценивая идею Канторовича о рациональности общего подхода к судебному правотворчеству, стоит отметить, что радикальность его последнего утверждения о *contra legem* со временем (в том числе из-за многочисленных нападков критиков, которые вместо оказания поддержки основной идеи движения свободного права – регламентации судебного правотворчества – ошибочно стали отождествлять его с разрешением судьям всегда решать споры *contra legem*, о чем позже говорил Канторович¹²⁸) была

¹²⁵ Flavius G. Der Kampf um die Rechtswissenschaft [Electronic resource]. Heidelberg, 1906. S. 28. URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (дата обращения: 11.03.2023).

¹²⁶ Согласно которой, напомним, судья в случае, если не получится найти решение в законе и нормах общего права, может принять решение в соответствии с правилом, которое он сам бы установил, если бы был на месте законодателя. См. подробнее: Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907. Stand am 1. Januar 2021 [Electronic resource]. URL: https://www.gesetze.ch/sr/210/210_000.htm (дата обращения: 11.03.2023).

¹²⁷ Позднее Канторович придет к выводу, что норма ст. 1 ГК Швейцарии «слишком радикальна».

¹²⁸ Э.В. Паттерсон в примечании к работе «Юридическая наука – краткое изложение ее методологии» пишет: «профессор Канторович сожалеет о том факте, что термин «свободное право» (который он впервые предложил в 1906 году) ввел в заблуждение многих людей, у которых создалось впечатление, что судья «волен» принимать решения в соответствии со своей прихотью; тогда как на самом деле движение «свободное право» призвано предотвратить именно такой результат». См.: Kantorowicz H. U., Patterson E. W. Legal Science - A Summary of Its Methodology [Electronic resource]/ H.U. Kantorowicz// Columbia Law Review Association, 1928. Vol. 28, №. 6. pp. 679-707 URL: https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents (дата обращения: 11.03.2023). Даже в современных публикациях можно встретить такое ошибочное мнение. См., напр.: Таран П.Е. Идея права и ее роль в развитии учения о

смягчена уже при следующей публикации Манифеста, где упоминание о *contra legem* было исключено¹²⁹. Согласно более поздним идеям Канторовича, судья никогда не вправе принять решение *contra legem*, а только *praeter legem* (помимо закона), т.е. только в ситуации наличия пробелов.

Особо стоит оговориться, что свобода судейского усмотрения, о которой писал Канторович, вовсе не воспринималась им как абсолютная. Изначально предусматривалось ее применение только в строго ограниченных случаях, поскольку, «прежде всего, – указывал Канторович, – судья, связанный своей клятвой, должен решать дело так, как его надо решить в соответствии с четкой буквой закона»¹³⁰. Позднее даже он написал отдельное эссе, которое назвал – «Вымысел *contra legem*» (1911)¹³¹, чтобы еще раз опровергнуть незаслуженные обвинения.

8. Право – это Должное, невозможное без Сущего. Канторович пишет о том, что распространенный подход «методического дуализма», который получил название «гильотина Юма»¹³², резко разделил социологические и правовые науки, ограничив социологические изучением Сущего (того, что существует), а юридические – Должного (того, что должно существовать). Это разграничение даже стало впоследствии одним из предметов знаменитого

правотолковании: историко-теоретический анализ немецкой правовой доктрины в XIX-первой половине XX в. / Актуальные проблемы российского права. 2019. № 5 (102). С. 18.

¹²⁹ Речь об итальянском издании Манифеста. См.: Kantorowicz H.U. *La Lotta per la Scienza del Diritto*. Milano, Palermo, Napoli. 1908. pp. 40.

¹³⁰ Flavius G. *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* [Electronic resource]. Heidelberg, 1906. S. 41. URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (дата обращения: 11.03.2023).

¹³¹ Kantorowicz H. *Die Contra-Legem Fabel* // *Deutsche Richterzeit*, 1911. № 258.

¹³² Получили широкую известность следующие строки Дэвида Юма из работы «Трактат о человеческой природе»: «Я заметил, — пишет он, — что в каждой этической теории, с которой мне до сих пор приходилось встречаться, автор в течение некоторого времени рассуждает обычным способом, устанавливает существование Бога или излагает свои наблюдения относительно дел человеческих; и вдруг я, к своему удивлению, нахожу, что вместо обычной связки, употребляемой в предложениях, а именно *есть* или *не есть*, не встречаю ни одного предложения, в котором не было бы в качестве связки *должно* или *не должно*. Подмена эта происходит незаметно, но тем не менее она в высшей степени важна. Раз это *должно* или *не должно* выражает некоторое новое отношение или утверждение, последнее необходимо следует принять во внимание и объяснить, и в то же время должно быть указано основание того, что кажется совсем непонятным, а именно того, каким образом это новое отношение может быть дедукцией из других, совершенно отличных от него. Но так как авторы обычно не прибегают к такой предосторожности, то я позволяю себе рекомендовать ее читателям и уверен, что этот незначительный акт внимания опроверг бы все обычные этические системы и показал бы нам, что различие порока и добродетели не основано исключительно на отношениях между объектами и не познается разумом». См. Юм, Д. Сочинения. В 2 т.: Т. 1 / пер. с англ. С. И. Церетели, В.В. Васильева, В.С. Швырева; примеч. И. С. Нарского. М., 1996. С. 510-511.

спора между О. Эрлихом, отстаивающим право на существование такой самостоятельной науки, как социология права, и Г. Кельзеном¹³³. Однако такой подход игнорирует тот факт, что Должное само по себе является требованием, обязыванием, имеющим под собой желание (побуждение), т.е. «объективную» норму: «Конфликты между желанием и обязанностью являются конфликтами противоречивых желаний. Обязанность, которая задумана не как желание, будь то желание индивидуальной или коллективной личности, желание собственное или чужое, является «объективной» нормой, то есть неосуществимым еще пустым представлением о должном. Поэтому юриспруденция соответственно воздействует на позитивную сущность бытия, а именно на психологическую сферу, как и многие другие науки. Юриспруденция никогда не может выйти за пределы круга желаний (побуждений), только в этом кругу находится мера для оценки сущего, только в нем находится указание цели. Бытие всегда может быть оценено только бытием»¹³⁴. С этой точки зрения, по мнению Канторовича, не может быть обосновано принципиальное научно-теоретическое отграничение юриспруденции от иных социальных наук, поэтому междисциплинарное взаимодействие юриспруденции с психологией, с другими общественными науками приветствуется большинством представителей движения свободного права¹³⁵.

9. Параллелизм ортодоксального богословия и догматической юриспруденции. В Манифесте Канторович несколько раз сравнивает юриспруденцию с теологией, при этом не желая проявить какого-либо неуважения к религии. Наоборот, частота сравнений с теологией обусловлена, по мнению Канторовича, схожестью и прикладной применимостью

¹³³ См. подробнее: Кельзен Г. Основоположение социологии права / Основоположение социологии права; пер. с нем. М.В. Антонов; под ред. В.Г. Графского, Ю.И. Гервцова. СПб., 2011. С. 595-637, Эрлих О. Возражения / Указ. соч. С. 638-644, Кельзен Г. Реплика // Указ. соч. С. 645-649, Эрлих О. Реплика / Указ. соч. С. 650, Кельзен Г. Заключительное слово // Указ. соч. С. 651-652.

¹³⁴ Flavius G. Der Kampf um die Rechtswissenschaft [Electronic resource]. Heidelberg, 1906. S. 34. URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (дата обращения: 11.03.2023).

¹³⁵ Ibid.

методологических подходов как в правовой догматической науке, так и в богословии, о чем он еще будет писать позже¹³⁶.

В Манифесте объектом критики выступает образ законодателя как Бога: «оба существа недоступны для опыта, их намерения скрыты от светской массы или только смутно известны»¹³⁷. Канторович описывает схожие действия богослова и юриста: «оба притворяются, что представляют волю этих существ, в то время как на самом деле вместо воли Бога и Законодателя выдают свою волю, которую желают признать законом или религией»¹³⁸. Он указывает, что предметом их методологического исследования являются «только фрагменты к конструкции этой воли – священные письменные тексты или законы. Тем не менее, их задача состоит в том, чтобы на основе этих письменных источников четко и ясно дать ответы на все вопросы. Юрист должен уметь доказать, что каждое действие является правомочным либо противоправным, а богослов должен уметь обосновать, что любое действие является богоугодным либо греховным»¹³⁹. Они заблуждаются в отсутствии пробелов, системности и внутренней согласованности, веря в то, что «все же обе эти системы должны быть представлены как непротиворечивые системы, в которых ничего не раскрывается о предшествующих тысячелетних разработках, о тысячах пересечений различных культурных систем, заложенных в них»¹⁴⁰.

Канторович убежден, что для успешного заполнения пробелов и разрешения противоречий в силу неоднородности и фрагментарности текстов, которые составлялись разными людьми в разное время, юрист и богослов применяют соответствующие инструменты, которые ими используются одинаково неупорядоченно. Юрист использует «*regulae jus*», теолог использует такие понятия как «Триединство», «Богочеловек», «Богородица», из которых либо одна, либо другая сторона выбранного инструментария могут

¹³⁶ В частности, в работе «Юридическая наука – краткое изложение ее методологии».

¹³⁷ Flavius G. Der Kampf um die Rechtswissenschaft [Electronic resource]. Heidelberg, 1906. S. 35. URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (дата обращения: 11.03.2023).

¹³⁸ Ibid.

¹³⁹ Ibid.

¹⁴⁰ Ibid. S. 36.

использоваться им по собственному желанию¹⁴¹. В целом, Канторовичем делается вывод, что соотношение разума и чувств одинаково в обеих науках. В процессе такой личностной интерпретации возникают результаты, которые противоречат и религиозному чувству, и замыслу закона, процесс продолжается до тех пор, пока не будет достигнуто искомое лицом согласование. Таким образом либо разум приспособливается к чувству (что характерно для юриспруденции), либо чувства приспособляются к разуму («что чаще встречается в богословии, поскольку богослов с величайшей виртуозностью, но с истинным убеждением доказывает догматы веры религиозного сообщества, к которому в большинстве случаев он относится»¹⁴²). Тем самым еще раз доказывается, что дедукция в юриспруденции фактически служит не истине, а интересам конкретных лиц.

10. В заключение Канторович делает вывод, что все указанные тезисы, разработанные его сторонниками, явно доказывают необходимость изменения общего подхода к праву: «если наука права признает свободное право, то она больше не может основываться исключительно на законодательном праве! Если правовая наука – это творчество, то она больше не может быть служанкой закона! Если наука постоянно сталкивается с пробелами в законе, то и практика не может юридически правильно принять решение по каждому судебному делу!»¹⁴³.

Такие вызывающие высказывания Канторовича, несомненно, преследовали цель побудить к дискуссии сообщество всех тех, кто причастен к науке права. Он отважно пошатнул фундаментальные догматы права, в универсальность применения которых многие юристы верили безусловно. Вместе с тем, обобщение радикальных идей всегда сопровождается риском формулирования тезисов, от которых некоторые первоначальные сторонники могут отказаться. Как уже отмечалось, наибольшей критике подверглось

¹⁴¹ Flavius G. Der Kampf um die Rechtswissenschaft [Electronic resource]. Heidelberg, 1906. S. 36. URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (дата обращения: 11.03.2023).

¹⁴² Ibid.

¹⁴³ Ibid. S. 39.

методологическое замечание – дозволение судьям разрешать споры *contra legem*. Поэтому даже некоторые представители школы свободного права стали пытаться отказываться от причисления себя к этому движению¹⁴⁴.

Однако, несмотря на иногда агрессивную дискуссию, можно с уверенностью утверждать, что цель, поставленная Канторовичем, была достигнута: «Из руин пыток, к ужасу всех утративших мужество, триумфально поднялось Свидетельство Свободы, Гордости Современности; из руин догматики, к ужасу всякой неясности, взойдёт Гордость Будущего – Свободное право»¹⁴⁵. Дату опубликования работы Канторовича можно признать датой официального основания и начала новаторского движения свободного права в юриспруденции, что позволяет говорить о полноправном появлении нового движения, заслужившего особое место среди других правовых теорий.

Канторович сожалел о том, что учению о свободном праве «все еще не хватает цельности и осознанности своей силы»¹⁴⁶. Но, как представляется, Манифест содержит программный концепт, который, хотя и «не ожидает признания себя в качестве системы»¹⁴⁷, однако является мировоззренческим прояснением ключевых идей движения свободного права о том, что судьи, наряду с законодателем, являются правотворцами, должны применять разработанные правовой наукой средства и приёмы открыто и упорядоченно не в чьих-то личных интересах, а в интересах всего общества¹⁴⁸. Но для того,

¹⁴⁴ Так, от причисления себя к движению свободного права отказались Хек, Рюмелин, Бюлов, считавшие себя представителями другого направления – юриспруденции интересов.

¹⁴⁵ Flavius G. Der Kampf um die Rechtswissenschaft [Electronic resource]. Heidelberg, 1906. S. 49. URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (дата обращения: 11.03.2023).

¹⁴⁶ Ibid. S. 5.

¹⁴⁷ Ibid.

¹⁴⁸ Неоспорим тот факт, что еще до опубликования Канторовичем Манифеста существовали отдельные работы, в которых утверждались данные идеи. В отечественной науке еще в 1880 году С.А. Муромцева писал о правотворческой деятельности судьи следующее: «Он (*закон – М.К.*) является также пособником судебной практики, помогая ей побороть какие-либо неправомерные инстинкты жизни. Авторитетом высшей власти он освящает движение, наступившее в мире судебном. Но все это несколько не делает его врагом судебного творчества. В доказательство можно сослаться хотя бы на историю римского гражданского законодательства». См. подробнее: Муромцев С.А. Суд и закон в гражданском праве / Юридический Вестник. М., 1880. Кн. 11. С. 380. Однако, как утверждалось ранее, именно аккумуляция всех разрозненных основных идей в единую работу без претензии на их единоличное авторство позволяет говорить о формировании единого движения в правовой науке.

чтобы понимать, в рамках каких парадигм выделять из общей массы социальных норм именно правовые (формального или свободного права), необходимо определиться с понятием права.

Глава II. Место юриспруденции в системе наук. Методология определения понятий в учении Г. Канторовича. Определение понятия права

§ 1. Юриспруденция в системе социально-гуманитарных наук

В эссе «Определение права» Канторович основывается на том, что исследование возможно только при определении прежде всего его предмета. Само же рассмотрение данного вопроса невозможно без первоначального выявления места юриспруденции как науки о праве в общей системе естественных и гуманитарных наук. Этот вопрос также становился предметом исследования Г. Канторовича¹⁴⁹.

Так, немецким юристом сначала дается определение понятия «наука», потом исследуется понятие юридической науки и ее методология. При этом теория права, посвященная «философскому и культурному обоснованию», рассматривается Канторовичем в качестве основы всех правовых наук, в том числе юридической методологии¹⁵⁰. Любая наука, по мнению Канторовича, всегда ставит целью стремление к «идеалу знания», т.е. к «совокупности знаний, которая превосходит повседневное знание, обладая максимально возможными качествами знаний»¹⁵¹. Его идею можно представить в виде двух

¹⁴⁹ См., напр.: Куликова М.С. Методология Германа Канторовича и классификация юридических наук // Международный юридический журнал. 2023. Том 6, № 3. С. 150-154.

¹⁵⁰ Kantorowicz H. U., Patterson E. W. Legal Science - A Summary of Its Methodology [Electronic resource]/ H.U. Kantorowicz// Columbia Law Review Association, 1928. Vol. 28, №. 6. P. 679. URL: https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents (дата обращения: 11.03.2023). Указанная статья, опубликованная в 1928 году в журнале Columbia Law Review, являлась кратким изложением выпускного курса по юриспруденции «Теория судебных решений», который был прочитан Г. Канторовичем в весеннем семестре 1927 года в Колумбийском университете. Прежде чем перейти к обзорному и, по возможности, критическому анализу рассматриваемого текста, стоит отметить, что Г. Канторович в примечании к настоящей работе упомянул, что конспект его лекций не будет в полной мере понятен без его примеров, которые он планирует приводить в рамках своих лекций: «Только некоторые части этого резюме станут темами моего семинара, и это резюме не предназначено для понимания без примеров и объяснений, которые будут даны на семинаре». В связи с этим любопытно было бы отметить, что настоящий текст имеет соавтора – Э.В. Паттерсона, – профессора Колумбийской школы права, который внес в опубликованный текст свои комментарии: «хотя сноски профессора Паттерсона и содержат некоторые критические замечания, их главная цель – прояснить и усилить утверждения текста», а также сноски, восполняющие конкретные иллюстрации и объяснения, которые были даны Г. Канторовичем в рамках его занятий, что позволяет надеяться на минимальное расхождение реконструированной модели правового учения, воспроизводимой в настоящей работе.

¹⁵¹ Kantorowicz H. U., Patterson E. W. Legal Science - A Summary of Its Methodology [Electronic resource]/ H.U. Kantorowicz// Columbia Law Review Association, 1928. Vol. 28, №. 6. P. 680. URL:

тезисов объективно-субъективного характера: «мы можем утверждать о том, что что-то «знаем», если рассматриваемое нами утверждение не только фактически истинно, но и если мы сами убеждены в истинности этого утверждения»¹⁵².

Как проверить, что утверждение фактически истинно? Как понять, что в истинности утверждения субъект познания лично убежден? Предложенный подход видится релятивным, поскольку в отношении как субъективного элемента (личная убежденность в истинности утверждения), так и объективного (фактическая истинность утверждения) не устанавливается критериев, позволяющих определить знания в качестве «истинных знаний». В части вопроса о субъективности знания Канторович отмечает, что достижение «идеала знаний» возможно только «в той мере, в какой удастся устранить то самое личное влияние или поправку на личные особенности (the personal equation)»¹⁵³. Стоит заметить, что вопрос о субъективности знания неоднократно поднимался в философии. Например, Кант также пришел к выводу о невозможности устранить влияние субъекта познания на объект: «[...] вопрос об отношении представления к предмету трансцендентален; при этом не только капли оказываются лишь явлениями, но и сама круглая форма их и даже пространство, в которое они падают, суть сами по себе ничто, а лишь модификация или основы нашего чувственного созерцания; трансцендентальный же объект остается нам неизвестным»¹⁵⁴. Канторович тоже в Манифесте критикует тезис об объективности судебного решения: «[...] человек не может не поставить печать своей личности на всё то, что он делает»¹⁵⁵. Чтобы устранить противоречие, можно предположить, что требование устранения личного влияния на знания как на «потенциальный

https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents (дата обращения: 11.03.2023).

¹⁵² Ibid. P. 679.

¹⁵³ Ibid. P. 680.

¹⁵⁴ Кант И. Критика чистого разума /пер. с нем. Н. Лосского, под ред. Ц.Г. Арзаканяна, М.И. Иткина; примеч. Ц. Г. Арзаканяна. М., 1994. С. 63-64.

¹⁵⁵ Flavius G. Der Kampf um die Rechtswissenschaft [Electronic resource]. Heidelberg, 1906. S. 43. URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (дата обращения: 11.03.2023).

идеал знаний» следует понимать в относительной, а не абсолютной степени. Степень относительности знания, по всей видимости, если руководствоваться методологией определения понятия Канторовича¹⁵⁶, которая будет рассмотрена далее, будет определяться целью – достижением наибольшей полезности знания.

Для достижения указанной цели Канторович выделяет два вида качеств, присущих и одинаковых для любой науки – универсальные и дополнительные, имеющие различное содержание.

К универсальным качествам относятся: универсальная обоснованность (достоверность/значимость) (universal validity), упорядоченность (order), последовательность (consistency), необходимость (necessity), полнота (completeness), методичность сбора данных (methodical acquisition), чисто интеллектуальное познание (pure intellectuality of the knowledge). Вся совокупность качеств целенаправленно исключает влияние «эмоций, воли и деятельности (activity), а также различных форм вероучений/убеждений (creed)»¹⁵⁷. Эти качества универсальны для наук всех видов.

Универсальные качества (критерии) наук перечисляются Канторовичем, но содержательно не раскрываются. Так, не совсем ясно, как соотносятся понятия «упорядоченность» и «последовательность». Если под последним понимается логическая последовательность упорядоченного знания, то чем она тогда отличается от «обоснованности», которую, в свою очередь, довольно смутно можно отличить от «чисто интеллектуального познания». Вместе с тем неоспоримо науковедческое значение идей Канторовича об универсальных качествах и критериях науки и научности.

По мнению Канторовича, тщательный разбор необходим в отношении содержания, предмета, формы различных наук, отношения конкретной науки

¹⁵⁶ Канторович писал в работе «Определение права», что сказанное распространяется и на объекты исследования.

¹⁵⁷ Kantorowicz H. U., Patterson E. W. Legal Science - A Summary of Its Methodology [Electronic resource]/ H.U. Kantorowicz// Columbia Law Review Association, 1928. Vol. 28, №. 6. P. 680. URL: https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents (дата обращения: 11.03.2023).

к другим наукам, а также целей науки, поскольку именно они являются теми дополнительными характеристиками, которые выделяют юридическую науку среди остальных, а также позволяют изучать различные отрасли права внутри юридической науки.

Содержание любой науки, как полагает Канторович, можно условно разделить на утверждения (proposition), понятия (concepts), проблемы (questions) и классификации (divisions). Стоит отдельно оговориться, что Канторович специально отграничивает «понятие» (в смысле «номинального определения») от «определения» (в смысле «реального определения»), которое относится к категории «утверждение».

Канторович считает, что наибольшую ценность в науке представляют категории «*утверждений*» (propositions), для которых остальные элементы имеют инструментальное значение, как он сам пишет, «в целях формулирования и упорядочивания расположений утверждений»¹⁵⁸. Утверждения, в свою очередь, включают в себя «особенно важную группу»¹⁵⁹ – оценочные суждения (evaluations; Werturteile); таким образом, допускается ценностный характер научного предмета. Как следствие, Канторовичем обращается внимание на то, что в рамках некоторых наук существуют «утверждения» в виде оценочных суждений.

Классификация приведенных элементов содержания по степени важности небезосновательна: выделение «убеждение» в категории ценностных как «особенно важной группы» подтверждает существование иерархии элементов; а дополнительная характеристика, которая выделяет два из них: утверждения и понятия, акцентирует в «содержании» их особое место.

¹⁵⁸ Kantorowicz H. U., Patterson E. W. Legal Science - A Summary of Its Methodology [Electronic resource]/ H.U. Kantorowicz// Columbia Law Review Association, 1928. Vol. 28, №. 6. P. 680. URL: https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents (дата обращения: 11.03.2023).

¹⁵⁹ Ibid. P. 681.

Можно предположить, что вторым по значимости является элемент «**понятия**» (concepts). При выборе научных понятий Канторович устанавливает два правила, чтобы избежать ошибок и привнесения личного элемента:

– Определение понятия «должно предшествовать не исследованию вопроса, а его изложению»¹⁶⁰, в противном случае процесс исследования будет проходить «под покровом неясности»¹⁶¹. Иначе говоря, предлагается изначально установить цели исследования, ради которых будет осуществляться определение понятий¹⁶². Канторовичем позже была опубликована работа¹⁶³, где в рамках критики радикального реализма указывалось на необходимость установления цели исследования с примером целей исследования права, отличающихся для историка и для юриста¹⁶⁴. Однако тезисный характер правила не вполне понятен: каким образом следует обозначить цель исследования? Как определить полезность отдельной науки? Схожим вопросом позже задастся в рецензии Г. Харт, утверждая, что критерий полезности понятий в естественных науках очевидней, чем в гуманитарных¹⁶⁵.

– Определение должно быть только «более или менее полезным для рассматриваемой проблемы»¹⁶⁶, т.е. инструментальным, а не представляться категорически истинным или ложным, т.е. эпистемологическим. Стоит заметить, что подход Канторовича был им лишь контурно намечен.

¹⁶⁰ Kantorowicz H. U., Patterson E. W. Legal Science - A Summary of Its Methodology [Electronic resource]/ H.U. Kantorowicz// Columbia Law Review Association, 1928. Vol. 28, №. 6. P. 681. URL: https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents (дата обращения: 11.03.2023).

¹⁶¹ Ibid.

¹⁶² Ibid.

¹⁶³ Kantorowicz H. Some Rationalism about Realism [Electronic resource] // Yale Law Journal. 1934. Vol. 43, Issue 8. pp. 1240-1253. URL: https://proxy.library.spbu.ru:4166/HOL/Page?public=true&handle=hein.journals/ylr43&div=69&start_page=1240&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults (дата обращения: 11.03.2023).

¹⁶⁴ Ibid. P. 1245.

¹⁶⁵ Hart, H.L.A. Review on The Definition of Law by Hermann Kantorowicz, A. H. Campbell and A. L. Goodhart/ The Philosophical Review. 1960. Vol. 69, № 2, pp. 270-272.

¹⁶⁶ Kantorowicz H. U., Patterson E. W. Legal Science - A Summary of Its Methodology [Electronic resource]/ H.U. Kantorowicz// Columbia Law Review Association, 1928. Vol. 28, №. 6. P. 681. URL: https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents (дата обращения: 11.03.2023).

Впоследствии, как известно, такого рода подход был развит Г. Хартом^{167,168}, который, «актуализировал внимание к языку права»¹⁶⁹, «прояснив» язык права»¹⁷⁰. Аналогичный подход к определению понятий упоминается современными исследователями в развитие идей представителя аналитической философии А. Папа, которые указывают, что определение в целом служит прояснению контекста, но никак не установлению истинности, что противоречило бы «самой сути определений, с помощью которых предполагается нечто разъяснить, а не запутать»¹⁷¹.

Резюмируя содержательную составляющую науки, Канторович пишет, что, руководствуясь этими правилами, «мы ничего не утверждаем ни о его (*понятии – М.К.*) существовании, ни о его дальнейших качествах; на эти вопросы должно ответить исследование, которое, в отличие от определения понятия (*definition of the concept*), является ни в коем случае не вопросом о целесообразности (как считают прагматисты), а чисто вопросом истины или ошибки (*a pure matter of truth or error*)»¹⁷².

Таким образом, в зависимости от того, какой из двух элементов акцентируется: понятия или утверждения, все науки, в том числе и науку права, по мнению Канторовича, можно дифференцировать на

¹⁶⁷ Стоит оговориться, что внимание к языку проявлялось и ранее в отдельных юридических исследованиях. Так, Н.Ф. Ковкель отмечает, что, например, в отечественной науке «специфика законодательных терминов и некоторые особенности законодательной стилистики исследовались также в трудах Е.В. Васильковского, И.А. Ильина, В.Д. Каткова, П.И. Люблинского, А.И. Новикова, М.А. Унковского и др.». См. подробнее: Ковкель, Н.Ф. Особенности формирования и развития правовой лингвистики в российской дореволюционной, советской и постсоветской юриспруденции // Научные труды Белорусского государственного экономического университета : юбилейный сборник. Минск. 2013. Вып. 6. С. 490-497.

¹⁶⁸ Упомянув Г. Харта, нельзя не отметить его положительную рецензию, несомненно, не без критических комментариев на работу Г. Канторовича «Определение права», опубликованную в журнале «The Philosophical Review» (1960), речь о которой подробнее будет идти в разделе 2.3.

¹⁶⁹ MacCormick N. H.L.A. Hart. 2th ed. Stanford University Press, 2008. P. 213. Цит. по Философия и язык права / Г.Л.А. Харт. М., 2017. С. 9.

¹⁷⁰ Оглезнев В.В., Суровцев В.А. Аналитическая философия, юридический язык и философия права. Томск, 2016. Цит. по Философия и язык права / Г.Л.А. Харт. М., 2017. С. 8.

¹⁷¹ Оглезнев В.В., Суровцев В.А. В каком смысле определения могут быть истинными или ложными: о работе А. Папа «Теория определений» // Вестник Томского государственного университета. Философия. Социология. Политология. 2017. № 38. С. 285.

¹⁷² Kantorowicz H. U., Patterson E. W. Legal Science - A Summary of Its Methodology [Electronic resource] / H.U. Kantorowicz // Columbia Law Review Association, 1928. Vol. 28, №. 6. P. 681. URL: https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents (дата обращения: 11.03.2023).

«утверждающие/пропозиционные науки (propositional sciences)», к которым он относит, например, историю правовой науки, и на «понятийные/концептуальные науки (conceptual sciences)» – например, общую юриспруденцию¹⁷³.

Предваряя рассмотрение *предмета*, Канторович вновь классифицирует науки: науки о реальности (sciences of reality), науки об объективном значении/о смысле (sciences of objective meaning), науки о ценностях (sciences of value). Наука права относится сразу ко всем трем предметам, что проявляется в приведенном Канторовичем примере о повседневной жизни юриста-практика: «Адвокат объясняет своим клиентам: 1) Ваше дело подпадает под действие старого, но все еще действующего закона, если его правильно истолковать, и поэтому вы должны выиграть; (2) Но этот закон противоречит нашим современным ценностям и поэтому представляется несправедливым; (3) По воле случая, я знаю судью Брауна и знаю, как он применяет этот закон, поэтому вы проиграете»¹⁷⁴. Таким образом, приведенные три высказывания относятся к правовой науке, но связаны с тремя разными предметами: первая фраза – с объективным смыслом¹⁷⁵; вторая – с ценностью; третья – с реальностью. Узкое восприятие предмета считается, по мнению Канторовича, ошибкой: «Так, юристы-практики, – пишет он, – не воспринимают ничего, кроме первого аспекта, философы естественного права загипнотизированы вторым, а современная, так называемая

¹⁷³ Kantorowicz H. U., Patterson E. W. Legal Science - A Summary of Its Methodology [Electronic resource]/ H.U. Kantorowicz// Columbia Law Review Association, 1928. Vol. 28, №. 6. P. 681. URL: https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents (дата обращения: 11.03.2023).

¹⁷⁴ Ibid.

¹⁷⁵ В данном случае можно было бы высказать критическую оценку приведенного утверждения. Так, в первой ситуации сказано не столько о тексте закона, который также следует признать довольно субъективным значением, сколько об интерпретации текста, которая может отличаться в зависимости от интерпретирующего субъекта, в связи с чем утверждение об объективности содержащегося в нем смысла может показаться, на первый взгляд, сомнительным. Однако, если учесть, что Канторович допускает существование несколько эквивалентных «объективных значений», то данное противоречие разрешается.

«социологическая» тенденция в Европе и в Америке (Эрлих, Холмс), склонна рассматривать только третий аспект»¹⁷⁶.

В мире реальности все объекты должны обладать тремя качествами: способностью находиться во времени, способностью оказывать воздействие/эффект на другие объекты, способностью изменяться. Общепринятый подход был основан на разграничении по критерию «нахождение в пространстве». Тем самым предмет разделялся на психический или материальный, тогда как Канторович предложил разграничивать все науки о реальности по иному критерию – наличие либо отсутствие среди ключевых свойств предмета культурных ценностей и, таким образом, физику он относил к естественной науке, а историю – к культурной.

В мире объективных смыслов все объекты идеальны («ideal» things), т.е. существуют в форме смысловых образов (Sinngelbilde¹⁷⁷), что отличает их от «носителей», которые воплощают эти образы в объективной действительности. Образы, в свою очередь, разделяются Канторовичем на два вида: в первую группу входят образы, смыслы которых не имеют «причины» и, соответственно, временных качеств, но поддаются математическому измерению. Такую категорию предметов Канторович предлагает называть «величиной» (sciences of magnitudes), к которой относится, например, образ в форме геометрической фигуры. Вторая категория – «значение» (sciences of significations) – наоборот, неизмеримая категория, имеющая причины и временные качества. Например, смысл фразы, нормы права или произведения искусства. Таким образом, заключает Канторович, науки можно разделить либо на науки о величинах, либо на науки о значениях. Поскольку первые подвергаются объективному измерению, то они могут достичь «безусловной

¹⁷⁶ Kantorowicz H. U., Patterson E. W. Legal Science - A Summary of Its Methodology [Electronic resource]/ H.U. Kantorowicz// Columbia Law Review Association, 1928. Vol. 28, №. 6. P. 681. URL: https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents (дата обращения: 11.03.2023).

¹⁷⁷ Важно уточнить, что в данном мире ключевым является именно «смысл», а не «мысль», поэтому переводить следует именно «смысловой», а не «мысленный» образ, который в немецком языке звучит по-другому – «Gedankenbild».

определенности/безусловной достоверности», тогда как вторые «должны довольствоваться неоднозначными результатами (например, несколькими одинаково верными интерпретациями)»¹⁷⁸.

Рассуждения Г. Канторовича, требующие отграничения смыслового образа от его объективного носителя, как указывалось ранее, обусловлены идеей семантического треугольника немецкого логика Г. Фреге, которую он выдвинул в своей работе «О смысле и значении» (1892)¹⁷⁹, ставшей революционной для классической семантики, указав на необходимость отграничения знака (Zeichen) не только от значения (Bedeutung), но также и от введенной им новой категории – смысла (Sinn). В частности, Фреге писал, что знак относится к означаемому опосредованно – через смысл.

В мире ценностей предметы имеют близкую природу с предметами мира смыслов, а именно они не имеют ни временной, ни пространственной характеристики, не подвержены сами изменениям, и поэтому так же нереальны, как идеальные объекты. Вместе с тем, они «не безразличны к реальности, а положительно либо отрицательно связаны с ней», тем самым утверждая необходимость реализации или, наоборот, нереализации их в жизненном мире (так называемое «здесь-бытие-долженствование» – Dasein-sollen)¹⁸⁰. Канторович наделяет ценности свойствами объективности и необходимости, вне зависимости от «нашего знания и нашей воли», т.е., как отмечает в своем комментарии профессор Э.В. Паттерсон, «мы можем хотеть, чтобы поступок был «правильным», но мы не можем не знать, что он «неправильный»¹⁸¹.

¹⁷⁸ Kantorowicz H. U., Patterson E. W. Legal Science - A Summary of Its Methodology [Electronic resource]/ H.U. Kantorowicz// Columbia Law Review Association, 1928. Vol. 28, №. 6. P. 684. URL: https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents (дата обращения: 11.03.2023).

¹⁷⁹ Фреге Г. О смысле и значении // Готтлоб Фреге. Логика и логическая семантика; пер. с нем. Б.В. Бирюкова под ред. З.А. Кузичевой. М., 2000. С. 230-246.

¹⁸⁰ Kantorowicz H. U., Patterson E. W. Legal Science - A Summary of Its Methodology [Electronic resource]/ H.U. Kantorowicz// Columbia Law Review Association, 1928. Vol. 28, №. 6. P. 684. URL: https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents (дата обращения: 11.03.2023).

¹⁸¹ Kantorowicz H. U., Patterson E. W. Legal Science - A Summary of Its Methodology [Electronic resource]/ H.U. Kantorowicz// Columbia Law Review Association, 1928. Vol. 28, №. 6. P. 684. URL:

На вопрос о том, как можно определить правильность или неправильность поступка, Канторович пишет, что объективная значимость ценностей «в целом заключается в факте осознания (conscience), который не подлежит эмпирическому объяснению»¹⁸².

Классификация предметов в мире ценностей осуществляется по трем свойствам: теоретические или логические ценности (к которым Канторович, относит, например, ценность истины), практические или этические ценности (ценность морали) и эстетическая ценность (ценность красоты). Но объективность не является гарантией универсальности характера ценностей. Универсальность в рамках теоретических ценностей представляется Канторовичу, «действительно, несомненной, поскольку более одной истины логически невозможно», в случае эстетической ценности «она лишь вероятна», практической ценности – «крайне маловероятна»¹⁸³.

При рассмотрении *формы науки* Канторович разделяет все науки на «систематические» и «индивидуализирующие». К систематическим относятся такие науки, которые «разрабатывают общие концепции; формулируют, если возможно, точные законы природы и общества»¹⁸⁴; таким образом, систематические науки интересуются тем, что является общим для нескольких вещей, например, социология (в том числе социология права). Индивидуализирующие науки, наоборот, «интересуются только тем, что свойственно только этой вещи и никакой другой»; к ним, например, Канторович относит историческую науку (в том числе и историю права) или науку об определенной правовой системе.

Относительно критерия *соотношения наук между собой* Канторович отмечает, что науки могут быть разделены на науки, которые полезны для

https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents (дата обращения: 11.03.2023).

¹⁸² Ibid.

¹⁸³ Ibid. P. 684-685.

¹⁸⁴ Ibid. P. 686.

использования их другими науками (прикладные) и науки, которым полезны прикладные науки (применяемые)¹⁸⁵. При этом существующее между науками соотношение выражено во взаимообусловленности и -дополняемости. С одной стороны, к применяющим наукам относятся все индивидуализирующие науки, поскольку они используют общие понятия и законы причинности прикладных наук, в силу их общего характера. С другой стороны, обобщающие науки также используют материал индивидуализирующих наук в целях выведения общих правил, применяя индуктивный метод.

По критерию *цели* науки делятся на теоретические, в которых познание является самоцелью, и практические, которые используют результаты познания для осуществления изменений в объективной действительности¹⁸⁶.

Завершая свои размышления о разграничении наук, Канторович предлагает определить место юриспруденции (исключая сравнительное правоведение, которое, по его мнению, является не отраслью права, а методом). Он приводит таблицу, составленную по критериям формы и предмета, позволяющую наиболее четко дифференцировать различные разделы науки права¹⁸⁷.

Форма Предмет	Конструктивные (связанные с науками о смысле)	Эмпирическое (связанные с науками о реальности)	Деонтологические (связанные с науками о ценностях)
Систематическое познание права (конституционное, уголовное право и т.д.)	Общая часть юриспруденции (General Jurisprudence)	Социология права	Философия права
Индивидуализированное познание права (европейское,	Особенная часть юриспруденции (Particular Jurisprudence)	История права	Законодательство (Legislative Jurisprudence)

¹⁸⁵ Kantorowicz H. U., Patterson E. W. Legal Science - A Summary of Its Methodology [Electronic resource]/ H.U. Kantorowicz// Columbia Law Review Association, 1928. Vol. 28, №. 6. P. 686. URL: https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents (дата обращения: 11.03.2023).

¹⁸⁶ Ibid.

¹⁸⁷ Ibid. P. 691.

английское право и т.д.)			
-----------------------------	--	--	--

Определяя в классификации место догматической части теории права, Канторович отмечает ее особую роль, относя юридическую догматику к науке о смысле систематического свойства. Юридическая догматика, – пишет он, – «ядро юридической науки, по сравнению с которой все остальные отрасли, если они вообще развивались, никогда не были более чем вспомогательными науками»¹⁸⁸. Специфика юридической догматики заключается в ее двойственном характере, поскольку она «всегда была теоретической наукой с практической тенденцией. Она всегда, осознанно или неосознанно, стремилась подготовить почву для судебных решений, объясняя и рационализируя законы страны, и тем самым служить судебным органам общества»¹⁸⁹.

Таким образом, определяя догматику как «теоретическую науку с практической тенденцией»¹⁹⁰, Канторович склоняется к отнесению ее к сфере практических наук. Отвечая на вопрос о соответствии профессиональной деятельности юристов-практиков теоретико-правовым разработкам науки, он в работе о школе глоссаторов пишет, что «практика не будет достаточно теоретической, пока теория не станет достаточно практической»¹⁹¹.

§ 2. Проблема определения понятия: «вербальный реализм» как методологическая ошибка при определении понятия

Герман Канторович в работе «Определение права» (1939; 1958)¹⁹² отмечает, что изначально перед юриспруденцией стояла трудная задача дать

¹⁸⁸ Kantorowicz H. Der Begriff des Rechts / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 88.

¹⁸⁹ Ibid. S. 49.

¹⁹⁰ Ibid. S. 88.

¹⁹¹ Kantorowicz H. Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik [Electronic resource]. Berlin : J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung GmbH, 1907. Bd. 1. S. 7. URL: <https://archive.org/details/albertusgandinu00kantgoog/page/n21/mode/2up?q=Praxis> (дата обращения: 13.03.2023).

¹⁹² Это эссе изначально задумывалось как вводная глава к «Оксфордской истории науки права», планируемой к публикации под редакцией профессора Ф. де Зулуты (профессора гражданского права в Оксфордском

определение самого главного абстрактного понятия «Право». Аналогично знаменитому выражению Канта о постоянном поиске юристами своей дефиниции понятия права¹⁹³ Канторович также пишет о том, что все попытки дать единственное и верное определение предпринимались многими юристами и философами: «были написаны целые библиотеки. И, как доказывает их бессмысленное существование, безрезультатно»¹⁹⁴. Вопрос о том, что такое право, «схож с вопросами о смысле любого понятия, которое во многих случаях уже много веков хотели определить в научных целях, например, “государство”, “капитал”, “демократия”, [...] “религия”»¹⁹⁵.

По мнению Канторовича, фундаментальная ошибка, которая не дала результатов в бесчисленных исследованиях, в какой бы области они ни проводились, заключается в том, что определения рассматриваются как вопрос об истинном или ложном использовании языка, т.е. использование слов и словосочетаний рассматривается с точки зрения формы выражения в лексическом аспекте. Он пишет, что философы, вторгаясь в область грамматики, вступают в споры о словах, воображая, что занимаются спорами глубочайшей важности, поэтому подобную методологию определения Канторович предлагает называть «вербальным реализмом»: «Они не знали, что самый опасный враг науки – неверный слуга и тайный хозяин мысли, – язык. Враг был обнаружен современными философами, главным образом английскими — Бэконом, Гоббсом, Локком, Беркли, Юмом; современные философы пытаются победить его. Но юриспруденция как наука едва ли осознала эту опасность. Снова и снова предпринимаются безуспешные

университете) и Г. Канторовича (в то время помощника директора по исследованиям в области права в Университете Кембриджа и преподавателя колледжа Всех душ, Оксфорд), но так и оставшейся проектом из-за начавшейся войны и смерти в 1940 году Германа Канторовича. «Определение права» было опубликовано в виде отдельной монографии только через 18 лет после смерти Г. Канторовича.

¹⁹³ Кант И. Критика чистого разума / пер. с нем. Н. Лосского сверен и отредактирован Ц.Г. Арзаканяном и М.И. Иткиным; прим. Ц.Г. Арзаканяна. М., 2017. С. 548.

¹⁹⁴ Kantorowicz H. Der Begriff des Rechts / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 19.

¹⁹⁵ Ibid. S. 19-20.

попытки установить значение «права», не исследуя вначале природу самой попытки, не рассматривая «значение значения»^{196»}¹⁹⁷.

Для осмысления утверждений Г. Канторовича стоит обратиться к упомянутой им работе Ч.К. Огдена и А.А. Ричардса «Значение значения: Исследование о влиянии языка на мышление и о Науке о символизме»¹⁹⁸ (1923), поскольку именно эти авторы, как отмечается в литературе, изменили ставшее привычным благодаря работам Г. Фреге представление о соотношении трех величин, выделяемых в семиотической ситуации и существующих в «мире действительности, мире понятий и мире значений. Эти величины следующим образом соотносятся друг с другом: [...] мир действительности есть исходная величина; мир понятий обуславливается процессом познания действительности и стремится быть адекватным ему [...]; мир значений есть тот конкретный способ, которым фиксируется в языке мир понятий»¹⁹⁹.

Семантический треугольник Г. Фреге в соотношении с классическими семантическими моделями, например, моделью Ф. де Соссюра, содержащей в себе только два элемента – знак (означающее) и реальный предмет (означаемое или значение), включает в себя дополнительный, третий, элемент – «смысл», таким образом формируя ментальную связь между означающим и означаемым. Преимущество семантического треугольника, предложенного Огденом-Ричардсом, по сравнению с треугольником Г. Фреге, заключается в том, что треугольник «разграничивает материальную и идеальную сторону знака (план выражения и план содержания). Фреге же отождествляет знак и имя, что неприемлемо для естественного языка»²⁰⁰. Поэтому, как представляется, Канторович предупреждает о безуспешности любых попыток

¹⁹⁶ В данном случае Г. Канторович ссылается на работу С. К. Ogden и I. A. Richards «The Meaning of Meaning» (1923).

¹⁹⁷ Kantorowicz H. Der Begriff des Rechts / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 19.

¹⁹⁸ Ogden C.K., Richards I.A. The Meaning of Meaning: A Study of the Influence of Language upon Thought and of the Science of Symbolism. New York, 1923. P. 363.

¹⁹⁹ Звегинцев В. А. Предложение и его отношение к языку и речи. М., 1976. С. 193.

²⁰⁰ Соколов А.В. Общая теория социальной коммуникации : учебное пособие. СПб., 2002. С. 152.

формулировать термины без учета исследований в области лингвистики и логического аппарата мышления, одновременно остерегая от ошибки подмены предмета спора о значении спором о словах. Тем самым, как можно предположить, разделяя основные идеи Л. Витгенштейна, издавшего в 1921 году «Логико-философский трактат» (нем. *Logisch-Philosophische Abhandlung*), который ознаменовал начало «лингвистического поворота», связанного с переосмыслением понятия и роли языка.

Вместе с тем, по мнению Канторовича, даже те ученые, которые понимают неадекватность лексикографического метода, ошибаются, потому что верят в другой вид истины в определениях – сущностную или метафизическую истину: «Многие системы – древний платонизм, схоластический реализм, современная феноменология – были основаны на вере в то, что в процессе интеллектуальной или мистической интуиции могут быть найдены понятия, наделенные сущностной истиной или «необходимостью», поскольку они, и только они, являются понятиями того, что составляет неизменную сущность вещей, которая отличает их от всех других вещей. Если бы это было так, если бы, например, существовало нечто вроде «сущности» права, то, действительно, пришлось бы признать, что среди множества смыслов «права» смысл, указывающий на эту сущность, и определение, охватывающее этот смысл, и только этот смысл и это определение, были бы «истинными». Так действительно думала почти вся средневековая и восточная юриспруденция, и даже современные юристы пишут так, как будто между именем «вещи» (т.е. любого объекта мысли) и названной вещью существует метафизическая связь, отрицать которую было бы опасно и кощунственно»²⁰¹. Однако, настаивая на единственно верном определении, охватывающем неизменную, истинную «сущность» права, никто, вместе с тем, не смог дать четкого представления о том, что

²⁰¹ Kantorowicz H. *Der Begriff des Rechts* / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 21. По этой цитате могло показаться, что схожую мысль высказывал еще Аристотель. Однако в данном случае с вещью сопоставляется не ее эйдос, а имя.

подразумевается под метафизическим термином «Wesen», т.е. «сущность», и никто не смог указать метод обучения интуиции, необходимой для ее постижения.

Помимо таких определений метафизического свойства, существуют те, которые по сути также являются ими, но обладают дополнительной характеристикой – они навязаны нашему сознанию настолько явно, что именно они, и никакие другие определения, нам кажутся «истинными» и поэтому абсолютно действительными, например, все определения классической геометрии: «Но даже тогда мы можем сказать только то, что это «классическое определение», и оно «полезно только для определенной цели». Потому что, например, в строительстве было бы бесполезно использовать геометрическое понятие квадрата, потому что строительство имеет дело с реальными вещами, а реальные вещи могут быть не более чем приблизительно плоскими, равными и прямоугольными, что не подпадает, а, следовательно, не охватывается «классическим определением» квадрата»²⁰².

По мнению Канторовича, все перечисленные ошибки базируются на заблуждении о том, что определения должны быть истинными и, соответственно, единственно верными. Однако в действительности определения должны носить инструментальный характер и, если они не формулируются в качестве утверждений, то выступают «соглашением по поводу определенного употребления слова»²⁰³, т.е. определение может быть не эпистемологическим (утверждением), а инструментальным (соглашением)²⁰⁴.

²⁰² Kantorowicz H. Der Begriff des Rechts / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 22.

²⁰³ Пап А. Теория определений. Цит. по Оглезнев В.В., Суровцев В.А. В каком смысле определения могут быть истинными или ложными: о работе А. Папа «Теория определений» // Вестник Томского государственного университета. Философия. Социология. Политология. 2017. № 38. С. 288.

²⁰⁴ Kantorowicz H. U., Patterson E. W. Legal Science - A Summary of Its Methodology [Electronic resource]/ H.U. Kantorowicz// Columbia Law Review Association, 1928. Vol. 28, №. 6. pp. 679-707 URL: https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents (дата обращения: 11.03.2023).

Поэтому Канторович считает, что «научное определение не может быть найдено с помощью лексикографии»²⁰⁵, поскольку оно не должно содержать в себе метафизическую сущность, и поэтому каждый ученый «должен придавать своим терминам только один постоянный смысл; а использовался ли термин до сих пор именно в этом смысле, который он ему придает, для него несущественно»²⁰⁶.

Таким образом, Канторович выделяет три ложных, по его мнению, тезиса, которые не позволяют определить понятие «право» для конструктивного дискурса:

1. Убежденность в возможности выявить «сущность» понятия посредством «мистической интуиции». При этом и «сущность», и «интуиция» остаются содержательно нераскрытыми и неопределенными.

2. Убежденность в том, что мысленный образ (понятие) предрешает характеристики предмета реального мира (означаемого). Такой тезис порочен по своей сути, поскольку признаки, определяющие предмет и отделяющие его от остального мира, присущи ему в силу объективного существования.

3. Убежденность в истинности мысленного образа (понятия). Такая позиция базируется на логической ошибке, т.е. подмене «понятия» на «утверждение», которое может быть ложным или истинным. Однако Канторович оговаривается, что нельзя отрицать ситуации, когда некоторые определения понятий могут по сути быть утверждениями, о чем впоследствии писал А. Пап²⁰⁷.

²⁰⁵ Kantorowicz H. Der Begriff des Rechts / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 23.

²⁰⁶ Ibid.

²⁰⁷ «Часто возникает и обсуждается вопрос, могут ли определения быть истинным или ложным или же это произвольное соглашение по поводу определенного употребления слова. Очевидный ответ заключается в том, что некоторые высказывания, которые в повседневной жизни и в науке называются «определениями», являются просто соглашениями, а другие – нет. Однако, глядя лишь на последовательность слов, нельзя сказать, что перед нами, соглашение или *суждение* (proposition), т.е. то, что можно назвать истинными или ложным. Например, «Старая дева – это незамужняя женщина старше 25 лет». Это было бы определением по *соглашению*, если бы оно было равнозначно предложению: «Словосочетание «старая дева» будем употреблять как сокращение для «незамужняя женщина старше 25 лет». Можно принять или отвергнуть это предложение, но поскольку предложить не значит нечто *утверждать* (assert), вопрос об истинности или ложности здесь не относится к делу. Такое высказывание, однако, может подразумевать указание на фактическое употребление словосочетания «старая дева». Как бы там ни было, носители английского языка используют словосочетание «старая дева» в отношении женщин, подпадающих под это описание. В этом случае определение является

Следовательно, определение понятия с привлечением методологии «вербального реализма», соответствуя своему названию, т.е. «описанию того, что есть», имеет своим результатом описание уже идентифицированного предмета (эпистемологический подход), вместо того, чтобы идентифицировать предмет, соответственно ограничивая его от других (инструментальный подход). Поэтому можно заключить, что определение понятия методом «вербального реализма» содержит «круг в определении».

Несмотря на расхождения с представителями школы свободного права в концептуальном и методологическом подходе к праву, и особенно правоприменительной деятельности, аналогичной точки зрения по проблеме определения понятий придерживался К. Бергбом в своей работе «Юриспруденция и правовая философия: критический трактат», в которой указывал, что формулирование определения всегда ведет к упомянутой логической ошибке: «Для того чтобы найти концепцию того, что есть, необходимо начать с отдельных вещей, которые есть. Поэтому, чтобы постичь понятие права, можно отталкиваться только от того права, которое действительно есть. [...] Если я установил предварительное определение, я должен проверить его правильность посредством того, что, несомненно, утверждает себя как право на моих глазах, и, если необходимо, изменить мою гипотезу соответствующим образом. Определение, таким образом, действительное для субъекта, занимающегося исследованием, т.е. чисто субъективного характера, становится объективного характера, «де-субъективируется», насколько это возможно, ибо большего вообще нельзя достичь в отношении понятий бесплотных вещей [...] Я прекрасно понимаю, что таким образом я ни в коем случае не выхожу из круга, в который загнано любое определение понятий. Когда мы определяем объекты, к которым применяются характеристики, которые должны быть заложены в их понятии,

суждением, а потому вполне уместно спросить, истинно оно или ложно. Пап А. Теория определений. Цит. по Оглезнев В.В., Суровцев В.А. В каком смысле определения могут быть истинными или ложными: о работе А. Папа «Теория определений» // Вестник Томского государственного университета. Философия. Социология. Политология. 2017. № 38. С. 288.

мы уже применяем это же понятие к этим объектам, чтобы судить об их пригодности²⁰⁸. [...] Логика по-прежнему определяет суждение как отношение понятий друг к другу; но никто не отрицает, что сами понятия уже являются предшественниками суждений»²⁰⁹.

Аналогичного подхода к проблеме «определений» в юриспруденции придерживался и Р. Штаммлер, отмечая, что правовые определения, а также понятие права как таковое не могут быть получены на основе обобщения юридических фактов, поскольку это был бы круг в определении, иначе понятия должны были бы быть установлены заранее²¹⁰. Из-за его аргументации современники приписывали Штаммлеру то, что он четко осознал эпистемологическую проблему права²¹¹. Отмечая существование этой проблемы, А. Функ, в свою очередь, противопоставляет ошибочному общераспространенному способу предложенную Канторовичем методологию как новый подход: «[...] неокантианцы почти закружились в том, что названо «логическим водоворотом, из которого невозможно найти выход»²¹²; некоторые, как Феликс Сомло, искали убежище в своеобразном понятии относительного априори. Канторович же ловко избежал трансцендентального философского водоворота»²¹³.

²⁰⁸ Как писал А.Ф. Лосев: «Чтобы что-нибудь помыслить, надо это как-нибудь понять; и чтобы нечто понять, надо его и как-то помыслить». См.: Лосев А. Ф. Хаос и структура / сост. А. А. Тахо-Иуди, В. П. Троицкого, общ. ред. А. А. Тахо-Иуди, В. П. Троицкого. М., 1997. С. 11.

²⁰⁹ Bergbohm K. Jurisprudenz und Rechtsphilosophie : kritische Abhandlungen. Leipzig, 1892. Bd. 1. S. 79.

²¹⁰ Stammler R. The Theory of Justice [Electronic resource]. New York, 1925. S. 19. URL: <https://archive.org/details/RudolfStammler1925TheTheoryOfJustice/mode/> (дата обращения: 11.03.2023).

²¹¹ Binder J. Über kritische und metaphysische Rechtsphilosophie Цит. По: Funke A. Er wollte nicht nur Teil einer Jugendbewegung sein: eine Interpretation des Freirechts [Electronic resource] / herausgegeben von I. Augsburg, S. Lettmaier, R. Meyer-Pritzl. Tübingen, 2020. S. 8. URL: https://www.mohrsiebeck.com/buch/hermann-kantorowicz-begriff-des-rechts-und-der-rechtswissenschaft-9783161597992?no_cache=1 (дата обращения: 11.03.2023).

²¹² Wielikowski G. A. Die Neukantianer in der Rechtsphilosophie. München, 1914. S. 81. Цит. По: Funke A. Er wollte nicht nur Teil einer Jugendbewegung sein: eine Interpretation des Freirechts [Electronic resource] / herausgegeben von I. Augsburg, S. Lettmaier, R. Meyer-Pritzl. Tübingen, 2020. S. 8. URL: https://www.mohrsiebeck.com/buch/hermann-kantorowicz-begriff-des-rechts-und-der-rechtswissenschaft-9783161597992?no_cache=1 (дата обращения: 11.03.2023).

²¹³ Funke A. Er wollte nicht nur Teil einer Jugendbewegung sein: eine Interpretation des Freirechts [Electronic resource] / herausgegeben von I. Augsburg, S. Lettmaier, R. Meyer-Pritzl. Tübingen, 2020. S. 8. URL: https://www.mohrsiebeck.com/buch/hermann-kantorowicz-begriff-des-rechts-und-der-rechtswissenschaft-9783161597992?no_cache=1 (дата обращения: 11.03.2023).

Следовательно, согласно Канторовичу, определение в юриспруденции, если оно не формулируется в качестве утверждения, должно иметь «инструментальный характер», т.е. определяться сообразно целям исследования, а лицо, использующее это определение, должно постоянно видоизменять его смысл, соотнося с целями. Канторович пишет: «Если понятие не должно быть истинным, следовательно, допустимо существование нескольких равновесных определений понятия, среди которых выбирается «наиболее полезное для целей научного исследования»²¹⁴.

§ 3. «Концептуальный прагматизм» как правильный способ определения понятия

Канторович, выдвигая собственную методологию для определения правовых понятий²¹⁵, которая ранее была им уже использована в работе «Определение государства»²¹⁶, утверждает, что неизбежность порочного круга определения понятия легко можно было бы избежать, если понять «значение значения» термина (Bedeutung des Sinnes): «на любой вопрос, поставленный любой наукой относительно значения «термина» (Sinn eines Ausdrucks), можно ответить только в случае, если намерение состоит в том, чтобы задаться вопросом, что в *этой* конкретной науке *следует* понимать под этим конкретным определением (или другим символом)»²¹⁷.

Канторович пишет, возвращаясь к двум разным подходам к определению понятия, на вопрос «*что* понимается под правом?» ответит правовед, занимающийся составлением словарей, но юрист, если он хочет, чтобы его определение было полезным для юриспруденции, будет отвечать на другой вопрос: «*что следует* понимать под правом?». Соответственно,

²¹⁴ Kantorowicz H. Der Begriff des Rechts / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 25.

²¹⁵ Ино Аугсберг подмечает, что в эссе «в подзаголовке «Об определениях вообще» Канторович, скорее, хочет разработать «адекватную теорию построения определений». См.: Augsberg I. Kantorowicz' Begriff des (Rechts-) Begriffs [Electronic resource] / herausgegeben von I. Augsberg, S. Lettmaier, R. Meyer-Pritzl. Tübingen, 2020. S. 36. URL: https://www.mohrsiebeck.com/buch/hermann-kantorowicz-begriff-des-rechts-und-der-rechtswissenschaft-9783161597992?no_cache=1 (дата обращения: 11.03.2023).

²¹⁶ Kantorowicz H. The Concept of the State // *Economica*. 1932. № 35. pp. 1-21.

²¹⁷ Kantorowicz H. Der Begriff des Rechts / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 23.

ответом должно стать только «предложение» или «вариант», составленный по форме, которая в развернутом виде звучала бы следующим образом: «Я предлагаю понимать под этим определением то-то и то-то, и если, дорогой читатель, Ты хочешь понимать под тем же определением что-то другое, то Ты волен делать это при условии, что не будешь усматривать свое определение в моих словах. О ценности наших соответствующих определений будем судить по их сравнительной полезности»²¹⁸. Такое определение, базирующееся на альтернативности вариантов цели (и соответственно, альтернативности определений) в виде достижения максимальной полезности, Канторович предлагает называть «номинальным»²¹⁹, а методологию его получения – «концептуальным прагматизмом».

«Концептуальный прагматизм», однако, отличается от общепринятого понятия прагматизма, который рассматривает определение только в его полезности по отношению к конкретной практической цели. Как отмечается в литературе, когда Канторович говорит о «понятии права», то это означает что угодно, но только не «понятие» в смысле точного языкового эквивалента для определенного фактического явления, которое может быть полностью постигнуто. Относительно же самого названия «концептуальный прагматизм» существует альтернативный подход. Так, И. Аугсберг предлагает называть такую методологию «концептуальным релятивизмом», поскольку он основывается на идее Р. Карнапа – «принципе толерантности», согласно которому каждый «может строить свою логику, то есть форму языка, как он хочет»²²⁰.

²¹⁸ Kantorowicz H. Der Begriff des Rechts / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 23.

²¹⁹ Как могло бы показаться из названия, за основу «номинального определения» (и, как будет рассмотрено далее, смысловой пары – «реального определения») взята идея, прослеживающаяся со времен Аристотеля и наиболее полно воплотившаяся в спорах схоластов о номинализме и реализме, которые получили название споров об универсалиях. Однако кажущаяся синонимия только видимая. В отличие от средневековых представлений Канторович не отказывает своему «номинальному определению» в реальности. Номинальность понимается им, скорее, как синоним слова «первоначальный».

²²⁰ Augsberg I. Kantorowicz' Begriff des (Rechts-) Begriffs [Electronic resource] / herausgegeben von I. Augsberg, S. Lettmaier, R. Meyer-Pritzl. Tübingen, 2020. S. 36. URL: https://www.mohrsiebeck.com/buch/hermann-kantorowicz-begriff-des-rechts-und-der-rechtswissenschaft-9783161597992?no_cache=1 (дата обращения: 11.03.2023).

В рамках собственного варианта методологии построения определений Канторович исходит не только из неперменного установления цели, которую преследует правовед-исследователь, но также подразумевает принятие решения, основанного на его выборе из нескольких определений. Таким образом, роль «полезности» у Канторовича двояка: с одной стороны, достижение наиболее высокого ее уровня является целью формулирования определения, с другой стороны, она также является критерием при отборе наиболее приемлемого определения. При этом безграничность выбора довольно условна и ограничена как по форме, так и по содержанию, ведь «свобода никогда не является произволом»²²¹.

Формальное ограничение состоит в том, чтобы выбранный вариант определения был совместим с требованиями языка или с правилами составления новых слов, кроме того, он должен соответствовать требованиям его унифицированного употребления, т.е. его привычного употребления в правовых текстах. Материальное, содержательное ограничение продиктовано потребностями конкретной науки, в которой должно использоваться определение, как «дефинитивное предложение». Согласно Канторовичу, каждое определение должно подтверждаться посредством последовательного отслеживания его приемлемости в рамках конкретной науки: оно должно быть эффективным, т.е. полезным в том смысле, что, «соединяя то, что должно быть соединено, и разделяя то, что должно быть разделено, отграничивать предмет, о котором можно сделать правильные и принципиальные утверждения, и давать инструмент для создания детальных классификаций»²²².

Поэтому, если по форме и содержанию удовлетворяют сразу несколько разных определений, то в таких случаях необходимо выбрать «лучшее из хорошего, а остальные принять в духе терпимости (*in a spirit of tolerance*)»²²³.

²²¹ Kantorowicz H. *Der Begriff des Rechts* / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 24.

²²² *Ibid.* S. 25.

²²³ *Ibid.*

Завершая рассмотрение методологии определения инструментальных правовых понятий, Канторович приводит пример с выбором родителями имени для ребенка: несмотря на мнимую полную свободу выбора среди большого количества вариантов, они все же ограничены определенными правилами (социальными условностями, лингвистическими правилами, законодательными запретами). В связи с этим, результатом «далеко не произвольного выбора станет более или менее хорошее имя; но ни одно из возможных имен с различной степенью полезности не может быть «истинным» или «ложным», поскольку ни одно из них естественным образом не связано с тем, кого оно обозначает»²²⁴.

Из этого тоже следует, что при соблюдении указанных требований на первоначальном этапе деятельности выбирается так называемое «номинальное определение» понятия (Namensdefinition), которое в дальнейшем требует проверки его полезности, из которой изначально исходили, т.е. определение должно быть последовательно обосновано в ходе более тщательного анализа и определения объекта исследования, который также изначально определяется только таким образом. Все это для того, чтобы, становясь «утверждением» и, следовательно, претендуя на статус истинного либо ложного, перейти в область «реальных определений» (или «определений сущности» – Wesensdefinition), где и возникают «подлинные теоретические споры, хотя в каждой науке они скрыты под завесой бесконечных и бесплодных терминологических придинок»²²⁵.

Продолжая мысль Канторовича, И. Аугсберг утверждает, что терминов, чье содержание дано «реальным определением», все же лучше избегать. Ведь это утаивает тот факт, что даже в самой процедуре «реальность» никогда не будет достигнута, поскольку «описание и анализ – бесконечные задачи,

²²⁴ Kantorowicz H. Der Begriff des Rechts / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 25.

²²⁵ Ibid. S. 26.

никогда не способные дать «определенного» результата»²²⁶. Поскольку ни одно определение не является безусловно действительным, оно всегда, как пишет и сам Канторович, возможно только *ad hoc* и поэтому не должно стоять на месте, обозначая тем самым окончательный вывод и останавливая свое собственное движение в форме категории, постулируемой как абсолютная²²⁷. Любое определение остается ненадежным по своей сути, поскольку оно не является фиксированным результатом научного исследования, как результаты естественных наук. Скорее, оно представляет собой начало этого исследования, которое должно постоянно подтверждаться в ходе процедуры исследования и по этой самой причине оставаться конституирующей неопределенностью. И. Аугсберг, рассматривая такой метод, отмечает, что определение понятия не устраняет неопределенность, но придает ей выражение: «Такой подход помогает устранить обман о том, что слова не обманчивы»²²⁸.

Вместе с тем, методология определения понятий Канторовича имеет свои заметные преимущества. Как отмечает Канторович, существует риск того, что вследствие незнания функций и способа формирования каждого из видов определений, «номинальное определение» будет перепутано с «реальным определением», в связи с чем, получится, например, что международное право не будет признаваться правом. Такое утверждение можно увидеть у Г. Харта²²⁹ в его «Понятии права», где он, обосновывая свою

²²⁶ Augsberg I. Kantorowicz' Begriff des (Rechts-) Begriffs [Electronic resource] / herausgegeben von I. Augsberg, S. Lettmaier, R. Meyer-Pritzl. Tübingen, 2020. S. 37. URL: https://www.mohrsiebeck.com/buch/hermann-kantorowicz-begriff-des-rechts-und-der-rechtswissenschaft-9783161597992?no_cache=1 (дата обращения: 11.03.2023).

²²⁷ Kantorowicz H. Der Begriff des Rechts / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 24.

²²⁸ Augsberg I. Kantorowicz' Begriff des (Rechts-) Begriffs [Electronic resource] / herausgegeben von I. Augsberg, S. Lettmaier, R. Meyer-Pritzl. Tübingen, 2020. S. 38. URL: https://www.mohrsiebeck.com/buch/hermann-kantorowicz-begriff-des-rechts-und-der-rechtswissenschaft-9783161597992?no_cache=1 (дата обращения: 11.03.2023).

²²⁹ Любопытно отметить, что именно Г. Харт в 1958 г. в своей рецензии на «Определение права», будет критиковать Канторовича за несовершенство как методологии, так и самого определения. Так, он напишет следующее: «Здесь возникают два вопроса. Один из них связан с идеей «прагматического определения», а другой - с выбранным конкретным определением права. Если речь идет о такой науке, как физика или химия, занимающейся открытием общих законов, есть смысл привести классификационные термины в соответствие с ее целями. Должны ли мы включить свойство плавления при определенной температуре в определение «фосфора»? Да, потому что вещи, определяемые таким образом, демонстрируют множественное сходство

концепцию, признает, что в международном праве невозможно обнаружение всех тех основополагающих критериев, которые присущи, по его мнению, праву: «[...] Харт утверждает обоснованность аналогий между национальным и международным правом только по функциям (отличающим их от морали) и по содержанию (принципам, понятиям, методам), но не по форме (институционализации)»²³⁰. Относительно возможности такого вывода в теории права Канторович в свое время писал, что если бы существовала такая вещь, как «истинная концепция права», не включающая в себя международное право, то было бы «нельзя оправдывать опрометчивость авторов, которые навлекают на себя такие ужасающие опасности, потому что они не ознакомились с адекватной теорией построения определений и, таким образом, не смогли прийти к плодотворному определению права»²³¹.

Особое внимание Канторович обращает на то, что «было бы преувеличением утверждать, что, поскольку споры об определении не затрагивают истинность или ложность, то они обязательно лишены теоретического или практического значения и являются всего лишь словесными придирками. Это означало бы упустить из виду тот факт, что за спором об определениях всегда стоит проблема классификации, а классификации касаются не имен (названий/определений), а вещей. Следует ли, например, давать или отказывать понятию в определении, для которого заявляются важные предложения, – это терминологический, но ни в коем случае не «простой» вопрос: выбор лежит не только между различными определениями, но и между вещами, которые они обозначают. Например, многие юристы заявляли и продолжают заявлять, что то, что называется

поведения именно того рода, которое наука стремится найти. Но, конечно, у истории (по крайней мере, в том виде, в котором ее планировал Канторович) (речь в данном случае идет о роли введения эссе Канторовича для «Оксфордской истории науки права» - М.К.) нет аналогичных идентифицируемых целей, чтобы придать четкое содержание идее определения, «полезного или плодотворного» для истории как таковой». См. подробнее: Hart, H.L.A. Review on The Definition of Law by Hermann Kantorowicz, A. H. Campbell and A. L. Goodhart/ The Philosophical Review. 1960, Vol. 69, № 2, P. 271.

²³⁰ Касаткин С.Н. Проект определения правовых понятий и концептуальный статус международного права: доктрина Герберта Харта // Вестник Самарской гуманитарной академии. Серия Право. 2013. № 2(14). С. 32.

²³¹ Kantorowicz H. Der Begriff des Rechts / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 27.

«международным публичным правом», не является или еще не является правом вообще, а состоит из политических или моральных постулатов или, в лучшем случае, является «правом, неправильно так называемым». Если бы такая классификация была воспринята общественным мнением, практикой государств и юридических школ, не только юридические, но и политические, психологические, литературные и другие «практические» последствия были бы огромны: сами основания, на которых базируется такая точка зрения, именно то, что нормы международного права не имеют достаточных санкций, часто нарушаются, не вытекают из суверенной воли и т. д., были бы решительно усилены, и ненадежная действительность права наций, от которой зависит само существование наций и самой цивилизации, стало бы еще более сомнительным»²³².

Из приведенной цитаты следует, что Канторович не имел в виду то, что вопрос об истинности вообще чужд процессу определения, поскольку исследование инструментальности определения всегда должно сопровождаться его постепенным формированием в целях достижения истинного результата – «реального определения».

§ 4. Генезис понятия права

Согласно предложенной методологии определения понятий для выбора изначально «номинального определения» понятия права необходимо помнить, что наукой, для целей которой необходимо сформулировать определение, является «наука права». Именно для правовой науки в целом «определение права должно быть плодотворным, и оно будет плодотворным в той мере, в какой оно объединит в себе мысли и труды о том, что язык позволяет называть правом, в исторически и логически последовательную единицу (узел)»²³³. Поэтому Канторович в качестве номинального определения предлагает

²³² Kantorowicz H. Der Begriff des Rechts / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 24.

²³³ Ibid. S. 28.

следующее: «Право – это свод правил поведения, направленных на предотвращение или упорядоченное урегулирование конфликтов» («Law is a body of rules aiming at the prevention or the orderly settlement of conflicts»)²³⁴.

Он отмечает, что против такого определения не может быть никаких лингвистических возражений, поскольку, «под каким еще заголовком, кроме права, могут быть сведены все такие правила?». Не может быть возражений и на основаниях истории, ибо исторические факты подтверждают, что такие правила всегда и везде становились предметом научного осмысления, а полученные идеи и представления, как донаучные, так и научные, должны быть признаны частью правовой науки, ибо, опять же, «под каким другим определением они могут быть объединены?»²³⁵.

Канторович указывает на то, что приведенное им номинальное определение – предварительное определение, безусловно, довольно широкое: оно не содержит ограничений, присущих обычным определениям права, таких как позитивность, возможность принудительного исполнения, происхождение от государства, обязательный характер. Однако, как указывает Канторович, предложенное определение позволяет «объединить все исследования, дисциплины и школы в их исторической последовательности»²³⁶, что и было его целью, которую он пытался достичь наиболее «полезным» определением.

Далее, согласно предложенной методологии, анализируются те признаки, через которые обычно определяется право – все те свойства, которые, по мнению Канторовича, «мешают нам понять судебный процесс, природу юридических методов и социальные функции права; поэтому любое определение права, предназначенное для использования в правовой науке, должно быть очищено от них»²³⁷. Так, он последовательно опровергает все признаки, которые часто указываются как имплицитные праву.

²³⁴ Kantorowicz H. The Definition of Law / Campbell A.H., Goodhart A.L. // Cambridge at the University Press, 1958. P. 12.

²³⁵ Kantorowicz H. Der Begriff des Rechts / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 29.

²³⁶ Ibid.

²³⁷ Ibid. S. 30.

Во-первых, опровергая утверждение о том, что все право должно быть позитивным, Канторович пишет: «Если бы только позитивное право считалось правом, как учат многие авторитеты, то книга Гроция «*Ius belli ac pacis*» (1625) не должна была бы упоминаться в истории юридической науки, потому что ее эпоха – это создание идей о естественном праве, подобно идеям его бесчисленных предшественников и преемников, которые бы также не считались идеями, относящимися к праву»²³⁸.

Позиция Канторовича может показаться на первый взгляд непоследовательной. Так, с одной стороны, Канторович отказывает праву в таком свойстве, как «позитивность», с другой стороны, свободное право Канторовича ограничено четырьмя видами права, объективированными (за исключением последнего) в том или ином правиле поведения (см. подробнее со С. 108). Однако противоречия, как представляется, нет. Напомним, что Канторович исходил из прагматичности того или иного определения. Так, для целей «Определение права», а именно исторического исследования, необходимо было максимально широкое понятие, тогда как для целей судебной методологии, наоборот, понятие право должно было быть сужено, дабы избежать риск судейского произвола.

Во-вторых, утверждается, что право не является исключительно продуктом государственной воли. Иначе пришлось бы признать, что тем самым исключается возможность существования канонического, международного и обычного права. Относительно первенства происхождения государства Канторович отмечает, что такое утверждение исключает любое применение юридического анализа к обществам до образования государства, хотя современная антропология не смогла обнаружить ни одного общества, каким бы примитивным и безгосударственным оно ни было, без права²³⁹. Также в работе «Понятие государства» Канторович дает собственное

²³⁸ Kantorowicz H. *Der Begriff des Rechts* / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 31.

²³⁹ Ibid. S. 32.

определение, в рамках которого утверждается первичность права по отношению к государству²⁴⁰.

В-третьих, что касается возможности принудительного исполнения, которую, как он отмечает, на практике достаточно часто путают со свойством обязательности права, то, доводя до абсурда, можно было бы поставить вопрос: «Почему бы не укомплектовать Верховный суд девятью генералами? Конечно, они будут знать, как обеспечить исполнение своих решений, такой суд будет “работать”»^{241,242}.

Таким образом, можно заключить, что традиционно считающиеся правовыми, рассмотренные признаки в действительности не отграничивают право от других социальных правил. Например, существуют неправовые правила, предусматривающие возможность их принудительного исполнения, основанные на физической санкции, чувстве долга или даже на каком-то «менее определенном чувстве принуждения и имеющие обязательный характер»²⁴³.

В-четвертых, Канторович опровергает утверждение о том, что право является совокупностью реальных фактов, например, решений судей. Указанная точка зрения была выдвинута радикальными сторонниками американского реализма и в случае ее тотального господства «уничтожила бы юридическую науку в том виде, в каком она до сих пор культивировалась в любой стране»²⁴⁴. Обстоятельные критические замечания относительно данного правового направления были представлены им в виде 12 тезисов и

²⁴⁰ Kantorowicz H. The Concept of the State // *Economica*. 1932. № 35. pp. 1-21.

²⁴¹ Kantorowicz H. Some Rationalism about Realism [Electronic resource] // *Yale Law Journal*. 1934. Vol. 43, Issue 8. P. 1251. URL: https://proxy.library.spbu.ru:4166/HOL/Page?public=true&handle=hein.journals/ylr43&div=69&start_page=1240&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults (дата обращения: 11.03.2023).

²⁴² Аргументация, в основе которой заложен прием «доведения до абсурда», видится спорной. В данном случае речь все же не идет о редуцировании содержания права до одной единственной характеристики - принуждения, которое и было проиллюстрировано в примере про «судей-генералов», и, соответственно, не сужается до неизбежного для истории правовых учений вопроса «чем приказ разбойника отличается от приказа суверена?». Однако согласимся, что признак принуждения для права все же является дискуссионным.

²⁴³ О том же, а именно о неисключительности санкции в качестве признака права, пишет М. ван Хук. См. подробнее: Хук М. Право как коммуникация / пер. с англ. М.В. Антонов, А.В. Поляков. СПб., 2012. С. 51-56.

²⁴⁴ Kantorowicz H. *Der Begriff des Rechts* / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 34.

изложены в работе «Немного рационализма о реализме» (1934)²⁴⁵, однако стоит отметить, что, опровергая определение права как свода реальных фактов, Канторович отмечает, что главной предпосылкой юриспруденции всегда было то, что «существует известное различие между законными и незаконными действиями субъектов, а также оправданными и неоправданными решениями судов. Но незаконные действия и неоправданные решения так же «реальны», как и законные действия и оправданные решения, и нет никакого способа отличить их, кроме применения к ним норм права, которые, следовательно, должны быть чем-то другим»²⁴⁶.

В-пятых, стоит также обратить внимание на ошибочность, по мнению Канторовича, утверждения о том, что право должно быть действительным («validity» или «geltend»²⁴⁷). По оценке Канторовича, действительность – характеристика, присущая любому фактическому правилу, которое действует «здесь и сейчас» и, соответственно, не может признаваться критерием, отграничивающим право от других социальных правил поведения. Иначе, следуя критерию «действительности», необходимо было бы исключить из юридической науки «такую великую и замечательную часть современной юриспруденции, как классическое римское право»²⁴⁸. Однако, если гипотетически расширить данный критерий, дополнив его словами «когда-то

²⁴⁵ Об этом см. подробнее: Куликова М.С. Герман Канторович и школа свободного права: европейские корни американского правового реализма // ОБЩЕСТВО: ПОЛИТИКА, ЭКОНОМИКА, ПРАВО. 2021. № 5(94). С. 72-74, Луковская Д.И., Куликова М.С. Свободное право: выход ли из правового кризиса? (по работе Г. Канторовича «Немного рационализма о реализме») // Кризисные явления в праве: теория, история, пути преодоления : коллективная монография. 2021. С. 124-132.

²⁴⁶ Kantorowicz H. Der Begriff des Rechts / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 35.

²⁴⁷ Учитывая, что в научной литературе присутствует перевод понятия «geltendes» и как «действенный», и как «действительный», то, с учетом существования в немецком языке понятия «Gültigkeit» и «Wirkung»/«Wirksamkeit» (в значении «эффект») в данном случае слово «geltendes Recht» будет пониматься в значении «действительное право», а не «действенное право». См.: Juristisches Wörterbuch [Electronic resource] / von Gerhard Köbler. neubearb. 14. Aufl. München, 2004. URL: <https://www.agmiw.org/wp-content/uploads/2016/05/Köbler-Juristisches-Wörterbuch-.Auflage.pdf> (дата обращения: 11.03.2023). О сложностях перевода юридических терминов («действенный» и «действительный») пишет также Н.С. Васильева: «Применительно к проблеме неверного восприятия А. Росса, главный лингвистический вопрос заключается в следующем: можно ли переводить «*gældende ret*» как «*valid law*». Свен Энг приходит к следующему выводу: с лингвистической точки зрения, такой перевод не является совершенно неправильным, но и не передаёт все аспекты смысла». См. подробнее: Васильева Н.С. Проблема действительности права в правовой концепции Альфа Росса: дис.... канд. юрид. наук : 12.00.01. СПб., 2019. С. 155.

²⁴⁸ Kantorowicz H. Der Begriff des Rechts / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 33-34.

раньше действительное право» или «когда-нибудь еще действительное право», то тогда определение стало бы слишком широким. Ведь трудно доказать какое-либо правило, которого никогда не существовало или которое еще будет когда-нибудь существовать, и поэтому должно признаваться правом.

Немецкий юрист Г. Еллинек, размышляя подобным же образом, писал: «Правоположение только тогда представляет составную часть правопорядка, когда оно действует, – право, уже не действительное или долженствующее еще превратиться в действительное, не есть право в истинном значении этого слова»²⁴⁹. В отличие от Г. Еллинека, Канторович не затрагивал вопрос о действительности права в будущем. При этом интересно отметить, что понимание этого вопроса Канторовичем, скорее, сходно с мнением К. Бергбома, который утверждал, что словосочетание «действительное право» (*geltendes Recht*) является плеоназмом, то есть речевой избыточностью²⁵⁰.

В результате критического рассмотрения признаков права и анализа предложенного «нормального определения», Канторович с учетом проведенного исследования предлагает следующее «реальное определение»: Право – это «свод правил, предписывающих внешнее поведение и считающихся юстициабельными, т.е. подлежащими разбирательству в суде или являющиеся применимыми судом» (*A body of rules prescribing external conduct and considered justiciable*)²⁵¹, тем самым предлагая перейти от определения в форме «понятия» к определению в форме «утверждения», претендующего на истинность. Следуя своей методологии, а также принципу постоянного усовершенствования определения с учетом достижения наиболее

²⁴⁹ Еллинек Г. Право современного государства т. 1. Общее учение о государстве / пер. под ред. В.М. Гессена, Л.В. Шалланда. СПб., 1903. С. 218.

²⁵⁰ «Определение права как «действительного» или «позитивного», несомненно, содержит плеоназм, но только для тех, кто полностью уверен, что ни они сами никогда не имеют в виду другой вид права, когда они говорят об этом компетентно, ни их аудитория не думает о каком-либо другом виде права». См.: Bergbohm K. *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie : kritische Abhandlungen*. Leipzig, 1892. Bd. 1. S. 49.

²⁵¹ Kantorowicz H. *The Definition of Law* / Campbell A.H., Goodhart A.L. // Cambridge at the University Press, 1958. P. 21.

полезным образом цели, Канторович в ходе более тщательного анализа последовательно обосновывает свое определение, выделяя отдельные его свойства.

1. Право – это «свод правил». Канторович отмечает, что все правовые нормы всегда встроены в систему, представляющую собой единое целое. В правовой науке, если и рассматривается отдельная норма, то только условно, как составная часть более глобального целого – института, отрасли, системы. Таким же образом само «право» следует понимать в его целостности, а не в автономности отдельных частей, как например, позитивисты (этицисты) предлагали рассматривать право в качестве отдельного конкретного статутного права²⁵².

Можно сказать, что критерий «свод правил» универсален, поскольку позволяет рассматривать правила как единое целое, т.е. как объединенные какими-либо общими характеристиками, делающими их согласованными и взаимозависимыми. Например, по критерию общего содержания (частное право, уголовное право) или принадлежности к одному кодексу или одному государству, или происхождению (когда нормы ведут свое происхождение от одного народа), или временному или пространственному критерию (когда нормы совпадают во времени или в пространстве, например, древнее право или европейское право).

Важно, подчеркивает Канторович, чтобы посредством устройства целостного свода правил, это позволяло выявить и определить правовой характер того или иного отобранного правила, что необходимо для судебной практики. Следует отметить, что, обсуждая свод как целостность, Канторович нигде прямо не высказывается об его иерархичности, т.е. о расположении элементов в порядке от высшего к низшему, полагая, что главная характеристика свода – взаимосвязанность (согласованность, скоординированность) этих элементов, т.е. он мыслит свод правил, скорее, как

²⁵² Kantorowicz H. Der Begriff des Rechts / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 37.

пространственную «сетевую структуру», организованную аналогично биологической нейронной сети. Однако, когда он размышляет о разновидностях правил поведения, им делается косвенный вывод «об особом месте» догм среди остальных правил.

2. *Право – это «правила поведения».* Соглашаясь с неисключительностью такого подхода к родовому понятию, Канторович все же подчеркивает, что «преобладающее мнение всегда справедливо считало, что «право состоит из правил»^{253,254}. В отличие от естественно-научных законов, которые фиксируют закономерности окружающего мира (Сущее), правила выражаются посредством установления «должного» поведения (Должное). Сложность заключается в «нормативном» элементе «долженствования», которому невозможно дать полный анализ в силу «изобилия философских трудностей»²⁵⁵. Однако обращается внимание на то, что «тот, кто заявляет, что какое-то человеческое поведение должно быть «должным», определяет двойную обязанность, налагаемую на человека»²⁵⁶. Так ранее высказанная Канторовичем идея о Должном невозможном без Сущего, т.е. желании, заложенном в основе всего права, теперь дополняется им концепцией о двойном обязывании.

Основная (первичная) обязанность человека – вести себя так, как он, возможно, не вел бы себя. Эта обязанность является следствием предположения, что нет смысла применять категорию «должного поведения», которое никак не отличается от того, чем оно является на самом деле. При такой трактовке может закрасться вопрос о допустимости в рамках одного

²⁵³ Kantorowicz H. Der Begriff des Rechts / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 38.

²⁵⁴ Постараемся развить мысль Канторовича, которая, как представляется, заключалась не столько в предложении или, скорее, его согласии с одним из возможных альтернативных ответов на вопрос «что есть право?», среди которых можно встретить многообразные варианты. Канторович, как видится, остановился на выборе «правил поведения», поскольку отталкивался от другого смысла того же вопроса – «что *есть* право?», т.е. в чем все эти многообразные варианты воплощаются? Поэтому ход его мыслей, предположительно, был следующий: право, призванное регулировать общественные отношения, несет в себе идею «*правила*», которое чаще всего предписывает некую модельно *поведения*.

²⁵⁵ Kantorowicz H. Der Begriff des Rechts / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 39.

²⁵⁶ Ibid.

правила одновременного существования (для того, кто не вел бы себя так без предписания) и несуществования (соответственно, наоборот) права, на который, предположительно, Канторович ответил бы утвердительно. Другая (вторичная) обязанность человека, по Канторовичу, – подчиниться, если он не выполнит основную обязанность, т.е. принять санкцию. Санкции могут быть разного содержания, т.е. речь может идти о правовой, моральной, религиозной и других санкциях.

Обе обязанности могут быть собственными или обязанностями других. Только в первом случае (первичная обязанность) исполнение «должного» осуществляется посредством подлинной воли, «поскольку человек не может «хотеть/желать» ничего, кроме своего собственного поведения»²⁵⁷; во втором случае (вторичной обязанности) при выражении желания с нашей стороны, чтобы другие люди поступали желаемым нам образом, на их волю может повлиять то, как выражено наше желание и характер предусмотренной санкции. Канторович пишет: «Первичная, а также вторичная обязанность, содержащаяся в категории «долженствования», зависит от других обязанностей. Ни то, ни другое не было бы признано, если бы не существовало вышестоящих обязанностей, обосновывающих нижестоящие им, отвечающие на императивный вопрос: «Почему мы должны вести себя таким образом?» и, в итоге, придающие правилу «действительность»²⁵⁸. Это предполагает существование основополагающего и абсолютного правила, от которого зависит действительность всех остальных правил и, следовательно, в правильности которого нельзя усомниться для того, чтобы каждое правило не нарушилось, соответственно, такое правило должно быть догматически (бездоказательно/категорично) принятым актом веры (мировоззрения/убеждения)²⁵⁹.

²⁵⁷ Kantorowicz H. Der Begriff des Rechts / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 39.

²⁵⁸ Ibid. S. 39-40.

²⁵⁹ В данном случае можно было бы дать небольшое критическое замечание. Так, с одной стороны, Канторовичем утверждалось, что «действительность» не является свойством, необходимым праву, с другой стороны, Канторович настаивает на наличии такого правила, которое могло бы обосновать обязывающий характер права, тем самым ответив на вопрос, «почему мы должны вести себя таким образом?».

Таким образом, следует признать, что правила в форме приказов низшей власти зависят, в конечном счете, от правил-приказов некоей высшей власти, влекущих абсолютную обязанность подчинения; точно так же, как правила-предписания нашей совести зависят от правила-предписания *summum bonum*, которое лица обязаны абсолютно беспрекословно соблюдать. Такой критерий позволяет отграничить правила от иных утверждений, которые лишь описывают фактические привычки (экономические, языковые или социальные)²⁶⁰ и не охватываются следующей формулой выражения отношений, которые должны существовать по поводу некоего человеческого поведения А и некоторых из возможных свойств этого поведения В: «А должно быть В» (категориальная форма) или «Если А есть, то должно быть В» (гипотетическая форма)²⁶¹.

Приведенная Канторовичем «формула долженствования» близка теории ступенчатой структуры правопорядка Г. Кельзена. Более того, понимая, что такая иерархия чревата бесконечным поиском «вторичного правила для вторичного правила», Канторович делает вывод о наличии базового и абсолютного правила, от которого зависит легитимность всех остальных систем правил и которое, в связи с этим, «больше не может подвергаться сомнению»²⁶².

Проецируя логику *Grundnorm* на все виды систем выделяемых им правил в форме приказа, предписания и социально-правового правила, т.е. догмы (о чем более подробно будет сказано далее в параграфе 2.5.), Канторович делает вывод, что две из них (системы приказов и предписаний) сходятся к одному абсолютному правилу, которое является бездоказательно принятым мировоззренческим актом. Канторович не упоминает, но очевидно предполагает, что, если вывести следствие из его утверждения, то получится, что две организованные системы правил, смыкающиеся в едином абсолютном

²⁶⁰ Kantorowicz H. *Der Begriff des Rechts* / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 40.

²⁶¹ Ibid. S. 39.

²⁶² Ibid. S. 40.

правиле, с неотвратимостью порождают конфликтные ситуации при несовпадении их уровней по иерархической лестнице между ними. Забегая вперед, следует отметить, что предназначение третьей выделяемой Канторовичем системы правил (состоящей из догм как решений судей) – это разрешение возникающих противоречий между системами. Такое свойство системы следует из её функции, а также характеристики как самодостаточной и самовосполнимой системы.

Стоит отметить, что социально-правовые правила (догмы) являются решающим фактором судебной методологии. Они занимают центральное место в правовом учении Канторовича, поскольку их главное предназначение – систематическое упорядочивание правил²⁶³. Как представляется, созданный Канторовичем концепт права как свода правил, состоящий из логически упорядоченного множества систем, имеющих вертикальную иерархию и сетевую структуру, подпадает под определение «динамической презумпции системности права», разработанное Е.Н. Лисанюк.

Как пишет Е.Н. Лисанюк: «Важным отличием динамической презумпции (системности) права от статической презумпции является то обстоятельство, что требования к формальной системе, составляющие статическую презумпцию, в динамической выступают не как заданные свойства нормативной системы, но только в роли методологического идеала при принятии решений на основе нормативных систем. Другими словами, вместо того чтобы отождествлять нормативную систему, обладающую этими свойствами, как логическую реконструкцию некоторого кодекса норм, с самим этим кодексом, как это происходит в случае статической презумпции, в динамической презумпции для каждого нового случая применения кодекса, выступающего теперь в роли модели, формируется новая нормативная система, где за указанными требованиями остается роль методологических

²⁶³ Kantorowicz H. Der Begriff des Rechts / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 46-47.

принципов. Таким образом, право предстает не как изначально логически упорядоченная система, но как развивающаяся во времени совокупность нормативных систем. Причем развитие идет путем изменения самих кодексов, осуществляемого законодателем, и путем правоприменения, в ходе которого всякий раз для конкретного случая происходит упорядочивание действующего кодекса (кодексов) норм»²⁶⁴. Далее Е.Н. Лисанюк уточняет, что эвристическая ценность динамической презумпции системности права состоит в обнаружении неэффективности работы системы, выражающейся в правовой коллизии, несогласованности, пробеле и т. п., и их устранении на основе требований непротиворечивости, полноты и некоторых других логических свойств системы, играющих роль методологических идеалов развития и совершенствования действующего правопорядка²⁶⁵.

Как представляется, концепт права Канторовича как многомерного свода, состоящего из трех разных систем правил, соответствует этому описанию. Следовательно, исходя из сделанного Е.Н. Лисанюк заключения, можно прийти к выводу, что динамическая презумпция системности права (концепт права Канторовича) имеет преимущества по сравнению со статической (существующей). Однако остается дискуссионным вопрос о возможности отождествления статической презумпции с каким-либо общепризнанным подходом к праву.

§ 5. Внешние правила поведения: отличие права от морали, квазиморали и социальных обычаев

Как уже было отмечено, «свод правил» и «правила поведения» не служат достаточными критериями, позволяющими выделить право из других социальных правил. Канторович пишет, что если относительно «свода правил» и «правил поведения» особых споров не возникает, то разногласия

²⁶⁴ Лисанюк Е.В. Логические аспекты презумпций системности права // Правоведение. 2014. №. 1. С. 52.

²⁶⁵ Там же. С. 54.

появляются при определении характера поведения, задаваясь вопросом, «какое поведение регулирует право?»²⁶⁶. При поиске ответа следует помнить, что в рамках общего исследования понятия права он также должен быть конструктивным для целей юриспруденции. В данном случае ответ можно получить только путем сравнения правовых правил с иными социальными правилами поведения (в рамках раскрытия такого свойства права, как «правила внешнего поведения»), а также уточняя их исключительный характер (в рамках раскрытия свойства права, как «правил, считающихся пригодными для рассмотрения в суде»). Преследуя выполнению указанных задач, последовательность этих размышлений можно выстроить в несколько этапов: сопоставлением 1) права с моралью, 2) права с социальными обычаями и 3) характеристикой такого свойства права, как пригодность для рассмотрения в суде.

1.1. Несомненно, главной ключевой моделью социального поведения для сравнения с правом во все времена являлась мораль, которая, по большей части в правовых и философских учениях, рассматривалась со-природной (родственной) с правом до степени смешения. Согласно позиции Канторовича, мораль и право должны быть осмыслены разобщенно и пониматься юридически раздельно. Он пишет об этом аллегорично: как нельзя одновременно утверждать об истинности, что древние останки могут принадлежать одновременно и мужчине, и женщине («мы не поверим, какими бы почтенными ни были эти кости»²⁶⁷), так и правило поведения нельзя одновременно относить сразу к двум источникам: праву и морали. Вместе с тем Канторович признает, что отдельное поведение может одновременно соответствовать требованиям морали и права: «конечно, может случиться, что одна и та же правовая норма встречается в двух различных системах права, или что один и тот же индивидуальный акт соответствует как нормам морали,

²⁶⁶ Kantorowicz H. Der Begriff des Rechts / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 55.

²⁶⁷ Ibid. S. 56.

так и нормам права; но невозможно, чтобы нормы права одновременно принадлежали к другой великой социальной системе, морали, если мы решили определить мораль таким образом, который позволяет рассматривать ее как особый свод правил»²⁶⁸. Таким образом, правовед не признавал одновременного существования двух разных источников поведения, однако реализация поведения могла, по его мнению, одновременно соответствовать и моральной, и правовой нормам.

Критерием, который позволяет отграничить мораль от права, считается разный характер отношений. Например, Л.И. Петражицкий отмечал, что правовые отношения наделяют участников как правами, так и обязанностями, т.е. обладают императивно-атрибутивным свойством, тогда как моральные – только обязанностями – императивным свойством. Тем самым, по сути, отличая мораль от права особым характером обязанности. Однако Канторович видит у Петражицкого разграничивающий критерий не в особом свойстве обязанности, а в наличии атрибуции. Сам же Канторович ставит под сомнение такую позицию, настаивая, что атрибуция присуща и морали. Хотя не во всех системах этики есть место для концепции моральных прав, но в тех, где такие права признаются, по Канторовичу, можно утверждать, что «каждый моральный долг подразумевает моральное право субъекта на то, чтобы другие не мешали ему выполнять свой долг»²⁶⁹. В светской же системе мораль тоже может быть явно двусторонней. Например, взаимные обещания быть верными друг другу между влюбленными и друзьями обычно носят неюридический, чисто моральный характер, но они считаются обязательными, «о чем свидетельствует бурная реакция в случае их нарушения»²⁷⁰.

Поскольку характер отношений не может быть универсальным критерием разграничения права и морали, то, по мнению Канторовича, таким признаком выступает факт внешнего либо внутреннего поведения. Данный

²⁶⁸ Kantorowicz H. Der Begriff des Rechts / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 55.

²⁶⁹ Ibid. S. 64.

²⁷⁰ Ibid.

признак, как отмечает Канторович, впервые был предложен стоической школой еще в III веке до н.э., утверждавшей, что право и мораль не находятся в одном ряду, и впоследствии отмечен Х. Томазием (Томазиусом, нем. Christian Thomasius)²⁷¹ и разработан, несомненно, И. Кантом, путем преобразования в следующую формулу: «закон связан с внешним поведением, мораль – с внутренним»²⁷².

Однако такой подход не всегда был верно интерпретирован. Главный аргумент критиков заключался в очевидности ответа на вопрос: «Существует ли закон, осуждающий человека, причинившего смерть другому по случайности или небрежности, как убийцу?»²⁷³. Предположительный ответ следует основывать на том, что такие внутренние интенции, как: мотив поведения, воля, намерение, вина, злой умысел и т.д. – несомненно, учитываются как при моральном поведении, так и при правовой квалификации внешнего деяния. Таким образом, делался вывод, что применение правовой нормы связано не только с внешним, но и с внутренним поведением, а следовательно, выбранный критерий разграничения ошибочен.

Приведенный аргумент в действительности никак не оспаривается и, наоборот, такие психические явления имеют большое значение для применения права. Канторович, соглашаясь с этим, еще и добавляет, в качестве примера, что даже в самых неразвитых правовых системах существуют разные нормы для оценки вреда, причиненного ребенком или взрослым. Однако на самом деле раскрытие выбранного критерия должно

²⁷¹ Крыштоп Л.Э. Христиан Томазий о религии и морали: начало Просвещения в Германии [Electronic resource] // История философии. 2017. Т. 22, № 2. С. 29–43 URL:<https://cyberleninka.ru/article/n/hristian-tomaziy-o-religii-i-morali-nachalo-prosvescheniya-v-germanii/viewer> (дата обращения: 11.03.2023).

²⁷² Хотя Харт также подчеркивал связь подхода Канторовича с идеями Канта, однако он указывал на ошибочность такого соотношения: «Ограничение “относительно внешнего поведения” введено потому, что (несомненно, с прагматической точки зрения) определяющей чертой морали считается то, что она предписывает “внутреннее поведение, состоящее из волевых усилий”, а закон никогда этого не делает. Конечно, можно что-то сделать из кантовского противопоставления “внутренности” морали и “внешности” права, но, несомненно, не это». См. подробнее: Hart, H.L.A. Review on The Definition of Law by Hermann Kantorowicz, A. N. Campbell and A. L. Goodhart/ The Philosophical Review. 1960, Vol. 69, No. 2, P. 272.

²⁷³ Ссылка по Канторовичу: В. Croce, Riduzione della filosofia del diritto alia filosofia del Veconomia. 1906, P. 17.

быть следующим: «внешнее поведение может быть принудительным, а внутреннее поведение – нет»²⁷⁴.

«Принудительность» внутреннего поведения (имеется в виду поведение не по свободной воле) понимается не в «узком» смысле (как это происходит в ситуации психологических причин, послуживших основанием для совершения деяния), а в «широком» – как первопричина, которая повлияла на внутреннее поведение. Норма права, как было отмечено ранее, никогда не предписывает внутреннего поведения, только требует желательной внешней формы, при этом само поведение необязательно должно соответствовать внутреннему. Свою позицию он иллюстрирует примером: «в некоторых североамериканских штатах конституция включает в себя десять заповедей; поэтому присяга губернатора распространяется и на соблюдение пятой заповеди. Можно ли объявить импичмент, если в душе он отказывается почитать своего отца, отъявленного негодяя, но внешне относится к нему с полным уважением? Ответит ли какой-нибудь суд утвердительно? Просто этико-религиозное правило стало законом, правда, ценой утраты присущей ему характерной внутренней сущности»²⁷⁵. Таким образом, желаемая форма внешнего поведения становится презумпцией эквивалентного желаемого внутреннего поведения, при этом в случае отсутствия последнего законность внешнего поведения никак не оспаривается и никак не отражается на правовом результате. Так, если оплата проезда осуществляется рассеянно, потому что некто читает роман, но предпринимает все необходимые внешние действия, требуемые по закону, у кондуктора не возникает права высадить пассажира в силу отсутствия оплаты «движением воли» в юридическом смысле, поскольку «движений пальцев» для возникновения правоотношений без каких-либо пороков достаточно²⁷⁶. Таким образом, право может предписывать только движения тела: «его конечностей, мышц, органов речи и т.д., или воздержание

²⁷⁴ Kantorowicz H. Der Begriff des Rechts / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 57.

²⁷⁵ Ibid. S. 59.

²⁷⁶ Ibid. S. 58.

от выполнения таких движений»²⁷⁷. Эти движения, как правило, должны быть осознанными и добровольными, но при определенных обстоятельствах поведение может быть также механическим, не теряя при этом своего юридического значения. При этом может показаться странным, что эти движения обычно не описываются подробно в правовых нормах, вместе с тем, их выполнение обеспечивает создание, изменение или прекращение правоотношений. И даже, наоборот, право довольствуется достижением результатов и не заботится о том, например, «делается ли подпись правой или левой рукой, в положении сидя или стоя»²⁷⁸.

Надо полагать, что подход, предложенный Канторовичем, правильный, когда для определения внутреннего поведения, к которому можно отнести «умысел», судья определяет его наличие по внешнему поведению, а не со слов лица, ссылающегося на своё внутреннее поведение, потому что последнее недоступно судье, что подтверждается практикой. Например, разграничение составов преступлений: убийства как умышленного преступления (ст.105 УК РФ) и причинение тяжкого вреда здоровью, повлекшее по неосторожности смерть потерпевшего (ч.4 ст.111 УК РФ), может быть проведено только по субъективной стороне, т.е. внутреннему поведению (в узком смысле). Однако в рамках рекомендаций для его определения Верховный Суд РФ²⁷⁹ дает примерный перечень лишь внешних обстоятельств, якобы свидетельствующих о достоверности внутреннего поведения.

Стоит отметить, что Канторович обладал провидческим взглядом на право и явно предвосхитил свое время, дав ответ на актуальный на сегодняшний день вопрос о наделинии правосубъектностью роботов (*homme-*

²⁷⁷ Kantorowicz H. Der Begriff des Rechts / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 60.

²⁷⁸ Ibid.

²⁷⁹ В п. 3 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27.01.1999 № 1 «О судебной практике по делам об убийстве (ст. 105 УК РФ)» сказано: «При решении вопроса *о направленности умысла (курсив наш – М.К.)* виновного *следует* исходить из совокупности всех обстоятельств содеянного и учитывать, в частности, *способ и орудие* преступления, *количество, характер и локализацию* телесных повреждений (например, ранения жизненно важных органов человека), а также предшествующее преступлению и последующее *поведение* виновного и потерпевшего, их взаимоотношения», то есть судья должен определять внутреннее поведение – умысел на основании внешнего поведения и объективных фактов, а не из объяснений причин и обстоятельств внутреннего поведения.

machine), разработанных с использованием технологий искусственного интеллекта. Еще в 1939 году Канторович пишет: «Мы могли бы теоретически представить, что можно было бы построить механическую модель, которая, будучи лишена какой-либо психической жизни, могла бы вести себя точно так же, как человек. Реакция механизма на соответствующие внешние стимулы будет в точности соответствовать реакции, предписанной законом, и этот человек-машина будет идеальным, возможно, единственным идеальным, законопослушным гражданином. С точки зрения морали, однако, его поведение было бы совершенно безразличным, ни плохим, ни хорошим»²⁸⁰.

В рамках вопроса о признании за роботом статуса субъекта права сегодня звучат аргументы о том, что психика человека является необходимым условием для признания право- и дееспособности²⁸¹, но, если развить мысль Канторовича и предположить, что робот будет неотличим от человека, представляется затруднительным найти разграничительные критерии, которые позволяли бы противопоставить искусственную машину человеку в момент совершения ею юридически значимых действий, поскольку юриспруденция не дает средств для выявления внутреннего поведения (в широком смысле).

Можно ли тогда говорить, что мораль и право, по идее Канторовича, существуют параллельно (во внешнем и внутреннем поведении), только иногда совпадая по форме выражения – в человеческом поведении, но никогда не взаимодействуют напрямую друг с другом? И тогда, можно ли предположить, что Канторович, основоположник теории свободного права, не предполагал, что мораль (в том числе идея справедливости) имеет определяющее значение для права, тем самым поддерживая разделительный тезис? Для ответа на этот вопрос следует отметить, что Канторович проводит

²⁸⁰ Kantorowicz H. Der Begriff des Rechts / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 60.

²⁸¹ Так, В.А. Ладов пишет: «Искусственный интеллект, несмотря ни на какие интенсификации в сфере технологий, никогда не сможет достичь уровня человеческого сознания именно из-за невозможности преодолеть фундаментальный разрыв между первичной и производной интенциональностями». См.: Ладов В. А. Язык в системе искусственного интеллекта: синтаксис и семантика // Гуманитарная информатика. 2004. № 1. С. 74.

четкое разграничение между такими понятиями как «юридическая справедливость» и «моральная справедливость», отмечая, что «если человек соблюдает справедливый закон, то его действия не только законны, но и справедливы, хотя он может быть кем угодно, но не справедливым человеком в моральном смысле»²⁸². Он приходит к заключению, что теория Канта о том, что право, в отличие от морали, не требует ничего, кроме «законности», т.е. простого соответствия внешнего поведения закону, независимо от лежащего в его основе мотива, верна не только в отношении действующего закона, но и в отношении закона, который должен быть (справедливость). Здесь обращает на себя внимание то, что Канторович строит свои утверждения из презумпции наличия справедливого закона (сущего) и «закона, который должен быть, то есть справедливости» (должного). В данном случае справедливость закона понимается именно в юридическом смысле и относится к сфере, которую Канторович предлагает называть «квазиморалью»²⁸³.

Под «квазиморалью» понимается внешнее поведение, которое по своей форме соответствует нормам морали и которое, следовательно, было бы моральным, если бы оно возникло из моральных побуждений: «Если, например, богатый человек услужлив с соседями, справедлив с конкурентами, полезен друзьям, щедр на благотворительность, он может считаться ценным гражданином, даже если известно, что его поведение продиктовано исключительно расчетом, или страхом упрёка, или тщеславием, или даже желанием вызвать у других зависть. Это явление имеет большое социальное значение: квазимораль – это все, что может быть достигнуто путем

²⁸² Kantorowicz H. Der Begriff des Rechts / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 62.

²⁸³ Если опираться на принцип «бритвы Окама», то может возникнуть вопрос об избыточности введения нового термина. Однако все же представляется необходимым его использование, поскольку в данном случае Канторович хотел подчеркнуть разные виды морали (о чем впоследствии, хотя и немного в другом ключе, также будет писать Фуллер, разграничивая мораль на «мораль долга» и «мораль стремления»). Также введенное Канторовичем понятие «квазимораль» позволяет отметить особенность внешнего поведения, которое якобы соответствует истинной морали – внутреннему поведению. О том, что в правовом поведении (а точнее даже в самом праве) присутствует «минимум морали» позднее писал Харт. Тем самым использование Канторовичем понятия «квазимораль» оказывается перспективным в контексте разных подходов к праву XX в.

социальных реформ, практической политики и давления общественного мнения»²⁸⁴.

Можно ли тогда допустить, что такие размышления предполагают вывод о том, что для юриста важно только внешнее поведение, которое охватывается правом и квазиморалью, тогда как выделение морали нецелесообразно в силу ее внутреннего проявления и тем самым не охватываемой по этой причине предметом юриспруденции? Канторович, моделируя правопорядок, в котором общественная система отрицает моральный авторитет права, заключает, что такие системы не смогут долго поддерживать порядок в обществе, только основываясь на требовании соблюдения закона без подкрепления его идеей морального достоинства права. Им представляется ситуация, когда исполнение закона основывается только на «эгоистичных мотивах», т.е. квазиморали, таких, как, например, страх перед санкцией за неисполнение закона. Страх наказания действительно некоторое время поддерживал бы порядок в обществе, однако, отмечает Канторович, никакая квазимораль не может заменить мораль и тем самым сохранить право: если бы только страх обеспечивал соблюдение закона, то «нашлось бы много людей, готовых рискнуть неисполнением закона, и вскоре бы его вообще не стало»²⁸⁵. Поэтому Канторович приходит к заключению, что «никакие эгоцентристские мотивы не могут заменить чувство морального долга, который является единственным стражем права, не нуждающимся в страже»²⁸⁶.

Таким образом, отвечая на поставленный вопрос, стоит отметить, что, согласно правовой концепции Канторовича, мораль и право не могут быть фактически (а не юридически) разделены: «Концептуальные различия, однако, не подразумевают фактического разделения. По крайней мере, одна моральная заповедь имеет фундаментальное значение для права: Ты должен соблюдать правила (Thou shalt abide by the law)»²⁸⁷. Из этого следует, что моральная

²⁸⁴ Kantorowicz H. Der Begriff des Rechts / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 63.

²⁸⁵ Ibid. S. 64.

²⁸⁶ Ibid.

²⁸⁷ Kantorowicz H. The Definition of Law / edit. by A. H. Campbell, A. L. Goodhart. Cambridge, 1958. P. 50.

заповедь права сводится к абсолютному правилу, которое является бездоказательно принятым актом мировоззрения (аналогично категорическому императиву Канта).²⁸⁸

1.2. Иное социальное правило поведения, которое Канторович выделяет для сравнения с правом – социальный обычай, значение которого «огромно», ведь обычаи «управляют нами на каждом шагу от колыбели до могилы, и применяются с большей эффективностью, чем нормы закона (не говоря уже о нормах морали): многие, возможно, большинство людей в нестабильных обществах, таких как современные жители Европы и Америки с большей готовностью совершат незначительное нарушение закона, например, нарушение правил дорожного движения, чем социальный faux pas, например, наденут одежду, гораздо более подходящую по вкусу их прадедам»²⁸⁹.

Но как бы ни проводилась граница между правом и социальным обычаем, их содержание не может быть решающим критерием: «Если бы это было так, мы бы не слышали, как студенты, изучающие примитивные, ранние и восточные культуры постоянно жалуются на то, что они не могут отделить закон, обычай и мораль»²⁹⁰, хотя такие попытки предпринимались, особенно представителями исторической школы права и социальной юриспруденции. Например, Р. фон Иеринг – «самый известный из тех, кто решился на это бесперспективное исследование»²⁹¹. Его второй том, как отмечает Канторович, «Цель в праве» (1883) стал первой книгой, в которой подробно анализировались некоторые виды социальных обычаев. Аналогичную работу

²⁸⁸ Как можно было заметить, автор при анализе подхода Канторовича к понятию права использует два разных перевода его труда «Определение права»: на английском и немецком языках. Причиной является необычная судьба как написания работы, так и ее публикации. Так, немецкий правовед Канторович изначально написал свою работу на английском языке в связи с тем, что он тогда работал в Англии и публикация (которая состоялась почти через 20 лет после его смерти в 1958 году) планировалась также на английском языке. Однако позже (в 1963 году) был опубликован перевод его работы «Определение права», отличающийся от оригинала. В настоящей работе используется тот вариант текста, который представляется наиболее содержательно аутентичным.

²⁸⁹ Kantorowicz H. Der Begriff des Rechts / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 68.

²⁹⁰ Ibid. S. 69.

²⁹¹ Ibid. S. 70.

выполнил и Дж. Остин в пятой части своих лекций по юриспруденции²⁹² (1837), а также Р. Штаммлер (1896), который пытался найти критерий в предполагаемом факультативном (необязательном) характере социальных обычаев, рассматриваемых им как «приглашения»²⁹³. Эта теория конвенциональной нормы (Konventionalsnorm)²⁹⁴ в противоположность «автаркическому» характеру права, была, однако, отвергнута почти всеми современниками.

Если в качестве критерия разграничения выбрать неорганизованный характер действительности, в рамках которой возникает социальный обычай (Пухта, Гирке), то следует отметить, что такое основание будет слишком широким, поскольку приведет к включению в категорию «право» всех видов правил, возникающих в таких объединениях, как семья или братство, в религиозных, светских или профессиональных организациях, которые каким-либо образом организованы: «и, соответственно, почти не осталось бы правил внешнего поведения, которые можно было бы отличить от правовых»²⁹⁵.

²⁹² Речь о разграничении Дж. Остином законов в точном смысле и ненадлежащих законов, имеющих близкое подобие надлежащим законам, на три основания: 1. Божье право; 2. Позитивное право; 3. Позитивную мораль. Под последним основанием Остин понимал: 1. Человеческие законы, «которые устанавливаются людьми для людей, но не людьми как политическими правителями, и не людьми как частными лицами, во исполнение законных прав»; 2. «Законы, которые имеют близкое подобие законам, но являются просто мнениями или чувствами, которых придерживаются или испытывают люди в отношении человеческого поведения. При этом такие человеческие законы рассматриваются Остином «безотносительно к их положительным или отрицательным качествам». См. подробнее: Остин Дж. Определение области юриспруденции. Курс лекций по юриспруденции «Философии позитивного права». Ч. 1. О пользе изучения юриспруденции / под науч. ред. А.М. Михайлова, вступ. ст. А.М. Корженяк, А.П. Зройчиковой; пер. с англ. А.М. Корженяк, А.П. Зройчиковой, С.Н. Касаткина. СПб., 2022. С. 203-206.

²⁹³ Подробнее о конвенциональных правилах Штаммлера Канторович пишет в другой своей работе: «На первый из этих “трех вопросов философии права” Штаммлер отвечает так: “Право - это обязательное правило человеческого сосуществования”. При этом право следует отграничить: во-первых, от морали (Sittlichkeit), во-вторых, от “конвенциональных правил” (т.е. правил обычая, приличия, рыцарской чести, моды, языка, игры и т.д.), в-третьих, от произвола. Для морали, которая касается только “внутренней жизни индивида”, различие заключается в том, что право, как и конвенциональные правила, и произвольный порядок является по признаку “правил для человеческого сосуществования” правилом внешнего поведения; для конвенциональных правил, которые представляют собой всего лишь “условные приглашения”, точно так же, как и произвольная норма, отличие от права заключается в “условном” характере, т.е. право - принудительное предписание для индивида применяется безотносительно его согласия или признания, тогда как конвенциональное правило, соответствуя своему названию, применяется только с согласия субъекта». См. подробнее: Kantorowicz H.U. Zur Lehre vom richtigen Recht // Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie. Vol. 2, № 1. 1908. P. 47.

²⁹⁴ См.: Stammler R. Die Lehre vom richtigen Recht. Berlin, 1902. 647 s.

²⁹⁵ Kantorowicz H. Der Begriff des Rechts / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 71.

Различие между правом и обычаями часто искали в принуждении, но это неверно, как отмечает Канторович. Этот подход был рассмотрен Г. Еллинеком²⁹⁶ или в теории Э. Вайгелина²⁹⁷ (E. Weigelin), который видел специфическую юридическую гарантию правила поведения отчасти в самовосстановлении, отчасти во властном давлении со стороны общества («behördliche Einwirkung»), которое не всегда должно быть обязательным, но может заключаться в «советах», даваемых судебными и административными, церковными и корпоративными властями. «Но если социальное давление достаточно сильно, чтобы гарантировать закон, – пишет Канторович, – то следует ожидать, что социальное давление с еще большей эффективностью обеспечит соблюдение самих социальных обычаев»²⁹⁸. Более того, обычаи, по мнению Канторовича, всегда соблюдаются, в отличие от права, поскольку в качестве причин действенности обычаев выделяется три признака:

– неотвратимость: «нарушения социальных обычаев почти всегда очевидны, нарушения закона, особенно уголовного, часто остаются тайными и поэтому менее подвержены мгновенным санкциям, чем первые»^{299,300};

– характер санкций: «санкции, защищающие социальный обычай, часто бывают особенно ужасны, такие как насмешки, презрение, ostracism (даже в случаях незначительной важности)»³⁰¹;

– публичность: «социальные обычаи менее техничны и, следовательно, более известны, чем закон»³⁰².

Следовательно, несмотря на некоторые различия, такой критерий, как содержание, не всегда может дать однозначный ответ на вопрос о

²⁹⁶ Еллинек Г. Право современного государства т. 1. Общее учение о государстве / Г. Еллинек; пер. под ред. В.М. Гессена, Л.В. Шалланда. СПб., 1908. С. 217-220.

²⁹⁷ См., напр.: Weigelin E. Legalität und Moralität // Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie. Vol. 10, № 4. 1917. pp. 367- 376.

²⁹⁸ Kantorowicz H. Der Begriff des Rechts / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 74.

²⁹⁹ Ibid. S. 81.

³⁰⁰ Заметим, что латентность присуща всем проступкам в силу их отклонения от нормы, которое лицо старается скрыть. Поэтому утверждение Канторовича видится довольно спорным.

³⁰¹ Kantorowicz H. Der Begriff des Rechts / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 82.

³⁰² Ibid.

разграничении права и социальных обычаев. По мнению Канторовича, существенный признак, позволяющий это сделать, заключается не в содержании, а в форме, а именно – в возможности или невозможности правил быть судоспособными, юстициабельными, т.е. такими, которые может применять «судебный орган» («richterlicher Organ»).

2. Сначала отметим, что, по мнению Канторовича, понятие «судебный орган» («richterlicher Organ») более уместно, чем «суд» («Gericht»): «[...] уместнее говорить о судебных органах. Дикинсон (Dickinson) и Симониус (Simonius) сделали это, но без дальнейшего определения этого важного понятия, которое – похоже – еще не изучалось ни в социологии, ни в общей юриспруденции. Мы предлагаем понимать “судебный орган” как конкретный орган или инстанцию (“authority”), занимающуюся своего рода “казуистикой”, а именно применением правил к индивидуальным спорам между двумя сторонами»³⁰³.

Несмотря на то, что понятия «правило» и «применение» в данном определении Канторович понимает максимально широко, тем не менее «спор» он предлагает рассматривать как цели сторон, несовместимые друг с другом. Вместе с тем, данный спор должен быть потенциально разрешимым, т.е. основываться на заинтересованности сторон в сохранении социальных отношений и на желании взаимного поведения, что, таким образом, исключает из предмета юридической науки разногласия во мнениях или интересах. «Судебный орган» должен быть признан группой, в которой применяется правило, как орган этой группы, наделенный определенными полномочиями и имеющий право требовать повиновения или хотя бы уважения, а также всегда являться сторонней, «третьей» стороной (будь то медиатр, арбитр или судья,

³⁰³ Kantorowicz H. Der Begriff des Rechts / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 81.

как их выделял Г. Зиммель³⁰⁴) с вытекающими отсюда требованиями в беспристрастности, авторитетности и эффективности.

Следует отметить, что понятие, данное Канторовичем, довольно широкое, что признавал и сам автор, в связи с чем он писал о необходимости придания данному определению «субъективного компонента». Под таким компонентом понималось «либо правило, которое требует соблюдения теми, на кого распространяется действие, а также требует применения его судами и гарантирования другими правилами – короче говоря: это правило является действительным правом (*geltendes Recht*) – или это правило, по крайней мере, которое считается подходящим для того, чтобы претендовать на такую роль»³⁰⁵, т.е. помимо правил «несомненного юридического характера» в качестве применяемых судебными органами следует признать и те, которые стороны могут сами предписать себе, «посчитав подходящими»: «нормы могут быть настолько тесно связаны с нормами несомненно юридического характера, что они должны рассматриваться вместе с ними в одних и тех же книгах или в одних и тех же кодексах, одними и теми же юристами, одними и теми же юридическими методами, и поэтому должны считаться правом»³⁰⁶. Так, комментируя работу Канторовича, Э.В. Паттерсон отмечал, что «адвокат может быть шокирован, если ему скажут, что правила [...] банды бандитов являются «законом». Тем не менее, Профессор Канторович утверждает, что такое понятие прагматически оправдано [...] и настаивает на том, что нарушение такого правила вызывает психическую реакцию, подобную той, которую вызывает нарушение (государственного официального) закона, и совершенно отличную от той, которую вызывает простое нарушение обычая или этикета»³⁰⁷. Относительно вопроса о том, кто имеет право признать за

³⁰⁴ См.: Wolff K.H. The Sociology of Georg Simmel [Electronic resource]/ translated, edit. by K.H. Wolff. Glencoe, Illinois, 1950. URL: <https://archive.org/details/sociologyofgeorg030082mbp/mode/2up> (дата обращения: 11.03.2023).

³⁰⁵ Kantorowicz H. Der Begriff des Rechts / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 83-84.

³⁰⁶ Ibid.

³⁰⁷ Kantorowicz H. U., Patterson E. W. Legal Science - A Summary of Its Methodology [Electronic resource]/ H.U. Kantorowicz// Columbia Law Review Association, 1928. Vol. 28, №. 6. P. 691. URL:

правилами такой характер, Канторович пишет: «Слово «считается» следует использовать по отношению к тем, кто фактически применяет правила или желает, чтобы они применялись. Некоторые юридические или социальные философы могут поддасться искушению поставить свое собственное мнение о пригодности правила на место суждения тех, кто ему подчиняется»³⁰⁸, но считать применимым правило могут только те, для кого фактически данное правило уже действовало в качестве права.

Завершая свои рассуждения, Г. Канторович пишет об отличии своих взглядов от радикальной позиции Л.Н. Толстого, базирующейся на тезисе о невозможности применения каких-либо правил, поскольку общественные отношения должны регулироваться только любовью, и, следовательно, никто не должен судить своего брата³⁰⁹: «Каковы бы ни были внутренние достоинства этих тезисов, они не доказывают несостоятельность нашей концепции. По сути, они являют собой не что иное, как радикальные программы правовой реформы и утверждают, что судебные органы должны быть лишены своей власти в церковных вопросах или даже во всех вопросах; но они не отрицают, что на самом деле эти органы применяют то, что они считают правом»³¹⁰.

Здесь следует сделать промежуточный вывод и отметить некую непоследовательность в логике, которую привносит введенный «субъективный компонент». Такой подход предполагает применение термина «право» к правилам, которые «считаются» пригодными для применения теми, кто фактически их применяет или желает, чтобы они применялись судебными органами.

https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents (дата обращения: 11.03.2023).

³⁰⁸ Kantorowicz H. Der Begriff des Rechts / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 84.

³⁰⁹ «Правило это вытекает само собою из первого правила: “Не сердись и мирись с братом”. Главный смысл его есть только отрицание суда человеческого, утвержденного ложным законом». См. подробнее: Соединение и перевод четырех Евангелий [Electronic resource]: сайт Лев Толстой (1828-1910). URL: <http://tolstoy-lit.ru/tolstoy/religiya/evangelie/evangelie-9.htm> (дата обращения: 11.03.2023).

³¹⁰ Kantorowicz H. Der Begriff des Rechts / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 84.

Во-первых, определять право как «юстициабельные правила», т.е. подлежащие рассмотрению судебным органом, а сами правила, применяемые судебными органами, как правила, которые «считаются» таковыми по воле спорящих сторон, значит, признать потенциальную безграничную область действия права. Ведь, если стороны согласятся применять к своим отношениям правила детской игры, сколько бы абсурдными они ни были, согласно определению Канторовича, судья должен будет их учесть при принятии решения.

Во-вторых, юстициабельными признаются не только правила, которые «следует считать» таковыми, но которые ими уже являются, т.е. «действующее право». Таким образом, наблюдается тот же самый круг в определении, о котором говорил сам автор ранее. Поскольку для того, чтобы считать какое-либо правило «юстициабельным», надо выделить его из общего ряда социальных правил, руководствуясь критерием «является правом» или «должно считаться таковым», что возвращает к вопросу о том, что есть «право». Следовательно, если упростить определение понятия до двух формул, то «право – это то, что суды признают правом», а «суды признают правом то, что является правом или должно считаться правом».

Так, указывая, что из всех приведенных ранее критериев не вытекает однозначного обоснования, которое позволит, наконец, отграничить правовые правила от иных социальных правил поведения, Канторович вводит еще одно различие: «Там, где мы находим правила внешнего поведения, применяемые судебными органами, мы находим, что они применяются либо с некоторой более или менее определенной процедурой, либо без таковой. В первом случае мы имеем дело с тем, что мы предлагаем называть правом, во втором – социальным обычаем. Эта «определенность» может пронизывать всю процедуру, а может касаться только отдельных ее этапов или аспектов. [...] Во всех этих случаях мы могли бы также использовать термин «формализация» вместо «определенности», и тогда право стало бы «формализованным

обычаем»; но это привело бы к путанице с понятием «формальное» в противоположность «свободному» праву, которое относится к основному различию форм права»³¹¹. Так элемент «определенности» во многих случаях позволит провести «линию демаркации» с большей точностью, чем другие критерии, и таким образом обосновать определение как более полезное.

Следует подчеркнуть, что определенность относится к процедуре применения правила, а не к самому правилу, тем самым являясь еще одним формальным критерием. Приводя пример, иллюстрирующий предложенный критерий, Канторович пишет о ситуации, когда отец выступает для сына в качестве «судебного органа», применяя правила хороших манер к случаю плохого поведения сына. В этом случае отец может действовать произвольно, но каждый раз последовательность его действий будет разная: «он может в любое время и в любой комнате дома сначала назначить часть наказания с гневными восклицаниями; затем, когда его возбуждение утихнет, вынести свое авторитетное решение; затем потребовать от виновного объяснений; затем выяснить факты, выслушав свидетелей; затем, возможно, исполнить остальную часть наказания или, наоборот, оправдать свои предыдущие действия, пробормотав, что мальчик, хотя и не виноват в данном случае, заслужил наказание ввиду других незамеченных проступков; а в других случаях он может поступить совершенно иначе»³¹². В таких ситуациях процедура не определена, в связи с чем делается вывод, что характерной чертой подавляющего большинства обычаев является то, что они, «по сути, не имеют судебного происхождения»³¹³, в смысле им не свойственна определенная процедура, которая должна применяться судебным органом.

Говоря о том, что любое определение права имеет минимум одну из двух характеристик: либо критерий государственного происхождения (в том числе

³¹¹ Kantorowicz H. *Der Begriff des Rechts* / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 85-86.

³¹² Ibid. S. 86-87.

³¹³ Ibid. S. 87.

принуждения), либо критерий судебного применения, – для тех споров, которые выносятся на беспристрастное рассмотрение для принятия решения в соответствии с определенными правилами, но которые либо не одобряются законом, либо игнорируются им, и которые, очевидно, имеют характер простого социального обычая, Канторович предлагает термин «пограничные случаи» (border-line cases): «Мы готовы классифицировать соответствующие нормы как право, но должны признать, что они обычно не признаются объектом юридической науки»³¹⁴. В качестве примеров называются правила рыцарской дуэли и «суды чести» или правила, признанные бандами для раздела добычи, применяемые их главарями. Учитывая предложенное выше определение, оснований отказать от рассмотрения таких правил в качестве правовых нет, за исключением одного, о котором говорилось выше, – определенность процедуры рассмотрения спора: «Что касается шайки бандитов, делящих свою добычу, юрист, вероятно, поправил бы, что преступная деятельность не может быть классифицирована как подпадающая под «право»; но ему следует напомнить, что христианское каноническое право возникло из свода правил, соблюдаемых людьми, которые тем самым навлекли на себя смертную казнь от рук римских магистратов. Однако нам не нужно заходить так далеко [...] Столь необходимая социология бандитизма, старого и нового, частного и официального, похоже, еще не написана; но нет никаких оснований предполагать, что главари банд имеют привычку придерживаться той определенности процедуры, которую мы считаем критерием правового характера правила»³¹⁵. Стоит заметить, что при рассмотрении примера с дуэлью Канторович не делает однозначного вывода о невозможности признать такие правила правовыми, наоборот, он отмечает,

³¹⁴ Kantorowicz H. *The Definition of Law* / edit. by A. H. Campbell, A. L. Goodhart. Cambridge, 1958. P. 82.

³¹⁵ Kantorowicz H. *Der Begriff des Rechts* / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 94-95.

что «возникающие противоречия (*в понятии* – М.К.), конечно, не могут быть поняты, если мы не знаем другого права, кроме государственного права»^{316,317}.

Таким образом, возвращаясь к ранее заявленному номинальному определению права, следует подытожить, что право, по Канторовичу, – это правила внешнего (а не внутреннего) поведения, обладающие характером системности, т.е. встроенные в определенную иерархию норм, регулирующие общественные отношения, являющиеся «юстициабельными», а именно потенциально применяемыми в рамках строго определенной (формализованной) процедуры судебным органом.

Может показаться, что выделенные Канторовичем критерии слишком широкие, а также излишне формальные, поскольку практически не основываются на содержании указанных правил, и по сути отличаются от иных социальных правил внешнего поведения только гипотетической возможностью быть рассмотренными судебными органами в рамках определенной процедуры. Отчасти это действительно так, ведь, как указывалось ранее, определение права (предмета истории науки права³¹⁸) не может быть слишком широким.

Элементы понятия права, которые позволяют отличить его от социального обычая, дают возможность «соединить схожее и отделить несхожее и сохраняют плодотворные элементы других определений»³¹⁹. Так, отмечая специфику использованного в определении глагола «применение», Канторович пишет, что тем самым он достигает того, на что направлены несостоятельные попытки представителей реалистического направления.

³¹⁶ Kantorowicz H. Der Begriff des Rechts / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 96.

³¹⁷ Канторович поясняет, что правила дуэли – «архаичное классовое право», существующее в современном европейском обществе со времен, когда у каждого сословия были свои «законы», которые постепенно развивающееся государство сначала признавало, потом боролось с ними и, наконец, подчинило себе. Им отмечается, что в тех странах, в которых «которые лелеяли дуэли как социальную привилегию», роль государственного права не была столь успешна, а «в царской России, в Германии и других европейских государствах правила, касающиеся дуэли между офицерами боевых войск, применялись военными судами чести». См.: Kantorowicz H. Der Begriff des Rechts / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 96.

³¹⁸ Напомним, что текст эссе «Определение права» был написан изначально в качестве вводной главы к планируемой работе «Оксфордская история науки права».

³¹⁹ Kantorowicz H. Der Begriff des Rechts / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 87.

Канторович определяет право с точки зрения рационального идеала – предположения (притязания) о возможном применении, в то время как, например, Грей и Салмонд определяют право с точки зрения реальности – того, что суды делают. Канторович отмечает, что некоторые нормы, которые, возможно, никогда не будут непосредственно применены судебным органом, Грей назвал бы их «источником права»³²⁰, тем самым исключив, например, за нормами конституционного права статус права до момента рассмотрения их судом. Канторович пишет, что, руководствуясь позицией реалистов, следовало бы признать, что, например, такие нормы конституционного права, которые устанавливают возрастной ценз для занятия должности президента, никогда бы не могли быть признаны правом и, соответственно, не подлежали бы исполнению.

§ 6. Виды внешних правил поведения

Рассматривая понятие «правила поведения», Канторович разделяет все правила поведения на три категории: приказы, предписания и социально-правовые правила (или догмы)³²¹.

Под *приказами* понимаются правила, которые признаются обязательными не в силу их содержания, а в связи с тем, что они исходят от признанного авторитета, которому все обязаны подчиняться. Таким образом, «Grundnorm» Канторовича в данном случае усматривается им в воле авторитета, а именно во внешней власти: «Если мы поищем, какой человек был наделен такой властью, то мы, наконец, придем к идее высшей власти, из

³²⁰ Дж. Грей полагал, что сущность права заключается в соотношении источников права. «Судебные прецеденты – источники права наиболее важные, поскольку суды в ходе рассмотрения дела определяют закон, основанный на рассмотрении всей системы источников права. Однако закон также является авторитетным источником права, который фиксируется не судами, а органами верховной власти». См.: Gray J. C. *The Nature and Sources of Law*. New York, 1921. P. 124. Цит. по: Дидикин А.Б. *Формирование и развитие аналитической традиции в философии права XX века: диссертация ... доктора философских наук: 09.00.03. Томск, 2016. С. 56.*

³²¹ Обратим внимание на то, что в Манифесте «Борьба за науку права» Канторович в основном критикует юридическую догматику, а не догму как таковую, хотя и использует сам термин «догма».

которой проистекает всякая власть. Поэтому основное правило для каждого приказа таково: подчиняйтесь высшей власти»³²².

Предписаниями являются правила, которые являются обязательными не по причине того, что они исходят от признанного авторитета, а потому что их содержание признается нашей совестью и наш долг – действовать в соответствии с ними³²³. Понятие совести используется в значении внутреннего, эмоционального осознания, которое признает за субъектом обязанность, а санкцией выступает раскаяние. Также задаваясь вопросом об исходном беспрекословном императиве, обеспечивающем действие всех остальных предписаний, Канторович пишет, что «наша совесть должна признавать определенное правило ценным, тогда мы, наконец, придем к идеалу высшей ценности, *summum bonum*, которой подчинен каждый долг»³²⁴.

Наконец, под *социально-правовыми правилами или догмами* понимаются такие правила, которые признаются обязательными не из-за того, что они являются приказами властного субъекта или предписаниями совести, а потому, что они логически вытекают из других правил, действительность которых уже признана, т.е. являются логическим следствием требований приказов или предписаний, а также иных более ранних догм³²⁵. Таким образом, догмы являлись бы неизбежным естественным результатом

³²² Kantorowicz H. Der Begriff des Rechts / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 45.

³²³ Ibid.

³²⁴ Ibid.

³²⁵ Может показаться, что в данном случае Канторович усматривает основание действительности догмы (правила поведения из мира смыслов) либо в приказе (мире реальном), либо в предписании (мире идеальном), тем самым обуславливая, например, смыслы (Должное) реальным (Сущим). Как писал Канторович в Манифесте, право является «Должным, невозможным без Сущего».

Сошлемся на английского философа Г.Р. Райла, который подчеркивал, что социальные правила имплицитно содержат нормирование, как «предписание должного», которое эксплицируется во внешнем поведении, как «факт». Так, про мальчика, который играет в шахматы, скажут, что «он знает, как играть (*курсив наш – М.К.*), если, даже не умея сформулировать правила, он все-таки *делает разрешенные ходы, избегает запрещенных* сам и *протестует*, когда ходы его соперника оказываются неправильными. Его *знание* как проявляется прежде всего в *ходах*, которые он делает сам или признает правильными, которых он избегает и не допускает со стороны противника. Поскольку он соблюдает правила, нас не заботит, может ли он еще и сформулировать их. *Именно то, что он делает* на шахматной доске, а не в голове или при помощи языка, доказывает нам через наглядное *умение применять правила*, знает ли он их или нет». См. подробнее: Райл, Г. Р. Понятие сознания / перевод с англ. М., 1999. С. 50. По сути о том же писал Канторович, отмечая, что любое Должное, т.е. предписание в форме «желания сделать или побудить сделать», предопределено этим желанием, основанным на потребностях Сущего.

несовершенства системы права, если бы она официально признавалась состоящей только из приказов и предписаний.

Сформированный свод из трех видов правил имеет в качестве гарантии своей согласованности и сплоченности само свое существование: «Этот процесс представляет собой бесконечную взаимную адаптацию с целью создания автономной системы. Это был бы порочный круг, если бы действительность правила А основывалась на действии правила В, а действие правила В – на действии правила А, но фактический процесс состоит в том, чтобы адаптировать правило В к правилу А и наоборот, в результате чего они становятся А (1) и В (1), и так далее *ad infinitum*»³²⁶.

Это положение представляется основополагающим для всего правового учения Г. Канторовича, и его методологии в частности, поскольку затрагивает сразу несколько моментов:

– На первый взгляд может показаться, что данное положение противоречит высказанному в более ранней работе Канторовича утверждению о том, что праву имманентны пробелы и, соответственно, «автономной системой» право быть не может. Однако самодостаточность, во-первых, не подразумевает беспробельность. Во-вторых, предполагает, при обнаружении пробела в праве, обращение для его восполнения к праву (родовое понятие), в том числе и свободному праву (видовое понятие), гарантируя, таким образом, цельность, в смысле самодостаточности, системы.

– Указание на то, что правила при взаимодействии друг с другом не остаются по своему содержанию теми же правилами, какими они были ранее, а адаптируются и видоизменяются из правила А в правило А (1), Канторович хочет противопоставить господствующему в то время постулату, что «суды являются слугами закона» и должны только применять, а не творить право. Однако максима заключается в том, что жизнь разнообразнее права и изменчива. Придя к выводу о «живом», подвижном характере системы, этим

³²⁶ Kantorowicz H. Der Begriff des Rechts / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 46.

тезисом явно импонируя идее О. Эрлиха о «живом» праве, Канторович добавляет, что «органическому» росту нет места в «четырёх углах традиционной силлогистической логики»³²⁷. Следовательно, невозможно представить ситуацию, когда фактически пробелы в праве будут восполнены окончательно, ведь «пробелов в праве чуть ли не столько же, сколько слов»³²⁸.

– Необходимость наличия такой системы обусловливается человеческой природой, поскольку «мы как разумные существа – сознательно или бессознательно – чувствуем себя обязанными рационализировать признанные нами правила, освобождая их от противоречий и пробелов»³²⁹, объединяя их в единую, целостную и законченную систему, чтобы «мы могли одинаково относиться к одним и тем же вещам, одинаково относиться к тому, что равно, ибо в этом заключается суть правосудия»^{330, 331}.

Фактически именно такая взаимная адаптация, полагает Канторович, осуществляется и всегда осуществлялась в любой теологической или юридической догматике. Хотя Канторович подчеркивает свое нежелание особо выделить догмы из общего ряда приказов и предписаний, вместе с тем, он соотносит те теоретические модели, которые строятся на идее о некоем абсолютном источнике легитимности всей системы права, выраженном либо в приказе, либо предписании (главным образом, конечно, приводя пример Grundnorm Г. Кельзена), со своей самодостаточной и самообеспечивающей свою легитимность системой, предположительно основывающейся не столько на приказах и предписаниях, сколько на догмах.

Отмечается, что ошибкой первых моделей является неизбежность вопроса об абсолютности авторитета таких норм (нормы-приказы или нормы-

³²⁷ Kantorowicz H. Der Begriff des Rechts / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 46.

³²⁸ Flavius G. Der Kampf um die Rechtswissenschaft [Electronic resource]. Heidelberg, 1906. S. 15. URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (дата обращения: 11.03.2023).

³²⁹ Kantorowicz H. Der Begriff des Rechts / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 47.

³³⁰ Ibid.

³³¹ Тем самым предвещая знаменитую формулу Г. Харта «Трактуй одинаковые случаи одинаково, и разные – по-разному». Об этом см. подробнее: Куликова М.С. Справедливость судебного решения в рамках социологического подхода к праву: из истории правовой мысли // ЕВРАЗИЙСКИЙ ЮРИДИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ. 2022. № 5. С. 92.

предписания), ответ на который будет такой: «[...] в итоге следует признать, что вся система права была построена на воле первоначального узурпатора власти, которая и стала первоначальной нормой»³³². Природа же самодостаточной системы, которая полагается в своей обоснованности на саму себя, исключает возможность того, что она основана на постороннем правиле. Адаптация норм другу к другу в рамках такой системы и неизбежное формирование догм базируется на самой человеческой природе (т.е. реальном, а не теоретико-метафизическом основании), нашедшей свое отражение в эволюционном развитии цивилизаций и заключающейся в стремлении к установлению безопасной и справедливой жизни в обществе, отношении друг к другу как равный к равному.

Однако стоит заметить, что разделение на приказы, предписания и догмы не следует понимать как исчерпывающую классификацию правил в том смысле, что любое правило должно принадлежать только к какому-либо из указанных трех видов или только к одному, а не двум или сразу трем из них, поскольку в жизни возможна как первая, так и вторая ситуации: «Может случиться так, что правило не опирается ни на одно из трех оснований, будучи одновременно устаревшим (*имеется в виду, что власть суверена давно отсутствует – М.К.*), несправедливым (*в данном случае подразумевается отсутствие морального авторитета права – М.К.*) и изолированным (*правило не является частью общей системы – М.К.*), как, например, правила судебного поединка, ставшие таковыми в английском процессуальном праве в начале XIX века. С другой стороны, правила часто могут принадлежать ко всем трем классам одновременно, например, Десять заповедей рассматриваются теми, кто признает их в качестве правил поведения, как воля Высшей Власти, как морально правильные предписания и как корпус правил, последовательный сам по себе (или кажущийся последовательным путем

³³² Kantorowicz H. Der Begriff des Rechts / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 46-47.

толкования)³³³. [...] Правила получают свою обоснованность из их гармонии (системности) со всей системой других религиозных и этических правил вместе с основной заповедью: «Верьте в истинность того, что содержится в Священном Писании как Богооткровенном Слове Божьем»³³⁴.

³³³ В данном случае допустимо небольшое критическое замечание о наличии возможного противоречия в утверждениях Канторовича. Как было рассмотрено ранее на примере аналогии с костями, которые «не могут принадлежать одновременно и мужчине, и женщине», Канторович отрицал возможность отнесения какого-либо правила одновременно и к морали (внутреннему поведению) и к праву (внешнему поведению). В классификации же «внешних правил поведения» им рассматривается пример с Десятью заповедями, которые, и с этим мало кто будет спорить, считают моральными предписаниями для любого верующего. Вместе с тем, можно допустить, что противоречия все же нет. Канторович не отождествляет «мораль» (внутреннее поведение) с понятием «моральное предписание» (правила внешнего поведения). Поэтому поведение может, по его мнению, одновременно соответствовать и моральной, и правовой нормам.

³³⁴ Kantorowicz H. Der Begriff des Rechts / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 48-49.

Глава III. Концепция судебной методологии

§ 1. Шесть разновидностей права. Формальное и свободное право

Канторович выделяет три основных вида социальных правил в зависимости от основания их действительности: приказ, предписание и догма. С учетом разделения всех наук по предмету соотнести выделенные правила как объекты, принадлежащие определенной науке, можно следующим образом: приказы (нормы права) как идеальные явления существуют в форме смысловых образов (Sinngelbilde Bedeutungen/Meanings) и соотносятся с реальностью – объективно существующим текстом закона (исходящим от суверена), предписания – идеальные явления, которые формируются на основе ценностей, признанных нашей совестью, и догмы – непротиворечивые логически выводимые из приказов и предписаний правила³³⁵ – идеальные явления, имеющие объективное значение (являются объектами науки о смысле). Очевидно, что, как в приведенном выше примере разговора юриста со своим клиентом, проявление права можно наблюдать во всех трех сферах (циркулирует в одном языковом ареале и сопряжено с различной концептуализацией: смысловой (абстрактной), ценностной и эмпирической). Вместе с тем в предлагаемой Канторовичем классификации предпочтение отдается догмам, которые, на его взгляд, наделены эпистемической ценностью, обусловленной их способностью соединять мир рядоположных эмпирических объектов и мир ценностей. Догмы обладают эпистемической ценностью настолько, насколько они поддерживают сеть взаимосвязанных различий.

³³⁵ Данная фраза дает основание для критического замечания о возможности «несамостоятельной» природы догмы в связи с ее созависимостью от приказов и предписаний, тем самым обуславливая науки о смысле науками о реальности и ценностях. Однако категория «значение», которая выделяется Канторовичем в мире смысловых образов наравне с «величиной», признается, хотя и неизмеримой, но, вместе с тем, имеющей причины и временные качества (См. С. 57). Как представляется, «созависимость» выражается во влиянии наук о реальности и ценностях на содержание «причин и временных качеств» догмы. Такое влияние является естественным в силу, как указывалось выше, взаимодополняющего свойства правовой системы как таковой. Тем самым можно сделать вывод, что не только приказы и предписания влияют на догмы (что несомненно в силу их вторичного по отношению к другим внешним правилам момента возникновения), но и догмы, становясь внешними правилами поведения, влияют на приказы и предписания. Например, судебная практика нередко влияет на законодательные реформы.

Содержание права, по мнению Канторовича, может быть либо формальным, т.е. прошедшим и завершившимся определенным процессом своего формирования, либо «свободным, т.е. правом, которое формирование еще не завершило»³³⁶. Соответственно, как будет показано далее, выделение двух форм формального права и четырех – свободного права является основой, на которой в дальнейшем Канторович строит свою судебную методологию.

В обоих случаях (и формального, и свободного права) оно может признаваться либо явным, эксплицитным правом (*gesetztes Recht*), т.е. правилом, которое явно было установлено как право, либо неявным, имплицитным правом, т.е. правилом, которое признается в качестве права последующими действиями (*concludente Handlungen*). Паттерсон, проводя параллель данной классификации с наиболее близкой и даже схожей по звучанию – старой классификацией, разделяющей право на «писаное» и «неписаное», что может «вводить в заблуждение», замечал, что выделенные категории нельзя обозначить в качестве синонимичных, поскольку, например, прецедентное право следовало бы отнести к «явному» праву, хотя в соответствии со старым различием оно рассматривалось бы как «неписаное» право³³⁷.

1. К категории ***формального явного права*** следует отнести три вида источников: 1) Законы (статуты), принятые официальной законодательной властью; 2) Постановления, приказы, уставы и др., т.е. подзаконные акты, созданные на основании делегированных законодательных полномочий исполнительной власти; 3) Прецедентное право, или право, созданное судом³³⁸. Соответственно критерием разграничения таких видов права является принцип разделения властей: за каждой ветвью власти закрепляется определенная форма явного формального права. Данная форма права

³³⁶ Kantorowicz H. U., Patterson E. W. Legal Science - A Summary of Its Methodology [Electronic resource]/ H.U. Kantorowicz// Columbia Law Review Association, 1928. Vol. 28, №. 6. P. 692. URL: https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents (дата обращения: 11.03.2023).

³³⁷ Ibid.

³³⁸ Ibid.

характерна, например, для англосаксонской правовой семьи, в рамках которой иногда ошибочно полномочия судебного органа по созданию прецедента рассматриваются не как «явное», а скорее, наоборот, как «неявное» право³³⁹, т.е. право, которое еще требует отдельного действия для признания данного правила правовым. Такой подход свойственен некоторым правоведом стран романо-германской правовой семьи, которые признают за судебным органом правотворческую функцию.

2. **Формальное неявное право** – это, как пишет Канторович, правовой обычай в самом привычном понимании³⁴⁰. Процесс формирования или интеграции формального неявного права варьируется в зависимости от его различных форм и позитивного права соответствующего государства. Однако отличительной характеристикой обычая от иных последующих видов права является наличие в нем *opinio juris*, т.е. уверенности в том, что данное правило применяется в суде. Такое правило, как пишет Канторович, никогда не является сугубо общественной практикой применения, оно всегда определяется и развивается судьями, нотариусами или другими профессиональными участниками юридического сообщества³⁴¹. Таким образом, устанавливая данный критерий в качестве условия признания обычая формальным имплицитным правилом.

Задача найти примеры устоявшихся обычаев (*inveterata consuetudo*), обладающих такой характеристикой (*opinio juris*), которые признаются судьями «как правило», без того, чтобы они были явно объявлены законом или судебным решением (формальным явным правом), довольно сложная. Тем более, что, по мнению Канторовича, категория формального неявного права достаточно незначительна по своему объему, но не по содержанию, поскольку такие правила, хотя никогда прямо и не объявлялись правовой нормой, но,

³³⁹ Kantorowicz H. U., Patterson E. W. Legal Science - A Summary of Its Methodology [Electronic resource]/ H.U. Kantorowicz// Columbia Law Review Association, 1928. Vol. 28, №. 6. P. 692. URL: https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents (дата обращения: 11.03.2023).

³⁴⁰ Ibid.

³⁴¹ Ibid. P. 693.

одновременно с этим, «ни один судья не откажется применить их к рассматриваемому делу»³⁴². Однако «деловые обычаи» Канторович классифицирует как «зарождающееся имплицитное право», о чем еще будет сказано ниже, за исключением тех случаев, когда юристы и судьи превращают их в *inveterata consuetudo*.

Предваряя возможный вопрос, следует отметить, что отличие эксплицитного формального права, созданного судьями, от имплицитного формального права заключается в том, что в первом случае достаточно одного формального (официального) решения о признании, т.е. решения высшей инстанции, тогда как второй вид права формируется из ряда действий или решений, принимаемых в течение определенного длительного периода.

Также нельзя не отметить сложность критерия «завершенности процесса формирования правила, которое, однако, признается в качестве права только последующими действиями», заложенного в основе отграничения формального имплицитного правила от свободного права. Вместе с тем это видится возможным. Так, формальное неявное право получает «завершенность» в процессе постепенного его закрепления, например, в судебной практике. Однако согласимся с тем возражением, что доподлинно нельзя утверждать, достаточно ли будет упоминания обычая в двух или трех судебных решениях для однозначного ответа на вопрос, является ли данный обычай уже формальным неявным правом или еще остается зарождающимся неявным правом.

Деление свободного права на категории в силу его «неформального» характера, а также ключевой его роли при заполнении пробелов более детально по сравнению с формальным.

Свободное право делится еще на два вида (кроме явного и неявного): зарождающееся и желаемое.

³⁴² Kantorowicz H. U., Patterson E. W. Legal Science - A Summary of Its Methodology [Electronic resource]/ H.U. Kantorowicz// Columbia Law Review Association, 1928. Vol. 28, №. 6. P. 693. URL: https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents (дата обращения: 11.03.2023).

Зарождающимся признается право, которое стало бы формальным правом, если бы оно прошло и завершило процесс своего формирования, т.е. если оно формально (с соблюдением официальной процедуры) не определено. Желаемое право – это такое право, которое применяется теми, кто желал бы превратить его в формальное право (например, судьей, юристами и комментаторами, т.е. теми, чье мнение рассматривается судьями как авторитетное). Таким образом, в качестве критерия разграничения видов права можно было бы считать наличие либо отсутствие объективных условий или субъективного желания признавать за таким правилом статус формального права. При этом обе формы еще могут быть либо явным, либо неявным правом.

3. Так, *свободное зарождающееся явное право* включает в себя:

3.1. Правила, которые, как можно заключить из подготовительных этапов их формирования (законодательная инициатива, мотивация, дебаты и т.д.), в скором времени могут стать формальным явным правом (например, законопроекты)³⁴³. Стоит отдельно отметить, что Канторович к указанной категории относит не только сами проекты законов, но и сопроводительные записки, в которых приводятся причины принятия конкретных положений («Например, мотивы Германского гражданского уложения заняли 40 томов»³⁴⁴), а также, например, стенограммы заседаний, на которых обсуждалось содержание указанного проекта.

Актуальным становится вопрос о целесообразности использования мотивов выявить подлинную волю законодателя при толковании статута, т.е. вопрос о толковании *ex tunc* или же *ex nunc*.

Получается, что позиция толкования нормативного положения с учетом неофициальной позиции законодателя проявляется в двух, по нашему мнению,

³⁴³ Kantorowicz H. U., Patterson E. W. Legal Science - A Summary of Its Methodology [Electronic resource]/ H.U. Kantorowicz// Columbia Law Review Association, 1928. Vol. 28, №. 6. P. 694-695. URL: https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents (дата обращения: 11.03.2023).

³⁴⁴ Ibid. P. 694.

противоречивых подходах: первый базируется на идее, что документы, содержащие «мотивы, должны быть сожжены, потому что закон не должен толковаться с помощью неофициальных материалов»³⁴⁵; второй утверждает, что мотивы и законодательные дебаты следует рассматривать как авторитетные и необходимые источники толкования. Канторович постарался найти консенсус между такими позициями, предложив следующий вариант поведения: 1) там, где законодательные дебаты явно отвечают на вопрос, как законодатели разрешили бы спор, если бы дело было доведено до их сведения, судья должен принять соответствующее решение, руководствуясь их позицией; 2) иначе судья не должен чувствовать себя обязанным следовать даже более вероятному намерению, если законодатели высказывали в рамках дебатов противоречивые мнения³⁴⁶.

При необходимости принять решение о том, какими намерениями руководствоваться в первом варианте поведения – теми, которые закладывались на момент рассмотрения правовых положений, или теми, которыми законодательный орган руководствовался бы сейчас, выбор должен быть сделан, по Канторовичу, в пользу второго. Таким образом, например, указывается, что немецкий закон, предписывающий требования для отбора судей, принятый в 1879 году, явно не исключал женщин, т.е. имел место пробел: «Однако в то время и вплоть до Немецкой революции, несомненно, исключил бы женщин, если бы об этом возник вопрос, следовательно, тогда это было бы правильным «толкованием» закона. Однако после революции законодательный орган объявил бы женщин правомочными (из-за законов об избирательном праве и общего одобрения равенства между полами), следовательно, интерпретация сегодня была бы иной»³⁴⁷. Паттерсон, обнаруживший аналогичного свойства пример в англо-американской

³⁴⁵ Kantorowicz H. U., Patterson E. W. Legal Science - A Summary of Its Methodology [Electronic resource]/ H.U. Kantorowicz// Columbia Law Review Association, 1928. Vol. 28, №. 6. P. 694. URL: https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents (дата обращения: 11.03.2023).

³⁴⁶ Ibid.

³⁴⁷ Ibid.

правовой семье³⁴⁸, лишь подтверждающий универсальный характер предложенной методологии разрешения споров, резюмирует: «Конечно, в этом деле не излагается теория профессора Канторовича, но она реализует прогрессивное или гибкое намерение законодателя, предполагая, что «квалифицированные избиратели» означает «как это определено сейчас или будет определено в дальнейшем»³⁴⁹.

3.2. Вторым подвидом явного зарождающегося свободного права являются законы, которые были опубликованы, но еще не вступили в силу и, тем не менее, мгновенно стали предметом комментирования и дискуссий. В качестве примера можно привести ситуацию с Германским Гражданским Уложением, принятым 18 августа 1896 года и сразу же повлиявшим на судебную практику, еще до момента вступления в силу 1 января 1900 года³⁵⁰.

4. *Свободное желаемое явное право* включает в себя:

4.1. Правила, являющиеся предположением о том, какое бы решение принял законодатель, если допустить, что он стал бы рассматривать указанный спор. Например, такое правило предусмотрено в тексте знаменитой статьи 1 (А) ГК Швейцарии 1907 года, в которой прямо сказано³⁵¹, что судья должен разрешить спор, как если бы он сам был законодателем, если ни в Кодексе, ни в обычном праве не содержится такого положения³⁵². При этом судье

³⁴⁸ «Аналогичная проблема была поднята в Соединенных Штатах после принятия Девятнадцатой поправки, а именно, при попытке ответить на вопрос "допускаются ли женщины к присяжным заседателям?" Суд штата Айова истолковал фразу "все квалифицированные избиратели... являются компетентными присяжными заседателями" как означающую, что женщины имеют право быть присяжными заседателями, хотя законодательный орган явно намеревался поступить иначе, когда был принят закон о присяжных заседателях». Цит. по: Kantorowicz H. U., Patterson E. W. Ibid.

³⁴⁹ Ibid.

³⁵⁰ Ibid. P. 695.

³⁵¹ Представляется интересным привести весь текст указанной статьи, поскольку в довольно сжатом и упрощенном виде она в целом идейно соответствует рассматриваемой методологии Канторовича: «А. Применение права. П.1: «Закон применяется ко всем вопросам права, в отношении которых он содержит положение в силу своей формулировки или толкования»; П. 2: «Если из закона нельзя вывести ни одной нормы, суд принимает решение в соответствии с обычным правом, а если такая норма также отсутствует, то в соответствии с нормой, которую он бы установил как законодатель»; П. 3 «Он следует проверенным доктринам и традициям (Überlieferung)». См. подробнее: Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907. Stand am 1. Januar 2021 [Electronic resource] URL: https://www.gesetze.ch/sr/210/210_000.htm (дата обращения: 11.03.2023).

³⁵² Kantorowicz H. U., Patterson E. W. Legal Science - A Summary of Its Methodology [Electronic resource]/ H.U. Kantorowicz// Columbia Law Review Association, 1928. Vol. 28, №. 6. P. 695. URL:

необходимо учитывать «сущность» законодателя. Так, если судья консерватор, а законодательный орган большей частью состоит из реформаторов, то судье необходимо учитывать данный факт при принятии решения.

4.2. Те формы толкования, которые «притворяются простыми декларациями закона, но, как это почти всегда бывает, не могут быть строго выведены из него и на самом деле являются не чем иным, как таким правом, каким его хочет видеть толкователь»³⁵³. Здесь речь идет главным образом о неофициальных комментариях, которые имеют авторитетное значение, если их автор пользуется уважением в профессиональном сообществе. При этом в ситуации, когда два и более признанных юриста дают разные толкования, допускается принятие их позиций как равных (в равной степени возможных), вместо того, чтобы обосновывать истинность только одной из них.³⁵⁴

5. *Свободное зарождающееся неявное право* включает в себя:

5.1. Правила, подразумеваемые в деловой практике и других обычаях, которые либо еще не успели стать обычаями *inveterata consuetudo*, либо все еще не имеют *opinio juris* (в смысле неявного формального права), и лишь только начали выделяться из корпуса социальных обыкновений (например, правил приличия или привычек)³⁵⁵. При разборе понятия «современная деловая практика», Канторович отмечал, что она может быть «зарождающимся имплицитным правом», но если она будет признана судьями и юристами как «хорошо зарекомендовавшая себя (*inveterata consuetudo*) и

https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents (дата обращения: 11.03.2023).

³⁵³ Ibid.

³⁵⁴ Стоит отметить весьма субъективный характер правил в рамках «свободного явного права». Так, формулировки «как если бы он сам был законодателем» или авторитет в юридическом сообществе являются довольно расплывчатыми. Однако стоит предположить, что все указанные виды права (чем дальше они от формального явного права) являют собой больше «вектор», в направлении которого судебному органу рекомендуется выстраивать и ограничивать ход размышлений при принятии решения.

³⁵⁵ Kantorowicz H. U., Patterson E. W. *Legal Science - A Summary of Its Methodology* [Electronic resource]/ H.U. Kantorowicz// Columbia Law Review Association, 1928. Vol. 28, №. 6. P. 696. URL: https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents (дата обращения: 11.03.2023).

пригодная для судебного применения (*opinio juris*)), то станет «формальным имплицитным правом».

5.2. Правила о категориях неопределенного содержания, на которые ссылается какой-либо акт формального явного права, если в нем говорится, например, о «добрых нравах», «добросовестности и доверии» и т.д. Эти понятия признаются чистыми абстракциями (*Blankettbegriffe*, т.е. бланкетные термины), которые не могут быть применены до того, пока не будут заполнены материальными нормами, т.е. применение таких «правил» возможно только после преодоления их неопределенности, что возможно посредством заполнения их тем содержанием, которое дано в рамках более определенных правил. В качестве примера Канторович приводит случай с немецкими судами, которые после инфляции, последовавшей за мировой войной, сначала решали дела по принципу «марка есть марка», но позже они сформулировали новое правило, согласно которому, если обесцененные деньги практически стоят меньше, то должник не может «добросовестно и с доверием» (эта фраза содержалась в законе) оплатить свой долг такими деньгами, а должен дополнительно выплатить от двадцати до тридцати процентов первоначальной стоимости марки³⁵⁶. По сути, как представляется, такие неопределенные понятия выступают у Канторовича самостоятельными «пробелами», заполнение которых осуществляется в соответствии с настоящей методологией, т.е. поиск содержания начинается опять же с «формального явного права», о чем более подробно будет сказано далее.

Такое мнение созвучно позиции судьи Холмса, который полагал, что каждое судебное решение о том, что содержание некоторых понятий, например, «небрежность *prima facie*», может быть заполнено мнением суда присяжных: «Когда возникает дело, в котором стандарт поведения, совершенно простой и понятный, вынесен на рассмотрение присяжных,

³⁵⁶ Kantorowicz H. U., Patterson E. W. Legal Science - A Summary of Its Methodology [Electronic resource]/ H.U. Kantorowicz// Columbia Law Review Association, 1928. Vol. 28, №. 6. P. 696. URL: https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents (дата обращения: 11.03.2023).

объяснение этому очевидно. Смысл в том, что суд, не имея четких представлений о публичном порядке, применимом к данному вопросу, выводит правило, подлежащее применению, из повседневного опыта; так, по общему мнению, была выведена большая часть деликтного права. Но суд также считает, что он сам не обладает достаточным практическим опытом, чтобы разумно сформулировать это правило. Он полагает, что двенадцать человек, отобранных из общества, могут помочь ему в вынесении решения. В связи с чем он помогает себе в принятии решения, принимая во внимание мнение присяжных»³⁵⁷.

5.3. Близкие по форме выражения (т.е. тоже абстрактные понятия) правила, подразумеваемые в своем содержании определенную степень, как, например, «превышение скорости», «неправомерное влияние», «умеренное исправление ребенка» и т.д. Канторович приводит такой пример из судебной практики: Немецкий суд рассматривал дело, в котором отец запер своего несовершеннолетнего сына, совершившего кражу, в подвал и держал его там 14 дней. Своим решением суд постановил, что это не было «умеренным исправлением» ребенка. Как указывает Канторович, это решение может быть логически обосновано только предположением о какой-то такой норме, как, например, «14 дней в подвале – это не умеренное наказание для сына, который ворует». Хотя суд не вывел такого правила, однако опосредованно имел его в виду³⁵⁸.

6. *Свободное желаемое неявное право* включает в себя:

6.1. Иной вид толкования (отличный от свободного желаемого явного права), а именно те толкования, которые интерпретирующий юрист желает сделать формальным неявным правом через аргумент – обращение к судебной

³⁵⁷ Holmes O.W. The Common Law [Electronic resource] / ed. by P. J. S. Pereira, D. M. Beltra. Toronto, 2011. P.110. URL: <http://www.general-intelligence.com/library/commonlaw.pdf> (дата обращения: 11.03.2023).

³⁵⁸ Kantorowicz H. U., Patterson E. W. Legal Science - A Summary of Its Methodology [Electronic resource] / H.U. Kantorowicz// Columbia Law Review Association, 1928. Vol. 28, №. 6. P. 697. URL: https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents (дата обращения: 11.03.2023).

практике³⁵⁹. Пусть и отмечается в качестве основной характеристики такой интерпретации открытое желание сделать данные тексты практикой юристов и судей, все же представляется возможным дополнить ее, обратив внимание именно на открытости такого желания. В сравнении со «свободным желаемым явным правом», которое базируется на идее раскрытия «объективного смысла закона», «свободное желаемое неявное право» открыто признает свой субъективный характер.

6.2. Правило, на котором в континентальном праве основан судебный прецедент³⁶⁰. Так, принимая решение, судья выражает волю на то, чтобы другие суды следовали его решению («хотя он не может заставить их сделать это») и, таким образом, такое правило постепенно может превратиться в формальное неявное право (судебный обычай). Паттерсон комментирует этот пример, обращаясь к юристам общего права: «Такой пример приводится Канторовичем, поскольку в континентальном праве судебный прецедент не является обязательным источником права, а только «убедительным авторитетом», параллель в рамках стран общего права можно было бы провести с научными текстами судей³⁶¹.

6.3. Правила количественной оценки, в соответствии с которыми, например, преступнику назначается уголовное наказание в промежутке установленного максимального и минимального наказания. По существу, в рамках последнего подвида Канторович говорит о судебном усмотрении. Он оправданно рассматривает судебное усмотрение, связанное с назначением наказания, отдельно от судебного усмотрения, к которому прибегают при заполнении содержания абстрактных категорий, поскольку такие решения

³⁵⁹ Kantorowicz H. U., Patterson E. W. Legal Science - A Summary of Its Methodology [Electronic resource]/ H.U. Kantorowicz// Columbia Law Review Association, 1928. Vol. 28, №. 6. P. 697. URL: https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents (дата обращения: 11.03.2023).

³⁶⁰ Отметим, что в данном случае понятие «судебный прецедент» понимается в широком смысле.

³⁶¹ Kantorowicz H. U., Patterson E. W. Legal Science - A Summary of Its Methodology [Electronic resource]/ H.U. Kantorowicz// Columbia Law Review Association, 1928. Vol. 28, №. 6. P. 697. URL: https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents (дата обращения: 11.03.2023).

(назначение наказания) принимаются в соответствии с правилами количественной оценки, т.е. основываются либо на логике, либо на психологии (интуиции). Сам Канторович признается, что такие правила, возможно, не могут быть четко сформулированы (однако он не говорит напрямую о принятии решения на основании интуиции), но он также указывает, что существуют правила, которые ограничивают такого рода свободу судьи, например, правило о том, что более строгое наказание не может быть вынесено человеку определенной национальности или политических взглядов³⁶².

Все эти шесть форм права обусловлены необходимостью обладать правилами (нормами) для разрешения любого мыслимого дела, которое из-за неполноты существующего формального закона было бы невозможно разрешить, если бы не могли применяться нормы свободного права³⁶³. Все формы права также необходимы для решения проблемы, возникающей из-за того, что, с одной стороны, нельзя «честно отрицать»³⁶⁴, что очень часто, и особенно в англосаксонских странах, судьи создают новый формальный закон, и что, с другой стороны, нельзя согласиться с мнением, что рассмотренное до принятия решения судьей дело не регулировалось вообще никаким правом или противоречащим ему формальным законом. Указанная проблема может быть решена, если согласиться, что такие ситуации разрешались бы на основании свободного права, а именно признавалось бы, что судья все же создавал формальное явное право, но «не по собственному капризу»³⁶⁵, а в соответствии с определенной методологией применения свободного права, поскольку для каждого правила в большинстве случаев уже имеется правило или готовое решение в свободном праве, если такого решения нет в формальном праве.

³⁶² Kantorowicz H. U., Patterson E. W. Legal Science - A Summary of Its Methodology [Electronic resource]/ H.U. Kantorowicz// Columbia Law Review Association, 1928. Vol. 28, №. 6. P. 697. URL: https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents (дата обращения: 11.03.2023).

³⁶³ Ibid. P. 698.

³⁶⁴ Ibid.

³⁶⁵ Ibid. P. 699.

Таким образом, правовое учение Канторовича позволяет преодолеть возражения о судебском произволе: если спор не решается на основании формального права, то он решается путем применения норм свободного права. Как следствие, следует признать, что классификация Канторовича эффективно описывает работу судебной системы и, следовательно, оправдывает себя с концептуально прагматической стороны.

§ 2. Метод «свободного нахождения права»

Прежде всего, следует задаться вопросом о необходимости выделения всех шести категорий: почему именно эти правила заслуживают признания в качества «права»? Почему только они? По Канторовичу, насколько можно судить, фактически ответ будет только один, обосновывающий их выделение и, тем самым, отвергающий иные категории.

Канторович выделял практические и методологические основания предложенной им классификации. Одно из практических оснований – расширение предмета рассмотрения апелляционной инстанцией.

Из методологических оснований он выделяет: 1) единство юридической науки, требующее более широкого определения права, чем то, которое до сих пор принималось судами, для того, чтобы методы и концепции канонического права («во многом идентичные методам и концепциям государственного официального права»³⁶⁶) имели основание стать причиной обоснования решения; 2) если расширенные представления о праве будут признаны юридической наукой, то, несомненно, студенты, изучающие свободное право во всех его проявлениях, смогут стать намного более квалифицированными профессионалами, что позволит в будущем подготовить новый корпус судей и юристов-практиков, поскольку на настоящий момент «практике недостает не только инструментов научных исследований, но и рациональной теории,

³⁶⁶ Kantorowicz H. U., Patterson E. W. Legal Science - A Summary of Its Methodology [Electronic resource]/ H.U. Kantorowicz// Columbia Law Review Association, 1928. Vol. 28, №. 6. P. 698. URL: https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents (дата обращения: 11.03.2023).

которая объединила бы такие исследования с понятием «право»³⁶⁷; 3) каждое судебное решение должно быть решением по праву. В ином случае будет поставлен вопрос о возможности признания такого решения «правовым». Соответственно, руководствуясь данной логикой, пробелы, которыми неизбежно наполнен формальный закон, можно будет восполнить также только правом (именно из-за такого подхода, которым руководствуются и все суды, утверждается, что они лишь занимаются практикой применения положений закона, сколько бы разнообразных вариантов «задумок законодателя»³⁶⁸ они ни выявляли в итоге). Следовательно, если все правила, относящиеся к видам свободного права, будут признаны «правом», то данное методологическое возражение утрачивает смысл.

Почему именно определенные правила Канторович полагает достаточными для включения в понятие «право»? Почему он отвергает, например, подход реалистов, согласно которому следует учитывать настроение судьи³⁶⁹ или то, «что он ел на обед»³⁷⁰? На этот вопрос у Канторовича нет прямого ответа. Однако можно было бы в рамках реконструкции его идей предположить несколько релевантных его концепции аргументов.

Во-первых, обращаясь к сформулированному Канторовичем определению понятия права, можно утверждать, что эмоции не рассматриваются им в качестве источника эквивалента права, хотя и признается, что настроение может повлиять на судью при принятии

³⁶⁷ Kantorowicz H. U., Patterson E. W. Legal Science - A Summary of Its Methodology [Electronic resource]/ H.U. Kantorowicz// Columbia Law Review Association, 1928. Vol. 28, №. 6. P. 698. URL: https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents (дата обращения: 11.03.2023).

³⁶⁸ Ibid.

³⁶⁹ Так, Г.Э. Адыгезалова пишет: «Дж. Фрэнк развенчал миф о судье-полубоге, доказав, что судьи – это обычные люди. Особые черты их характера, их предрасположенности, предрассудки и привычки оказывают непосредственное влияние на их юридическую деятельность». См. подробнее: Адыгезалова Г.Э. Социологическая юриспруденция в США в XX веке: формирование доктрины, развитие и совершенствование правопорядка: диссертация ... доктора юридических наук: 12.00.01. Краснодар, 2017. С. 58

³⁷⁰ Danziger S., Levav J., Avnaim-Pesso L. Extraneous factors in judicial decisions [Electronic resource] // PROCEEDINGS OF THE NATIONAL ACADEMY OF SCIENCES. 2011. Vol. 108, №. 17. URL: <https://www.pnas.org/doi/full/10.1073/pnas.1018033108> (дата обращения: 11.03.2023).

методологического решения. Вместе с тем, в своих размышлениях о таком возможном источнике права, как психика, Канторович приходил к выводу, что, если признать существование права только в психике (т.е. сознании), то стоит согласиться и с тем, что при ее отсутствии должно исчезать и право. Соответственно, нормы права могут существовать в сознании двух человек или всего общества, но «в 3 часа ночи мало кто думает о нормах права, однако они не приостанавливаются и не ослабевают в этот период»³⁷¹; добавим также, что в условиях незнания закона человек может поступать законопослушно, только следуя действиям остальных членов общества, однако нельзя сказать, что закон в этот момент не действует, ведь при его нарушении (даже в случае незнания) лицо будет подвергнуто санкции. Канторович отмечает также, что психические феномены постоянно меняются, тогда как право остается неизменным: можно предположить, что суды толкуют закон, чтобы применить его к «новым» фактам, но в этом случае стоит признать, что мы имеем «новую» норму права, а не «измененную» старую³⁷². Однако такое обоснование выглядит весьма дискуссионным с учетом степени популярности в тот период концепции естественного права с изменяющимся содержанием Штаммлера.

Во-вторых, объединяющим критерием всего приведенного многообразия правил, которые включены в формальное и свободное право, являются не только свойства, отмеченные в определении права, но и степень проработанности данных правил профессиональными участниками сообщества (будь то комментарии юристов или решения судов). Иными словами, Канторович ограничивает обсуждение данного вопроса «объективным значением» права, исключая реалистические и иррациональные факторы, влияющие на принятие решения (например, классовые предрассудки, политические взгляды, усталость судьи и т.д.).

³⁷¹ Kantorowicz H. U., Patterson E. W. Legal Science - A Summary of Its Methodology [Electronic resource]/ H.U. Kantorowicz// Columbia Law Review Association, 1928. Vol. 28, №. 6. P. 688. URL: https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents (дата обращения: 11.03.2023).

³⁷² Ibid.

Таким образом, он допускает закрепление статуса «права» только за теми правилами, в которых заключена осознанная и обстоятельная работа мысли, а не эмоции, на чем настаивали некоторые реалисты.

В-третьих, с учетом того, что Канторович возлагал большие надежды на деятельность судебных органов и в то же время учитывал риски судебного произвола, он полагал, что если и расширить перечень тех правил, на основании которых судья может принимать решение, то следует при этом оставить такой перечень закрытым.

Для сравнения с идеями Канторовича обозначим некоторые альтернативные концепции. Затронем лишь два ключевых подхода, о которых также пишет Канторович, называя их «формалистическими» и «целенаправленными»³⁷³. Они были выявлены на основе проведенной параллели между двумя чередующимися теоретическими, противостоящими друг другу на протяжении долгой истории подходами: Глоссаторы и Постглоссаторы; юристы эпохи Возрождения и сторонники Естественного права; представители Исторической школы и сторонники школы Свободного права. Канторович подчеркивает почти антагонистические различия этих двух подходов, которые могут быть, по его мнению, искоренены в рамках предложенной им методологии.

Формалистическая, пассивная тенденция (глоссаторы, юристы эпохи Возрождения, представители исторической школы права) основывается на теории разделения властей: судья стремится познать и применять закон так, как он исторически сложился. Для убедительности существования такого подхода необходима предпосылка, согласно которой формальное право является закрытой системой, свободной от пробелов и противоречий (*Geschlossenheitstheorie*). Но представители пассивных тенденций никогда не

³⁷³ Kantorowicz H. U., Patterson E. W. Legal Science - A Summary of Its Methodology [Electronic resource]/ H.U. Kantorowicz// Columbia Law Review Association, 1928. Vol. 28, №. 6. P. 699. URL: https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents (дата обращения: 11.03.2023).

довольствовались простыми положениями закона, иначе это вскоре бы привело к довольно абсурдным судебным решениям (если бы текст закона воспринимался буквально), и, наоборот, соблюдая принципы верховенства закона и системности права, а также придерживаясь веры в его беспробельность, трансформировали бы данное положение путем всевозможных форм и способов толкования³⁷⁴.

Целенаправленная, продуктивная тенденция стремится использовать закон как средство для достижения цели управления жизнью в ее меняющихся фактах, соответственно отвергая или подвергая релевантности теорию разделения властей. В рамках такого подхода утверждается имманентность пробельности формального права (*Lückentheorie*)³⁷⁵ по причине изменчивости жизненных обстоятельств, непосредственно влияющих на его применение. Однако «до момента возникновения школы свободного права они не имели адекватного представления о своей собственной методологии и желали рассматривать свою деятельность как чисто научную»³⁷⁶.

Предложенная Канторовичем методология, основанная на разграничении формального и свободного права, коррелирует одновременно с обоими ранее рассмотренными подходами: в качестве предмета формалистического подхода выступает формальный закон, а целенаправленного – свободное право³⁷⁷. При этом обе концепции исходят из принципа, согласно которому судье запрещается отказывать в вынесении решения при отсутствии нормы (*Justizverweigerungsverbot*), а также из

³⁷⁴ Kantorowicz H. U., Patterson E. W. *Legal Science - A Summary of Its Methodology* [Electronic resource]/ H.U. Kantorowicz// Columbia Law Review Association, 1928. Vol. 28, №. 6. P. 701. URL: https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents (дата обращения: 11.03.2023).

³⁷⁵ Отметим опять же, что утверждение о пробельности права также можно встретить в отдельных учениях представителей формалистического подхода, однако указанное обобщение сделано для удобства сопоставления.

³⁷⁶ Kantorowicz H. U., Patterson E. W. *Legal Science - A Summary of Its Methodology* [Electronic resource]/ H.U. Kantorowicz// Columbia Law Review Association, 1928. Vol. 28, №. 6. P. 701. URL: https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents (дата обращения: 11.03.2023).

³⁷⁷Ibid.

принципа верховенства права. От этих принципов не отказывается и судья, применяющий свободное право.

Вопросы судебной методологии затрагивались Канторовичем в его труде «Борьба за науку права» (1906), а также в работе «Введение в критику текста» (1921). В ранние периоды своего творчества он допускал возможность толкования судьями закона *contra legem*³⁷⁸. Скорее всего, здесь имел место лишь не совсем удачный выбор слов, о чем писал и сам Канторович своему другу Радбруху, а не радикально революционизирующее правоведение призыв, за что так ожесточенно критиковали как Канторовича, так и движение в целом. Если учесть уточненный текст итальянского перевода Манифеста³⁷⁹, то можно утверждать, что Канторович, отказавшись от этой идеи, все же не допускал ситуации, когда судья мог бы решить спор *contra legem*. Немецкий правовед отвергает такую возможность, поскольку, по его мнению, каждое судебное решение является заключением силлогизма, главной посылкой которого является верховенство права. Следует, правда, оговориться, что понятие «силлогизм» стоит понимать в более широком смысле, чем это принято. Согласно позиции Канторовича для обнаружения и применения свободного права традиционные логические, филологические и исторические методы совершенно непригодны.

Что же понимал под пробелами Канторович? В ранний период своего творчества он допустил возможность выделения из спорных случаев такой, который не может разрешить никто, в том числе и судьи. При этом он ссылался на то, что «нет теоретической или практической науки, которая считает, что она когда-либо сможет [...] решить любую мыслимую проблему»³⁸⁰. Такие случаи Канторович называет пробелами в праве. В качестве критерия для выделения таких ситуаций он обозначает противоречие в природе понятия.

³⁷⁸ Несмотря на то, что в то время мало кто поддержал указанную идею, немного позже О. Эрлих также высказал позицию о доминировании «живого» права сообществ над «мертвым» книжным правом законов.

³⁷⁹ См.: Kantorowicz H.U. *La Lotta per la Scienza del Diritto*. Milano, Palermo, Napoli. 1908. pp. 40.

³⁸⁰ Flavius G. *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* [Electronic resource]. Heidelberg, 1906. S. 17 URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (дата обращения: 11.03.2023).

Например, дать конкретное содержание абстрактному значению или определить материальный эквивалент нематериальному объекту, как это вынуждены делать суды при принятии решения о моральной компенсации потерпевшим по уголовному делу об убийстве, по сути определяя цену человеческой жизни. Детально вопрос о порядке заполнения пробелов судьями в Манифесте Канторович не рассматривал, стремясь заострить внимание на глобальных идеях зарождающегося движения свободного права.

Для того, кто «не знает другого права, кроме государственного»³⁸¹, предложенная Канторовичем методология может показаться не вполне последовательной. Однако, как поясняет Канторович, «в действительности государственное право является лишь одной из многих форм права, существующих в государстве, и противоречия между этими формами столь же неизбежны, сколь и неискоренимы»³⁸². Вместе с тем, как он считал, их можно постараться нивелировать, построив четкую систему правил, которая будет предусматривать их последовательное применение, исключаящее возможность конкуренции, так как правило из каждой последующей категории будет применяться только тогда, когда правило из предыдущей, вышестоящей категории не смогло дать ответа на вопрос о том, как разрешить спор.

В данном случае необходимо упомянуть о довольно схожей концепции, которая отечественной доктрине известна как «нахождение живого права» О. Эрлиха. Несомненно, у подходов есть много общих оснований. Так, оба правоведа исходили из имманентной пробельности права, существования «не оформленного» государственными органами права, особой роли судьи³⁸³ при восполнении пробелов. Вместе с тем представляется необходимым проследить различия в их подходах для более детального разграничения поиска «свободного права» и нахождения «живого права».

³⁸¹ Kantorowicz H. Der Begriff des Rechts / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 96.

³⁸² Ibid.

³⁸³ Хотя уже в данном вопросе присутствуют некие расхождения правоведов.

Так, Эрлих признавал необходимость исторического толкования неясных текстов: «Для целей применения права историческое толкование является, таким образом, определяющим»³⁸⁴, т.е. придерживался позиции толкования *ex tunc*. Тогда как, Канторович полагал, что исследования исторических мотивов и причин возникновения того или иного закона – задача историков права, а задача практикующих юристов и теоретиков – постижение смысла закона, который имеет значение и актуальность на настоящий момент, т.е. настаивал на толковании *ex nunc*.

Неоднозначен был и вопрос о содержании не «формального», «мертвого» права. О. Эрлих, основоположник социологии права, отстаивал идею выявления «живого» права в социальных группах, которые в силу своего существования, а именно из-за взаимодействия членов сообществ друг с другом, подтверждали наличие неких правил поведения, не установленных государством³⁸⁵. Г. Канторович также полагал, что существует право, которое еще не воплотилось в формальное право, но он не противопоставлял «свободное право» формальному. Наоборот, в основе его классификации форм права заложен критерий наибольшей оформленности и закреплённости правил поведения. Среди же шести видов права только самый последний предусматривает отсутствие какой-либо регламентированности социальной практикой, т.е. судебное усмотрение, а социальная практика «саморегулирования» признается им менее значимой, чем, например, правовая доктрина в силу меньшей степени осознанности и разработанности правил, регулирующих отношения.

Наконец, по-разному правоведа подходили и к вопросу о значимости роли судьи. Так, истинный источник права О. Эрлих видел в обществе, о чем свидетельствует его знаменитая фраза во введении «Основоположения

³⁸⁴ Эрлих, О. Судейское нахождение права на основании правового предложения / Основоположение социологии права. СПб., 2011. С. 542. Цит. по Антонов М.В. Ойген Эрлих: живое право против правового плюрализма? // Правоведение. 2013. №1 (306). С. 177.

³⁸⁵ Эрлих О. Основоположение социологии права / пер. с нем. М.В. Антонова; под ред. В.Г. Графского, Ю.И. Гревцова. СПб., 2011. С. 98.

социологии права»³⁸⁶. Он настаивал на том, что суд может создать только некое «правовое решение», источником которого, однако, является правовое предложение, исходящее от общества («живое право»)³⁸⁷. Можно, тем самым, допустить предположение, что судья, по идее О. Эрлиха, только «находит», но не создает право. В то время, как, наоборот, Г. Канторович еще в своем первом труде – Манифесте, видел именно в судебном органе ключевую фигуру именно по созданию права. Эта процедура как раз и раскрывается им в судебной методологии поиска «свободного права».

Универсальность предложенной Канторовичем методологии заключается в том, что она не привязана к какой-либо определенной правовой системе, что позволяет применять ее не только судьям континентального, но и общего права, а также в рамках любого судебного разбирательства. Канторович подчеркивает большее практическое значение свободного права по сравнению с правом формальным, однако оно оказывается, по его мнению, излишним всегда, когда спорный случай прямо разрешается формальным правом. Отсюда и само разделение права на «формальное» и «свободное». Спор может быть разрешен только на основании формального права, если язык или символы настолько определены, что при их применении не может быть никаких сомнений. Например, если речь идет о законе, предусматривающем, что лица моложе двадцати одного года не могут голосовать на выборах. Однако такие примеры встречаются нечасто, а потому разделение права на формальное и свободное право имеет практическое

³⁸⁶ Эрлих писал: «центр тяжести развития права в наше время, как и во все времена, лежит не в законодательстве, не в юриспруденции и не в правоприменении, а в самом обществе». См.: Эрлих О. Основоположение социологии права / пер. с нем. М.В. Антонова; под ред. В.Г. Графского, Ю.И. Гревцова. СПб., 2011. С. 64.

³⁸⁷ Эрлих отмечал: «Несомненно, важнейшим источником познания живого права в наши дни стали правовые документы. Среди этих документов сегодня наиболее распространено судебное решение, но совсем не в том смысле, который мы использовали. Решение трактуется не как свидетельство живого права, а как часть юридической литературы, которая занимается не выяснением истинного содержания разбираемых судом правоотношений и вытекающего из них живого права, а проверкой уже сформулированных актов толкования законов и юридических конструкций». См.: Эрлих О. Основоположение социологии права / пер. с нем. М.В. Антонова; под ред. В.Г. Графского, Ю.И. Гревцова. СПб., 2011. С. 484.

значение в случаях неопределенных понятий и конструкций, содержащихся в правилах.

Канторович предлагает два разных подхода к судебной методологии, в зависимости от вида пробела, а именно: материального или текстуального, критерием разделения которых он признает отсутствие либо самой нормы, либо только адекватного текстуального выражения ее цели, в связи с чем положения нормы становятся неясными³⁸⁸.

Так, текстуальные пробелы заполняются техникой «свободного толкования» (*free interpretation*), которая заключается в поиске содержания, соответствующего цели, а в случае материального пробела – техникой поиска «свободного права» (*freie Rechtsfindung*), заключающейся в поиске нормы.

Текстуальные пробелы (или «что называется пробелом» у Цительмана³⁸⁹) – это пробелы, как уже было сказано, вызванные тем, что слова, используемые в законе, не настолько ясны, как цель закона (*are not as broad as the purpose of the statute*). Простым примером является использование слова «мужчина», когда очевидна недопустимость дискриминации и соответственно такое понятие включает в себя (включает в цель закона) и мужчин, и женщин. Такой пробел иллюстрирует Иеринг своим знаменитым примером с табличкой в зале ожидания железной дороги «С собаками вход воспрещен» и ситуацией, когда один человек привел медведя и утверждал, что это не запрещено правилами.

«Свободное толкование» – это толкование, которое раскрывает содержание закона в более широком (в том числе посредством применения аналогии) или узком смысле. Многие немецкие авторы (например, Виндшейд,

³⁸⁸ Kantorowicz H. U., Patterson E. W. *Legal Science - A Summary of Its Methodology* [Electronic resource]/ H.U. Kantorowicz// Columbia Law Review Association. 1928. Vol. 28. №. 6. P. 701-704. URL: https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents (дата обращения: 11.03.2023).

³⁸⁹ Цительман Э. Пробелы в праве: речь, произнесенная при вступлении в должность ректора Рейнского университета им. Фридриха Вильгельма в Бонне 18 октября 1902 г. // Российский ежегодник теории права. 2010. № 3. С. 623.

Дернбург) различают «широкое толкование» и «аналогию». Однако Канторович утверждает, что, если посмотреть на эти процедуры с точки зрения логики, то это одно и то же, хотя есть и различия: «широкое толкование» всегда остается в пределах того, что законодатель (исторически) имел в виду, чего нельзя сказать о «толковании по аналогии». Об этом писал Ф. Жени, правда, различая процесс толкования как часть правоприменительной деятельности, а аналогию – как часть правотворческой. Остин также утверждал, что целью «подлинного» толкования является выявление намерения, с которым законодатель создал закон, а толкование по аналогии (*ex ratione legis*) – это «поддельное» толкование, т.е. процесс судебного законодательства³⁹⁰. Аналогичного подхода придерживался и Р. Паунд³⁹¹.

Канторович, признавая, что судьи занимаются правотворческой деятельностью, настаивал на том, чтобы унифицировать этот процесс и призывал утвердить несколько правил. Так, цель закона не должна отождествляться: 1) ни с субъективными намерениями законодателя, исполнителя, а также судьи (поскольку речь идет о всех формах формального явного права); однако многие представители свободного права отвергали этот метод толкования и предпочитали, наоборот, «субъективную теорию», не связанную с интересами, которые защищаются законом в настоящий момент, т.е. с фактическими требованиями отдельных лиц и социальных институтов; 2) ни с абстрактным принципом, определяющим соответствующую норму права. Например, принцип «*pacta sunt servanda*» может быть абстрактным принципом, лежащим в основе правила или ряда правил договорного права, однако целью этих правил является не применение этого принципа, а, скорее, желательные социальные последствия применения конкретных норм. Таким

³⁹⁰ Austin J. Lectures on jurisprudence : or The philosophy of positive law [Electronic resource]. London, 1885. S. 294. URL: <https://archive.org/details/lecturesonjuris00campgoog/page/294/mode/2up> (дата обращения: 11.03.2023).

³⁹¹ Pound R. Spurious Interpretation [Electronic resource] // Columbia Law Review. Vol. VII. № 6. 1907. P. 379. URL: <https://archive.org/details/jstor-1109940/page/n1/mode/2up> (дата обращения: 11.03.2023).

образом, цель закона должна быть найдена в текущих социальных последствиях применения нормы в той мере, в какой они желательны, т.е. в той мере, в какой они оправдывали бы принятие этого правила сегодня.

Таким образом, «свободное толкование» разделяется с учетом предложенных ограничений на два этапа:

– на *первом этапе свободного толкования* обнаруживается норма права, защищающая определенные общественные интересы;

– на *втором этапе свободного толкования* необходимо оценить социальные последствия такой защиты, при этом обращая внимание не только на непосредственных акторов правила поведения (например, работников или работодателей), но и членов их семей, акционеров юридических лиц-работодателей, клиентов, кредиторов и всех других членов социальной группы.

На возражение о том, что упомянутая «желательность» неминуемо привносит в решение судьи субъективный характер, Канторович отмечает, что цель вытекает: 1) Из изучения социальных и экономических данных, которые говорят нам о фактических последствиях применения правила; 2) Из нашей собственной социальной философии (включающей социально-ценностные суждения), которая через голос нашей моральной совести говорит нам, какой из этих эффектов более желателен; 3) Из целей других норм позитивного права, которые все должны образовывать «телеологическое единство»³⁹².

Стоит согласиться с тем, что определенная степень субъективизма остается, но также необходимо отметить, что такой подход обладает наибольшей степенью объективности по сравнению с методом поиска исторического намерения законодателя («субъективный метод») или методом,

³⁹² Kantorowicz H. U., Patterson E. W. Legal Science - A Summary of Its Methodology [Electronic resource]/ H.U. Kantorowicz// Columbia Law Review Association. 1928. Vol. 28. №. 6. P. 703. URL: https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents (дата обращения: 11.03.2023).

основанном исключительно на учете личных интересов сторон («полусубъективный метод»)³⁹³.

Если таким подходом суд пренебрегает, то наиболее распространенные ошибки, возникающие в итоге, можно назвать как «игнорирование цели в пользу исторического намерения» или «игнорирование цели в пользу буквального смысла», что является «противоположностью свободного толкования».

Так, например, к ошибочному результату может привести:

1. Механическое буквальное толкование – толкование, в рамках которого цель даже не принимается во внимание.

Например, итальянский закон предусматривает, что бывшие солдаты, получившие ранения на войне, и их ближайшие родственники не подлежат преследованию за совершение проступка, в том числе и за супружескую измену. Итальянский солдат, потерявший обе ноги (т.е. получивший ранение), обнаружил, что его жена совершила прелюбодеяние, и обратился в суд. Суд отклонил его иск на том основании, что по закону «близкий родственник» не может быть привлечен к ответственности. В данном случае, пишет Канторович, суд проигнорировал очевидную цель закона, которая заключалась в защите раненых солдат и поощрении патриотической службы, защита же родственников была лишь сопутствующей этой цели. «Здесь мы имеем «текстуальный» пробел в законе, поскольку формулировка закона не соответствует его цели»³⁹⁴.

2. Тенденциозное буквальное толкование – толкование, в рамках которого толкователь делает вид, что основывает свое толкование на букве закона, но в действительности либо определяет цель, не признавая ее, либо исключает подлинную цель, заменяя ее другой (*Zweckverschleiernde*, т.е.

³⁹³ Kantorowicz H. U., Patterson E. W. Legal Science - A Summary of Its Methodology [Electronic resource]/ H.U. Kantorowicz// Columbia Law Review Association. 1928. Vol. 28. №. 6. P. 703. URL: https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents (дата обращения: 11.03.2023).

³⁹⁴ Ibid. P. 702.

завуалированная цель, и *Zweckverfälschende*, т.е. подмена цели). Такое толкование, «*Zweckverfälschende*», на самом деле является «мошенничеством с законом»³⁹⁵, но Канторович не осуждает этот подход, поскольку полагает, что бюрократических системах, где законодательные изменения происходят медленно и нечасто, такое толкование необходимо.

Материальные пробелы должны быть заполнены различными формами свободного права, «порядок которого определяется отчасти позитивными нормами (как, например, ст.1 ГК Швейцарии), отчасти правовой философией»³⁹⁶. Предложенная далее последовательность применения видов правил базируется на постулатах аксиоматического характера, так называемых «идеалах формы права»: определенность, стабильность, равенство, объективность, последовательность, точность и авторитетность. В зависимости от того, сколько характеристик свойственны правилу, будет определяться позиция такого правила в общей методологической иерархии. Например, Канторович признает, что деловая практика может быть более важной социологически, чем мнения авторитетных комментаторов, но он отдает предпочтение последним в силу их большей определенности, точности, авторитетности и т.д. Поэтому формальное право имеет приоритет над свободным правом; среди форм последнего зарождающееся право имеет приоритет над желаемым правом, а внутри этих двух групп – эксплицитное, явное право имеет преимущество перед имплицитным, неявным. В результате получается шестиступенчатая иерархия из правил, в которой последующий вид правила применяется только тогда, когда предыдущий, более высокий, не смог заполнить пробелы. В связи с этим Канторович считает, что ст. 1 ГК Швейцарии слишком радикальна, поскольку данная норма требует, если решения спора нет в законе или обычае (в формальном явном или неявном

³⁹⁵ Kantorowicz H. U., Patterson E. W. Legal Science - A Summary of Its Methodology [Electronic resource]/ H.U. Kantorowicz// Columbia Law Review Association. 1928. Vol. 28. №. 6. P. 703-704. URL: https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents (дата обращения: 11.03.2023).

³⁹⁶ Ibid. P. 704.

праве/свободном зарождающемся неявном праве, т.е. на первом и втором/пятом этапах), создать правило, которое, по мнению судьи, мог бы создать законодатель, если бы столкнулся с такой задачей (т.е. явное желаемое свободное право, применяемое только на четвертом этапе). Более того, Канторович настаивал, что критерием создания такого правила должно быть требование именно о создании правила, какое должен был бы принять законодатель, а не то, что судья лично предпочитает и выдает в качестве «воли законодателя». Таким образом, ученый утверждает, что рассматриваемая ст. 1 ГК Швейцарии привела к противоречивым решениям в различных кантонах страны. Так, в некоторых кантонах судьи являются социалистами, и, «понимая, что они не могут получить социализм прямым законодательным путем, у них возникнет соблазн использовать ст. 1 для решения дел в соответствии с социалистическими принципами. Это ошибочно, потому что до тех пор, пока большинство законодателей выступает за капиталистические принципы, а швейцарское общество организовано на этой основе, то судья, независимо от его личных взглядов, должен принимать решение в соответствии с капиталистическими принципами»³⁹⁷.

Разница между предложенной методологией и судебной практикой, по мнению Канторовича, наглядно проявляется в том, что суды при необходимости восполнить пробел прибегают к судебскому усмотрению, в то время как по методологии Канторовича формальное право и свободное право являются равноуровневыми и применяются последовательно, не конкурируя друг с другом.

К процессу поиска свободного права Канторович относит формирование и применение свободного права. Немецкий правовед допускает, что при поиске свободного права возможно несколько альтернативных вариантов содержания правил. При этом при формировании правил формировать корпус

³⁹⁷ Kantorowicz H. U., Patterson E. W. Legal Science - A Summary of Its Methodology [Electronic resource]/ H.U. Kantorowicz// Columbia Law Review Association. 1928. Vol. 28. №. 6. P. 695. URL: https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents (дата обращения: 11.03.2023).

альтернативных вариантов надо только из тех, которые филологически и юридически совместимы с языком закона и правовой системой. При применении из всего объема возможных содержаний необходимо выбрать только то, которое кажется наиболее совместимым с целью закона. На потенциальное возражение, что такая теория субъективна, Канторович пишет, что, требование систематического перебора всех возможных вариантов содержания является более объективным способом, чем теория «единственно верного» толкования³⁹⁸.

Стоит также заметить, что предложенный Канторовичем подход концептуально перекликается с теорией взвешивания принципов права Р. Дворкина, который также предлагал в зависимости от рассматриваемого спора выбирать тот принцип права, который «перевесит», признавая за каждым принципом при этом равную юридическую силу. Однако проследить четкую преемственность корреляции идей на протяжении целого исторического периода затруднительно. Таким образом, можно только предположить, что методология Канторовича, если и не напрямую, то хотя бы опосредованно, поставила вопрос о процедуре действий судей при заполнении пробелов для последующих поколений юристов.

Также приведенные ранее идеи для простоты понимания схематично можно выразить в предложенной ниже таблице:

Метод «свободного» толкования:	1. Формальное явное право
	<p>1.1. Законы (статуты), принятые официальной законодательной властью;</p> <p>1.2. Постановления, приказы, уставы и др., т.е. подзаконные акты, созданные на основании делегированных законодательных полномочий исполнительной власти;</p> <p>1.3. Прецедентное право или право, созданное судом.</p>
1. Установление общественных интересов,	

³⁹⁸ Kantorowicz H. U., Patterson E. W. Legal Science - A Summary of Its Methodology [Electronic resource]/ H.U. Kantorowicz// Columbia Law Review Association. 1928. Vol. 28. №. 6. P. 705. URL: https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents (дата обращения: 11.03.2023).

<p>защищаемых законом; 2. Установление социальных последствий решения</p>	<p>2. Формальное неявное право Нормы обычного права, не являющиеся сугубо общественной практикой применения, а всегда еще определяемые и развиваемые судьями, нотариусами или другими профессиональными участниками юридического сообщества (таким правилам всегда присуще <i>opinio juris</i>).</p>
<p>Метод поиска «свободного права»</p>	<p>3. Свободное явное зарождающееся право 3.1. Правила, которые, как можно заключить из подготовительных этапов их формирования (законодательной инициативы, мотивации, дебатов и т.д.), в скором времени могут стать формальным явным правом (например, законопроекты). 1) там, где законодательные дебаты явно отвечают на вопрос, как законодатели разрешили бы спор, если бы дело было доведено до их сведения, судья должен принять соответствующее решение, руководствуясь их позицией; 2) однако судья не должен чувствовать себя обязанным следовать даже более вероятному намерению, если законодатели высказывали в рамках дебатов противоречивые мнения. 3.2. Законы, которые были опубликованы, но еще не вступили в силу.</p> <p>4. Свободное неявное зарождающееся право 4.1. Правила, подразумеваемые в деловой практике и других обычаях, которые либо еще не успели стать обычаями <i>inveterata consuetudo</i> (п. 2), либо все еще не имеют <i>opinio juris</i>, и лишь только начали выделяться из корпуса социальных обыкновений (например, правил приличия или привычек). 4.2. Правила, на которые ссылается какой-либо акт формального явного права, если в нем говорится о категориях неопределенного содержания, например, «добрых нравах», «добросовестности и доверии» и т.д. 4.3. Близкие по своей форме выражения (т.е. тоже абстрактные понятия) правила, подразумевающие в своем содержании определенную степень, как, например, «превышение</p>

	<p>скорости», «неправомерное влияние», «умеренное исправление ребенка» и т.д.</p>
	<p>5. Свободное явное желаемое право</p>
	<p>5.1. Правила, являющиеся предположением о том, какое решение принял бы законодатель, если допустить, что он стал бы рассматривать указанный спор.</p>
	<p>5.2. Неофициальные комментарии (толкование, завуалированное под видом декларации закона, но на самом деле являющееся позицией толкователя), которые имеют авторитетное значение.</p>
	<p>6. Свободное неявное желаемое право</p>
	<p>6.1. Иной вид толкования (отличный от п. 5.2.), а именно то толкование, которое интерпретирующий юрист желает сделать формальным неявным правом посредством обращения к судебной практике.</p>
	<p>6.2. Правило, на котором в континентальном праве основан судебный прецедент и которому судья желает, чтобы другие суды следовали («хотя он не может заставить их сделать это») и, таким образом, такое правило постепенно может превратиться в формальное неявное право.</p>
	<p>6.3. Правила количественной оценки (судебное усмотрение).</p>

§ 3. Образ идеального судьи

Постановка Канторовичем вопроса о правотворческой роли судьи в процессе означала совершенно новое отношение к судьям. В личности судей, их правосознании, профессионализме, гражданских качествах теперь хотели бы видеть существенную гарантию стабильности правопорядка. Нет другой гарантии справедливости, отмечал О. Эрлих, кроме как личность судьи. А Э. Фукс, тоже сторонник свободного права, считал, что идеальный судья – это «судья-король», интеллектуально и морально выдающийся человек, который должен сначала, в течение нескольких лет, ещё и зарекомендовать себя в качестве адвоката³⁹⁹. Для представителей движения свободного права главная

³⁹⁹ См. подробнее: Silberg S. Hermann Kantorwicz und die Freirechtsbewegung. Berlin, 2004. P. 11-12.

забота состояла в том, чтобы отправлением правосудия занимались только выдающиеся, высокоморальные и опытные лица. Поэтому Э. Фукс и настаивал на требовании, чтобы, как по английской модели правосудия, в корпус судей мог быть допущен только тот, кто ранее, благодаря своей многолетней адвокатской практике, завоевал уважение коллег. Практический опыт незаменим для успешного исполнения судебных обязанностей. Соответственно и юридическое образование должно стать более практико-ориентированным^{400,401}.

Канторович, как и его единомышленники, уделял особое внимание выявлению качеств идеального судьи и указывал на необходимость обладания судьёй широким объёмом знаний для принятия справедливого и обоснованного решения. Он выступал против судьи как исключительно судьи-юриста, который великолепно владеет юридической техникой, «любит играть непревзойденно на клавиатуре юридических конструкций, но дилетантство которого проявляется сразу, как только он напрямую сталкивается с определённым уровнем сложностей фактических обстоятельств, со структурой реальной жизни, с которой он не знаком»⁴⁰². Судьям следует постоянно смотреть через «китайскую стену» на «равнину реальной жизни, туда, где отражаются принимаемые ими решения»⁴⁰³. Канторович писал: «Нам нужны судьи, которые знакомы как с царящими в народе правовыми воззрениями, так и с фактами жизни и результатами соседствующих научных дисциплин. Не удастся противостоять экономическому преступнику судье без экономического и предпринимательского образования, не оснащенного знанием банковского процесса. Все уловки современного мошенника столь же запутанны, как и специфика его «художественного» отношения к делу»⁴⁰⁴.

⁴⁰⁰ Silberg S. Hermann Kantorowicz und die Freirechtsbewegung. Berlin, 2004. P. 11-12.

⁴⁰¹ В одном из писем Фукс писал Канторовичу, что свои лекции он стал выстраивать по указанной модели.

⁴⁰² Flavius, G. Der Kampf um die Rechtswissenschaft [Electronic resource]. Heidelberg, 1906. URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (дата обращения: 13.05.23).

⁴⁰³ Kantorowicz H. Rechtswissenschaft und Soziologie. Frankfurt am Main, 1911. S. 279.

⁴⁰⁴ Flavius, G. Der Kampf um die Rechtswissenschaft [Electronic resource]. Heidelberg, 1906. S. 45. URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (дата обращения: 13.05.23).

Только при указанных условиях, по мнению Канторовича, может быть реализован идеал беспристрастности, «то святое судебное качество», которое судья не мог развить, пока он «оставался скованным голым незнанием социальных фактов и воззрений» в своих наивных классовых предрассудках⁴⁰⁵. По мнению Канторовича, судье также не хватит независимости, требуемой для возможности быть беспристрастным, если его гражданское продвижение будет зависеть от воли политических правителей. Но эту проблему, как он полагал, можно разрешить посредством общественных выборов судей по примеру Швейцарии⁴⁰⁶.

Таким образом, Канторович предполагал, что судья должен быть экспертом, он должен быть образованным не только в области юриспруденции, но и в других смежных науках применительно к определённой ограниченной области жизни, которая впоследствии станет сферой его деятельности: «отчуждение от народа судебных решений – результат господствующей теории, применив новую теорию, мы достигнем сближения правосудия с жизнью под условием улучшения образования будущих судей»; «мы нуждаемся в специалистах по фактическим обстоятельствам дела, а не в многотысячных творцах правовых положений»⁴⁰⁷. «Тогда, – резюмирует Канторович, – будет достигнута беспристрастность правосудия, в которую теперь не верят и не могут верить, и не без основания, широкие круги населения, так как корни беспристрастности лежат как раз в недостаточном знании судьями социальных явлений»⁴⁰⁸.

Однако позитивисты отмечали, что такой подход, в конечном счёте, может породить субъективизм в принятии решений и произвол судебного корпуса. Возражая на эти обвинения, Канторович указывал, что, «если мы

⁴⁰⁵ Flavius, G. Der Kampf um die Rechtswissenschaft [Electronic resource]. Heidelberg, 1906. S. 46. URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (дата обращения: 13.05.23).

⁴⁰⁶ Ibid.

⁴⁰⁷ Ibid S. 45.

⁴⁰⁸ Ibid. S. 46.

больше не можем полагаться на присягу судьи, которая требует от него крепкого убеждения в собственной справедливости, то всё в этом мире кончено»⁴⁰⁹. Также, по мнению Канторовича, сдерживающим фактором от эксцессов субъективности судьи, являются коллегиальность судейского состава и наличие инстанционного судопроизводства⁴¹⁰.

Современная доктрина правового реализма так же, как движение свободного права, исходит из того, что пробелы в законодательстве – объективная реальность, поэтому законодательство всегда неполно и всегда содержит элементы неопределенности. В свою очередь, требования абсолютной полноты и определенности недостижимы, и даже нежелательны, поскольку жизнь изменяется достаточно быстро, возникают новые общественные отношения, новые общественные институты, не укладывающиеся в нормы существующего законодательства. Таким образом, в ситуации неточности и неопределённости, а иногда и противоречия правовых норм друг другу, судьи нередко приходят к решениям интуитивно и лишь задним числом придают им вид результатов рационального мыслительного процесса. В реальной жизни на решение суда влияет много факторов, в том числе психология судей, их система ценностей, неосознаваемые предпочтения и предрассудки. Поэтому жизнь права нельзя подчинить логике⁴¹¹. Например, член Верховного суда США Луис Брандейс считал, что во многих сложных случаях судьи должны выходить за грань существующего законодательства, но решать дела не по прихоти, а исходя из социальной политики, учитывать социальные последствия своих решений и там, где недостаточно ясные правила оставляют им свободу выбора, принимать мудрые решения, наилучшие для блага общества⁴¹². Таким образом, у сторонников правового реализма ясно прослеживаются

⁴⁰⁹ Flavius, G. Der Kampf um die Rechtswissenschaft [Electronic resource]. Heidelberg, 1906. S. 41. URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (дата обращения: 13.05.23).

⁴¹⁰ Ibid.

⁴¹¹ Holmes O.W. The Common Law [Electronic resource] / ed. by P. J. S. Pereira, D. M. Beltra. Toronto, 2011. P.5. URL: <http://www.general-intelligence.com/library/commonlaw.pdf> (дата обращения: 11.03.2023).

⁴¹² Моисеев С. В. Философия права : курс лекций. Новосибирск, 2003. С. 203.

аналогичная мысли, высказанные Канторовичем в его Манифесте «Борьба за науку права».

Примечательной представляется и позиция Рональда Дворкина, уделявшего, как известно, особое внимание идеальной личности судьи. По словам Дворкина, идеальным судьёй может быть только юрист со «сверхчеловеческой квалификацией, учёностью, терпением и пронизательностью»⁴¹³. Дворкин даёт характерное имя этой воображаемой личности, идеальному судье – Геркулес⁴¹⁴.

Многие отголоски идей Г. Канторовича и других сторонников движения свободного права можно найти в работах правоведов второй половины XX в. Так, Р. Дворкин также пишет о предъявлении высоких требований к образованию и способностям судьи, поскольку помимо юридических знаний судья должен иметь глубокие психологические и социологические знания⁴¹⁵. Вместе с тем, представляется, что Геркулес имеет мало общего с идеальным образом судьи, которого представлял Г. Канторович. Прежде всего, правовая основа, для которой были разработаны каждая из концепций, прецедентного права (Дворкин) и континентального права (Канторович), является различной. Кроме того, Р. Дворкин исходит из совершенства правопорядка как идеала, которого даже Геркулес не может достичь, но к которому обязан стремиться: «Ибо даже Геркулес, с его непревзойденным воображением, не сумеет найти такое множество принципов, которые согласовывали бы между собой все существующие законы и прецеденты»⁴¹⁶. Требование же Г. Канторовича к широкому образованию судей, к плодотворности получаемых ими знаний для принятия судебных решений по конкретному делу ограничивалось исключительно практической задачей, исходя из которой, применительно к возможности её реализации, судье не следует идти на компромисс.

⁴¹³ Дворкин Р. О правах всерьез / пер. с англ.; ред. Л.Б. Макеев. М., 2004. С.152.

⁴¹⁴ Там же.

⁴¹⁵ Там же. С. 170.

⁴¹⁶ Там же. С.169-170.

Кроме того, противоположны и цели этих концепций «идеального судьи». Специальное внесудебное знание судьи в доктрине Г. Канторовича предназначено для того, чтобы он мог сломать оковы предполагаемой правовой системы, в то время как судья Геркулес использует свои сверхчеловеческие способности, чтобы установить, не противоречит ли принцип, на котором он хочет обосновать своё решение, всему правовому порядку, т.е. является ли он системно уместным, поскольку, как объясняет Дворкин, право не является бесшовным сплетением, «но истец вправе ожидать от Геркулеса, чтобы тот обращался с правом, как если бы оно было таким»⁴¹⁷.

В конце концов, самым существенным различием концепций «идеального судьи» Канторовича и Дворкина является то, что Геркулес ни при каких обстоятельствах не должен подменять своими действиями законодателя⁴¹⁸, тем самым утверждая о беспробельности права, в то время как «идеальный судья» Канторовича в отсутствие четкой правовой нормы усматривает пробел.

Требования к личности судьи, обозначенные Канторовичем в Манифесте «Борьба за науку права», имеют практический характер, и, несмотря на длительную юридическую дискуссию, не утратили своей актуальности. Канторович призывал судей быть профессионалами не только в «узком» понимании этого понятия, например, в объёме требований, предъявляемых российским законодательством, но и в «широком» понимании – самостоятельно развивать свои знания в той сфере деятельности, где осуществляется правосудие, чтобы при разрешении споров руководствоваться не только текстами законов, но и знаниями, позволяющими уяснить проблему в ракурсе общественных потребностей и реальных условий жизни общества, гарантируя, тем самым, принятие справедливого и беспристрастного решения.

⁴¹⁷ Дворкин Р. О правах всерьёз / пер. с англ.; ред. Л.Б. Макеев. М., 2004. С. 166.

⁴¹⁸ Там же. С. 159.

Чтобы вырасти из «неидеального судьи Велеса»⁴¹⁹ до «идеального судьи» Канторовича.

⁴¹⁹ Тонков Е. Н. Юридическая герменевтика и практические подходы к толкованию права / под общ. ред. Е. Н. Тонкова, Ю. Ю. Ветютнева // Юридическая герменевтика в XXI веке. СПб., 2016. С. 28.

Глава IV. Эволюция и преемственность идей свободного права

§ 1. Методология Канторовича и ее практическое применение в контексте теоретических дискуссий в юриспруденции

Достаточно условно период существования движения свободного права как сформировавшегося движения можно ограничить следующим временным промежутком: с 1906 года – года публикации Манифеста, в котором были сконцентрированы все основные идеи движения и открыто заявлено о приходе нового движения, до 1914 года – года начала Первой мировой войны («в целом движение и сам дискурс были исчерпаны в правовой науке к Первой мировой войне»⁴²⁰). Правда, Канторович до самой своей смерти (в 1940 году) оставался одним из ярчайших представителей движения, продолжая публиковать работы, посвященные свободному праву⁴²¹.

Хотя движение свободного права в своем «первозданном» виде и существовало непродолжительный период, все же оно дало сильный импульс развитию правовой мысли, продолжив жить в последующих правовых теориях, посредством имплементации их на практике, а также в рамках других смежных дисциплин (социологии права, правовой психологии, правовой антропологии).

Взгляды и идеи Канторовича, впоследствии смягчившиеся по ряду вопросов, в самом начале в связи со своей радикальностью вызвали у научного сообщества три, на первый взгляд, противоречивые реакции.

1. Требование представителей движения свободного права открыто признать увеличение объема судебной дискреции покушалось на ряд сакральных правовых постулатов, в связи с чем началась довольно агрессивная критика со стороны защитников классического формально-юридического подхода. Поскольку движение свободного права, хотя оно и

⁴²⁰ См.: Карапетов А. Г. Борьба за признание судебного правотворчества в европейском и американском праве. М., 2011. С. 199., а также Липень С.В. Идеи «свободного права» в юридической науке дореволюционной России: диссертация ... кандидата юридических наук: 12.00.01. М., 1994. С. 53.

⁴²¹ Главным образом, стоит вспомнить о работе Канторовича «Юридическая наука – краткое изложение ее методологии» (1928), в которой описана судебная методология, основанная на постулатах свободного права.

намеревалось констатировать только «то, что уже есть»⁴²², т.е. существующую практику, тем не менее, присущим ему теоретическим обоснованием затрагивало до сих пор нерушимые аксиомы, выраженные, главным образом, в форме принципов верховенства закона и разделения властей. По большей части аргументация строилась на основе следующей последовательности размышлений. Если признать, что суды могут создавать нормы, подобные закону, то следует признать и то, что они становятся вторым законодателем, тем самым нарушая принцип разделения властей. Соответственно, такое нарушение напрямую влияет на действие принципа верховенства закона, который, в свою очередь, подрывает авторитет судебной власти, основывающейся на принятии решений, исходя из закона, а не личного вкуса, таким образом дестабилизируя правовой порядок. Такую логику косвенно подтверждает и А. Г. Карапетов, который отмечает, что «многих отталкивала иногда выводимая из теории свободного права идея о полной свободе судов от власти законов и праве менять и опровергать закон по своему усмотрению»⁴²³.

Большинство нападков со стороны сторонников классической научной методологии было сконцентрировано на защите именно основополагающего для государства принципа разделения властей. Об этом писали практически все критики движения свободного права: Кляйн, Хелдер, Шнайдер⁴²⁴ и др. Все аргументы сводились по сути к одному – непринятию идеи «второго

⁴²² Flavius G. Der Kampf um die Rechtswissenschaft [Electronic resource]. Heidelberg. 1906. S. 9. URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (дата обращения: 11.03.2023).

⁴²³ Карапетов А. Г. Борьба за признание судебного правотворчества в европейском и американском праве. М., 2011. С. 118.

⁴²⁴ Так, Ю.М. Лукин пишет: Кляйном «была опубликована статья, в которой была предпринята попытка остановить эмансипацию судебной власти от власти закона, поскольку новое течение в конечном счете разрушало основы государственности. Кляйн настаивал на том, что судья должен быть в первую очередь слугой закона, вопреки мнению сторонников нового течения. Это заложило новые тенденции в понимании гражданского процесса в Европе. В последующем на это же указывали в 1907 г. Хельдер и в 1908 г. Шнайдер, которые протестовали против полного освобождения судов от законов, правда, признавая при этом, что немецкое гражданское законодательство должно толковаться в соответствии с целями закона и экономических потребностей жизни». См. подробнее: Лукин Ю.М. Австрийский устав гражданского судопроизводства 1895 г. И судебная система Австрии: история и концептуальные основы [Electronic resource] // Вестник гражданского процесса. 2014. № 6. URL: <https://wiselawyer.ru/poleznoe/90458-avstrijskij-ustav-grazhdanskogo-sudoproizvodstva-1895-sudebnaya-sistema/> (дата обращения: 11.03.2023).

суверена»⁴²⁵ из-за риска допустить нарушение баланса публичной власти. Считалось, что делегирование суду полномочий создавать право низвергает систему сдержек и противовесов, основанных на разграничении правоприменительной и правотворческой властных функций⁴²⁶, в область неконтролируемого судебного произвола (судебного диктата). При этом теми же критиками никак не раскрывался критерий, на основании которого они отличали указанную ситуацию от иной, вполне обыденной, но вместе с тем довольно схожей – от делегирования правотворческой функции другой ветви власти – исполнительной (в рамках полномочия по изданию подзаконных актов), – что давно признается приемлемым и, следовательно, либо никак не нарушающим данный принцип, либо нарушающим его в допустимых пределах (в виде исключения). Однако тогда ответа на вопрос, какие пределы стоит считать допустимыми, критики свободного права также не давали.

Такого рода, на наш взгляд, довольно однобокие замечания, при наличии примера исполнительной власти, которая, своей деятельностью не только не дестабилизирует правопорядок, но довольно результативно его поддерживает, поступали как со стороны теоретиков, так и со стороны практиков (в том числе от судейского сообщества). Однако практика все же в большей мере обращала внимание на нарушение не принципа разделения властей, а на тесно взаимосвязанный с ним принцип верховенства закона. Идеи учения о свободном праве настолько стали актуальны для дискуссии, что были темой обсуждения на втором съезде германских судей в 1911 году. В повестке заседания было предусмотрено обсуждение вопроса о возможности отказа судей от подчинения закону и решения дел по судебному усмотрению. Однако по итогам единодушно была принята резолюция, в которой говорилось: «Власть судьи подчинена закону. Поэтому судья никогда не вправе

⁴²⁵ О проблеме «второго суверена» см. подробнее: Тимошина Е.В. Судья как новый суверен: волюнтаристская теория толкования Мишеля Тропера [Electronic resource] // Вестник РУДН. Серия: Юридические науки. 2016. № 2. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/sudya-kak-novyy-suveren-volyuntaristskaya-teoriya-tolkovaniya-mishelya-tropera> (дата обращения: 11.03.2023).

⁴²⁶ О непротиворечивом соотношении понятий «властные функции», «разделение властей» и «публичная власть». См. подробнее: Монтескье Ш.Л. О духе законов. М., 1999. 672 с.

отклоняться от закона»⁴²⁷. Стоит однако подчеркнуть, что в указанной резолюции были предложены методологические основания, которые, проигнорировали аргументацию Канторовича относительно фиктивности характера гносеологических инструментов, не ответив на поставленный им вопрос об однозначности правил их применения⁴²⁸. Вместе с тем резолюция заимствовала ряд положений, отстаивавшихся другими сторонниками движения. Так, допускался выбор из альтернативных вариантов толкования наиболее приемлемого согласно усмотрению судьи с учетом целей установленного закона: «Когда закон допускает различные толкования, суд вправе отдать предпочтение тому толкованию, которое более всего соответствует правосознанию или потребностям гражданского оборота». Также не допускалось фиктивное правоприменение, по сути являющееся, как считали авторы резолюции, правотворчеством: «Такого рода решения судья должен откровенно мотивировать [...]. Он должен избегать того, чтобы скрывать истинные причины путем искусственной аргументации»⁴²⁹. Но даже, несмотря на заимствование некоторых идей методологического характера, от самого движения решено было отказаться в пользу сохранения представлений о непогрешимости привычных теоретических принципов.

Представляется, что такой подход, основанный на непререкаемости принципов как правовых идеалов, вполне допустим для философии права (деонтологической науки систематического свойства, согласно классификации наук Канторовича), но совершенно точно вредит той теории, которая разрабатывает методологию для практики. Так, слепая вера в принцип разделения властей упускает предположительную цель, ради которой данный принцип в свое время создавался (или его смысл только раскрывался) лучшими умами юриспруденции и философии. Если согласиться с

⁴²⁷ Второй съезд германских судей // еженед. юр. газета Право. 1911 № 43 С. 2377.

⁴²⁸ Так, отмечалось, что «сомнительные места в законе не дают суду права решать дело по своему усмотрению, напротив, он должен разрешить сомнения путем толкования закона, а в подходящих случаях – путем аналогии». См.: Там же.

⁴²⁹ Там же.

основоположником исторической школы права Г. Гуго в том, что право в свое время было создано для того, чтобы разрешать споры⁴³⁰, то цель права можно вывести на основании следующего умозаключения:

- Право⁴³¹ минимизирует общественные конфликты (А делает В).
- Минимизация конфликтов (и с этим мало кто будет спорить) есть гармонизация общественных отношений (В есть С).
- Следовательно, право гармонизирует общественные отношения (А делает С).

Представляется, что и законодатель (превентивная мера разрешения конфликта), и суд (реактивная мера разрешения конфликта) в рамках своей деятельности преследует именно эту цель, тогда как принцип разделения властей выступает лишь «средством» по разграничению сфер конфликтов (превентивных или реактивных). Тем самым можно утверждать, что такой подход к судебной деятельности позволяет увидеть суд в роли защитника права, а не формального закона. Аргумент, возводящий принцип разделения властей в непререкаемый идеал, видится не столь непогрешимым и, соответственно, его нарушение не должно восприниматься так однозначно негативно. Вслед за М.Я. Лазерсоном представляется необходимым постараться честно ответить на вопрос: «Не приблизим ли мы этим формальным нарушением общепризнанной доктрины разделения властей правосудие к идеалу справедливости?»⁴³².

2. Движение свободного права, хотя оно и имело столько противников, все же смогло стать движущей силой дальнейшего развития юридической науки, пошатнув основные, до сих пор не подвергаемые критике постулаты. Об эффекте, произведенном движением свободного права на юриспруденцию, Р. Френкель писал следующее: «Искра превратилась в пламя. Каждый день

⁴³⁰ История политических и правовых учений /под ред. О.Э. Лейста. М., 2000. С. 414.

⁴³¹ В данном случае речь о воплощении права на практике. Идеальный и ценностный аспект в данной посылке не рассматривается

⁴³²Лазерсон М. Я. Свободное судебское усмотрение // еженед. юр. газета Право. 1911. № 52. С. 2972.

новые полчища устремляются, [...] из самых разных лагерей спешат поддержать огонь, более или менее закрытый. Защитники старого права охотно бросают отдельные стены на растерзание, хотя и стараются защитить здание в его фундаменте»⁴³³.

Ряд постулатов, лежащих в основании свободного права, нашли отклики в таких правовых движениях и школах, как юриспруденция интересов, школа возрожденного естественного права, юридическая социология, и несомненно правовой реализм, преемственность с которым подчеркивал сам Г. Канторович, хотя и довольно сдержанно.

Так, идея Иеринга как одного из вдохновителей движения о том, что судебные решения должны приниматься не в соответствии с мистическими понятиями, такими как «народный дух» или «дух законодателя», а согласуясь с общественными интересами⁴³⁴, также утверждалась и движением свободного права⁴³⁵. Г. Канторович развил данную мысль в рамках своей методологии. Он писал, что любое применение права (формального или свободного) должно осуществляться с учетом двух целей: 1) соблюдения баланса интересов участников процесса; а также 2) достижения максимальной степени полезности от наилучшего из возможных вариантов судебного решения. Эту идею в дальнейшем более подробно раскрыл И.З. Штейнберг в работе «Что такое движение свободного права? (Закон и судья)». Он наглядно проиллюстрировал своим теоретико-практическим примером мысль Канторовича (сообразно коррелирующую со «взвешиванием интересов» Штампе) о том, что нельзя нанести большой вред авторитету закона, если его буквальное толкование приведет к решению, плохо согласующемуся с его целями или нарушающему общественные интересы, тем самым «превращая

⁴³³ Fränkel R. Rede im Verhandlungen der Deutschen Soziologentage // DRiZ. 1911. Bd. 1. S. 53.

⁴³⁴ Иеринг Р. Борьба за право. Киев, 1893. С. 3.

⁴³⁵ О том, что Иеринг был отцом-покровителем свободного права, писал еще С.В. Пахман. См.: Пахман С.В. О современном движении в науке права : речь, произнесенная в годовом собрании юридического общества, состоявшегося при Санкт-Петербургском университете, 14 февраля 1882 года. СПб., 1882. С. 16. Аналогичного подхода придерживается и В.С. Горбань. См.: Горбань С.В. Правовое учение Иеринга и его интерпретации : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.01. М., 2019. 578 с.

его не в стимул, а тормоз» для общества⁴³⁶. Такой методологически прагматичный подход, видящий эффективность судопроизводства в поиске консенсуса интересов на разных уровнях общественного взаимодействия, нашел свое проявление, например, в «юриспруденции интересов»⁴³⁷, которую по сути причисляют к «ответвлению» от движения свободного права, появившемуся в силу нежелания поддерживать «contra legem-аргумент»⁴³⁸.

Канторович считается одним из немногих эмигрантов, которому удалось внести важный научный вклад и за рубежом. Он много работал над развитием диалога между континентальным европейским правом и общим правом, что позднее выразилось в имплементации его идей о судебной методологии в работах ряда знаменитых американских правоведов. В литературе отмечается, что с его академическим стилем, полным «сверкающего остроумия» и «несокрушимой бодрости», который чаще встречается в Англии и США, чем в Германии, он был более предпочтителен, чем кто-либо другой, чтобы построить мост между правовыми культурами⁴³⁹.

Постепенно в начале 20-х гг. XX в. научный дискурс вокруг идей свободного права начал разворачиваться не только на территории стран романо-германской правовой семьи, но и в границах систем общего права. Наиболее значительным направлением в США стала реалистическая школа права⁴⁴⁰, которая и на сегодняшний день продолжает оставаться «уникальной

⁴³⁶ Штейнберг И.З. Что такое «движение свободного права»? (Закон и судья) : доклад в Моск. юр. обществе. М., 1914. С. 14.

⁴³⁷ А.Г. Карапетов пишет, что «после ухода с авансены лидеров движения за свободное право к окончанию Первой мировой войны основной идейный посыл этого учения получил развитие под видом юриспруденции интересов». См.: Карапетов А. Г. Борьба за признание судебного правотворчества в европейском и американском праве. М., 2011. С. 121.

⁴³⁸ Представители юриспруденции интересов – это представители движения свободного права, «ранее ассоциировавшиеся с возникновением и развитием этого движения, посчитали нужным отмежеваться от него» из-за радикальной позиции по вопросу возможного толкования судом contra legem. См.: Карапетов А. Г. Борьба за признание судебного правотворчества в европейском и американском праве. М., 2011. С. 118.

⁴³⁹ Meyer-Pritzl R. Famous scholars from Kiel: Hermann Kantorowicz [Electronic resource] : офиц. портал Кильского ун-та им. Кристиана Альбрехта. URL: <https://www.uni-kiel.de/grosseforscher/index.php?nid=kantorowicz&lang=e>. (дата обращения: 11.03.2023).

⁴⁴⁰ Обозначим данное понятие как «школа» условно, поскольку сами реалисты, а также исследователи этого направления отрицают существование единой школы.

и важной для юридической мысли»⁴⁴¹. Ее представители сосредоточились на рационализации и демифологизации права⁴⁴², подвергая критике такие идеи, как определенность права, законность судебного решения, а также факультативность роли судьи. При этом концептуальной основой этой школы, как представляется, стали в том числе постулаты движения свободного права. Излишним был бы, однако, и параллелизм между этими школами, в действительности отсутствовавший.

В работе «Немного рационализма о реализме»⁴⁴³ (1934) Г. Канторович, одновременно не умаляя заслуг реалистов, с которыми у него была тесная дружба⁴⁴⁴, старался дистанцироваться от ряда радикальных идей, вдохновителем которых его считали, подчеркивая свое положение аналогично «отцу, не желающему платить алименты за чужого ребенка»⁴⁴⁵.

Движение свободного права боролось с завуалированностью судебного правотворчества, основанной на слепой вере в верховенство закона и превознесении роли законодателя. Реалисты же, прежде всего представители радикального правового реализма, своей верой в абсолютный характер судебного решения и заменой по сути законодателя на судью, тем самым, по мнению Канторовича, «преувеличили истину»⁴⁴⁶. Канторович пишет, что тезис реалистов о том, что право является исключительно сводом фактов, а не правил, требует признания и того, что юриспруденция из рациональной науки

⁴⁴¹ Dagan H., *The Realist Conception of Law: In Reconstructing American Legal Realism & Rethinking Private Law Theory* [Electronic resource]. New York, 2013. DOI 10.1093/acprof:oso/9780199890699.003.0002. (дата обращения: 11.03.2023).

⁴⁴² Адыгезалова Г.Э. Социологическая юриспруденция в США в XX веке: формирование доктрины, развитие и совершенствование правопорядка: диссертация ... доктора юридических наук: 12.00.01. Краснодар, 2017. С. 17.

⁴⁴³ Данная статья стала ответом на статью К.Н. Ллевеллина «Немного реализма о реализме: возражая декану Паунду» (1931).

⁴⁴⁴ Подтверждением этого факта может служить сохранившаяся переписка Г. Канторовича с К.Н. Ллевеллином, которая на настоящий день хранится (в части писем К.Н. Ллевеллина) в библиотеке Чикагского университета, а (в части писем Г. Канторовича) в библиотеке Фрайбургского университета. См. подробнее: Augsberg I., Lettmaier S., Meyer-Pritzl R., Hermann Kantorowicz' Begriff des Rechts und der Rechtswissenschaft [Electronic resource]. Tübingen, 2020. 290 p. DOI 10.1628/978-3-16-159799-2. (дата обращения: 11.03.2023).

⁴⁴⁵ Kantorowicz H. *Some Rationalism about Realism* [Electronic resource] // *Yale Law Journal*. 1934. Vol. 43, Issue 8. P. 1240. URL: https://proxy.library.spbu.ru:4166/HOL/Page?public=true&handle=hein.journals/ylr43&div=69&start_page=1240&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults (дата обращения: 11.03.2023).

⁴⁴⁶ Ibid.

должна стать наукой эмпирической, аналогично биологии или физике. Учитывая тесную преемственную связь между движением свободного права и школой правового реализма, видится необходимым рассмотреть некоторые основные критические замечания Канторовича в адрес данного правового течения⁴⁴⁷.

– Судья, как отмечает Канторович, не может принять решение, базируясь только на правовой норме, какой бы авторитетной властью она ни была создана, в противном случае такой подход ничем не отличается от подхода пандектистов; в действительности судебные решения должны быть основаны на консенсусе между рационализмом (формальное право) и эмпиризмом (свободное право, в том числе с учетом личного опыта судьи, обусловленного реальной экономической и социальной жизнью общества);

– В основании движения реалистов лежит, по мнению Канторовича, подмена понятий, а именно замена «смысла закона» на «текст закона». В подтверждение приводится пример с разными предметами исследования одного законодательного акта: у историка и у юриста. Так, для историка предметом исследования будет выступать материальный носитель, «застывший во времени», для юриста – объективное значение закона. Критикуя формальный закон, Канторович пишет, что реалисты тем самым подменяют право, которое заключается в его постоянной адаптации к изменяющимся реалиям, на связь между текстом и личностью его создателя.

– Утверждая, что данный вид заблуждения можно назвать «профессиональным», Канторович отмечает, что в большей своей части реалисты были адвокатами или наставниками адвокатов, т.е. людьми, которые часто имели дело с судьями, в связи с чем и распространили на поведение последних исключительную компетенцию правотворцев. Однако,

⁴⁴⁷ О замечаниях Г. Канторовича, высказанных им в отношении идей правовых реалистов, см. подробнее: Луковская Д.И., Куликова М.С. Свободное право: выход ли из правового кризиса? (по работе Г. Канторовича «Немного рационализма о реализме») // Кризисные явления в праве: теория, история, пути преодоления : коллективная монография. 2021. С. 124-132.

основываясь на аргументации реалистов, большего внимания тогда должно заслуживать поведение обычного гражданина, состоящего в каком-либо юридическом отношении с другим гражданином, поскольку в подавляющем большинстве такие правоотношения регулируются (саморегулируются) без всякого вмешательства суда. Поэтому, по мнению Канторовича, важно сосредоточить больше внимания на невидимой определенности права (certainty of the law), выражающейся в подобных обычных ситуациях, а не быть сконцентрированными на очевидной неопределенности права (uncertainty of the law) в единичных спорных случаях⁴⁴⁸.

– Как уже было сказано ранее, признавая, что юриспруденция является наукой о фактах, неминуемо следует признать ее эмпирический характер. Из данного утверждения, соответственно, вытекают следующие следствия.

1) Законы природы являются непреложными для естественной науки, поскольку никогда не может быть обнаружен факт, противоречащий им: «в противном случае они не были бы законами «природы»⁴⁴⁹. Общественные науки, наоборот, основываются на том, что поведение людей может быть как правомерным, так и неправомерным. Соответственно, если первые законы подтверждает факт неизбежности их соблюдения, то вторые законы – факт их нарушения, поскольку именно противоправность поведения является причиной существования юриспруденции, ведь «только она позволяет дать оценку поведению»⁴⁵⁰.

2) Если бы юриспруденция была эмпирической наукой, ее главным методом было бы объяснение, а не обоснование, предполагающее установление связи между причиной и следствием. Если бы это было не так, то тогда апелляционный суд, пишет Г. Канторович, должен был бы

⁴⁴⁸ Kantorowicz H. Some Rationalism about Realism [Electronic resource] // Yale Law Journal. 1934. Vol. 43, Issue 8. P. 1247. URL: https://proxy.library.spbu.ru:4166/HOL/Page?public=true&handle=hein.journals/ylr43&div=69&start_page=1240&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults (дата обращения: 11.03.2023).

⁴⁴⁹ Ibid.

⁴⁵⁰ Ibid. P. 1248.

поддержать решение судьи, вынесенное на основании такого абсурдного объяснения, как, например, того, что судья был пьян или безумен⁴⁵¹.

– Утверждение реалистов о том, что судья создает право, ошибочно и аналогично тому, что «религия – это то, что проповедует церковь, наука – то, чему учат в университетах, искусство – то, что создает художник, а обувь – то, что делает сапожник»⁴⁵². Такая убежденность основывается на путанице понятия и его отдельного элемента.

Критикуя правовой реализм, Канторович, однако, отмечал незаменимый вклад, внесенный в науку его представителями: «американские реалисты начали делать то, что обещали сделать европейские юристы свободного права и социологи права»⁴⁵³. Ориентация ими теоретической юриспруденции на потребности практики коррелировала с идеями движения свободного права, которые Канторович отстаивал на протяжении всей жизни. Он был убежден, что объединение усилий и плодотворное сотрудничество американских и немецких юристов, которые, по его мнению, удачно дополняют друг друга, позволит на основе общих идей «создать правовую науку будущего»⁴⁵⁴.

3. Движение свободного права, сконцентрировавшись на потребностях юридической практики и интересах общества, впервые, как это отмечает С.В. Липень, сделало объектом самостоятельного теоретического исследования характер, механизм и результаты воздействия правовых норм на общественные отношения⁴⁵⁵. Доктрина формально-логического решения споров, выстроенная на схоластических началах, возведенная в абсолют пандектистами, была укоренена на практике. Усилия Канторовича по

⁴⁵¹ Kantorowicz H. Some Rationalism about Realism [Electronic resource] // Yale Law Journal. 1934. Vol 43, Issue 8. P. 1249. URL: https://proxy.library.spbu.ru:4166/HOL/Page?public=true&handle=hein.journals/ylr43&div=69&start_page=1240&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults (дата обращения: 11.03.2023).

⁴⁵² Ibid. P. 1250.

⁴⁵³ Ibid. P. 1252.

⁴⁵⁴ Ibid. P. 1253.

⁴⁵⁵ Липень С.В. Идеи «свободного права» в юридической науке дореволюционной России: диссертация ... кандидата юридических наук: 12.00.01. М., 1994. С. 16. Однако необходимо отдельно оговорить, что С.В. Липень О. Эрлих также причисляется к представителям движения свободного права.

привлечению внимания к несовершенству используемой судами методологии и обстоятельное обоснование ее критики, хотя и не привели к безоговорочному принятию его идей, но сумели повлиять на практику судов и дальнейшие разработки судебной методологии, например, судебную методологию Р. Алекси⁴⁵⁶ по взвешиванию прав человека, активно применяемую на сегодняшний день судами различных стран.

Так, в работе «Понятие и действительность права» Р. Алекси напрямую ссылается на Г. Канторовича при рассмотрении вопроса о различии видов права в зависимости от наличия действительности права⁴⁵⁷. Также он утверждает, что в зоне неопределенности позитивного права судья остается «связанным правом, и именно способом, создающим необходимую связь между правом и моралью»⁴⁵⁸. Такой вывод непосредственно согласуется с идеей Канторовича о наличии как формального, так и свободного права (в случае отсутствия формального права), базирующихся на моральном принципе «обязательного соблюдения правил». В подтверждение указанного тезиса Р. Алекси приводит цитату из судебного решения Конституционного Суда Германии, также подтверждающую идею Канторовича: «Право не идентично совокупности писаных законов. Наряду с писаными законами государственной власти при определенных обстоятельствах может существовать иное право»⁴⁵⁹.

В отличие от большинства своих предшественников Канторович не ставил своей целью развитие теоретических задач. Он видел необходимость в развитии теории лишь для улучшения практики, поскольку устанавливал приоритет практического применения над научным одобрением: «гораздо важнее, чем научное одобрение, является тот факт, что тысячи судей и адвокатов склонны к новому восприятию; факт, который неощутим только

⁴⁵⁶ Напомним, что Р. Алекси и Р. Мейер-Притцль являются даже основателями Института фундаментальных правовых теоретических исследований им. Г. Канторовича при Кильском университете (Германия).

⁴⁵⁷ Алекси Р. Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму)/ пер. с нем. А. Лаптев, Ф. Кальшойер; перд, сост. В. Бергман; науч. ред. Т. Яковлева. М., 2011. С. 27.

⁴⁵⁸ Там же. С. 88

⁴⁵⁹ Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. 1973. Bd 34. S. 287. Цит. по Алекси Р. Там же.

потому, что эти практики, к сожалению, не считают стоящим их усилий поддержание интереса к давно для них самоочевидному учению»⁴⁶⁰. Аналогично глоссаторам и постглоссаторам, изучению которых он посвятил продолжительное время и впоследствии защитил на эту тему докторскую диссертацию, он хотел создать из свободного права первую доктрину, предмет которой составляли бы внутренние закономерности правоприменительной деятельности⁴⁶¹, ранее рассматриваемые только в рамках доктрины источников права⁴⁶², поскольку также разделял идеи средневековых юристов, ставящих перед собою задачу уяснить и изложить то римское право, которое действует и которое должно применяться в судах: «они не ставили перед собой теоретических задач, а вели работу по изменению и приспособлению римского права к практике судов, создавая так называемый *usus modernum Pandectarum*»⁴⁶³.

Правовое учение Г. Канторовича позволило сторонникам движения свободного права, как отмечает С.В. Липень, несколько иначе подойти к решению «других теоретических вопросов юриспруденции (сущности и источники права, соотношения права и государства, права и общества, роли юридической науки и юридического образования и т.д.), что не могло не дать новые познавательные результаты»⁴⁶⁴. Так, требование по-новому взглянуть на правовую науку, с учетом потребностей практики, нашло свое отражение в зарождении новых теорий, рассматривающих право уже не «одномерно», а как многоаспектный комплекс. Например, Дж. Холл рассматривал правовую реальность уже как симбиоз правовой структуры (нормативного аспекта права) и право-процесса (реализующейся нормы), которые реализуются в результате формирования социальной ситуации, которую он называет

⁴⁶⁰ Flavius G. Der Kampf um die Rechtswissenschaft [Electronic resource]. Heidelberg, 1906. S. 9 URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (дата обращения: 11.03.2023).

⁴⁶¹ Липень С.В. Идеи «свободного права» в юридической науке дореволюционной России: диссертация ... кандидата юридических наук: 12.00.01. М., 1994. С. 64.

⁴⁶² Там же. С. 45.

⁴⁶³ История правовых и политических учений : учебник / отв. ред. В.В. Лазарев. М., 2019. С. 850.

⁴⁶⁴ Липень С.В. Идеи «свободного права» в юридической науке дореволюционной России: диссертация ... кандидата юридических наук: 12.00.01. М., 1994. С. 10.

«социально-правовой комплекс». Концепция «социально-правового комплекса» исходит из уместности общественно признанного опыта, который приобретается при взаимодействии с объектами (материальными и идеальными – например, нормы права). Такой опыт объединяет в себе правовые и неправовые идеи, становясь отчетливо воспринимаемым. «Отчетливость», согласно Холлу, обеспечивается нормами права в действии. Этот фактический характер норм необходимо отличать от их функций как средства выражения значений⁴⁶⁵.

Динамический аспект социоправового комплекса, по мнению Холла, имел непосредственное отношение к юридической практике. Соотносясь с идеей Канторовича о том, что совпадение рационального и эмпирического возможно только в норме недавно принятого закона, Холл пишет: «Судья не может применять прошлогоднюю норму права к сегодняшнему делу, потому что прошлогодняя норма права больше не существует; даже в простейших видах судебных решений что-то добавляется, и это обеспечивает ощутимо новое значение. В течение года решаются, вероятно, дела, имеющие отношение более или менее к одной и той же общей ситуации»⁴⁶⁶. Аналогично предложению Канторовича относительно бесконечной взаимной адаптации норм с целью создания автономной системы, в результате которой правило А адаптировано к правилу В так, что они стали правилом А (1) и В (1), Холл воспринимает «право-процесс» не только как динамическую процедуру постоянных изменений, но и «как возможность и факт их совершенствования»⁴⁶⁷.

Рассматривая подход Дж. Холла как «интегрированную юриспруденцию» (введенный Холлом термин), Берман отмечал, что идея такой теории заключается в определении содержания права «более широкого,

⁴⁶⁵ Антология мировой правовой мысли : в 5 т. Т. 3 / под ред. О.А. Жидкова. М., 1999. С. 740-741.

⁴⁶⁶ Там же. С. 742.

⁴⁶⁷ Там же.

чем все три вместе взяты»⁴⁶⁸, имея в виду классические школы права (естественно-правовую, позитивизм и социологическую), поскольку право является типом «социального действия, процесса, в котором нормы, ценности и факты – и то, и другое, и третье – срастаются и актуализируются [...] На мой взгляд, именно актуализация права является его наиболее существенным признаком»⁴⁶⁹. Таким образом, соответствуя идее Канторовича о единстве права во всех трех мирах: «мире реального», «мире смыслов» и «мире ценностей», Берман указывал, что его социальная теория делает упор на «взаимодействие духа и материи, идей и опыта», т.е. настаивая на эффективном взаимодействии, как об этом утверждали и сторонники движения свободного права, теории и практики.

§ 2. Судебная методология Канторовича в восприятии судей-практиков

Концептуальная преемственность идей Канторовича не была ограничена исключительно теоретико-научным дискурсом. Его предложения по усовершенствованию судебной методологии нашли отклик и на практике.

Так, отражение его идей можно проследить в работе американского судьи Б. Кардозо, сторонника социологической юриспруденции, успешно сочетавшего научную и судебную деятельность⁴⁷⁰. Соглашаясь, как и Канторович, с доминирующей ролью формального права в случае его ясности и наличия в нем прямого ответа на возникший спор, Кардозо отмечает: «Бывают случаи, когда источник очевиден. Правило, подходящее под спор, может быть получено из конституции или законодательного акта. Если это получается, судье больше ничего не нужно. По установлению применимости он должен подчиниться»⁴⁷¹. Однако в случае отсутствия такого прямого ответа, судье необходимо, по мысли Кардозо, применяя герменевтические

⁴⁶⁸ Берман Г. Дж. Вера и закон: примирение права и религии / пер. с англ. Д. Шабельникова, М. Тименчика; под ред. Н. Малыхиной. М., 1999. С. 343.

⁴⁶⁹ Там же. С. 342-343.

⁴⁷⁰ Кардозо Б.Н. Природа судебной деятельности / пер. с англ., вступ. слово С. Л. Савельев, предисловие А.Г. Карапетова. М., 2017. С. 5.

⁴⁷¹ Там же. С. 25.

методы, учитывать не только первичные источники права (формальное явное право, по классификации правовых правил Канторовича), но и вторичные (формальное неявное право, а также свободное желаемое право в виде судебных решений): «созданное судьями право является вторичным и подчиненным праву, создаваемому законодателями»⁴⁷².

В сложных случаях, когда деятельность судьи является «чем-то большим»⁴⁷³, а не только постижением замысла законодателя, Кардозо так же, как и Канторович, призывает к симбиозу действий, признавая за функциями законодателя и судьи единое основание. Так, посредством обращения к свободному праву (в данном случае Кардозо не ограничивает перечень таких правил, как это делает Канторович) судье необходимо учитывать: с одной стороны, общественные интересы в целях достижения социально полезного результата, с другой стороны, соблюдать моральный принцип, единый для всех правовых правил, а именно «следуй правилам». Кардозо пишет: «Представления и образцы, предлагаемые пользой и моралью, будут найдены судьей в общественной жизни. Таким же образом они будут найдены законодателем»⁴⁷⁴.

С учётом приведенных положений можно сделать вывод, что описанная Кардозо – судьей, входящим в плеяду «великих американских судей»⁴⁷⁵, – методология родственна методологии Канторовича, также базирующейся вначале на принятии судебного решения *intra legem* (по закону), а при наличии пробелов – *praeter legem* (кроме закона). Далее Кардозо, допускает мысль, аналогично идее Канторовича, высказанной им однако в раннем творчестве – Манифесте «Борьба за науку права», – о том, что решение *contra legem* (против закона) возможно как редчайшее исключение.

⁴⁷² Кардозо Б.Н. Природа судебной деятельности / пер. с англ., вступ. слово С. Л. Савельев, предисловие А.Г. Карапетова. М., 2017. С. 12-13.

⁴⁷³ Там же. С. 73.

⁴⁷⁴ Там же. С. 55.

⁴⁷⁵ Карапетов А.Г. Предисловие / Там же. С. 5.

По сути, приведенный пример является доказательством восприятия учения Канторовича представителем англо-американской правовой системы⁴⁷⁶, причем, как стоит подчеркнуть, практиком, а не академическим теоретиком. Именно опыт, а не теория, сколько бы правдоподобной она ни казалась, представляется наиболее надежным критерием правильности предложенной Г. Канторовичем модели судебной методологии, которая затрагивает прежде всего практическую деятельность.

В качестве верификации актуальной применимости методологии Канторовича можно также привести труд представителя континентальной правовой системы – нидерландского судьи Г. Корстенса «Суды и верховенство права. Взгляд из Нидерландов» (2021). В нем также описывается последовательность действий при решении судебных споров, подобная тем, какие были предложены Канторовичем.

Так, Корстенс отмечает исторический момент, когда практика Верховного Суда Нидерландов начала постепенно меняться: «под влиянием общественного мнения и назначаемых в его состав молодых судей». Так, в новом подходе суда можно усмотреть методологию, сообразную методологии Канторовича. Корстенсом приводится пример, когда понятие «нарушение требований закона» стало включать в себя действия, в действительности не предусмотренные формальным законом, но признаваемые таковыми обществом. Он пишет: «Понимание того, что может составлять «нарушение требований закона», стало меняться, как иллюстрирует решение 1919 г. по делу Линденбаума-Кохена. [...] Сегодня мы назвали бы это промышленным шпионажем, но в то время не существовало такого состава правонарушения. Тем не менее Верховный суд признал, что действия Кохена были противозаконными на том основании, что они несовместимы с «надлежащим уважением, которое должно оказываться по отношению к другому лицу или

⁴⁷⁶ О том, что Кардозо непосредственно опирался на учение Канторовича, свидетельствуют прямые ссылки на Манифест в его работе.

чужому имуществу». Этот важный шаг был поддержан общественным мнением и сократил разрыв между законом и справедливостью»⁴⁷⁷. Корстенс отмечает, что такое решение помогло наладить взаимодействие между общественным мнением и системой правосудия, которое в результате «стало более непосредственным»⁴⁷⁸. Такая тенденция предрешила создание механизмов, с помощью которых отправление правосудия могло учитывать интересы и развитие общества. «Законодатель – пишет Корстенс, – признал целесообразность такого подхода и тоже стал ему следовать. В законодательстве появились нормы, которые можно назвать «открытыми» – стандарты общего характера, которые наполняются конкретным содержанием на практике»⁴⁷⁹. Несомненно, сложно утверждать о прямом заимствовании теоретических идей Канторовича Верховным Судом Нидерландов. Как указывалось ранее, и сам Канторович признавал нежелание практики обосновывать свои действия теорией: «практики, к сожалению, не считают стоящим их усилий поддержание интереса к давно для них самоочевидному учению»⁴⁸⁰, вместе с тем то, что идеи Канторовича проявляются в практике высшей судебной инстанции уже доказывает, что его методология вышла за рамки теоретического движения свободного права и приобрела значение в обсуждении актуальных практических современных вопросов.

Однако на настоящий момент в судебных практиках других стран можно наблюдать и противоположный подход. Так, в деятельности российских судов судебная методология продолжает ограничиваться, как правило, догматическими традициями и исключительно формально-логическими методами.

⁴⁷⁷ Согласно фабуле дела, Кохен был владельцем типографии в Амстердаме, который подкупил работника своего конкурента, Линденбаума, с тем, чтобы тот сообщил ему расценки, предлагаемые Линденбаумом клиентам. См. подробнее: Решение Верховного суда Нидерландов от 31 января 1919 г. Цит. по Корстенс Г. Суды и верховенство права. Взгляд из Нидерландов / пер. с англ. Д. Шабельникова. 2-е изд. М., Челябинск, 2022. С. 53.

⁴⁷⁸ Там же.

⁴⁷⁹ Там же. С. 90.

⁴⁸⁰ Flavius G. Der Kampf um die Rechtswissenschaft [Electronic resource]. Heidelberg, 1906. S. 12 URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (дата обращения: 11.03.2023). S. 9.

Так, в судебном решении⁴⁸¹ (далее – Дело №1) мотивировочная часть основана исключительно на нормах УК и УПК РФ, т.е. формальном явном праве (по классификации Канторовича), однако понимаемом довольно узко – в качестве формального закона. Вместе с тем, необходимо отметить, что действующее уголовное законодательство не ограничивает пределы дискреции судьи при принятии решения на основании внутреннего убеждения, что соответствует материальным и процессуальным требованиям уголовного законодательства, но не дифференцирует меру наказания в зависимости от фактических социальных обстоятельств, которые могли бы быть оценены как в рамках формального явного и неявного права, так и свободного права.

Как было установлено на основе эмпирического исследования иных решений по аналогичному составу преступления судьи, рассматривавшего Дело №1, им, как правило, учитывались следующие смягчающие обстоятельства (в рамках которых формировались социально-правовые нормы): отсутствие факта привлечения к уголовной ответственности, признание вины, раскаяние, положительные характеристики личности. На основании указанных социально-правовых норм судья приходил к заключению о назначении наказания условно⁴⁸². Аналогичным образом разрешаются дела, например, в Нидерландах. Суды при этом исходят, согласно методологии Канторовича, из преследования не только личных интересов, но и общепользовательных целей – предотвращения, например, рецидива

⁴⁸¹ Основанием рассмотрения является уголовное дело, возбужденное по ч. 3 ст.228.1 УК РФ. Согласно фабуле дела, в отношении подсудимого было проведено оперативно-розыскное мероприятие «проверочная закупка», которая заключалась в неоднократных просьбах со стороны друга подсудимого (закупщика) в приобретении у подсудимого наркотического средства. См. подробнее: Решение Куйбышевского районного суда № 1-29/2020 (1-387/2019) от 12.02.2020 г.

⁴⁸² Интересным будет сравнить два дела (Дело №1 и Решение Куйбышевского районного суда № 1-191/2020 от 16.12.2020 г. – далее Дело №2): при аналогичных составах преступления (п. «б» ч. 3 ст. 228.1 УК РФ) наказания были назначены подсудимым разные. Так, по Делу №1 судьей назначено наказание в виде лишения свободы *сроком на два года, с отбыванием наказания в исправительной колонии строгого режима* – лицу, ранее не судимому, работающему, планирующему жениться, помогающему матери, являющейся пенсионером, оказывающему благотворительную помощь общественной организации; тогда как по Делу №2 наказание назначено в виде лишения свободы *сроком на пять лет, условно с испытательным сроком четыре года* – лицу, ранее судимому, неработающему, но бывшему ребенком-сиротой, воспитывавшимся под опекуном старшего брата.

преступлений⁴⁸³, поскольку, во-первых, слишком долгое нахождение не судимого ранее человека в местах лишения свободы может привести к криминализации его личности, а, во-вторых, небольшое количество реально отбывающих срок осужденных снижает финансовую нагрузку на общество по содержанию пенитенциарных учреждений⁴⁸⁴.

Соответственно, по методологии Канторовича, судье следовало не только учесть интересы лиц и общественно значимые цели в рамках допустимой судебной дискреции, но и собственную практику (формальное неявное право), а также Обзор судебной практики Верховного Суда РФ⁴⁸⁵ (формальное явное право), предусматривающий возможность переквалификации, что, однако, было оставлено судьей без внимания.

Таким образом, если бы судья следовал предложенной Канторовичем методологической последовательности⁴⁸⁶, то логика рассуждения должна была бы быть следующей:

– во-первых, суду следовало установить интересы подсудимого и участников процесса. Так, интерес подсудимого заключался,

⁴⁸³ Корстенс Г. Суды и верховенство права. Взгляд из Нидерландов / пер. с англ. Д. Шабельникова. 2-е изд. М., Челябинск, 2022. С. 208.

⁴⁸⁴ Однако можно согласиться и со следующими контраргументами: во-первых, данные цели не прописаны напрямую в уголовном законе, поэтому утверждать, что законодатель учитывал их при установлении наказания, можно довольно условно, во-вторых, такой подход игнорирует риск распространения негативной практики среди потенциальных преступников, которые при выборе модели поведения: совершать или не совершать преступления, примут решение в пользу первого в связи с излишней гуманностью наказания.

⁴⁸⁵ См.: Постановление Президиума Верховного Суда РФ от 27 июня 2012 года «Обзор судебной практики по уголовным делам о преступлениях, связанных с незаконным оборотом наркотических средств, психотропных, сильнодействующих и ядовитых веществ». Согласно п.5 «если посредник приобретает наркотическое средство *по просьбе (курсив наш – М.К.)* [...], то такое лицо является *пособником* в приобретении, а если передача наркотического средства осуществляется в ходе *проверочной закупки*, [...], то содеянное следует квалифицировать как *пособничество в покушении* на приобретение наркотического средства».

⁴⁸⁶ Отдельно оговоримся, что решение судьи не является незаконным. Как ранее отмечалось, приговор был вынесен в соответствии с положениями УК и УПК РФ. Тот факт, что судья при принятии решения не руководствовался разъяснениями ВС РФ, не свидетельствует о допущенной судебной ошибке. Согласно Постановлению КС РФ от 23.12.2013 № 29-П применение судами правовых норм должно соотноситься с разъяснениями, данными в постановлениях Пленума, а не Президиума ВС РФ. Согласно позиции Постановления Президиума Верховного Суда РФ от 23.03.2005 № 25пв04, судебные постановления, нарушающие единообразие в применении судами норм права, подлежат отмене или изменению согласно ст.308.8 АПК РФ, ст.391.9 ГПК РФ, ст.341 КАС РФ, но не по ст.412.9 УПК РФ. Такая позиция могла послужить для суда возможной причиной, позволяющей не следовать практике по аналогичным делам. Однако, по мнению Канторовича, если *любые* правовые позиции высшего судебного органа сформулированы в результате обобщения сложившейся судебной практики, то это означает, что «коллективным творцом» выступает судебная система в целом и, соответственно, в целях поддержания самодостаточности правовой системы такие рекомендации должны учитываться судом при принятии решения.

предположительно, в исправлении своего поведения посредством отбытия наказания в виде условного срока; интерес государственного обвинителя (представляющего интересы государства и общества) раскрывается во втором пункте судебной методологии Канторовича;

– во-вторых, суду было необходимо установить общественно значимые социальные последствия, цели закона, предположительно заключающиеся: 1) в снижении уровня преступности, который на настоящий момент повышается в том числе за счет увеличения числа преступников-рецидивистов; 2) в снижении финансовой нагрузки на общество, связанной с необходимостью содержания пенитенциарных учреждений;

– в-третьих, следуя предложенной Канторовичем последовательности по применению правовых правил, нужно было обратиться к формальному явному праву, а именно Обзору судебной практики Верховного Суда РФ, предусматривающей возможность переквалификации обвинения на более мягкое;

– в-четвертых, судье также следовало обратиться к формальному неявному праву – собственной судебной практике, тем самым одновременно соблюдая принцип единообразия судебной практики.

Таким образом, путем «сознательного и добросовестного подведения факта под тщательно дифференцированное правило» и «опираясь на заповеди справедливости и равенства», как писал Канторович⁴⁸⁷, когда приходится выбирать между несколькими возможными решениями, судье необходимо помнить о том, что самое лучшее решение – решение, которое «сформировано индивидуальной совестью и рациональным последовательным мышлением»⁴⁸⁸. Следовательно, руководствуясь судебной методологией Канторовича, судье следовало назначить подсудимому наказание в виде

⁴⁸⁷ Kantorowicz H. Der Begriff des Rechts / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 50-51.

⁴⁸⁸ Ibid.

условного срока либо переквалифицировать состав преступления, что, как следует из текста решения Дела №1, сделано не было.

Представляется, что в иной ситуации, при соблюдении предложенной Канторовичем последовательности действий, полученное судебное решение смогло бы войти в систему догм, «согласованность которых является их собственной гарантией»⁴⁸⁹ и которые «логически вытекают из других правил, действительность которых уже признана»⁴⁹⁰, что позволило бы праву «восприниматься как полная и последовательная система, позволяющая решать все мыслимые дела и прогнозировать все решения»⁴⁹¹.

Однако на сегодняшний день, в российской правовой действительности все же видятся положительные изменения, которые получили в рамках профессионального сообщества неофициальное название – «процессуальная революция»⁴⁹². Данные изменения заключаются в поправках к таким федеральным законам, как ГПК РФ (абз. 3 п. 4.1 ст. 198), АПК РФ (абз. 5 пп. 3 п. 4 ст. 170), КАС РФ (п. 4, ч. 4 ст. 180)⁴⁹³ и выражаются в следующей формулировке: «В мотивировочной части решения суда *могут (курсив наш – М.К.)* содержаться ссылки на постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации по вопросам судебной практики, постановления Президиума Верховного Суда Российской Федерации, а также на обзоры судебной практики Верховного Суда Российской Федерации, утвержденные Президиумом Верховного Суда Российской Федерации»⁴⁹⁴.

Таким образом, установленные законодательством нормы по-прежнему не разрешают дилемму: «право или обязанность» судьи руководствоваться правовыми позициями высшей судебной инстанции. Вместе с тем, при институциональном уточнении смыслового содержания норм, в том числе

⁴⁸⁹ Kantorowicz H. Der Begriff des Rechts / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 46.

⁴⁹⁰ Ibid.

⁴⁹¹ Ibid. S. 46-47.

⁴⁹² «Процессуальная революция», о которой так долго говорили юристы, свершилась [Electronic resource] : газета Коммерсант. 2020. URL: <https://www.kommersant.ru/doc/4233285> (дата обращения: 11.03.2023).

⁴⁹³ При этом необходимо отметить, что предыдущая редакция указанных положений была довольно схожей.

⁴⁹⁴ См. Федеральный закон от 28.11.2018 № 451-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации».

посредством правовой позиции Верховного Суда РФ, можно сделать вывод о том, что существующее нормативное регулирование предоставляет возможность для частичной реализации в судебных процессах методологии, предложенной Канторовичем.

§ 3. Судебная методология Канторовича в условиях мысленного эксперимента

Обоснование актуальной научной значимости концепции включает выяснение ее практической релевантности. На теоретическом уровне – верифицируемости и релевантности категориальному аппарату теории права, ее соответствия принципам права. На логическом уровне – соответствия нормам формально-логического мышления с соблюдением принципа непротиворечивости, с применением способов индуктивного и дедуктивного мышления⁴⁹⁵. На эмпирическом уровне – предполагает практическую экспериментальную проверку. В социальных науках, как и в естественных, важным методом научного познания является мысленный эксперимент.

В правовой науке под мысленным экспериментом понимается «способ исследования, возникающий на стыке теоретического и практического знания, сущность которого состоит в теоретическом конструировании ситуации с введением определенного допущения (оно чаще всего является невозможным фактически), анализе развития ситуации с учетом этого допущения и использования полученного материала для дальнейших теоретических построений в качестве данных опыта»⁴⁹⁶.

Например, современным мысленным экспериментом (hypothetical case) является «судебный спор Алисы» Э. Д'Амато, где рассматривалась условная

⁴⁹⁵ Существует два способа: дедуктивный способ, использующий логику познания от теоретических представлений к эмпирическим индикаторам, и индуктивный, основанный на логике генерализации: от эмпирических показателей к обобщающим, теоретическим категориям. Вероятно, их комбинация дает наиболее достоверный результат.

⁴⁹⁶ Мартышина Н.И. Мысленный эксперимент в философии права // Научный вестник Омской академии МВД России. 2013. № 3(50). С. 56.

коллизия, в которой водитель Алиса, спасая выбежавшего на дорогу ребенка, пересекает двойную сплошную линию, нарушая правила дорожного движения⁴⁹⁷. Этой смоделированной ситуацией, которая не имела место в действительности, Э. Д'Амато стремился продемонстрировать абсурдность толкования текста закона в отрыве от контекста – справедливости, – в котором должны приниматься и применяться законы. Так, сам автор пишет следующее: «Я надеюсь, что я доказал этим случаем, что юридически недопустимо упускать соображения “справедливости” из толкования и применения законов»⁴⁹⁸. Иначе, игнорируя спасенную жизнь ради правила о недопустимости пересечения двойной сплошной линии, участники приведенного мысленного эксперимента исказили бы как смысл закона, так и идею справедливости, которая была заложена в его основе, а именно путем достижения баланса двух принципов: принципа безопасности участников дорожного движения и принципа эффективности дорожного движения.

Помимо прояснения используемых концептуальных схем, мысленный эксперимент может послужить аргументом в пользу выбора исследуемой концепции для пересмотра укоренившихся представлений в российской судебной практике.

Экстериоризируя научную концепцию Канторовича для проверки гипотезы о практической релевантности предлагаемой им судебной методологии российским реалиям представляется целесообразным провести мысленный эксперимент. Для этого необходимо сконструировать юридическую коллизию, попытаться найти ее решение и рассмотреть возможные социальные последствия.

В память об Аристотеле, который первым ввел понятие силлогизма и первым начал на научной основе изучать пчёл, мысленный эксперимент будет

⁴⁹⁷ Данный случай был рассмотрен С.В. Моисеевым. См. подробнее: Моисеев С. В. Философия права: курс лекций / С.В. Моисеев. Новосибирск, 2004. С. 75–86.

⁴⁹⁸ D'Amato A. On the Connection between Law and Justice[Electronic resource]// University of California. Davis Law Review. 1992. Vol. 26, №. 527. P. 10-92. URL: <https://ssrn.com/abstract=1739988> (дата обращения: 11.03.2023).

строиться на примере соседского спора, связанного с пчелами, позволяющего применить к нему судебную методологию Канторовича.

Введем определенные допущения, касающиеся рассматриваемого спор судьи. Пусть судья соответствует всем требованиям, предъявляемым для занятия должности судьи, и обладает всеми знаниями, навыками и умениями, которые необходимы для жизни современного человека. Помимо этого, он знаком с концепцией Канторовича и владеет его судебной методологией, знает факты, касающиеся спора (в пределах фабулы), имеет знания об общей теории права, о судебной практике, фактах общественного характера, которые могут повлиять на принятие решения⁴⁹⁹.

Отметим, что мысленный эксперимент нацелен на выявление научной значимости концепции судебной методологии Канторовича в части ее практического соответствия российским реалиям, одновременно демонстрируя проблемы правоприменительной практики. Если результат мысленного эксперимента подтвердит, что полученное судебное решение адекватно российской социальной действительности, то допущение о практической релевантности судебной методологии Канторовича современной судебной практике может подтвердить практическую актуальность его научной концепции⁵⁰⁰.

Теоретически сконструируем судебную коллизию, имеющую, на первый взгляд, несложную классическую фабулу из «соседского права», которая могла быть еще в римском праве⁵⁰¹.

⁴⁹⁹ В целях чистоты эксперимента существующая судебная практика учитываться не будет, хотя по методологии Канторовича решения высших судебных инстанций являются «формальным явным правом» и должны были бы исследоваться на Этапе I.

⁵⁰⁰ Нельзя с уверенностью утверждать, что гипотеза о верности судебной методологии Канторовича подтверждается результатом мысленного эксперимента (подтверждение консеквентом). Согласно Карлу Попперу, гипотезы не могут быть подтверждены, а только фальсифицированы. Следовательно, нельзя заключить с абсолютной уверенностью, что гипотеза верна. Однако до момента ее опровержения (фальсификации) можно сделать вывод, что применительно к фабуле мысленного эксперимента судебная методология Канторовича верна и позволяет оценить возможные выборы решения судьей в рамках конкретной ситуации спора.

⁵⁰¹ В литературе права собственников смежных земельных участков иногда именуется, как «права соседства». См.: Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.) / вступ. статья Е.А. Суханова. М., 1995. С. 180.

Истец (Садовод) задолго до приобретения участка ответчиком (Пчеловодом) был собственником участка. В данной местности есть другие пчеловоды, которые тоже имеют пчел. После того как Пчеловод приобрел земельный участок, он занялся разведением пчел и на момент спора имел 50 пчелосемей. Пчеловод соблюдал все обязательные требования, установленные нормативно-правовыми актами, в том числе по содержанию пасеки, размещению ульев на участке и ветеринарно-санитарные правила содержания пчел. Садовод страдал аллергией на укус пчелы (инсектная аллергия), о чем он предупреждал Пчеловода до начала его деятельности, однако тот информацию проигнорировал.

Садовод, ссылаясь на ст. 304 ГК РФ, посвященную защите права собственности, потребовал в судебном порядке в силу ст. 1065 ГК РФ запретить Пчеловоду осуществлять его деятельность, аргументируя это тем, что он (Садовод) лишается возможности полноценного использования своего земельного участка из-за угрозы укуса пчелы (т.е. Садовод подал негаторный иск, как собственник, который может требовать устранения всяких нарушений его права)⁵⁰².

Вначале попытаемся рассмотреть данный спор с позиции часто встречающегося на практике формального подхода⁵⁰³. Приведем предполагаемый процесс размышления, начав, для удобства, с изложения фактических обстоятельств дела.

⁵⁰² Следует отдельно оговорить, что пчелы не кусают, а жалят. Они при защите не используют свои челюсти, а применяют жало. Здесь при словоупотреблении нет разницы, укус это в подлинном смысле или нет. Из-за менее частотного в русском языке употребления «ужаление», обозначающего результат действия «жалить», используется слово «укус». Аналогично в русском языке употребляется: укус комара, осы, шмеля, т.е. всех насекомых, независимо от того, как они наносят рану.

⁵⁰³ «На практике, к сожалению, встречается немало случаев, когда формально-догматическое понимание и применение норм гражданского законодательства без учета важных моментов морального, нравственного характера, доброй совести и т.д. обуславливают сугубо «инструментальный» подход к правовому регулированию, что в конечном счете действительно приводит к тому, что формально получается все правильно, а по существу – «издевательство» над смыслом законодательства, его основными началами, его назначением». Цит. по Бублик В.А., Семякин М.Н. Основные тенденции современного реформирования гражданского законодательства РФ: общая характеристика, онтологические и гносеологические основания, отдельные виды // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2020. № 4. С. 705 - 737. DOI: 10.17072/1995-4190-2020-50-705-737.

1) Согласно фабуле дела при принятии решения о разведении пчел Пчеловодом было проигнорировано предупреждение Садовода о наличии у него аллергии.

Исходное восприятие ситуации: Садовод предупреждал Пчеловода о наличии у него опасений из-за неблагоприятных последствий для его жизни и здоровья, однако Пчеловод проигнорировал просьбу и в своем интересе (эгоистично) принял решение об осуществлении деятельности, связанной с пчелами, тем самым лишив Садовода возможности полноценного использования своего земельного участка из-за угрозы укуса.

Имитация процесса рассуждения судьи: Процедура согласования Пчеловодом своей деятельности с Садоводом как соседом законодательно не предусмотрена. Пчеловод надлежащим образом исполняет обязанности, возложенные на него законодательством о пчеловодческой деятельности, тем самым подтверждая свою добросовестность и разумность. Сами требования установлены в интересах неопределенного круга лиц, в том числе и Садовода. Добросовестно полагаясь на эффективность и целесообразность законодательных положений Пчеловод вправе исходить из того, что они охватывают все его обязательства перед третьими лицами. Действуя в своих интересах и не имея исключительного намерения причинить вред Садоводу, Пчеловод не нарушает положения п. 1 ст. 10 ГК РФ, п. 4 ст. 1 ГК РФ, а участком пользуется в пределах своего права собственности. Соответственно, согласно общедозволительному методу гражданско-правового регулирования, он может совершать любые действия, не запрещенные законом.

Итоговый результат интерпретации: учитывая изложенное, можно утверждать, что игнорирование Пчеловодом доводов Садовода не противоправно. Факт упречного поведения Пчеловода (внутреннее поведение) индифферентен праву (внешнее поведение), поэтому далее приниматься во внимание не будет.

Такой вывод напрямую коррелирует с подходом Канторовича. Напомним, что правовед придерживался известной кантовской концепции, согласно которой право связано только с внешним поведением, а мораль – с внутренним: «теория Канта о том, что право, в отличие от морали, не требует ничего, кроме [...] соответствия внешнего поведения закону, независимо от лежащего в его основе мотива, верна»^{504,505}, а само словосочетание «моральное право», по его мнению, должно было быть признано ненаучным⁵⁰⁶. Следовательно, по Канторовичу, словосочетание «неморальное право» также неприменимо. Поэтому факт игнорирования Пчеловодом предупреждений Садовода о наличии у него аллергии индифферентен для права при разрешении спора. В противном случае, в ситуации, когда судья, руководствуясь правилом «правомерно то, что морально», принял бы решение в пользу Садовода, очевидно, что такого рода защита интересов Садовода⁵⁰⁷ осуществлялась бы за счет ущемления прав Пчеловода. Такие решения Канторович называл «юридической эмоциональностью», приводя в качестве примера «хорошего судью Маньо»⁵⁰⁸ (*le bon juge Magnaud*), известного своим милосердием. Например, он оправдал женщину, укравшую из-за голода буханку хлеба. Канторович не соглашался с таким подходом, поскольку усматривал основанием решения «внеправовой стандарт»⁵⁰⁹, утверждая, что он «должен быть отвергнут как вид классовой справедливости. Правовой

⁵⁰⁴ Он полагал, что «норма права никогда не предписывает внутреннего поведения, ни добросовестности, ни должной осторожности, ни воли воздержаться [...] от злого умысла или небрежности». См.: Kantorowicz H. U., Patterson E. W. *Legal Science - A Summary of Its Methodology* [Electronic resource] / H.U. Kantorowicz // Columbia Law Review Association. 1928. Vol. 28. №. 6. P. 685. URL: https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents (дата обращения: 11.03.2023).

⁵⁰⁵ В пример он приводил договор ответственного хранения: «[...] это не грозит никакими санкциями, каким бы беспечным он (*хранитель – М.К.*) ни был, при условии, что он на самом деле не наносит ущерба вещи внешними действиями, которых он старался бы избегать в своих собственных делах». См.: Ibid.

⁵⁰⁶ Kantorowicz H. *Der Begriff des Rechts / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck*. Göttingen, 1963. S. 15.

⁵⁰⁷ Согласно одной из современных концепций соматических прав человека, «в содержание права на физическую и психическую неприкосновенность входит [...] правомочие требовать, чтобы другие субъекты воздерживались от нарушения его права». См.: Поцелуев Е. Л., Данилова Е. С., *Понятие и виды личностных (соматических) прав человека / Наука. Общество. Государство*. 2015. №1 (9). <https://cyberleninka.ru/article/n/ponyatie-i-vidy-lichnostnyh-somaticheskikh-prav-cheloveka/viewer> (дата обращения: 05.04.2023).

⁵⁰⁸ Kantorowicz H. *Rechtswissenschaft und Soziologie*. Frankfurt am Main, 1911. S. 294.

⁵⁰⁹ Ibid.

стандарт состоит в том, чтобы отдать среди конфликтующих интересов предпочтение тому, который защищен самим правом»^{510,511}.

2) Садовод заявил требование о запрете деятельности Пчеловода.

Исходное восприятие ситуации: И Садовод, и Пчеловод используют собственные участки правомерно: Садовод – для отдыха, Пчеловод – для разведения пчел, при этом по стечению обстоятельств создавая угрозу жизни и здоровью Садовода. По этой причине Садовод подает негаторный иск, требуя запрета деятельности Пчеловода.

Имитация процесса рассуждения судьи: Исходя из дихотомического деления на правомерную и неправомерную деятельность, можно заключить, что правомерной является деятельность без правонарушений, т.е. фактически соответствующая законодательным нормам, ее регулирующим. Запрет деятельности предполагает два результата: праввосстановительный (направлен на восстановление нарушенных прав) и карательный (частная превенция; является карой)⁵¹². Требуемый Садоводом запрет деятельности Пчеловода, подразумевающий в том числе демонтаж ульев, не предполагает встречных мер компенсационного характера, поэтому, по сути, является имущественным взысканием, т.е. выполняет карательную функцию⁵¹³. В

⁵¹⁰ Kantorowicz H. *Rechtswissenschaft und Soziologie*. Frankfurt am Main, 1911. S. 294.

⁵¹¹ В подтверждение вывода можно привести мысленный эксперимент Д. Томсон, согласно которому похищенный человек ограничивался в передвижении ради сохранения жизни выдающегося музыканта, к которому он был подключен. Анализируя этот случай, Н.С. Розов пишет: «Заметим, что похищенный человек не умирает, не заболевает, нарушено «всего лишь» его право и свобода самому распоряжаться своим телом. Зато жизнь гениального музыканта спасена. С позиций «жизни как высшей ценности» и принципа «благоговения перед жизнью» вообще все нормально. [...] Наша интуиция протестует – так делать недопустимо. И основания интуиции просты: нарушена свободная воля. Оправдания для этого нет. Интуитивный вердикт подтверждается простой модификацией того же случая: потенциальному человеку-донору предложили согласиться на подключение ради спасения жизни или этого музыканта, или кого-то другого, и потенциальный донор согласился. [...] Этот поступок мы сочтем правомерным, благородным, высоко нравственным. Мораль этой истории, пусть придуманной и фантастической, проста, но принципиальна: следует отказаться от признания «высшей, абсолютной ценности человеческой жизни», ради сохранения которой будто бы «все дозволено». Есть действия, непозволительные даже ради такой благородной цели, — те, что нарушают минимальные общезначимые ценности, в том числе личную свободу и право решать, что делать со своим телом». См.: Розов Н.С. Принцип защиты человека (антропростасия) и актуальные ценностные конфликты / *Человек*. 2019. Т. 30, № 2. С. 187.

⁵¹² Большая российская энциклопедия [Электронный ресурс] : раздел «Санкция». URL: <https://bigenc.ru/c/sanktsiia-v-prave-e674a1> (дата обращения: 20.03.2023).

⁵¹³ Нельзя согласиться с некоторыми авторами в том, что негаторные иски не затрагивают владения ответчика, а потому и не влекут негативных последствий: «[...] ответчику предписывается определенное поведение, определенная обязанность, невыполнение которой влечет соответствующие последствия. При этом у

частности, руководствуясь соблюдением нормативных требований, Пчеловод понёс расходы на установку сплошного ограждения от соседних земельных участков⁵¹⁴, а после запрета должен будет не только демонтировать его, но и установить новое⁵¹⁵.

Санкция как кара назначается в качестве наказания за неодобряемое поведение, что предполагает, с точки зрения права, негативную оценку деятельности. При этом деятельность Пчеловода осуществляется с соблюдением всех обязательных требований⁵¹⁶, поэтому его действия в пределах принадлежащих ему прав и обязанностей, являются правомерными, что предполагает, с точки зрения права, положительную оценку деятельности Пчеловода. Ввиду правомерности действий Пчеловода применение к нему санкции приведет к антиномии между двумя суждениями («деятельность Пчеловода одновременно и правомерна, и неправомерна»), каждое из которых логически возможно, но совместно состоят в логическом противоречии. Его разрешением будет констатация, что исковое требование о запрете правомерной деятельности не может быть удовлетворено⁵¹⁷.

ответчика ничего из того, что он имеет, истцом не отбирается (например, запрет разводить голубей на балконе не дает права забрать этих голубей в пользу истца). Ответчик остается в пределах своих владений и именно там и должен оставаться». См. подробнее: Право собственности: актуальные проблемы / отв. ред. В.Н. Литовкин, Е.А. Суханов, В.В. Чубаров; Ин-т законод. и сравнит. правоведения. М., 2008. 731 с.

⁵¹⁴ Положения о Министерстве сельского хозяйства Российской Федерации «Об утверждении Ветеринарных правил содержания медоносных пчел в целях их воспроизводства, разведения, реализации и использования для опыления сельскохозяйственных энтомофильных растений и получения продукции пчеловодства»

⁵¹⁵ Согласно тексту Приказа Минсельхоза России от 23.09.2021 № 645: «Места для содержания пчел (далее - пасеки) должны размещаться на расстоянии: не менее 3 м от границ соседних земельных участков, находящихся в населенных пунктах или на территориях ведения гражданами садоводства или огородничества для собственных нужд, с направлением летков в противоположную сторону от границ этих участков или без ограничений по расстоянию и направлению летков при условии отделения пасек от соседних земельных участков сплошным ограждением высотой не менее 2 м.»; а также п. 6.2. СП 53.13330.2019: «По периметру садовых земельных участков рекомендуется устраивать сетчатое ограждение высотой 1,2 - 1,8 м. По обоюдному письменному согласию владельцев соседних участков (согласованному с правлением товарищества) возможно устройство ограждений других типов или отсутствие ограждения».

⁵¹⁶ Данный вывод следует из презумпции отсутствия логически бессмысленных норм, в частности ст.16 Федерального закона от 30.12.2020 № 490-ФЗ «О пчеловодстве в Российской Федерации», ст.2,6,7 Федерального закона от 27.12.2002 № 184-ФЗ «О техническом регулировании».

⁵¹⁷ Иначе нарушается логический закон исключённого третьего, согласно которому в процессе рассуждения всякое суждение или истинно, или ложно: если истинно А, то не истинно — не-А. Логика устанавливает связь между противоречащими друг другу осмысленными высказываниями: одно (и только одно) из них истинно, другое ложно. Кроме того, лицо не может нести ответственность за деяние, которое в момент его совершения не признавалось правонарушением (ч. 2 ст. 54 Конституции РФ).

Итоговый результат интерпретации: Запрет на осуществление правомерной деятельности противоречит праву.

3) Помимо прочего, удовлетворение иска противоречит принципу юридического равенства участников гражданского оборота (п. 1 ст. 1 ГК РФ). Так, болезнь признается уважительной причиной только в исключительных случаях, не подлежащих расширительному толкованию (например, при восстановлении процессуальных сроков⁵¹⁸). В ином случае лицо с ограниченными возможностями здоровья воспринимается как полноценный субъект⁵¹⁹. Следовательно, наличие у Садовода заболевания инсектной аллергией само по себе не является достаточным основанием для удовлетворения иска⁵²⁰.

4) Наличие у Садовода аллергического заболевания.

Исходное восприятие ситуации: Наличие аллергического заболевания у Садовода является фактом объективной реальности, не зависящим от действий Пчеловода. Укус пчелы является случайным и вероятностным событием. Объективно невозможно представить правовое регулирование поведения пчел, в том числе запрещающее их укус, поскольку их поведение подчиняется инстинктам, а не праву⁵²¹. К укусу способны все породы пчел. Отказ Пчеловода от пчеловодческой деятельности может снизить аллергенную нагрузку (уменьшить вероятность укуса), но не полностью ее исключить, поскольку помимо пчел Пчеловода в местности, где расположены участки,

⁵¹⁸ Согласно ст. 205 ГК РФ, ст. 112 ГПК РФ.

⁵¹⁹ Отдельно следует оговорить, что имеется в виду не фактическое равенство, а юридическое.

⁵²⁰ Иной подход (с позиций благотворительности и/или медицины) несовместим с юридическим равенством. Так, В.А. Белов пишет касательно неравенства людей по их физическим возможностям и умственным способностям: «здесь явная подмена тезиса, ибо вместо равенства юридического начинает обсуждаться равенство совсем иного свойства: имущественное (экономическое), социальное [...] биологическое и др. – состояния в обществе явно недостижимые, ибо их наличие является следствием несправедливости судьбы, а не других людей. Попытки устранения такой несправедливости приведут к явно несообразным выводам: так, умственная отсталость, инвалидность или ВИЧ-инфекция хотя бы одного члена общества, должны будут стать поводом к тому, чтобы превратить в умственно неполноценных, инвалидов и ВИЧ-инфицированных всех других его членов». См. подробнее: Белов В.А. Гражданское право. Т. 1 Общая часть : учебник для академического бакалавриата / В.А. Белов. М., 2019. С. 58.

⁵²¹ Судебные процессы над животными остались только в истории права. См., напр.: Канторович Я. А. Средневековые процессы над ведьмами. Процессы над животными / Я.А. Канторович. СПб., 1898. 200 с.

есть пчелы других пчеловодов и дикие пчелы. Определить принадлежность пчелы при укусе объективно невозможно.

Имитация процесса рассуждения судьи: Право всегда должно стремиться к адекватному балансу конституционных прав. С одной стороны, правом охраняются жизнь и здоровье человека (ст.ст. 20, 41 Конституции РФ), неважно, насколько здоровым он является. С другой стороны, неважно, к какому труду способен человек, правом охраняется его способность к труду вообще (ст. 37 Конституции РФ), в том числе и к конкретно избранному им виду деятельности. Противоборство вышеозначенных конституционных прав – истинная причина конфликта, а не защита абсолютного вещного права на земельный участок, поскольку, если бы у Садовода не было заболевания аллергией, то отсутствовали бы и препятствия к пользованию им.

По сути, требование Садовода заявлено с целью компенсации неравно унаследованного им здоровья. Вместе с тем из-за деятельности Пчеловода вероятность того, что у Садовода возникнет опасность наступления неблагоприятных последствий, объективно возрастает. Пчеловод имеет больше возможностей по контролю над пчелами, т.е. находится ближе к источнику возникновения опасности. Из этого следует, что опасность возрастает у Садовода, а контролирует и управляет источником опасности Пчеловод, чем нарушается баланс интересов.

Итоговый результат интерпретации: Согласно формально-логическому подходу судья должен отказать в удовлетворении требования о запрете деятельности Пчеловода.

Согласно подходу Г. Канторовича приведенная логика размышлений совпадает с первым этапом его судебной методологии (анализом формального явного права), но итоговое решение будет иным на том основании, что результат применения законодательных норм будет оцениваться судьей, как

несправедливый⁵²², т.е. для объективно нарушенного права не обнаружено в законодательстве норм для его разрешения⁵²³. Следовательно, имеется пробел в правовом регулировании (материальный пробел, по Канторовичу). В связи с этим судье необходимо начать поиск нормы, в том числе и в свободном праве.

Согласно методологии Канторовича для разрешения спора требуется последовательное применение шестиступенчатой иерархии видов права, в которой последующий вид права применяется только тогда, когда предыдущий, более «высокий», не смог определить норму, разрешающую спор.

Однако первоначальным своим действием судья, согласно методологии Канторовича, должен установить не только первичную цель – выявить интересы сторон процесса (как противоположные – Садовод намерен

⁵²² Как пишет Катарина Шмидт о сторонниках свободного права «В качестве альтернативы традиционным подходам они предложили обратиться к открытому судебному законотворчеству в случаях, когда закон был неполным или двусмысленным, а также в случаях, когда его применение привело бы к результатам, несовместимым с социальной реальностью или справедливостью по оценке судей». См. подробнее: Schmidt K.I. Law, Modernity, Crisis: German Free Lawyers, American Legal Realists, and the Transatlantic Turn to 'Life,' 1903–1933 [Electronic resource] // German Studies Review. 2016. P. 11-12. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3043186

⁵²³ В российской юридической науке, например, в лице таких известных правоведов, как А.И. Покровский, Е.В. Васьковский, А.В. Завадский, Г.Ф. Шершеневич, традиционно было принято критически оценивать такой подход сторонников свободного права при восполнении судьей пробелов как в общем, так и в частности. Так, Е.В. Васьковский критиковал понимаемую сторонниками свободного права «справедливость». Он писал: «признание того или иного обращения, решения того или иного конфликта между заинтересованными лицами справедливыми или несправедливыми зависит от субъективной оценки судьи: объективного критерия столь различно понимаемой справедливости не может существовать». См.: Васьковский Е.В. Избранные работы польского периода. М., 2016. С. 479. Г.Ф. Шершеневич оспаривал целесообразность и справедливость судебного решения: «Эта тенденция наших судов – становится на точку зрения целесообразности и справедливости, оставляя в стороне веления закона, представляется в высшей степени опасною. Ее вред обнаруживается прежде всего в том, что она сглаживает недостатки действующего права, делаая их мало или вовсе нечувствительными в отдельных случаях. При такой практике может казаться, что все идет хорошо, и законодателью закрывают глаза на действительность». См.: Шершеневич Г. Ф. О чувстве законности: публичная лекция, читанная 10 марта 1897 г. / вводные замечания Ю. Н. Старилова. Воронеж, 2018. С. 33. Против «свободного судебного правотворения» резко выступал и А.И. Покровский: «На судью, таким образом, возлагается задача, до сих пор небывалая: кроме своих юридических функций, он должен нести на себе функции экономические; кроме юриста, он должен стать универсальным знатоком всего товарообмена, т.е. совместить в себе то, чего не может вместить самый тертый и разносторонний делец [...] Не станем говорить о том, насколько на этой почве может процвести доктринерство или судейский каприз, но даже самый добросовестный судья будет постоянно в затруднительном положении: какие высокие требования мы ни предъявляли бы к интеллектуальным и моральным качествам судебного персонала, мы не можем требовать от него экономического всеведения. Всякий “Heroenkultus” должен потерпеть здесь крушение [...] Общество дает только таких судей, которых оно может, и всякий судья, какой бы выдающейся личностью он не был, неизбежно будет захвачен политическими, этическими и т.п. течениями своего времени. А при таких условиях субъективизм и партийность окажутся неизбежными атрибутами правосудия». См.: Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права [Электронный ресурс]. URL: https://civil.consultant.ru/elib/books/23/page_32.html (дата обращения: 05.05.2023).

прекратить деятельность Пчеловода, тогда как Пчеловод имеет противоположный интерес, так и общую – разрешить конфликт), но и вторичную – определить общественный интерес. Помимо того, что «соседские споры» довольно распространены, судья должен учитывать, что принятие решения об отказе в защите прав, сохраняя фактические отношения в прежнем состоянии, в котором они были до обращения в суд, может побудить стороны к неправовому решению конфликта. Вытеснение конфликта во внеправовую сферу нельзя признать достижением общего блага, поскольку это повлечет, во-первых, снижение доверия к суду, и, во-вторых, развитие конфликтной ситуации может вовлечь в нее третьих лиц. Соответственно, при разрешении спора судья должен осуществить поиск «наиболее справедливого и полезного» решения, с учетом указанных обстоятельств.

Этап I. Анализ явного формального права.

На первом этапе следует прибегнуть к анализу явного формального права, т.е. актов законодательной, исполнительной и высших органов судебной власти. Как указывалось выше, данный этап позволял сделать заключение о наличии материального пробела. Соответственно, такой вывод позволяет судье перейти ко второму этапу.

Этап II. Анализ неявного формального права.

Не проводился по причине отсутствия информации о сформированном правовом обычае.

Как писал Канторович, сформированный правовой обычай является предпосылкой установления на его основании закона. Поскольку пчеловодство в России распространено издавна и повсеместно, то очевидно, что если ранее существовал сформированный правовой обычай, то он либо нашел свое закрепление в законодательстве, либо был известен в общественной практике. В частности, можно обратиться к историческим правовым памятникам. Так, в § 688 Свода Законов Российской империи

«Законы гражданские» было указано: «Владелец диких и других опасных животных обязан вознаградить за всякий причиненный кому-либо сими животными вред в здоровье или ущерб в имуществе, если он виновен в недосмотре за ними, или будет доказано, что принятые им меры предосторожности были явно недостаточны»⁵²⁴. В советскую эпоху вследствие господства государственной собственности существовавшие ранее правовые обычаи утратили свое значение. В постсоветский период продолжающийся процесс экономических структурных изменений не позволяет утверждать о сформировавшемся правовом обычае⁵²⁵.

Этап III. Анализ свободного зарождающегося явного права.

Судья должен обратиться к следующему по порядку – свободному зарождающемуся явному праву: определить, существуют ли законопроекты или принятые, но еще не вступившие силу законы, нормы которых восполняют обнаруженный пробел.

А теперь попытаемся обратиться к современной нормотворческой практике, а именно, прежде всего, к следующим двум документам:

1. Постановлению № 43-9 Межпарламентской Ассамблеи государств-участников СНГ «О модельном законе «Об ограниченных вещных правах»;
2. Законопроекту № 47538-6/5 (первое чтение) «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации».

Модельный закон «Об ограниченных вещных правах»⁵²⁶ вводит понятие «отрицательного сервитута» как права запрещать собственнику соседнего участка совершать определенные действия. В силу того, что Пчеловод пользуется своим, а не соседним земельным участком (п. 1 ст. 274 ГК РФ), при разрешении спора неприменимы нормы об отрицательном сервитуте.

⁵²⁴ Свод законов Российской Империи в 16 т.: Т. 10. ст. 133-134 [Электронный ресурс] : оф. сайт законодательства РФ. URL: <http://pravo.gov.ru/proxy/ips/?empire> (дата обращения: 20.03.2023).

⁵²⁵ Об этом напр.: Право собственности: актуальные проблемы / отв. ред. В.Н. Литовкин, Е.А. Суханов, В.В. Чубаров; Ин-т законод. и сравнит. правоведения. М., 2008. 731 с.

⁵²⁶ О модельном законе «Об ограниченных вещных правах» [Электронный ресурс] : Постановление Межпарламентской Ассамблеи государств-участников СНГ от 27 ноября 2015 г. № 43-9 // Информационный бюллетень. Межпарламентская Ассамблея государств-участников Содружества Независимых Государств. – 2016. - № 64 (часть 1). – СПС «Консультант Плюс».

Законопроект «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации» содержит нормы, регулирующие соседские права, согласно которым Садовод должен претерпевать «воздействие, исходящее с соседнего участка», которое не превышает установленных нормативов, а при их отсутствии – «разумных пределов». Только если «воздействие, исходящее с соседнего участка», превышает указанные пределы, Садовод вправе предъявить негативный иск⁵²⁷.

Таким образом, на третьем этапе были обнаружены искомые правовые нормы, упорядочивающие спорные соседские отношения. Вместе с тем в указанной норме выявлено понятие, требующее уточнения – «разумные пределы». Соответственно, по методологии Канторовича, для ответа на вопрос о наполнении его содержанием следует вновь обратиться к явному формальному праву (этап I). Так, исходя из состава имущества, на которое ни при каких обстоятельствах не может быть обращено взыскание, косвенно можно определить минимальный стандарт правовой защиты от любых притязаний, в том числе и соседских. Согласно абз. 6 ч. 1 ст. 446 ГПК РФ и ч.2 ст. 24 ГК РФ взыскание не может быть обращено на пчел, а также хозяйственные строения и сооружения, необходимые для их содержания, используемые для целей, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности⁵²⁸. Следовательно, указанное положение определяет неприкосновенность минимального количества пчел и требуемых сооружений, необходимых для существования самого Пчеловода и членов его семьи, тем самым определяя данным количеством пчел минимальный «разумный предел», с которым должен мириться Садовод.

⁵²⁷ О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации [Электронный ресурс] : законопроект № 47538-6/5 // оф. Сайт системы обеспечения законодательной деятельности. URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/47538-6> (дата обращения: 05.05.2023)ю

⁵²⁸ Принцип «неприкосновенности минимума имущества» был положен в основу Постановления Конституционного Суда РФ от 12.07.2007 № 10-П, в котором суд согласился с разработанным в доктрине принципом сохранения для должника и лиц, находящихся на его иждивении, необходимого уровня существования, с тем чтобы не оставить их за пределами социальной жизни, если результаты использования ими имущества являются основным источником их существования.

Поскольку норма о невозможности ограничения деятельности Пчеловода в пределах содержания им пчел для собственных нужд найдена, то в этой части спор можно считать разрешенным. Однако представляется очевидным, исходя из фабулы дела, что содержание 50 пчелосемей превышает допустимое для собственных нужд количество, что, скорее всего, связано с осуществлением Пчеловодом коммерческой деятельности.

Если допустить, что коммерческая деятельность Пчеловода полностью охватывается понятием «разумный предел», то следствием станет аналогичный ранее полученному при формально-логическом подходе результат, когда одна из сторон спора (Пчеловод), сохраняет за собой право вести деятельность без ограничений, тем самым повышая риск наступления неблагоприятных последствий для жизни и здоровья другой стороны (Садовода), что опять же нельзя признать справедливым. В связи с этим судье следует продолжить поиск нормы.

Этап IV. Анализ свободного зарождающегося неявного права.

Не проводился по причине отсутствия какой-либо определенной информации об обычаях, начавшихся формироваться из социальных практик.

Этап V. Анализ свободного желаемого явного права.

По методологии Канторовича судья должен обратиться к следующему «свободному желаемому явному праву» – неофициальным интерпретациям авторитетных правоведов, пользующихся уважением в профессиональном юридическом сообществе. Канторович полагал это возможным по аналогии с историческими примерами из римского права, когда ответы юристов как знатоков права (*responsa prudentium*) применялись в суде для разъяснения смысла закона.

В силу отсутствия у Канторовича критерия, по которому следует выбирать те или иные теории (за исключением критерия «справедливости и полезности», который, однако, с учетом большого объема имеющихся подходов в доктрине нельзя признать состоятельным) предлагается

процедура, прототипом которой является «*quaestiones disputatae*»⁵²⁹. Такой схоластический метод применялся с целью разрешения противоречий между текстами для выведения из них новых догм⁵³⁰. Так, Канторович считал необходимым для судьи не применять расширительное толкование, вводя в заблуждение, а найти норму права, как правило поведения в существующем естественно-историческом пространстве социума, в единстве социального бытия человека. Поэтому поиск «наиболее справедливой и полезной» нормы будет сконцентрирован на сочетании рациональных элементов нескольких концепций.

Так, можно обратиться к концепции Р. фон Иеринга о нормальной деятельности, соответствующей «критерию разумного терпения» соседей. Иеринг писал: «Если мой сосед страдает нервными расстройствами, это не повод для того, чтобы запретить мне играть на рояле, поскольку для нормальных людей такой шум вполне приемлем»⁵³¹. Подход Иеринга заключался в том, что игра на рояле, на основе господствующего тогда представления в обществе о нормальной деятельности, исходя из «принципа разумного терпения», должна быть признана судьей отвечающей допустимой степени беспокойства соседей, несмотря на наличие у кого-либо болезни, усиливающейся из-за громких звуков.

Схожая конфликтная ситуация была рассмотрена Р. Дворкиным. Согласно его подходу, спор одного лица, желающего «разучить одну пьесу для трубы как-то вечером»⁵³², со вторым, намеревающимся «поработать над алгеброй в соседней квартире»⁵³³, должен быть разрешен путем постановки вопроса об относительных издержках для каждого: если отказ от планов

⁵²⁹ Были специальным предметом исследования у Канторовича.

⁵³⁰ Ряд ученых высказывают мнение, что «*quaestiones disputatae*» были самым важным связующим звеном между письменным законом Юстиниана и его применением в судах его времени. Говоря о «*quaestiones disputatae*», Г. Берман отмечает: «историческая значимость этих вопросов как динамичного фактора в адаптации римского права к изменившимся и постоянно меняющимся взглядам и условиям была весьма велика». См.: Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования / пер. с англ.; 2-е изд. М., 1998. С. 150-151.

⁵³¹ Дождев, Д.В. Римское частное право. Учебник для вузов / под ред. В. С. Нерсисянца. М., 1996. С. 348.

⁵³² Дворкин Р. Империя права / пер. с англ. С. Мойсеев; под науч. ред. С. Коваль, А Павлова. М. 2020. С. 406.

⁵³³ Там же.

одного менее значим, чем отказ другого, то первому из них следует воздержаться или/и получить компенсацию от второго. Однако, если компромисс в данных обстоятельствах невозможен, то действия каждого должны минимизировать неравенство, чтобы «проигравший проиграл меньше»⁵³⁴. В данном случае общим критерием для минимизации Дворкин определяет денежные средства, «не потому что деньги важнее всего, но потому что они являются наиболее абстрактным, и соответственно наилучшим мерилom для установления того, кто из нас потеряет больше ресурсов в результате каждого из решений, которые мы можем принять»⁵³⁵. Поскольку оба лица имеют в распоряжении примерно равные средства, кажется разумным задать вопрос, кто больше заплатит: один – за тишину, или другой – за право музицировать. Дворкин пишет: «Это может звучать бездушно, выглядеть сведением радостей искусства и науки к деньгам, но это вполне возможный способ попытаться приблизительно измерить то, что мы хотим выявить: относительную важность двух видов деятельности для каждого из нас в рамках наших моделей того, что мы хотим делать со своими жизнями в целом»⁵³⁶.

Представляется, что из концепций Иеринга и Дворкина можно было бы вывести трансдуктивное суждение (осуществить перенос правила по аналогии) для разрешения спора. Однако существенным отличием данных примеров от рассматриваемого спора является то, что в них не учитывается вероятностный характер неблагоприятного события – несчастного случая.

Другая позиция, учитывающая вероятностный характер несчастного случая, была рассмотрена И.А. Покровским^{537,538}: «Об известной степени

⁵³⁴ Дворкин Р. Империя права / пер. с англ. С. Моисеев; под науч. ред. С. Коваль, А Павлова. М. 2020. С. 407.

⁵³⁵ Там же.

⁵³⁶ Там же. С. 408.

⁵³⁷ Как пишет А.Л. Маковский, труд И.А. Покровского «Основные проблемы гражданского права» может быть поставлен в один ряд с «Духом римского права» Р. Иеринга и «Чистым учением о праве» Г.Кельзена. См. подробнее: Маковский А.Л. Выпавшее звено / Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права; 8-е изд. М., 2020. С. 7.

⁵³⁸ Следует отдельно подчеркнуть, что И.А. Покровский негативно относился к свободному судебскому правотворчеству, вместе с тем, сам утверждал, что «юрист должен быть не только судьей и применителем права, а зачастую и творцом права, законодателем, хотя бы и не в формальном смысле. На его плечи сплошь

разложения вреда можно говорить, пожалуй, только при осуществлении “принципа конкретной справедливости” в связи с имущественной состоятельностью сторон: при известном соотношении имуществ, вред, действительно, может оказаться разложенным на плечи обоих заинтересованных лиц. [...] на этой идее разложения вреда покоится, как известно, весь институт страхования, который приобретает в современной жизни все более и более серьезное значение. Создавая некоторую солидарность и взаимопомощь между лицами, одинаково в известном отношении заинтересованными, этот институт гарантирует каждое отдельное из них от ударов случайности (огня, падежа скота и т.д.) и тем придает хозяйственной деятельности большую устойчивость и выносливость»^{539,540}.

Таким образом, на основе приведенных подходов можно сформулировать обобщающее правило: «если лицо осуществляет правомерную, но потенциально опасную для окружающих деятельность, то неблагоприятные последствия должны быть распределены между ними посредством института страхования».

Анализ свободного желаемого явного права позволил найти соответствующий реализационный механизм для конструирования нормы, необходимой для разрешения спора. На основе проведенного анализа, обозначившего общие идеи для ее формирования, судье следует приступить к самостоятельному конструированию регулятивной нормы.

Этап VI. Свободное желаемое неявное право.

и рядом возлагается обязанность выработать новую норму для вновь народившихся отношений». Цит. по: Маковский А.Л. Выпавшее звено / Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права; 8-е изд. М., 2020. С. 10.

⁵³⁹ Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права / вст. Статья А.Л. Маковского; 8-е изд. М., 2020. С. 189.

⁵⁴⁰ Отдельно следует отметить, что Покровский равным образом ссылается на труды немецких юристов. Он пишет об «идее повышения опасностей» (Gefährdungsprinzip) М. Рюмелина, которого некоторое время причисляли к сторонникам движения свободного права: «Тот, кто своей деятельностью повышает опасности для окружающих свыше обычного уровня, должен нести на себе и ответственность за это повышение». См. подробнее: Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права / вст. Статья А.Л. Маковского; 8-е изд. М., 2020. С. 187-188.

Соответственно, из общего правила можно дедуктивно составить транзитивную (интервальную) норму общего характера: «Если собственник земельного участка осуществляет правомерную, но потенциально опасную для собственника соседнего земельного участка деятельность в объеме большем, чем необходимо для личного потребления, то последствия наступления неблагоприятных событий для жизни и здоровья последнего вследствие несчастного случая должны быть распределены между ними посредством института страхования жизни и здоровья от несчастного случая⁵⁴¹»⁵⁴². Конкретная норма для решения спора между Садоводом и Пчеловодом могла бы иметь следующее содержание: «Если Пчеловод содержит пчел в объеме большем, чем необходимо для личного потребления, а его сосед – Садовод – страдает инсектной аллергией, то Пчеловод должен возмещать разумные расходы по заключенному в пользу соседа договору страхования жизни и здоровья от несчастного случая из-за воздействия пчел⁵⁴³. Стороны могут в будущем изменить условия страхования или отказаться от него по обоюдному согласию».

По всей видимости, посредством предлагаемой нормы через призму баланса интересов собственников соседних земельных участков, опираясь на категорию разумного вмешательства суда в сферу частной собственности, найдено правовое средство, обеспечивающее баланс неотчуждаемых благ между сторонами: сохранение способности к труду и признание ценности жизни и здоровья в целях достижения максимального общего блага⁵⁴⁴.

⁵⁴¹ Хотя, на первый взгляд, норма об имущественном страховании (пп. 2 п. 2 ст. 929 ГК РФ), предусматривающая возможность страхования риска ответственности по обязательствам, возникающим вследствие причинения вреда жизни, здоровью или имуществу других лиц, представляется более соответствующей предмету спора. Однако на практике ее применение может вызвать проблемы в связи с невозможностью доказать, что причинение вреда возникло из-за пчелы, имеющей отношение к Пчеловоду. Поэтому предпочтительнее избрать другой правовой механизм – личное страхование (ст. 934 ГК РФ).

⁵⁴² Это транзитивное (интервальное) нормативное суждение в дальнейшем даже может стать большей посылкой в силлогизме для разрешения других соседских споров, например, в споре из-за разведения растений, которые вызывают аллергию у соседа.

⁵⁴³ При распределении бремени несения расходов стоит принять во внимание, что Пчеловод осуществляет деятельность, связанную с получением прибыли, а потому может нести расходы с наименьшими издержками.

⁵⁴⁴ Предлагаемая норма обеспечивает, в том числе цель – общее благо (вторичная цель по Канторовичу). Общее благо от деятельности Пчеловода заключается в следующем: 1) в обеспечении биоразнообразия. По мнению ученых из НИУ ВШЭ: «В России численность пчел за последние 10 лет сократилась на 40%. При

Полученный результат, вероятно, мог бы быть самостоятельно выведен судьей, но этот процесс носил бы случайный характер. Тогда как предусмотренный судебной методологией Канторовича иерархично выстроенный процесс обнаружения нормы, по сути, допускает обращение судьи ко всему корпусу правовых правил с целью обнаружения необходимого решения и соотносящегося со всем сводом правил поведения, уже существующих в обществе.

В основании найденной нормы положен метод абдукции, строящийся на предположении от фактов/текстов к нормативному суждению⁵⁴⁵. Соответственно, использование метода выдвижения гипотезы должно завершиться ее проверкой. Иными словами, следует определить, насколько обнаруженный способ решения спора находит применение в реальной жизни. Как писал Канторович, это должно быть «то самое решение», которое «логически вытекает из других правил, действительность которых уже признана»⁵⁴⁶. Так, институт страхования находит отражение в нормах обязательного социального страхования от несчастных случаев на производстве, обязательного страхования гражданской ответственности перевозчика и т.д. Существование коллективного страхования, например,

сохранении данной тенденции пчелы могут исчезнуть как вид уже к 2035 г., что повлечет за собой невозможность разведения до 35% важнейших агрокультур и в целом вызовет глобальную экологическую катастрофу»; 2) в увеличении урожайности выращиваемых сельскохозяйственных культур, поскольку опыление является важным фактором повышения их урожайности, в котором доля медоносных пчел составляет 85-90%. Почти все плодовые и ягодные культуры – типичные энтомофильные растения, что исключает возможность опыления цветков собственной пылью; 3) в удовлетворении потребительского спроса на продукцию пчеловодства, которая помимо меда включает перечень из девяти видов продуктов; 4) в увеличении бюджетных поступлений, поскольку коммерческая деятельность подлежит налогообложению. См. подробнее: Новые Агроресурсовые технологии для сельского хозяйства [Electronic resource] : офиц. сайт НИУ ВШЭ. URL: <https://issek.hse.ru/trendletter/news/207696712.html> (дата обращения: 20.03.2023)

⁵⁴⁵ Относительно применения метода абдукции в юриспруденции А.П. Иванова пишет следующее: «Адаптация абдукции к праву может рассматриваться отчасти как стремление к познанию в области судебного разбирательства и юридической догматической дисциплины и отчасти как вклад в эпистемологию решения правовых вопросов». См. подробнее: Иванова А.П. Правовая аргументация: основные характеристики и стратегии рассуждения (Обзор) // Социальные и гуманитарные науки. Отечественная и зарубежная литература. Сер. 4, Государство и право: Реферативный журнал. 2021. №4. С. 164.

⁵⁴⁶ Kantorowicz H. U., Patterson E. W. Legal Science - A Summary of Its Methodology [Electronic resource]/ H.U. Kantorowicz// Columbia Law Review Association. 1928. Vol. 28. №. 6. P. 698. URL: https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents (дата обращения: 11.03.2023).

сотрудников во время выездных мероприятий или спортсменов⁵⁴⁷, свидетельствует о применении данного института и в социальной практике. Отдельно отметим наличие личного страхования жизни и здоровья от несчастных случаев, в том числе связанных с укусами животных или насекомых. При этом, под «несчастливым случаем», как правило, подразумевается внезапное, непредвиденное, кратковременное событие, повлекшее за собой телесное повреждение или смерть⁵⁴⁸.

Также необходимо проверить непротиворечивость полученной нормы с ранее сформированными правовыми позициями судов, что позволит утверждать о непротиворечивости сконструированной нормы с уже имеющимися судебными доктринами (по Канторовичу – с системой догм)⁵⁴⁹.

Анализ судебных доктрин⁵⁵⁰ в отношении полномочий судьи для восполнения обнаруженного в правовом регулировании пробела, включая применение гражданско-правового института страхования, доказал, что:

⁵⁴⁷ По информации страхового агентства «ГЕЛАКСИ страхование» в топ-3 продаваемых пакетов, по данным крупных страховых компаний, входит страховка сотрудников на время выездного корпоратива. См.: Официальный сайт страхового агентства «ГЕЛАКСИ страхование» [Электронный ресурс]. URL: <https://galaxyinsurance.ru/poleznoe/blog/korporativnaya-strahovka-ot-neschastnyih-sluchaev-top-3-byudjetnyih-sezonnyih-programm/> (дата обращения: 05.05.2023). Другой пример – коллективное страхование спортсменов, которым пользуются спортивные клубы и школы, для того, чтобы, оценивая занятия спортом и соревнования, как потенциально опасные для здоровья, освободить спортсменов или их родителей от материальных расходов. См.: Официальный сайт центра страхования выезжающих [Электронный ресурс]. URL: <https://www.insure.travel/sport/grupprovaya-strahovka-dlya-komandy> (дата обращения: 05.05.2023).

⁵⁴⁸ К примеру, такие программы страхования от несчастного случая жизни и здоровья есть в АО «АльфаСтрахование» и в СПАО «Ингосстрах». См.: Программу страхования АО «АльфаСтрахование» [Электронный ресурс]. URL: <https://www.alfastrah.ru/upload/iblock/ade/adeccf1611654463b14bef2875f27dbd.pdf> (дата обращения: 05.05.2023) или Программу страхования СПАО «Ингосстрах» [Электронный ресурс]. URL: <https://cdn.ingos.ru/docs/NcPravila.pdf> (дата обращения: 05.05.2023).

⁵⁴⁹ Как пишет Х. Гаджиев: «Судебная доктрина таким образом представляет собой подтвержденный авторитетом судебной власти испытанный подход к решению конкретных судебных дел в контексте достижений правовой науки и судебной практики, одновременно направленный на их развитие». Отмечая важную роль Конституционного Суда, он отмечает, что «формулируемая судебная доктрина окончательно оформляется решением вышестоящего суда, а в нашем случае — Верховного Суда, который окончательно в завершающей манере одобряет и формулирует ее или может отвергнуть как необоснованную. В обоих случаях решение путем опубликования преобразуется в рекомендуемый образец метода решения дела». См. подробнее: Гаджиев Х.И. Судебные доктрины и эффективность правоприменения // Журнал российского права. 2019. № 6. С. 21.

⁵⁵⁰ Важности судебной доктрины отмечает, например, Г.А. Гаджиев: «Судебные решения наряду с законами образуют так называемый “общественный капитал”, благодаря которому, т.е. с учетом этой юридической капитализации, страны выигрывают в экономической конкуренции в мире». См.: Г.А. Гаджиев Решения высших судов России как общественный капитал / Вестник моск. ун-та. сер. 11. право. 2015. № 1 материалы

1. Судья может выйти за пределы заявленных требований.

Существует противоречивая судебная практика о праве судьи выйти за пределы заявленного истцом требования. С одной стороны, в арбитражном суде, Постановление Пленума ВС РФ от 23.12.2021 № 46 закрепляет позицию, что судья не связан правовой квалификацией правоотношений, предложенной участниками дела. Например, при тех же фактических обстоятельствах арбитражный суд вправе внести изменения в правовую квалификацию, т.е. вместо норм о запрете деятельности обязать компенсировать расходы по договору страхования, т.е. изменение правовой квалификации требования либо его правового обоснования по общему правилу не является изменением предмета или основания иска⁵⁵¹. С другой стороны, в суде общей юрисдикции суд должен принимать решение по заявленным истцом требованиям и может выйти за их пределы лишь в ограниченном количестве случаев. Не исключено, что такой подход продиктован недавней инициативой ВС РФ о расширении профессионального представительства в гражданском процессе⁵⁵².

Однако в п. 9 Постановления Пленума ВС РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела 1 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» разъяснено, что, если при принятии искового заявления суд придет к выводу о том, что избранный истцом способ защиты права не может обеспечить его восстановление, данное обстоятельство не является основанием для отказа в принятии искового

международной научнопрактической конференции «судебная реформа в россии: прошлое, настоящее, будущее» (25 ноября – 2 декабря 2014 г.). С. 9.

⁵⁵¹ Согласно п. 25 вышеуказанного постановления: «Изменение правовой квалификации требования (например, со взыскания убытков на взыскание неосновательного обогащения) или правового обоснования требования (например, взыскания на основании норм о поставке на основании норм об обязательствах вследствие причинения вреда) не является изменением предмета или основания иска, за исключением случаев, когда истец при изменении правовой квалификации изменяет также требование (предмет иска) и ссылается на иные фактические обстоятельства (основание иска)».

⁵⁵² Пленум ВС РФ подготовил законопроект, в соответствии с которым участвовать в качестве представителей в гражданском процессе в суде первой инстанции смогут только лица, имеющие высшее юридическое образование: «Расширение института профессионального представительства для ведения дел в суде первой инстанции (изменения в статью 49 ГПК РФ). Указанное изменение направлено на реализацию конституционного права граждан на получение квалифицированной юридической помощи (статья 48 Конституции Российской Федерации)», — говорится в пояснительной записке к документу. См. подробнее: Официальный сайт Верховного суда РФ [Электронный ресурс]. URL: https://www.vsrp.ru/press_center/mass_media/31719/ (дата обращения: 05.05.2023).

заявления, а по смыслу ч. 1 ст. 196 ГПК РФ суд определяет, какие нормы права следует применить к установленным обстоятельствам. Также согласно позиции, содержащейся в п. 3 Постановления Пленума ВС РФ, Пленума ВАС РФ от 29.04.2010 № 10/22 «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав», Постановлении Президиума ВАС РФ от 24.07.2012 № 5761/12 по делу № А40-152307/10-69-1196⁵⁵³, в случае, если избранный способ защиты права не может обеспечить его восстановление или в случае ненадлежащего формулирования истцом способа защиты при очевидности преследуемого им материально-правового интереса, суд не должен отказывать в иске ввиду неправильного указания норм права, а обязан сам определить, из какого правоотношения возник спор и какие нормы подлежат применению.

Соответственно, существующая система догм не препятствует судье выйти за пределы заявленных требований и вместо запрета деятельности обязать Пчеловода компенсировать расходы по договору страхования.

2. Допустимо обременение собственника посредством института страхования для защиты жизни и здоровья третьих лиц⁵⁵⁴.

Дополнительная проверка сконструированной нормы определила, что она не противоречит существующей системе судебных доктрин (системе догм по Канторовичу), что подтверждает допустимость обременения Пчеловода обязанностью разделить с Садоводом последствия наступления

⁵⁵³ В силу п. 1 ст. 3 ФКЗ от 04.06.2014 № 8-ФКЗ «О внесении изменений в Федеральный конституционный закон “Об арбитражных судах в Российской Федерации”» и ст. 2 ФКЗ «О Верховном Суде Российской Федерации» разъяснения по вопросам судебной практики, данные Пленумом ВАС РФ, являются действующими и обязательными к применению до принятия соответствующих решений Пленумом ВС РФ.

⁵⁵⁴ Конституционный Суд РФ в Постановлении от 31.05.2005 № 6-П, принятого по делу о проверке Федерального закона от 25.04.2002 № 40-ФЗ «Об обязательном страховании гражданской ответственности владельцев транспортных средств», допускает обременение собственника посредством института страхования в пользу третьих лиц, как несение бремени содержания имущества, когда это обусловлено высокой степенью риска причинения вреда. Как указал суд: «Право собственности в пределах, определенных Конституцией Российской Федерации, предполагает не только возможность реализации собственником составляющих это право правомочий владения, пользования и распоряжения имуществом, но и несение бремени содержания принадлежащего ему имущества (ст. 210 ГК РФ). Для защиты прав потерпевших на возмещение вреда, причиненного их жизни, здоровью или имуществу при использовании транспортных средств иными лицами, в правовом социальном государстве с рыночной экономикой применяется институт страхования риска гражданской ответственности владельцев транспортных средств, основанный на принципе разделения ответственности».

неблагоприятного, но вероятностного события для жизни и здоровья последнего вследствие несчастного случая.

Для оценки релевантности полученного решения судья может также обратиться к современным научным доктринам. В частности, например, к идеям Г.А. Гаджиева, который на примере применения норм «соседского права» рассматривает комбинирование научных методов при поиске судебного решения. Гаджиев пишет о том, что судьи должны руководствоваться не только юридической, но и экономической логикой, прежде всего соображениями экономической эффективности⁵⁵⁵: «Судья должен достигать своим решением правовых целей, но наиболее экономичным, незатратным способом для всего общества»⁵⁵⁶. На примере анализа конкретного «соседского спора»⁵⁵⁷, в решении которого суд исходил из формально-логического подхода, Г.А. Гаджиев делает вывод, что «основной юридической идеей, которую необходимо иметь в виду при разрешении спора между соседями, является конституционный принцип охраны частной собственности, содержащийся в ч. 1 ст. 35 Конституции РФ в такой ее интерпретации, когда агрегируются как юридические, так и экономические соображения»⁵⁵⁸. Хотя анализируемые примеры не совпадают с обстоятельствами дела Садовода и Пчеловода, но общим способом защиты нарушенных прав был выбран негаторный иск, что делает приведенные выводы релевантными. Касательно судебной доктрины распределения рисков, Г.А. Гаджиев отмечает, что она основана на ряде идей: о том, что главные права действуют в сфере горизонтальных, частноправовых отношений; охрана частной собственности должна осуществляться так, чтобы при этом достигалось максимальное общее благо; необходимо учитывать экономическую логику при принятии судебных решений; нужно иметь

⁵⁵⁵ Гаджиев Г.А. Права и экономика (методология) : учебник для магистрантов / Г.А. Гаджиев. М. 2021. С. 33.

⁵⁵⁶ Там же. С. 99.

⁵⁵⁷ В рассматриваемом Г.А. Гаджиевым примере объектом посягательства являлся земельный участок, на котором возведена самовольная постройка, а не здоровье и жизнь соседа. См.: Там же. С. 236-237.

⁵⁵⁸ Гаджиев Г.А. Права и экономика (методология) : учебник для магистрантов. М. 2021. С. 237.

критерии, пользуясь которыми суд может определить какая же сторона может нести бремя от непредвиденных обстоятельств, бремя риска с наименьшими для общества издержками (такая цель представляет собой искомое общее благо)⁵⁵⁹.

Г.А. Гаджиевым были сформулированы идеи, которые могли бы оказаться для судьи «критериями общественной полезности» для окончательного решения о том, что найденная норма является наиболее правильным решением спора: 1) возможность установить обязанность одного соседа выплатить другому определенную денежную сумму, имеющую под собой экономическое основание, связанную с объектом посягательства; 2) воздерживаться от чрезмерно затратных для сторон решений; 3) возложить бремя несения возникающего риска на ту сторону, которая может его вынести с наименьшими издержками; 4) осуществить защиту прав так, чтобы при этом достигалось максимальное общее благо; 5) достигнуть правового и экономически целесообразного результата наименее затратным для всего общества способом.

Подводя итоги возможных размышлений судьи, которые были выстроены в соответствии с методологией Канторовича, можно оценить все возможные варианты разрешения спора между Пчеловодом и Садоводом:

1. Судья может оставить конфликт неразрешенным, отказав Садоводу в требовании. Основными издержками такого варианта решения спора, как указывалось ранее, является риск вытеснения конфликта во внеправовую сферу, увеличение числа вовлеченных в него субъектов, а также снижение доверия к государственным институтам и дальнейшее развитие конфликтной ситуации.

2. Суд, наоборот, может удовлетворить иск Садовода полностью, т.е. запретить Пчеловоду осуществлять пчеловодческую деятельность без компенсации расходов со стороны Садовода. Данное решение содержит в себе

⁵⁵⁹ Гаджиев Г.А. Права и экономика (методология) : учебник для магистрантов. М. 2021. С. 237.

толкование «contra legem», которое нарушает конституционные права Пчеловода, ст. 24 ГК РФ и ст. 446 ГПК РФ. Издержками при таком решении станут: снижение социального доверия и возрастание количества судебных споров, поскольку требования по негативному иску не имеют срока исковой давности⁵⁶⁰.

3. Суд также может частично удовлетворить иск Садовода, ограничив права Пчеловода на содержание пчел исключительно тем количеством, которое необходимо для его личных нужд с возложением на Садовода обязательства по выплате денежной компенсации Пчеловоду, поскольку обязательство по ликвидации пчел и ульев, возлагаемое на Пчеловода, не должно быть санкцией, т.е. безвозмездным для Садовода. В данном варианте основными издержками будут финансовые расходы Садовода и нарушение прав Пчеловода, осуществляющего разрешенную законом деятельность.

4. Суд может, отказав Садоводу, одновременно обязать Пчеловода возмещать Садоводу разумные расходы по договору страхования жизни и здоровья от несчастного случая. В этой ситуации в качестве издержек будет уменьшение размера получаемого дохода Пчеловодом из-за затрат на личное страхование Садовода.

Очевидно, что первый и второй варианты решения вызовут негативный социальный эффект, поскольку снизят доверие у целых общественных групп (Садоводов или Пчеловодов, в том числе занимающихся коммерческой деятельностью). Второй вариант нашел воплощение в актуальной российской практике. Так, фабула мысленного эксперимента была взята из Определения Судебной коллегии по гражданским делам ВС РФ от 23.11.2021 № 10-КГ21-9-К6⁵⁶¹.

⁵⁶⁰ Согласно ст. 208 ГК РФ, п. 7 Постановления Пленума ВС РФ от 29.09.2015 № 43.

⁵⁶¹ Хотя решение суда было вынесено по конкретному спору, но оно станет образцовым для решения аналогичных споров, что уже подтверждается, например, Определением Первого кассационного суда общей юрисдикции от 05.12.2022 № 88-27241/2022, в котором содержание пасеки вблизи с земельным участком лица, имеющего аллергическую реакцию на укусы пчел, судом было признано недопустимым.

При сравнении всех вариантов наиболее взвешенным и сбалансированным подходом, учитывающим все возможные обстоятельства и риски, представляется решение, полученное в результате мысленного эксперимента с применением судебной методологии Канторовича. Такое решение минимизирует максимальные потери, т.е. является минимаксным, оптимальным. Оно принято в пределах законодательных нормативных ограничений и на основании существующих социальных практик, а также согласуется с предшествующими судебными догмами. Также судебное решение должно способствовать росту доверия участников общественных отношений к государственным институтам и государству в целом⁵⁶². Соответственно, очевиден его социальный эффект, обусловленный методологическими новеллами, в свое время отстаивавшимися Г. Канторовичем.

Таким образом, полученное в результате использования судебной методологии Канторовича решение позволило судье сообразно пчеле Ф. Бэкона, в образе которой он видел союз опыта и рассудка⁵⁶³, найти баланс между теорией и практикой – то, к чему всю жизнь призывал Г. Канторович.

⁵⁶² Как пишет А.А. Аузан: «Доверие – это не только результат построения институтов, но и результат того, как мы понимаем этот мир [...] Вывод ученых состоит в том, что если бы уровень взаимного доверия, то есть положительный ответ на вопрос, можно ли доверять большинству людей, был бы в разных странах такой, как в Швеции, а в Швеции 60% людей положительно отвечают на вопрос «можно ли доверять большинству», то валовый продукт на душу населения в Англии был бы на 7% больше, в Германии — на 9%, в Чехии — на 40%, а в России — на 69%. И это очень большое воздействие на экономический рост». См.: Аузан А.А. Культурные коды экономики: Как ценности влияют на конкуренцию, демократию и благосостояние народа. М., 2022. С. 152. С точки зрения Ф. Фукуямы, экономический прогресс есть своего рода «награда» обществу за внутреннюю гармонию. Успех «самореализации» конкретного общества зависит не от рыночных принципов и не от приверженности традициям, но от «одного, распространившегося повсюду элемента культуры – уровня доверия, существующего в обществе». См.: Фукуяма Ф. Доверие: социальные добродетели и путь к процветанию / пер. с англ. М., 2004. С. 6.

⁵⁶³ Так, Ф. Бэкон отмечал важность совмещения эмпирических и догматических знаний: «Те, кто занимался науками, были или эмпириками, или догматиками. Эмпирики, подобно муравью, только собирают и довольствуются собранным. Рационалисты, подобно пауку, производят ткань из самих себя. Пчела же избирает средний способ: она извлекает материал из садовых и полевых цветов, но располагает и изменяет его по своему умению. Не отличается от этого и подлинное дело философии. Ибо она не основывается только или преимущественно на силах ума и не откладывает в сознание нетронутым материал, извлекаемый из естественной истории и из механических опытов, но изменяет его и перерабатывает в разуме. Итак, следует возложить добрую надежду на более тесный и нерушимый (чего до сих пор не было) союз этих способностей — опыта и рассудка». Бэкон Ф. Сочинения в 2 т.: Т. 2: Новый Органон или Истинные указания для истолкования природы / ред. и вступ. статья А.Л. Субботина. М., 1972. С.58-59.

Заключение

Реконструкция и исследование идей Г. Канторовича, основанных на постулатах движения свободного права, одним из основоположников которого он был, свидетельствуют о том, что, пытаясь преодолеть вечный конфликт позитивного (в узком смысле) и естественного права (в том числе в вопросе о разделительном тезисе), Канторович предложил альтернативный «третий путь»⁵⁶⁴, компромисс, не претендуя, но по сути стараясь найти «золотую середину» между указанными направлениями правовой мысли, тем самым только намечая в то время новый – интегративный путь – в теории права. В связи с этим ответ на вопрос об отнесении движения свободного права к естественно-правовым или позитивистским концепциям права не будет столь однозначным. Как прослеживается в тексте настоящей работы, концепция Г. Канторовича содержит в себе элементы различных концепций, построенных на их синтетическом единстве.

Признавая фактографичность права, настаивая на условном ограничении перечня правил поведения, на основании которых судья должен принимать решение, Канторович вместе с тем подчеркивал конституирующее влияние морали на право. Таким образом, усматривая, с одной стороны, цели и средства заполнения пробелов с позиций социологического подхода, а основание действительности правовой системы, с другой стороны, в современных естественно-правовых воззрениях⁵⁶⁵, можно допустить, на основании одного из возможных альтернативных вариантов реконструкции его идей, что свободное право Г. Канторовича по форме реализации может быть отнесено к социологическому позитивизму и по своему обоснованию – к

⁵⁶⁴ Как отмечает Е.В. Тимошина, обращаясь к позиции И.Ю. Козлихина, высказанной в работе «Интегральная юриспруденция: дискуссионные вопросы»: «как правило, авторы оперируют понятиями «интегральный», «интегративный» или «синтетический» как самоочевидными и синонимичными». См.: Тимошина Е.В. Как возможна теория права? Эпистемологические основания теории права в интерпретации Л.И. Петражицкого: монография / Е.В. Тимошина. М., 2012. С.90. В данном случае, говоря о «третьем пути», который принято понимать исключительно в смысле интегрального подхода, подразумевается синонимия понятий.

⁵⁶⁵ Наиболее идейно приближенный к подходу Г. Канторовича по вопросу основания действительности права можно найти у современного правоведа Р. Алекси и его концепции притязания права на правильность. См. подробнее: Алекси Р. Поднятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму) / пер. с нем. А. Лаптев, Ф. Кальшойер; науч. ред. Т. Яковлева. М., 2011. 192 с.

возрожденному естественному праву («естественному праву XX века»⁵⁶⁶, как писал сам Канторович).

Предваряя судебную методологию, как методологию исключительно практического свойства, Канторович разработал на базе своей идеи о теоретико-практической природе доктрины права методологию определения понятий. Им было введено требование к определению в виде его «полезности». Также его методология позволила по-новому взглянуть на номинальность и реальность определения понятий, тем самым подняв в юриспруденции Нового времени вопрос о ключевой роли языка как инструмента в действительности подвижного и субъективного. Можно даже сказать, что имя Канторовича вписывается в общее движение науки к «лингвистическому повороту».

Концепция судебной методологии Германа Канторовича выстроена на новых постулатах, обозначающих важность метаправовых оснований права, и оспаривает целесообразность использования в судебной доктрине исключительно формально-логического метода. Идеи Канторовича были направлены на изменение бытующего в то время восприятия права как оторванных от практических нужд юридических формул. Немецкий правовед активно выступал не только за сближение практического аспекта юриспруденции с теоретическим, но и с иными отраслями знаний, которые позволили бы раскрыть в судебном процесс проблематику спора наиболее полно, тем самым позволяя приблизить судебное решение к его идеалу – справедливому судебному решению. Все это позволяет говорить о формировании определенного комплекса предпосылок в научной среде, в которой уже тогда, на рубеже эпох, стали возникать изменения в парадигмальных установках теории судебной деятельности. Сам же подход Канторовича к судебной методологии, и юриспруденции в целом, позволил

⁵⁶⁶ Flavius G. Der Kampf um die Rechtswissenschaft [Electronic resource]. Heidelberg, 1906. S. 12 URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (дата обращения: 11.03.2023).

еще выявить шесть форм права, систематизировать и определить их в непротиворечивую иерархию, базирующуюся на идее последовательного применения правил в целях избежания правовых коллизий.

В ходе реконструкции основных положений правовой теории Канторовича было выявлено, что своей судебной методологией он первым наиболее полно в юриспруденции Нового времени концептуализировал механизм принятия судебного решения с позиций свободного права, признав взаимообусловленность правовых положений, доктрины, судебных решений, и социальных фактов. Такой вывод подкреплялся идеей целостности системы права, основанной на самогенерации, и признанием ключевой роли норм, выработанных социальной практикой.

Тезис Канторовича о самовосполнимости права базируется на разграничении формального права (статичного), свободного права (динамичного) и моральности правовой системы. Таким образом, естественность и позитивность права, по Канторовичу, существуют только во взаимодействии друг с другом. Эта связь является отношением непрерывной актуализации, имеющей своей целью эффективность правового регулирования в целях достижения идеала правосудия – справедливости.

Отражение непосредственной преемственности идей Канторовича нашло свое выражение не только в рамках англо-американской правовой системы, в которой они были открыто признаны⁵⁶⁷, но и в теоретической и практической юриспруденции континентального права, что позволяет ставить вопрос как об уникальности методологии Канторовича, так и об ее универсальности. Допускается возможность применения этой методологии, с одной стороны, в рамках любой правовой системы и, с другой стороны, независимо от исторической эпохи (данный вывод можно сделать на основе

⁵⁶⁷ Его теория, сформулированная в континентальной правовой системе, была осмыслена и радикализована представителями американского правового реализма.

результатов мысленного эксперимента, который базируется на современном законодательстве Российской Федерации).

Таким образом, правовое учение Канторовича было не только вписано в общетеоретический дискурс, намечавшийся еще в условиях господства идей этатистского юридического позитивизма, но и нашло свое идейное развитие в современных теоретических, философско-правовых концепциях, а также привлекло пристальное внимание представителей судебного корпуса в разных странах.

Список использованной литературы

I. Источники на иностранных языках

1. Flavius, G. Der Kampf um die Rechtswissenschaft [Electronic resource] / G. Flavius. – Heidelberg : Carl Winter's Universitätsbuchhandlung, 1906. – 51 s.
– Режим доступа: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html.
2. Kantorowicz, H. Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik [Electronic resource] / H. Kantorowicz. – Berlin : J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung GmbH, 1907. – Bd. 1. – Режим доступа: <https://archive.org/details/albertusgandinu00kantgoog/page/n21/mode/2up?q=Praxis>.
3. Kantorowicz, H. U. Ausgabe von Max Conrats Schrift, Römisches Recht im frühesten Mittelalter // Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteillung. 1913. Vol 34. S. 13-45.
4. Kantorowicz, H. Der Begriff des Rechts / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. – Göttingen : Vanderhoeck & Ruprecht in Göttingen, 1963. – 114 s.
5. Kantorowicz, H. Der Geist der englischen Politik und das Gespenst der Einkreisung Deutschlands / H. Kantorowicz. – Berlin : Ernst Rowohlt, 1929. – 504 s.
6. Kantorowicz, H. Der Völkerbund im Jahre 1922 // Zeitschrift für Politik. 1924. Vol 13. 65-78 s.
7. Kantorowicz, H. Die Contra-Legem Fabel / H. Kantorowicz // Deutsche Richterzeit. – 1911. – № 258.
8. Kantorowicz, H. Fechenbachurteil und Kriegsschuldfrage // Die Friedens-Warte. 1925. Vol. 25, № 5. 142-145 s.
9. Kantorowicz, H. Geschichte des Gandinustextes. Teil 1 [Electronic resource] // Zeitschrift Der Savigny-Stiftung Für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung. 1921. Vol 42 (1). S. 1–30. DOI 10.7767/zrgra.1921.42.1.1

10. Kantorowicz, H. *Hinter den Kulissen von Versailles* / H. Kantorowicz // *Das Tagebuch*. – 1921. – Heft 50 (2). – S. 1542-1547.
11. Kantorowicz, H. U. *La Lotta per la Scienza del Diritto* / H. U. Kantorowicz; con prefazione e note del giudice R. Majetti // Milano, Palermo, Napoli : Sandron, 1908. – 40 p.
12. Kantorowicz, H. U., Patterson E. W. *Legal Science – A Summary of Its Methodology* [Electronic resource] / H. U. Kantorowicz // *Columbia Law Review Association*. – 1928. – Vol. 28, №. 6. – P. 679-707 – Режим доступа: https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents.
13. Kantorowicz, H. U. *Max Conrat (Cohn) und die mediävistische Forschung* / H. Kantorowicz. – H. Böhlau Nachf., 1912. – 67 s.
14. Kantorowicz, H. *Pazifismus und Fascismus* // *Die Friedens-Warte*. 1925. Vol. 25, № 7. P. 199-202.
15. Kantorowicz, H. U. *Rechtswissenschaft und Soziologie* / H. U. Kantorowicz. – Tübingen : Verlag von J. C. B. Mohr, 1911. – 35 s.
16. Kantorowicz, H., *Some Rationalism about Realism* [Electronic resource] / H. Kantorowicz // *Yale Law Journal*. – 1934. – Issue 8, Vol. 43. – P. 1240-1253. –
Режим доступа:
https://proxy.library.spbu.ru:4166/HOL/Page?public=true&handle=hein.journals/ylr43&div=69&start_page=1240&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults.
17. Kantorowicz, H. *The Definition of Law* / edit. by A. H. Campbell, introduction by A. L. Goodhart. – Cambridge : at the University Press, 1958. – 113 p.
18. Kantorowicz, H. *The Concept of the State* / H. Kantorowicz // *Economica*. – 1932. – № 35. – P. 1-21.
19. Kantorowicz, H. U. *Zu den Quellen des Schwabenspiegels*. // *Neues Archiv der Gesellschaft für ältere deutsche Geschichtskunde*. 1913. Vol. 38. S. 688-700.

20. Kantorowicz, H. U. Zur Lehre vom Richtigen Recht / H. U. Kantorowicz // Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie. – 1908/1909. – Vol. 2, №1. – P. 42-74.
21. Zwymann, K. Das Georgesche Gedicht / K. Zwymann. – Berlin: Dr. John Edelheim Verlag, 1902. – 153 s.

II. Книги на русском языке

22. Адыгезалова, Г. Э. Социологическая юриспруденция США в XX веке. Формирование доктрины, развитие и совершенствование правопорядка / Г. Э. Адыгезалова. – Санкт-Петербург : Юридический центр Пресс, 2012. – 270 с.
23. Алекси, Р. Понятие и действительность права: ответ юридическому позитивизму / пер. с нем. А. Лаптев, Ф. Кальшойер; перд, сост. В. Бергман; науч. ред. Т. Яковлева. – Москва : Инфотропик Медиа, 2011. – 192 с.
24. Антология мировой правовой мысли : в 5 т. / под ред. О. А. Жидкова. – Москва : Мысль, 1999. – 3 т.
25. Аузан, А. А. Культурные коды экономики: Как ценности влияют на конкуренцию, демократию и благосостояние народа / А. А. Аузан. — Москва : АСТ, 2022. – 160 с.
26. Белов, В. А. Гражданское право. Т. 1. Общая часть. Введение в гражданское право : учебник для бакалавриата и магистратуры / В. А. Белов. — изд. 3-е, перераб. и доп. – Москва : Издательство Юрайт, 2016. — 622 с.
27. Берман, Г. Вера и закон: примирение права и религии / пер. с англ. Д. Шабельникова, М. Тименчика. – Москва : Ad Marginem, 1999. – 431 с.
28. Берман, Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования / пер. с англ. — изд. 2-е — М.: Изд-во МГУ: Издательская группа ИНФРА- М — НОРМА, 1998. — 624 с.

29. Бэкон, Ф. Сочинения в 2 т: Т. 2: Новый Органон или Истинные указания для истолкования природы / ред. и вступ. статья А.Л. Субботина. – М. : Мысль, 1972. – 575 с.
30. Большой энциклопедический словарь [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <https://dic.academic.ru/dic.nsf/enc3p/226222>.
31. Большая российская энциклопедия [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <https://bigenc.ru/c/sanktsiia-v-prave-e674a1>.
32. Васьковский, Е. В. Избранные работы польского периода / Е. В. Васьковский. – Москва : Статут, 2016. – 640 с.
33. Виндшейд, Б. Учебник пандектного права. Т. I : Общая часть / пер. с нем., под ред. С. В. Пахмана. – Санкт-Петербург : Изд-во А. Гиероглифова и И. Никифора, 1874. — 361 с.
34. Гаджиев, Г. А. Права и экономика (методология) : учебник для магистрантов / Г. А. Гаджиев. – Москва : НОРМА : ИНФРА-М, 2021. – 256 с.
35. Дворкин, Р. Империя права / пер. с англ. С. Моисеева; под науч. ред. С. Коваль, А. Павлова. – Москва : Издательство Института Гайдара, 2020. – 592 с.
36. Дворкин, Р. О правах всерьез / пер. с англ. М. Д. Лахути, Л. Б. Макеевой. – Москва : РОССПЭН, 2004. – 389 с.
37. Дождев, Д. В. Римское частное право : учебник для вузов / под ред. В. С. Нерсесянца. — Москва : Издательская группа ИНФРА • М – НОРМА, 1996. – 704 с.
38. Еллинек, Г. Право современного государства. Т. 1 : Общее учение о государстве / Г. Еллинек; пер. под ред. В. М. Гессена, Л. В. Шалланда. — Санкт-Петербург : Изд. Товарищества «Общественная Польза», 1903. — 532 с.
39. Завадский, А. В. К учению о толковании гражданских законов : Новейшие течения по этому вопросу в немецкой лит. (шк. свобод. права

- и др.) / А. В. Завадский; под ред. и с предисл. А. Симолина. – Казань : типо-лит. Имп. ун-та, 1916. – 168 с.
40. Звегинцев, В. А. Предложение и его отношение к языку и речи / В. А. Звегинцев. – Москва : Изд-во Моск. ун-та, 1976. – 307 с.
41. Иеринг, Р. Борьба за право / Р. Иеринг. – Киев : Типография А. К. Брун, 1893. – 96 с.
42. Иеринг, Р. Юридическая техника / сост. и прим. А. В. Поляков, пер. с нем. Ф. С. Шендорф. – Санкт-Петербург, 2014. – 130 с.
43. Иеринг, Р. Юридическая техника [Электронный ресурс] / Р. Иеринг. – Санкт-Петербург, 1905. – 105 с. – Режим доступа : <https://worldconstitutions.ru/?p=1565>.
44. История правовых и политических учений : учебник / отв. ред. В. В. Лазарев. – изд. 3-е, испр. и доп. – Москва : Юр. Норма, НИЦ ИНФРА-М, 2019. – 800 с.
45. История политических и правовых учений : учебник / под ред. О. Э. Лейста. – Москва : Зерцало, 2000. – 688 с.
46. Кант, И. Критика чистого разума / пер. с нем. Н. Лосского, под ред. Ц. Г. Арзаканяна, М. И. Иткина; примеч. Ц. Г. Арзаканяна. – Москва : Мысль, 1994. – 591 с.
47. Канторович, Я. А. Средневековые процессы над ведьмами. Процессы над животными / Я. А. Канторович. – Санкт-Петербург, 1898. – 200 с.
48. Карапетов, А. Г. Борьба за признание судебного правотворчества в европейском и американском праве / А. Г. Карапетов. – Москва : Статут, 2011. – 308 с.
49. Кардозо, Б. Н. Природа судейской деятельности / пер. с англ., вступ. слово С. Л. Савельев, предисловие А. Г. Карапетова. – Москва : Статут, 2017. – 112 с.
50. Кельзен, Г. Чистое учение о праве / пер. с нем. М.В. Антонова, С.В. Лёзова. – изд. 2-е. — Санкт-Петербург : Алеф-Пресс, 2015. — 542 с.

51. Корстенс, Г. Суды и верховенство права. Взгляд из Нидерландов / пер. с англ. Д. Шабельникова. – изд. 2-е. – Москва, Челябинск : Социум, 2022. – 282 с.
52. Луковская, Д. И. Политические и правовые учения: историко-теоретический аспект / Д. И. Луковская. – Л. : Изд-во ЛГУ, 1985. – 161 с.
53. Моисеев, С. В. Философия права : курс лекций / С. В. Моисеев. — Новосибирск : Сиб. унив. изд-во, 2003. — 203 с.
54. Монтескье, Ш. Л. О духе законов / Ш. Л. Монтескье; пер. А. Матешука // М. : Мысль, 1999. – 674 с.
55. Новейший философский словарь [Электронный ресурс] / сост. А. А. Грицанов. — Мн.: Изд. В.М. Скакун, 1998. – 896 с. – Режим доступа: <https://kph.ffs.npu.edu.ua/ebook/tpft/data/WOLG%20%23%201/1088.%20%CD%E2%E5%E9%F8%E8%E9%20%F4%E8%EB%EE%F1%EE%F4%F1%EA%E8%E9%20%F1%EB%EE%E2%E0%F0%FC/%CD%E2%E5%E9%F8%E8%E9%20%F4%E8%EB%EE%F1%EE%F4%F1%EA%E8%E9%20%F1%EB%EE%E2%E0%F0%FC.pdf> (npu.edu.ua).
56. Остин, Дж. Определение области юриспруденции. Курс лекций по юриспруденции «Философии позитивного права». Ч. 1. О пользе изучения юриспруденции / под науч. ред. А. М. Михайлова; вступ. статья А. М. Корженяк, А. П. Зройчиковой; пер. с англ. А. М. Корженяк, А. П. Зройчиковой, С. Н. Касаткина. – Санкт-Петербург : Алетейя, 2022. – 472 с.
57. Покровский, И. А. Основные проблемы гражданского права / И. А. Покровский. – Москва : Статут (в серии «Классика российской цивилистики»), 1998. – 353 с.
58. Право собственности: актуальные проблемы / отв. ред. В. Н. Литовкин, Е. А. Суханов, В. В. Чубаров; Ин-т законод. и сравнит. правоведения. – Москва : Статут, 2008. – 731 с.

59. Райл, Г. Р. Понятие сознания / пер. с англ. – Москва : Идея-Пресс, Дом интеллектуальной книги, 1999. – 408 с.
60. Симонов, В.В. Общая история церкви [Электронный ресурс] : в 2 т. Т.1. Кн. 2. / В. В. Симонов. – Режим доступа: https://azbyka.ru/otechnik/Istorija_Tserkvi/obshhaja-istorija-tserkvi-tom-1-kniga-2/12.
61. Словарь «Античные писатели» [Электронный ресурс] / сост. М. В. Белкин, О. Плахотская. – Санкт-Петербург : Лань, 1998. – 448 с. – Режим доступа: <http://niv.ru/doc/dictionary/ancient-writers/fc/slovar-212.htm#zag-627>.
62. Словарь военных терминов / сост. А. М. Плехов, С. Г. Шапкин. – Москва : Воениздат, 1988. – Режим доступа: <http://endic.ru/ozhegov/Bitva-1751.html>.
63. Словарь по римскому праву / В. В. Пиляева. – изд. 2-е. – Москва, 2014. – 160 с.
64. Соколов, А. В. Общая теория социальной коммуникации : учебное пособие. – Санкт-Петербург : Изд-во Михайлова В. А., 2002. – 461 с.
65. Социокультурная антропология права : коллективная монография / под ред. Н. А. Исаева, И. Л. Честнова. – Санкт-Петербург : Алеф-Пресс, 2015. – 840 с.
66. Стратегии судебного толкования и принципы права: учебное пособие / Е. В. Тимошина [и др.]; под ред. Е. В. Тимошиной. – Санкт-Петербург : Изд-во С.-Петребруг. ун-та, 2022. – 362 с.
67. Тимошина, Е.В. Как возможна теория права? Эпистемологические основания теории права в интерпретации Л. И. Петражицкого: монография / Е. В. Тимошина. – Москва : Юрлит информ, 2012. – 296 с.
68. Тонков, Е. Н. Правовой реализм : монография / Е.Н. Тонков, Д.Е. Тонков. – Санкт-Петербург : Алетейя, 2022. – 464 с.

69. Философия права. Словарь / под ред., сост. В. Н. Жукова. – изд. 2-е, дораб. и доп. – Москва : Мир философии. Алгоритм, 2021. – 904 с.
70. Фукуяма, Ф. Доверие: социальные добродетели и путь к процветанию / Ф. Фукуяма; пер. с англ. — Москва : АСТ, Ермак, 2004. — 730 с.
71. Харт, Г. Л. А. Философия и язык права / сост., общ. ред., вступ. сл. В. В. Оглезнев, В. А. Суровцев. – Москва : Канон+РООИ «Реабилитация», 2017. – 384 с.
72. Хук, М. Правовая коммуникация / пер. с англ. М. В. Антонов, А. В. Поляков. – Санкт-Петербург : Издательский дом С.-Петерб. гос. ун-та, Университетский издательский консорциум, 2012. – 288 с.
73. Шершеневич, Г. Ф. О чувстве законности : публичная лекция, читанная 10 марта 1897 г. / введ. замеч. Ю. Н. Старилова. – Воронеж : Издательский дом ВГУ, 2018. – 36 с.
74. Шершеневич, Г. Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.) / вступ. статья Е. А. Суханова. – Москва : СПАРК, 1995. – 556 с.
75. Штейнберг, И. З. Что такое «движение свободного права»? (Закон и судья) : доклад в Моск. юр. обществе / И. З. Штейнберг. – Москва : тип. Поманский и Запольский, 1914. – 29 с.
76. Эрлих, О. Основоположение социологии права / пер. с нем. М. В. Антонова; под ред. В. Г. Графского, Ю. И. Гревцова. — Санкт-Петербург : Университетский издательский консорциум, 2011. – 704 с.
77. Юм, Д. Сочинения : в 2 т. Т. I / пер. с англ. С. И. Церетели [и др.]; вступ. статья А. Ф. Грязнова; примеч. И. С. Нарского. – изд. 2-е, дополн. и испр. – Москва : Мысль, 1996. – 733 с.

III. Книги на иностранных языках

78. Adickes, F. Zur Lehre von den Rechtsquellen insbesondere über die Vernunft und die Natur der Sache als Rechtsquellen und über das Gewohnheitsrecht / F. Adickes. – Cassel und Göttingen : Verlag von Georg H. Wigand. 1872, – 81 s.

79. Augsberg, I. Hermann Kantorowicz' Begriff des Rechts und der Rechtswissenschaft [Electronic resource] / I. Augsberg, S. Lettmaier, R. Meyer-Pritzl, – DOI 10.1628/978-3-16-159799-2.
80. Austin, J. Lectures on jurisprudence : The philosophy of positive law [Electronic resource] / J. Austin. – London : John Murray, Albemable Street, 1885. – 504 s. – Режим доступа: <https://archive.org/details/lecturesonjuris00campgoog/page/294/mode/2up>.
81. Bergbohm, K. Jurisprudenz und Rechtsphilosophie : kritische Abhandlungen. Bd. 1: Einleitung. Abh. 1: Das Naturrecht der Gegenwart / K. Bergbom. – Leipzig : Verlag von Duncker und Humblot, 1892. – XVI, 566 s. – Режим доступа: <https://archive.org/details/jurisprudenzund00berggoog/page/n587/mode/2up>.
82. Dagan, H., The Realist Conception of Law : In Reconstructing American Legal Realism & Rethinking Private Law Theory [Electronic resource] / H. Dagan. – DOI 10.1093/acprof:oso/9780199890699.003.0002.
83. Ehrlich, E. Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft : Vortrag, gehalten in der juristischen Gesellschaft in Wien am 4. März 1903 [Electronic resource] / E. Ehrlich. – Leipzig : C. L. Hirschfeld, 1903. – 40 s. – Режим доступа: <https://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/ehrich1frei.html>.
84. Fuchs, E. Gesammelte Schriften über Freirecht und Rechtsreform 1970-1975 : 20 kleinere Aufsätze, Besprechungen, Ehrungen und Nachrufe : in 3 Bd. / herausgegeben von Albert S. Foulkes. – Aalen, 1975. – 448 s.
85. Holmes, O.W. The Common Law [Electronic resource] / ed. by P. J. S. Pereira, D. M. Beltra. – Toronto : University of Toronto Law School. Typographical Society, 2011. – 381 p. – Режим доступа: <http://www.general-intelligence.com/library/commonlaw.pdf>.
86. Juristisches Wörterbuch [Electronic resource] / Gerhard Köbler. – 14 Aufl., neubearb. – München : Verlag Franz Vahlen GmbH, 2004. – 596 s. – Режим

доступа: <https://www.agmiw.org/wp-content/uploads/2016/05/Köbler-Juristisches-Wörterbuch-.Auflage.pdf>.

87. Mayer, M. E. Rechtsnormen und Kulturnormen / M. E. Mayer // Breslau : Schletter'sche Buchhandlung, 1903. – 156 S.

88. Muscheler, K. Hermann Ulrich Kantorowicz: Eine Biographie / K. Muscheler. – Berlin : Duncker und Humblot, 1984. – 129 s.

89. Ogden, C. K. The Meaning of Meaning: A Study of the Influence of Language upon Thought and of the Science of Symbolism / C. K. Ogden, I. A. Richards; with essay by B. Malinowski and F. G. Crookshank. – New York : Harcourt, Brace & World, Inc., 1923. – 363 p.

90. Silberg, S. Hermann Kantorowicz und die Freirechtsbewegung / S. Silberg. – Berlin : Logos Verlag Berlin, 2004. – IX, 175 s.

91. Stammler, R. Die Lehre von richtigen Rechte. [Electronic resource] / R. Stammler. – Berlin : J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung GmbH, 1902. – 647 s.

– Режим доступа:
<https://archive.org/details/dielehrevondemr00stamgoog/page/n7/mode/2up>

92. Stammler, R. The Theory of Justice [Electronic resource] / R. Stammler. – New York : The Macmillan Company, 1925. – 591 s. – Режим доступа:
<https://archive.org/details/RudolfStammler1925TheTheoryOfJustice/mode/>

93. Wolff, K. H. The Sociology of Georg Simmel [Electronic resource] / K. H. Wolff. – Glencoe, Illinois : The Free Press, 1950. – 445 p. – Режим доступа:
<https://archive.org/details/sociologyofgeorg030082mbp/mode/2up> .

IV. Научные статьи на русском языке

94. Антонов, М. В. Об интегральной юриспруденции и энциклопедии правоведения / М. В. Антонов // Энциклопедия правоведения или интегральная юриспруденция? Проблемы изучения и преподавания – Москва, 2013. – С. 88—98.

95. Антонов, М. В. Ойген Эрлих : живое право против правового плюрализма? / М. В. Антонов // Правоведение. – 2013. – №1 (306). – С. 157-181.
96. Антонов, М. В. Путь и перспективы правового учения Ойгена Эрлиха / М. В. Антонов // Право. Журнал Высшей школы экономики. – 2012. – №4. – С. 39-50.
97. Антонов, М. В. Социология права Ойгена Эрлиха // Правоведение. – 2008. – № 6. – С. 128-137.
98. Антонов, М. В. Социология права: рождение новой научной дисциплины / М. В. Антонов // Основоположение социологии права. – Санкт-Петербург : Университетский издательский консорциум, 2011. – С. 9-63.
99. Антонов, М. В. Интеграция знания о праве и обществе в творчестве Ойгена Эрлиха / М. В. Антонов // Государство и право. – 2011. – №1. – С. 79-87.
100. Бородин, Е. А. Теория «живого права» в системе современного российского правопонимания / Е. А. Бородин // Философия права. – 2014. – № 2 (14). – С. 64-70.
101. Бублик, В. А. Основные тенденции современного реформирования гражданского законодательства РФ: общая характеристика, онтологические и гносеологические основания, отдельные виды / В. А. Бублик, М. Н. Семякин. – DOI 10.17072/1995-4190-2020-50-705-737.
102. Второй съезд германских судей // Еженед. юр. газета Право. – 1911. – № 43. – С. 2377.
103. Гаджиев, Г. А. Решения высших судов России как общественный капитал / Г. А. Гаджиев // Вестник Московского ун-та. Серия 11. Право. – 2015. – № 1. – С. 3-16.

104. Гаджиев, Х. И. Судебные доктрины и эффективность правоприменения / Х. И. Гаджиев – DOI 10.12737/jrl.2019.6.2.
105. Зенн, М. История права – культурно-исторический очерк / пер. с нем. Т. М. Ключановой; под ред. С. Раас. – изд. 4-е, перераб. и доп. – Санкт-Петербург : Изд-во Юридического Института, 2016. – 530 с.
106. Иванова, А. П. Правовая аргументация: основные характеристики и стратегии рассуждения (Обзор) / А. П. Иванова // Социальные и гуманитарные науки. Отечественная и зарубежная литература. Сер. 4, Государство и право: Реферативный журнал. – 2021. – №4. – С. 160-169.
107. Касаткин, С. Н. Проект определения правовых понятий и концептуальный статус международного права: доктрина Герберта Харта / С. Н. Касаткин // Вестник Самарской гуманитарной академии. Серия Право. – 2013. – № 2 (14). – С. 27-35.
108. Кельзен, Г. Основоположение социологии права / Г. Кельзен // Основоположение социологии права. – Санкт-Петербург : Университетский издательский консорциум, 2011. – С. 595-637.
109. Кельзен, Г. Реплика / Г. Кельзен // Основоположение социологии права. – Санкт-Петербург : Университетский издательский консорциум, 2011. – С. 645-649.
110. Кельзен, Г. Заключительное слово / Г. Кельзен // Основоположение социологии права. – Санкт-Петербург : Университетский издательский консорциум, 2011. – С. 651-652.
111. Ковкель, Н.Ф. Особенности формирования и развития правовой лингвистики в российской дореволюционной, советской и постсоветской юриспруденции / Н.Ф. Ковкель // Научные труды Белорусского государственного экономического университета : юбилейный сборник. – Вып. 6. – С. 490-497.

112. Крыштоп, Л. Э. Христиан Томазий о религии и морали: начало Просвещения в Германии / Л. Э. Крыштоп // История философии. – 2017. – Т. 22, № 2. – С. 29–43.
113. Куликова, М. С. Герман Канторович и школа свободного права: европейские корни американского правового реализма / М. С. Куликова // Общество: Политика, Экономика, Право. – 2021. – № 5 (94). – С. 72-74.
114. Куликова, М. С. Идея судебного правотворчества в работе Германа Канторовича «Битва за юриспруденцию» (Der Kampf um die Rechtswissenschaft) / М. С. Куликова // VOX JURIS. ГЛАС ПРАВА. – 2019. – № 1(4). – С. 125-129.
115. Куликова, М. С. Методология Германа Канторовича и классификация юридических наук / М. С. Куликова // Международный юридический журнал. – 2023. – Том 6, № 3. – С. 150-154.
116. Куликова, М. С. Справедливость судебного решения в рамках социологического подхода к праву: из истории правовой мысли / М. С. Куликова // Евразийский юридический журнал. – 2022. – № 5 (168). – С. 90-92.
117. Куликова, М. С. Учение о свободном праве Г. Канторовича – поиск баланса в судебной методологии / М. С. Куликова // Правоприменение в публичном и частном праве: материалы Международной научной конференции. – 2022. – С. 311-315.
118. Ладов, В. А. Язык в системе искусственного интеллекта: синтаксис и семантика / В. А. Ладов // Гуманитарная информатика. – 2004. – № 1. – С. 72-80.
119. Лазерсон, М. Я. Свободное судебское усмотрение / М. Я. Лазерсон // Еженед. юр. газета Право. – 1911. – № 52. – С. 2967-2974.
120. Лисанюк, Е. В. Логические аспекты презумпций системности права / Е. В. Лисанюк // Правоведение. – 2014. – № 1 (312). – С. 43-54.

121. Лосев, А. Ф. Хаос и структура / сост. А. А. Тахо-Годи, В. П. Троицкий, общ. ред. А. А. Тахо-Годи, В. П. Троицкого. – Москва : Мысль, 1997. – 831 с.
122. Лукин, Ю. М. Австрийский устав гражданского судопроизводства 1895 г. и судебная система Австрии: история и концептуальные основы [Электронный ресурс] / Ю. М. Лукин // Вестник гражданского процесса. – 2014. – № 6. – Режим доступа: <https://wiselawyer.ru/poleznoe/90458-avstrijskij-ustav-grazhdanskogo-sudoproizvodstva-1895-sudebnaya-sistema?>.
123. Луковская, Д. И. Идеальный судья в правовом учении Германа Канторовича / Д. И. Луковская, М. С. Куликова // Судебная правовая политика в России и зарубежных странах : коллективная монография. – 2019. – С. 413-421.
124. Луковская, Д. И. Об эволюции взглядов на судебское право во французской юриспруденции (конец XVIII – первая четверть XX в.) / Д. И. Луковская // Правоведение. – 2014. – № 4 (315). – С. 237-250.
125. Луковская, Д. И. Предмет и методология истории политических и правовых учений / Д. И. Луковская // Правоведение. – 2007. – № 3. – С. 197–211.
126. Луковская, Д. И. Свободное право: выход ли из правового кризиса? (по работе Г. Канторовича «Немного рационализма о реализме») / Д. И. Луковская, М. С. Куликова // Кризисные явления в праве: теория, история, пути преодоления : коллективная монография. – 2021. – С. 124-132.
127. Мартишина, Н. И. Мысленный эксперимент в философии права / Н. И. Мартышина // Научный вестник Омской академии МВД России. – 2013. – №3 (50). – С. 55-59.
128. Муромцев, С. А. Суд и закон в гражданском праве / С. А. Муромцев // Юридический Вестник. – 1880. – Кн. 11. – С.377-393.

129. Оглезнев, В. В. В каком смысле определения могут быть истинными или ложными: о работе А. Папа «Теория определений» / В. В. Оглезнев, В. А. Суровцев // Вестник Томского государственного университета. Философия. Социология. Политология. – 2017. – № 38. – С. 283-295.
130. Пахман, С. В. О современном движении в науке права : речь, произнесенная в годовом собрании юридического общества, состоявшегося при Санкт-Петербургском университете, 14 февраля 1882 года / С. В. Пахман. – Санкт-Петербург : Типография Правительствующего Сената, 1882. – 36 с.
131. Поппер, К. Миф концептуального каркаса [Электронный ресурс] / К. Поппер // Избранные работы из книги: Логика и рост научного знания. – М. : Прогресс, 1983. – Режим доступа: https://kph.ffs.npu.edu.ua/!e-book/clasik/data/popper/02_myth.html.
132. Поцелуев, Е. Л. Понятие и виды личностных (соматических) прав человека. [Электронный ресурс] / Е. Л. Поцелуев, Е. С. Данилова // Наука. Общество. Государство. – 2015. – №1 (9). – С. 1-10. – Режим доступа: <https://cyberleninka.ru/article/n/ponyatie-i-vidy-lichnostnyh-somaticheskikh-prav-cheloveka/viewer>.
133. Пронина, М. П. Правовая аргументация и ее использование в процессе доказывания по гражданским делам / М. П. Пронина // Юридическая техника. – 2013. – № 7-1. – С. 295-298.
134. Пухта, Г.-Ф. Энциклопедия права / Г.-Ф. Пухта // Немецкая историческая школа права. – Челябинск : Социум, 2010. – С. 423-510.
135. Розов, Н. С. Принцип защиты человека (антропростасия) и актуальные ценностные конфликты / Н. С. Розов // Человек. – 2019. – Т. 30, № 2. – С. 176-190.

136. Стовба, А. В. Классическая и неклассическая теория права / А. В. Стовба // Вестник Томского государственного университета. – 2021. – № 463. – С. 251-256.
137. Таран, П. Е. Идея права и ее роль в развитии учения о правотолковании: историко-теоретический анализ немецкой правовой доктрины в XIX-первой половине XX в. / П. Е. Таран, А. Д. Струнский // Актуальные проблемы российского права. – 2019. – № 5 (102). – С. 11-23.
138. Тимошина, Е. В. Методология судебного толкования: инструменты взвешивания в ситуации конкуренции прав человека / Е. В. Тимошина, А. А. Краевский, Д. Н. Салмин // Вестник Санкт-Петербургского университета. Серия 14. Право. – 2015. – Вып. 3. – С. 4-34.
139. Тимошина, Е. В. Л.И. Петражицкий VS Е. Эрлих: два проекта социологии права / Е. В. Тимошина // Правоведение. – 2013. – №5 (310). – С. 77-96.
140. Тимошина, Е. В. Судья как новый суверен: волюнтаристская теория толкования Мишеля Тропера / Е. В. Тимошина // Вестник РУДН. Серия: Юридические науки. – 2016. – №2. – С. 50-61.
141. Тихонравов, Е. Ю. Соотношение распространительного толкования права и аналогии закона / Е. Ю. Тихонравов // Академический юридический журнал. – 2016. – №2 (64). – С. 4-10.
142. Тонков, Е. Н. Юридическая герменевтика и практические подходы к толкованию права / Е. Н. Тонков // Юридическая герменевтика в XXI веке : коллективная монография. – Санкт-Петербург : Алетейя, 2016. – С. 11-39.
143. Фреге, Г. О смысле и значении / Г. Фреге // Логика и логическая семантика. – Москва : Аспект Пресс, 2000. – С. 230-246.

144. Цительман, Э. Пробелы в праве / Э. Цительман; пер. с нем. Т.И. Дьячек // Российский ежегодник теории права. – 2010. – № 3. – С. 612-628.
145. Честнов, И. Л. Реалистично о правовом реализме : рецензия на монографию: Тонков Е. Н., Тонков Д. Е. Правовой реализм. СПб. : Алетейя, 2022. 464 с. / И. Л. Честнов. – DOI 10.17803/1729-5920.2022.193.12.145-153.
146. Шавеко, Н. А. Этика дискурса Юргена Хабермаса: критический анализ / Н. А. Шавеко // Вестн. Том. гос. ун-та. Философия. Социология. Политология. 2021. № 60. С. 126-127.
147. Эрлих, О. Возражения / О. Эрлих // Основоположение социологии права. – Санкт-Петербург : Университетский издательский консорциум, 2011. – С. 638-644
148. Эрлих, О. Реплика / О. Эрлих // Основоположение социологии права. – Санкт-Петербург : Университетский издательский консорциум, 2011. – С. 650.

V. Научные статьи на иностранных языках

149. Augsberg, I. Hermann Kantorowicz und die Freiheit des Rechts / I. Augsberg // 350 Jahre Rechtswissenschaftliche Fakultät der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel. – Tübingen : Mohr Siebeck, 2018. – S. 191-236.
150. Augsberg, I. Kantorowicz' Begriff des (Rechts-) Begriffs [Electronic resource] / I. Augsberg // Hermann Kantorowicz' Begriff des Rechts und der Rechtswissenschaft. – Tübingen : Mohr Siebeck. – 2020. – S. 25-38. – Режим доступа: https://www.mohrsiebeck.com/buch/hermann-kantorowicz-begriff-des-rechts-und-der-rechtswissenschaft-9783161597992?no_cache=1.
151. D'Amato, A. On the Connection between Law and Justice[Electronic resource]/ A. D'Amato // University of California. Davis Law Review. –

- Vol. 26, №. 527. – 1992. – P. 10-92. – Режим доступа: <https://ssrn.com/abstract=1739988>.
152. Danziger, S. Extraneous factors in judicial decisions [Electronic resource] / S. Danziger, J. Levav, L. Avnaim-Pesso – DOI 10.1073/pnas.1018033108.
153. Fränkel, R. Rede im Verhandlungen der Deutschen Soziologentage / R. Fränkel // DRiZ. – 1911. – Bd. 1. – S. 53.
154. Funke, A. Er wollte nicht nur Teil einer Jugendbewegung sein: eine Interpretation des Freirechts [Electronic resource] / A. Funke // Hermann Kantorowicz' Begriff des Rechts und der Rechtswissenschaft. – Tübingen : Mohr Siebeck. – 2020. – S. 3-24. – Режим доступа: https://www.mohrsiebeck.com/buch/hermann-kantorowicz-begriff-des-rechts-und-der-rechtswissenschaft-9783161597992?no_cache=1.
155. Giltaij, J. Hermann Kantorowicz and Hans Kelsen: from debating legal sociology to constructing an international legal order / J. Giltaij – DOI 10.1080/01916599.2021.1898438.
156. Hart, H. L. A. Review on The Definition of Law by Hermann Kantorowicz, A. H. Campbell and A. L. Goodhart / The Philosophical Review. – 1960. – Vol. 69, № 2. – P. 270-272.
157. Kantorowicz, F. C. Gustav Radbruch and Hermann Kantorowicz: Two Friends and a Book – Reflections on Gnaeus Flavius' Der Kampf um die Rechtswissenschaft (1906) / F. C. Kantorowicz // German Law Journal. – Vol. 7 (7). – 2006. – P. 657-700.
158. Paulson, S. L. On the Background and Significance of Gustav Radbruch's Post-War Papers / S. L. Paulson // Oxford Journal of Legal Studies. – Vol. 26, № 1. – 2006. – P. 17-40.
159. Pound, R. Spurious Interpretation [Electronic resource] / R. Pound // Columbia Law Review. – Vol. VII, № 6. – 1907. – P. 379-386. – Режим доступа: <https://archive.org/details/jstor-1109940/page/n1/mode/2up>.

160. Rumpf, M. Zum jetzigen Stande der Lehre von der adäquaten Verursachung // Jherings Jahrbücher. – 1905. – № 49. – S. 333-406.
161. Schmidt, K. I. How Hermann Kantorowicz Changed His Mind About America and Its Law, 1927–34 [Electronic resource] / K. I. Schmidt – DOI 10.1017/S0738248023000020.
162. Schmidt, K. I. Law, Modernity, Crisis: German Free Lawyers, American Legal Realists, and the Transatlantic Turn to ‘Life’, 1903–1933 [Electronic resource] / K. I. Schmidt // German Studies Review. – 2016. – № 121. – P. 1-34. – Режим доступа: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3043186.
163. Weigelin, E. Legalität und Moralität / E. Weigelin // Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie. Vol. 10, № 4. 1917. pp. 367- 376.

VI. Диссертации и авторефераты диссертаций

164. Адыгезалова, Г. Э. Социологическая юриспруденция в США в XX веке: формирование доктрины, развитие и совершенствование правопорядка: дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.01 / Г. Э. Адыгезалова. – Краснодар, 2017. – 323 с.
165. Васильева, Н. С. Проблема действительности права в правовой концепции Альфа Росса: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Н. С. Васильева. – Санкт-Петербург, 2019. – 256 с.
166. Горбань, В. С. Правовое учение Иеринга и его интерпретации : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.01 / В. С. Горбань – Москва, 2019. – 578 с.
167. Дидикин, А. Б. Формирование и развитие аналитической традиции в философии права XX века: диссертация ... доктора философских наук: 09.00.03 / А. Б. Дидикин. – Томск, 2016. – 270 с.
168. Липень, С. В. Идеи «свободного права» в юридической науке дореволюционной России: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / С. В. Липень. – Москва, 1994. – 240 с.

169. Луковская, Д. И. Теоретико-методологические проблемы истории политических и правовых учений: дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.01 / Д. И. Луковская. – Ленинград, 1986. – 412 с.

VII. Нормативно-правовые акты и иные официальные документы Российской Федерации

170. О Верховном Суде Российской Федерации [Электронный ресурс] : федер. конст. закон от 05 февраля 2014 г. № 3-ФКЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. – 2014. – № 6. – Ст. 550. – (в ред. от 16 апр. 2022 г.). – СПС «Консультант Плюс».
171. О внесении изменений в Федеральный конституционный закон «Об арбитражных судах в Российской Федерации» [Электронный ресурс] : федер. конст. закон от 04 июня 2014 г. № 8-ФКЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. – 2014. – № 23. – Ст. 2921. – СПС «Консультант Плюс».
172. О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации [Электронный ресурс] : федер. закон от 28 ноября 2018 г. № 451-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. – 2018. – № 49. – Ст. 7523. – (в ред. от 17 окт. 2019 г.). – СПС «Консультант Плюс».
173. Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации [Электронный ресурс] : федер. закон от 21 ноября 2011 г. № 323-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. – 2011. – № 48. – Ст. 6724. – (в ред. от 11 июня 2022 г.). – СПС «Консультант Плюс».
174. О пчеловодстве в Российской Федерации [Электронный ресурс] : федер. закон от 30 декабря 2020 г. № 490-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. – 2021. – № 1 (часть I). – Ст. 29. – (в ред. от 11 июня 2021 г.). – СПС «Консультант Плюс».
175. О техническом регулировании [Электронный ресурс] : федер. закон от 27 декабря 2002 г. № 184-ФЗ // Собр. законодательства Рос.

- Федерации. – 2002. – № 52 (часть I). – Ст. 5140. – (в ред. от 23 дек. 2021 г.). – СПС «Консультант Плюс».
176. Об утверждении Ветеринарных правил содержания медоносных пчел в целях их воспроизводства, разведения, реализации и использования для опыления сельскохозяйственных энтомофильных растений и получения продукции пчеловодства [Электронный ресурс] : Приказ Минсельхоза России от 23 сент. 2021 № 645 // офиц. интернет-портал правовой информации. – Режим доступа: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001202110290033>.
177. Свод правил. Планировка и застройка территории ведения гражданами садоводства. Здания и сооружения СП 53.13330.2019 [Электронный ресурс] : Приказ Минстроя России от 14 окт. 2019 г. № 618/п // Информационный бюллетень о нормативной, методической и типовой проектной документации. – 2020. – № 10. – СПС «Консультант Плюс».
178. О модельном законе «Об ограниченных вещных правах» [Электронный ресурс] : Постановление Межпарламентской Ассамблеи государств-участников СНГ от 27 нояб. 2015 г. № 43-9 // Информационный бюллетень. Межпарламентская Ассамблея государств-участников Содружества Независимых Государств. – 2016. – № 64 (часть 1). – СПС «Консультант Плюс».
179. О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации [Электронный ресурс] : законопроект № 47538-6/5 // офиц. сайт системы обеспечения законодательной деятельности. – Режим доступа: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/47538-6>.

VIII. Нормативно-правовые акты и иные официальные документы иностранных государств

180. Schweizerisches Zivilgesetzbuch [Electronic resource] : vom 10. Dezember 1907 // Stand am 1. Januar 2021). – Режим доступа: https://www.gesetze.ch/sr/210/210_000.htm.

IX. Материалы судебной практики и судебные решения

181. По делу о проверке конституционности Федерального закона «Об обязательном страховании гражданской ответственности владельцев транспортных средств» в связи с запросами Государственного Собрания - Эл Курултай Республики Алтай, Волгоградской областной Думы, группы депутатов Государственной Думы и жалобой гражданина С.Н. Шевцова: постановление Конституционного Суда РФ от 31.05.2005 № 6-П [Электронный ресурс] // Официальный интернет-портал правовой информации: официальный сайт – 2005. – Режим доступа: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001201703300020>.
182. О применении Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации при рассмотрении дел в суде первой инстанции: постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23.12.2021 № 46 [Электронный ресурс] // Верховный суд РФ: официальный сайт – 2021. – Режим доступа: <https://www.vsrp.ru/documents/own/30629/>.
183. О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав [Электронный ресурс] : Постановление Пленума Верховного Суда РФ № 10, Пленума ВАС РФ № 22 от 29 апреля 2010 г. // Российская газета. – 2010. – № 109. – СПС «Консультант Плюс».
184. О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации: постановление

- Пленума Верховного Суда РФ от 23 июня 2015 г. № 25 [Электронный ресурс] // Верховный суд РФ: официальный сайт – 2015. – Режим доступа: <https://www.vsrp.ru/documents/own/8435/>.
185. Обзор судебной практики по уголовным делам о преступлениях, связанных с незаконным оборотом наркотических средств, психотропных, сильнодействующих и ядовитых веществ [Электронный ресурс] : Постановление Президиума Верховного Суда РФ от 27 июня 2012 г. [Электронный ресурс] // Бюллетень Верховного Суда РФ. – 2012. – № 10. – Режим доступа: <https://www.vsrp.ru/files/14055/>.
186. О судебной практике по делам об убийстве (ст. 105 УК РФ) [Электронный ресурс] : Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27 января 1999 г. № 1 // Бюллетень Верховного Суда РФ. – 1999. – № 3. – (в ред. от 03 марта 2015 г.). – СПС «Консультант Плюс».
187. Постановления Президиума Верховного Суда РФ от 23 марта 2005 г. № 25пв04 [Электронный ресурс] // Бюллетень Верховного Суда РФ. – 2005. – № 9. – СПС «Консультант Плюс».
188. Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 24 июля 2012 г. № 5761/12 по делу № А40-152307/10-69-1196 [Электронный ресурс] // Верховный суд РФ: официальный сайт – 2012. – Режим доступа: <https://vsrf.ru/documents/arbitration/20754/>.
189. Определение Первого кассационного суда общей юрисдикции № 88-27241/2022 № 2-3/2022 от 05.12.2022 [Электронный ресурс] // Первый кассационный суд общей юрисдикции: официальный сайт – 2022. – Режим доступа: https://1kas.sudrf.ru/modules.php?name=sud_delo&srv_num=1&name_op=case&case_id=29527035&case_uid=c76ad714-942f-43d4-aaee-de4f8bc3efb2&new=2800001&delo_id=2800001.

190. Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 23.11.2021 № 10-КГ21-9-К6 [Электронный ресурс] // Юридическая информационная система «Легалакт - законы, кодексы и нормативно-правовые акты Российской Федерации»: [legalacts.ru] – 2021. – Режим доступа: <https://legalacts.ru/sud/opredelenie-sudebnoi-kollegii-po-grazhdanskim-delam-verkhovnogo-suda-rossiiskoi-federatsii-ot-23112021-n-10-kg21-9-k6/>.
191. Решение Куйбышевского районного суда от 12 февраля 2020 г. № 1-29/2020 (1-387/2019) [Электронный ресурс] : интернет-ресурс Судебные и нормативные акты РФ (СудАкт). – Режим доступа: <https://sudact.ru/regular/doc/OsnDoE2yRHrR/>?
192. Решение Куйбышевского районного суда от 16 декабря 2020 г. № 1-191/2020 [Электронный ресурс] : интернет-ресурс Электронные решения РФ. – Режим доступа: Поиск решений судов общей юрисдикции (xn--90afdbaav0bd1afybeub5d.xn--p1ai).

Х. Интернет-ресурсы

193. Официальный сайт Верховного суда РФ [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://www.vsrp.ru/press_center/mass_media/31719/.
194. Официальный сайт Нобелевского комитета [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <https://www.nobelprize.org/nomination/archive/show.php?id=7398>.
195. Официальный сайт страхового агентства «Галаксия» [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <https://galaxyinsurance.ru/poleznoe/blog/korporativnaya-strahovka-ot-neschastnyih-sluchaev-top-3-byudjetnyih-sezonnyih-programm/>
196. Официальный сайт Центра страхования выезжающих [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <https://www.insure.travel/sport/gruppovaya-strahovka-dlya-komandy>

197. Новые Агролесоводственные технологии для сельского хозяйства [Electronic resource] : офиц. сайт НИУ ВШЭ. – Режим доступа: <https://issek.hse.ru/trendletter/news/207696712.html>.
198. «Процессуальная революция», о которой так долго говорили юристы, свершилась [Electronic resource] : газета Коммерсант. 2020. – Режим доступа: <https://www.kommersant.ru/doc/4233285>.
199. Сайт «Лучшие афоризмы. Крылатые фразы» [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <https://aphorismos.net/phrase/ulybka-avgurov-avgura/>.
200. Свод законов Российской Империи в 16 т.: Т. 10. ст. 133-134 [Электронный ресурс] : оф. сайт законодательства РФ. – Режим доступа: <http://pravo.gov.ru/proxy/ips/?empire>
201. Соединение и перевод четырех Евангелий [Electronic resource]: сайт Лев Толстой (1828-1910). – Режим доступа: <http://tolstoy-lit.ru/tolstoy/religiya/evangelie/evangelie-9.htm>.
202. Толковый онлайн-словарь русского языка Д.Н. Ушакова [Электронный ресурс]. – в Режим доступа: <https://lexicography.online/explanatory/ushakov/a/авгур>.
203. Academic dictionaries and encyclopaedias [electronic resource] – Режим доступа: https://universal_lexikon.de-academic.com/230901/Dunkler_Ehrenmann.
204. Alexy R. Hermann Kantorowicz-Lecture – Hermann Kantorowicz' geltungsfreier Rechtsbegriff [Electronic resource] : офиц. портал Кильского ун-та им. Кристиана Альбрехта. – Режим доступа: https://www.hermann-kantorowicz-institut.uni-kiel.de/de/aktuelles/copy_of_4-hermann-kantorowicz-lecture
205. Meyer-Pritzl R. Famous scholars from Kiel: Hermann Kantorowicz [Electronic resource] : офиц. портал Кильского ун-

та им. Кристиана Альбрехта. – Режим доступа: <https://www.uni-kiel.de/grosse-forscher/index.php?nid=kantorowicz&lang=e>.

SAINT-PETERSBURG UNIVERSITY

Manuscript copyright

Kulikova Mariia Sergeevna

**H. KANTOROWICZ'S JUDICIAL METHODOLOGY:
A CRITICAL ANALYSIS OF THE «FREE LAW» PURSUIT**

Scientific speciality 5.1.1. Theoretical and historical legal sciences

Dissertation for the scientific degree of Candidate of Law

Translation from Russian

Academic supervisor:

Doctor of Legal Sciences, Full
Professor

Genevra Igorevna Lukovskaya

Saint Petersburg

2023

TABLE OF CONTENTS

Introduction	228
Chapter I. Hermann Kantorowicz – the founder of the free law movement and his program Manifesto “The Battle for Legal Science”	241
Chapter II. The place of jurisprudence in the system of sciences. Methodology of concepts definition in the doctrine of H. Kantorowicz. The definition of law.	269
§ 1. <i>Legal science in the system of social sciences and humanities</i>	269
§ 2. <i>The problem of defining: «verbal realism» as a methodological mistake in defining</i>	279
§ 3. <i>«Conceptual pragmatism» as the right way in defining</i>	286
§ 4. <i>The genesis of the concepts of law</i>	291
§ 5. <i>External rules of conduct: distinguishing law from morality, quasi-morality, and social customs</i>	300
§ 6. <i>Types of external rules of conduct</i>	316
Chapter III. The concept of judicial methodology	320
§ 1. <i>Six types of law. Formal and Free law</i>	320
§ 2. <i>The method of free law searching</i>	330
§ 3. <i>The figure of the ideal judge</i>	344
Chapter IV. Evolution and continuity of the ideas of free law	350
§ 1. <i>Kantorowicz’s methodology and its practical application in the context of theoretical debates in jurisprudence</i>	350
§ 2. <i>Kantorowicz’s methodology on the perception of practicing judges</i>	362
§ 3. <i>Kantorowicz’s methodology in a mental experiment</i>	369
Conclusion	393
References	396

Introduction

Research rationale. Hermann Kantorowicz (1877-1940) is the one of the founders of the European movement for “free law” in the late 19th to early 20th centuries. The postulates of the doctrine of free law, first set out in the fundamental work by H. Kantorowicz – in the Manifesto “The Battle for Legal Science” (1906) - had a significant impact on the development not only of legal theoretical thought, but also on the practical jurisprudence of the 20th century¹, especially the methodology of judicial activity.

The relationship between Kantorowicz’s ideas and the representatives of American legal realism, which is recognized as one of the mainstream trends of legal thought², attracts particular attention. Although Kantorowicz himself polemized with legal realists, he made arguments that are still of interest in the field of philosophy of law³.

It can be stated that the legal theory of one of the most frequently quoted lawyers of the 20th century⁴, in his time even nominated along with H. Kelsen for the Nobel Peace Prize in 1934⁵, has played and to some extent continues to play an essential role in the development of sociological jurisprudence⁶ and theoretical

¹ It is rather difficult to trace the reflection of theory in judicial practice, due to the abstract nature of the former and the casual nature of the latter, however, in the monographs of some judges describing the decision-making procedure, such as B.N. Cardozo, one can still find ideas present in the reflections of H. Kantorowicz, including through direct references to the work of Kantorowicz “The Battle for Legal Science”, which was written under the pen-name of Gnaeus Flavius.

² E. N. Tonkov and D. E. Tonkov write: “Realism allows us to generalize the empirical dimensions of the legal order, it integrates theoretical and practical phenomena, without this line of jurisprudence, modern research can no longer claim for a comprehensive understanding of the law”. See: Tonkov E. N., Tonkov D. E. *Legal Realism*. St. Petersburg, 2022. P. 413. Another authoritative Russian jurist I. L. Chestnov in his review of the mentioned work writes that legal realism is “an extremely relevant direction for the post-modern jurisprudence”. See: I. L. Chestnov *Realistic about legal realism: review of the monograph: Tonkov E. N., Tonkov D. E. Legal realism*. SPb. : Aletheia, 2022. 464 c. *Lex russica (Russian law)*. 2022. № 75 (12). P. 153. DOI 10.17803/1729-5920.2022.193.12.145-153.

³ See for example: Schmidt K.I. *How Hermann Kantorowicz Changed His Mind About America and Its Law, 1927–34* // K.I. Schmidt / *Law and History Review*. 2023. pp. 1–25. DOI 10.1017/S0738248023000020.

⁴ See: Meyer-Pritzl R. *Famous scholars from Kiel: Hermann Kantorowicz* [Electronic resource] : official portal of Christian Albrecht University in Kiel. URL: <https://www.uni-kiel.de/grosseforscher/index.php?nid=kantorowicz&lang=e>. (accessed March 2023) and Goodhart A.L. *Introduction to H. Kantorowicz's The Definition of Law*. See: Kantorowicz H. *The Definition of Law* / Campbell A.H., Goodhart A.L. // Cambridge at the University Press. 1958. P. 14.

⁵ For more see: Official site of the Nobel Committee [Electronic resource]. URL: <https://www.nobelprize.org/nomination/archive/show.php?id=7398> (accessed March 2023).

⁶ Thus, G. E. Adygezalova writes that “the second direction within the American sociology of law can be identified as the realist school”, although the statement about the classification of legal realists as a sociological movement remains at the moment controversial in legal science. For more details see: Adygezalova, G. E. *Sociological*

jurisprudence in general⁷. The fact that H. Kantorowicz left a significant trace in legal science⁸ can be testified by modern studies of his work by foreign scholars - such internationally known lawyers as S.L. Paulson⁹, as well as R. Alexy¹⁰. R. Alexy even established the Hermann Kantorowicz Institute at the University of Kiel (Germany) and annually organizes conferences in his honour.

However, the views of the representatives of the free law movement today are practically not even mentioned or mentioned rather modestly in the educational literature on the history of law and political thought; and some monographic studies in the Russian language are few and mostly refer to the pre-revolutionary period, which indicates the weak implementation of ideas of free law movement in the Russian legal science in general and an undeserved indifferent attitude to the Kantorowicz's concept, in particular. The insufficient degree of study of Kantorowicz's works by the Russian legal doctrine is explained, in particular, by the fact that there are still no translations of Kantorowicz's works, which he wrote in German and English. By comparison, let us note, for example, the well-known translations of the works by another outstanding jurist of the 20th century, who also

jurisprudence of the USA in the XX century: doctrine formation, development and improvement of the legal order. SPb, 2012. P. 28.

⁷ Kantorowicz H. Some Rationalism about Realism [Electronic resource] // Yale Law Journal. 1934. Vol. 43, Issue 8. P. 1241-1242. URL: https://proxy.library.spbu.ru:4166/HOL/Page?public=true&handle=hein.journals/ylr43&div=69&start_page=1240&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults (accessed March 2023).

⁸ It should be mentioned that Kantorowicz was famous not only as a theorist of law but also as a historian of law. For example, he published works on the history of law such as "Max Conrat (Cohn) und die mediävistische Forschung" (1912); "Ausgabe von Max Conrats Schrift, Römisches Recht im frühesten Mittelalter" (1913); "Zu den Quellen des Schwabenspiegels" (1913); "Geschichte des Gandinustextes. 1. Teil" (1921). Kantorowicz also taught criminal law and criminology. See: Muscheler K. Hermann Ulrich Kantorowicz: Eine Biographie / K. Muscheler. Berlin, 1984. S. 99. He was also active in publishing works on topical political issues. See, for example: "Der Völkerbund im Jahr 1922" (1924); "Fechenbachurteil und Kriegsschuldfrage" (1925); "Pazifismus und Fascismus" (1925); "Der Geist der englischen Politik und das Gespenst der Einkreisung Deutschlands" (1929).

⁹ Paulson S. L. On the Background and Significance of Gustav Radbruch's Post-War Papers // Oxford Journal of Legal Studies. 2006. Vol. 26, № 1. pp. 17-40.

¹⁰ See for example: Alexy R. Hermann Kantorowicz-Lecture – Hermann Kantorowicz' geltungsfreier Rechtsbegriff [Electronic resource] : official portal of Christian Albrecht University in Kiel. URL: https://www.hermann-kantorowicz-institut.uni-kiel.de/de/aktuelles/copy_of_4-hermann-kantorowicz-lecture (accessed March 2023)

shared the fundamental theses of the free law movement, Eugen Ehrlich¹¹, which are widely studied by Russian jurists¹².

A separate topic of research could be the correlation of the ideas of H. Kantorowicz and E. Ehrlich. Often, not even in scientific literature a priori allowing a debatability of the theses contained in it, but in academic literature, aimed rather at stating certain postulates¹³, one can find Ehrlich as the founder not of sociology of law – a branch of jurisprudence, the foundation date of which many consider the year of the publication of Ehrlich's work "Fundamental Principles of the Sociology of Law" (1913)¹⁴, but of the free law movement¹⁵, since Ehrlich wrote about the need to find "living law" through "finding of the law". This semantic conclusion seems premature for the moment, and it appears that a more detailed study of H. Kantorowicz's conception will make it possible to draw a detailed distinction between the two similar but not identical approaches.

Taking into account the general trend of modern legal science towards interdisciplinary research, H. Kantorowicz's ideas about the need to bring the theory of law not only to the practical conditions of life, but also to other branches of

¹¹ In the scientific literature an alternative translation of the name "Eugene Ehrlich" («Евгений Эрлих» and not «Ойген Эрлих») into Russian is permissible, which, perhaps, was spread because of its spelling (when abbreviating the name "E. Ehrlich" the capital letter of the name is indicated as "E"). Taking into account the origin of the jurist (at the time of Ehrlich's birth the city of Chernivtsi was part of the Austro-Hungarian Empire), we will use the German version of the name "Eugen" (Ойген).

¹² See, for example: Antonov M.V. Way and prospects of the legal doctrine of Eugen Ehrlich [Electronic resource] // Law. Journal of the Higher School of Economics. 2012. № 4. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/put-i-perspektivy-pravovogo-ucheniya-oygena-erliha> (accessed March 2023), Antonov M.V. Eugen Ehrlich : living law against legal pluralism? [Electronic resource] // Pravovedenie. 2013. № 1 (306). URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/oygen-erlih-zhivoe-pravo-protiv-pravovogo-plyuralizma> (accessed March 2023), Antonov M.V. Sociology of law of Eugen Ehrlich // Pravovedenie. 2008. № 6. P. 128-137, Timoshina, E. V. L.I. Petrazhitzky VS E. Ehrlich: two projects of sociology of law // Pravovedenie. 2013. №5 (310). pp. 77-96, Borodin E.A. The theory of "living law" in the system of modern Russian legal understanding // Philosophy of Law. 2014. № 2 (14). pp. 64-70 etc.

¹³ See, for example, History of law and political thought: Textbook / executive editor V. V. Lazarev // M., 2019. P. 615.

¹⁴ Antonov M.V. Way and prospects of the legal doctrine of Eugen Ehrlich [Electronic resource] // Law. Journal of the Higher School of Economics. 2012. № 4. P. 42. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/put-i-perspektivy-pravovogo-ucheniya-oygena-erliha> (accessed March 2023).

¹⁵ In this case we should also preliminarily mention that H. Kantorowicz himself in the appendix, which he compiled to the Manifesto "Battle for the Science of Law", named E. Ehrlich among the representatives of the free law movement. However, the hypothesis that we put forward is based on the idea that at the moment when a new approach emerges in science, all those scientists who to a certain extent share the main theses of such an approach are marked down as representatives. Accordingly, without wishing to detract from E. Ehrlich's achievement as the founder of sociology of law, we will assume that the free law movement can be correlated with sociology of law only in part, but not as a whole. A similar position was expressed by M.V. Antonov in his work "Eugen Ehrlich's Sociology of Law". See in detail: Antonov M. V. Sociology of law of Eugen Ehrlich // Pravovedenie. 2008. № 6. P. 129.

knowledge, which could help the judge to make a fair decision, are relevant. Moreover, Kantorowicz's concept can be classified as one of the first integrative legal theories¹⁶ to emerge at the turn of classical and post-classical jurisprudence. Kantorowicz's attempt to carry out a symbiosis of natural-law and legal positivist theories on the basis of sociological jurisprudence, including his version of the search for a consensus in the issue of the separation thesis, may be reviewed in the context of new, synthetic approaches to law that appeared in the second half of the 20th century (J. Hall, H. Berman and others).

H. Kantorowicz defended the complementarity of theoretical and practical knowledge as a prerequisite for their practical effectiveness. Although a German lawyer could agree with the famous phrase, "Theory without practice is dead, and practice without theory is blind", he still gave preference to the orientation of theory to the needs of practice, and not vice versa. In this connection, he wrote that such interaction should be carried out until the moment "when theory becomes sufficiently practical"¹⁷. This approach was expressed in the subsequent development of a new judicial methodology by the jurist, which observes a balance between the doctrinal developments of science and the actual needs of social life. The judicial methodology developed by Hermann Kantorowicz, universal in its scope of application, would allow to improve the system of principles and methods of judicial activity used in legal practice in the realities of modern life.

Kantorowicz also saw as fundamental the issue of improving legal education, which is still so topical today. He regarded the focus on interdisciplinary knowledge as a fundamental criterion of a lawyer's professional competence, especially of a judge, in whose personality Kantorowicz saw the guarantee of justice¹⁸.

¹⁶ In science there is a distinction between "integrative" and "integral" understanding of law. Although some works separately note the intention to use these concepts as synonyms. See, for example: Antonov M. V. On integral jurisprudence and encyclopedia of jurisprudence / Encyclopedia of jurisprudence or integral jurisprudence? Problems of study and teaching / ed. by V. G. Grafsky. G. Grafsky. M., 2013. pp. 88-98.

¹⁷ Kantorowicz H. Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik [Electronic resource]. Berlin : J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung GmbH, 1907. Vol. 1. P. 7. URL: <https://archive.org/details/albertusgandinu00kantgoog/page/n21/mode/2up?q=Praxis> (accessed March 2023).

¹⁸ This is explicitly written about by B.N. Cardozo with a reference to Kantorowicz. See more about it: Cardozo B.N. The nature of the judicial process/ translated from English, introduction by S. L. Savelyev, preface by A.G. Karapetov. M., 2017. P. 12.

Previous research on the subject. In Russian legal science there are no comprehensive, multidimensional studies based on Hermann Kantorowicz's ideas. The body of scientific literature, in which H. Kantorowicz is cited and in which reference is made to his works, is usually limited to a brief overview of the main theses of the free law movement. Thus, in the monographic study of the contemporary jurist A.G. Karapetov a separate, but still quite small paragraph is dedicated to Kantorowicz (in case with that study it was connected with the generalizing and reviewing character of the monograph).

In the pre-revolutionary period of national science the ideas of free law were analyzed in the works by E.V. Vaskovsky, G.D. Gurvich, A.V. Zavadsky, B.A. Kistyakovsky, M.Y. Lazerson S.A. Muromtsev, P.I. Novgorodtsev, I.A. Pokrovsky, P.A. Sorokin, N.S. Timashev, I.Z. Steinberg. During the Soviet period, the lawyers studied these ideas most often criticized them and that is evident due to the existing ideology of the time. Thus, the free law movement was considered by S.I. Vilnyansky, O.F. Ivanenko, S.F. Kechekian, G.I. Lukovskaya, B.L. Manelis, V.P. Marchuk, P.E. Nedbaylo, P. Popov, V.A. Tumanov. To date, certain aspects of the concepts of free law are covered in the works of M. V. Antonov, V. G. Bayev, A. N. Vereshchagin, Y. I. Grevtsov, V. S. Gorban', S. V. Lipen, G. I. Lukovskaya, A. G. Karapetov, M. N. Marchenko, V. V. Ogleznev, A.V. Polyakov, E.V. Timoshina, D.E. Tonkov, E.N. Tonkov and others.

In foreign legal literature certain aspects of the doctrine of free law were touched upon or in some cases studied specifically in the works of R. Alexy, I. Augsberg, A. Barak, O. Bülow, A. D'Amato, R. Dworkin, S. Silberg, F. Imbrook, B. N. Cardozo, H. Kanigs, H. Kötz, F. Klein, W. Koch, C. Llewellyn, S. Lepsius, W. Lombardi, M. MacDonald, D. von Mönch, R. Meyer-Pritzl, K. Muscheler, G. Radbruch, K. Ribschräger, S. Paulson, E. Fuchs, H. Hart, F. Heck, K. Zweigert, J. Schapp, R. Stammler, E. Stampe, L. Enneccerus, E. Ehrlich, P. Oertmann, and other authors.

The object and subject matter of the research. The object of the research is the legal concept of Hermann Kantorowicz, including his doctrine of free law. The

subject matter of the research is scientific provisions of H. Kantorowicz's legal conception devoted mainly to the definition of legal (judicial) methodology and theoretical justification of his proposed innovations in the context of approaches to the definition of the concept of law and separation from the social sciences of jurisprudence.

The purpose and objectives of the dissertation research. The purpose of the research was the problem-theoretical reconstruction, first of all, of the ideas of Hermann Kantorowicz as the founder of the free law movement, as well as the methodology of applying his ideas in the practical activities of the court. In order to achieve this purpose, the following objectives are set in the work:

- to reconstruct from the point of contemporary view the major provisions of Hermann Kantorowicz's legal theory;

- to analyze Hermann Kantorowicz's approach to the methodology of defining the concept of law and identifying the place of legal science in the system of socio-humanitarian disciplines;

- to reconstruct on the said basis the methodology of interpretation and search for law, substantiated by Hermann Kantorowicz;

- to identify the continuity of Hermann Kantorowicz's ideas in the theory and philosophy of law of the 20th century; to outline their perception in the practical activities of continental and common law courts;

- to identify and analyze the features of Hermann Kantorowicz's judicial methodology, based on the idea of the balance of interests, in the context of a mental experiment.

The methodological basis of the research is primarily the method of problem-theoretical reconstruction, i.e. the main method of research of the history of legal ideas, the possibility of using which was scientifically justified by G. I. Lukovskaya¹⁹; as well as general scientific and special methods of knowledge, that

¹⁹ Lukovskaya G. I. Theoretical and methodological problems of the history of political and legal doctrines: Doctor of Legal Science Thesis: 12.00.01. Leningrad, 1986. 412 p.; Lukovskaya G. I. Political and Legal Doctrines: A Historical and Theoretical Perspective. Leningrad, 1985. 160 p.; Lukovskaya G. I. The Subject and Methodology of The History of Political and Legal Doctrines // Pravovedenie. 2007. № 3. P. 197–211.

provide objectivity, historicism and comparativism and, in particular, a systematic approach, descriptive and comparative legal methods, biographical and portrait-individualizing, methods of logical analysis, etc. In addition to the above, in order to test the practical relevance of the judicial methodology developed by Kantorowicz, the method of mental experiment, used by legal scholars to illustrate the practical significance of theoretical ideas, was applied²⁰.

Theoretical framework of the research. The provisions and conclusions formulated in the works by Russian scientists, i.e. experts in the theory and philosophy of law, history of law and political thought N.S. Vasilyeva, A.N. Vereshchagin, I.Yu. Kozlikhin, S. V. Lipen, G. I. Lukovskaya, V. P. Marchuk, V. V. Ogleznev, A.V. Polyakov, E.V. Timoshina, I.L. Chestnov and others and foreign jurists F. Adix, R. Alexy, I. Augsberg, S. Silberg, E. Fuchs, R. Stammler, E. Ehrlich and others serve the basis of this research. To analyse the evolution of ideas of free law and their perception in foreign and Russian legal science we used the works by pre-revolutionary jurists: I. Z. Steinberg, A.V. Zavadsky and others; and by foreign jurists I. Augsberg, H. Berman, R. Dworkin, J. Hall as well as the practicing lawyer judges B.N. Cardozo, G. Corstens.

The research data sources. The present research work was based on the published works by H. Kantorowicz in English and German, as well as on unpublished correspondence of H. Kantorowicz with his friend G. Radbruch²¹, which was available for research in the archive of the University of Freiburg within the framework of the author's scientific training at the Hermann Kantorowicz Institute for Fundamental Legal Studies at the University of Kiel. The paragraph about the empirical continuity of Kantorowicz's ideas (paragraph 4.2) is based on the analysis of judicial practice carried out during the period of included

²⁰ See, for example: D'Amato A. On the Connection between Law and Justice [Electronic resource]// University of California. Davis Law Review, Vol. 26, №. 527. 1992. pp. 10-92. URL: <https://ssrn.com/abstract=1739988> (accessed March 2023).

²¹ This correspondence has not been published in full, but some of it is in H. Kantorowicz's son Frank Carter Kantorowicz's work "Gustav Radbruch and Hermann Kantorowicz: Two Friends and one Book: Reflections on Gnaeus Flavius "The Battle for Legal Science" (1906)".

observation²² of the judge's conduct, which allowed to explicate the informal rules which guide the court in their decision-making²³.

The scientific novelty of the dissertation is primarily determined by the author's problem-theoretical reconstruction of the main provisions of Kantorowicz's doctrine of free law, taking into account the translation of his works, previously unknown to the Russian reader, into the Russian language. Essentially important for substantiation of Kantorowicz's methodology of judicial activity, his ideas have been reproduced and reconstructed from modern positions, namely: Kantorowicz's approach to determination of a place of legal science in the system of social and humanitarian sciences and conceptual methodology of these sciences is considered; innovations in Kantorowicz's doctrine connected with the features of language as a tool of the definition of concepts have been analyzed; general methodological basis of legal understanding of Kantorowicz has been analyzed. The scope and range of his ideas, the morality of law that he defended give an opportunity, as noted above, to raise the question of attributing his work as that of a representative of sociological positivism and at the same time to the integrative direction in the philosophy of law. In addition, for the first time in one work the perception of Kantorowicz's ideas in the theory and philosophy of law of the 20th century, as well as in the practice of courts of civil and common law has been retraced.

The scientific statements proposed for defense.

1. The free law movement first made itself known with the publication of H. Kantorowicz's Manifesto "The Battle for Legal Science" in 1906. The ideas of free law were substantiated in the Manifesto, among other things, based on a critique of the normative formalism that prevailed at the time. In the process of this critique,

²² The sociocultural anthropology of law : a collective monograph / ed. by N.A. Isaev, I.L. Chestnov. SPb., 2015. P. 134.

²³ The observation consisted in the procedural participation, as a secretary of the court session, in the trials that ended in sentencing under Art. 228 of the Criminal Code, Art. 228.1 of the Criminal Code of the Russian Federation in the period from 13.06.2019 to 30.06.2020. The sample included 12 trials with sentences that entered into legal force and were not overturned or amended. Trial case numbers in chronological order of sentences: 1-56/2020 of January 28, 2020; 1-23/2020 of January 31, 2020; 1-29/2020 (1-387/2019) of February 12, 2020; 1-86/2020 of March 11, 2020; 1-175/2020 of June 10, 2020; 1-79/2020 of June 29, 2020; 1-32/2020 of July 23, 2020; 1-265/2020 of July 30, 2020; 1-270/2020 of August 05, 2020, 1-300/2020 of September 1, 2020; 1-191/2020 of December 16, 2020; 1-131/2021 of April 15, 2021.

the thesis about the absence of gaps in the law somehow began to lose the status of an unshakable dominant idea in the eyes of theorists and practitioners.

2. Even before realizing his idea of distinguishing rules into three types: order, prescription, socio-legal rule (dogma), Kantorowicz divided all sciences into sciences of reality, sciences of objective meaning, sciences of value. Clearly differentiating the various sections of jurisprudence by subject and form, the German lawyer noted the theoretical one-sidedness of those views that marked in the subject of jurisprudence only one of the three outlined types, whereas, in his opinion, jurisprudence covers all the three types of sciences, integrating them into a single semantic whole. This approach corresponded to the tendency of theoretical and legal thought of the 20th century to the integration of its main directions.

3. Kantorowicz was one of the first in the jurisprudence of Modern time to raise the question of the constitutive role of language in theoretical and practical jurisprudence. Kantorowicz's critical analysis of the classical methodology of defining concepts was part of the process of legal science's movement toward a modern "linguistic turn".

4. The classification of law presented by Kantorowicz, which is based on the division of law into two forms: formal (two types) and free (four types), justifies the existence of social law as opposed to state-established law. However, mainly, this classification defines the criteria that allow, firstly, to combine both forms of law in a harmonious, consistent way, and, secondly, to distinguish free and formal law from other social rules of conduct that an individual is guided by in his social practice.

5. The widely known approach, according to which E. Ehrlich is referred to the supporters of the free law movement, can at least be clarified through a detailed distinction between E. Ehrlich's "living law" and H. Kantorowicz's "free law" as well as the identification of differences in the methodology of "finding of the law" (for Ehrlich) and "searching for law" (for Kantorowicz) (different approaches to the ways of interpreting the legal rules and methods of revealing the meaning of those forms of law that are outside the officially established ones).

6. Hermann Kantorowicz's concept of judicial methodology built on the ideas of the free law movement, was aimed at reforming the judicial decision-making procedure, primarily through the transition from the formal-logical method to the sociopsychological method, which allows identifying the rules of conduct, which, although not fixed in the current legislation, are actually applied by the subjects of legal relations. With his judicial methodology, Kantorowicz was the first in Modern time jurisprudence to conceptualize the mechanism of judicial decision-making from the perspective of free law, recognizing the interdependence of legal provisions, doctrine, judicial decisions, and social facts. Kantorowicz also included the procedure of law enforcement into the concept of law, thereby moving the "basic question" of theoretical jurisprudence about "what is law" into the legitimation space of justice.

7. The new judicial methodology postulated by Kantorowicz resulted in additional (professional and personal) requirements for the judge as a key figure of judicial lawmaking. Judicial activity, according to Kantorowicz, must not only have a highly specialized theoretically oriented nature, but also be based on an interdisciplinary approach, as well as be based on knowledge of the facts of social life. The methodology proposed by H. Kantorowicz is universal in that it is not tied to any particular legal system and can be applied by judges of both continental and common law.

8. By resorting to a mental experiment, we can be convinced of the practical significance of Kantorowicz's judicial methodology as allowing the judge not only to observe the letter of the law, but also to take into account both the needs of the disputants and the public interest, which to some degree is always indirectly present in an individual court case.

Scientific and Practical Relevance of this work lies in the fact that the research materials and conclusions contained therein can be used for scientific developments in the field of legal theory and judicial methodology. The conclusions can be taken into account when writing textbooks and programs, lecture courses and special courses on the theory of law, history of law and political thought, as well as

judicial methodology. They can be taken into account in the development of regulations affecting the methodological aspect of judicial decision-making, as well as the criteria and conditions imposed on candidates for judicial positions. The analysis conducted herein can be used by practicing lawyers in solving the problems arising in law enforcement activities, as well as in the development of new disciplines within the framework of professional development of employees of the judiciary.

The validity and approbation of the research results. The work was prepared at the Department of Theory and History of State and Law at St. Petersburg University. Its main provisions are presented in the author's publications, as well as in master's and postgraduate works, defended earlier at the Faculty of Law of St. Petersburg State University. The results of the study were approbated in the author's reports at the following international and all-Russian scientific conferences:

- International scientific conference “Law Enforcement in Public and Private Law” within the Sixth Omsk Law Week (Omsk, March 26, 2022);
- International Scientific and Practical Conference of North-West Federal State Budgetary Educational Institution of Higher Professional Education and the Supreme Court of the Russian Federation “Crisis phenomena in law: theory, history, ways of overcoming” (Saint Petersburg, April 9, 2021);
- International Scientific and Practical Conference of North-West Federal State Budgetary Educational Institution of Higher Professional Education and the Supreme Court of the Russian Federation “Legal Status of Judge, Prosecutor, Lawyer: Russian and Foreign Experience” (Saint-Petersburg, September 25, 2020);
- International Research and Practice Conference of Voronezh State University “Legal Communication of State and Society: Russian and Foreign Experience” (Voronezh, September 12, 2020);
- International scientific-practical conference of North-West Federal State Budgetary Educational Institution of Higher Professional Education and the

Supreme Court of the Russian Federation “Judicial legal policy in Russia and foreign countries” (St. Petersburg, May 18, 2019).

The following publications (including paragraphs in two collective monographs in co-authorship with G. I. Lukovskaya) were prepared on the theme of work. Three of the articles were published in scientific journals recommended by the Higher Attestation Commission under the Ministry of Education and Science of the Russian Federation:

- Kulikova M.S. The idea of judicial lawmaking in the work of Hermann Kantorowicz “The Battle for Legal Science” (Der Kampf um die Rechtswissenschaft) // VOX JURIS. THE VOICE OF LAW. 2019. № 1(4). pp. 125-129.

- Lukovskaya G.I., Kulikova M.S. Ideal judge in the legal doctrine of Hermann Kantorowicz // Judicial legal policy in Russia and foreign countries : a collective monograph. 2019. pp. 413-421.

- Lukovskaya G.I., Kulikova M.S. Free law: the way out of the legal crisis? (on the work of H. Kantorowicz “Some rationalism about realism”) // Crisis phenomena in law: theory, history, ways of overcoming : a collective monograph. 2021. pp. 124-132.

- Kulikova M.S. Hermann Kantorowicz and Free Law School: European roots of American legal realism // SOCIETY: POLITICS, ECONOMY, LAW. 2021. № 5(94). pp. 72-74.

- Kulikova M.S. Justice of judicial decision in the framework of sociological approach to law: from the history of legal thought // Eurasian Legal Journal. 2022. № 5. pp. 90-92.

- Kulikova M.S. Kantorowicz’s doctrine of free law - search of balance in judicial methodology // Law enforcement in public and private law: materials of International scientific conference. 2022. pp. 311-315.

- Kulikova M.S. Methodology of Hermann Kantorowicz and classification of legal sciences // International law journal. 2023. № 6 (3). pp. 150-154.

- the author participated in conducting research under scientific project № 19-011-00528 “The Concept of Justice in the Modern Russian Legal System” (2019-2021), supported by the Russian Foundation for Basic Research (project leader - G. I. Lukovskaya).

The dissertation consists of an introduction, four chapters comprising twelve paragraphs, a conclusion and a list of references.

Chapter I. Hermann Kantorowicz – the founder of the free law movement and his program Manifesto “The Battle for Legal Science”

The subject of the study are the scientific provisions of the legal doctrine of H. Kantorowicz’s legal concept, devoted mainly to the definition of legal (judicial) methodology in the context of the ideas of free law. In the essay “The Definition of Law” Kantorowicz points out the necessity to initially form the basic primary concepts (which he calls “nominal definitions”) in order to keep them to develop the discussion in a constructive way. The latest Dictionary of Philosophy provides a definition of the concept of “methodology” as a teaching about the ways of organizing and constructing theoretical and practical human activity²⁴. The specificity of the subject under study determined the ontological argumentation of the choice of an adequate concept in the semantic field of jurisprudence. As R. von Jhering wrote: “Legal method is not something that would be introduced into law from without, but is the only way of the infallible administration of law in practice, established by law itself, as a consequence of its internal necessity”²⁵. In this approach, by judicial methodology we will understand Hermann Kantorowicz’s theory of the “objectification of law in life” and “how it is realized”²⁶, in order “through its mechanism to simplify, facilitate and ensure the application of legal provisions to the individual case as much as possible”²⁷.

Accordingly, in order to interpret H. Kantorowicz’s judicial methodology we should first consider his theoretical approach to the concept of law as such, which systematically summarized all the studies, to already apply it to the methodology and critically comprehend it.

²⁴ The Newest Dictionary of Philosophy [Electronic resource] / Compiled by A.A. Gritsanov. A.A. Gritsanov. Mn., 1998. P. 83. URL: <4D6963726F736F667420576F7264202D20CDEEE2E5E9F8E8E920F4E8EBEEF1EEF4F1EAE8E920F1EBEEE2E0F0FC> (npu.edu.ua) (accessed March 2023).

²⁵ Jhering R. Legal technique [Electronic resource] / R. Iering. URL: <https://worldconstitutions.ru/?p=1565> (accessed March 2023).

²⁶ Jhering R. Legal Technique / by A.V. Polyakov, translated from German. F. S. Shendorf. SPb., 2014. P. 15.

²⁷ Ibid. P. 18.

The general reconstruction of Kantorowicz's ideas, which is one of the tasks of this research, will be carried out with a systematic and chronologically consistent study of the genesis and transformation of his views.

Although the jurist proposed his own definition of law in an essay entitled “The Definition of Law”, it was, however, his last work. Thus, the text of the essay was written by Kantorowicz in 1939, and in 1940 the jurist passed away, having completed his life journey, but having managed to make an invaluable contribution to the resolution of the fundamental philosophical-theoretical question of jurisprudence “what is law?”. In this regard, it seems that the disclosure of the content of the concept of “law”, and free law including, in the legal doctrine of H. Kantorowicz is not possible without the preliminary characterization of the key points of his program work, “which became a pamphlet and a banner of the school of free law – a very influential trend in the legal science of the 20th century”²⁸, which is a general systematisation of the ideas of the proponents of free law and a justification for the recognition of the law-making function of judges. This chronological approach seems preferable, since some of the positions held by Hermann Kantorowicz in the early years of his scientific-theoretical²⁹ work were subsequently subjected to “debunking” criticism by his opponents, after which they were specified or corrected by him.

Before turning to the content of his work “The Battle for Legal Science”, we should firstly, using the portrait-individualizing method, briefly characterize the life

²⁸ Philosophy of Law. Dictionary / ed. and co-editor. V.N. Zhukov; 2nd ed. revised and supplemented. M., 2021. P. 279.

²⁹ Here we deliberately single out Hermann Kantorowicz’s work as “scientific-theoretical” because his works on the theory and methodology of law do not cover his entire significant scientific heritage. Kantorowicz has established himself not only as an outstanding legal theorist, but also as an encyclopedically educated person with diverse interests, whose works amount to more than 100 publications in various fields of law. As noted by researchers of Kantorowicz’s work, in particular by Professor Meyer-Pritzl, “the sphere of his interests was not limited to law theory, he published a number of works on international law and was also an outstanding historian of law, who studied medieval law”. It is worth noting that Kantorowicz was also recognized as an outstanding jurist in the field of criminal law; he lectured on criminalistics and criminal law at the University of Freiburg and also defended his doctoral thesis on “Albertus Gandinus and the Criminal Law of Scholasticism”. “His work, – continues Prof. Meyer-Pritzl, – “Studies in the Glossators of the Roman Law” (1938) is considered the most important publication on medieval law since Savigny’s “History of Roman Law in the Middle Ages”. For more see: Meyer-Pritzl R. Famous scholars from Kiel: Hermann Kantorowicz [Electronic resource] : official portal of Christian Albrecht University Kiel. URL: <https://www.uni-kiel.de/grosse-forscher/index.php?nid=kantorowicz&lang=e>. (accessed March 2023).

and creative path of Kantorowicz, which will allow, having a general idea about him, to comprehend the content of his ideas as fully as possible; secondly, give some explanations about the formal aspects of the work: title, authorship and form of presentation of the text.

In disclosing Kantorowicz's personality traits, we can try to resolve a question that is still debatable today: the question of the authorship of the concept of the “free law movement” as well as the recognition of Kantorowicz (and not E. Ehrlich, as it is sometimes claimed in the literature, including his own³⁰) as the founder of this theoretical direction in law.

Always seeking the truth through discussion³¹, Kantorowicz, at the same time, wanted to involve in the polemics as many like-minded people as possible. Kantorowicz's son, citing G. Radbruch, notes that “the ideas contained in *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*³² originated in 1903 [...] from an informal discussion group of freethinking law students at Berlin University, all members of which were participants in the Franz von List seminar. Kantorowicz, who founded the group with Radbruch, pathetically named it the “Society for Legal Science”. The first members, besides the two founders, were Felix Genzmer and Ernst Wolff³³. The meetings were lively discussions, during which free-legal ideas received a more coherent construction and reasoned justification. The idea of reflexive polylogue, introduced by Kantorowicz when he organized a joint meeting of supporters of the school of free law in 1910³⁴, was later conceptualized more clearly by K. Popper³⁵

³⁰ For more see: Kantorowicz F.C. Gustav Radbruch and Hermann Kantorowicz: Two Friends and a Book - Reflections on Gnaeus Flavius' *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* (1906) // German Law Journal. Vol. 7 (7). 2006. pp. 657-700, as well as Fuchs E. *Gesammelte Schriften über Freirecht und Rechtsreform 1970-1975: 20 kleinere Aufsätze, Besprechungen, Ehrungen und Nachrufe* / herausgegeben von Albert S. Foulkes. 3 Bd.// Aalen, 1975. 448 s.

³¹ Describing Kantorowicz, Radbruch wrote in his autobiography that he was a man with “a constant readiness to yield unconditionally to a stronger argument”. Cited by: Kantorowicz F.C. Gustav Radbruch and Hermann Kantorowicz: Two Friends and a Book - Reflections on Gnaeus Flavius' *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* (1906) // German Law Journal. Vol. 7 (7). 2006. P. 670.

³² The original title of the Manifesto is “The Battle for Legal Science”.

³³ Kantorowicz F.C. Gustav Radbruch and Hermann Kantorowicz: Two Friends and a Book - Reflections on Gnaeus Flavius' *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* (1906) // German Law Journal. Vol. 7 (7). 2006. P. 667.

³⁴ At this meeting the popularization of the new movement was discussed and a periodical composite publication entitled “Essays on Legal Reform” was planned, which, however, was not realized due to technical and organizational reasons. See Silber S. *Hermann Kantorowicz und die Freirechtsbewegung*. Berlin, 2004. S. 175.

³⁵ K. Popper noted with regard to the importance of discussion: “Doubtless disagreement can lead to struggle and even to violence, which I find very sad, for I abhor violence. But disagreement can also lead to discussion, to reasoning and

and later by J. Habermas³⁶, who emphasized the importance of public constructive criticism in an atmosphere of open scientific discussion (in an ideal communication situation, as a means of sharpening and adjusting positions).

In structuring ideas and uniting supporters (“our battle is not constitutive, but declarative”³⁷), Kantorowicz was guided not only by the desire to attract like-minded theorists, but also to expand the circle of supporters from all the fields of jurisprudence involved. Kantorowicz summarized conceptually, as he himself pointed out, “what has unconsciously always and everywhere been in practice has long existed, and we need only express what is”^{38,39}, that is, the whole stock of knowledge that had previously been developed in theory and actually applied by judges in practice. In the list of supporters of the school of free law, which Kantorowicz appended to the text of the work along with others, the name of E. Ehrlich was listed⁴⁰. Of Ehrlich's influence Kantorowicz vividly writes the following: “Since Stammler the sailboat of the philosophy of law is once again afloat, and Ehrlich has steered the helm to a new goal [...]”⁴¹. Thus, without claiming

thereby to mutual criticism, and this, in my view, is of enduring importance. I believe that the greatest step toward a more prosperous and peaceful life was taken when the war of swords, and sometimes in its stead, began to be replaced by a war of words”. For more see: Popper K. The Myth of the Conceptual Frame [Electronic Resource] / Selected Works from the book: Logic and the Growth of Scientific Knowledge. M., 1983. URL: https://kph.ffs.npu.edu.ua!/e-book/clasik/data/popper/02_myth.html (accessed May 2023).

³⁶ On the place of discussion in J. Habermas's philosophy N.A. Shaveko writes the following: “Habermas challenges the possibility for any one person (philosopher) to independently do the thinking work for others and arrive at moral conclusions which everyone would approve of [...] Habermas therefore advocates real discourse (conducted, of course, according to certain rules) between real individuals. In other words, the only means of achieving the truth is communication, or communicative action within the framework of discourse. In the place of classical rationality comes communicative rationality conditioned by language. In his writings Habermas consistently pursues the idea that if the boundaries of language are the boundaries of the world, then rationality can be identified with argumentativeness, objectivity with intersubjectivity, and communicative reason is the heir of practical reason; therefore, truth can be grasped only through discourse, open to everyone”. For more see: Shaveko N.A. Ethics of Discourse by Jurgen Habermas: Critical Analysis // Bulletin of Tomsk State University. Philosophy. Sociology. Political Science. 2021. № 60. pp. 126-127.

³⁷ Flavius G. Der Kampf um die Rechtswissenschaft [Electronic resource]. Heidelberg, 1906. S. 9 URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (accessed March 2023).

³⁸ Ibid.

³⁹ It is interesting to note that similar ideas were expressed as early as 1880 by S. A. Muromtsev. As part of his criticism of "automatic application of law" he defended the position on the active role of the court in the creation of law, as well as on the need for the legislator and the court to be aware of the limits of their powers. See: Strategies of judicial interpretation and principles of law: textbook / E. V. Timoshina [and others]; ed. by E. V. Timoshina. St. Petersburg, 2022. P. 316.

⁴⁰ Kantorowicz's complete list includes 28 names: Ehrlich, Geny, Heck, Jung, Lambert, Mayer, M.E., Müller-Erzbach, Radbruch, Rumpf, Schlossmann, Schmidt, Bruno, Stammler, Stampe, Sternberg, Wurzel, Zietelmann, Jellinek, Kohler, A. Menger, Huber, Dohna, Dernburg, E.J. Bekker, Oertmann, Kuhlenbeck, Wundt, Brentano.

⁴¹ Flavius G. Der Kampf um die Rechtswissenschaft [Electronic resource]. Heidelberg, 1906. S. 11 URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (accessed March 2023).

authorship of the ideas of his predecessors, on the contrary, naming them all by name. But by uniting and proclaiming commonality, he gives their ideas a finished form, bringing them together under the “banner of free law”.

Regarding the name “free law movement”, which in the work is interpreted by analogy with apostate currents⁴² from the dominant religion, Kantorowicz writes: “Hereafter we will call our hitherto unnamed movement according to the movements not belonging to any of the official churches – the free law movement”⁴³. Although Kantorowicz is recognized as the author of the name, for the sake of scientific accuracy it should be noted that D. Ibbetson writes that the term “free law” was suggested by F. Adickes⁴⁴ as early as in 1872. It is possible to assume that, as has already happened in history, one idea came to both scientists separately from each other, which was indirectly confirmed by Kantorowicz himself, expressing in his letter to G. Radbruch his regret that he was late to get acquainted with Adickes's works⁴⁵.

Kantorowicz’s theory of free law, as presented in “The Battle for Legal Science”, was not exclusively a compilation of individual ideas or a limited generalization of existing legal positions⁴⁶. In his work he also presented his own

⁴² This refers, presumably, to heretical movements which arose en masse in the twelfth century and reached their greatest scope in the thirteenth and fourteenth centuries. However, there is a curious position in the literature according to which “many representatives of medieval ‘heretical movements’ were, in fact, church reformers”. For more see: Simonov, V.V. General history of the church [Electronic resource] : in 2 vols. Simonov. T. 1, Book 2. URL: https://azbyka.ru/otechnik/Istoriya_Tserkvi/obshhaja-istoriya-tserkvi-tom-1-kniga-2/12 (accessed April 2023).

⁴³ As A. V. Zavadsky notes, Kantorowicz is the author of “free law movement”, while the name “school of free law” was suggested by Prof. Galdi: “To him (*H. Kantorowicz - M.K.*) belongs the honor to give the name of a new school: the “free law movement” becomes a common term in German literature, recently alternating with the “school of free law”, a term introduced by the Italian supporter Prof. Galdi (*La scuola d. d iritto libero. Napoli 1907*) and passed into Germany (for example, *Oertmann Gesetzeszwang und Richterfreiheit 1909 44*, where in the note one also has a bibliography of supporters and opponents of the school)”. See: Zavadsky A.V. *To the doctrine of the interpretation of civil laws* / ed. by A. Simolin. Kazan, 1916. P. 12.

⁴⁴ Kantorowicz F.C. *Gustav Radbruch and Hermann Kantorowicz: Two Friends and a Book - Reflections on Gnaeus Flavius’ Der Kampf um die Rechtswissenschaft (1906)* // *German Law Journal*. Vol. 7 (7). 2006. P. 663.

⁴⁵ This is presumably the 1872 work of F. Adickes “Towards a doctrine on the sources of law, in particular on its understanding and nature and on legal custom”. See: Adickes F. *Zur Lehre von den Rechtsquellen insbesondere über die Vernunft und die Natur der Sache als Rechtsquellen und über das Gewohnheitsrecht*. Cassel und Göttingen. 1872, 81 S. Thus, the popular opinion is that it was E. Ehrlich in his report “*Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*” (1903) was the first to use the expression “free law”, is a fallacy. See, for example: Waskowski E. V. *Selected works of the Polish period*. M., 2016. P. 464. The reason is that the phrase “*freies Recht*” or “*das freie Recht*” was not found in E. Ehrlich’s text itself. See: Ehrlich E. *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft: Vortrag, gehalten in der juristischen Gesellschaft in Wien am 4. März 1903* [Electronic resource]. Leipzig, 1903. 40 S. URL: <https://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/ehrlich1frei.html> (accessed May 2023).

⁴⁶ It was also impossible due to the contradictions of some positions of the representatives of the movement, which required a decision on the choice of one or another thesis. For example, S.V. Lipen notes, speaking of the

ideas about the development of law and introduced a new critical argument against the proponents of the formal-logical method of filling gaps in the law. Kantorowicz's contemporaries appreciated his contribution to jurisprudence, describing him as “an outstanding actor of the era, thanks to the ideas of the free law movement he proclaimed”⁴⁷. Thus, Kantorowicz’s work was the first and only text that promulgated in a structured form the ideas of all the supporters that Kantorowicz attributed to the free law movement, who had previously “sounded in separate voices”⁴⁸, which is certainly sufficient reason to recognize him as one of the fundamental founders of the free law movement⁴⁹.

Before turning to the content of Kantorowicz's key work, it is necessary to pay attention to the circumstance concerning its title.

In the book “The Battle for Recognition of Judicial Lawmaking in European and American Law” A. G. Karapetov, when he wrote about H. Kantorowicz, does not ignore the question of the title of his work, indicating that the text, which German researchers of Kantorowicz’s work call “Der programmatische Streitschrift “Der Kampf um die Rechtswissenschaft”, i.e. translated from German as “program polemical essay” or “pamphlet” by A. G. Karapetov is called “essay ‘The Battle for Legal Science’”⁵⁰. The author in earlier publications⁵¹ used another version of the

disagreements among the supporters of free law, the following: “As regards the proposal of new methods of interpretation, here began the disagreement among the supporters of 'free law'. The most important ones concerned two points: First, the definition of the range of extra-legal criteria to guide the judge in deciding cases, and second, the definition of the relation of judicial discretion to the law”. For more see: Lipen S.V. Ideas of “free law” in the legal science of pre-revolutionary Russia: dissertation ... Candidate of Law: 12.00.01. M., 1994. P. 48.

⁴⁷ Funke A. Er wollte nicht nur Teil einer Jugendbewegung sein: eine Interpretation des Freirechts [Electronic resource] / herausgegeben von I. Augsburg, S. Lettmaier, R. Meyer-Pritzl. Tübingen, 2020. S. 5-6. URL: https://www.mohrsiebeck.com/buch/hermann-kantorowicz-begriff-des-rechts-und-der-rechtswissenschaft-9783161597992?no_cache=1 (accessed March 2023).

⁴⁸ Flavius, G. Der Kampf um die Rechtswissenschaft [Electronic resource]. Heidelberg, 1906. S.8. URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (accessed March 2023).

⁴⁹ Kantorowicz is cited as “one of the founders” because, prior to the Manifesto, such works of his contemporaries had been published, which he himself claimed were the basis of his famous work. See, for example: Rumpf M. Zum jetzigen Stande der Lehre von der adäquaten Verursachung // Jherings Jahrbücher. 1905. № 49. S. 333-406, Stammler R. Die Lehre von dem richtigen Rechte. [Electronic resource]. Berlin, 1902. 647 s. URL: <https://archive.org/details/dielehrevondemr00stamgoog/page/n7/mode/2up> (accessed May 2023).

⁵⁰ Karapetov A. G. The Battle for Recognition of Judicial Lawmaking in European and American Law. M., 2011. P. 99.

⁵¹ See, for example: Kulikova M.S. The idea of judicial lawmaking in the work of Hermann Kantorowicz “The Battle for Jurisprudence” (Der Kampf um die Rechtswissenschaft) // VOX JURIS. VOX JURIS. SPb. 2019. № 1(4). pp. 125-129, Lukovskaya G.I., Kulikova M.S. The ideal judge in the legal doctrine of Hermann Kantorowicz // Judicial legal

title – Manifesto “The Fight for Jurisprudence”, which was seen as more meaningful. The word “fight”, in contrast to the word “battle”, was understood as a decisive clash of the main forces affecting the outcome of the battle, different from all others in its scale and significance⁵². Kantorowicz, it seems, invested exactly this meaning, which follows from the form and content of the work, which is written, firstly, in a high style (*genus grande*)⁵³, and secondly, in the text Kantorowicz calls associates to “storm the last bastion of scholasticism”⁵⁴, which suggests that it is a call for a “decisive fight” for jurisprudence. However, it is important to note Kantorowicz's adherence to allusions in the titles of his works⁵⁵. The original title of the Manifesto itself “Der Kampf um die Rechtswissenschaft”, clearly echoes R. von Jhering's famous work “Der Kampf um das Recht” – “The Battle for Law”. Given the well-established translation of Jhering's work and not wanting to miss the semantic correlation of the two titles in the translation, the author decided to abandon the word “fight” in favor of “battle”.

As for the choice between the variants of translation: “jurisprudence” or “legal/legal science”, this was expressed by H. Kantorowicz himself, who wrote that in English there is both the concept of “jurisprudence” and “legal science”. And it is this division, which is not always clearly visible in other languages, that helped him identify the nuances in the use of these terms. Kantorowicz proposed to distinguish between jurisprudence, i.e. the general, philosophical foundations of legal science, and the science that studies not a separate direction, but all of law (legal science), respectively, comparing jurisprudence and the science of law as private and general: “To designate this science (*science of law – M. K.*), we prefer the term “legal

policy in Russia and foreign countries : a collective monograph. 2019. pp. 413-421, Kulikova M.S. Kantorowicz's doctrine of free law - search of balance in judicial methodology // Law enforcement in public and private law: materials of International scientific conference. 2022. pp. 311-315.

⁵² Dictionary of military terms / comp. A.M. Plekhov and S.G. Shapki. M., 1988 URL: <http://endic.ru/ozhegov/Bitva-1751.html> (accessed March 2023).

⁵³ In a letter dated 05 April 1906 to his friend G. Radbruch, Kantorowicz remarked in response to Lilienthal's characterisation of his work that it was “entirely correct”: “I wanted to be a demagogue”.

⁵⁴ Flavius, G. Der Kampf um die Rechtswissenschaft [Electronic resource]. Heidelberg, 1906. S.6. URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (дата обращения: 11.03.2023).

⁵⁵ For example, his work “Some Rationalism about Realism” is built on a critique of K. Llewellyn's article “Some Realism about Realism”.

science” rather than “jurisprudence”, because in English the term “jurisprudence” is more often used to denote “general jurisprudence”, i.e. the basic/basic or philosophical part of the legal science, rather than the legal science as a whole”⁵⁶.

In addition, it is worth noting that the dictionary definition endows the title of the work with the character of universality. However, in the same source⁵⁷, “The Battle for Legal Science” is called a “pamphlet”. Meanwhile, a pamphlet is understood as a topical work of journalism, the purpose of which is social and political denunciation, often combined with satire⁵⁸, which does not fully correspond to the content of Kantorowicz's work. Whereas a Manifesto means “a written statement of the principles of a certain movement or group”⁵⁹, which is more acceptable. Therefore, for the sake of brevity the work will be referred to as “Manifesto”, similar to the position of A. G. Karapetov – one of the few researchers, who paid special attention in his study to the work by H. Kantorowicz.

As already noted, the text of the Manifesto contains an abundance of tumid words, due to which, presumably, because of the difficulties in conveying the relevant meaning, there is still no officially published full text of translation into Russian⁶⁰, which undoubtedly impoverishes the Russian scientific theoretical and legal discourse, since this work is considered to be one of the most cited works of the twentieth century. Assessing the Manifesto, for example, A. Goodhart wrote:

⁵⁶ Kantorowicz H. *The Definition of Law* / Campbell A.H., Goodhart A.L. // Cambridge at the University Press. 1958. P. 11.

⁵⁷ By “the same source” is meant the *Philosophy of Law. Dictionary* / ed. and co-editor. V. N. Zhukov. M., 2021.

⁵⁸ *The Great Encyclopedic Dictionary* [Electronic resource]. URL: <https://dic.academic.ru/dic.nsf/enc3p/226222> (accessed March 2023).

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ Although it is worth noting that such attempts have been made. Fragments of the translation are contained in the work of A.V. Zavadsky “To the doctrine of the interpretation of civil laws” and A.G. Karapetov “The struggle for the recognition of judicial lawmaking in European and American law”.

“This work was probably quoted more often than any other legal essay published during the current century»^{61,62}.

The author further refers in this work to the original text of the Manifesto in German in his own translation.

It should be noted that the Manifesto was published in 1906 by Kantorowicz under the pseudonym of Gnaeus Flavius⁶³. It seems that the publication under a pseudonym was caused not so much by personal fears associated with possible difficulties with the defense of the thesis, as A.G. Karapetov writes about it⁶⁴, but rather by the author’s desire not to distract the readers who would show interest in the author, and who should focus all their attention on the content of the fundamental ideas set forth in the Manifesto. That undoubtedly caused a special interest in the discussion regarding the authorship of the text⁶⁵.

⁶¹ See also: Meyer-Pritzl R. Famous scholars from Kiel: Hermann Kantorowicz [Electronic resource] : official portal of Christian Albrecht University in Kiel. URL: <https://www.uni-kiel.de/grosseforscher/index.php?nid=kantorowicz&lang=e>. (accessed March 2023). It is worth noting that in this paper Prof. Meyer-Prittle notes that the most frequently cited work of H. Kantorowicz was indeed “The Battle for Legal Science”, but not the German text, but its Italian translation. We consider this clarification to be important because it was within the framework of this translation that H. Kantorowicz slightly adjusted his position regarding the possibility for courts to resolve cases *contra legem*.

⁶² It is interesting to note that in his correspondence with Radbruch, Kantorowicz noted that no more than 800 of the 2,000 copies were sold.

⁶³ It was not the first time that H. Kantorowicz published his work under a pseudonym. Thus, he co-authored a work under one name, “Kuno Zwymann”, which he would later consider a failure. In a letter to Radbruch dated September 1903, describing his book, Kantorowicz wrote: “First of all, there is a lack of examples - the few that you cite are as refreshing as springs in the desert sand. I say this because I certainly acknowledge a gigantic dryness (see Zwymann)”. See: Zwymann, K. *Das Georgesche Gedicht* / K. Zwymann // Berlin: Dr. John Edelheim Verlag, 1902, - 153 s. I. Augsberg also writes about Kantorowicz’s attitude to his work with a reference to the correspondence of friends: “In 1902 the book *Das Georgesche Gedicht* was published by the small Berlin publisher John Edelheim. The author of the work was listed as Kuno Zwymann, a telling pseudonym since the book was written jointly by two friends, Heinrich Gesch and Hermann Kantorowicz [...] Kantorowicz, however, rather put it in the “juvenile sin” category. [...]. Kantorowicz later wrote in reference to Radbruch’s self-criticism: “The fact that your book seems stale to you only proves that you evolve, and all evolutionists do; for example, nothing in the world would make me re-read Zwemann again”. See: Augsberg I. *Kantorowicz’ Begriff des (Rechts-) Begriffs* [Electronic resource] / herausgegeben von I. Augsberg, S. Lettmaier, R. Meyer-Pritzl. Tübingen, 2020. S. 29. URL: https://www.mohrsiebeck.com/buch/hermann-kantorowicz-begriff-des-rechts-und-der-rechtswissenschaft-9783161597992?no_cache=1 (accessed March 2023).

⁶⁴ Karapetov A. G. *The Battle for Recognition of Judicial Lawmaking in European and American Law*. M., 2011. P. 99. However, the fact that Kantorowicz’s publication of the Manifesto did halt the development of his career is mentioned by J. Giltai: Kantorowicz “was only appointed professor of criminal law at Kiel University at the age of 51, having been titular professor since 1913 and adjunct professor since 1923 at the University of Freiburg. In 1927 the chair at Kiel was vetoed, again most probably for political reasons, although Muscheler suggests in his biography that his Jewish origins probably had something to do with it”. See: Giltai J. *Hermann Kantorowicz and Hans Kelsen: from debating legal sociology to constructing an international legal order* // *History of European Ideas*. 2022. Vol. 48 (1). P. 114. DOI: 10.1080/01916599.2021.1898438, Muscheler K. *Hermann Ulrich Kantorowicz: Eine Biographie* / K. Muscheler // Berlin, 1984. 129 S.

⁶⁵ For more see: Kantorowicz F.C. *Gustav Radbruch and Hermann Kantorowicz: Two Friends and a Book - Reflections on Gnaeus Flavius' Der Kampf um die Rechtswissenschaft (1906)* // *German Law Journal*. Vol. 7 (7). 2006. P. 667.

As S. Silberg writes, and as has been repeatedly confirmed in other sources⁶⁶, including those explained by Kantorowicz himself, the unusual pseudonym was chosen by him with a special purpose in mind. As one of the foremost legal historians of his time, Kantorowicz deliberately chose this pseudonym because it belonged to a classical Roman jurist⁶⁷ who “revealed to the public the regulations governing legal proceedings that had been kept secret by the pontiffs”⁶⁸ and “thus, after the laws of substantive law had already been known through the laws of the Twelve Tables, the monopoly of legal priests⁶⁹ on interpretation was now to be broken [...]”⁷⁰. In publishing the Manifesto, Kantorowicz believed that he was not only exposing secrets unknown to society about how judges actually settle disputes, but, most importantly for him, pointing the way for all lawyers to truth, justice and social harmony.

The solemnity of the Manifesto’s style thus explains its pathetic character, which aims to recruit new “fighters for the battle to liberate the legal science”⁷¹. The content of the text itself is organised into three sections, each dealing with a different issue: of law, of jurisprudence and of case law. Separately, it should be noted that the distinction is purely semantic, as the entire text is printed without them being highlighted and is visually perceived as merging. Presumably, Kantorowicz used such a technique to maintain uninterrupted attention when reading each word of the

⁶⁶ For more see: Kantorowicz F.C. *Gustav Radbruch and Hermann Kantorowicz: Two Friends and a Book - Reflections on Gnaeus Flavius' Der Kampf um die Rechtswissenschaft (1906)* // *German Law Journal*. Vol. 7 (7). 2006. P. 692, as well as Karapetov A. G. *The Battle for Recognition of Judicial Lawmaking in European and American Law*. M., 2011. P. 94.

⁶⁷ Gnaeus Flavius is considered one of the first reformers of Roman law of the end of IV century B.C., son of freedman and secretary of censor Appius Claudius the Blind. In accordance with Appius' intention, in 304 Flavius announced the calendar for the whole year at the forum: the so-called *deis fasti*, i.e. days, on which it was allowed to hold trials and gather crowds, and *dies nefasti*, days on which these actions were forbidden. No less important of Flavius' reformatory actions was his promulgation of a collection of judicial formulas, the so-called *legis actiones*, later known as Flavius' Civil Law. Knowledge of these formulas had until that time been the prerogative of the pontifical priests, who guarded, interpreted and issued them (for a fee) at the request of litigants. See: *Dictionary of Ancient Writers [Electronic resource]* / co-compiled by. M.V. Belkin, O. Plakhotskaya // SPb., 1998. URL: <http://niv.ru/doc/dictionary/ancient-writers/fc/slovar-212.htm#zag-627> (accessed April 2023); Pilyaeva, V.V. *Dictionary of Roman Law*. 2nd edition / V.V. Pilyaeva. M., 2014. P. 47.

⁶⁸ Silberg S. *Hermann Kantorowicz und die Freirechtsbewegung*. Berlin., 2004. S. 25.

⁶⁹ We mean the patrician priestly college of pontiffs.

⁷⁰ Silberg S. *Hermann Kantorowicz und die Freirechtsbewegung*. Berlin., 2004. S. 97.

⁷¹ Flavius, G. *Der Kampf um die Rechtswissenschaft [Electronic resource]*. Heidelberg, 1906. S.6. URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (accessed March 2023).

Manifesto, whose “parts” are so textually and semantically intertwined with each other as to exclude even the visual possibility of their strict separation.

The main purpose of the Manifesto, as can be deduced from the text itself, was to declare the creation of a new movement in legal scholarship “battling” against the domination and haphazard application of legislation, demanding recognition of free law as a full-fledged form of law on a par with formal law, marking a radically new legal methodology and approach to law in general.

In the introduction to the Manifesto it was noted that the work in question was “an attempt here to summon all its best forces into unity”⁷². While identifying the emergence of a new movement in law, Kantorowicz does not insist on its conceptual completeness. He writes about it, referring to the regularity of the development of any new movement, which consists in the undeveloped and contradictory particulars in the initial stages of its creation: “It is unreasonable to demand complete conceptual clarity; no new movement has ever known exactly what it wanted, or wanted exactly what it achieved. Nor is it desirable to require from a manifesto, which must rush through the broadest fields in the shortest time, that everything be carefully reasoned and fully developed. We must take satisfaction from referring to what has already been achieved by the quills of our like-minded, and to that still expected to be. We have only been a bit more detailed where we had something distinct and new to offer (for example, in conceptualizing natural law, highlighting the voluntaristic moment⁷³, and presenting the logical and teleological debates). Lastly, we leave it to others to show in detail the contributions that this or that intellectual claims to have fathered within the realm of ideas presented herewith”⁷⁴.

⁷² Flavius G. Der Kampf um die Rechtswissenschaft [Electronic resource]. Heidelberg, 1906. S. 5. URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (accessed March 2023).

⁷³ Characterizing the free law movement as a whole, and Kantorowicz’s doctrine in particular, some researchers note that the voluntarist moment was not so much emphasized by Kantorowicz and supporters of free law as it formed the “base” of the entire doctrine. See: Senn M. History of law - cultural-historical essay / translated from German. T. M. Klukanova; ed. by S. Raas; ed. 4-th, revised and extended. St. Petersburg, 2016. P. 512.

⁷⁴ Flavius, G. Der Kampf um die Rechtswissenschaft [Electronic resource]. Heidelberg, 1906. S. 6. URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (дата обращения: 11.03.2023).

At the same time, Kantorowicz stresses that certain strands of the concept had already been sufficiently developed. This exploration, to a large extent, as in any new direction, was built “from” and based on a critique of the prevailing approaches in legal scholarship in previous periods. Kantorowicz would later draw a comparison between the school of free law and the historical school of law, but in the Manifesto his entire critique was directed against dogmatic jurisprudence, filled, in his opinion, with scholasticism concealed from society⁷⁵. At the very beginning of the Manifesto he observes that today’s lawyers are under the delusion that their “conduct is in perfect harmony with their ideals”⁷⁶.

Quoting the first lines of E. Ehrlich’s work that “a book must be written in such a way that its essence can be formulated in a single sentence”⁷⁷, we will try to formulate the main idea of the Manifesto, apart from the above-mentioned purpose, noting that the free law movement claims to be an open statement of judicial law-making and suggests that free law should be seen as a universal way of improving the performance of judges in the interest of society as a whole.

The Manifesto, according to Kantorowicz himself, is an attempt “to summon all its best forces into unity: an attempt that deliberately ignores everything that separates discrete writers from one another”⁷⁸. In particular, and for this reason, the ideas of the Manifesto are presented below by outlining its main theses with a disclosure of their content.

⁷⁵ It seems necessary to mention that in Kantorowicz’s view dogmatic jurisprudence, although it included a large number of scholastic methods, but it was not completely identified with their totality, and also scholasticism itself is not considered by him exclusively in a negative context, This is evidenced by the fact of his thesis “Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik” (“Albertus Gandinus and the criminal law of scholasticism”) which is devoted to medieval scholastic methods of textual interpretation among others. Kantorowicz’s article “Behind the Scenes of Versailles” can also be cited in support of the above. Although the text is more of a political content, in it Kantorowicz notes that back in the Middle Ages the need to identify the nuances, the details of the issue, which today are designated by some of his contemporaries as “empty” (the jurist uses the expression “leere Spitzfindigkeiten”, which can be translated as “empty subtleties” or “empty sophistry”) was understood. In that era, Kantorowicz notes, this was called “scholasticism”. However, according to Kantorowicz, such “scholasticism” is necessary and should, in particular, be reflected in modern politics: “The Middle Ages knew better: ‘Qui bene distinguit, bene docet’. But in those days people were ‘scholastics’. Well, politics must also be ‘scholastic’ in this sense”. For more see: Kantorowicz H. *Hinter den Kulissen von Versailles // Das Tagebuch*. Berlin. 1921. Heft 50 (2). S. 1542.

⁷⁶ Flavius G. *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* [Electronic resource]. Heidelberg, 1906. S. 7. URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (accessed March 2023).

⁷⁷ Ehrlich E. *Fundamental Principles of the Sociology of Law* / translated from German. M.V. Antonov; ed. by V.G. Graftsky, Y.I. Grevtsov. SPb., 2011. P. 64.

⁷⁸ Flavius G. *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* [Electronic resource]. Heidelberg, 1906. S. 5. URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (accessed March 2023).

1. Free law is the “natural law of the twentieth century”. This thesis is based on the idea of an erroneous, according to Kantorowicz, understanding of the basic idea of natural law that has existed among jurists for a long time. The misconception was that natural law was perceived by them as some idea of ideal law, i.e. non-existent (“wishful thinking unchanging law”) and, therefore, absurd in its essence. Kantorowicz proposes to consider natural law in a different way – as a law that claims to apply it independently of the state will, accordingly, differentiating all law into “formal” (depending on the state will) and “free” (not depending on the state will) law. Thus, it is possible to conclude that, for Kantorowicz, free law is either a kind of natural law or, conversely, natural law is a special kind of free law. Kantorowicz adheres to the second approach. He endows free law with the characteristic of “all-pervading law”, encompassing not only natural law itself, but also its perception, concluding that the approaches of supporters of the free law school manifest themselves in an interpretive understanding of the ideas of law existing independent of the will of the sovereign, as their concepts are based on appeals to supplement, improve (Zitelmann⁷⁹) or abolish formal law. Such approaches, Kantorowicz concludes, cannot be called etatist, i.e. recognising the existence of only formal, state law (staatliches Recht), hence they “must be recognised as free law”⁸⁰. It is worth noting, however, that later on Kantorowicz will clarify his position on the concept of law for judicial application, which he will understand not only in the reflection in one’s mind, but also in concrete actions. Therefore, the “interpretative understanding of the ideas of law” refers to the positions of those jurists who make efforts to change formal law, hence not recognising it in its integrity as self-sufficient in most legal disputes.

⁷⁹ Here it is appropriate to cite the example of E. Zitelmann from a speech he made on assuming the position of rector of the Rhine University: “The dismissed estate manager incited a servant to set fire to the barn of the owner of the estate; the servant committed arson, but before the fire was discovered and caused considerable damage, the manager, moved by fear and remorse, extinguished the fire himself – this is a case of so-called active remorse. The Criminal Code allows for the exclusion of the perpetrator from punishment in such cases. It has, however, forgotten about cases in which the instigator shows active remorse and is in danger of being punished with a long term imprisonment. Our judicial system has filled this gap by extending the rules on the perpetrator to the instigator”. For more see: Zitelmann E. Gaps in the law // Russian Yearbook of Legal Theory. 2010. № 3. P. 616.

⁸⁰ Flavius G. Der Kampf um die Rechtswissenschaft [Electronic resource]. Heidelberg, 1906. S. 11. URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (дата обращения: 11.03.2023).

It should be emphasised that, despite the perceived opposition between formal and free law, according to Kantorowicz, they have much in common. The main point is the assertion of their common purpose: both free and formal law share the idea of seeking the common interest of the community. This is the goal of both the legislator when passing a law and the judge when resolving a dispute (as Kantorowicz will later clarify in his methodology, it is only one of the two goals that the court must take into account when making a decision). This idea brings the two forms of law together and makes them conceptually “look in the same direction”. A free right is an unformed right (a right in dynamics), whereas a formal right, on the contrary, is one that has acquired its completed form (a right in statics), thus, in terms of their classification, they are different (statics/dynamics) on the one hand, but on the other hand, contain no internal contradiction (common purpose). It is like water in different states, but without losing its characteristics.

Rejecting the idea of the historical school in recognising the only “positive” law (as a law established by the will) in which the will of the people, or the process of social legitimation⁸¹, plays a major role, Kantorowicz concludes that “Our free law is, however, also a natural law—the natural law of the twentieth century. Our legal philosophy has little in common with that of Pufendorf and Wolff”⁸².

2. Varieties of Free Law. Kantorowicz classifies free law in a generalised way without giving detailed characteristics. The criterion of recognition of a free law can be: either an *individual law* or a *public law*, depending on whether one recognises the provision as a right based on one’s own belief or on the belief of the community – and it is possible that the same legal prescription can exist in both forms, as well as being enshrined in a formal law. The connection between these types of law is as follows: individual law is more important for legal science (as a science) and public

⁸¹ The representatives of the historical school of law, in particular, have written extensively about this. See, for example: Puchta, Savigny, Hugo. Thus, G.-F. Puchta wrote: “It (*law - M.K.*) becomes a legal provision because the latter is recognized as such by the common conviction of all those for whom it matters. Law is the common will of all members of a legal society (Rechtsgenossen)”. For more see: Puchta G.-F. *Encyclopedia of Law / German Historical School of Law*. Chelyabinsk, 2010. P. 441.

⁸² Flavius G. *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* [Electronic resource]. Heidelberg, 1906. S. 12. URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (accessed March 2023).

law for law enforcement, although in this case there is a close relationship with customary law⁸³.

Another criterion for distinguishing free law is the criterion of dividing it into operative and non-operative law, respectively. As noted by Kantorowicz himself, both formal and free law may have this characteristic: “To recognise and want to follow or to follow is a twofold question”^{84,85}.

3. The “fictions” of formal law. Asserting that free law is equal to formal law “in power and influence”⁸⁶ Kantorowicz points out that formal law is different from and inferior to free law on several grounds.

3.1. The first difference, noted by M.E. Mayer⁸⁷, is that free law, unlike formal law, “is known by everyone. A law created by the State is known to no one”⁸⁸. The more the formal law is developed, the greater the ignorance of jurists: “It is so true that if an individual has acquired a thorough knowledge of the laws of the state, he will usually belong to the class of dark people of honour⁸⁹”. In other situations, notes Kantorowicz, the legal order and behaviour of citizens, according to formal law, is

⁸³ A.V. Zavadsky, as part of his critique of Kantorowicz’s doctrine, notes the following: “The division of free law into individual and public, as well as some separate places in the book, may lead one to believe that K. approaches L.I. Petrazhitsky’s notion of intuitive law, but this is not so: the free law includes customary law (La lotta 138) and opinions on desirable transformations in the law of state (14). K. is by no means free from self-contradictions: refusing to draw a boundary between the action of individual and public free law, he emphasizes that the latter must prevail in judicial practice and the former in the legal science, at the same time he bases his whole ladder of application of the letter of law etc. by judicial practice exclusively on his individual law”. For more see: Zavadsky A.V. To the doctrine of the interpretation of civil laws / ed. by A. Simolin. Kazan, 1916. P. 13. Note that, as will be presented in the disclosure of judicial methodology, the role of public free law is still greater than that of individual free law in law enforcement practice, although individual free law is also present in the form of judicial discretion.

⁸⁴ Flavius G. Der Kampf um die Rechtswissenschaft [Electronic resource]. Heidelberg, 1906. S. 13. URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (accessed March 2023).

⁸⁵ For a fuller understanding of Kantorowicz’s legal doctrine, it should be made clear that Kantorowicz will not return to these classifications in his writings, but their ideas can be seen in his arguments, explaining both the author’s approach to the definition of “law” and his judicial methodology.

⁸⁶ Flavius G. Der Kampf um die Rechtswissenschaft [Electronic resource]. Heidelberg, 1906. S. 12. URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (дата обращения: 11.03.2023).

⁸⁷ In “Rechtsnormen und Kulturnormen” he wrote: “Only cultural norms can answer the question of misconduct”. For more see: Mayer M.E. Rechtsnormen und Kulturnormen. Breslau, 1903, S. 85, Anm. 11.

⁸⁸ Flavius G. Der Kampf um die Rechtswissenschaft [Electronic resource]. Heidelberg, 1906. S. 12. URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (дата обращения: 11.03.2023).

⁸⁹ This expression is used to describe a man who is generally regarded as noble, but who in reality is not, and his machinations are not entirely verifiable. The expression refers to a passage in Goethe’s Faust (Faust I, Before the Gate), where Faust tells his father and his alchemical arts to his student Wagner during the so-called “Easter Walk”. “Dark man of honour” did not yet have the negative meaning then that it has today. A man of honour is called a “dark man” because his activities are opaque to the uninitiated and must appear somewhat strange to them. Academic dictionaries and encyclopaedias [Electronic resource] URL: https://universal_lexikon.de-academic.com/230901/Dunkler_Ehrenmann (accessed March 2023).

explained either by fragmentary knowledge of it (“the merchant, the artist, the officer, the statesman, the husband have only an occasional knowledge of the code, even the articles on trade, authorship, state, international, and family law, without being disturbed by the ignorance in their activities”⁹⁰), or by imitating the behaviour of others⁹¹ and the idea of the social and cultural peculiarities of society (“Who could imagine a traveler in a strange land making himself familiar with the language, history, art, folk traditions, simply by opening his civil statutory code? No one!”⁹²). The conclusion Kantorowicz draws: all people live according to free law, according to the rules of their environment or their individual recognition, which “not as arbitrary, not as convenient, but as law”⁹³.

3.2 The second difference is the existence of a “fiction” of formal law, which Kantorowicz explains as follows: “formal law is assumed to be the basis of all legal relations”⁹⁴. The fallacy of such an assertion is refuted by Kantorowicz by reference to the empirical basis of the legislative procedure, and the reasons underlying it. This thesis is quite close to the logic of Ehrlich, who saw the origins of laws in the practices of social groups⁹⁵. Thus, Kantorowicz argues that the foundation, on which the formal law is built, is the free law, which lives independently of the formal law, but not vice versa, because almost all legislative ideas existed originally as provisions of the free law. Any critique of formal law that subsequently generates its improvement, in his opinion, must, by definition, borrow criteria from free law. This idea will later still be reflected in the hierarchy of legal norms (where such norms are denoted by the notion of “formal implicit law”) developed by Kantorowicz.

⁹⁰ Flavius G. Der Kampf um die Rechtswissenschaft [Electronic resource]. Heidelberg, 1906. S. 13. URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (accessed March 2023).

⁹¹ A. V. Stovba is also currently writing about this. See e.g.: Stovba A.V. Classical and non-classical theory of law / Vestnik (Herald) of Tomsk State University. 2021. № 463. pp. 251-256. DOI: 10.17223/15617793/463/31

⁹² Flavius G. Der Kampf um die Rechtswissenschaft [Electronic resource]. Heidelberg, 1906. S. 14. URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (accessed March 2023).

⁹³ Ibid.

⁹⁴ Ibid.

⁹⁵ E. Ehrlich wrote the following about this: “The jurist takes his right from social relations, the jurists’ right extends no further than the relations from which it was taken. Any real law of lawyers is limited to the persons and phenomena involved in the relations for which the lawyer finds his law”. For more see: Ehrlich E. Fundamentals of sociology of law / translated from German. Ed. by V. G. Grafsky, I.I. Grevtsov. SPb., 2011. P. 225.

3.3 Another “fiction” of formal law is interpreted by Kantorowicz as “the dogma of the statutory law’s completeness”⁹⁶. In Kantorowicz’s view, this is one of the most important fictions that serve as a basis for the free law school to oppose the dogmatist jurists. Kantorowicz believes that, recognizing the existence of gaps in formal law, the existence of free law should also be automatically recognized, otherwise, there is an absurd claim that formal law (rule), having gaps, fills itself, as if “from a bone one could create a whole animal”⁹⁷. Otherwise, assuming that this is not possible, it would therefore be necessary for the court to refuse to accept a claim or sentence every time it found a gap⁹⁸. At the moment, writes Kantorowicz, the gaps are in fact filled by judges in their own law-making, “with an augur’s smile”⁹⁹ through the fictitious method of finding “an existing, though perhaps unknown” provision of formal law¹⁰⁰.

4. *There are gaps in both legislation and law (including free law).* In his Manifesto, Kantorowicz addresses an idea that he does not return to later in his work. At the same time, it seems necessary to substantiate it.

Kantorowicz leaves out of brackets such a transcendental and “perhaps even meaningless question”¹⁰¹ as to whether free law can contain a solution, while we have no way of knowing it, and argues that many legal disputes do not allow for

⁹⁶ Flavius G. Der Kampf um die Rechtswissenschaft [Electronic resource]. Heidelberg, 1906. S. 14. URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (accessed March 2023).

⁹⁷ Ibid. S. 27.

⁹⁸ In this case, it is worth critically assessing Kantorowicz’s position. Firstly, dogmatic jurisprudence presents a range of legal means of filling existing gaps in the law, thus the claim that “dogmatic lawyers believe in the impenetrability of law” either requires clarification in the form of “some” or is mistaken or, as will be presented later, requires clarification of the concept of “impenetrability”, which is generally understood in a narrow sense - in the absence of a separate legal rule allowing for a dispute. Secondly, notwithstanding the argument based on a striking analogy which sounds convincing, it seems difficult to answer the question why it is still not possible to fill gaps by referring, for example, to a legal principle. Let us also draw a parallel, using the example quoted above, and note that the legal principle, in accordance with the skeleton from which biologists reconstruct the putative appearance of the whole animal, allows the construction of the legal provision necessary for the resolution of the dispute.

⁹⁹ The augurs were Roman fortune-tellers who gave predictions by the cry and flight of birds. The absurdity of their actions was clearest to the augurs themselves, and for this reason a proverb arose: “If an augur sees an augur, they cannot hold back a smile”. That is why the grin exchanged between people who conspire to deceive others is called the smile of the augurs. For more see: Explanatory Online Dictionary of the Russian Language by D.N. Ushakov [Electronic resource]. URL: <https://lexicography.online/explanatory/ushakov/a/авгур> (accessed May 2023), site “The best aphorisms. Winged phrases”. [Electronic resource]. URL: <https://aphorismos.net/phrase/ulybka-avgurov-avgura/> (accessed May 2023).

¹⁰⁰ Flavius G. Der Kampf um die Rechtswissenschaft [Electronic resource]. Heidelberg, 1906. S. 15. URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (accessed March 2023).

¹⁰¹ Ibid. S. 16.

such a legal solution at all, or, assuming they do, none will be a universal solution, due to individual factor and changing social conditions that suggest several alternatively correct solutions: “just as no one denies that people differ, it also follows that our differences, especially as they relate to the definition of life values, should translate into different solutions, at least in part of the debate”¹⁰². Consequently, in some cases of gaps, achieving a universally optimal solution which everyone agrees upon through law is impossible, which does not mean that this goal should not be pursued.

The thesis of the unconditional absence of gaps in law is considered by Kantorowicz as a defect of legal science that is difficult to eradicate, calling it “legal megalomania”: “the biologist, the philologist, the historian, the art historian, the astronomer, the aesthete deny that of the questions posed to them, they can answer more than but a tiny part, insignificant when compared to the whole [...] Indignant, they would reject the possibility of answering every conceivable biological, historical, physical, etc. question at exams (e.g. What is the temperature of the star Alpha Cygni? [...] Why isn’t the canary green?)”¹⁰³.

Kantorowicz attributes this “arrogance” of lawyers to their unconditional belief in the systematicity and perfection of the legal system, which convinces them of the possibility of finding answers to all questions in it themselves. Comparing a lawyer to a quack doctor who “finds the diagnosis even in the darkest case, and the treatment in the most desperate diagnosis”¹⁰⁴, he concludes that the constancy of the legal system in formal law is impossible because of the constantly changing reality and because of the natural origin of free law (“the norms on which it is based are as little a system as formal law”¹⁰⁵), but because of the impossibility of denying justice – a just and reasonable solution must be found¹⁰⁶. Kantorowicz writes that, at the

¹⁰² Flavius G. *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* [Electronic resource]. Heidelberg, 1906. S. 16. URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (accessed March 2023).

¹⁰³ Ibid. S. 17.

¹⁰⁴ Ibid. S. 18.

¹⁰⁵ Ibid.

¹⁰⁶ The problem faced by the judiciary, namely the constant finding of judges between Scylla – the impossibility of independent law-making and Charybdis – the impossibility of refusing to deal with a dispute, was written by F. Geny. About this see: Lukovskaya G. I. *On the Evolution of Views on Judicial Law in French Jurisprudence* (late XVIII -

same time, it should be honestly admitted that the resulting answer will not be legally right or wrong: “In no way can that be taken from a legal decision, especially not when, as so frequently occurs, the problem is quantitative: when either the concepts employed by the norm aren’t quantitatively determinable (*culpa lata* (gross negligence), gross neglect, good cause, etc.) or its concepts’ applicability collapses at the immeasurability of emotions’ size and the lack of common standards for a ‘weighing of interests’”¹⁰⁷. This idea by Kantorowicz is presumably most clearly illustrated by the actual example of a court deciding on the amount of compensation for moral damages.

5. *Filling in the gaps is a product of the will, not reason.* If the law has gaps which require it to be filled, the judge can no longer “be able to take pleasure in the role of mere mouthpiece, the role of a self-worshipping henchman of the legislature”¹⁰⁸, but must avail himself of the “free finding of law”¹⁰⁹. By that in practice, it is the will to arrive at a predetermined solution that guides the choice of the legal provisions¹¹⁰, on which the decision is subsequently based. It is similar to the activity of classic example – the famous judge and postglossator Bartolus. History recounts that he made a decision first and then had the body of judicial positions appropriate to them be exhibited by his friend Tigrinius, ‘because he himself possessed little memory’”¹¹¹.

first quarter of XX century) // *Pravovedenie*. 2014. № 4 (315). pp. 237-250. “The Method” of Geny Kantorowicz highly appreciated and would have been ready to exchange all that he had written and even more, for being the author of the “Method”. See: Herget J.E., Wallace S. The German Free Law Movement as the Source of American Legal Realism // 73 *Virginia Law Review*. 1987. P. 410. Quoted in Karapetov A.G. *Struggle for recognition of judicial lawmaking in European and American law*. M., 2011. P. 24.

¹⁰⁷ Flavius G. *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* [Electronic resource]. Heidelberg, 1906. S. 19. URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (accessed March 2023).

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ In this case Kantorowicz uses “free finding of law” (*freie Rechtsfindung*). A similar term was used by E. Ehrlich and it is presumably his method of dispute resolution that Kantorowicz has in mind. Later, in “The Science of Law – A Summary of its Methodology”, Kantorowicz would specify that formation and application are the objects of “*freie Rechtsfindung*”, but since this work already deals with the methodology developed by H. Kantorowicz, to avoid confusion we will call Kantorowicz’s methodology “the free law pursuit”.

¹¹⁰ This thesis would later become one of the most vulnerable to the free law movement. In particular, E.V. Vaskowsky criticises the proponents of the movement, defining such jurisprudence with the name “*jurisprudence of feelings*” (*Gefühljurisprudenz*). For more see: Vaskowski E.V. *Selected works of the Polish period*. M., 2016. P. 462. It is worth objecting, however, that in the future the methodology developed by Kantorowicz will aim, among other things, at limiting the grounds on which the judge can take a decision, i.e. the aim opposite to the idea of “*jurisprudence of interests*”.

¹¹¹ Flavius G. *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* [Electronic resource]. Heidelberg, 1906. S. 21. URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (accessed March 2023).

Rejecting hypothetical accusations of the groundlessness of his claim, Kantorowicz proves this empirically with reference to “high-profile court cases”, which are evidence of “which of them (will or reason - M.K.) remains the true driving force in the long run”¹¹². Thus, the courts, considering themselves obliged to derive their decision from the text of the law, deal a heavy blow to free legal opinion, i.e. entail “an undesirable result for the public”¹¹³: “Among these are those well-known German Imperial Court (Reichsgericht) decisions that, recurring from time to time, arouse a storm. Then every time it is the same drama: the will sets a hundred springs in motion, which from this or that legal position and—if need be—by use of time-honored rules of interpretation, arrives at the reverse, “welcome” result in a logically-compelling way”¹¹⁴. Thus, confirming that any disputes are, in fact, resolved through the construction of an ad hoc judicial act, and thus proving that “it is always the will driving reason at the helm”¹¹⁵.

6. *The decide on will is based on irrational thinking.* Refusing to accept logic as a science, useless for legal science¹¹⁶, Kantorowicz claims the opposite: “Logic has invariable right”¹¹⁷. However, he introduces the distinction between logic and juridic hermeneutics, which includes dogmatic tools allowing judges to create law in a veiled way, by using them haphazardly.

¹¹² Flavius G. Der Kampf um die Rechtswissenschaft [Electronic resource]. Heidelberg, 1906. S. 21. URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (accessed March 2023).

¹¹³ Ibid.

¹¹⁴ Ibid. S. 22.

¹¹⁵ An expression referring to directing the actions of a dependant person.

¹¹⁶ Although there were active discussions on this issue with convincing arguments already at the turn of the 19th and 20th centuries, in the second half of the 20th century H. Perelman founded the Brussels school of “New Rhetoric”, which was based, among others, on the idea of the limited influence of logic in the humanities, including jurisprudence. About this, for example, M.P. Pronina writes the following: “The founder of the Belgian school, H. Perelman together with Lucy Olbrecht Titeck ‘rediscovered’ that part of Aristotle’s logic which the latter called dialectics. They convincingly showed that persuasion cannot be reduced to logical justification, so that in the humanities modern logic is practically useless, and thus argumentation theory must explore, in addition to inference, techniques of non-logical origin. After all, in practice there are often situations when with the help of, for example, analogies or “quasi-logical” (similar to some extent to logical) argumentative schemes, the audience is convinced of the correctness of the justification of some point of view and, therefore, of its acceptability”. See: Pronina M. P. Legal argumentation and its use in the process of proof in civil cases // Legal Technique. 2013. №7-1. P. 295. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/pravovaya-argumentatsiya-i-ee-ispolzovanie-v-protssesse-dokazyvaniya-po-grazhdanskim-delam> (accessed May 2023).

¹¹⁷ Flavius G. Der Kampf um die Rechtswissenschaft [Electronic resource]. Heidelberg, 1906. S. 23. URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (дата обращения: 11.03.2023).

6.1. The analogy of law. According to Kantorowicz, every case has a degree of individuality. Yet one could also argue the contrary, for it would be difficult to find a case that had “nothing in common with any other”. Accordingly, it would then be possible to conclude that every legal provision is applicable in almost every case.

6.2. An expansive interpretation. In essence, an expansive interpretation is a type of analogy¹¹⁸ and is applied in situations where analogy is forbidden: “The rarity cabinets of our judicial archives know how to confiscate anything and everything under the label of ‘dangerous weapon’ court archives effectively demonstrate how one could confiscate anything under the label ‘dangerous instrument’!”¹¹⁹.

However, both the former and the latter instrument do not have any clearly established rules¹²⁰ of application, which allows the will to dominate over reason: “What calls us in one case to be extensive or analogical, and in another case literal or restrictive, is certainly not the legal code or logic, but free law and the will—at one moment, the will to achieve desirable results, at another, to avoid the undesirable ones”¹²¹.

6.3 The presumption of legal systematicity, according to Kantorowicz, is a logical extension of the application of law by analogy, since it also allows the most desirable rules from the entire body of law to be applied to irrelevant cases.

¹¹⁸ A similar approach was taken, for example, by B. Windscheid: “Thus even in this case the main, if not exclusive, activity of interpretation will consist in the quantitative distribution and limitation of the law. But there is no doubt that this activity is also true interpretation; and here, too, from under the outer manifestation of the law, its essence is exposed; what is hidden and bound by the outer shell is uncovered and broken down into its constituent parts. The less it is possible to doubt that the distinction between this activity and the activity, marked in the previous § (*speech about analogy – M.K.*), however firm it is in theory, in each separate case it is often difficult and even impossible to draw, so that one activity imperceptibly passes into another; to answer with confidence to questions: whether the legislator really has not told that wished to tell, or did not think that wished to think? very often it is impossible”. See: Windscheid B. Textbook of Pandemic Law. Vol. I: The general part. St. Petersburg, 1874. pp. 51-52.

¹¹⁹ Flavius G. Der Kampf um die Rechtswissenschaft [Electronic resource]. Heidelberg, 1906. S. 23-24. URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (accessed March 2023).

¹²⁰ The essence of such discussions has been described by C.G. Wurtzel: “It is surprising to find that the authors of the very textbooks which claim a ‘clear distinction’ between [...] analogy and ‘expansive interpretation’, so that these legal phenomena ‘cannot be confused’, argue among themselves as to which class the illustrations they have chosen belong to. Say, Savigny offers as an example of ‘expansive interpretation’ the case where the law requires the presence of witnesses for a transaction to be valid, but does not name their number. Unger and Toelle argue strenuously to the contrary and state that the number of witnesses in this situation can be identified [...] exclusively by supplementing the legislative will, i.e. by analogy”. Cited from: Tikhonravov E.Yu. Correlation of the expansive interpretation of law and analogy of law // Academic Journal of Law. 2016. №2 (64). P. 5.

¹²¹ Flavius G. Der Kampf um die Rechtswissenschaft [Electronic resource]. Heidelberg, 1906. S. 24. URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (дата обращения: 11.03.2023).

6.4 The ratio legis procedure means abstracting from legal prescriptions in favour of general provisions that are the justifications for the creation of those legal prescriptions. In this way, the ratio legis, using deduction, purportedly forms the logically correct provisions needed to resolve the dispute. Kantorowicz points out that the disadvantage of the method is that deduction from a private provision of a general rule cannot guarantee the consistency of a subsequent private provision deduced from the general rule with the original private provision, because it is well known that there is a strong connection between the premise and the conclusion, but there is none between the conclusion and the new premise deduced from it. Here again, according to Kantorowicz, the will prevails over reason, because “the system as a whole and its parts are not established in the way that it should be, that the premises of the solutions are taken from free law, but on the contrary, whereas only the results, using the premises of free law, allow the legal system to develop in the required way”¹²².

6.5 The final legal instrument criticised by Kantorowicz, which also allows the veiling of the will by the actions of reason, is the construction of the “spirit of the law” or “spirit of the legislator”. Similar to the “spirit of the nation” or the “divine spirit” a judge or priest can create that justification “which one would like to see in the law according to one’s personal taste”¹²³.

7. The decision must be based on both deduction and empiricism. Kantorowicz believes that the only exception to this rule is the “young” law, in which the will is still united with reason. In this case only deduction is possible, but such a period of application of the law is short. When theory and practice reveal new problems in controversial situations, then the court has to make a decision with the indispensable consideration of empiricism, namely by testing the deductive hypothesis with empiricism: “The deducing jurist by contrast, abstaining from instruction in empiricism, must embody the ludicrous behavior of those aesthetes

¹²² Flavius G. Der Kampf um die Rechtswissenschaft [Electronic resource]. Heidelberg, 1906. S. 25. URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (дата обращения: 11.03.2023).

¹²³ Ibid. S. 27.

who when faced with a physical work of art prefer to lie about their impression than change the theory that contradicts it”¹²⁴. Otherwise, if this rule is ignored, Kantorowicz believes, there is a risk of legal provisions falling behind reality.

Continuing his justification of the idea of consensus between law and social conditions, Kantorowicz formulates the first version of the concept of his methodology in a rather sketchy and controversial way, which served as one of the key grounds for criticism of his ideas. In particular, in the original edition of the Manifesto, Kantorowicz argued that a judge has the power to decide a case contrary to the law (*contra legem*) in two situations: 1) as soon as the law does not have a clear answer as to how to resolve the dispute; 2) if it seems incredible to the judge’s free and good faith belief that the legislator could wish for the solution that follows from the law¹²⁵. In such situations Kantorowicz suggested the following course of action: 1) the judge must make such a decision as the legislator would have been convinced (similar to the rule laid down in Article 1 of the Swiss Civil Code¹²⁶)¹²⁷; 2) if the judge cannot formulate such a rule, he must decide the dispute in accordance with free law. However, Kantorowicz did not disclose exactly how the judge has to “search” for free law; 3) In the most confusing cases of a quantitative nature (referred to in clause 4 as gaps in the law itself) the judge has to decide at his own discretion, i.e. decide on the basis of professional intuition alone.

This approach, which justified the possibility for the court to decide a dispute *contra legem* in exceptional cases, did not allow any jurist involved in the current debate on free law to remain indifferent.

When assessing Kantorowicz’s idea about the rationality of the general approach to the judicial lawmaking, it should be noted that the radicality of his last statement about *contra legem* was softened with time (also due to numerous attacks

¹²⁴ Flavius G. Der Kampf um die Rechtswissenschaft [Electronic resource]. Heidelberg, 1906. S. 28. URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (дата обращения: 11.03.2023).

¹²⁵ Ibid.

¹²⁶ According to which, it may be recalled, in the event of failure to find a solution in the law and the common law, the judge may decide in accordance with a rule which he himself would have laid down if he had been in the place of the legislator. See: Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907. Stand am 1. Januar 2021 [Electronic resource]. URL: https://www.gesetze.ch/sr/210/210_000.htm (accessed March 2023).

¹²⁷ Kantorowicz would later conclude that the rule in Article 1 of the Swiss Civil Code was “too radical”.

of the critics, who, instead of supporting the main idea of the free law movement regulation of the judicial lawmaking, mistakenly began to equate it with the permission for judges to always decide disputes *contra legem*, which Kantorowicz later mentioned¹²⁸) during the next publication of the Manifesto, where the mention about *contra legem* was excluded¹²⁹. According to Kantorowicz's later ideas, the judge is never entitled to decide *contra legem*, but only *praeter legem* (apart from the law), i.e. only in a gap situation.

It is particularly worth pointing out that the freedom of judicial discretion which Kantorowicz wrote about was not at all perceived by him as absolute. Initially it was only envisaged in strictly limited cases because “above all, – Kantorowicz pointed out, – the judge, bound by his oath, must decide the case as it should be decided in accordance with the clear letter of the law”¹³⁰. Later even he wrote a separate essay, which he called – “*Contra-legem Fable*” (1911)¹³¹, to refute once again the undeserved charges.

8. *Law is the Duty, the Impossible without the Existence.* Kantorowicz writes that the widespread approach of “methodological dualism”, which has been called “Hume's guillotine”¹³², sharply divided sociological and legal sciences, limiting

¹²⁸ E.W. Patterson in a footnote to “Legal Science – A Summary of its Methodology” writes: “Professor Kantorowicz regrets the fact that the term ‘free law’ (which he first proposed in 1906) has misled many people into thinking that the judge is ‘free’ to decide according to his whim; when in fact the ‘free law’ movement is designed to prevent just such a result. See: Kantorowicz H. U., Patterson E. W. Legal Science – A Summary of Its Methodology [Electronic resource] // Columbia Law Review Association, 1928. Vol. 28, №. 6. pp. 679-707 URL: https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents (accessed March 2023). Even in contemporary publications one can find this erroneous opinion. See, for example: Taran P. E. The idea of law and its role in the development of the doctrine of legal interpretation: historical and theoretical analysis of the German legal doctrine in XIX - first half of XX century / Actual problems of Russian law. 2019. № 5 (102). P. 18.

¹²⁹ This refers to the Italian edition of the Manifesto. See: Kantorowicz H.U. *La Lotta per la Scienza del Diritto*. Milano, Palermo, Napoli. 1908. pp. 40.

¹³⁰ Flavius G. *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* [Electronic resource]. Heidelberg, 1906. S. 41. URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (дата обращения: 11.03.2023).

¹³¹ Kantorowicz H. *Die Contra-Legem Fabel* // *Deutsche Richterzeit*, 1911. № 258.

¹³² The following lines from David Hume's “A Treatise on Human Nature” are widely known: “I have noticed, that in every ethical theory which I have hitherto come across the author has for some time reasoned in the usual way, established the existence of God, or set forth his observations in regard to human affairs; and suddenly I find, to my surprise, that instead of the usual conjunction used in sentences, namely *to be* or *not to be*, I meet not a single sentence which does not have as a conjunction *should* or *should not*. This substitution takes place imperceptibly, but nevertheless it is highly important. Since it *must* or *must not* express some new relation or assertion, the latter must be taken into account and explained, and at the same time the basis of what seems quite incomprehensible, namely how this new relation can be deduced from others, quite different from it, must be stated. But as authors do not usually resort to this precaution, I allow myself to recommend it to my readers, and am confident that this minor act of attention would disprove all ordinary ethical systems and show us that the distinction between vice and virtue is not based exclusively on relations between objects and is not learned by reason”. See: Hume, D. *Works*. In 2 vols: Volume 1 /

sociological sciences to the study of Existence (what exists) and legal sciences to the Duty (what should exist). This distinction even became later one of the subjects of the famous dispute between E. Ehrlich, defending the right to the existence of such an independent science as sociology of law, and H. Kelsen¹³³. However, such an approach ignores the fact that the Duty itself is a requirement, an obligation which is underpinned by desire (inducement), i.e. an “objective” norm: “Conflicts of desire and obligation are conflicts of conflicting desires. A duty that is not conceived as a desire, whether it be the desire of the individual or the collective, the desire of one’s own or that of others, is an ‘objective’ norm, that is, an unrealizable yet empty notion of a duty. Jurisprudence therefore affects the positive essence of being accordingly, namely the psychological sphere, as do many other sciences. Jurisprudence can never go beyond the circle of desires (motives); only in this circle is there a measure for the evaluation of being, only in it is there an indication of purpose. Being can always be estimated only by being”¹³⁴. From this point of view, according to Kantorowicz, a fundamental scientific-theoretical distinction between jurisprudence and other social sciences cannot be justified, so the interdisciplinary interaction of jurisprudence with psychology and other social sciences is welcomed by most representatives of the free law movement¹³⁵.

9. *The parallelism of orthodox theology and dogmatic jurisprudence.* In the Manifesto Kantorowicz compares jurisprudence with theology several times without wishing to show any disrespect for religion. On the contrary, the frequency of comparisons with theology is due, according to Kantorowicz, to the similarity and applicability of methodological approaches in both legal dogmatics and theology, which he will write about later¹³⁶.

translated from English by S.I. Cereteli, V.V. Vol. 1 / trans. by S.I. Tsereteli, V.Vassiliev, V.S. Shvytrev; eds. by I.S. Narskogo. M., 1996. pp. 510-511.

¹³³ For more see: Kelsen H. *The Foundations of Sociology of Law / The Foundations of Sociology of Law*; translated from German by M. Antonov; ed. Ed. by V.G. Grafsky, Y.I. Gervtsov. SPb. 2011. P. 595-637, Ehrlich E. *Objections / Ibid.* P. 638-644; Kelsen H. *Remark / Ibid.* P. 645-649; Ehrlich E. *Remark / op. cit.* P. 650, Kelsen H. *Final word / op. cit.* P. 651-652.

¹³⁴ Flavius G. *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* [Electronic resource]. Heidelberg, 1906. S. 34. URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (accessed March 2023).

¹³⁵ *Ibid.*

¹³⁶ In particular, in “Legal Science – A Summary of its Methodology”.

In the Manifesto, the object of criticism is the image of the legislator as God: “both entities are inaccessible to experience, their intentions are concealed or only vaguely known to the profane mass”¹³⁷. Kantorowicz describes the similar actions of the theologian and the lawyer: “both pretend to represent the will of these entities, while in truth both are being masqueraded as the will that one wishes were recognized—be it law or religion”¹³⁸. He points out that the subject of their methodological study is “only fragments are provided for the construction of this will – sacred written texts or the legal code. Regardless, the task remains to clearly and plainly answer all questions from these fragments. The jurist must be able to establish every action as either right or wrong, the theologian to establish every action as either as God-willing or God-forbidding”¹³⁹. They are mistaken in the absence of gaps, systematicity and internal coherence, believing that “yet both must be presented as consistent systems that reveal nothing of the thousands of years of previous developments, of the thousands of intersections of different cultural systems embedded in them”¹⁴⁰.

Kantorowicz is convinced that in order to successfully fill in the gaps and resolve the contradictions due to the heterogeneity and fragmentation of texts, which were compiled by different people at different times, the lawyer and the theologian apply the respective tools, which they use in the same disordered way. The jurist uses the “*regulae jus*”, the theologian uses such concepts as “Trinity”, “God-man”, “Virgin-Mother”, of which either one or the other side of the chosen toolkit can be used by him at will¹⁴¹. Overall, Kantorowicz concludes that the correlation of reason and feeling is the same in both sciences. In the process of this personal interpretation, results arise which contradict both the religious sense and the intent of the law, a process which continues until the facial alignment sought is achieved. Thus either reason adapts to feeling (which is characteristic of jurisprudence) or feeling adapts

¹³⁷ Flavius G. *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* [Electronic resource]. Heidelberg, 1906. S. 35. URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (accessed March 2023).

¹³⁸ *Ibid.*

¹³⁹ *Ibid.*

¹⁴⁰ *Ibid.* S. 36.

¹⁴¹ *Ibid.*

to reason (“which is more common in theology, because the theologian proves with the greatest virtuosity but with true conviction the tenets of faith of the religious community to which he belongs in most cases”¹⁴²). This proves once again that deduction in jurisprudence actually serves not the truth but the interests of particular persons.

10. Kantorowicz concludes that all the above theses developed by his supporters clearly prove the need for a change in the general approach to law: “If legal science recognizes free law, then judicature will no longer be able to be based on statutory law! If it is creative, then judicature will no longer be merely the servant of the code! If the science constantly has gaps to fill, the practice will not be able to correctly decide every case!”¹⁴³.

Such defiant statements by Kantorowicz were undoubtedly intended to provoke discussion in the community of all those involved in jurisprudence. He boldly shook the fundamental tenets of law, in the universality of which many jurists believed unquestioningly. However, the generalisation of radical ideas always comes with the risk of formulating theses which some of the original proponents may reject. As already mentioned, the methodological remark of allowing judges to decide disputes *contra legem* has come under the greatest criticism. Therefore, even some members of the free law school began to try to refuse to affiliate themselves to this movement¹⁴⁴.

However, in spite of the sometimes aggressive discussion, it is safe to say that Kantorowicz’s goal was achieved: “From the ruins of torture arose triumphantly, to the horror of all the discouraged, the free examination of evidence, the pride of the present; from the ruins of dogmatism will rise, to the horror of all the uncertain, the pride of the future: the free creation of law”¹⁴⁵. The date of the publication of

¹⁴² Flavius G. Der Kampf um die Rechtswissenschaft [Electronic resource]. Heidelberg, 1906. S. 36. URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (дата обращения: 11.03.2023).

¹⁴³ Ibid. S. 39.

¹⁴⁴ Thus, Heck, Rümelin, Bülow, who regarded themselves as representatives of another branch of interest jurisprudence, refused to identify themselves with the free law movement.

¹⁴⁵ Flavius G. Der Kampf um die Rechtswissenschaft [Electronic resource]. Heidelberg, 1906. S. 49. URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (accessed March 2023).

Kantorowicz's work can be recognised as the date of the official foundation and beginning of the pioneering Free Law movement in jurisprudence, which allows us to speak of the full-fledged emergence of a new movement that deserves a special place among other legal theories.

Kantorowicz lamented that the doctrine of free law “still lacks integrity and awareness of its power”¹⁴⁶. But the Manifesto seems to contain a programmatic concept that, although it “does not expect to be recognised as a system”¹⁴⁷. But it is an ideological clarification of the key ideas of the free law movement that judges, along with the legislator, are lawmakers, must apply the tools and techniques developed by legal science in an open and orderly way, not in anyone's personal interest, but in the interest of the whole society¹⁴⁸. However, in order to understand within which paradigms legal norms (formal or free law) should be distinguished from the mass of social norms, it is necessary to define the concept of law.

¹⁴⁶ Flavius G. Der Kampf um die Rechtswissenschaft [Electronic resource]. Heidelberg, 1906. S. 5. URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (дата обращения: 11.03.2023).

¹⁴⁷ Ibid.

¹⁴⁸ It is an undisputed fact that even before Kantorowicz published his Manifesto there were separate works which asserted these ideas. As early as 1880 S.A. Muromtsev wrote the following about the lawmaking activity of a judge: “It (*the law - M.K.*) is also a facilitator of judicial practice, helping it to overcome any abusive instincts of life. By the authority of supreme power it sanctifies the movement that has come about in the judicial world. But all this in no way makes it an enemy of judicial creativity. For proof, one can refer at least to the history of Roman civil legislation”. For more see: Muromtsev S.A. Court and law in civil law / Juridicheskiy Vestnik. M., 1880. Кне. 11. P. 380. However, as argued earlier, it is the accumulation of all the disparate basic ideas into a single work without claiming their sole authorship that allows us to speak of the formation of a unified movement in legal science. However, as stated earlier, it is the accumulation of all the disparate basic ideas into a single work without claiming their sole authorship that allows us to talk about the formation of a single movement in legal science.

Chapter II. The place of jurisprudence in the system of sciences. Methodology of concepts definition in the doctrine of H. Kantorowicz. The definition of law

§ 1. Legal science in the system of social sciences and humanities

In his essay “The Definition of Law”, Kantorowicz argues that research is possible only by first defining its subject matter. The very consideration of this question is impossible without first identifying the place of jurisprudence as a science of law in the general system of natural sciences and humanities. This question also became the subject of Kantorowicz’s research¹⁴⁹.

Thus, the German jurist first defines “science” and then explores the concept of legal science and its methodology. In doing so, Kantorowicz regards the theory of law, which is devoted to “philosophical and cultural justification”, as the basis of all legal sciences, including legal methodology¹⁵⁰. Any science, according to Kantorowicz, always aims at striving for the “ideal of knowledge”, that is, for “a body of knowledge that surpasses everyday knowledge, possessing the highest possible qualities of knowledge”¹⁵¹. His idea can be presented as two theses of an objective-subjective nature: “we can claim to ‘know’ something if the statement we are considering is not only factually true, but also if we ourselves are convinced of the truth of that statement”¹⁵².

¹⁴⁹ See, for example: Kulikova M.S. Hermann Kantorowicz’s methodology and classification of legal sciences // *International Law Journal*. 2023. Vol. 6, № 3. pp. 150-154.

¹⁵⁰ Kantorowicz H. U., Patterson E. W. *Legal Science - A Summary of Its Methodology* [Electronic resource]/ H.U. Kantorowicz // *Columbia Law Review Association*, 1928. Vol. 28, №. 6. P. 679. URL: https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents (accessed March 2023). The article in question, published in 1928 in the *Columbia Law Review*, was a summary of a graduate law course, “w, “Theory of Judicial Decision”, which was given by H. Kantorowicz in the summer session 1927 at Columbia University. Before proceeding to a review and, if possible, a critical analysis of the text in question, it is worth noting that H. Kantorowicz mentioned in a note to this paper that the summary of his lectures would not be fully understood without his examples, which he planned to give as part of his lectures: “Only certain parts of this summary will form the topics of my Seminar, and the summary is not intended to be understood without the examples and explanations which will be given in the Seminar”. In this connection, it is interesting to note that this text has a co-author, E. W. Patterson, professor at Columbia Law School, who has contributed comments to the published text: although “Professor Patterson's footnotes contain some critical comments, their chief purpose is to clarify and amplify the statements of the text”, and footnotes that make up for the specific illustrations and explanations that H. Kantorowicz gave in his classes, which allows hope for minimal discrepancy in the reconstructed model of legal teaching, reproduced in this work.

¹⁵¹ Kantorowicz H. U., Patterson E. W. *Legal Science - A Summary of Its Methodology* [Electronic resource]/ H.U. Kantorowicz// *Columbia Law Review Association*, 1928. Vol. 28, №. 6. P. 680. URL: https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents (accessed March 2023).

¹⁵² *Ibid.* P. 679.

How do you check that a statement is actually true? How do we know that the subject of knowledge is personally convinced of the truth of the statement? The proposed approach seems to be relativistic, since with respect to both the subjective element (personal belief in the truth of the statement) and the objective element (the actual truth of the statement) no criteria are established which allow us to define knowledge as “true knowledge”. Regarding the question of the subjectivity of knowledge, Kantorowicz notes that the achievement of the “ideal of knowledge” is possible only “insofar as the very personal influence or correction of personal characteristics (the personal equation) can be eliminated”¹⁵³. It is worth noting that the question of the subjectivity of knowledge has been raised many times in philosophy. For example, Kant also came to the conclusion that it is impossible to eliminate the influence of the subject of cognition on the object: “[...] the question of the relation of the representation to the object is transcendental; not only the drops turn out to be only phenomena, but their round shape itself and even the space into which they fall are nothing in themselves, but only a modification or the basis of our sensual contemplation; the transcendental object remains unknown to us”¹⁵⁴. Kantorowicz also criticises in the Manifesto the thesis of judicial objectivity: “[...] man cannot but put his personality stamp on all that he does”¹⁵⁵. To resolve the contradiction, one might suggest that the claim to eliminate personal influence on knowledge as a “potential ideal of knowledge” should be understood in relative rather than absolute terms. The degree of relativity of knowledge would seem to be guided by Kantorowicz’s methodology for defining the concept¹⁵⁶, which will be discussed later, to be determined by the goal of achieving the greatest usefulness of knowledge.

¹⁵³ Kantorowicz H. U., Patterson E. W. Legal Science - A Summary of Its Methodology [Electronic resource]/ H.U. Kantorowicz// Columbia Law Review Association, 1928. Vol. 28, №. 6. P. 680. URL: https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents (accessed March 2023).

¹⁵⁴ Kant I. Critique of Pure Reason [Electronic resource] /transl. N. Lossky, ed. by C.G. Arzakanyan, M.I. Itkin; note by C.G. Arzakanyan. M., 1994. pp. 63-64.

¹⁵⁵ Flavius G. Der Kampf um die Rechtswissenschaft [Electronic resource]. Heidelberg, 1906. S. 43. URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (accessed March 2023).

¹⁵⁶ Kantorowicz wrote in “The Definition of Law” that the above also applies to the objects of research.

To achieve this goal, Kantorowicz distinguishes two types of qualities that are inherent and the same for any science – universal and additional, having different contents.

Universal qualities include: universal validity, order, consistency, necessity, completeness, methodical acquisition, pure intellectuality of the knowledge. The whole set of qualities purports to exclude the influence of “emotion, volition, and activity”, as well as the different forms of creed¹⁵⁷. These qualities are universal to sciences of all kinds.

The universal qualities (criteria) of the sciences are enumerated by Kantorowicz, but not substantively revealed. For instance, it is not quite clear how the concepts of “order” and “consistency” are related. If the latter is understood as the logical consistency of ordered knowledge, then how does it differ from “validity”, which, in turn, can be rather vaguely distinguished from “pure intellectuality of the knowledge”. At the same time, the scientific significance of Kantorowicz’s ideas about the universal qualities and criteria of science and scientificity is undeniable.

According to Kantorowicz, a thorough analysis is necessary regarding the content, subject matter, form of the various sciences, the relationship of a particular science to the other sciences, and the goals of science, as these are the additional characteristics that distinguish the legal science from the rest, and also allow the study of the various branches of law within the legal science.

The content of any science, according to Kantorowicz, can be roughly divided into propositions, concepts, problems and classifications. It is worth mentioning that Kantorowicz specifically distinguishes between “concept” (in the sense of “nominal definition”) and “definition” (in the sense of “real definition”), which belongs to the category of “proposition”.

¹⁵⁷ Kantorowicz H. U., Patterson E. W. Legal Science - A Summary of Its Methodology [Electronic resource]/ H.U. Kantorowicz// Columbia Law Review Association, 1928. Vol. 28, №. 6. P. 680. URL: https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents (accessed March 2023).

Kantorowicz believes that the greatest value in science is in the categories of “*propositions*” for which the other elements have an instrumental value, as he himself writes, “for the formulating and orderly arrangements of the propositions”¹⁵⁸. Assertions, in turn, include “an especially important group”¹⁵⁹ – evaluations (Werturteile); thus, the value character of the scientific subject is admitted. As a consequence, Kantorowicz draws attention to the fact that within some sciences there are “propositions” in the form of evaluations.

The classification of these content elements according to importance is not unreasonable: highlighting “propositions” as an “especially important group” in the category of evaluations confirms the existence of a hierarchy of elements; and the additional characteristic that highlights two of them: propositions and concepts, emphasises their special place in “content”.

It can be assumed that the second most important element is “*concepts*”. When selecting scientific concepts, Kantorowicz sets out two rules in order to avoid mistakes and the introduction of a personal element:

– The definition of the concept should not precede “the investigation of the question, but its presentation”¹⁶⁰. Otherwise the research process will be “under the cover of an ambiguous word”¹⁶¹. In other words, it is suggested that the aims of the research for which the definition of the concepts is to be carried out should be established from the outset¹⁶². Kantorowicz later published a work¹⁶³ in which he pointed out, within the framework of the criticism of radical realism, the necessity of establishing the aim of research with the example of the aims of legal research,

¹⁵⁸ Kantorowicz H. U., Patterson E. W. Legal Science - A Summary of Its Methodology [Electronic resource]/ H.U. Kantorowicz// Columbia Law Review Association, 1928. Vol. 28, №. 6. P. 680. URL: https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents (accessed March 2023).

¹⁵⁹ Ibid. P. 681.

¹⁶⁰ Ibid.

¹⁶¹ Ibid.

¹⁶² Ibid.

¹⁶³ Kantorowicz H. Some Rationalism about Realism // Yale Law Journal. 1934. Vol. 43, Issue 8. pp. 1240-1253. URL: https://proxy.library.spbu.ru:4166/HOL/Page?public=true&handle=hein.journals/ylr43&div=69&start_page=1240&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults (accessed March 2023).

which are different for the historian and for the jurist¹⁶⁴. However, the thesis character of the rule is not quite clear: how should the purpose of research be stated? How is the usefulness of the individual science to be determined? A similar question will be asked later in the review by H. Hart, arguing that the criterion of the usefulness of concepts in the natural sciences is more obvious than in the humanities¹⁶⁵.

– The definition should only be “more or less useful for the problem then under consideration”¹⁶⁶, i.e. instrumental, rather than being categorically true or false, i.e. epistemological. It is worth noting that Kantorowicz’s approach was only outlined by him. Subsequently, as is well known, this approach was developed by H. Hart^{167,168}, who “updated the attention to the language of law”¹⁶⁹ by “‘clarifying’ the language of law”¹⁷⁰. The same approach to the definition of concepts is mentioned by contemporary scholars as a follow-up to the ideas of A. Pap, a representative of analytical philosophy, who point out that the definition generally serves to clarify the context, but not to establish truth, which would contradict “the very nature of definitions, by which something is meant to clarify, rather than confuse”¹⁷¹.

¹⁶⁴ Kantorowicz H. Some Rationalism about Realism // Yale Law Journal. 1934. Vol. 43, Issue 8. pp. 1245. URL: https://proxy.library.spbu.ru:4166/HOL/Page?public=true&handle=hein.journals/ylr43&div=69&start_page=1240&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults (accessed March 2023)..

¹⁶⁵ Hart, H.L.A. Review on The Definition of Law by Hermann Kantorowicz, A. H. Campbell and A. L. Goodhart/ The Philosophical Review. 1960, Vol. 69, No. 2, P. 270-272.

¹⁶⁶ Kantorowicz H. U., Patterson E. W. Legal Science - A Summary of Its Methodology [Electronic resource]/ H.U. Kantorowicz// Columbia Law Review Association, 1928. Vol. 28, №. 6. P. 681. URL: https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents (accessed March 2023).

¹⁶⁷ It is worth mentioning that attention to language was also previously manifested in individual legal studies. So, N.F. Kovkel notes that, for example, in domestic science “the specificity of legislative terms and some features of legislative stylistics were also studied in the works of E.V. Vaskovsky, I.A. Ilyin, V.D. Katkov, P.I. Lublinsky, A.I. Novikov, M.A. Unkovsky and others”. For more see: Kovkel, N.F. Peculiarities of formation and development of legal linguistics in Russian pre-revolutionary, Soviet and post-Soviet jurisprudence // Scientific Proceedings of Belarusian State Economic University : anniversary collection. Minsk, 2013. Vol. 6. P. 490-497.

¹⁶⁸ Mentioning H. Hart it cannot be overlooked Hart’s positive review, but no doubt not without critical comments, of H. Kantorowicz’s “The Definition of Law”, which will be discussed in more detail in Chapter 2.3.

¹⁶⁹ MacCormick N. H.L.A. Hart. 2th ed. Stanford University Press, 2008. P. 213. Cited from Philosophy and the Language of Law / H.L.A. Hart. M., 2017. P. 9.

¹⁷⁰ Ogleznev V.V., Surovtsev V.A. Analytical Philosophy, Legal Language and Philosophy of Law. Tomsk, 2016. Cited in Philosophy and the Language of Law / H.L.A. Hart. M., 2017. P. 8.

¹⁷¹ Ogleznev V.V., Surovtsev V.A. In what sense definitions can be true or false: on the work of A. Pap “Theory of Definitions” // Vestnik of Tomsk State University. Philosophy. Sociology. Political Science. 2017. № 38. P. 285.

Summing up the content component of science, Kantorowicz writes that guided by these rules, “we assert nothing about the existence of the thing (*concept – M.K.*) or about its further qualities; these questions must be answered by an investigation which, in contrast with the definition of the concept, is by no means a matter of expediency (as the pragmatists believe), but a pure matter of truth or error”¹⁷².

Thus, depending on which of the two elements is emphasised: concepts or assertions, all sciences, including the science of law, according to Kantorowicz, can be differentiated into “propositional sciences”, to which he includes, for example, the history of legal science, and “conceptual sciences”, e.g. general jurisprudence¹⁷³.

Before examining *the subject*, Kantorowicz again classifies the sciences: sciences of reality, sciences of objective meaning, sciences of value. The science of law applies to all three at once, which is evident in the example Kantorowicz gives of the everyday life of a practicing lawyer: “A lawyer explains to his clients: (1) Your case falls under an old but still valid law, if interpreted correctly, and therefore you should win; (2) But this law is contrary to our modern values and therefore seems unfair; (3) Coincidentally, I know Judge Brown and know how he applies this law, so you will lose”¹⁷⁴. Thus, the above three statements relate to legal science, but relate to three different subjects: the first phrase is about objective meaning¹⁷⁵; the second is about value ; the third is about reality. A narrow perception of the subject is considered, according to Kantorowicz, a mistake: “Thus, legal practitioners perceive nothing but the first aspect, natural law philosophers are hypnotised by the

¹⁷² Kantorowicz H. U., Patterson E. W. Legal Science - A Summary of Its Methodology [Electronic resource]/ H.U. Kantorowicz// Columbia Law Review Association, 1928. Vol. 28, №. 6. P. 681. URL: https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents (accessed March 2023).

¹⁷³ Ibid.

¹⁷⁴ Ibid.

¹⁷⁵ In this case, a critical assessment could be made of the above statement. Thus, in the first situation, it is not so much the text of the law that is to be regarded as a rather subjective meaning, as the interpretation of the text, which may differ depending on the interpreting subject, which may make the statement about the objectivity of the meaning contained in it seem, at first sight, dubious. However, if we consider that Kantorowicz allows for the existence of several equivalent “objective meanings”, this contradiction is resolved.

second, and the modern, so-called ‘sociological’ trend in Europe and in America (Ehrlich, Holmes), tends to consider only the third aspect”¹⁷⁶.

In the world of reality, all objects must have three qualities: the ability to be in time, the ability to have an impact/effect on other objects, and the ability to change. The generally accepted approach was based on a distinction based on the criterion of “being in space”. In this way, the subject was divided into mental or material, whereas Kantorowicz proposed to distinguish all the sciences of reality by a different criterion - the presence or absence among the key properties of the subject of cultural values and, thus, he classified physics as a natural science and history as a cultural one.

In the world of objective meanings all objects are ideal (“ideal” things), i.e. exist in the form of sense images (Sinngelbilde¹⁷⁷), which distinguishes them from “carriers” that embody these images in objective reality. The images, in turn, are divided into two kinds by Kantorowicz: the first group includes images whose meanings have no “cause” and, accordingly, no temporal qualities, but are measurable mathematically. This category of objects is what Kantorowicz suggests we call “magnitudes”, to which, for instance, an image in the form of a geometric figure belongs. The second category, “meaning” (sciences of significations) – on the contrary, is an immeasurable category with causes and temporal qualities. The meaning of a phrase, a rule of law or a work of art, for example. Thus, Kantorowicz concludes, the sciences can be divided either into sciences of significations or sciences of meanings. Since the former are subject to objective measurement, they can achieve “unconditional certainty/unconditional validity”, whereas the latter “must be satisfied with ambiguous results (e.g. several equally valid interpretations)”¹⁷⁸.

¹⁷⁶ Kantorowicz H. U., Patterson E. W. Legal Science - A Summary of Its Methodology [Electronic resource]/ H.U. Kantorowicz// Columbia Law Review Association, 1928. Vol. 28, №. 6. P. 681. URL: https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents (accessed March 2023).

¹⁷⁷ It is important to clarify that in this world the key word is “meaning” and not “thought”, so it is “meaning” and not “thought” that should be translated, which in German sounds differently – “Gedankenbild”.

¹⁷⁸ Kantorowicz H. U., Patterson E. W. Legal Science - A Summary of Its Methodology [Electronic resource]/ H.U. Kantorowicz// Columbia Law Review Association, 1928. Vol. 28, №. 6. P. 684. URL:

H. Kantorowicz's reasoning, demanding a distinction of the meaning image from its objective carrier, as was mentioned earlier, is caused by the idea of the semantic triangle of the German logician G. Frege, which he put forward in his work "On Sense and Reference" (1892)¹⁷⁹, which became revolutionary for classical semantics, indicating the need to separate the sign (Zeichen) not only from meaning (Bedeutung), but also from the new category he introduced - meaning (Sinn). In particular, Frege wrote that the sign refers to the signified indirectly through meaning.

In the world of values, objects have a close nature to those of the world of meanings, namely, they have neither temporal nor spatial characteristics, are not subject to change themselves, and are therefore just as unreal as ideal objects. At the same time, they "are not indifferent to reality, but positively or negatively related to it", thus asserting the necessity of their realisation or, on the contrary, non-realisation in the world of life (the so-called «here-being-desire» – Dasein-sollen)¹⁸⁰. Kantorowicz endows values with the properties of objectivity and necessity, irrespective of "our knowledge and our will", i.e., as E.W. Patterson notes in his commentary, "we may want an action to be 'right', but we cannot help knowing that it is 'wrong'"¹⁸¹.

On the question of how we can determine right or wrong, Kantorowicz writes that the objective significance of values "generally lies in the fact of conscience, which is not subject to empirical explanation"¹⁸².

Classification of objects in the world of values is done according to three properties: theoretical or logical values (to which Kantorowicz refers, for example, the value of truth), practical or ethical values (the value of morality) and aesthetic

https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents (дата обращения: 11.03.2023).

¹⁷⁹ Frege G. On Sense and Reference // Gottlob Frege. Logic and Logical Semantics. Translated from German. Ed. by B.V. Biryukov, ed. by Z.A. Kuzicheva. M., 2000. pp. 230-246.

¹⁸⁰ Kantorowicz H. U., Patterson E. W. Legal Science - A Summary of Its Methodology [Electronic resource]/ H.U. Kantorowicz// Columbia Law Review Association, 1928. Vol. 28, №. 6. P. 684. URL: https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents (accessed March 2023).

¹⁸¹ Ibid.

¹⁸² Ibid.

value (the value of beauty). But objectivity is not a guarantee of the universality of values. Universality in the framework of theoretical values appears to Kantorowicz as “really undoubted, since more than one truth is logically inconceivable”, in the case of aesthetic values “it is only probable”, practical values “extremely unlikely”¹⁸³.

When considering *the form of science*, Kantorowicz divides all sciences into “systematic” and “individualising” sciences. Systematic sciences are those that “develop general concepts; formulate, if possible, precise laws of nature and society”¹⁸⁴; thus, systematic sciences are interested in what is common to several things, such as sociology (including the sociology of law). The individualising sciences, on the contrary, are “interested only in that which is peculiar to this thing and to no other”; to these, for example, Kantorowicz includes historical science (including the history of law) or the science of a particular legal system.

Regarding *the criterion of the relation of the sciences to each other*, Kantorowicz notes that the sciences can be divided into those that are useful for their use by other sciences (applied sciences) and those that are useful for applied sciences (applied sciences)¹⁸⁵. The relationship that exists between the sciences is expressed in interdependence and -complementarity. On the one hand, the applied sciences include all the individualising sciences, because they use the general concepts and causal laws of the applied sciences, due to their common nature. On the other hand, the generalising sciences also use material from the individualising sciences in order to derive general rules by applying the inductive method.

¹⁸³ Kantorowicz H. U., Patterson E. W. Legal Science - A Summary of Its Methodology [Electronic resource]/ H.U. Kantorowicz// Columbia Law Review Association, 1928. Vol. 28, №. 6. P. 684-685. URL: https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents (accessed March 2023).

¹⁸⁴ Ibid. P. 686.

¹⁸⁵ Ibid.

According to the criterion of *purpose*, sciences are divided into theoretical, in which cognition is an end in itself, and practical, which use the results of cognition to effect changes in objective reality¹⁸⁶.

Concluding his reflections on the division of sciences, Kantorowicz suggests defining the place of jurisprudence (excluding comparative law, which, in his opinion, is not a branch of law, but a method). He provides a table compiled according to the criteria of form and subject matter that allows for the clearest differentiation of the various branches of the science of law¹⁸⁷.

Form Subject	Constructive branches (dealing with the objective meaning of law)	Empirical branches (dealing with the realization of law)	Deontological branches (dealing with the value law)
Systematical cognition of law in general (constitutional, penal, law, etc.)	General Jurisprudence	Sociology of the Law	Philosophy of the Law
Individualizing cognition of a particular law (European, Englisch law, etc.)	Particular Jurisprudence	Historical Jurisprudence	Legislative Jurisprudence

In defining the place of the dogmatic part of the theory of law in the classification, Kantorowicz notes its special role, referring to legal dogma as a

¹⁸⁶ Kantorowicz H. U., Patterson E. W. Legal Science - A Summary of Its Methodology [Electronic resource]/ H.U. Kantorowicz// Columbia Law Review Association, 1928. Vol. 28, №. 6. P. 686. URL: https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents (дата обращения: 11.03.2023).

¹⁸⁷ Ibid. P. 691.

science of meaning of a systematic nature. Legal dogmatics, he writes, “is the core of legal science, in comparison with which all other branches, if they have developed at all, have never been more than auxiliary sciences”¹⁸⁸. The specificity of legal dogmatics lies in its dual nature, since it “has always been a theoretical science with a practical tendency. It has always, consciously or unconsciously, sought to prepare the ground for judicial decisions by explaining and rationalising the laws of the land, and thereby to serve the judicial organs of society”¹⁸⁹.

Thus, defining dogmatics as “a theoretical science with a practical tendency”¹⁹⁰. Kantorowicz is inclined to refer it to the sphere of practical science. Responding to the question of the relevance of the professional activities of legal practitioners to the theoretical-legal development of science, he writes in his work on the school of glossators that “practice will not be sufficiently theoretical until theory is sufficiently practical”¹⁹¹.

§ 2. The problem of defining: «verbal realism» as a methodological mistake in defining

Hermann Kantorowicz in “The Definition of Law” (1939; 1958)¹⁹² notes that initially jurisprudence had the difficult task of defining the most important abstract concept of “Law”. Similar to Kant’s famous expression about the constant search of lawyers for their definition of the concept of law¹⁹³, Kantorowicz also writes that all attempts to give a single and correct definition were made by many lawyers and philosophers: “whole libraries were written. And, as their meaningless existence

¹⁸⁸ Kantorowicz H. *Der Begriff des Rechts / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck*. Göttingen, 1963. S. 88.

¹⁸⁹ *Ibid.* S. 49.

¹⁹⁰ *Ibid.* S. 88.

¹⁹¹ Kantorowicz H. *Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik* [Electronic resource]. Berlin : J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung GmbH, 1907. Bd. 1. S. 7. URL: <https://archive.org/details/albertusgandinu00kantgoog/page/n21/mode/2up?q=Praxis> (accessed March 2023).

¹⁹² This essay was originally intended as an introductory chapter to “Oxford History of Legal Science”, planned for publication under the editorship of Professor F. de Zulueta (Regius Professor of Civil Law in the University of Oxford) and H. Kantorowicz (Assistant Director of Research in Law in the University of Cambridge and Lecturer at All Souls College, Oxford), but remained a draft due to the outbreak of war and the death of Hermann Kantorowicz in 1940. “The Definition of Law” was published as a separate monograph until 18 years after Kantorowicz’s death.

¹⁹³ Kant I. *Critique of Pure Reason / translated from German by N. N. Lossky verified and edited by C.G. Arzakanian and M.I. Itkin; note by C.G. Arzakanian*. M., 2017. P. 548.

proves, to no avail”¹⁹⁴. The question of what law is “is akin to questions about the meaning of any concept which in many cases for many centuries have wanted to define for scientific purposes, e.g. ‘state’, ‘capital’, ‘democracy’, [...] ‘religion’”¹⁹⁵.

According to Kantorowicz, a fundamental error that has failed in countless studies, in whatever field, is that definitions are treated as a question of true or false use of language, i.e. the use of words and phrases is viewed in terms of form of expression in lexical terms. He writes that philosophers, invading the field of grammar, enter into arguments about words, imagining that they are engaged in arguments of the deepest importance, so this methodology of definition is what Kantorowicz suggests we call “verbal realism”: “They did not know that the most dangerous enemy of science, the unfaithful servant and secret master of thought, is language. The enemy has been discovered by modern philosophers, mainly English ones – Bacon, Hobbes, Locke, Berkeley, Hume; modern philosophers are trying to defeat it. But jurisprudence as a science has hardly realised this danger. Again and again unsuccessful attempts are made to establish the meaning of ‘law’ without first examining the nature of the attempt itself, without examining the ‘meaning of meaning’^{196,197}.

In order to make sense of Kantorowicz’s statements, it is worth turning to the mentioned work of C.K. Ogden and I.A. Richards, “The Meaning of Meaning: A Study of the Influence of Language upon Thought and of the Science of Symbolism”¹⁹⁸ (1923), because it was these authors, As is noted in the literature, it is these authors who have changed the view that has become customary thanks to the works of G. Frege about the relation between the three dimensions distinguished in the semiotic situation and existing in “the world of reality, the world of concepts and the world of meanings. These dimensions are related to each other in the

¹⁹⁴ Kantorowicz H. *Der Begriff des Rechts* / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 19.

¹⁹⁵ *Ibid.* S. 19-20.

¹⁹⁶ In this case H. Kantorowicz refers to the work of C. K. Ogden and I. A. Richards “The Meaning of Meaning” (1923).

¹⁹⁷ Kantorowicz H. *Der Begriff des Rechts* / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 19.

¹⁹⁸ Ogden C.K., Richards I.A. *The Meaning of Meaning: A Study of the Influence of Language upon Thought and of the Science of Symbolism*. New York, 1923. 363 p.

following way: [...] the world of reality is the initial dimension; the world of concepts is conditioned by the process of cognition of reality and aspires to be adequate to it [...]; the world of meanings is”¹⁹⁹.

G. Frege’s semantic triangle in relation to classical semantic models, such as F. de Saussure’s model, which contains only two elements – sign (signifier) and real object (signified or meaning), includes an additional, third, element – “meaning”, thus forming a mental connection between the signifier and the signified. The advantage of the semantic triangle proposed by Ogden-Richards compared to that of G. Frege is that the triangle “delimits the material and ideal side of the sign (the plan of expression and the plan of content). Frege, on the other hand, identifies sign and name, which is unacceptable for natural language”²⁰⁰. Therefore, it seems that Kantorowicz warns of the futility of any attempt to formulate terms without taking into account studies in linguistics and the logical apparatus of thinking, while at the same time cautioning against the error of substituting the subject of the dispute about meaning for the dispute about words. Thereby, one can assume, sharing the basic ideas of L. Wittgenstein who published in 1921 the *Logisch-Philosophische Abhandlung* (Logical-Philosophical Treatise) which marked the beginning of the “linguistic turn” associated with a rethinking of the concept and role of language.

However, according to Kantorowicz, even those scholars who understand the inadequacy of the lexicographical method are mistaken because they believe in a different kind of truth in definitions – essence or metaphysical truth: “Many systems – ancient Platonism, scholastic realism, modern phenomenology – have been based on the belief that through a process of intellectual or mystical intuition, concepts endowed with essential truth or ‘necessity’ can be found because they, and only they, are concepts of what constitutes the unchanging essence of things that distinguishes them from all other things. If this were so, if, for example, there were something like the ‘essence’ of law, then indeed one would have to accept that among the many

¹⁹⁹ Zvegintsev V. A. The sentence and its relation to language and speech. M., 1976. P. 193.

²⁰⁰ Sokolov A.V. General Theory of Social Communication : textbook. SPb., 2002. P. 152.

senses of ‘law’ the sense pointing to this essence and the definition embracing this sense, and only this sense and this definition, would be ‘true’. This is indeed what almost all medieval and Oriental jurisprudence thought, and even contemporary jurists write as if there were a metaphysical connection between the name of a ‘thing’ (i.e. any object of thought) and the named thing, which it would be dangerous and blasphemous to deny”²⁰¹. However, while insisting on a single correct definition encompassing the unchanging, true “essence” of law, no one has, at the same time, been able to give a clear idea of what is meant by the metaphysical term “Wesen”, i.e. “essence”, and no one has been able to indicate the method of teaching the intuition necessary to comprehend it.

In addition to such definitions of a metaphysical nature, there are those that are also essentially them, but have the additional characteristic that they are imposed on our consciousness so explicitly that they, and no other definitions, seem to us to be “true” and therefore absolutely valid, for example all definitions of classical geometry: “But even then we can only say that this is a ‘classical definition’, and it is ‘useful only for a certain purpose’. Because, for example, in construction it would be useless to use the geometrical notion of the square, because construction deals with real things, and real things can be no more than approximately flat, equal and rectangular, which does not fall under, and therefore is not covered by, the ‘classical definition’ of the square”²⁰².

According to Kantorowicz, all the above errors are based on the fallacy that definitions must be true and therefore the only true ones. In reality, however, definitions must be instrumental and, if they are not formulated as assertions, they

²⁰¹ Kantorowicz H. *Der Begriff des Rechts* / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 21. From this quotation, it would seem that a similar idea was expressed by Aristotle. However, in this case it is not its *eidōs* that is being compared to a thing, but its name.

²⁰² *Ibid.* S. 22.

act as “agreement on a particular use of the word”²⁰³. The definition may not be an epistemological (assertion) but an instrumental (agreement) one²⁰⁴.

Therefore Kantorowicz believes that “a scientific definition cannot be found by means of lexicography”²⁰⁵. For it must not contain a metaphysical essence, and therefore every scientist “must give his terms only one permanent meaning; and whether the term has been used so far in the sense he gives it is immaterial to him”²⁰⁶.

Thus, Kantorowicz identifies three false theses, in his view, which do not allow the concept of “law” to be defined for constructive discourse:

1. The conviction that it is possible to identify the “essence” of the concept through “mystical intuition”. At the same time, both “essence” and “intuition” remain meaningfully unrevealed and undefined.

2. The belief that the mental image (concept) predetermines the characteristics of the object of the real world (the signified). Such a thesis is flawed in its essence, since the characteristics which define the object and separate it from the rest of the world are inherent in it by virtue of its objective existence.

3. Belief in the truth of a mental image (concept). This position is based on logical fallacy, i.e. the substitution of a “concept” for an “assertion” which may be false or true. However, Kantorowicz stipulates that we cannot deny a situation where some definitions of concepts may in fact be assertions, as A. Pap later wrote²⁰⁷.

²⁰³ Pap A. Theory of Definitions. Cited from Ogleznev V.V., Surovtsev V.A. In what sense definitions can be true or false: on the work of A. Pap “Theory of Definitions” // Vestnik of Tomsk State University. Philosophy. Sociology. Political Science. 2017. № 38. P. 288.

²⁰⁴ Kantorowicz H. U., Patterson E. W. Legal Science - A Summary of Its Methodology [Electronic resource]/ H.U. Kantorowicz// Columbia Law Review Association, 1928. Vol. 28, №. 6. P. 679-707 URL: https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents (accessed March 2023).

²⁰⁵ Kantorowicz H. Der Begriff des Rechts / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 23.

²⁰⁶ Ibid.

²⁰⁷ “The question often arises and is debated whether definitions can be true or false, or whether they are arbitrary agreements about a particular use of a word. The obvious answer is that some statements, which in everyday life and in science are called ‘definitions’, are simply agreements and others are not. However, by looking only at the sequence of words, we cannot say what is in front of us, an agreement or a *judgement* (proposition), i.e. what can be called true or false. For example, ‘An old maid is an unmarried woman over the age of 25’. This would be a definition by *convention* if it were equivalent to the proposition: ‘The phrase ‘old maid’ will be used as shorthand for ‘unmarried woman over 25’. One can accept or reject this sentence, but since to offer is not to *assert* something, the question of truth or falsity is irrelevant here. Such a statement may, however, imply an indication of the actual use of the phrase ‘old maid’. In any case, native English speakers use the phrase ‘old maid’ in reference to women who fit this description. In this case the definition is a judgement, and therefore it is appropriate to ask whether it is true or false. Pap A. Theory of Definitions. Cited from Ogleznev V. V., Surovtsev V. A. In what sense definitions can be true or false: on the work of A. Pap “Theory of Definitions” // Vestnik of Tomsk State University. Philosophy. Sociology. Political Science. 2017. № 38. P. 288.

Consequently, the definition of a concept using the methodology of “verbal realism”, in keeping with its name, i.e. “describing what is”²⁰⁸, has the result of describing a subject that has already been identified (epistemological approach) rather than of identifying the subject as such (instrumental approach). It results in a description of an already identified subject (epistemological approach), instead of identifying the subject, respectively distinguishing it from others (instrumental approach). We can therefore conclude that the definition of a concept by the method of “verbal realism” contains a “circle in the definition”.

Despite the divergences with the representatives of the free law school in the conceptual and methodological approach to law and especially law enforcement, a similar point of view on the problem of definition of concepts was held by C. Bergbohm in his work “A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence”, in which he pointed out that the formulation of definition always leads to the mentioned logical fallacy: “In order to find a conception of what is, one must start with the individual things that are. Therefore, in order to comprehend the concept of right, one can only start from the right that actually exists. [...] If I have established a tentative definition, I must verify its correctness by means of that which undoubtedly asserts itself as a right before my eyes and, if necessary, modify my hypothesis accordingly. The definition thus valid for the subject engaged in the research, i.e. of a purely subjective nature, becomes objective, ‘de-subjectivated’ as far as possible, for one cannot achieve more at all with respect to notions of incorporeal things [...] I am well aware that in this way I in no way escape from the circle into which any definition of notions is driven. When we define objects to which we apply characteristics that should be embedded in their concept, we are already applying that same concept to those objects in order to judge their fitness. [...] Logicians still define judgement as the relation of concepts to one another; but no one denies that concepts themselves are already precursors of judgements”²⁰⁹.

²⁰⁸ As A.F. Losev wrote: “To think something, you have to understand it somehow; and to understand something, you have to think it somehow”. See: Losev A. F. Chaos and structure / coauthored by A. A. Takho-II. Takho- lodi, V. P. Troitsky, ed. by A. A. Takho- lodi, and V. P. Troitsky. M., 1997. P. 11.

²⁰⁹ Bergbohm K. Jurisprudenz und Rechtsphilosophie : kritische Abhandlungen. Leipzig, 1892. Bd. 1. S. 79.

A similar approach to the problem of “definitions” in jurisprudence was taken by R. Stammler, noting that legal definitions as well as the concept of law as such cannot be derived from a generalisation of legal facts, as this would be a circle in definition, otherwise concepts would have to be established in advance²¹⁰. Because of his reasoning, contemporaries credited Stammler with clearly recognising the epistemological problem of law²¹¹. Noting the existence of this problem, A. Funke, for his part, contrasts Kantorowicz’s methodology as a new approach to the erroneous common way: “[...] the neo-Kantians are almost whirled in what is called ‘a logical whirlpool from which no escape is possible’²¹²; some, like Felix Somlo, have sought refuge in a peculiar notion of relative a priori. Kantorowicz, on the other hand, cleverly avoided the transcendental philosophical vortex”²¹³.

Consequently, according to Kantorowicz, a definition in jurisprudence, if it is not formulated as a statement, must have an “instrumental character”, i.e. it must be defined in accordance with the aims of the research, and the person using the definition must constantly modify its meaning in relation to the aims. Kantorowicz writes: “If a concept must not be true, then it is possible to have several equilibrium definitions of the concept, among which the ‘most useful for the purposes of scientific research’”²¹⁴ is chosen.

²¹⁰ Stammler R. *The Theory of Justice* [Electronic resource]. New York, 1925, S. 19. URL: <https://archive.org/details/RudolfStammler1925TheTheoryOfJustice/mode/> (accessed March 2023).

²¹¹ Binder J. *Über kritische und metaphysische Rechtsphilosophie*. Cited from: Funke A. *Er wollte nicht nur Teil einer Jugendbewegung sein: eine Interpretation des Freirechts* [Electronic resource] / herausgegeben von I. Augsberg, S. Lettmaier, R. Meyer-Pritzl. Tübingen, 2020. S. 8. URL: https://www.mohrsiebeck.com/buch/hermann-kantorowicz-begriff-des-rechts-und-der-rechtswissenschaft-9783161597992?no_cache=1 (accessed March 2023).

²¹² Wielikowski G. A. *Die Neukantianer in der Rechtsphilosophie*. München, 1914. S. 81. Cited from: Funke A. *Er wollte nicht nur Teil einer Jugendbewegung sein: eine Interpretation des Freirechts* [Electronic resource] / herausgegeben von I. Augsberg, S. Lettmaier, R. Meyer-Pritzl. Tübingen, 2020. S. 8. URL: https://www.mohrsiebeck.com/buch/hermann-kantorowicz-begriff-des-rechts-und-der-rechtswissenschaft-9783161597992?no_cache=1 (accessed March 2023).

²¹³ Funke A. *Er wollte nicht nur Teil einer Jugendbewegung sein: eine Interpretation des Freirechts* [Electronic resource] / herausgegeben von I. Augsberg, S. Lettmaier, R. Meyer-Pritzl. Tübingen, 2020. S. 8. URL: https://www.mohrsiebeck.com/buch/hermann-kantorowicz-begriff-des-rechts-und-der-rechtswissenschaft-9783161597992?no_cache=1 (accessed March 2023).

²¹⁴ Kantorowicz H. *Der Begriff des Rechts* / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 25.

§ 3. «Conceptual pragmatism» as the right way in defining

Kantorowicz, putting forward his own methodology for defining legal concepts²¹⁵, which he had previously used in “The Concept of the State”²¹⁶, argues that the inevitable vicious circle of the definition of a concept could easily be avoided if one understood the “meaning of meaning” of the term (Bedeutung des Sinnes): “any question posed by any science concerning the meaning of a ‘term’ (Sinn eines Ausdrucks) can only be answered if the intention is to ask what in *that* particular science *is to be understood* by that particular definition (or other symbol)”²¹⁷.

Kantorowicz writes, returning to the two different approaches to the definition of the concept, the question “*what* is meant by law?” will be answered by the legal scholar who compiles dictionaries, but the lawyer, if he wants his definition to be useful for jurisprudence, will answer another question: “*what is to be understood* by law?”. Accordingly, the answer should only be a “proposition” or “option”, drafted on a form that would read in expanded form as follows: “I propose to understand by this definition this and that, and if, dear reader, you want to understand by the same definition something else, then you are free to do so on the condition that you do not see your definition in my words. The value of our respective definitions will be judged by their comparative usefulness”²¹⁸. Such a definition, based on the alternativity of variants of the goal (and, consequently, the alternativity of definitions) in the form of achieving maximum utility, Kantorowicz proposes to call “nominal”²¹⁹ and the methodology for obtaining it is “conceptual pragmatism”.

²¹⁵ Ino Augsberg observes that in the essay “in the chapter ‘On definitions in general’ Kantorowicz rather wants to develop “an adequate theory of the construction of definitions”. See: Augsberg I. Kantorowicz’ Begriff des (Rechts-)Begriffs [Electronic resource] / herausgegeben von I. Augsberg, S. Lettmaier, R. Meyer-Pritzl. Tübingen, 2020. S. 36. URL: https://www.mohrsiebeck.com/buch/hermann-kantorowicz-begriff-des-rechts-und-der-rechtswissenschaft-9783161597992?no_cache=1 (accessed March 2023).

²¹⁶ Kantorowicz H. The Concept of the State // *Economica*. 1932. № 35. pp. 1-21.

²¹⁷ Kantorowicz H. *Der Begriff des Rechts* / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 23.

²¹⁸ *Ibid.*

²¹⁹ As the title might suggest, the “nominal definition” (and, as will be discussed later, the semantic pair, the “real definition”) is based on an idea traceable since Aristotle and most fully embodied in the scholastic debate on nominalism and realism, which became known as the debate on universals. However, the apparent synonymy is only apparent. In contrast to medieval conceptions, Kantorowicz does not deny his “nominal definition” of reality. Rather, he understands nominalism as a synonym for the word “original”.

“Conceptual pragmatism”, however, differs from the generally accepted notion of pragmatism, which sees definition only in its utility in relation to a particular practical purpose. As noted in the literature, when Kantorowicz speaks of “the definition of law”, it means anything but “concept” in the sense of a precise linguistic equivalent for a particular factual phenomenon that can be fully comprehended. Regarding the name “conceptual pragmatism” itself, there is an alternative approach. Thus, I. Augsberg proposes to call this methodology “conceptual relativism” because it is based on R. Carnap’s idea of “the principle of tolerance”, according to which everyone “can construct his logic, that is, the form of language, as he wants”²²⁰.

In his own variant of the methodology of constructing definitions, Kantorowicz proceeds not only from the indispensable establishment of the goal pursued by the legal scholar, but also implies a decision based on his choice among several definitions. Thus, the role of 'utility' in Kantorowicz’s work is twofold: on the one hand, achieving the highest level of utility is the goal of formulating the definition and, on the other hand, it is also a criterion for selecting the most acceptable definition. However, the infinity of choice is rather contingent and limited both in form and content, because “freedom is never arbitrary”²²¹.

The formal restriction is that the chosen definition must be compatible with the requirements of the language or with the rules for composing new words, in addition, it must comply with the requirements of its uniform usage, i.e. its habitual use in legal texts. The material, substantive restriction is dictated by the needs of the particular science in which the definition is to be used, as a “definitive sentence”. According to Kantorowicz, each definition must be validated by consistently tracing its acceptability within a particular science: it must be effective, i.e. useful in the sense that by “connecting what is to be connected and separating what is to be

²²⁰ Augsberg I. Kantorowicz’ Begriff des (Rechts-) Begriffs [Electronic resource] / herausgegeben von I. Augsberg, S. Lettmaier, R. Meyer-Pritzl. Tübingen, 2020. S. 36. URL: https://www.mohrsiebeck.com/buch/hermann-kantorowicz-begriff-des-rechts-und-der-rechtswissenschaft-9783161597992?no_cache=1 (accessed March 2023).

²²¹ Kantorowicz H. Der Begriff des Rechts / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 24.

separated, it delimits the subject about which correct and principled statements can be made, and provides a tool for making detailed classifications”²²².

Therefore, if several different definitions satisfy in form and content, then in such cases it is necessary to choose “the best of the good, and accept the rest in a spirit of tolerance”²²³.

Kantorowicz concludes his consideration of the methodology for determining instrumental legal concepts by giving the example of parents choosing a name for their child: despite the supposed complete freedom to choose among a large number of options, they are still constrained by certain rules (social conventions, linguistic rules and legislative prohibitions). In this respect, the result “far from being an arbitrary choice will be a more or less good name; but none of the possible names with varying degrees of usefulness can be ‘true’ or ‘false’, since none of them is naturally related to the person it denotes”²²⁴.

It also follows from this that if the above requirements are met, the so-called “nominal definition” of the concept (Namensdefinition) is chosen at the initial stage of the activity, which then requires a check on its usefulness, from which it was originally derived, i.e. the definition has to be consistently justified in a more thorough analysis and definition of the research object, which is also initially defined in this way only. All this in order that, becoming an “assertion” and therefore claiming the status of true or false, it moves into the realm of “real definitions” (or “definitions of essence” – Wesensdefinition), where “genuine theoretical disputes arise, although in every science they are hidden under a veil of endless and fruitless terminological quibbles”²²⁵.

Continuing Kantorowicz’s thought, I. Augsberg argues that terms whose content is given a “real definition” are still best avoided. For this conceals the fact that even in the procedure itself “reality” will never be achieved, since “description

²²² Kantorowicz H. *Der Begriff des Rechts* / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 25.

²²³ Ibid.

²²⁴ Ibid.

²²⁵ Ibid. S. 26.

and analysis are infinite tasks, never capable of yielding a ‘definite’ result”²²⁶. Since no definition is unconditionally valid, it is always, as Kantorowicz himself writes, possible only ad hoc and therefore must not stand still, thereby marking the final conclusion and stopping its own movement in the form of a category postulated as absolute²²⁷. Any definition remains inherently unreliable because it is not a fixed result of scientific enquiry, as the results of the natural sciences are. Rather, it represents the beginning of this research, which must be constantly confirmed in the course of the research procedure and for this very reason remains a constitutive ambiguity. I. Augsberg, considering such a method, notes that defining a concept does not eliminate uncertainty, but gives it expression: “This approach helps to eliminate the fallacy that words are not fallible”²²⁸.

However, Kantorowicz’s methodology for defining concepts has its notable advantages. As Kantorowicz notes, there is a risk that due to ignorance of the functions and the way each type of definition is formed, the “nominal definition” will be confused with the “real definition”, which will result in international law not being recognised as law, for example. Such an assertion can be seen in H. Hart²²⁹ in his “The Definition of Law”, where he, justifying his concept, admits that international law cannot discover all those fundamental criteria which in his opinion are inherent to law: “[...] Hart asserts the validity of analogies between national and international law only by function (which distinguishes them from morality) and by

²²⁶ Augsberg I. Kantorowicz’ Begriff des (Rechts-) Begriffs [Electronic resource] / herausgegeben von I. Augsberg, S. Lettmaier, R. Meyer-Pritzl. Tübingen, 2020. S. 37. URL: https://www.mohrsiebeck.com/buch/hermann-kantorowicz-begriff-des-rechts-und-der-rechtswissenschaft-9783161597992?no_cache=1 (accessed March 2023).

²²⁷ Kantorowicz H. Der Begriff des Rechts / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 24.

²²⁸ Augsberg I. Kantorowicz’ Begriff des (Rechts-) Begriffs [Electronic resource] / herausgegeben von I. Augsberg, S. Lettmaier, R. Meyer-Pritzl. Tübingen, 2020. S. 38. URL: https://www.mohrsiebeck.com/buch/hermann-kantorowicz-begriff-des-rechts-und-der-rechtswissenschaft-9783161597992?no_cache=1 (accessed March 2023).

²²⁹ It is interesting to note that it was H. Hart, in his 1958 review of “The Definition of Law”, who would criticise Kantorowicz for imperfections in both his methodology and the definition itself. Thus, he would write the following: “Two questions arise here. One is related to the idea of a ‘pragmatic definition’ and the other is related to the specific definition of law chosen. If we are talking about a science such as physics or chemistry, concerned with the discovery of general laws, it makes sense to align the classification terms to its goals. Should we include the property of melting at a certain temperature in the definition of ‘phosphorus’? Yes, because things defined in this way exhibit multiple similarities in behaviour of exactly the kind that science seeks to find. But of course history (at least as Kantorowicz planned it) (*referring here to the role of Kantorowicz’s essay introduction for The Oxford History of the Science of Law - M.K.*) has no similar identifiable purpose to give clear content to the idea of definition being ‘useful or fruitful’ for history as such”. See: Hart, H.L.A. Review on The Definition of Law by Hermann Kantorowicz, A. H. Campbell and A. L. Goodhart/ The Philosophical Review. 1960, Vol. 69, №. 2, P. 271.

content (principles, concepts, methods) but not by form (institutionalisation)”²³⁰. Regarding the possibility of such a conclusion in legal theory, Kantorowicz once wrote that if there were such a thing as a “true conception of law” that did not include international law, it would be “impossible to justify the recklessness of authors who inflict such terrible dangers on themselves because they have not familiarised themselves with an adequate theory of constructing definitions and thus have failed to arrive at a fruitful definition of law”²³¹.

Kantorowicz pays particular attention to the fact that “it would be an exaggeration to claim that, since definition disputes do not involve truth or falsity, they are necessarily devoid of theoretical or practical meaning and are mere verbal quibbles. This would be to overlook the fact that behind the definition debate there is always the problem of classification, and that classification is not about names (names/definitions) but about things. Whether, for example, to give or deny a concept a definition for which important propositions are claimed is a terminological, but by no means a ‘simple’ question: the choice lies not only between different definitions, but also between the things they denote. For example, many jurists have claimed and continue to claim that what is called ‘public international law’ is not or is not yet law at all but consists of political or moral postulates or, at best, is ‘law misnamed as such’. If such a classification were perceived by public opinion, the practice of states and law schools, not only the legal but also the political, psychological, literary and other ‘practical’ consequences would be enormous: the very grounds on which this view is based, namely that the rules of international law lack sufficient sanction, are often violated, are not derived from sovereign will, etc., would be strongly reinforced, and the unreliable validity of the law of nations, on which the very existence of nations and civilisation itself depends, would become even more dubious”²³².

²³⁰ Kasatkin S.N. Draft definition of legal concepts and conceptual status of international law: Herbert Hart doctrine // Vestnik of Samara Humanitarian Academy. Series Law. 2013. № 2(14). P. 32.

²³¹ Kantorowicz H. Der Begriff des Rechts / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 27.

²³² Ibid. S. 24.

It follows from the above quotation that Kantorowicz did not mean that the question of truth is altogether alien to the process of definition, because the investigation of the instrumentality of a definition must always be accompanied by its gradual formation in order to reach the true result – “real definition”.

§ 4. The genesis of the concepts of law

According to the proposed methodology for defining concepts, in order to select an initially “nominal definition” of the concept of law, it must be remembered that the science for whose purposes the definition needs to be formulated is “the science of law”. It is for the science of law as a whole that “the definition of law must be fruitful, and it will be fruitful insofar as it brings together the thoughts and writings of what language allows us to call law, into a historically and logically coherent unit (node)”²³³. Kantorowicz therefore proposes the following as a nominal definition: “Law is a body of rules of conduct aiming at the prevention or the orderly settlement of conflicts”²³⁴.

He points out that there can be no linguistic objection to such a definition, for “under what other heading than law can all such rules be brought together?”. Nor can there be any objection on the grounds of history, for the historical facts confirm that such rules have always and everywhere been the subject of scientific reflection, and the resulting ideas and perceptions, both pre-scientific and scientific, must be recognised as part of legal science, for, again, “under what other definition can they be brought together?”²³⁵.

Kantorowicz points out that the nominal definition he gives, a tentative definition, is certainly quite broad: it does not contain the limitations inherent in the ordinary definitions of law, such as positivity, enforceability, origin from the state, and obligatory character. However, as Kantorowicz points out, the proposed definition allows us to “bring together all studies, disciplines and schools in their

²³³ Kantorowicz H. *Der Begriff des Rechts* / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 28.

²³⁴ Kantorowicz H. *The Definition of Law* / Campbell A.H., Goodhart A.L. // Cambridge at the University Press, 1958. P. 12.

²³⁵ Kantorowicz H. *Der Begriff des Rechts* / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 29.

historical sequence”²³⁶. This was his aim, which he tried to achieve with the most “useful” definition.

The proposed methodology then analyses those attributes through which law is usually defined – all those features which, according to Kantorowicz, “prevent us from understanding the judicial process, the nature of legal methods and the social functions of law; any definition of law intended for use in legal scholarship must therefore be cleared of them”²³⁷. Thus, he consistently refutes all the attributes that are often cited as implicit in law.

Firstly, refuting the claim that all law must be positive, Kantorowicz writes: “If only positive law were considered law, as many authorities teach, then Grotius’s ‘Ius belli ac pacis’ (1625) should not be mentioned in the history of legal science, because its era is the creation of ideas about natural law, like those of his countless predecessors and successors, which would also not be considered ideas related to law”²³⁸.

Kantorowicz’s position may seem inconsistent at first glance. Thus, on the one hand, Kantorowicz denies the right such property as “positivity”, on the other hand, Kantorowicz’s free law is limited to the four kinds of right, objectified (except for the latter) in one or the other rule of conduct (see for details from P. 95). However, there does not seem to be a contradiction. Recall that Kantorowicz proceeded from the pragmatism of this or that definition. Thus, for the purposes of “The Definition of Law”, namely historical research, the concept of law had to be as broad as possible, whereas for the purposes of judicial methodology, on the contrary, the concept of law had to be narrowed in order to avoid the risk of judicial arbitrariness.

Secondly, it is argued that law is not solely a product of state will. Otherwise, one would have to admit that the possibility of canonical, international and customary law would thereby be ruled out. Regarding the primacy of the origin of

²³⁶ Kantorowicz H. *Der Begriff des Rechts* / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 29.

²³⁷ *Ibid.* S. 30.

²³⁸ *Ibid.* S. 31.

the state, Kantorowicz notes that this assertion excludes any application of legal analysis to societies before the formation of the state, although modern anthropology could not find any society, no matter how primitive and stateless, without law²³⁹. Also in “The Concept of the State”, Kantorowicz provides his own definition, in which he asserts the primacy of law in relation to the state²⁴⁰.

Thirdly, as regards the enforceability which, as he notes, in practice is quite often confused with the property of binding law, one could ask, to the point of absurdity, “Why not staff the Supreme Court with nine generals? Surely they would know how to enforce their decisions, such a court would ‘work’”^{241,242}.

It can thus be concluded that traditionally regarded as legal, the attributes discussed do not in fact distinguish law from other social rules. For example, there are non-legal rules that are enforceable, based on physical sanction, a sense of duty or even some “less certain sense of coercion and binding”²⁴³.

Fourthly, Kantorowicz refutes the claim that law is a set of real facts, such as the decisions of judges. This point of view was put forward by radical supporters of American realism and, if it were to prevail totally, “would destroy the science of law as it has hitherto been cultivated in any country”²⁴⁴. A thorough critique of this legal trend was presented by him in the form of 12 theses and set out in “Some Rationalism about Realism” (1934)²⁴⁵, but it is worth noting that, while refuting the definition of law as a set of real facts, Kantorowicz notes that the main premise of jurisprudence

²³⁹ Kantorowicz H. *Der Begriff des Rechts* / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 32.

²⁴⁰ Kantorowicz H. *The Concept of the State* // *Economica*. 1932. № 35. pp. 1-21.

²⁴¹ Kantorowicz H. *Some Rationalism about Realism* [Electronic resource] // *Yale Law Journal*. 1934. Vol. 43, Issue 8. P. 1251. URL: https://proxy.library.spbu.ru:4166/HOL/Page?public=true&handle=hein.journals/ylr43&div=69&start_page=1240&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults (accessed March 2023).

²⁴² The arguments based on the technique of “bringing it to the point of absurdity” appear to be debatable. In this case, we are not talking about the reduction of the content of law to a single characteristic – coercion, which was illustrated in the example of “judges-generals”, and, accordingly, it does not narrow down to the unending question of the history of legal doctrine “how does the order of a robber differ from the order of the sovereign?”. However, we agree that the sign of coercion for law is still debatable.

²⁴³ The same, namely the non-excludability of the sanction as a feature of the right, writes M. van Hook. For more see: Hook M. *Law as communication* / translated from English by M.V. Antonov, A.V. Polyakov. SPb., 2012. pp. 51-56.

²⁴⁴ Kantorowicz H. *Der Begriff des Rechts* / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 34.

²⁴⁵ About this see: Kulikova M.S. *Hermann Kantorowicz and the Free Law Movement: European Roots of American Legal Realism* // *SOCIETY: POLITICS, ECONOMICS, LAW*. 2021. № 5(94). P. 72-74, Lukovskaya G.I., Kulikova M.S. *Free Law: the way out of legal crisis? (after Kantorowicz’s “Some rationalism about realism”)* // *Crisis phenomena in law: theory, history, ways of overcoming* : a collective monograph. 2021. P. 124-132.

has always been that “there is a certain distinction between lawful and unlawful actions of subjects and justified and unjustified judgments of courts. But unlawful acts and unjustified decisions are just as ‘real’ as lawful acts and justified decisions, and there is no way of distinguishing them except by applying the rules of law to them, which must therefore be something else”²⁴⁶.

Fifthly, it is also worth drawing attention to the fallacy, in Kantorowicz’s view, of the claim that the right must be valid (“validity” or “geltend”²⁴⁷). In Kantorowicz’s view, validity is a characteristic inherent in any factual rule that operates “here and now” and therefore cannot be regarded as a criterion that distinguishes law from other social rules of conduct. Otherwise, following the criterion of “validity”, it would be necessary to exclude from legal science “such a great and remarkable part of modern jurisprudence as classical Roman law”²⁴⁸. However, if we hypothetically extend this criterion with the words “once upon a time a valid right” or “once more a valid right”, then the definition would become too broad. After all, it is difficult to prove any rule that has never existed or will someday still exist and therefore must be recognised as law.

The German jurist G. Jellinek, thinking along similar lines, wrote: “A right provision is only an integral part of the legal order when it is valid, – a right that is no longer valid or is yet to become valid is not a right in the true sense of the word”²⁴⁹. Unlike G. Jellinek, Kantorowicz did not address the issue of the future validity of law. It is interesting to note that Kantorowicz’s understanding of this issue

²⁴⁶ Kantorowicz H. *Der Begriff des Rechts* / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 35.

²⁴⁷ In view of the fact that there is a translation of “geltendes” as both “effective” and “valid” in the academic literature, in view of the existence of “Gültigkeit” and “Wirkung”/“Wirksamkeit” (meaning “effect”) in German, “geltendes Recht” will be understood here to mean “valid law” and not “effective law”. See: *Juristisches Wörterbuch* [Electronic resource] / von Gerhard Köbler. neubearb. 14. Aufl. München, 2004. URL: <https://www.agmiw.org/wp-content/uploads/2016/05/Köbler-Juristisches-Wörterbuch-.Auflage.pdf> (accessed March 2023). N.S. Vasilieva also writes about the difficulties of translating legal terms (“valid” and “effective”): “With regard to the problem of A. Ross misunderstanding, the main linguistic question is whether “*gældende ret*” can be translated as “*valid law*”. Sven Eng concludes that from a linguistic point of view, such a translation is not entirely wrong, but it does not convey all aspects of meaning either. See more: Vasilyeva N.S. *Problem of validity of law in the legal concept of Alf Ross: dissertation ...* Candidate of Law: 12.00.01. St. Petersburg, 2019. P. 155.

²⁴⁸ Kantorowicz H. *Der Begriff des Rechts* / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 33-34.

²⁴⁹ Jellinek G. *The Law of the Modern State vol. 1 The general doctrine of the state* / G. Jellinek; ed. by V.M. Gessen, L.V. Shalland. SPb., 1903. P. 218.

is rather similar to that of K. Bergbohm, who argued that the phrase “valid right” (geltendes Recht) is a pleonasm, that is, a speech redundancy²⁵⁰.

As a result of critical examination of the attributes of law and analysis of the proposed “normal definition”, Kantorowicz, taking into account the research, proposes the following “real definition”: Law is “a body of rules prescribing external conduct and considered justiciable by the court”²⁵¹, thus proposing the transition from definition in the form of a “concept” to definition in the form of a “statement” claiming the truth. Following his methodology, as well as the principle of constant refinement of the definition in order to achieve the most useful purpose, Kantorowicz in the course of a more careful analysis consistently substantiates his definition, highlighting its individual properties.

1. Law is a “body of rules”. Kantorowicz points out that all legal norms are always embedded in a system which represents a single whole. In legal science, if an individual norm is considered, it is only conditionally, as part of a more global whole - an institute, a branch, a system. In the same way, “law” itself should be understood in its integrity rather than in the autonomy of its individual parts, as, for example, positivists (etatists) proposed that law be considered as a separate, specific statutory right²⁵².

The criterion of “body of rules” can be said to be universal in that it allows rules to be considered as a whole, i.e. as united by some common characteristics that make them coherent and interdependent. For example, by the criterion of common content (private law, criminal law) or belonging to the same code or state, or origin (where the rules derive their origin from the same people), or temporal or spatial

²⁵⁰ “Defining a right as ‘valid’ or ‘positive’ undoubtedly contains pleonasm, but only for those who are fully convinced that neither they themselves ever have another kind of right in mind when they speak competently about it, nor do their audiences think of any other kind of right”. See: Bergbohm K. *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie : kritische Abhandlungen*. Leipzig, 1892. Bd. 1. S. 49.

²⁵¹ Kantorowicz H. *The Definition of Law* / Campbell A.H., Goodhart A.L. // Cambridge at the University Press, 1958. P. 21.

²⁵² Kantorowicz H. *Der Begriff des Rechts* / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 37.

criteria (where the rules coincide in time or space, such as ancient law or European law).

It is important, emphasise sKantorowicz, that by constructing a coherent body of rules, it is possible to identify and determine the legal nature of a particular selected rule, which is essential for jurisprudence. It should be noted that when discussing the corpus as a whole, Kantorowicz never explicitly refers to its hierarchy, i.e. to the arrangement of elements in order from highest to lowest, believing that the main characteristic of the corpus is the interrelatedness (coherence, coordination) of these elements, i.e. he thinks of the rulebook rather as a spatial “network structure”, organized similarly to a biological neural network. However, when he reflects on the varieties of rules of behaviour, he draws an implicit conclusion “about the special place” of dogmas among other rules.

2. Law is “rules of conduct”. While agreeing with the non-exclusiveness of this approach to the generic concept, Kantorowicz nevertheless stresses that “the prevailing view has always rightly held that ‘law consists of rules’”^{253,254}. Unlike natural-scientific laws, which record the regularities of the world around them (the Being), rules are expressed through the establishment of “proper” behaviour (the Due). The difficulty lies in the “normative” element of “oughtness”, which cannot be fully analysed due to the “plethora of philosophical difficulties”²⁵⁵. However, attention is drawn to the fact that “he who claims that some human behaviour should be ‘proper’ defines a double obligation imposed on the individual”²⁵⁶. Thus Kantorowicz’s earlier idea of Duty Impossible without Existence, i.e. the desire at the heart of all law, is now supplemented by his concept of double obligation.

²⁵³ Kantorowicz H. *Der Begriff des Rechts* / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 38.

²⁵⁴ Let us try to develop Kantorowicz’s thought, which seems to have been less about proposing, or rather agreeing with, one of the possible alternative answers to the question “*what is law?*”, among which one can find a variety of variants. Kantorowicz seems to have settled on the choice of “rules of behaviour” because he was starting from another sense of the same question – “*what is law?*”, i.e. what do all those manifold variants embody? Therefore, his train of thought was presumably as follows: law, which is meant to regulate social relations, carries with it the idea of a “*rule*”, which most often prescribes a certain pattern of *conduct*.

²⁵⁵ Kantorowicz H. *Der Begriff des Rechts* / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 39.

²⁵⁶ *Ibid.*

The basic (primary) duty of a person is to behave in a way that he or she might not have behaved. This duty is a consequence of the assumption that it makes no sense to apply the category of “proper behaviour”, which is no different from what it actually is. On this interpretation, it may raise the question of the admissibility, within the framework of one rule, of the simultaneous existence (for someone who would not have behaved in this way without the injunction) and non-existence (respectively, vice versa) of a right, to which, presumably, Kantorowicz would have responded in the affirmative. The other (secondary) duty of the individual, according to Kantorowicz, is to obey if he fails to fulfil the primary duty, i.e. to accept the sanction. A sanction can be of various contents, i.e. legal, moral, religious and other sanctions.

Both duties can be one’s own or the duties of others. Only in the first case (primary duty) the fulfilment of the “due” is by means of a genuine will, “since one cannot ‘want/wish’ anything but one’s own conduct”²⁵⁷; in the second case (secondary duty) when we express a wish on our part for others to act in the way we wish, their will can be influenced by the way our wish is expressed and the nature of the sanction provided. Kantorowicz writes: “The primary, as well as the secondary duty contained in the category of ‘ought’, depends on other duties. Neither would be recognised if there were no higher duties justifying the duties below them, answering the imperative question, ‘Why must we behave this way?’ and ultimately giving the rule ‘validity’”²⁵⁸. This presupposes the existence of a fundamental and absolute rule on which the validity of all other rules depends and hence whose correctness cannot be questioned for every rule not to be broken, accordingly such a rule must be a dogmatically (without proof/categorical) accepted act of faith (worldview/conviction)²⁵⁹.

²⁵⁷ Kantorowicz H. *Der Begriff des Rechts* / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 39.

²⁵⁸ *Ibid.* S. 39-40.

²⁵⁹ A minor criticism could be made here. Thus, on the one hand, Kantorowicz argued that “validity” is not a property necessary to law, and on the other hand, Kantorowicz insists that there is a rule that could justify the binding nature of law, thereby answering the question “why should we behave in this way?”.

Thus it must be recognised that rules in the form of orders from a lower authority depend ultimately on rules-orders from some higher authority entailing an absolute duty of obedience; just as the rules-orders of our conscience depend on rules-orders from *summum bonum*, which persons are bound to observe absolutely unquestioningly. Such a criterion makes it possible to distinguish rules from other statements that merely describe actual habits (economic, linguistic or social)²⁶⁰ and are not covered by the following formula expressing the relations that must exist about some human behaviour A and some of the possible properties of this behaviour B: “A must be B” (categorical form) or “If A is, then B must be” (hypothetical form)²⁶¹.

Kantorowicz’s “formula of oughtness” is close to Kelsen’s *theory* of stepped construction of the rule of law. Moreover, understanding that such a hierarchy is fraught with an endless search for “a secondary rule for a secondary rule”, Kantorowicz concludes that there is a basic and absolute rule on which the legitimacy of all other rule systems depends and which, therefore, “can no longer be questioned”²⁶².

By projecting Grundnorm's logic onto all kinds of systems of rules he singles out in the form of an order, an injunction and a socio-legal rule, i.e. dogma (which will be discussed in more detail later in paragraph 2.5), Kantorowicz concludes that two of them (systems of orders and injunctions) converge to one absolute rule, which is an unprovenly accepted act of worldview. Kantorowicz does not mention, but obviously suggests, that if we deduce a corollary from his assertion, it would appear that two organised systems of rules converging in a single absolute rule inevitably produce conflicting situations when their levels in the hierarchical ladder between them do not coincide. Looking ahead, it should be noted that the purpose of the third system of rules singled out by Kantorowicz (consisting of dogmas as judgements) is to resolve conflicts that arise between systems. This property of the system follows

²⁶⁰ Kantorowicz H. *Der Begriff des Rechts* / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 40.

²⁶¹ *Ibid.* S. 39.

²⁶² *Ibid.* S. 40.

from its function as well as its characterisation as a self-sufficient and self-executing system.

It is worth noting that socio-legal rules (dogmas) are the decisive factor of judicial methodology. They are central to Kantorowicz's legal doctrine because their main purpose is the systematic ordering of rules²⁶³. It seems that Kantorowicz's concept of law as a set of rules consisting of a logically ordered set of systems with a vertical hierarchy and a network structure falls under the definition of "dynamic presumption of the systemicity of law" developed by E.N. Lisanyuk.

As E.N. Lisanyuk: "An important difference between the dynamic presumption (systemicity) of law and the static presumption is the fact that the requirements to the formal system that constitute the static presumption, in the dynamic presumption do not act as given properties of the normative system, but only as a methodological ideal in decision-making based on normative systems. In other words, instead of identifying a normative system with these properties as a logical reconstruction of some code of norms with that code itself, as in the case of the static presumption, in the dynamic presumption a new normative system is formed for each new case of application of the code, now acting as a model, where these requirements retain the role of methodological principles. Thus law is not seen as a logically ordered system from the beginning but as a set of normative systems that develops over time. And this development is carried out by means of changes in the codes themselves, carried out by the legislator, and through law enforcement, in the course of which every time for a specific case there is a streamlining of the existing code(s) of norms"²⁶⁴. Further, E.N. Lisanyuk specifies that the heuristic value of the dynamic presumption of the systemic nature of law consists in detecting the inefficiency of the system, expressed in legal collisions, inconsistencies, gaps, etc., and eliminating them on the basis of the requirements of consistency,

²⁶³ Kantorowicz H. *Der Begriff des Rechts* / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 46-47.

²⁶⁴ Lisanyuk E.V. *Logical Aspects of Presumptions of Systemic Law* // *Jurisprudence*. 2014. №. 1. P. 52.

completeness and some other logical properties of the system that play the role of methodological ideals of development and improvement of the current legal order²⁶⁵.

Kantorowicz's concept of law as a multi-dimensional corpus consisting of three different systems of rules seems to fit this description. Consequently, based on the conclusion made by E.N. Lisanyuk, we can conclude that the dynamic presumption of systematicity of law (Kantorowicz's concept of law) has advantages over the static (existing) one. However, it remains debatable whether the static presumption can be identified with any generally accepted approach to law.

§ 5. External rules of conduct: distinguishing law from morality, quasi-morality, and social customs

As has already been noted, “set of rules” and “rules of conduct” do not serve as sufficient criteria to distinguish law from other social rules. Kantorowicz writes that while there is no particular dispute about the “set of rules” and “rules of conduct”, disagreement arises in determining the nature of conduct, asking the question “what conduct regulates law?”²⁶⁶. When looking for an answer, it should be remembered that as part of a general study of the concept of law, it must also be constructive for the purposes of jurisprudence. In this case, the answer can only be obtained by comparing legal rules with other social rules of conduct (as part of the disclosure of the property of law as “rules of external conduct”) and by clarifying their exceptional nature (as part of the disclosure of the property of law as “rules deemed fit for judicial consideration”). In the pursuit of these objectives, the sequence of these reflections may be built in several stages: the comparison of 1) law with morals, 2) law with social customs and 3) the characterization of such a property of law as fitness for judicial review.

1.1 Undoubtedly, the main key model of social behaviour to compare with law has always been morality, which, for the most part in legal and philosophical teachings, has been seen as co-natural (related) to law to the point of confusion.

²⁶⁵ Lisanyuk E.V. Logical Aspects of Presumptions of Systemic Law // Jurisprudence. 2014. №. 1. P. 54.

²⁶⁶ Kantorowicz H. Der Begriff des Rechts / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 55.

According to Kantorowicz's position, morality and law must be conceived separately and understood legally. He writes about this allegorically: just as one cannot simultaneously assert the truth that ancient remains may belong to both a man and a woman ("we will not believe, however venerable these bones may be"²⁶⁷), one cannot simultaneously attribute a rule of conduct to two sources: law and morality. At the same time, Kantorowicz admits that individual behaviour may simultaneously conform to the requirements of morality and law: "it may of course occur that the same legal rule is found in two different systems of law, or that the same individual act conforms to both the rules of morality and those of law; but it is impossible that rules of law simultaneously belong to the other great social system, morality, if we choose to define morality in a way that allows us to regard it as a special set of rules"²⁶⁸. Thus, the jurist did not accept the existence of two different sources of conduct at the same time, but the implementation of conduct could, in his view, correspond to both moral and legal norms at the same time.

The criterion that allows us to distinguish between morality and law is considered to be the different nature of relations. For example, L.I. Petrazhitsky noted that legal relations endow participants with both rights and obligations, i.e. have an imperative-attributive property, whereas moral relations have only obligations – an imperative property. Thereby, in effect, distinguishing morality from law by the special character of duty. However, Kantorowicz sees in Petrazhitsky the distinguishing criterion not in the special property of the duty, but in the presence of attribution. Kantorowicz himself challenges this position by insisting that attribution is also inherent in morality. While not all systems of ethics have room for the concept of moral rights, in those where such rights are recognised, it can be argued, according to Kantorowicz, that "every moral duty implies a moral right of the subject not to prevent others from doing their duty"²⁶⁹. In a secular system, however, morality can also be explicitly bilateral. For example, mutual

²⁶⁷ Kantorowicz H. *Der Begriff des Rechts* / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 56.

²⁶⁸ *Ibid.*

²⁶⁹ *Ibid.* S. 64.

promises of fidelity between lovers and friends are usually of a non-legal, purely moral nature, but they are regarded as binding, “as evidenced by the violent reaction if they are broken”²⁷⁰.

Since the nature of relations cannot be a universal criterion for distinguishing between law and morality, Kantorowicz argues that such an attribute is the fact of external or internal behaviour. This attribute, as Kantorowicz notes, was first proposed by the Stoic school in the third century B.C., which argued that law and morality are not in the same line, and was subsequently noted by H. Thomasius (German: Christian Thomasius)²⁷¹ and developed, no doubt, by I. Kant, by transforming it into the following formula: “law is related to external behaviour, morality to internal behaviour”²⁷².

However, this approach has not always been correctly interpreted. The main argument of the critics was the obviousness of the answer to the question: “Is there a law that condemns a person who has caused the death of another by accident or negligence as a murderer?”²⁷³. The presumptive answer should be based on the fact that intrinsic intents such as: motive of behaviour, will, intention, guilt, malice, etc. - are undoubtedly taken into account both in the moral conduct and in the legal qualification of the external act. Thus, it has been concluded that the application of the legal norm is related not only to external behaviour but also to internal behaviour and therefore the chosen criterion for the distinction is flawed.

The above argument is not actually challenged in any way and, on the contrary, such mental phenomena are of great importance for the application of the law. Kantorowicz, while agreeing with this, also adds, by way of example, that even

²⁷⁰ Kantorowicz H. *Der Begriff des Rechts* / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 64.

²⁷¹ Krysztof L.E. Christian Thomasius on Religion and Morality: The Beginning of the Enlightenment in Germany [Electronic resource] // *History of Philosophy*. 2017. Vol. 22, № 2. pp. 29-43 URL:<https://cyberleninka.ru/article/n/hristian-tomazyi-o-religii-i-morali-nachalo-prosvescheniya-v-germanii/viewer> (accessed March 2023).

²⁷² Although Hart also stressed the connection of Kantorowicz’s approach with Kant’s ideas, he pointed out the fallacy of this correlation: “The restriction ‘as to external behaviour’ is introduced because (no doubt from a pragmatic perspective) the defining feature of morality is that it prescribes ‘internal behaviour consisting of volitional effort’ while law never does so. Of course, something can be made of the Kantian opposition between the ‘inwardness’ of morality and the ‘outwardness’ of law, but certainly not this”. See: Hart, H.L.A. Review on *The Definition of Law* by Hermann Kantorowicz, A. H. Campbell and A. L. Goodhart/ *The Philosophical Review*. 1960, Vol. 69, № 2, P. 272.

²⁷³ Citing by Kantorowicz: B. Croce, *Riduzione della filosofia del diritto alia filosofia del Veconomia*. 1906, P. 17.

in the most undeveloped legal systems there are different rules for the assessment of harm caused by a child or an adult. In reality, however, the disclosure of the chosen criterion should be as follows: “external behaviour may be coercive, but internal behaviour is not”²⁷⁴.

“Coerciveness” of internal conduct (meaning conduct not of free will) is not understood in a “narrow” sense (as in the situation of psychological reasons that gave rise to the act), but in a “broad” sense, as the root cause that influenced the internal conduct. The rule of law, as noted earlier, never prescribes internal conduct, only requires a desirable external form, without the conduct itself necessarily conforming to internal conduct. He illustrates his position with an example: “In some North American states the constitution includes the Ten Commandments; therefore the governor's oath extends to the observance of the fifth commandment. Can he be impeached if in his heart he refuses to honour his father, a notorious scoundrel, but outwardly treats him with complete respect? Will any court answer in the affirmative? Simply, the ethico-religious rule has become law, albeit at the cost of the loss of its characteristic inner essence”²⁷⁵. Thus, the desired form of external conduct becomes a presumption of equivalent desired internal conduct, and in the absence of the latter the legality of external conduct is not challenged in any way and is not reflected in the legal result. Thus, if payment for a fare is made absent-mindedly because someone is reading a novel, but undertakes all the necessary external actions required by law, the conductor does not have the right to drop off the passenger because there is no payment by “movement of will” in the legal sense, since “movements of the fingers” are sufficient to create a legal relationship without any defects²⁷⁶. Thus, the right can only prescribe movements of the body: “its limbs, muscles, organs of speech, etc., or refraining from performing such movements”²⁷⁷. These movements must normally be conscious and voluntary, but in certain circumstances the behaviour may also be mechanical without losing its legal

²⁷⁴ Kantorowicz H. *Der Begriff des Rechts* / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 57.

²⁷⁵ *Ibid.* S. 59.

²⁷⁶ *Ibid.* S. 58.

²⁷⁷ *Ibid.* S. 60.

meaning. It may seem strange that these movements are not usually described in detail in legal norms, yet their performance ensures the creation, modification or termination of legal relations. In fact, on the contrary, law is content with achieving results and does not care about, for example, “whether the signature is made with the right or left hand, sitting or standing”²⁷⁸.

It must be assumed that the approach suggested by Kantorowicz is correct in that in order to determine the internal conduct to which "intent" can be attributed, the judge determines its existence by external conduct rather than by the words of the person referring to his internal conduct, because the latter is not available to the judge, as confirmed by practice. For example, the distinction between the elements of crimes: murder as an intentional crime (Article 105 of the Russian Criminal Code) and infliction of serious harm to health resulting in the victim's death by negligence (part 4 of Article 111 of the Russian Criminal Code) can only be made on the subjective side, i.e. internal behaviour (in the narrow sense). However, within the guidelines for its determination, the Supreme Court of the Russian Federation²⁷⁹ provides an indicative list of only external circumstances ostensibly indicating the credibility of internal conduct.

It is worth noting that Kantorowicz had a visionary view of law and was clearly ahead of his time in providing an answer to the current issue of endowing robots (homme-machine) developed using artificial intelligence technologies with legal personality. As early as 1939 Kantorowicz wrote: “We could theoretically imagine that it would be possible to construct a mechanical model which, being devoid of any mental life, could behave in exactly the same way as a human being. The reaction of the machine to the relevant external stimuli would exactly

²⁷⁸ Kantorowicz H. *Der Begriff des Rechts* / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 60.

²⁷⁹ Paragraph 3 of the Resolution of the Plenum of the Supreme Court of the RF of 27.01.1999 №. 1 “About Judicial Practice in Cases of Murder (Article 105 of the Russian Criminal Code)” states: “In deciding the question of the *direction of the intent (italics ours - M.K.)* of the perpetrator, one *should* proceed from the totality of all the circumstances of the crime and take into account, in particular, *the manner and instrument* of the crime, *the number, type and localisation* of bodily injuries (such as wounds to vital human organs), as well as the preceding and subsequent *behaviour* of the guilty and the victim, their relationships”, that is, the judge should determine internal behaviour – intent based on external behaviour and objective facts, rather than on the explanation of the causes and circumstances of internal behaviour.

correspond to the reaction prescribed by law, and this human-machine would be an ideal, perhaps the only ideal, law-abiding citizen. Morally, however, his behaviour would be completely indifferent, neither bad nor good”²⁸⁰.

In the context of recognising a robot as a subject of law, it is now argued that the human psyche is a prerequisite for the recognition of legal capacity²⁸¹, but if we extend Kantorowicz’s thought and assume that a robot will be indistinguishable from a human, it seems difficult to find distinguishing criteria that would allow an artificial machine to be opposed to a human being when it performs legally significant acts, because jurisprudence provides no means to identify internal behaviour (in the broad sense of the word).

Can we then say that morality and law, according to Kantorowicz’s idea, exist in parallel (in external and internal behaviour), only sometimes coinciding in form of expression - in human behaviour - but never interacting directly with each other? And then, can we assume that Kantorowicz, the founder of the theory of free law, did not suggest that morality (including the idea of justice) is determinative of law, thereby supporting the separative thesis? To answer this question, it should be noted that Kantorowicz draws a clear distinction between such concepts as “legal justice” and “moral justice” noting that “if a man observes a just law, his actions are not only legal but also just, although he may be anything but a just man in the moral sense”²⁸². He concludes that Kant’s theory that law, unlike morality, requires nothing but “legality”, i.e. the mere conformity of external behaviour with the law, irrespective of the underlying motive, is true not only of the law in force, but also of the law to be (justice). What is noteworthy here is that Kantorowicz builds his claims from the presumption of a just law (being) and “the law that ought to be, that is, justice’ (due).

²⁸⁰ Kantorowicz H. *Der Begriff des Rechts* / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 60.

²⁸¹ So, V.A. Ladov writes: “Artificial intelligence, despite any intensifications in the sphere of technology, can never reach the level of human consciousness, precisely because of the impossibility to overcome the fundamental gap between the primary and derivative intentions”. See: Ladov V. A. *Language in the Artificial Intelligence System: Syntax and Semantics // Humanitarian Informatics*. 2004. № 1. P. 74.

²⁸² Kantorowicz H. *Der Begriff des Rechts* / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 62.

In this case, justice of the law is understood precisely in the legal sense and belongs to the sphere which Kantorowicz proposes to call ‘quasi-moral’²⁸³.

“Quasi-moral” refers to external behaviour which conforms in form to moral norms and which would therefore be moral if it arose out of moral motives: “If, for example, a rich man is obliging to his neighbours, fair with his competitors, helpful to his friends, generous in charity, he may be considered a valuable citizen, even if his behaviour is known to be dictated solely by calculation, or by fear of reproach, or by vanity, or even by a desire to make others jealous. This phenomenon has great social significance: quasi-morality is all that can be achieved through social reform, practical politics and the pressure of public opinion”²⁸⁴.

Can we then assume that such reflections imply the conclusion that only external behaviour, which is covered by law and quasi-morality, is important for the jurist, whereas singling out morality is inappropriate because of its internal manifestation and thus not covered by the subject matter of jurisprudence for this reason? Kantorowicz, modelling a legal order in which a social system denies the moral authority of law, concludes that such systems cannot long maintain social order on the sole basis of demanding compliance with law without underpinning it with the idea of the moral dignity of law. He imagines a situation in which the enforcement of the law is based only on “selfish motives”, i.e. quasi-moralities, such as the fear of punishment for failing to obey the law. Fear of punishment would indeed maintain order in society for some time, but, Kantorowicz notes, no quasi-moral can replace morality and thereby preserve law: if fear alone were to enforce the law, “there would be many people willing to risk the non-enforcement of the law, and soon there would be none at all”²⁸⁵. Kantorowicz therefore concludes that

²⁸³ If we rely on the principle of Ockham’s razor, then the question of the redundancy of introducing a new term may arise. However, it does seem necessary to use it because in this case Kantorowicz wanted to emphasise different kinds of morality (which Fuller would later also write about, albeit in a slightly different vein, by distinguishing morality into “morality of duty” and “morality of striving”). Also, the concept of “quasi-morality” introduced by Kantorowicz allows us to note a feature of external behaviour that supposedly corresponds to true morality – internal behaviour. The fact that there is a “minimum of morality” in legal behaviour (or rather even in law itself) was later written about by Hart. Thus Kantorowicz’s use of the concept of “quasi-morality” is promising in the context of various twentieth-century approaches to law.

²⁸⁴ Kantorowicz H. *Der Begriff des Rechts* / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 63.

²⁸⁵ *Ibid.* S. 64.

“no egocentric motive can replace the sense of moral duty, which is the only guardian of law that does not need guarding”²⁸⁶.

Thus, in answering the question posed, it is worth noting that, according to Kantorowicz’s legal conception, morality and law cannot be actually (rather than legally) separated: “Conceptual differences, however, do not imply an actual separation. At least one moral commandment is fundamental to the law: Thou shalt abide by the law”²⁸⁷. It follows that the moral commandment of law is reduced to an absolute rule which is an unproven act of worldview (similar to Kant’s categorical imperative)²⁸⁸.

1.2. Another social rule of behaviour which Kantorowicz singles out for comparison with law is social custom, whose importance is “enormous”, for custom “governs us at every turn from the cradle to the grave, and is applied with greater efficiency than rules of law (not to mention moral rules): many, perhaps most, people in unstable societies such as modern Europe and America would be more willing to commit a minor breach of law, such as breaking traffic rules, than a social faux pas such as wearing clothes much more suited to the taste of their great-grandfathers”²⁸⁹.

But however the boundary between law and social custom is drawn, their content cannot be the decisive criterion: “If this were so, we would not hear students of primitive, early and oriental cultures constantly complaining that they cannot separate law, custom and morality”²⁹⁰. Although such attempts have been made, especially by representatives of the historical school of law and social jurisprudence. For example, R. von Jhering is “the most famous of those who have ventured into

²⁸⁶ Kantorowicz H. *Der Begriff des Rechts* / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 64.

²⁸⁷ Kantorowicz H. *The Definition of Law* / Campbell A.H., Goodhart A.L. // Cambridge at the University Press. 1958. P. 50.

²⁸⁸ As could be seen, the author, in analysing Kantorowicz’s approach to the concept of law, uses two different translations of his *Defining Law*: in English and in German. The reason for this is the unusual fate of both the writing of the work and its publication. Thus, the German lawyer Kantorowicz originally wrote his work in English due to the fact that he was then working in England and the publication (which took place almost 20 years after his death in 1958) was also planned in English. However, later (in 1963) a translation of his work “*The Definition of Law*” was published which differs from the original. This paper uses the version of the text that appears to be most meaningfully authentic.

²⁸⁹ Kantorowicz H. *Der Begriff des Rechts* / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 68.

²⁹⁰ *Ibid.* S. 69.

this futile study”²⁹¹. His second volume, as Kantorowicz notes, “Purpose in Law” (1883) was the first book to analyse in detail certain types of social customs. Similar work was done by J. Austin in the fifth part of his lectures on jurisprudence²⁹² (1837) and also by R. Stammler (1896), who tried to find a criterion in the supposed optional (optional) character of social customs, which he considered as “invitations”²⁹³. This theory of the conventional norm (Konventionalnorm)²⁹⁴, as opposed to the “autarkic” nature of law, was, however, rejected by almost all his contemporaries.

If one were to choose as the criterion for distinguishing the unorganised nature of the reality within which social custom arises (Puchta, Gierke), it should be noted that this ground would be too broad, since it would lead to the inclusion in the category of “law” of all kinds of rules arising in associations such as family or brotherhood, in religious, secular or professional organisations which are in any way organised: “and, accordingly, there would be almost no rules of external conduct which could be distinguished from legal rules”²⁹⁵.

The distinction between law and custom has often been looked for in terms of coercion, but this is incorrect, as Kantorowicz notes. This approach was considered

²⁹¹ Kantorowicz H. *Der Begriff des Rechts* / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 70.

²⁹² This refers to J. Austin’s distinction between laws in the precise sense and improper laws, which have a close resemblance to proper laws, into three grounds: 1. God’s law; 2. Positive law; 3. Positive morality. By the latter ground Austin meant: 1. Human laws “which are made by men for men, but not by men as political rulers, nor by men as individuals, in pursuance of legal rights”; 2. “Laws which have a close likeness to laws, but are merely the opinions or feelings which men hold or have about human conduct. Yet such human laws are viewed by Austin ‘without reference to their positive or negative qualities’”. For more see: Austin J. *Defining the Field of Jurisprudence. A Course of Lectures in Jurisprudence, The Philosophy of Positive Law. Part 1. On the usefulness of the study of jurisprudence* / edited by A. M. Mikhailov, introductory article. Ed. by A.M. Mikhailova, A.M. Korzheniak, A.P. Zroychikova; trans. from English by A.M. Korzheniak, A.P. Zroychikova, S.N. Kasatkin. SPb. 2022. pp. 203-206.

²⁹³ Kantorowicz writes more about Stammler’s conventional rules in another of his works: “To the first of these ‘three questions of the philosophy of law’ Stammler answers as follows: ‘Law is the obligatory rule of human coexistence’. In this, law should be distinguished: first, from morality (Sittlichkeit), second, from “conventional rules” (i.e., rules of custom, propriety, chivalry, fashion, language, play, etc.), and third, from arbitrariness. For morality, which concerns only the “inner life of the individual,” the distinction lies in the fact that law, like conventional rules, and the arbitrary order is on the grounds of “rules for human coexistence” the rule of external behavior; for conventional rules, which are merely “conditional invitations,” just like the arbitrary norm, the difference from law lies in its “conditional” character, that is, law is a coercive injunction for the individual applied without reference to his consent or recognition, then”. For more see: Kantorowicz H.U. *Zur Lehre vom richtigen Recht* // *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*. Vol. 2, № 1. 1908. P. 47.

²⁹⁴ See: Stammler R. *Die Lehre vom richtigen Recht*. Berlin, 1902. 647 S.

²⁹⁵ Kantorowicz H. *Der Begriff des Rechts* / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 71.

by G. Jellinek²⁹⁶ or in the theory of E. Weigelin²⁹⁷, who saw the specific legal guarantee of a rule of conduct partly in self-restraint, partly in the power pressure from society (“behördliche Einwirkung”), which need not always be binding, but can consist in 'advice' given by judicial and administrative, ecclesiastical and corporate authorities. “But if social pressure is strong enough to guarantee the law, – Kantorowicz writes, – then we should expect social pressure to enforce the social customs themselves with even greater efficiency”²⁹⁸. Moreover, custom, according to Kantorowicz, is always respected, unlike law, since three features stand out as reasons for the validity of custom:

- inevitability: “violations of social customs are almost always obvious; violations of the law, especially criminal law, often remain secret and are therefore less susceptible to instant sanctions than the former”^{299,300};

- nature of sanctions: “sanctions that protect a social custom are often particularly terrible, such as ridicule, contempt, ostracism (even in cases of minor importance)”³⁰¹;

- publicity: “social customs are less technical and therefore better known than the law”³⁰².

Consequently, despite some differences, a criterion such as content cannot always provide an unambiguous answer to the question of differentiating between law and social customs. In Kantorowicz’s view, the essential feature that allows this is not the content but the form, namely the possibility or impossibility of the rules being justiciable, i.e. such that a “judicial authority” (“richterlicher Organ”) can apply.

²⁹⁶ Jellinek G. *The Law of the Modern State*. Vol. 1 *General Doctrine of the State* / G. Jellinek; ed. by V.M. Gessen, L.V. Shalland. SPb. 1908. pp. 217-220.

²⁹⁷ See, for example: Weigelin E. *Legalität und Moralität* // *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*. Vol. 10, № 4. 1917. pp. 367- 376.

²⁹⁸ Kantorowicz H. *Der Begriff des Rechts* / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 74.

²⁹⁹ *Ibid.* S. 81.

³⁰⁰ Note that latency is inherent in all misdemeanours by virtue of their deviation from the norm, which the person tries to conceal. Kantorowicz’s assertion therefore seems rather controversial.

³⁰¹ Kantorowicz H. *Der Begriff des Rechts* / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 82.

³⁰² *Ibid.*

2. Let us first note that, in Kantorowicz's view, the notion of "judicial authority" ("richterlicher Organ") is more appropriate than "court" ("Gericht"): "[...] it is more appropriate to speak of judicial bodies. Dickinson and Simonius have done so, but without further definition of this important concept, which – seems – not yet studied in sociology or in general jurisprudence. We propose to understand "judicial authority" as a particular body or instance ("authority") engaged in a kind of "casuistry", namely the application of rules to individual disputes between two parties"³⁰³.

Although Kantorowicz understands the concepts of "rule" and "application" as broadly as possible in this definition, he nevertheless suggests that a "dispute" should be seen as the goals of the parties being incompatible with each other. At the same time, the dispute in question must be potentially resolvable, i.e. based on the interest of the parties in preserving social relations and on the desire for mutual conduct, which thus excludes differences of opinion or interest from the subject matter of legal science. "Judicial authority" must be recognised by the group in which the rule applies as an authority of that group, endowed with certain powers and entitled to demand obedience or at least respect, and always as an external, "third" party (whether mediator, arbitrator or judge, as G. Simmel distinguished them³⁰⁴) with the consequent requirements in impartiality, authority and effectiveness.

It should be noted that the notion given by Kantorowicz is quite broad, a fact which the author himself acknowledged and in this connection he wrote about the need to give this definition a "subjective component". This component was understood to mean "either a rule which requires compliance by those who are subject to it and also requires application by the courts and is guaranteed by other rules - in short: this rule is valid law (geltendes Recht) - or this rule is at least

³⁰³ Kantorowicz H. *Der Begriff des Rechts* / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 81.

³⁰⁴ See: Wolff K.H. *The Sociology of Georg Simmel* [Electronic resource]/ translated, edit. by K.H. Wolff. Glencoe, Illinois, 1950. URL: <https://archive.org/details/sociologyofgeorg030082mbp/mode/2up> (accessed March 2023).

considered as suitable to claim this role”³⁰⁵, i.e., in addition to rules of an “indisputable legal nature”, those which the parties may prescribe for themselves by “deeming appropriate” should be recognised as applicable by the judiciary: “rules may be so closely related to rules of an indisputable legal nature that they must be considered together with them in the same books or in the same codes, by the same lawyers, by the same legal methods, and must therefore be considered as law”³⁰⁶. Thus, commenting on Kantorowicz’s work, E.W. Patterson noted that “a lawyer might be shocked if he were told that the rules [...] of a gang of thugs are ‘law’. Nevertheless, Professor Kantorowicz argues that such a notion is pragmatically justified [...] and insists that a breach of such a rule elicits a mental reaction similar to that which a breach of (state official) law elicits, and quite different from that which a mere violation of custom or etiquette elicits”³⁰⁷. Regarding the question of who has the right to recognise such a character for rules, Kantorowicz writes: “The word ‘deemed’ should be used in relation to those who actually apply the rules or wish them to be applied. Some legal or social philosophers may be tempted to put their own opinion of the suitability of a rule in the place of the judgement of those who obey it”³⁰⁸. But only those for whom the rule in question has actually already acted as a right can consider the rule to be applicable.

Concluding his reasoning, H. Kantorowicz writes about the difference of his views from the radical position of L.N. Tolstoy, based on the thesis that it is impossible to apply any rules, because social relations should be regulated only by love and, therefore, no one should judge his brother³⁰⁹: “Whatever the inner merits of these theses, they do not prove the untenability of our concept. In fact, they are

³⁰⁵ Kantorowicz H. *Der Begriff des Rechts / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck*. Göttingen, 1963. S. 83-84.

³⁰⁶ *Ibid.* S. 83-84.

³⁰⁷ Kantorowicz H. U., Patterson E. W. *Legal Science - A Summary of Its Methodology* [Electronic resource]/ H.U. Kantorowicz// Columbia Law Review Association, 1928. Vol. 28, №. 6. P. 691. URL: https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents (accessed March 2023).

³⁰⁸ Kantorowicz H. *Der Begriff des Rechts / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck*. Göttingen, 1963. S. 84.

³⁰⁹ “This rule flows by itself from the first rule: ‘Do not be angry and make peace with your brother’. Its main meaning is only the negation of the judgment of man, approved by a false law”. For more see: *The Connection and Translation of the Four Gospels* [Electronic resource]: Leo Tolstoy (1828-1910) website. URL: <http://tolstoy-lit.ru/tolstoy/religiya/evangelie/evangelie-9.htm> (accessed March 2023).

nothing more than radical programmes of legal reform and argue that the judiciary should be stripped of its authority in ecclesiastical matters or even in all matters; but they do not deny that in fact these bodies apply what they consider to be law”³¹⁰.

It is worth drawing an intermediate conclusion here and noting some inconsistency in the logic introduced by the “subjective component”. This approach involves applying the term “law” to rules that are “deemed” to be enforceable by those who actually apply them or wish them to be enforced by the judiciary.

First, to define law as “justiciable rules”, i.e. subject to judicial review, and the rules applied by the judiciary themselves as rules that are “deemed” to be so by the will of the disputing parties, is to recognise the potential limitless scope of law. After all, if the parties agree to apply the rules of child's play to their relationship, however absurd they may be, according to Kantorowicz's definition, the judge will have to take them into account in making his decision.

Secondly, it is not only the rules that “should be considered” as such, but those that already are, i.e. “the law in force”, that are recognised as justiciable. Thus the same circle in the definition referred to earlier by the author himself can be observed. Because in order to regard a rule as “justiciable”, we need to distinguish it from the general range of social rules in terms of “is a law” or “should be regarded as such”, which brings us back to the question of what is “law”. Consequently, to simplify the definition of the concept into two formulas, “law is what the courts recognise as law” and “the courts recognise as law what is law or should be considered as law”.

Thus, pointing out that from all the criteria given earlier there is no unambiguous justification that would finally allow us to distinguish legal rules from other social rules of conduct, Kantorowicz introduces another distinction: “Where we find rules of external conduct applied by judicial authorities, we find that they are applied either with some more or less definite procedure or without one. In the first case we are dealing with what we propose to call law, in the second with social custom. This ‘certainty’ may permeate the whole procedure, or it may concern only

³¹⁰ Kantorowicz H. *Der Begriff des Rechts* / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 84.

certain phases or aspects of it. [...] In all these cases we could also use the term ‘formalization’ instead of ‘certainty’, in which case law would become ‘formalized custom’; but this would lead to a confusion with the concept of ‘formal’ as opposed to ‘free’ law, which refers to the basic difference between forms of law”³¹¹. Thus the element of “certainty” would in many cases allow a “line of demarcation” to be drawn with greater precision than the other criteria and thus justify the definition as more useful.

It should be emphasised that certainty refers to the procedure for applying a rule and not to the rule itself, thus being another formal criterion. Giving an example to illustrate the proposed criterion, Kantorowicz writes about a situation where a father acts as a “judicial authority” for his son, applying the rules of good manners to a case of his son’s misbehaviour. In this case the father may act involuntarily, but each time the sequence of his actions will be different: “he may at any time and in any room of the house first administer part of the punishment with angry exclamations; then, when his agitation has subsided, issue his authoritative judgment; then demand from the guilty an explanation; then clarify the facts by listening to witnesses; then perhaps execute the rest of the punishment or, conversely, justify his previous actions by muttering that the boy, although not at fault in this case, deserved the punishment”³¹². In such situations, the procedure is undefined, leading to the conclusion that a characteristic of the vast majority of customs is that they are “essentially of no judicial origin”³¹³ in the sense that they are not characterised by a specific procedure to be applied by a judicial authority.

Saying that any definition of law has at least one of two characteristics: either a criterion of state origin (including coercion) or a criterion of judicial application for those disputes which are submitted to impartial examination for decision in accordance with certain rules but which are either disapproved or ignored by law, and which obviously have the character of mere social custom, Kantorowicz

³¹¹ Kantorowicz H. *Der Begriff des Rechts* / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 85-86.

³¹² *Ibid.* S. 86-87.

³¹³ *Ibid.*

suggests the term border-line cases: “We are prepared to classify the rules in question as law, but we must admit that they are not usually recognised as the object of legal science”³¹⁴. Examples include the rules of the knight's duel and the “court of honour”, or the rules recognised by gangs for the division of booty, applied by their ringleaders. Given the definition proposed above, there is no reason not to regard such rules as legal, except for the one mentioned above - the certainty of the dispute procedure: “As regards a gang of bandits dividing their booty, a lawyer would probably correct that criminal activity cannot be classified as falling under ‘law’; but he should be reminded that Christian canon law arose from a set of rules observed by men who thereby brought the death penalty upon themselves at the hands of Roman magistrates. But we need not go so far [...] The much-needed sociology of gangsterism, old and new, private and official, seems not yet written; but there is no reason to suppose that gang leaders are in the habit of following that certainty of procedure which we regard as the criterion of the legal character of the rule”³¹⁵. It is worth noting that in considering the dueling example Kantorowicz does not draw an unequivocal conclusion that such rules cannot be recognised as legal; on the contrary, he notes that “the contradictions that arise (*in the concept - M.K.*) certainly cannot be understood if we know no other law than state law”^{316,317}.

Thus, returning to the previously stated nominal definition of law, it should be summarised that law, according to Kantorowicz, is the rules of external (rather than internal) behaviour, which have the character of systemicity, i.e. embedded in a certain hierarchy of rules, regulating social relations, which are “justiciable”,

³¹⁴ Kantorowicz H. *The Definition of Law* / Campbell A.H., Goodhart A.L. // Cambridge at the University Press. 1958. P. 82.

³¹⁵ Kantorowicz H. *Der Begriff des Rechts* / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 94-95.

³¹⁶ *Ibid.* S. 96.

³¹⁷ Kantorowicz explains that dueling rules are an “archaic class law” that has existed in modern European society since times when each class had its own “laws”, which the gradually developing state first recognised, then fought against and finally subjugated. He notes that in those countries “which cherished duels as a social privilege”, the role of state law was not so successful, and “in Tsarist Russia, in Germany and other European states the rules concerning duels between officers of fighting troops were applied by military courts of honour”. See: Kantorowicz H. *Der Begriff des Rechts* / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 96.

namely, potentially applicable within a strictly defined (formalised) procedure by a judicial authority.

It may seem that the criteria highlighted by Kantorowicz are too broad and also overly formal, as they are not based practically on the content of the said rules, and in fact differ from other social rules of external conduct only by the hypothetical possibility of being considered by the judiciary in a particular procedure. This is partly true because, as stated earlier, the definition of law (the subject of the history of legal science³¹⁸) cannot be too broad.

The elements of the concept of law that make it possible to distinguish it from social custom make it possible to “combine the similar and separate the dissimilar and retain the fruitful elements of other definitions”³¹⁹. Thus, noting the specificity of the verb "application" used in the definition, Kantorowicz writes that by doing so he achieves what the failed attempts of representatives of the realist trend are aimed at. Kantorowicz defines law in terms of a rational ideal - an assumption (claim) of possible application, while, for example, Gray and Salmond define law in terms of reality - what the courts do. Kantorowicz notes that some rules that may never be directly enforced by the judiciary, Gray would call them a “source of law”³²⁰. Thus excluding, for example, the norms of constitutional law from the status of law until they are considered by a court. Kantorowicz writes that the realist position would be to recognise that, for example, such norms of constitutional law, which set an age limit for holding the office of president, could never be recognised as law and thus would not be enforceable.

³¹⁸ Reminder that the text of the essay “The Definition of Law” was originally written as an introductory chapter to the planned work “Oxford History of Legal Science”.

³¹⁹ Kantorowicz H. *Der Begriff des Rechts* / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 87.

³²⁰ J. Gray believed that the essence of law lies in the relation of the sources of law. “Judicial precedents are the most important sources of law, since the courts in the course of a case determine the law, based on a consideration of the whole system of sources of law. But the law is also an authoritative source of law, which is fixed not by the courts but by the supreme authority”. See Gray J. C. *The Nature and Sources of Law*. New York, 1921. P. 124. Cited from: Didikin A.B. *Formation and development of the analytical tradition in the philosophy of law of the twentieth century: dissertation ... Doctor of Philosophy: 09.00.03. Tomsk, 2016. P. 56*

§ 6. *Types of external rules of conduct*

Considering the concept of “rules of conduct”, Kantorowicz divides all rules of conduct into three categories: orders, precepts and socio-legal rules (or dogmas)³²¹.

Orders refer to rules that are recognised as binding not because of their content, but because they come from a recognised authority to which all are obliged to obey. Thus Kantorowicz’s “Grundnorm” in this case is seen by him as the will of the authority, namely the external authority: “If we look for what man was endowed with such authority, we will finally come to the idea of a supreme authority, from which all authority springs. So the basic rule for every order is this: obey a higher authority”³²².

Regulations are rules that are binding not because they come from a recognised authority, but because their content is recognised by our conscience and it is our duty to act in accordance with them³²³. The notion of conscience is used in the sense of an inner, emotional awareness that recognises a duty on the subject, and the sanction is remorse. Kantorowicz also wonders about the initial unqualified imperative that ensures the validity of all other injunctions, writing that “our conscience must recognize a certain rule as valuable, then we will finally arrive at the ideal of the supreme value, summum bonum, to which every duty is subordinated”³²⁴.

Finally, **socio-legal rules or dogmas** are those rules that are recognised as binding not because they are orders from an authority or precepts of conscience, but because they logically follow from other rules whose validity is already recognised, i.e. they are a logical consequence of the requirements of orders or precepts as well as other earlier dogmas³²⁵. Thus, dogmas would be the inevitable natural outcome of

³²¹ Note that in the Manifesto “The Battle for Legal Science” Kantorowicz mainly criticises legal dogma rather than dogma as such, although he uses the term “dogma” itself.

³²² Kantorowicz H. *Der Begriff des Rechts* / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 45.

³²³ *Ibid.*

³²⁴ *Ibid.*

³²⁵ It may seem that in this case Kantorowicz sees the basis for the validity of dogma (rules of conduct from the world of meanings) either in an order (the real world) or in a precept (the ideal world), thereby conditioning, for example,

an imperfect system of law if it were officially recognised as consisting only of orders and injunctions.

The formed set of three kinds of rules has as its very existence a guarantee of coherence and cohesion: “This process is an endless mutual adaptation in order to create an autonomous system. It would be a vicious circle if the validity of rule A were based on the validity of rule B and the validity of rule B on the validity of rule A, but the actual process is to adapt rule B to rule A and vice versa, making them A (1) and B (1), and so on ad infinitum”³²⁶.

This provision appears to be fundamental to the entire legal doctrine of Kantorowicz, and to his methodology in particular, as it touches on several points at once:

– At first glance, this provision may seem to contradict the assertion made in Kantorowicz’s earlier work that law is immanent to gaps and, accordingly, that law cannot be an “autonomous system”. However, self-sufficiency, firstly, does not imply lack of gaps. Secondly, it implies, when a gap in the law is identified, it refers to law (generic concept), including free law (generic concept), thus guaranteeing the wholeness, in the sense of self-sufficiency, of the system.

– By pointing out that the rules in interaction with each other do not remain in their content the same rules as they were before, but adapt and modify from rule A to rule A (1), Kantorowicz wants to counter the then prevailing postulate that “the courts are servants of law” and should only apply, not create law. However, the maxim is that life is more varied and changeable than law. Having arrived at the

meanings (the Duty) on the real (the Existence). As Kantorowicz wrote in the Manifesto, law is “the Duty, impossible without Existence”.

We are referred to the English philosopher H.R.Ryle, who stressed that social rules implicitly contain a normative, as a “precept of the proper”, which is explicated in outward behaviour, as a “fact”. Thus, a boy who plays chess will be said to “know *how to play* (*italics ours - M.K.*) if, even without being able to formulate the rules, he *still makes allowed moves*, avoids forbidden ones himself and *protests* when his opponent’s moves turn out to be wrong. His *knowledge* as manifested first and foremost in the moves he makes himself or recognises as correct, which he avoids and does not allow on the opponent’s side. Since he observes the rules, we do not care whether he can also formulate them. *It is what he does* on the chessboard, not in his head or with language, that proves to us, through his visual *ability to apply the rules*, whether he knows them or not”. For more see: Ryle, H. R. The notion of consciousness / translated from English, Moscow, 1999. P. 50. In fact, Kantorowicz wrote about the same thing, noting that any Duty, i.e. an injunction in the form of a “will to do or urge to do”, is predetermined by this will based on the needs of the Being.

³²⁶ Kantorowicz H. Der Begriff des Rechts / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 46.

conclusion about the “living”, mobile character of the system, by this thesis clearly imitating E. Ehrlich’s idea of a “living” law, Kantorowicz adds that “organic” growth has no place in the “four corners of traditional syllogistic logic”³²⁷. Consequently, it is impossible to imagine a situation in which in fact the gaps in law will be finally filled, for “the gaps in law are almost as many as the words”³²⁸.

– The necessity of having such a system is due to human nature, since “as rational beings – consciously or unconsciously – we feel obliged to rationalise the rules we recognise, freeing them from contradictions and gaps”³²⁹, bringing them together into a single, coherent and complete system, so that “we may treat the same things alike, treat what is equal alike, for that is the essence of justice”^{330,331}.

In fact, it is precisely this kind of mutual adaptation, Kantorowicz believes, that is and always has been practiced in any theological or legal dogmatics. Although Kantorowicz stresses his reluctance to distinguish dogma from the general series of orders and precepts, at the same time he relates those theoretical models which are built on the idea of some absolute source of legitimacy for the entire system of law, expressed either in an order or a precept (mainly, of course, citing the example of H. Kelzen’s Grundnorm), with its self-sufficient and self-sustaining system of legitimacy supposedly based not so much on orders and injunctions as on dogmas.

It is noted that the error of the first models is the inevitable question of the absoluteness of such norms (norm-prescriptive or norm-prescriptive), the answer to which would be: “[...] in the end it must be admitted that the whole system of law was built on the will of the original usurper of power, which became the original norm”³³². The nature of a self-sufficient system, however, which relies on itself for its validity, excludes the possibility that it is based on an extraneous rule. The

³²⁷ Kantorowicz H. *Der Begriff des Rechts* / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 46.

³²⁸ Flavius G. *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* [Electronic resource]. Heidelberg, 1906. S. 15. URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (accessed March 2023).

³²⁹ Kantorowicz H. *Der Begriff des Rechts* / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 47.

³³⁰ *Ibid.*

³³¹ Thereby foreshadowing H. Hart's famous formula “Treat the same cases the same way, and different cases differently”. For more see: Kulikova M.S. Justice of judgment within the framework of sociological approach to law: from the history of legal thought // *Eurasian Law Journal*. 2022. № 5. P. 92.

³³² Kantorowicz H. *Der Begriff des Rechts* / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 46-47.

adaptation of norms to one another within such a system and the inevitable formation of dogmas is based on human nature itself (i.e. a real rather than theoretical and metaphysical basis), reflected in the evolutionary development of civilisations and consisting in the desire to establish a safe and just life in society, treating one another as equals.

However, it is worth noting that the division into orders, precepts and dogmas should not be understood as an exhaustive classification of rules in the sense that any rule must belong to only one of the three types or only one of them, rather than two or three at once, because in life both the first and second situations are possible: “It may happen that a rule is not based on any of the three grounds, being both obsolete (*meaning that the authority of the sovereign has long been missing - M.K.*), unfair (*in this case what is meant is the absence of the moral authority of the law - M.K.*) and isolated (*the rule is not part of the general system - M.K.*), such as the rules of jousting which became so in English procedural law in the early 19th century. On the other hand, rules can often belong to all three classes simultaneously, e.g. the Ten Commandments are regarded by those who recognise them as rules of conduct, as the will of a Supreme Authority, as morally right prescriptions and as a body of rules consistent in themselves (or seemingly consistent through interpretation)³³³. [...] The rules derive their validity from their harmony (systematicity) with the whole system of other religious and ethical rules together with the basic commandment: “Believe in the truth of what is contained in Holy Scripture as the revealed Word of God”³³⁴.

³³³ A minor criticism of the possible contradiction in Kantorowicz’s assertions is admissible here. As we have seen earlier in the analogy with bones, which “cannot belong to a man and a woman at the same time”, Kantorowicz denied the possibility of attributing a rule to both morality (internal behaviour) and law (external behaviour) at the same time. In his classification of “external rules of behaviour” he considers the example of the Ten Commandments which, and with this few would argue, are regarded as moral precepts for any believer. At the same time, it may be assumed that there is no contradiction after all. Kantorowicz does not equate “morality” (internal behaviour) with “moral precepts” (rules of external behaviour). Therefore the implementation of the Ten Commandments could, in his view, be implemented in a way that is both moral and legal at the same time.

³³⁴ Kantorowicz H. *Der Begriff des Rechts* / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 48-49.

Chapter III. The concept of judicial methodology

§ 1. Six types of law. Formal and Free law

Kantorowicz distinguishes three main types of social rules depending on the basis of their validity: order, precept and dogma. Taking into account the division of all sciences by subject, we can correlate the distinguished rules as objects belonging to a particular science in the following way: orders as ideal phenomena exist in the form of semantic images (Sinngebilde Bedeutungen/Meanings) and relate to reality as the objectively existing text of law (coming from the sovereign), regulations are ideal phenomena that are formed on the basis of values recognized by our conscience, and dogmas are consistent rules logically derived from orders and regulations³³⁵ and also ideal phenomena with objective meaning (are the objects of the science of meaning). Obviously, as in the above example of a conversation between a lawyer and his client, the manifestation of law can be observed in all the three planes (circulating in the same linguistic arena and involving different conceptualizations: the semantic (abstract), the value and the empirical). At the same time, in the classification proposed by Kantorowicz, preference is given to dogmas, which, in his opinion, are endowed with epistemic value due to their ability to connect the world of series of empirical objects and the world of values.

The content of law, according to Kantorowicz, can be either formal, i.e. having undergone and completed a certain process of formation, or “free, i.e. a law which has not yet completed its formation”³³⁶. Accordingly, as will be shown later, the

³³⁵ This phrase justifiably provides grounds for a critique of the possible “non-self” nature of dogma due to its co-dependence on orders and prescriptions, thereby conditioning the sciences of meaning on the sciences of reality and values. However, the category “meaning”, which Kantorowicz singles out in the world of sense images on a par with “magnitude”, is recognised, although immeasurable, as having causes and temporal qualities (See P. 50). “Co-dependence” seems to be expressed in the influence of the reality and value sciences on the content of the “causes and temporal qualities” of dogma. This influence is natural by virtue of, as indicated above, the complementary property of the legal system as such. Thus, one can conclude that not only orders and injunctions influence dogmas (which is undoubtedly due to their secondary in relation to other external rules of origin), but also that dogmas, by becoming external rules of conduct, influence orders and injunctions. For example, there are known cases where jurisprudence has subsequently influenced legislative reforms.

³³⁶ Kantorowicz H. U., Patterson E. W. Legal Science - A Summary of Its Methodology [Electronic resource]/ H.U. Kantorowicz// Columbia Law Review Association, 1928. Vol. 28, №. 6. P. 692. URL: https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents (дата обращения: 11.03.2023).

distinction between two forms of formal law and four forms of free law is the basis on which Kantorowicz further builds his judicial methodology.

In both cases (both formal and free law) it can be recognised as either explicit (express), explicit law (gesetztes Recht), i.e. a rule that has been explicitly established as law, or implicit, implicit law, i.e. a rule that is recognised as law by subsequent actions (concludente Handlungen). Patterson, drawing a parallel between this classification and the closest and even similar-sounding old classification which divides law into “written” and “unwritten” which can be “misleading”, notes that the distinguished categories cannot be designated as synonymous because, for example, case law would be classified as “explicit” law, although according to the old distinction it would be regarded as “unwritten” law³³⁷.

1. The category of *formal explicit law* should include three types of sources: 1) Laws (statutes) adopted by the formal legislature; 2) Ordinances, orders, statutes, etc., i.e. by-laws created based on delegated legislative powers of the executive; 3) Case law, or law created by the courts³³⁸. Accordingly, the criterion for differentiating these types of law is the principle of separation of powers: each branch of government is assigned a specific form of explicit formal law. This form of law is characteristic, for example, of the Anglo-Saxon family of jurisprudence, within which sometimes, erroneously, the precedential power of the judiciary is not regarded as “explicit” but rather as “implicit” law³³⁹, that is, law that still requires separate action for the rule to be recognised as legal. This approach is characteristic of some legal scholars in the Romano-Germanic legal family who recognise the law-making function of the judiciary.

2. *Formal implicit law* is, as Kantorowicz writes, legal custom in its most familiar sense³⁴⁰. The process of formation or integration of formal implicit law varies according to its various forms and the positive law of the State concerned.

³³⁷ Kantorowicz H. U., Patterson E. W. Legal Science - A Summary of Its Methodology [Electronic resource]/ H.U. Kantorowicz// Columbia Law Review Association, 1928. Vol. 28, №. 6. P. 692. URL: https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents (accessed March 2023).

³³⁸ Ibid.

³³⁹ Ibid.

³⁴⁰ Ibid.

However, the distinguishing characteristic of custom from other subsequent types of law is the presence in it of *opinio juris*, i.e. the certainty that the rule in question applies in court. Such a rule, as Kantorowicz writes, is never a purely public practice of application, it is always determined and developed by judges, notaries or other professional participants of the legal community³⁴¹. Thus, establishing this criterion as a condition for recognising custom as a formal implicit rule.

The task of finding examples of established customs (*inveterata consuetudo*) with this characteristic (*opinio juris*), which are recognised by judges “as a rule”, without them being explicitly declared by law or judicial decision (formal explicit law), is rather difficult. Especially, according to Kantorowicz, the category of formal implicit law is rather small in scope but not in content, since such rules, although never explicitly declared to be a legal rule, but at the same time “no judge would refuse to apply them to the case at hand”³⁴². However, Kantorowicz classifies “business customs” as “nascent implicit law”, as will be discussed further below, except where lawyers and judges turn them into *inveterata consuetudo*.

Anticipating a possible question, it should be noted that the difference between an explicit formal right created by judges and an implicit formal right is that in the former case a single formal (formal) decision on recognition, i.e. a decision of a higher authority, is sufficient, whereas the latter type of right is formed from a series of actions or decisions taken over a certain long period.

It is also fair to note the difficulty of the criterion of “the completion of the process of forming a rule which is, however, recognised as a right only by subsequent actions”, which underlies the distinction between a formal implicit rule and a free right. At the same time, it looks possible. Thus, a formal implicit right acquires “completeness” in the process of its gradual consolidation, for example, in jurisprudence. However, let us agree with the objection that it will not be possible to say definitively whether the reference to a custom in two or three judicial decisions

³⁴¹ Kantorowicz H. U., Patterson E. W. *Legal Science - A Summary of Its Methodology* [Electronic resource]/ H.U. Kantorowicz// Columbia Law Review Association, 1928. Vol. 28, №. 6. P. 693. URL: https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents (accessed March 2023).

³⁴² *Ibid.*

will be sufficient to unambiguously answer the question whether the custom is already a formal implicit right or whether it is still an incipient implicit right.

The categorisation of free law, due to its “informal” nature as well as its key role in filling gaps, is more detailed than that of formal law.

Free law is divided into two other types (apart from explicit and implicit): nascent and desired.

An nascent law is one that would become a formal law if it had gone through and completed its formation process, i.e. if it is not formally (following a formal procedure) defined. A desired law is one that is applied by those who would wish it to become a formal law (e.g. a judge, lawyers and commentators, i.e. those whose opinions are considered authoritative by judges). Thus, the criterion for differentiating between types of law could be whether or not there are objective conditions or a subjective desire to recognise such a rule as a formal right. Both forms can still be either explicit or implicit law.

3. Thus, a *free nascent explicit law* includes:

3.1. Rules which, as can be inferred from the preparatory stages of their formation (legislative initiative, motivation, debate, etc.), may soon become formal explicit law (e.g. draft laws)³⁴³. It is worth noting separately that Kantorowicz includes in this category not only the draft laws themselves, but also the accompanying notes which give the reasons for the adoption of specific provisions (“For example, the motives for the German Civil Code took 40 volumes”³⁴⁴), as well as, for example, transcripts of meetings at which the content of the said draft was discussed.

The question becomes relevant whether it is appropriate to use motives to reveal the true will of the legislator when interpreting a statute, i.e. the question of *ex tunc* interpretation or *ex nunc*.

³⁴³ Kantorowicz H. U., Patterson E. W. Legal Science - A Summary of Its Methodology [Electronic resource]/ H.U. Kantorowicz// Columbia Law Review Association, 1928. Vol. 28, №. 6. P. 694-695. URL: https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents (дата обращения: 11.03.2023).

³⁴⁴ Ibid. 694.

It turns out that the position of statutory interpretation taking into account the informal position of the legislator is manifested in two, in our view, contradictory approaches: the first is based on the idea that documents containing “motives must be burnt because the law must not be interpreted using informal materials”³⁴⁵; the second maintains that motives and legislative debates must be regarded as authoritative and necessary sources of interpretation. Kantorowicz tried to find a consensus between such positions by suggesting the following course of conduct: 1) where legislative debates clearly answer the question of how the legislators would have resolved the dispute if the case been brought to their attention, the judge should decide accordingly, guided by their position; 2) otherwise the judge should not feel obliged to follow even the more likely intention if the legislators expressed conflicting views within the debate³⁴⁶.

If a decision has to be made as to which intentions guide the first course of conduct – those which were laid down at the time the legal provisions were considered or those which would guide the legislature now, the choice must, according to Kantorowicz, be made in favour of the second. Thus, for example, it is pointed out that the German law prescribing the requirements for the selection of judges, adopted in 1879, clearly did not exclude women, i.e. there was a gap: “At that time and up until the German Revolution, however, women would certainly have been excluded if this had been the case, hence it would then have been the right “interpretation” of the law. However, after the Revolution the legislature would have declared women eligible (because of suffrage laws and general approval of equality between the sexes), hence the interpretation today would be different”³⁴⁷. Patterson, who found a similar example in the Anglo-American legal family³⁴⁸, only confirms

³⁴⁵ Kantorowicz H. U., Patterson E. W. *Legal Science - A Summary of Its Methodology* [Electronic resource]/ H.U. Kantorowicz// Columbia Law Review Association, 1928. Vol. 28, №. 6. P. 694. URL: https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents (accessed March 2023).

³⁴⁶ Ibid.

³⁴⁷ Ibid.

³⁴⁸ “A similar problem was raised in the United States after the passage of the Nineteenth Amendment, namely when trying to answer the question ‘are women allowed on juries?’. An Iowa court interpreted the phrase ‘all qualified voters... are competent jurors’ as meaning that women are eligible to be jurors, although the Legislature clearly intended otherwise when the jury law was enacted”. Cited from: Kantorowicz H. U., Patterson E. W. Ibid.

the universality of the proposed dispute resolution methodology and summarises: “Of course this case does not set out Professor Kantorowicz’s theory, but it realises the progressive or flexible intention of the legislator, assuming that ‘qualified voters’ means ‘as now defined or to be defined at a later date’”³⁴⁹.

3.2 A second sub-species of apparent incipient free law is laws that have been published but have not yet entered into force and yet are instantly the subject of comment and debate. An example is the situation of the German Civil Code, adopted on 18 August 1896, which immediately influenced jurisprudence, even before its entry into force on 1 January 1900³⁵⁰.

4. *Free desired explicit law* includes:

4.1 Rules which are a presumption as to what the legislator would decide if he were to hear the dispute in question. For example, such a rule is provided for in the text of the famous Article 1 (A) of the Swiss Civil Code 1907, which expressly states³⁵¹ that the judge must decide the dispute as if he himself were the legislator, if neither the Code nor the common law contains such a provision³⁵². In doing so, the judge needs to take into account the "essence" of the legislator. Thus, if the judge does not agree with the legislator’s implemented policy, he should still consider the legislator’s position (“as it might have been”) rather than his own.

4.2 Those forms of interpretation which “pretend to be mere declarations of law but, as is almost always the case, cannot be strictly derived from it and are in

³⁴⁹ Kantorowicz H. U., Patterson E. W. Legal Science - A Summary of Its Methodology [Electronic resource]/ H.U. Kantorowicz// Columbia Law Review Association, 1928. Vol. 28, №. 6. P. 694. URL: https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents (accessed March 2023).

³⁵⁰ Ibid. P. 695.

³⁵¹ It would be interesting to cite the entire text of the above article, since in a rather concise and simplified form it generally corresponds ideologically to the Kantorowicz methodology in question: “A. Application of law. P. 1: ‘The law applies to all questions of law in respect of which it contains a provision by virtue of its formulation or interpretation’; P. 2: ‘If no rule can be deduced from the law, the court shall decide in accordance with the common law, or, if there is no such rule, in accordance with the rule it would have laid down as a legislator’; P. 3: ‘It follows the proven doctrines and traditions (Überlieferung)’”. See: Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907. Stand am 1. Januar 2021 [Electronic resource] URL: https://www.gesetze.ch/sr/210/210_000.htm (accessed March 2023).

³⁵² Kantorowicz H. U., Patterson E. W. Legal Science - A Summary of Its Methodology [Electronic resource]/ H.U. Kantorowicz// Columbia Law Review Association, 1928. №. 6, Vol. 28 P. 695. URL: https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents (accessed March 2023).

fact nothing more than the law as the interpreter wishes it to be”³⁵³. What is meant here is mainly unofficial comments, which have an authoritative value if their author is respected by the professional community. However, in a situation where two or more recognised jurists give different interpretations, it is permissible to accept their positions as equal (equally possible), rather than to justify the truth of only one of them³⁵⁴.

5. *Free nascent implicit law* includes:

5.1. rules implicit in business practices and other customs that have either not yet managed to become custom *inveterata consuetudo* or still lack an *opinio juris* (in the sense of an obscure formal right) and have only just begun to emerge from a corpus of social customs (such as rules of decency or habits)³⁵⁵. In parsing the notion of “modern business practices”, Kantorowicz noted that they may be “nascent implicit law”, but if they are recognised by judges and lawyers as “well established (*inveterata consuetudo*) and suitable for judicial application (*opinio juris*)”, they will become ‘formal implicit law’.

5.2. Rules on categories of indefinite content to which an act of formal express law refers if it refers, for example, to “good morals”, “good faith and trust”, etc. These concepts are recognised as pure abstractions (*Blankettbegriffe*, i.e. blanket terms) which cannot be applied until they have been filled in by substantive rules, i.e. the application of such “rules” is only possible after overcoming their vagueness, which is possible by filling them in with the content that is given by more defined rules. As an example, Kantorowicz cites the case of the German courts, which after the inflation that followed the World War, first decided cases according to the “mark is mark” principle, but later they formulated a new rule, according to which if

³⁵³ Kantorowicz H. U., Patterson E. W. *Legal Science - A Summary of Its Methodology* [Electronic resource]/ H.U. Kantorowicz// Columbia Law Review Association, 1928. №. 6, Vol. 28 P. 695. URL: https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents (accessed March 2023).

³⁵⁴ It is worth noting the rather subjective nature of the rules under “free expressive law”. Thus, the wording “as if he himself were a legislator” or authority in the legal community is rather vague. However, it is worth assuming that all these types of law (the further they are from formal expressive law) constitute more of a “vector” in the direction of which the judiciary is advised to frame and limit its thinking when making a decision.

³⁵⁵ Kantorowicz H. U., Patterson E. W. *Legal Science - A Summary of Its Methodology* [Electronic resource]/ H.U. Kantorowicz// Columbia Law Review Association, 1928. Vol. 28, №. 6. P. 696. URL: https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents (accessed March 2023).

depreciated money is practically worth less, the debtor cannot “in good faith and with confidence” (this phrase was contained in the law) pay his debt with such money, but must pay an additional twenty to thirty percent of the original mark value³⁵⁶. In fact, it appears that such undefined notions act as independent “gaps” in Kantorowicz’s work, which are filled in accordance with the present methodology, i.e. the search for content begins again with “formal explicit right”, as will be discussed in more detail later.

Such an opinion is consonant with the position of Justice Holmes who held that every judicial decision that the content of certain concepts such as “prima facie negligence” can be filled by a jury opinion: “When a case arises in which a standard of conduct, perfectly plain and simple, is brought before a jury, the explanation is obvious. The point is that the court, lacking a clear idea of the public policy applicable to the matter, deduces the rule to be applied from everyday experience; this is how much of the law of torts has, by all accounts, been deduced. But the court also considers that it does not itself have sufficient practical experience to reasonably formulate the rule. He believes that the twelve men selected from the community can assist him in making his decision. He therefore helps himself in his decision by taking into account the opinion of the jury”³⁵⁷.

5.3. Closely related (i.e. also abstract concepts) rules implicit in their content to a certain extent, such as “excessive speed”, “undue influence”, “moderate correction of the child”, etc. Kantorowicz cites the following example from case law: a German court heard a case in which a father locked his minor son, who had committed a theft, in the cellar and kept him there for 14 days. The court ruled that this was not “moderate correction of the child”. As Kantorowicz points out, this decision can only be logically justified by assuming some such rule as “14 days in

³⁵⁶ Kantorowicz H. U., Patterson E. W. *Legal Science - A Summary of Its Methodology* [Electronic resource]/ H.U. Kantorowicz// Columbia Law Review Association, 1928. Vol. 28, №. 6. P. 696. URL: https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents (accessed March 2023).

³⁵⁷ Holmes O.W. *The Common Law* [Electronic resource] / ed. by P. J. S. Pereira, D. M. Beltra. Toronto, 2011. P.110. URL: <http://www.general-intelligence.com/library/commonlaw.pdf> (accessed March 2023).

the basement are not a moderate punishment for a son who steals”. Although the court did not derive such a rule, it indirectly had it in mind³⁵⁸.

6. *Free desired implicit law* includes:

6.1. A different kind of interpretation (from free desired explicit law), namely those interpretations which the interpreting jurist wishes to make formal implicit law through an argument – an appeal to jurisprudence³⁵⁹. Even though the overt desire to make these texts the practice of lawyers and judges is highlighted as the main characteristic of such interpretation, it still seems possible to complement it by drawing attention to the overtness of this desire. Compared to "free desired explicit law", which is based on the idea of revealing the "objective meaning of the law", "free desired implicit law" explicitly recognises its subjective nature.

6.2. The rule on which judicial precedent is based in civil law³⁶⁰. Thus, in making a decision, the judge expresses the will that other courts should follow his decision ("although he cannot force them to do so") and thus such a rule may gradually turn into a formal implicit law (judicial custom). Patterson comments on this example, referring to common law jurists: "Such an example is given by Kantorowicz, since in continental law judicial precedent is not a binding source of law but only a 'persuasive authority'", a parallel within common law countries could be drawn with the scientific texts of judges³⁶¹.

6.3. Quantification rules, for example, an offender is given a criminal sentence between a set maximum and minimum penalty. In essence, within the latter subspecies Kantorowicz speaks of judicial discretion. He justifiably views the judicial discretion related to sentencing separately from the judicial discretion that is resorted to in filling in the content of abstract categories because such decisions

³⁵⁸ Kantorowicz H. U., Patterson E. W. Legal Science - A Summary of Its Methodology [Electronic resource]/ H.U. Kantorowicz// Columbia Law Review Association, 1928. Vol. 28, №. 6. P. 697. URL: https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents (дата обращения: 11.03.2023).

³⁵⁹ Ibid.

³⁶⁰ Note that in this case the notion of "judicial precedent" is understood in a broad sense.

³⁶¹ Kantorowicz H. U., Patterson E. W. Legal Science - A Summary of Its Methodology [Electronic resource]/ H.U. Kantorowicz// Columbia Law Review Association, 1928. Vol. 28, №. 6. P. 697. URL: https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents (accessed March 2023).

(sentencing) are made in accordance with the rules of quantification, i.e. are based either on logic or on psychology (intuition). Kantorowicz himself admits that such rules may not be explicit (but he does not speak directly about making a decision based on intuition), but he also points out that there are rules that limit this kind of freedom of the judge, for example the rule that a harsher punishment cannot be imposed on someone of a certain nationality or political opinion³⁶².

All these six forms of law are determined by the necessity to have rules (norms) to resolve any conceivable case which, due to the incompleteness of the existing formal law, would be impossible to resolve if the rules of free law could not be applied³⁶³. All forms of law are also necessary to solve the problem that arises because, on the one hand, one cannot “fairly deny”³⁶⁴, that very often, and especially in Anglo-Saxon countries, judges create a new formal law and that, on the other hand, one cannot accept the opinion that the case before the judgement was not governed by any law at all or by a contradictory formal law. This problem can be solved by accepting that such situations would be resolved on the basis of free law, namely that the judge create a formal express right “not on a whim”³⁶⁵, but according to a certain methodology of application of free law, because for every rule in most cases there is already a rule or a ready-made solution in free law, if no such solution exists in formal law. Thus, Kantorowicz's legal doctrine allows us to overcome the objection of judicial arbitrariness: if a dispute is not resolved on the basis of formal law, it is resolved by the application of free law. As a consequence, it must be recognised that Kantorowicz's classification effectively describes the workings of the judiciary and is therefore justified from a conceptually pragmatic perspective.

³⁶² Kantorowicz H. U., Patterson E. W. *Legal Science - A Summary of Its Methodology* [Electronic resource]/ H.U. Kantorowicz// Columbia Law Review Association, 1928. Vol. 28, №. 6. P. 697. URL: https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents (accessed March 2023).

³⁶³ Ibid. P. 698.

³⁶⁴ Ibid.

³⁶⁵ Ibid. P. 699.

§ 2. *The method of free law searching*

The first question to ask is whether all six categories need to be allocated: why do these particular rules deserve to be recognised as a “right”? Why only them? According to Kantorowicz, as far as can be seen, in fact the answer would be only one, justifying their allocation and thus rejecting the other categories.

Kantorowicz distinguished practical and methodological grounds for the classification he proposed. One of the practical grounds was the extension of the subject matter to the appellate court.

According to methodologic, he allocates: 1) the unity of legal science, requiring a broader definition of law than that hitherto accepted by the courts, so that the methods and concepts of canon law (“largely identical with those of state official law”³⁶⁶) will have reason to justify the decision; 2) if the broader conceptions of law are accepted by legal science, then surely students of free law in all its manifestations will become much more qualified professionals, which will prepare a new corps of judges and legal practitioners in the future, since at present “practice lacks not only research tools but also a rational theory that integrates such research with the concept of “law”³⁶⁷; 3) every judicial decision. Otherwise the question will be raised whether such a decision can be recognised as “law”. Accordingly to this logic, the gaps that inevitably surround formal law can also only be filled by law (it is precisely because of this approach that all courts are said to follow that they are only concerned with the practice of the law, no matter how many different versions of “the legislator’s intentions”³⁶⁸ they may eventually identify). Consequently, if all rules pertaining to types of free law are recognised as “law”, this methodological objection becomes meaningless.

Why does Kantorowicz consider certain rules to be sufficient for inclusion in the concept of “law”? Why does he reject, for example, the realist approach,

³⁶⁶ Kantorowicz H. U., Patterson E. W. *Legal Science - A Summary of Its Methodology* [Electronic resource]/ H.U. Kantorowicz// Columbia Law Review Association, 1928. Vol. 28, №. 6. P. 699. URL: https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents (accessed March 2023).

³⁶⁷ *Ibid.* P. 698.

³⁶⁸ *Ibid.*

according to which the judge's mood³⁶⁹ or “what he had for lunch”³⁷⁰ should be taken into account? This question is not answered directly by Kantorowicz. However, it would be possible to suggest several arguments that are relevant to his concept within the reconstruction of his ideas.

Firstly, referring to Kantorowicz's definition of law, it can be argued that emotion is not considered by him as a source equivalent to law, although it is acknowledged that mood can influence the judge in making a methodological decision. At the same time, in his reflections on such a possible source of law as the psyche, Kantorowicz came to the conclusion that if we accept the existence of law only in the psyche (i.e. consciousness), then we should also agree that in its absence, law should also disappear. Accordingly, the norms of law may exist in the consciousness of two individuals or the entire society, but “at 3 a.m. few people think about the norms of law, but they are not suspended or weakened at that time”³⁷¹; we should also add that in conditions of ignorance of the law a person may act lawfully, only following the actions of other members of society, but we cannot say that at that moment the law is not effective, because in case of its violation (even in case of ignorance) the person will be subject to sanctions. Kantorowicz also notes that mental phenomena are constantly changing, whereas the law remains unchanged: we can assume that courts interpret the law to apply it to “new” facts, but in this case it is worth recognising that we have a “new” rule of law and not a “changed” old one³⁷². However, this justification seems highly debatable given the degree of popularity at the time of Stammler’s concept of natural law with changing content.

³⁶⁹ Thus, G.E. Adygezalova writes: “J. Frank debunked the myth of the judge-half-god by proving that judges are ordinary people. Their special traits, predispositions, prejudices and habits have a direct impact on their legal activities”. For more see: Adygezalova G. E. Sociological jurisprudence in the USA in the twentieth century: doctrine formation, development and improvement of the legal order: dissertation ... Doctor of Law: 12.00.01. Krasnodar, 2017. P. 58.

³⁷⁰ Danziger S., Levav J., Avnaim-Pesso L. Extraneous factors in judicial decisions [Electronic resource] // PROCEEDINGS OF THE NATIONAL ACADEMY OF SCIENCES. 2011. Vol. 108. №. 17. URL: <https://www.pnas.org/doi/full/10.1073/pnas.1018033108> (accessed March 2023).

³⁷¹ Kantorowicz H. U., Patterson E. W. Legal Science - A Summary of Its Methodology [Electronic resource]/ H.U. Kantorowicz// Columbia Law Review Association, 1928. Vol. 28, №. 6. P. 688. URL: https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents (accessed March 2023).

³⁷² Ibid.

Secondly, the unifying criterion for the variety of rules that are included in formal and free law cited is not only the properties noted in the definition of law, but also the extent to which these rules are elaborated by professional participants in the community (whether by legal commentaries or court decisions). In other words, Kantorowicz limits the discussion to the “objective meaning” of law, excluding realist and irrational factors influencing the decision (e.g. class prejudice, political views, judge fatigue, etc.). He thus allows the status of “law” to be assigned only to those rules that encapsulate a conscious and thorough work of thought rather than emotion, as some realists insisted.

Thirdly, given that Kantorowicz had high expectations of the judiciary and at the same time was aware of the risks of judicial arbitrariness, he believed that if the list of rules on the basis of which a judge could make a decision was extended, then the list should be kept closed.

For comparison with Kantorowicz's ideas, let us outline some alternative concepts. Let us touch upon only two key approaches, which Kantorowicz also writes about, calling them “formalistic” and “purposive”³⁷³. They have been identified on the basis of a parallel between two alternating theoretical approaches that opposed each other over a long history: the Glossators and the Post-Glossators; the Renaissance lawyers and supporters of Natural Law; representatives of the Historical School and supporters of the Free Law School. Kantorowicz emphasises the almost antagonistic differences between these two approaches, which can, in his view, be eradicated within the methodology he proposes.

The formalist, passive tendency (glossators, Renaissance lawyers, representatives of the historical school of law) is based on the theory of separation of powers: the judge seeks to know and apply the law as it has been historically developed. For this approach to be persuasive, the premise that formal law is a closed

³⁷³ Kantorowicz H. U., Patterson E. W. *Legal Science - A Summary of Its Methodology* [Electronic resource]/ H.U. Kantorowicz// Columbia Law Review Association, 1928. Vol. 28, №. 6. P. 699. URL: https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents (accessed March 2023).

system, free from gaps and contradictions (Geschlossenheitstheorie) is necessary. But the representatives of passive tendencies have never been satisfied with the simple provisions of the law, otherwise this would soon lead to rather absurd judicial decisions (if the text of the law were taken literally), and on the contrary, respecting the principles of the rule of law and the systemic nature of law, and holding to the belief in its impassability, would transform this provision through all kinds of forms and ways of interpretation³⁷⁴.

The purposive, productive tendency seeks to use law as a means to achieve the goal of governing life in its changing facts, accordingly rejecting or subjecting the separation of powers theory to relevance. This approach asserts the immanence of the lack of legality of formal law (Lückentheorie)³⁷⁵ because of the fluidity of life's circumstances directly affecting its application. However, "until the emergence of the Free Law School they did not have an adequate view of their own methodology and wished to regard their activities as purely scientific"³⁷⁶.

The methodology proposed by Kantorowicz, based on the distinction between formal and free law, correlates simultaneously with both of the previously discussed approaches: the formalist approach has formal law as its subject and the purposive one – free law³⁷⁷. Both concepts are based on the principle that a judge may not refuse to rule in the absence of a rule (Justizverweigerungsverbot) as well as on the principle of the rule of law. These principles are not waived by a judge applying free law either.

Questions of judicial methodology were addressed by Kantorowicz in his "The Battle for Legal Science" (1906) as well as in his "Introduction to Textual Criticism" (1921). In the early periods of his work, he allowed for the possibility of

³⁷⁴ Kantorowicz H. U., Patterson E. W. Legal Science - A Summary of Its Methodology [Electronic resource]/ H.U. Kantorowicz// Columbia Law Review Association, 1928. Vol. 28, №. 6. P. 701. URL: https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents (accessed March 2023).

³⁷⁵ Again, it should be noted that the assertion that law is permeable can also be found in some of the teachings of the formalist approach, but this generalisation was made for the convenience of comparison.

³⁷⁶ Kantorowicz H. U., Patterson E. W. Legal Science - A Summary of Its Methodology [Electronic resource]/ H.U. Kantorowicz// Columbia Law Review Association, 1928. Vol. 28, №. 6. P. 701. URL: https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents (дата обращения: 11.03.2023).

³⁷⁷ Ibid.

judges interpreting the law *contra legem*³⁷⁸. It is most likely that there was only an unfortunate choice of words, as Kantorowicz himself wrote to his friend Radbruch about, rather than the radically revolutionizing jurisprudence of the call for which both Kantorowicz and the movement as a whole were so fiercely criticized. If we consider the refined text of the Italian translation of the *Manifesto*³⁷⁹, it can be argued that Kantorowicz, while rejecting this idea, still did not allow a situation in which a judge could decide a dispute *contra legem*. The German jurist rejects this possibility because, in his view, every judicial decision is the conclusion of a syllogism, the main premise of which is the rule of law. It should be noted that the notion of syllogism should be understood in a broader sense than is customary. In the Kantorowicz position, traditional logical, philological and historical methods are completely unsuitable for the discovery and application of free law.

What did Kantorowicz mean by gaps? In the early period of his work he accepted the possibility of isolating from controversial cases one that no one, including judges, could solve. In doing so, he referred to the fact that “there is no theoretical or practical science that thinks it can ever [...] solve every conceivable problem”³⁸⁰. Kantorowicz referred to such cases as gaps in the law. As a criterion for distinguishing such situations, he identifies a contradiction in the nature of the concept. For example, to give a concrete content to an abstract meaning or to define a material equivalent to an intangible object, as the courts have to do when deciding on moral compensation for the victims in a criminal case of murder, essentially determining the value of human life. Kantorowicz did not deal in detail with the question of how judges should fill in the blanks in the *Manifesto*, keen to focus on the global ideas of the emerging free law movement.

For someone who “knows no law other than state law”³⁸¹, Kantorowicz's methodology may not seem entirely consistent. However, as Kantorowicz explains,

³⁷⁸ Although there was little support for this idea at the time, a little later E. Ehrlich also argued for the dominance of “living” community law over the “dead” book law.

³⁷⁹ See: Kantorowicz H.U. *La Lotta per la Scienza del Diritto*. Milano, Palermo, Napoli. 1908. pp. 40.

³⁸⁰ Flavius G. *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* [Electronic resource]. Heidelberg, 1906. S. 17 URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (accessed March 2023).

³⁸¹ Kantorowicz H. *Der Begriff des Rechts / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck*. Göttingen, 1963. S. 96.

“in reality, state law is the only one of many forms of law that exist in the state, and the contradictions between these forms are as inevitable as they are ineradicable”³⁸². He believed, however, that they could be tried to be leveled out by constructing a clear system of rules that would provide for their consistent application, ruling out the possibility of competition, since the rule from each successive category would only be applied when the rule from the previous, superior category failed to provide an answer to the question of how to resolve the dispute.

In this case it is necessary to mention a rather similar concept which is known to domestic doctrine as E. Ehrlich’s “finding of living law”. Undoubtedly, the approaches share many common bases. Both legal scholars proceeded from the intrinsic illegality of the law, the existence of “unformed” law by state authorities and the special role of the judge³⁸³ in filling gaps. At the same time, it seems necessary to trace the differences in their approaches in order to distinguish in more detail the search for “free law” and the finding of “living law”.

Thus Ehrlich recognised the need for a historical interpretation of obscure texts: “For the purpose of applying the law, the historical interpretation is, therefore, decisive”³⁸⁴. That is, he took the position of *ex tunc* interpretation. Whereas Kantorowicz believed that it is the task of legal historians to investigate the historical motives and reasons for the emergence of a particular law, while the task of legal practitioners and theorists is to grasp the meaning of the law that has significance and relevance for the present, i.e. he insisted on an *ex nunc*.

The issue of the content of non “formal”, “dead” law was also controversial. E. Ehrlich, the founder of the sociology of law, insisted on identification of the “living” law in social groups which, due to their existence, namely due to the interaction of members of communities with each other, confirmed the existence of

³⁸² Kantorowicz H. *Der Begriff des Rechts* / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 96.

³⁸³ Although there is already some divergence of opinion among legal scholars on this issue.

³⁸⁴ Ehrlich, E. *Judicial finding of law on the basis of a legal proposal / Foundation of sociology of law*. SPb., 2011. P. 542. Quoted in Antonov M.V. *Eugen Ehrlich: Living Law vs. Legal Pluralism? // Pravovedenie*. 2013. №1 (306). P. 177.

some rules of conduct not established by the state³⁸⁵. H. Kantorowicz also believed that there was a right that had not yet been translated into formal law, but he did not oppose “free law” to formal law. On the contrary, his classification of the forms of law is based on the criterion of the greatest formalisation and consolidation of the rules of conduct. Among the six types of law, only the most recent one provides for the absence of any regulation by social practice, i.e. judicial discretion, and he considers the social practice of “self-regulation” to be less significant than, for example, legal doctrine because of the lower degree of awareness and elaboration of the rules governing relations.

Finally, jurists have also approached the question of the significance of the role of the judge in different ways. For example, E. Ehrlich saw the true source of law in society, as evidenced by his famous phrase in the introduction to “Fundamental Principles of the Sociology of Law”³⁸⁶. He insisted that the court can only create a certain “legal decision”, the source of which, however, is a legal proposal emanating from society (“living law”)³⁸⁷. One may, therefore, assume that, according to E. Ehrlich, the judge only “finds”, but does not create law. Whereas H. Kantorowicz, on the contrary, already in his first work – Manifesto – insisted that the court is the key figure in the creation of law. This procedure is precisely what he reveals in the judicial methodology of the search for “free law”.

The universality of Kantorowicz’s methodology lies in the fact that it is not attached to any particular legal system, which allows it to be applied not only by continental law judges, but also by common law judges and in any litigation. Kantorowicz emphasises the greater practical importance of free law over formal

³⁸⁵ Ehrlich E. *Foundation of sociology of law* / translated from German. Ed. by V. G. Grafsky, I.I. Grevtsov. SPb., 2011. P. 98.

³⁸⁶ Ehrlich wrote: “The center of gravity of the development of law in our time, as in all times, lies not in legislation, not in jurisprudence and not in law enforcement, but in society itself”. See: Ehrlich E. *Foundation of sociology of law* / translated from German. Ed. by V. G. Grafsky, I.I. Grevtsov. SPb., 2011. P. 64.

³⁸⁷ Ehrlich noted: “Undoubtedly, the most important source of knowledge of living law these days has become legal documents. Among these documents, the most common today is the judgment, but not at all in the sense that we have used. The decision is interpreted not as evidence of living law, but as part of the legal literature, which is concerned not with ascertaining the true content of the legal relations under trial and the living law arising from them, but with verifying the acts of interpretation of laws and legal constructions already formulated”. See: Ehrlich E. *Foundation of sociology of law* / translated from German. Ed. by V. G. Grafsky, I.I. Grevtsov. SPb., 2011. P. 484.

law, but it proves, in his view, superfluous whenever a disputed case is directly resolved by formal law. Hence there is the very division of law into “formal” and “free” law. A dispute can only be resolved on the basis of formal law if the language or symbols are so definite that there can be no doubt in their application. For example, if it is a question of a law stipulating that persons under the age of twenty-one cannot vote in elections. However, such examples are uncommon and therefore the division of law into formal and free law is of practical importance in cases of vague concepts and constructions contained in rules.

Kantorowicz proposes two different approaches to judicial methodology, depending on the type of gap, namely substantive or textual, the criterion for the separation of which he recognises as the absence of either the norm itself or only an adequate textual expression of its purpose, which makes the provisions of the norm unclear³⁸⁸.

Thus, textual gaps are filled by the technique of “free interpretation”, which consists of a search for content corresponding to the purpose, and in the case of a material gap – by the technique of “free law search” (*freie Rechtsfindung*), which consists of a search for a norm.

Textual gaps (or “seeming gaps” according to Zitelmann³⁸⁹) are gaps, as has already been said, caused by the fact that the words used in the law are not as broad as the purpose of the statute. A simple example is the use of the word “man” where it is clear that discrimination is not permissible and accordingly such a concept includes (includes in the purpose of the statute) both men and women. Such a gap is illustrated by Jhering with his famous example of a sign in a railway waiting room “No dogs allowed” and a situation where one man brought a bear and claimed it was not forbidden by the rules.

³⁸⁸ Kantorowicz H. U., Patterson E. W. *Legal Science - A Summary of Its Methodology* [Electronic resource]/ H.U. Kantorowicz// Columbia Law Review Association. 1928. Vol. 28. №. 6. P. 701-704. URL: https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents (accessed March 2023).

³⁸⁹ Zitelmann E. Gaps in the law // *Russian Yearbook of Legal Theory*. 2010. № 3. P. 623.

“Free interpretation” is an interpretation that reveals the content of the law in a broader sense (including through the application of analogy) or in a narrower sense. Many German authors (e.g. Windscheid, Dernburg) distinguish between “broad interpretation” and “analogy”. However, Kantorowicz argues that, viewed logically, these procedures are one and the same, although there are differences: “a broad interpretation” always remains within the limits of what the legislator (historically) meant, which cannot be said of an “interpretation by analogy”. F. Geny wrote about this, although he distinguished between the process of interpretation as part of law enforcement and analogy as part of law-making. Austin also argued that the purpose of a “true” interpretation is to discover the intention with which the legislator created the law, while the interpretation by analogy (*ex ratione legis*) is a “spurious” interpretation, i.e. the process of judicial legislation³⁹⁰. A similar approach was taken by R. Pound³⁹¹.

Kantorowicz, while acknowledging that judges are engaged in law-making, insisted that this process should be unified and called for several rules to be adopted. Thus, the purpose of the law should not be identified: 1) with the subjective intentions of the legislator, the executor as well as the judge (as all forms of formal explicit law are concerned); however, many representatives of free law rejected this method of interpretation and preferred, on the contrary, a “subjective theory”, unrelated to the interests that are currently protected by law, that is, the actual requirements of individuals and social institutions; 2) nor with an abstract principle defining the relevant rule of law. For instance, the principle “*pacta sunt servanda*” may be an abstract principle underlying a rule or set of rules of contract law, but the purpose of these rules is not the application of this principle, but rather the desired social consequences of specific rules. Thus, the purpose of the law must be found in the current social consequences of the application of the rule insofar as they are desirable, i.e. insofar as they would justify the adoption of the rule today.

³⁹⁰ Austin J. Lectures on jurisprudence : or The philosophy of positive law [Electronic resource]. London, 1885. S. 294. URL: <https://archive.org/details/lecturesonjuris00campgoog/page/294/mode/2up> (accessed March 2023).

³⁹¹ Pound R. Spurious Interpretation [Electronic resource] // Columbia Law Review. Vol. VII. № 6. 1907. P. 379. URL: <https://archive.org/details/jstor-1109940/page/n1/mode/2up> (accessed March 2023).

Thus, “free interpretation” is divided, subject to the limitations suggested, into two stages:

– *the first stage of free interpretation* is the discovery of a rule of law that protects certain public interests;

– *the second stage of free interpretation* is to assess the social consequences of such protection, while paying attention not only to the direct actors of the conduct rule (e.g. employees or employers), but also to their family members, shareholders of the employing entities, customers, creditors and all other members of the social group.

To the objection that said “desirability” inevitably introduces a subjective character into the judge’s decision, Kantorowicz points out that the purpose derives: 1) from the study of social and economic data that tell us the actual effects of the rule; 2) from our own social philosophy (which includes social value judgments), which tells us through the voice of our moral conscience which of these effects is more desirable; 3) from the purposes of other positive law rules, which must all form a “teleological unity”³⁹².

It is worth accepting that a certain degree of subjectivity remains, but it should also be noted that such an approach has the greatest degree of objectivity compared to a method seeking the legislator's historical intent (“subjective method”) or a method based solely on the personal interests of the parties (“semi-subjective method”)³⁹³.

If such an approach is neglected by the court, the most common errors that result can be described as “disregard of purpose in favour of historical intent” or “disregard of purpose in favour of literal meaning”, which is “the opposite of free interpretation”.

For example, can lead to erroneous results:

³⁹² Kantorowicz H. U., Patterson E. W. Legal Science - A Summary of Its Methodology [Electronic resource]/ H.U. Kantorowicz// Columbia Law Review Association. 1928. Vol. 28. №. 6. P. 703. URL: https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents (accessed March 2023).

³⁹³ Ibid.

1. A mechanistic literal interpretation – an interpretation which does not even take into account the purpose.

For example, an Italian law provides that former soldiers wounded in war and their immediate family are not to be prosecuted for misconduct, including adultery. An Italian soldier who had lost both his legs (i.e. had been wounded) discovered that his wife had committed adultery and went to court. The court rejected his claim on the grounds that under the law a “close relative” cannot be prosecuted. In this case, Kantorowicz writes, the court ignored the obvious purpose of the law, which was to protect wounded soldiers and encourage patriotic service, while protecting relatives was only incidental to this purpose. “Here we have a ‘textual’ gap in the law, since the wording of the law does not correspond to its purpose”³⁹⁴.

2. Tendentious literal interpretation – an interpretation in which the interpreter pretends to base his interpretation on the letter of the law, but in reality either defines the purpose without recognising it, or excludes the true purpose by replacing it with another (*Zweckverschleiende*, i.e. a disguised purpose, and *Zweckverfälschende*, i.e. a substitute purpose). This interpretation, “*Zweckverfälschende*”, is in fact “cheating the law”³⁹⁵. But Kantorowicz does not condemn this approach because he believes that in bureaucratic systems where legislative changes are slow and infrequent, such an interpretation is necessary.

The substantive gaps are to be filled by various forms of free law, “the order of which is determined partly by positive rules (such as Article 1 of the Swiss Civil Code), partly by legal philosophy”³⁹⁶. The following sequence of rules is based on axiomatic postulates, the so-called “ideals of the form of law”: certainty, stability, equality, objectivity, consistency, precision and authority. Depending on how many characteristics are peculiar to a rule, the position of such a rule in the general

³⁹⁴ Kantorowicz H. U., Patterson E. W. *Legal Science - A Summary of Its Methodology* [Electronic resource]/ H.U. Kantorowicz// Columbia Law Review Association. 1928. Vol. 28. №. 6. P. 702. URL: https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents (accessed March 2023).

³⁹⁵ *Ibid.* P. 703-704.

³⁹⁶ *Ibid.* P. 704.

methodological hierarchy will be determined. For example, Kantorowicz recognises that business practice may be more important sociologically than the opinions of authoritative commentators, but he favours the latter because of their greater certainty, accuracy, authority, etc. Formal law therefore takes precedence over free law; among the forms of the latter, nascent law takes precedence over desired law; and within these two groups, explicit law takes precedence over implicit law. The result is a six-stage hierarchy of rules, in which the subsequent type of rule applies only when the previous, higher one has failed to fill the gaps. In this respect, Kantorowicz believes that Article 1 of the Swiss Civil Code is too radical, because the rule requires that if the solution to a dispute is not in law or custom (in formal explicit or implicit law/free emerging implicit law, i.e. in the first and second/fifth stages), the judge should create the rule that the legislator would have thought to create if faced with such a task (i.e. explicit desired free law, applicable only in the fourth stage). Moreover, Kantorowicz insisted that the criterion for creating such a rule should be precisely the requirement that the legislator should have created the rule, rather than what the judge personally prefers and passes off as the “will of the legislator”. The scholar thus argues that the article 1 of the Swiss Civil Code in question has led to contradictory decisions in the various cantons of the country. Thus, in some cantons the judges are socialists, and, “understanding that they cannot obtain socialism by direct legislation, they are tempted to use Art. 1 to decide cases in accordance with socialist principles. This is erroneous, because as long as the majority of legislators are in favour of capitalist principles, and Swiss society is organised on that basis, then the judge, irrespective of his personal views, must decide in accordance with capitalist principles”³⁹⁷.

The difference between the proposed methodology and jurisprudence, according to Kantorowicz, is clearly evident in the fact that the courts resort to judicial discretion when necessary to fill a gap, whereas according to Kantorowicz's

³⁹⁷ Kantorowicz H. U., Patterson E. W. *Legal Science - A Summary of Its Methodology* [Electronic resource]/ H.U. Kantorowicz// Columbia Law Review Association. 1928. Vol. 28. №. 6. P. 695. URL: https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents (accessed March 2023).

methodology formal law and free law are at different levels and applied consistently without competing with each other.

Kantorowicz refers to the process of searching for free law as the formation and application of free law. The German jurist admits that in the search for a free law there may be several alternative versions of the content of the rules. In this case, in forming the rules, the corpus of alternatives should only be formed from those that are philologically and legally compatible with the language of the law and the legal system. When applying, only the one which seems to be most compatible with the purpose of the law should be chosen from the range of possible contents. To the potential objection that such a theory is subjective, Kantorowicz writes that the requirement of a systematic enumeration of all possible content options is a more objective way than the “one correct” theory of interpretation³⁹⁸.

It is also worth noting that Kantorowicz’s approach conceptually echoes R. Dworkin’s theory of weighing principles of law, which also suggested that, depending on the dispute in question, one should choose the principle of law that “outweighs” it, recognizing that each principle is of equal legal force. However, it is difficult to trace a clear continuity in the correlation of ideas over an entire historical period. Thus, one can only assume that Kantorowicz’s methodology, if not directly, then at least indirectly, raised the issue of judicial procedure in filling gaps for subsequent generations of lawyers.

Also the ideas given earlier, for ease of understanding, can be expressed schematically in the table proposed below:

<i>The method of “free” interpretation:</i> 1. Establishing the public interest protected by law; 2. Establishing the social consequences of a decision	<i>1. Formal explicit law</i>
	1.1 Laws (statutes) passed by the formal legislature; 1.2 Ordinances, orders, statutes, etc., i.e. subordinate legislation created by the delegated legislative powers of the executive; 1.3. Case law or law created by the courts.

³⁹⁸ Kantorowicz H. U., Patterson E. W. Legal Science - A Summary of Its Methodology [Electronic resource]/ H.U. Kantorowicz// Columbia Law Review Association. 1928. Vol. 28. №. 6. P. 705. URL: https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents (accessed March 2023).

	<p>2. Formal implicit law</p> <p>Norms of customary law, which are not strictly a public practice of application, but always still determined and developed by judges, notaries or other professional participants of the legal community (such rules are always inherent in opinio juris).</p>
<p>The method of search of “free law”</p>	<p>3. Free explicit nascent law</p> <p>3.1 Rules which can be inferred from the preparatory stages of their formation (legislative initiative, motivation, debate, etc.) may soon become formal explicit law (e.g. bills)</p> <p>1) where legislative debates explicitly answer the question of how the legislators would have resolved the dispute if the case had been brought to their attention, the judge must decide accordingly, guided by their position;</p> <p>2) but the judge should not feel obliged to follow even the more likely intention if the legislators have expressed conflicting views in the debate.</p> <p>3.2 Laws that have been published but have not yet entered into force.</p> <p>4. Free implicit nascent law</p> <p>4.1 Rules implicit in business practices and other customs which have either not yet managed to become custom in ineterata consuetudo (para. 2), or still lack an opinio juris, and have only just begun to emerge from a body of social customs (such as rules of propriety or custom).</p> <p>4.2 Rules referred to by an act of formal explicit law if they refer to categories of indefinite content, e.g. “good morals”, “good faith and trust”, etc.</p>

	<p>4.3 Closely related (i.e. also abstract concepts) rules which imply a degree of content, such as “speeding”, “undue influence”, “moderate correction of a child”, etc.</p>
	<p>5. <i>Free explicit desired law</i></p>
	<p>5.1 Rules which are a suggestion of the kind of decision the legislator would make, assuming he were to consider the dispute in question.</p> <p>5.2 Informal commentary (an interpretation disguised as a declaration of law but which is in fact the position of the interpreter) which is authoritative.</p>
	<p>6. <i>Free implicit desired law</i></p>
	<p>6.1 A different kind of interpretation (other than that described in point 5.2), namely an interpretation that the interpreting jurist wishes to make a formal implicit right by reference to jurisprudence.</p> <p>6.2 A rule on which, in civil law, a judicial precedent is based and which the judge wishes other courts to follow ("though he cannot force them to do so") and thus such a rule may gradually become a formal implicit right</p> <p>6.3 Quantification rules (judicial discretion)</p>

§ 3. *The figure of the ideal judge*

Kantorowicz’s raising the question of the law-making role of the judge in the process meant an entirely new attitude towards judges. The personality of judges, their legal awareness, professionalism and civic qualities would now be seen as an essential guarantee of the stability of the rule of law. There is no other guarantee of justice, E. Ehrlich noted, than the personality of a judge. And E. Fuchs, also a supporter of free law, considered that the ideal judge is “judge-king”, intellectually

and morally outstanding person, who must first, within several years, also prove himself as an attorney³⁹⁹. For the representatives of the free law movement, the main concern was that justice should be administered only by outstanding, highly moral and experienced persons. This is why E. Fuchs insisted on the requirement that, as in the English model of justice, only those who had previously gained the respect of their colleagues through their many years of legal practice would be admitted to the judiciary. Practical experience is indispensable for the successful performance of judicial duties. Accordingly, legal education should become more practice-oriented^{400,401}.

Kantorowicz, like his associates, paid particular attention to identifying the qualities of the ideal judge and pointed to the need for a judge to possess a wide range of knowledge in order to make a fair and just decision. He opposed the judge as solely a jurist judge who is brilliant in legal technique, “likes to play the keyboard of legal constructions unrivalled, but whose dilettantism is revealed as soon as he is directly confronted with a certain level of complexity of factual circumstances, with a structure of real life with which he is not familiar”⁴⁰². Judges should constantly look through the “Chinese wall” to “the plain of real life, where their decisions are reflected”⁴⁰³. Kantorowicz wrote: “We need judges who are familiar both with the legal views of the people and with the facts of life and the results of neighbouring scientific disciplines. It will not be possible to confront an economic criminal with a judge without an economic and entrepreneurial education, not equipped with knowledge of the banking process. All the tricks of the modern fraudster are as intricate as the specifics of his ‘artistic’ attitude”⁴⁰⁴.

Only under these conditions, according to Kantorowicz, can the ideal of impartiality be realised, “that holy judicial quality” which the judge could not

³⁹⁹ See: Silberg S. Hermann Kantorowicz und die Freirechtsbewegung. Berlin, 2004. P. 11-12.

⁴⁰⁰ Ibid.

⁴⁰¹ In one of his letters, Fuchs wrote to Kantorowicz that he began to structure his lectures according to this model.

⁴⁰² Flavius G. Der Kampf um die Rechtswissenschaft [Electronic resource]. Heidelberg. 1906. URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (accessed March 2023).

⁴⁰³ Kantorowicz H. Rechtswissenschaft und Soziologie. Frankfurt am Main, 1911. S. 279.

⁴⁰⁴ Flavius G. Der Kampf um die Rechtswissenschaft [Electronic resource]. Heidelberg. 1906. S. 45. URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (accessed March 2023).

develop while he “remained constrained by a bare ignorance of social facts and attitudes”⁴⁰⁵ in his naive class prejudices. According to Kantorowicz, the judge would also lack the independence required to be able to be impartial if his civil advancement depended on the will of political rulers. But this problem, he believed, could be solved by a public election of judges, following the example of Switzerland⁴⁰⁶.

Thus, Kantorowicz assumed that the judge should be an expert, he should be educated not only in jurisprudence, but also in other related sciences in relation to a certain limited area of life, which would later become the sphere of his work: “alienation of judicial decisions from the people – result of the prevailing theory, applying the new theory, we will achieve convergence of justice with life on condition of improved education of future judges”; “we need experts on the facts of the case, not many thousands of creators of legal provisions”⁴⁰⁷. Then, – Kantorowicz concludes, – will achieve impartiality of justice, in which now the general public does not and cannot believe, and not without reason, since the roots of impartiality lie precisely in the judges’ lack of knowledge of social phenomena”⁴⁰⁸.

However, positivists pointed out that such an approach could ultimately give rise to subjectivism in decision-making and arbitrariness of the judiciary. Objecting to these charges, Kantorowicz pointed out that “if we can no longer rely on the oath of a judge, which requires him to be firmly convinced of his own justice, then everything in this world is over”⁴⁰⁹. Also, according to Kantorowicz, a deterrent to the excesses of judicial subjectivity is the collegiality of the judiciary and the existence of an instance procedure⁴¹⁰.

⁴⁰⁵ Flavius G. Der Kampf um die Rechtswissenschaft [Electronic resource]. Heidelberg. 1906. S. 46. URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (accessed March 2023)..

⁴⁰⁶ Ibid.

⁴⁰⁷ Ibid. S. 45.

⁴⁰⁸ Ibid. S. 46.

⁴⁰⁹ Ibid. S. 41.

⁴¹⁰ Ibid.

The modern doctrine of legal realism, like the free law movement, assumes that gaps in legislation are an objective reality, so legislation is always incomplete and always contains elements of uncertainty. In its turn, the requirements of absolute completeness and certainty are unattainable and even undesirable, since life changes quite rapidly, new social relations and new social institutions emerge which do not fit into the norms of the existing legislation. Thus, in a situation where legal norms are imprecise and unclear or sometimes contradictory, judges often arrive at their decisions intuitively and only hindsight gives them the appearance of the result of a rational thought process. In real life, a court's decision is influenced by many factors, including the psychology of judges, their value system, unconscious preferences and prejudices. Therefore, the life of law cannot be subordinated to logic⁴¹¹. For example, Justice Louis Brandeis of the US Supreme Court believed that in many difficult cases judges must go beyond existing law, but decide cases not on a whim, but on social policy, consider the social consequences of their decisions and, where insufficiently clear rules leave them free to choose, make wise decisions that are best for the public good⁴¹². The proponents of legal realism thus clearly have similar thoughts to those expressed by Kantorowicz in his Manifesto “The Battle for Legal Science”.

The position of Ronald Dworkin, who is known to have paid special attention to the ideal person of a judge, is also noteworthy. According to Dworkin, an ideal judge can only be a jurist with “superhuman qualifications, scholarship, patience and insight”⁴¹³. Dworkin gives a characteristic name to this imaginary personality, the ideal judge – Hercules⁴¹⁴.

Many echoes of the ideas of H. Kantorowicz and other proponents of the free law movement can be found in the works of jurists of the second half of the 20th century. For example, R. Dworkin also writes about high requirements for education

⁴¹¹ Holmes O.W. The Common Law [Electronic resource] / ed. by P. J. S. Pereira, D. M. Beltra. Toronto, 2011. P.5. URL: <http://www.general-intelligence.com/library/commonlaw.pdf> (accessed March 2023).

⁴¹² Moiseev S. V. Philosophy of Law : a course of lectures. Novosibirsk, 2003. P. 203.

⁴¹³ Dworkin R. Taking Rights Seriously / translated from English; edited by L.B. Makeev. M., 2004. P.152.

⁴¹⁴ Ibid.

and abilities of a judge, since in addition to legal knowledge a judge must have deep psychological and sociological knowledge⁴¹⁵. It appears, however, that Hercules has little in common with the ideal image of the judge imagined by H. Kantorowicz. First of all, the legal basis for which each of the concepts, case law (Dworkin) and continental law (Kantorowicz) were developed is different. Moreover, R. Dworkin proceeds from the perfection of the legal order as an ideal which even Hercules cannot achieve, but to which he must strive: “For even Hercules, with his unsurpassed imagination, cannot find such a multitude of principles which would harmonise all existing laws and precedents with each other”⁴¹⁶. The Kantorowicz’s demand for a broad education of judges, for the fruitfulness of the knowledge they acquire for judicial decision-making in a particular case, was limited to a purely practical task, on the basis of which, as far as its implementation is concerned, the judge should not compromise.

Furthermore, the objectives of these concepts of the “ideal judge” are also opposing. The special extra-judicial knowledge of the judge in H. Kantorowicz’s doctrine is designed to enable him to break the shackles of the supposed legal system, whereas Judge Hercules uses his superhuman powers to establish whether the principle on which he wants to base his decision is in conflict with the whole legal order, i.e. whether it is systematically relevant because, as Dworkin explains, the law is not a seamless entanglement, “but the plaintiff has a right to expect Hercules to treat the law as if it were”⁴¹⁷.

After all, the most significant difference between Kantorowicz’s and Dworkin’s conceptions of the “ideal judge” is that Hercules should under no circumstances substitute his actions for those of the legislator⁴¹⁸, thereby asserting the impossibility of law, whereas Kantorowicz’s “ideal judge” sees a gap in the absence of a clear legal rule.

⁴¹⁵ Dworkin R. *Taking Rights Seriously* / translated from English; edited by L.B. Makeev. M., 2004. P.170.

⁴¹⁶ *Ibid.* P.169-170.

⁴¹⁷ *Ibid.* P. 166.

⁴¹⁸ *Ibid.* P.159.

The requirements for the personality of a judge outlined by Kantorowicz in his Manifesto “The Battle for Legal Science” are of a practical nature and, despite a long legal discussion, have not lost their relevance. Kantorowicz urged judges to be professionals not only in the “narrow” sense of the term, such as the scope of Russian legal requirements, but also in the “broad” sense is to develop their own knowledge in the field of justice so that in resolving disputes, they would be guided not only by the texts of laws, but also by knowledge which helped them to understand the problem from the perspective of social needs and the actual conditions of society, thereby ensuring a just and impartial decision to grow from “non-ideal Judge Veles”⁴¹⁹ to Kantorowicz’s “ideal judge”.

⁴¹⁹ Tonkov E. N. Legal hermeneutics and practical approaches to legal interpretation / ed. by E. N. Tonkov, Yu. SPb., 2016. P. 28.

Chapter IV. Evolution and continuity of the ideas of free law

§ 1. Kantorowicz's methodology and its practical application in the context of theoretical debates in jurisprudence

Rather conventionally, the period of existence of the Free Law movement as an established movement can be limited to the following time period: from 1906, the year of publication of the Manifesto, which concentrated all the main ideas of the movement and openly announced the coming of a new movement, to 1914, the year of the beginning of World War I (“in general the movement and discourse itself had been exhausted in legal scholarship by World War I”⁴²⁰). It is true that Kantorowicz remained one of the movement's brightest representatives until his death (in 1940), continuing to publish works on free law⁴²¹.

Although the free law movement in its "primordial" form existed for a short period, it gave a strong impetus to legal thought, trying to find conceptual reflection in subsequent legal theories, through their implementation in practice, as well as within other related disciplines (sociology of law, legal psychology, legal anthropology).

The views and ideas of Kantorowicz, subsequently softened on a number of issues with time. However, at the very beginning, due to their radical nature they caused three, at first glance, contradictory reactions in the academic community.

1. The demand of the representatives of the free law movement to openly admit the increase of the judicial discretion encroached upon a number of sacral legal postulates, which triggered a rather aggressive criticism by the defenders of the classical formal-legal approach. Since the free law movement, although it intended to state only “what is already is”⁴²², i.e. the existing practice, has nevertheless, by its theoretical reasoning, touched on hitherto inviolable axioms, expressed mainly in

⁴²⁰ See: Karapetov A. G. The Battle for legal Recognition in European and American Law. M., 2011. P. 199. as well as Lipen S.V. Ideas of “free law” in the legal science of pre-revolutionary Russia: dissertation ... Candidate of Law: 12.00.01. M., 1994. P. 53.

⁴²¹ Most notably, it is worth recalling Kantorowicz's “The Legal Science - A Summary of its Methodology” (1928), which describes a judicial methodology based on the postulates of free law.

⁴²² Flavius G. Der Kampf um die Rechtswissenschaft [Electronic resource]. Heidelberg. 1906. S. 9. URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (accessed March 2023).

the form of the principles of the rule of law and the separation of powers. For the most part, the reasoning has been based on the following sequence of reflections. If it is accepted that the courts can create rules similar to law, then it must also be accepted that they become a second legislator, thereby violating the principle of separation of powers. Accordingly, such a violation directly affects the operation of the rule of law, which in turn undermines the authority of the judiciary, which is based on decision-making based on law rather than personal taste, thus destabilising the legal order. This logic is indirectly confirmed by A.G. Karapetov, who notes that “many were sometimes repulsed by the idea, derived from the theory of free law, of the complete freedom of courts from the power of laws and the right to change and refute the law as they see”⁴²³.

Most of the attacks by the proponents of classical scientific methodology focused on the defence of the principle of separation of powers, which is fundamental to the state. This has been written about by virtually all critics of the free law movement: Klein, Helder, Schneider⁴²⁴ and others. All arguments essentially boiled down to one thing - rejection of the idea of a “second sovereign”⁴²⁵ because of the risk of upsetting the balance of public power. It was believed that the delegation of powers to the court to create law would bring the system of checks and balances based on the separation of law enforcement and law-making functions⁴²⁶ into an area of uncontrolled judicial arbitrariness (judicial diktat). At the same time, these same critics did not disclose the criterion on the basis of which they

⁴²³ Karapetov A. G. *The Battle for Legal Recognition in European and American Law*. M., 2011. P. 118.

⁴²⁴ For example, Lukin writes: Klein “published an article which attempted to stop the emancipation of the judiciary from the rule of law, as the new current was ultimately destroying the foundations of statehood. Klein insisted that the judge must first and foremost be a servant of the law, contrary to the views of the proponents of the new current. This laid down new trends in the understanding of civil procedure in Europe. This was echoed by Hölder in 1907 and Schneider in 1908 who protested against a total exemption of the courts from the law, while recognising that German civil law must be interpreted in accordance with the aims of the law and the economic needs of life”. For more see: Lukin Y. M. *Austrian Statute of Civil Procedure of 1895 and the Austrian judicial system: history and conceptual foundations* [Electronic resource] // *Bulletin of Civil Procedure*. 2014. № 6. URL: <https://wiselawyer.ru/poleznoe/90458-avstrijskij-ustav-grazhdanskogo-sudoproizvodstva-1895-sudebnaya-sistema/> (accessed March 2023).

⁴²⁵ About the problem of the “second sovereign” see: Timoshina E.V. *Judge as a new sovereign: voluntarist theory of interpretation by Michel Trooper* [Electronic resource] // *Vestnik RUDN. Series: Law Sciences*. 2016. № 2. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/sudya-kak-novyy-suveren-volyuntaristskaya-teoriya-tolkovaniya-mishelya-tropera> (accessed March 2023).

⁴²⁶ For a consistent relationship between the concepts of “power functions”, “separation of powers” and “public authority” see: Montesquieu S.L. *The Spirit of the Laws*. M., 1999. 672 p.

distinguished this situation from another, quite ordinary, but at the same time a quite similar one - the delegation of the law-making function to another branch of power, the executive (within the framework of the power to issue bylaws), which has long been recognised as acceptable and therefore either not violating this principle in any way or violating it within acceptable limits (as an exception). However, the question of what limits should be considered permissible has also not been answered by critics of free law at the time.

Such, in our view, rather one-sided comments, given the example of the executive power, which does not destabilise the rule of law but, on the contrary, rather effectively maintains it, have been made by both theorists and practitioners (including the judicial community). However, the practice has still drawn more attention to the violation not of the principle of separation of powers, but of the closely related principle of the rule of law. The ideas of the doctrine of free law became so relevant to the discussion that they were the topic of discussion at the Second German Judges' Congress in 1911. The agenda included a discussion of the possibility for judges to abandon their obedience to the law and decide cases according to judicial discretion. However, the result was the unanimous adoption of a resolution which stated: "The power of a judge is subordinate to the law. It is, therefore, never lawful for a judge to deviate from the law"⁴²⁷. It is worth underlining, however, that the said resolution offered methodological grounds, which ignored Kantorowicz's argumentation about the fictitious nature of epistemological tools, without answering the question he had posed about the unambiguous nature of the rules of their application⁴²⁸. At the same time, the resolution borrowed a number of provisions advocated by other proponents of the movement. For example, it allowed for the selection of alternative interpretations of the most appropriate one at the discretion of the judge, taking into account the purpose of the statute: "Where the law permits different interpretations, the court

⁴²⁷ Second Congress of German Judges // Jur. Gazette Pravo. 1911 № 43 P. 2377

⁴²⁸ Thus, it has been noted that "dubious places in the law do not give the court the right to decide the case at its own discretion, on the contrary, it must resolve doubts by interpretation of the law and, where appropriate, by analogy". See: Ibid.

may give preference to the interpretation that best suits the legal conscience or the needs of the civil life”. Fictitious enforcement, which as the resolution's authors considered, was in fact, lawmaking, was also not allowed: “A judge must give frank reasons for this kind of a decision [...]. He must avoid concealing the true reasons through artificial reasoning”⁴²⁹. But even though some ideas of a methodological nature were borrowed, the movement itself was abandoned in favour of maintaining notions of the infallibility of familiar theoretical principles.

It seems that such an approach, based on the immutability of principles as legal ideals, is quite acceptable for philosophy of law (a deontological science of a systematic nature, according to Kantorowicz’s classification of sciences), but absolutely detrimental to that theory which develops a methodology for practice. Thus, a blind faith in the principle of separation of powers overlooks the presumptive goal for which this principle was once created (or its meaning was only being discovered) by the best minds of jurisprudence and philosophy. If we agree with the founder of the historical school of law, G. Hugo, that the law was once created in order to resolve disputes⁴³⁰, then the purpose of law can be deduced from the following inference:

- Law⁴³¹ minimises social conflicts (A does B).
- Minimisation of conflicts (and few will argue with this) is harmonisation of social relations (B is C).
- Consequently, law harmonises social relations (A does C).

Both the legislator (preventive conflict resolution) and the court (reactive conflict resolution) appear to be pursuing this goal in their activities, while the principle of separation of powers only acts as a “tool” to delimit the spheres of conflict (preventive or reactive). It can thus be argued that this approach to judicial activity allows the court to be seen as an advocate of law rather than formal law. An argument which elevates the principle of separation of powers into an infallible ideal

⁴²⁹ Second Congress of German Judges // Jur. Gazette Pravo. 1911 № 43 P. 2377.

⁴³⁰ History of political and legal doctrines / ed. by O.E. Leist. M., 2000. P. 414.

⁴³¹ In this case, it is a question of putting law into practice. The ideological and value dimension is not addressed in this premise

is seen as less infallible and, consequently, its violation should not be perceived as unequivocally negative. Following M.J. Lazerson, it seems necessary to try to answer honestly the question: “Are we not bringing justice closer to the ideal of justice by this formal violation of the generally accepted doctrine of separation of powers?”⁴³².

2. The free law movement, although it had so many opponents, was able to become a driving force for the further development of legal science, shattering basic, hitherto uncriticised postulates. R. Fränkel wrote the following about the effect of the free law movement on jurisprudence, “The spark turned into a flame. Every day new hordes rush in, [...] from the most diverse camps rush to support the fire, more or less closed. The defenders of the old right are eagerly throwing individual walls to the mercy of the law, though they try to defend the building in its foundations”⁴³³.

A number of the postulates underlying free law have found echoes in such legal movements and schools as the jurisprudence of interest, the school of revived natural law, legal sociology, and undoubtedly legal realism, the continuity with which Kantorowicz himself emphasised, albeit rather discreetly.

Thus, the idea of Ihering, one of the inspirators of the movement, that judicial decisions should not be made in accordance with mystical notions such as “spirit of the people” or “spirit of the legislator”, but in accordance with the public interest⁴³⁴, was also asserted by the Free Law movement⁴³⁵. H. Kantorowicz developed this idea within the framework of his methodology. He wrote that any application of the law (formal or free) must be carried out with two objectives in mind: 1) to balance the interests of the participants in the process, and 2) to maximise the benefits of the best possible judicial solution. This idea was further elaborated by I.Z. Steinberg in “What is the “free law movement”? (The Law and the Judge)”. He vividly illustrated

⁴³² Lazerson M.Y. Free judicial discretion // Law. 1911. № 52. P. 2972.

⁴³³ Fränkel R. Rede im Verhandlungen der Deutschen Soziologentage // DRiZ. 1911. Bd. 1. S. 53.

⁴³⁴ Ihering R. The Battle for Law. Kiev, 1893. P. 3.

⁴³⁵ The fact that Ihering was the patron father of free law was written by S. V. Pachman. See S. V. Pachman, On the Modern Movement in the Science of Law: Speech delivered at the Annual Meeting of the Juridical Society held at St. Petersburg University on February 14, 1882. St. Petersburg, 1882. P. 16. V. S. Gorban follows a similar approach. See: Gorban S. V. Ihering's legal doctrine and its interpretations : dissertation... Doctor of Law: 12.00.01. Moscow, 2019. 578 p.

with his theoretical and practical example Kantorowicz's idea (corresponding to Stampe's "weighing of interests") that the authority of law cannot be more harmed if its literal interpretation leads to a decision which is not in line with its goals or violates public interests, thereby "turning it not into an incentive but into a brake" for society⁴³⁶. This methodologically pragmatic approach, which sees the effectiveness of litigation in the search for a consensus of interests at different levels of social interaction, is reflected, for example, in the "jurisprudence of interests"⁴³⁷, which is essentially counted as an "offshoot" of the free law movement, born out of a reluctance to support the "contra legem argument"⁴³⁸.

Kantorowicz is considered to be one of the few émigrés who also managed to make important scientific contributions abroad. He worked extensively on developing a dialogue between continental European law and common law, which later manifested itself in the implementation of his ideas on judicial methodology in the works of a number of famous American jurists. It is noted in the literature that with his academic style, full of "sparkling wit" and "irreducible vigour", which is more common in England and the USA than in Germany, he was more preferred than anyone else to build a bridge between legal cultures⁴³⁹.

Gradually, in the early 1920s, the academic discourse around the ideas of free law began to unfold not only within the Romano-Germanic legal family but also within the common law systems. The most important trend in the US was the realist school of law⁴⁴⁰ which to this day continues to be "unique and important in legal

⁴³⁶ Steinberg I. Z. What is the "free law movement"? (The Law and the Judge) : report to the Moscow Law Society. M., 1914. P. 14.

⁴³⁷ A.G. Karapetov writes that "after the leaders of the movement for free law left the scene by the end of the First World War, the main ideological message of this doctrine was developed under the guise of jurisprudence of interests". See: Karapetov A. G. Struggle for recognition of judicial law-making in European and American law. M., 2011. P. 121.

⁴³⁸ Representatives of the jurisprudence of interest are representatives of the free law movement, "previously associated with the emergence and development of this movement, have seen fit to dissociate themselves from it" because of their radical position on the issue of possible interpretation by the court contra legem. See: Karapetov A. G. The Battle for recognition of judicial lawmaking in European and American law. M., 2011. P. 118.

⁴³⁹ Meyer-Pritzl R. Famous scholars from Kiel: Hermann Kantorowicz [Electronic resource] : офиц. портал Кильского ун-та им. Кристиана Альбрехта. URL: <https://www.uni-kiel.de/grosse-forscher/index.php?nid=kantorowicz&lang=e>. (accessed March 2023).

⁴⁴⁰ Let us denote this notion as "school" tentatively, since the realists themselves, as well as the researchers of this movement, deny the existence of a single school.

thought”⁴⁴¹. It has focused on the rationalisation and demythologisation of law⁴⁴² and has criticised ideas such as the certainty of law, the legality of judicial decision and the optional role of the judge. The conceptual basis of this school seems to have been based, *inter alia*, on the postulates of the free law movement. A parallelism between these schools would, however, be superfluous and in fact absent.

In “Some Rationalism about Realism”⁴⁴³ (1934) H. Kantorowicz, while not belittling the merits of realists with whom he had a close friendship⁴⁴⁴, tried to distance himself from a number of radical ideas, the inspiration for which he was considered, stressing his position similar to that of a father who does not want “to pay for other men's bastards”⁴⁴⁵.

The free law movement struggled against the veiled judicialism based on a blind faith in the supremacy of law and an exaltation of the role of the legislator. The realists, above all the representatives of radical legal realism, by their belief in the absolute character of judicial decision and their replacement of the legislator with the judge, thus, according to Kantorowicz, “exaggerated the truth”⁴⁴⁶. Kantorowicz writes that the realists’ thesis that law is solely a set of facts and not rules requires the recognition that jurisprudence from a rational science must become an empirical science, similar to biology or physics. Given the close continuity between the free

⁴⁴¹ Dagan H., *The Realist Conception of Law: In Reconstructing American Legal Realism & Rethinking Private Law Theory* [Electronic resource]. New York, 2013. URL: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199890699.003.0002>. (accessed March 2023).

⁴⁴² Adygezalova G.E. *Sociological jurisprudence in the United States in the twentieth century: doctrine formation, development and improvement of the legal order: dissertation ... Doctor of Law: 12.00.01*. Krasnodar, 2017. P. 17.

⁴⁴³ This article was a response to K.N. Llewellyn’s article “Some Realism about Realism: Responding to Dean Pound” (1931).

⁴⁴⁴ This fact can be confirmed by the extant correspondence between Kantorowicz and Llewellyn, which is now preserved (in the part of K. Llewellyn’s letters) in the library of the University of Chicago, and (in the part of Kantorowicz’s letters) in the library of the University of Freiburg. See more: Augsberg I., Lettmaier S., Meyer-Pritzl R., *Hermann Kantorowicz' Begriff des Rechts und der Rechtswissenschaft* [Electronic resource]. Tübingen, 2020. 290 p. DOI 10.1628/978-3-16-159799-2 (accessed March 2023).

⁴⁴⁵ Kantorowicz H. *Some Rationalism about Realism* [Electronic resource] // *Yale Law Journal*. 1934. Issue 8. Vol. 43. P. 1247. URL: https://proxy.library.spbu.ru:4166/HOL/Page?public=true&handle=hein.journals/ylr43&div=69&start_page=1240&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults (accessed March 2023).

⁴⁴⁶ *Ibid.*

law movement and the school of legal realism, it seems necessary to consider some of Kantorowicz's main criticisms of this legal theory⁴⁴⁷.

– A judge, as Kantorowicz points out, cannot make a decision based on a legal rule alone, no matter how authoritative the authority is, otherwise such an approach is no different from that of the pundectists; in fact, judicial decisions must be based on a consensus between rationalism (formal law) and empiricism (free law, including the judge's personal experience, informed by real economic and social life in society);

– At the heart of the realist movement, according to Kantorowicz, is the substitution of concepts, namely the replacement of the “meaning of the law” with the “text of the law”. This is supported by the example of the historian and the jurist having different objects of study of a single piece of legislation. Thus, for the historian the subject of research will be the material carrier “frozen in time”, for the lawyer - the objective meaning of the law. Criticising formal law, Kantorowicz writes that realists thereby substitute law, which consists in its constant adaptation to changing realities, for the relationship between the text and the personality of its creator.

– Arguing that this type of delusion could be called “professional”, Kantorowicz points out that for the most part realists were lawyers or tutors of lawyers, i.e. people who often dealt with judges and, therefore, extended the exclusive competence of lawmakers to the behaviour of the latter. However, based on the arguments of the realists, more attention should then be paid to the conduct of an ordinary citizen who has some kind of legal relationship with another citizen, because in the vast majority of cases such legal relationships are regulated (self-regulated) without any court intervention. Therefore, according to Kantorowicz, it is important to focus more on the invisible certainty of the law as expressed in such

⁴⁴⁷ On Kantorowicz's remarks on the ideas of legal realists, see: Lukovskaya G.I., Kulikova M.S. Free law: is there a way out of the legal crisis? (on Kantorowicz's work “Some Rationalism about Realism”) // Crisis phenomena in law: theory, history, ways of overcoming : a collective monograph. 2021. P. 124-132.

ordinary situations, rather than concentrating on the obvious uncertainty of the law in single disputed cases⁴⁴⁸.

– As previously stated, recognising that jurisprudence is a science of facts, it is inevitable that its empirical nature must be recognised. From this assertion, the following corollaries follow accordingly.

1) The laws of nature are immutable for natural science, since no fact can ever be found to contradict them: “otherwise they would not be laws of ‘nature’”⁴⁴⁹. The social sciences, on the contrary, are based on the fact that human behaviour can be both lawful and unlawful. Accordingly, while the first laws confirm the fact of the inevitability of their observance, the second laws confirm the fact of their violation, since it is the illegality of behaviour that is the reason for the existence of jurisprudence, for “it is only this that allows the assessment of behaviour”⁴⁵⁰.

2) If jurisprudence were an empirical science, its primary method would be explanation rather than justification involving a link between cause and effect. If this were not the case, then an appellate court, writes H. Kantorowicz, would have to uphold the judge’s decision based on such an absurd explanation, such as that the judge was drunk or insane⁴⁵¹.

– The realists’ claim that the judge creates law is fallacious and analogous to “religion is what the churches preach; science is what the universities teach; medicine is what the doctor prescribes; art is what the artist produces; and shoes are what the shoemaker makes”⁴⁵². This conviction is based on a confusion of the concept and its individual element.

Criticizing legal realism, however, Kantorowicz noted the indispensable contribution made to science by its representatives: “American realists have begun

⁴⁴⁸ Kantorowicz H. Some Rationalism about Realism [Electronic resource] // Yale Law Journal. 1934. Issue 8. Vol. 43. P. 1247. URL: https://proxy.library.spbu.ru:4166/HOL/Page?public=true&handle=hein.journals/ylr43&div=69&start_page=1240&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults (accessed March 2023).

⁴⁴⁹ Ibid.

⁴⁵⁰ Ibid. P. 1248.

⁴⁵¹ Ibid. P. 1249.

⁴⁵² Ibid. P. 1250.

to do what European free law jurists and legal sociologists have promised to do”⁴⁵³. Their orientation of theoretical jurisprudence towards the needs of practice correlated with the ideas of the free law movement, which Kantorowicz defended throughout his life. He was convinced that by joining forces and fruitful cooperation of American and German jurists, who, in his opinion, successfully complemented each other, it would be possible to “create the jurisprudence of the future” on the basis of common ideas”⁴⁵⁴.

3. For the first time the free law movement, concentrating on legal practice needs and public interests, as was mentioned by S.V. Lipen, made the nature, mechanism and results of impact of legal norms on social relations an object of independent theoretical research⁴⁵⁵. The doctrine of formal-logical dispute resolution, built on scholastic principles and elevated to an absolute by the pundectists, was rooted in practice. Although Kantorowicz’s efforts to draw attention to the shortcomings of the methodology used by the courts and to provide a thorough grounding for criticising it did not lead to the unconditional acceptance of his ideas, they did manage to influence the practice of the courts and further developments of judicial methodology, such as R. Alexys’⁴⁵⁶ judicial methodology for weighing human rights, which is nowadays actively applied by courts in various countries.

For example, in “The Concept and the Validity of Law” R. Alexy directly referred to H. Kantorowicz when considering the distinction between types of law depending on the existence of the validity of law⁴⁵⁷. He also argues that in the zone of uncertainty of positive law, the judge remains “bound by law and precisely in the

⁴⁵³ Kantorowicz H. Some Rationalism about Realism [Electronic resource] // Yale Law Journal. 1934. Issue 8. Vol. 43. P. 12452. URL: https://proxy.library.spbu.ru:4166/HOL/Page?public=true&handle=hein.journals/ylr43&div=69&start_page=1240&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults (accessed March 2023).

⁴⁵⁴ Ibid. P. 1253.

⁴⁵⁵ Lipen S.V. Ideas of “free law” in jurisprudence of pre-revolutionary Russia: Dissertation ... Candidate of Law: 12.00.01. M., 1994. P. 16. However, it is necessary to mention separately that S. V. Lipen E. Ehrlich is also counted among the representatives of free law movement.

⁴⁵⁶ It should be recalled that R. Alexy and R. Meyer-Pritzl are even the founders of the Kantorowicz Institute for Basic Legal Theoretical Research at the University of Kiel, Germany.

⁴⁵⁷ Alexy R. The Concept and Validity of Law (Response to Legal Positivism)/ transl. from German. A. Laptev, F. Kalshoyer, eds. V. Bergman, ed. by T. Yakovleva. M., 2011. P. 27.

way that creates the necessary link between law and morality”⁴⁵⁸. This conclusion is directly consistent with Kantorowicz’s idea of both formal law and free law (in the absence of formal law), based on the moral principle of “compulsory rules”. In support of this thesis, R. Alexy cites a judgment of the Constitutional Court of Germany, which also confirms Kantorowicz’s idea: “Law is not identical to a set of written laws. In addition to the written laws of the state power, there may, in certain circumstances, be another law”⁴⁵⁹.

Unlike most of his predecessors, Kantorowicz did not set out to develop theoretical problems. He saw the need to develop theory only to improve practice, as he prioritised practical application over scientific approval: “far more important than scientific endorsement is the fact that thousands of judges and lawyers are prone to new perceptions; a fact which is intangible only because these practitioners, unfortunately, do not consider it worth their efforts to maintain an interest in a teaching the long ago self-evident to them”⁴⁶⁰. Like the glossators and post-glossators, which he devoted a long time to studying and afterwards defended his doctoral thesis on this topic, he wanted to create from free law a first doctrine, the subject of which would be the inner regularities of law enforcement⁴⁶¹, previously considered only within the doctrine of sources of law⁴⁶², because he also shared the ideas of medieval lawyers, who set themselves to clarify and expound the Roman law, which was valid and should be applied by the courts: “they did not set themselves theoretical objectives, but worked to modify and adapt Roman law to the practice of the courts, creating the so-called *usus modernum Pandectarum*”⁴⁶³.

The legal doctrine of H. Kantorowicz allowed the supporters of the free law movement, as S.V. Lipyen notes, to approach “other theoretical issues of

⁴⁵⁸ Alexy R. *The Concept and Validity of Law (Response to Legal Positivism)*/ transl. from German. A. Laptev, F. Kalshoyer, eds. V. Bergman, ed. by T. Yakovleva. M., 2011. P. 88.

⁴⁵⁹ *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*. 1973. Bd. 34. S. 287. Quoted in Alexy R. *Ibid.*

⁴⁶⁰ Flavius G. *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* [Electronic resource]. Heidelberg, 1906. S. 9 URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (accessed March 2023).

⁴⁶¹ Lipen S.V. *Ideas of “free law” in jurisprudence of pre-revolutionary Russia: Dissertation ... Candidate of Law: 12.00.01. M., 1994. P. 42.*

⁴⁶² *Ibid.* P. 45.

⁴⁶³ *History of legal and political doctrines : textbook / ed. by V.V. Lazarev. M., 2019. P. 850.*

jurisprudence (the essence and sources of law, the ratio of law and state, law and society, the role of legal science and legal education, etc.) in a slightly different way, which could not but give new cognitive results”⁴⁶⁴. Thus, the demand for a new way of looking at legal science, taking into account the needs of practice, is reflected in the emergence of new theories that no longer regard law as “one-dimensional”, but as a multidimensional complex. For example, J. Hall viewed legal reality as a symbiosis of the legal structure (the normative aspect of the law) and the legal process (the implementing norm), which are realised as a result of a social situation, which he calls the “socio-legal complex”. The concept of the “socio-legal complex” proceeds from the relevance of socially recognised experiences that are acquired through interaction with objects (tangible and ideal – such as the rule of law). Such experience combines legal and non-legal ideas, becoming distinctly perceptible. “Distinctiveness”, according to Hall, is provided by norms of law in action. This factual nature of norms must be distinguished from their function as a means of expressing meanings⁴⁶⁵.

Dynamic aspect of the socio-legal complex, according to Hall, was directly relevant to legal practice. Relating to Kantorowicz’s idea that the coincidence of the rational and the empirical is only possible in a rule of recently enacted law, Hall wrote that “A judge cannot apply last year’s rule of law to today’s case because last year’s rule of law no longer exists; even in the simplest kinds of judgments something is added and this provides a perceptibly new meaning. In the course of a year, cases are probably decided that have more or less to do with the same general situation”⁴⁶⁶. Similar to Kantorowicz’s suggestion of an endless mutual adaptation of rules to create an autonomous system, whereby rule A is adapted to rule B so that they become rule A (1) and B (1), Hall sees “law-process” not only as a dynamic

⁴⁶⁴ Lipen S.V. Ideas of “free law” in jurisprudence of pre-revolutionary Russia: Dissertation ... Candidate of Law: 12.00.01. M., 1994. P. 10.

⁴⁶⁵ Anthology of World Legal Thought : in 5 vols. Vol. 3. / edited by O.A. Zhidkov. Moscow, 1999. P. 740-741.

⁴⁶⁶ Ibid. P. 742.

procedure of constant change but also “as the possibility and fact of their improvement”⁴⁶⁷.

Considering J. Hall’s approach as “integrated jurisprudence” (a term coined by Hall), Berman noted that the idea of such theory is to define the content of law “broader than all the three combined”⁴⁶⁸, referring to the classical schools of law (natural law, positivism and sociology) because law is a type of “social action, a process in which rules, values and facts are fused and actualised [. ...] In my opinion, it is the actualisation of law that is its most essential feature”⁴⁶⁹. Thus, consistent with Kantorowicz’s idea of the unity of law in all three worlds: the “world of reality”, the “world of meanings” and the “world of values”, Berman pointed out that his social theory emphasises “the interaction of spirit and matter, ideas and experience”, that is, insisting on an effective interaction, as the proponents of the free law movement, theory and practice also argued.

§ 2. Kantorowicz’s methodology on the perception of practicing judges

The conceptual continuity of Kantorowicz’s ideas was not limited to a purely theoretical-scientific discourse. His proposals for improving judicial methodology also resonated in practice.

Thus, the reflection of his ideas can be traced in the work of the American judge B. Cardozo, a supporter of the sociological jurisprudence, who successfully combined scientific and judicial activities⁴⁷⁰. Agreeing, like Kantorowicz, with the dominant role of formal law when it is clear and has a direct answer to the dispute, Cardozo observed, “There are cases where the source is obvious. A rule suitable to the dispute may be derived from a constitution or statute. If it obtains, the judge does not need anything else. When applicability is set he must obey”⁴⁷¹. However, in the

⁴⁶⁷ Anthology of World Legal Thought : in 5 vols. Vol. 3. / edited by O.A. Zhidkov. Moscow, 1999. P. 742.

⁴⁶⁸ Berman G. Faith and Law: Reconciling Law and Religion / translated from English by D. Shabelnikov, M. Tymenchik. M., 1999. P. 343.

⁴⁶⁹ Ibid. P. 342-343.

⁴⁷⁰ Cardozo B.N. The Nature of Judicial Activity / translated from English, foreword by S.L. Saveliev, preface by A.G. Karapetov. M., 2017. P. 5.

⁴⁷¹ Ibid. P. 25.

absence of such an explicit answer, the judge must, in Cardozo's thought, applying hermeneutical methods, consider not only the primary sources of law (formal explicit law, according to Kantorowicz's classification of legal rules), but also the secondary (formal implicit law as well as free desirable law in the form of judicial decisions): "the law created by judges is secondary and subordinate to the law created by legislators"⁴⁷².

In complex cases, where the activity of the judge is "something more"⁴⁷³ and not only the comprehension of the legislator's intention, Cardozo, like Kantorowicz did in his time, calls for a symbiosis of actions, recognising the functions of legislator and judge as a common basis. Thus, by appealing to free law (in this case Cardozo does not limit the list of such rules as Kantorowicz did) the judge needs to take into account: on the one hand, the public interest in order to achieve a socially useful result, and, on the other hand, the judge is to respect the moral principle that is common to all legal rules, namely "follow the rules". Cardozo writes: "The representations and patterns offered by usefulness and morality will be found by the judge in public life. In the same way they will be found by the legislator"⁴⁷⁴.

In the light of the above, it can be concluded that the methodology described by Cardozo, a judge of the "great American judges"⁴⁷⁵, is similar to Kantorowicz's methodology, which is also based firstly on a judicial decision *intra legem* (according to the law) and, if there are gaps, *praeter legem* (apart from the law). Cardozo then allowed for the idea, similar to Kantorowicz's idea expressed, however, in his earlier work, the Manifesto "The Battle for Legal Science", that a decision *contra legem* (against the law) is possible as the rarest of the exceptions.

In fact, this example is a proof of the perception of Kantorowicz's doctrine by a representative of the Anglo-American legal system⁴⁷⁶, and, as it is worth emphasizing, by a practitioner rather than an academic theorist. Exactly experience,

⁴⁷² Cardozo B.N. *The Nature of Judicial Activity* / translated from English, foreword by S.L. Saveliev, preface by A.G. Karapetov. M., 2017. P. 12-13.

⁴⁷³ *Ibid.* P. 73.

⁴⁷⁴ *Ibid.* P. 55.

⁴⁷⁵ Karapetov A.G. Foreword. *Ibid.* P. 5.

⁴⁷⁶ That Cardozo drew directly on Kantorowicz's ideas is evidenced by direct references to the Manifesto in his work.

and not theory, no matter how believable it may seem, seemed the most reliable criterion of the validity of the model of judicial methodology proposed by H. Kantorowicz, which is primarily concerned with practical activity.

As a verification of the actual applicability of Kantorowicz's methodology, we can also cite the work of a representative of the continental legal system, the Dutch judge G. Corstens, "Courts and the rule of law: a view from the Netherlands". It also describes the sequence of actions in resolving court disputes, similar to the ones proposed by Kantorowicz.

Thus, Corstens noted the historical moment when the practice of the Supreme Court of the Netherlands began to change gradually, "under the influence of public opinion and young judges being appointed to it". Thus, in the court's new approach one can see a methodology consistent with Kantorowicz's methodology. Corstens gave an example where the notion of "violation of the requirements of the law" came to include actions not actually provided for by formal law, but recognised as such by society. He wrote, "The understanding of what could constitute a 'violation of the requirements of the law' began to change, as illustrated by the 1919 decision in the Lindenbaum-Cohen case. [...] Today we would call it industrial espionage, but at the time there was no such offence. Nevertheless, the Supreme Court ruled that Cohen's actions were unlawful on the grounds that they were incompatible with the 'due respect due to another person or another person's property'. This important step was supported by public opinion and narrowed the gap between law and justice"⁴⁷⁷. Corstens noted that this decision helped to create an interaction between public opinion and the justice system, which as a result "became more direct"⁴⁷⁸. Such a trend foreshadowed the creation of mechanisms through which the administration of justice could take account of public interests and developments. "The legislator, – Corstens wrote, – recognised the desirability of such an approach and began to

⁴⁷⁷ According to the case, Cohen was a printer in Amsterdam who bribed an employee of his competitor, Lindenbaum, to inform him of Lindenbaum's rates offered to customers. For more see: Decision of the Supreme Court of the Netherlands of 31 January 1919. Cited from Corstens G. Courts and the Rule of Law. A view from the Netherlands / translated from English by D. Shabelnikov. 2nd ed. M., Chelyabinsk, 2022. P. 53.

⁴⁷⁸ Ibid.

follow it, too. Norms of what might be called ‘open’ legislation have emerged – standards of a general nature which are fleshed out in practice”⁴⁷⁹. It is certainly difficult to claim a direct borrowing of Kantorowicz’s theoretical ideas by the Supreme Court of the Netherlands. As indicated earlier, Kantorowicz himself acknowledged the reluctance of practice to ground their actions on theory: “practitioners, unfortunately, do not consider it worth their efforts to maintain an interest in their long-standing self-evident doctrine”⁴⁸⁰. However, the fact that Kantorowicz’s ideas are beginning to appear in the practice of the highest court already proves that his methodology has gone beyond the theoretical movement of free law and has gained significance in the discussion of urgent practical contemporary issues.

At the moment, however, the opposite approach can also be observed in the judicial practices of other countries. Thus, in the activities of Russian courts, judicial methodology continues to be confined, as a rule, to dogmatic traditions and solely formal-logical methods.

Thus, in the judgment⁴⁸¹ (hereafter, Case 1), the reasoning part is based solely on the norms of the Criminal Code and the Criminal Procedure Code of the Russian Federation, i.e. formal explicit law (according to Kantorowicz), but understood rather narrowly as formal law. However, it should be noted that the current criminal law does not limit the limits of the judge’s discretion in making a decision based on inner conviction, which is consistent with the substantive and procedural requirements of criminal law but does not differentiate the measure of punishment depending on the actual social circumstances which could be assessed both under formal explicit and implicit law and free law.

⁴⁷⁹ Corstens G. *Courts and the Rule of Law. A view from the Netherlands* / translated from English by D. Shabelnikov. 2nd ed. M., Chelyabinsk, 2022. P. 90.

⁴⁸⁰ Flavius G. *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* [Electronic resource]. Heidelberg, 1906. S. 12 URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (дата обращения: 11.03.2023). S. 9.

⁴⁸¹ The basis of the examination is a criminal case initiated under Article 228.1 § 3 of the Criminal Code of the Russian Federation. According to the facts of the case, a “test purchase” was carried out against the defendant, which consisted of repeated requests by a friend of the defendant (the purchaser) to purchase a narcotic substance from the defendant. See for details: Kuibyshev District Court Decision № 1-29/2020 (1-387/2019) of 12.02.2020.

On the basis of an empirical study of other decisions on similar offences by the judge in Case 1, the following mitigating circumstances were generally taken into account (under which socio-legal rules were formed): lack of criminal responsibility, confession of guilt, remorse, positive personal characteristics. On the basis of these socio-legal provisions, the judge concluded to impose a suspended sentence⁴⁸². Similarly, cases are resolved in the Netherlands. The courts, according to Kantorowicz's methodology, are guided not only by personal interests, but also by the general purpose of preventing, for example, recidivism⁴⁸³, because, firstly, too long a stay of an unconvicted person in prison may lead to criminalisation of his personality and, secondly, the small number of persons actually serving time reduce the financial burden on society for the maintenance of penitentiary institutions⁴⁸⁴.

Accordingly, pursuant to Kantorowicz's methodology, the judge should have considered not only the interests of the persons and the public interest objectives within the permissible judicial discretion, but also his own practice (formal implicit law) as well as the Supreme Court Review of Judicial Practice⁴⁸⁵ (formal explicit law) providing for the possibility of re-categorisation, which, however, was left unattended by the judge.

Thus, if the judge had followed the methodological sequence⁴⁸⁶ suggested by Kantorowicz, the logic of reasoning should have been as follows:

⁴⁸² It is interesting to compare two cases (Case № 1 and Decision № 1-191/2020 of the Kuibyshev District Court dated 16.12.2020 - hereinafter Case №. 2). The judge in Case № 1 appointed different penalties for similar offences (Article 228.1(3)(b) of the Criminal Code). Thus, in Case № 1 the judge sentenced the defendants to two years' imprisonment, to be served in a strict regime penal colony - a person with no previous convictions, employed, planning to marry, helping his mother, who is a pensioner, providing charitable assistance to a public organisation; whereas in Case № 2 the penalty was five years' deprivation of liberty, suspended for four years, for a person with a previous conviction, who was unemployed but was an orphan child and was being brought up under the guardianship of his elder brother.

⁴⁸³ Corstens G. Courts and the rule of law. A View from the Netherlands / translated from English by D. Shabelnikov. 2nd ed. Moscow, Chelyabinsk, 2022. P. 208.

⁴⁸⁴ However, the following counterarguments can also be accepted: firstly, these objectives are not directly prescribed in the criminal law, so it can be argued that the legislator has taken them into account when setting the punishment; secondly, this approach ignores the risk of spreading negative practices among potential offenders, who, when choosing a pattern of behaviour: to commit or not to commit crimes, will decide in favour of the former due to the excessive humanity of the punishment.

⁴⁸⁵ See: Decision of the Presidium of the Supreme Court of the Russian Federation of June 27, 2012 "Review of judicial practice in criminal cases of offences related to trafficking in narcotic drugs, psychotropic, potent and poisonous substances". According to paragraph 5, "if an intermediary acquires a drug at the request of (*italics ours* - M.K.) [...], then such person is an accomplice in the acquisition, and if the transfer of a drug is carried out during a test purchase, [...], then the deed should be qualified as an accessory to attempted acquisition of a drug".

⁴⁸⁶ Separately, it should be pointed out that the judge's decision was not unlawful. As previously noted, the judgment was passed in accordance with the provisions of the Criminal Code and the Criminal Procedure Code. The fact that

– firstly, the court had to establish the interests of the defendant and those involved in the trial. Thus, the interest of the defendant was presumably to rectify his behaviour by serving a suspended sentence; the interest of the public prosecutor (representing the interests of the state and society) is revealed in the second paragraph of Kantorowicz’s judicial methodology;

– secondly, the court needed to establish the publicly significant social consequences, the aims of the law, presumably consisting of: 1) reducing the crime rate, which is currently rising, including through an increase in the number of recidivist offenders; 2) reducing the financial burden on society associated with the need to maintain penitentiary facilities;

– thirdly, following the sequence of legal rules suggested by Kantorowicz, it was necessary to refer to formal explicit law, namely the Review of Judicial Practice of the Supreme Court of the Russian Federation, which provides for the possibility of reclassifying a charge as lenient;

– fourthly, the judge should also have referred to formal implicit law, namely his own jurisprudence, thereby at the same time respecting the principle of uniformity of jurisprudence.

Thus, by “consciously and conscientiously bringing a fact under a carefully differentiated rule” and “relying on the precepts of justice and equity”, as Kantorowicz wrote⁴⁸⁷, when having to choose between several possible solutions, the judge should remember that the best solution is the one “shaped by individual

the judge did not rely on the Supreme Court’s explanations does not indicate a miscarriage of justice. According to Resolution № 29-P of the Constitutional Court of the Russian Federation of 23 December 2013, the courts’ application of legal provisions must be correlated with the explanations given in the decisions of the Plenum, not the Presidium of the Supreme Court of the Russian Federation. According to the position of the Resolution of the Presidium of the Supreme Court of the Russian Federation of 23.03.2005 no 25pv04, court decisions that violate the uniform application of legal norms by courts are to be quashed or amended under Article 308.8 of the Arbitration Procedure Code, Article 391.9 of the Civil Procedure Code, Article 341 of the Code of Administrative Proceedings, but not under Article 412.9 of the Criminal Procedure Code. This position could have been a possible reason for the court not to follow the practice in similar cases. However, according to Kantorowicz, if any legal positions of the highest judicial body are formulated as a result of the generalisation of established judicial practice, it means that the judicial system as a whole is the “collective creator” and, accordingly, in order to maintain the self-sufficiency of the legal system, such recommendations should be taken into account by the court when making its decision.

⁴⁸⁷ Kantorowicz H. *Der Begriff des Rechts* / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. Göttingen, 1963. S. 50-51.

conscience and rational consistent thought”⁴⁸⁸. Consequently, according to Kantorowicz’s judicial methodology, the judge should have given the defendant a suspended sentence or reclassified the offence, which, according to the text of Case 1, was not done.

It seems that in a different situation, if the sequence of actions proposed by Kantorowicz had been followed, the resulting judgment would have been able to enter a system of dogmas “whose coherence is their own guarantee”⁴⁸⁹ and which “follow logically from other rules, the validity of which is already recognised”⁴⁹⁰, which would have allowed the law “to be perceived as a complete and consistent system, allowing all conceivable cases to be decided and all decisions to be predicted”⁴⁹¹.

However, as of today, positive changes can still be seen in the Russian legal reality and which have been unofficially named within the professional community as “the procedural revolution”⁴⁹². These changes consist in amendments to such federal laws as the Civil Procedural Code (par. 3 p. 4.1 Article 198), APC (par. 5 p. 3 p. 4 Article 170), CAS RF (par. 4, p. 4 Article 180)⁴⁹³ and are expressed in the following wording: “The explanatory part of the court decision may (*italics ours - M.K.*) contain references to the decisions of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation on judicial practice; decisions of the Presidium of the Supreme Court of the Russian Federation and also to the reviews of judicial practice of the Supreme Court of the Russian Federation approved by the Presidium of the Supreme Court of the Russian Federation”⁴⁹⁴.

Thus, the rules established by the legislation still do not resolve the dilemma “the right or obligation” of the judge to be guided by the legal positions of the highest

⁴⁸⁸ Kantorowicz H. *Der Begriff des Rechts / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck*. Göttingen, 1963. S. 50-51.

⁴⁸⁹ *Ibid.* S. 46.

⁴⁹⁰ *Ibid.*

⁴⁹¹ *Ibid.* S. 46-47.

⁴⁹² The “procedural revolution” long talked about by lawyers has happened [Electronic resource] : Kommersant newspaper. 2020. URL: <https://www.kommersant.ru/doc/4233285> (accessed March 2023).

⁴⁹³ It should be noted, however, that the previous wording of these provisions was quite similar.

⁴⁹⁴ See Federal Law №. 451-FZ of 28.11.2018 “On Amendments to Certain Legislative Acts of the Russian Federation”.

court. At the same time, an institutional clarification of the semantic content of the norms, including through the legal position of the Supreme Court of the Russian Federation, leads to the conclusion that the existing normative regulation provides an opportunity for partial implementation of the methodology proposed by Kantorowicz in judicial proceedings.

§ 3. Kantorowicz's methodology in a mental experiment

The justification for the concept's scientific relevance includes finding out its practical relevance. At the theoretical level – verifiability and relevance to the categorical apparatus of the theory of law, its compliance with the principles of law. At the logical level, compliance with the norms of formal logical reasoning, complying with the principle of consistency, and applying the methods of inductive and deductive reasoning⁴⁹⁵. At the empirical level – practical experimental verification. In the social sciences, as in the natural sciences, an important method of scientific cognition is mental experiment.

In legal science, thought experimentation is “a method of research that occurs at the junction of theoretical and practical knowledge, the essence of which consists of theoretical construction of a situation with the introduction of a certain assumption (which is often impossible in fact), the analysis of the situation in the light of this assumption and the use of the material obtained for further theoretical constructions as experience data”⁴⁹⁶.

For example, a modern thought experiment (hypothetical case) is the “Alice case” by A. D’Amato where a conventional collision was considered in which the driver Alice, saving a runaway child on the road, crosses a double solid line in violation of the traffic rules⁴⁹⁷. By this simulated situation, which did not take place

⁴⁹⁵ There are two ways: the deductive way, which uses the logic of cognition from theoretical representations to empirical indicators, and the inductive way, based on the logic of generalization: from empirical indicators to generalizing, theoretical categories. It is likely that their combination yields the most reliable results.

⁴⁹⁶ Martyshina N.I. Thought experiment in the philosophy of law // Scientific Bulletin of the Omsk Academy of the Ministry of Internal Affairs of Russia. 2013. № 3 (50). P. 56.

⁴⁹⁷ This case was considered by S.V. Moiseev. For more see: Moiseev S.V. Philosophy of Law: a course of lectures / S.V. Moiseev. Novosibirsk, 2004, pp. 75–86.

in reality, E. D'Amato sought to demonstrate the absurdity of interpreting the text of the law in isolation from the context – justice – in which laws must be adopted and applied. Thus, the author himself wrote as follows: “I hope that I have proved by this case that it is legally unacceptable to omit considerations of ‘fairness’ from the interpretation and application of the law”⁴⁹⁸. Otherwise, by ignoring the life saved for the sake of the rule about the inadmissibility of crossing the double continuous line, the participants of the cited mental experiment would distort both the meaning of the law and the idea of justice which was inherent in its basis, namely by balancing two principles: the principle of safety of road users and the principle of road efficiency.

In addition to clarifying the conceptual schemes used, the thought experiment can serve as an argument in favour of choosing the concept under study to revise entrenched perceptions in Russian jurisprudence.

Exteriorizing Kantorowicz's scientific concept to test the hypothesis of the practical relevance of his proposed judicial methodology to the Russian reality, it seems appropriate to conduct a thought experiment. This involves constructing a legal conflict, attempting to find a solution and considering the possible social consequences.

In memory of Aristotle, who first introduced the concept of the syllogism and pioneered the scientific study of bees, the mental experiment will be based on the example of a neighbourhood dispute involving bees, allowing us to apply the Kantorowicz forensic methodology to it.

Let us introduce certain assumptions concerning the judge dealing with the dispute. Let the judge meet all the requirements for the position of a judge and have all the knowledge, skills and abilities that are necessary for the life of a modern person. In addition, he is familiar with Kantorowicz's concept and his judicial methodology, knows the facts of the dispute (within the scope of the subject matter),

⁴⁹⁸ D'Amato A. On the Connection between Law and Justice[Electronic resource]// University of California. Davis Law Review, Vol. 26. №. 527. 1992. P. 10-92. URL: <https://ssrn.com/abstract=1739988> (accessed March 2023).

has knowledge of general legal theory, of jurisprudence, of facts of a public nature that may influence the decision⁴⁹⁹.

Note that the thought experiment aims to reveal the scientific relevance of Kantorowicz's judicial methodology concept in terms of its practical relevance to Russian realities, while demonstrating the problems of law enforcement practice. If the result of the mental experiment confirms that the resulting judicial decision is adequate to the Russian social reality, the assumption of practical relevance of Kantorowicz's judicial methodology to contemporary judicial practice may confirm the practical relevance of his scientific concept⁵⁰⁰.

Theoretically, let us construct a judicial conflict which has, on the face of it, an uncomplicated classical "neighbourhood law" plot, which may have been as far back as Roman law⁵⁰¹.

The plaintiff (the Gardener) was the owner of the plot long before the defendant (the Beekeeper) acquired the plot. There are other beekeepers in the area who also have bees. After the Beekeeper purchased the land, he started breeding bees and had 50 bee families at the time of the dispute. The beekeeper complied with all the mandatory requirements set out in the regulations, including keeping an apiary, placing hives on the plot and veterinary and sanitary rules for keeping bees. The Gardener was allergic to bee stings (insect allergy), which he had warned the Beekeeper about before starting his activity, but the latter ignored the information.

The Gardener, referring to Article 304 of the Civil Code on the protection of property rights, demanded by virtue of Article 1065 of the Civil Code to prohibit the Beekeeper from carrying out his activities, arguing that he (the Gardener) was

⁴⁹⁹ For the purposes of the purity of the experiment, the existing judicial practice will not be taken into account, although according to the Kantorowicz methodology, the decisions of the highest judicial instances are "formal explicit law" and should have been studied at Stage I.

⁵⁰⁰ It cannot be stated with certainty that the hypothesis of the fidelity of Kantorowicz's judicial methodology is confirmed by the result of a thought experiment (confirmation by the consequent). According to Karl Popper, hypotheses cannot be confirmed, only falsified. Therefore, one cannot conclude with absolute certainty that the hypothesis is true. However, until the moment of its refutation (falsification), it can be concluded that, in relation to the plot of a thought experiment, Kantorowicz's judicial methodology is correct and allows us to evaluate the possible choices of a decision by a judge within a specific dispute situation.

⁵⁰¹ In the literature, the rights of owners of adjacent land plots are sometimes referred to as "neighbourhood rights". See: Shershenevich G.F. Textbook of Russian civil law (according to the edition of 1907) / entry. article by E.A. Sukhanov. M., 1995. P. 180.

prevented from fully using his plot of land because of the threat of bee sting (i.e. the Gardener brought a negative action as an owner, who can demand that any violation of his right be removed)⁵⁰².

We will first try to consider the dispute from the perspective of the formal approach often encountered in practice⁵⁰³. Here is a suggested process of reflection, starting, for convenience, with the facts of the case.

1) According to the facts of the case, the Beekeeper ignored the Gardener's warning about his allergies when deciding to breed bees.

Initial perception of the situation: The Gardener warned the Beekeeper of his concerns about adverse effects on his life and health, but the Beekeeper ignored the request and in his own interest (egotistically) decided to carry out bee-related activities, thereby depriving the Gardener of full use of his plot of land because of the threat of a sting.

Imitation of the judge's reasoning process: There is no statutory procedure for the Beekeeper to agree his activities with the Gardener as a neighbour. The Beekeeper duly performs the duties imposed on him by the beekeeping legislation, thereby proving his good faith and reasonableness. The claims themselves are established for the benefit of an indefinite number of persons, including the Gardener. By relying in good faith on the effectiveness and expediency of the statutory provisions, the Beekeeper is entitled to assume that they cover all his obligations to third parties. Acting in his own interest and with no exclusive intention to harm the Gardener, the Beekeeper does not violate the provisions of article 10, paragraph 1 of the Civil Code, article 1, paragraph 4 of the Civil Code, and uses the

⁵⁰² It should be noted that bees do not bite, but sting. They do not use their jaws when defending, but use a sting. Here, in terms of word usage, it makes no difference whether it is a bite in the true sense or not. Due to the less frequent use of "sting" in Russian, denoting the result of the action "sting", the word "bite" is used. Similarly, in Russian it is used: the bite of a mosquito, wasp, bumblebee, i.e. all insects, no matter how they inflict the wound.

⁵⁰³ "In practice, unfortunately, there are many cases when the formal dogmatic understanding and application of the norms of civil law without taking into account important points of a moral, ethical nature, good conscience, etc. determine a purely 'instrumental' approach to legal regulation, which ultimately really leads to the fact that formally everything turns out to be correct, but in essence – a 'mockery' of the meaning of legislation, its main principles, its purpose". Cit. according to Bublik V.A., Semyakin M.N. The main trends in modern reform of the civil legislation of the Russian Federation: general characteristics, ontological and epistemological foundations, individual types // Bulletin of the Perm University. Legal Sciences. 2020. № 4. P. 705 - 737. DOI: 10.17072/1995-4190-2020-50-705-737.

plot within the limits of his ownership right. Consequently, according to the general permissive method of civil law regulation, he may perform any actions not prohibited by law.

Conclusion of the interpretation: In view of the above, the Beekeeper's disregard of the Gardener's arguments is not illegal. The fact that the Beekeeper's reproachful behaviour (internal behaviour) is indifferent to the law (external behaviour) and, therefore, will not be taken into account further on.

This conclusion directly correlates with Kantorowicz's approach. It will be recalled that the lawyer adhered to the well-known Kantian concept according to which law is related only to external behaviour while morality is related to internal behaviour, "Kant's theory that law, unlike morality, requires nothing but [...] conformity of external behaviour to law, regardless of its underlying motive, is correct"^{504,505} and the phrase "moral law" should, in his view, be regarded as unscientific⁵⁰⁶. Consequently, the phrase "non-moral law" is also inapplicable. The fact that the Beekeeper ignored the Gardener's warnings about his allergy is, therefore, indifferent to the law, in Kantorowicz's view, in resolving the dispute. Otherwise, in a situation where the judge, guided by the rule "right is what moral is", would have ruled in favour of the Gardener, it is clear that this kind of protection of the Gardener's interests⁵⁰⁷ would have come at the expense of the rights of the Beekeeper. Kantorowicz referred to such decisions as "legal emotionality", citing as an example the "good judge Magnaud"⁵⁰⁸ (le bon juge Magnaud), known for his

⁵⁰⁴ He believed that "the rule of law never prescribes internal conduct, nor good faith, nor due care, nor the will to refrain [...] from malice or negligence". See: Kantorowicz H. U., Patterson E. W. *Legal Science - A Summary of Its Methodology* [Electronic resource] / H.U. Kantorowicz // Columbia Law Review Association. 1928 Vol. 28. № 6. P. 685. URL: https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents (accessed March 2023).

⁵⁰⁵ As an example, he cited a safe custody agreement: "[...] this does not threaten with any sanctions, no matter how careless he (*the custodian* – *M.K.*) may be, provided that he does not actually damage the thing by external actions, which he would try to avoid in his own affairs". See: *Ibid.*

⁵⁰⁶ Kantorowicz H. *Der Begriff des Rechts / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck*. Göttingen, 1963. S. 15.

⁵⁰⁷ According to one of the modern concepts of somatic human rights, "the content of the right to physical and mental integrity includes [...] the right to demand that other subjects refrain from violating his right". See: E. L. Kisses, E. S. Danilova, *The concept and types of personal (somatic) human rights / Science. Society. State*. 2015. № 1 (9). <https://cyberleninka.ru/article/n/ponyatie-i-vidy-lichnostnyh-somaticheskikh-prav-cheloveka/viewer> (accessed April 2023).

⁵⁰⁸ Kantorowicz H. *Rechtswissenschaft und Soziologie*. Frankfurt am Main, 1911. S. 294.

mercy. For example, he acquitted a woman who had stolen a loaf of bread out of hunger. Kantorowicz disagreed with this approach, as he saw the basis for the decision as an “extralegal standard”⁵⁰⁹. He argued that it “must be rejected as a form of class justice. The legal standard is to give preference among the conflicting interests to the one that is protected by law itself”^{510,511}.

2) The Gardener has made a claim to prohibit the Beekeeper’s activities.

Initial perception of the situation: Both the Gardener and the Beekeeper use their own plots legitimately: the Gardener – for recreation, the Beekeeper – for breeding bees, while coincidentally endangering the life and health of the Gardener. For this reason, the Gardener is filing a negative action, requesting the prohibition of the Beekeeper’s activities.

Imitation of the judge’s reasoning process: Based on the dichotomous division into lawful and unlawful activities, it can be concluded that lawful activities are activities without offences, i.e. actually complying with the legal provisions governing them. The prohibition of an activity implies two results: legal (it aims at restoring the violated rights) and punitive (private prevention; it is a punishment)⁵¹². The Gardener’s prohibition of the Beekeeper’s activity, including the dismantling of hives, does not imply countervailing compensatory measures, so it is essentially a property penalty, i.e. it has a punitive function⁵¹³. In particular, in compliance with

⁵⁰⁹ Kantorowicz H. *Rechtswissenschaft und Soziologie*. Frankfurt am Main, 1911. S. 294.

⁵¹⁰ *Ibid.*

⁵¹¹ To confirm the conclusion, one can cite a thought experiment by D. Thomson, according to which the abducted person was limited in movement in order to save the life of an outstanding musician, to whom he was connected. Analyzing this case, N.S. Rozov wrote, “Let us note that the abducted person does not die, does not get sick, ‘only’ his right and freedom to dispose of his own body is violated. But the life of a brilliant musician is saved. From the standpoint of ‘life as the highest value’ and the principle of ‘reverence for life’ in general, everything is fine. [...] Our intuition protests – it is unacceptable to do so. And the foundations of intuition are simple: free will is violated. There is no excuse for this. The intuitive verdict is supported by a simple modification of the same case: a potential human donor was asked to agree to a connection to save the life of either this musician or someone else, and the potential donor agreed. [...] We consider this act lawful, noble, highly moral. The moral of this story, albeit invented and fantastic, is simple, but fundamental: one should refuse to recognize the “highest, absolute value of human life”, for the sake of preserving which “everything is permitted”. There are actions that are unacceptable even for such a noble cause – those that violate the minimum universally valid values, including personal freedom and the right to decide what to do with one’s body”. See: Rozov N.S. *The principle of human protection (anthroprostasia) and actual value conflicts* / *Man*. 2019. Vol. 30, № 2. P. 187.

⁵¹² Great Russian Encyclopedia [Electronic resource]: section “Sanction”. URL: <https://bigenc.ru/c/sanktsiia-v-prave-e674a1> (accessed March 2023).

⁵¹³ We cannot agree with some authors that negatory claims do not affect the defendant's possessions, and, therefore, do not entail negative consequences: “[...] the defendant is prescribed certain behavior, a certain duty, failure to comply with which entails appropriate consequences. At the same time, nothing of what he has is taken from the defendant

the regulations, the Beekeeper has incurred the cost of installing a solid fence against neighbouring plots of land⁵¹⁴, and after the prohibition will not only have to remove it, but also install a new one⁵¹⁵.

Sanction as a punishment is imposed as a punishment for disapproved behaviour, which implies, as a matter of law, a negative evaluation of the Beekeeper's activity. However, the activity of the Beekeeper is carried out in compliance with all mandatory requirements⁵¹⁶, so his actions, within the limits of his rights and obligations, are lawful, which implies, from a legal point of view, a positive evaluation of the Beekeeper's activity. In view of the legitimacy of the beekeeper's actions, sanctioning him would result in an antinomy between two judgments ("the beekeeper is both legitimate and illegitimate"), each of which is logically possible, but which together constitute a logical contradiction. Its resolution would be to state that the claim to prohibit lawful activity cannot be satisfied⁵¹⁷.

Conclusion of the interpretation: It is against the law to prohibit lawful activities.

by the plaintiff (for example, a ban on breeding pigeons on a balcony does not give the right to take these pigeons in favor of the plaintiff). The defendant remains within the limits of his possessions, and that is where he must remain". For more see: Ownership: actual problems / otv. ed. V.N. Litovkin, E.A. Sukhanov, V.V. Chubarov; Institute of law. and compare. jurisprudence. M., 2008. 731 p.

⁵¹⁴ Regulations on the Ministry of Agriculture of the Russian Federation "On approval of the Veterinary rules for keeping honey bees for the purpose of their reproduction, breeding, sale and use for pollination of agricultural entomophilous plants and obtaining bee products".

⁵¹⁵ According to the text of the Order of the Ministry of Agriculture of Russia dated September 23, 2021 № 645: "Places for keeping bees (hereinafter referred to as apiaries) should be located at a distance of: at least 3 m from the borders of neighbouring land plots located in settlements or in territories where citizens conduct gardening or horticulture for own needs, with the direction of the entrances in the opposite direction from the boundaries of these plots or without restrictions on the distance and direction of the entrances, provided that apiaries are separated from neighboring land plots by a continuous fence with a height of at least 2 m"; as well as clause 6.2. SP 53.13330.2019: "At the perimeter of garden plots, it is recommended to install a mesh fence 1.2 - 1.8 m high. By mutual written consent of the owners of neighbouring plots (agreed with the board of the partnership), it is possible to install fences of other types or the absence of a fence".

⁵¹⁶ This conclusion follows from the presumption of the absence of logically meaningless norms, in particular, Article 16 of the Federal Law dated December 30, 2020 № 490-FZ "On beekeeping in the Russian Federation", Articles 2,6,7 of the Federal Law of December 27, 2002 № 184-FZ "On technical regulation".

⁵¹⁷ Otherwise, the logical law of the excluded middle is violated, according to which, in the process of reasoning, any judgment is either true or false: if A is true, then it is not true – not-A. Logic establishes a connection between meaningful statements that contradict each other: one (and only one) of them is true, the other is false. In addition, a person cannot be held responsible for an act that at the time of its commission was not recognized as an offense (part 2 of article 54 of the Constitution of the Russian Federation).

3) Apart from the above, the satisfaction of a claim is contrary to the principle of legal equality of parties to civil litigation (Article 1(1) of the Civil Code). Thus, illness is only recognised as a valid reason in exceptional cases that are not subject to an expansive interpretation (e.g. when restoring procedural time limits⁵¹⁸). Otherwise, a person with disabilities is perceived as a full-fledged subject⁵¹⁹. Consequently, the presence of an insect allergy disease in the Gardener is not in itself a sufficient reason to satisfy the claim⁵²⁰.

4) The Gardener has an allergic disease.

Initial perception of the situation: The existence of an allergic disease in the Gardener is an objective reality, independent of the Beekeeper's actions. A bee sting is a random and probabilistic event. It is objectively impossible to imagine a legal regulation of the behaviour of bees, including the prohibition of bee stings, because their behaviour is subject to instinct and not law⁵²¹. All bee breeds are capable of being stung. The Beekeeper's refusal to be a beekeeper can reduce the allergen load (reduce the likelihood of sting) but not completely eliminate it, because in addition to the Beekeeper's bees in the area where the sites are located, there are bees of other beekeepers and wild bees. It is not possible to objectively determine the identity of the bee when stung.

Imitation of the judge's reasoning process: Law should always seek an adequate balance of constitutional rights. On the one hand, law protects a person's life and health (Articles 20 and 41 of the Russian Constitution), no matter how healthy he or she is. On the other hand, no matter what kind of work a person is

⁵¹⁸ According to Art. 205 of the Civil Code, Art. 112 Code of Civil Procedure.

⁵¹⁹ Separately, it should be noted that this does not mean actual equality, but legal.

⁵²⁰ A different approach (from the standpoint of charity and/or medicine) is incompatible with legal equality. So, V.A. Belov wrote about the inequality of people in terms of their physical capabilities and mental abilities: "here is a clear substitution of the thesis, because instead of legal equality, equality of a completely different nature begins to be discussed: property (economic), social [...] biological, etc. – the state in society is clearly unattainable, because their presence is a consequence of the injustice of fate, and not of other people. Attempts to eliminate such injustice will lead to clearly inconsistent conclusions: for example, the mental retardation, disability or HIV infection of at least one member of society will have to become an excuse to turn all other members of society into mentally handicapped, disabled and HIV-positive". For more see: Belov V.A. Civil law. Volume 1 General part: a textbook for academic undergraduate studies / V.A. Belov. M., 2019. P. 58.

⁵²¹ Trials of animals remained only in the history of law. See, for example: Kantorowicz Ya. A. Medieval trials of witches. Processes on animals / Ya.A. Kantorowicz. SPb., 1898. 200 p.

capable of, the right protects his or her ability to work in general (Article 37 of the Russian Federation Constitution), including the activity specifically chosen by that person. The conflict of the aforementioned constitutional rights is the true cause of the conflict and not the protection of the absolute right in rem to the land plot, because if the Gardener did not have an allergy disease, there would have been no obstacles to the use of the land plot.

In essence, the Gardener's claim is asserted to compensate for the unequal inheritance of his health. At the same time, because of the Beekeeper's activities, the probability that the Gardener will face a risk of adverse consequences is objectively increased. The beekeeper has a greater ability to control the bees, i.e. is closer to the source of the danger. This means that the Gardener is in a position to increase the risk, while the Beekeeper controls and manages the source of the risk, thus upsetting the balance of interests.

Conclusion of the interpretation: According to the formal-logical approach, the judge should deny the request for a forbidding the activities of the Beekeeper.

According to Kantorowicz's approach, the above reasoning coincides with the first stage of his judicial methodology (analysis of formal explicit law), but the final decision will be different on the grounds that the result of applying the legal provisions will be assessed by the judge as unfair⁵²², i.e. for an objectively violated right there are no rules found in the law to resolve it⁵²³. Consequently, there is a gap

⁵²² As Katharina Schmidt wrote about free-law advocates, "As an alternative to traditional approaches, they proposed turning to open judicial lawmaking in cases where the law was incomplete or ambiguous, and also in cases where its application would lead to results inconsistent with social reality or justice, according to the judges". For more see: Schmidt K.I. Law, Modernity, Crisis: German Free Lawyers, American Legal Realists, and the Transatlantic Turn to "Life", 1903–1933 [Electronic resource] // German Studies Review. 2016. P. 11-12. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3043186

⁵²³ In Russian legal science, for example, representatives of which are such well-known jurists as A.I. Pokrovsky, E.V. Vaskovsky, A.V. Zavadsky, G.F. Shershenevich, it has traditionally been customary to critically evaluate such an approach of supporters of free law, i.e., when the judge fills in the gaps, both in general and in particular. So, E.V. Vaskovsky criticized "justice" as understood by supporters of free law. He wrote: "the recognition of this or that appeal, the solution of this or that conflict between the interested parties as fair or unfair depends on the subjective assessment of the judge: an objective criterion of justice understood so differently cannot exist". See: Vaskovsky E.V. Selected works of the Polish period. M., 2016. P. 479. G.F. Shershenevich disputed the expediency and fairness of the court decision: "This tendency of our courts to take the point of view of expediency and justice, leaving aside the dictates of the law, seems to be extremely dangerous. Its harm is revealed primarily in the fact that it smooths out the shortcomings of the existing law, making them little or completely insensitive in individual cases. With this practice, it may seem that everything is going well, and the legislator turns a blind eye to reality". See: Shershenevich G. F. On the sense of legality: a public lecture given on March 10, 1897 / introductory remarks by Yu. N. Starilova. Voronezh, 2018. P. 33. A.I. Pokrovsky: "The judge, therefore, is entrusted with a task that is still unprecedented: in addition to

in the legal regulation (a substantive gap according to Kantorowicz). Therefore, the judge has to start looking for a norm, including in the free law.

According to Kantorowicz's methodology, dispute resolution requires the consistent application of a six-step hierarchy of types of law, in which the subsequent type of law applies only when the previous, "higher" one has failed to identify the rule that resolves the dispute.

However, the judge's initial action, according to Kantorowicz's methodology, must establish not only the primary objective – to identify the interests of the parties to the proceedings (both the opposing – the Gardener intends to stop the Beekeeper's activities, while the Beekeeper has the opposing interest, and the general/common one – to resolve the conflict), but also the secondary – to determine the public interest. In addition to the fact that "neighbours' disputes" are quite common, the judge must consider that a decision to deny protection of rights, keeping the actual relationship as it was before going to court, may encourage the parties to resolve the conflict unlawfully. Forcing the conflict into the extra-legal sphere cannot be recognised as achieving the common good as it would, firstly, reduce the credibility of the court and, secondly, develop a conflict situation that could involve third parties. Accordingly, when resolving a dispute, the judge must search for the "fairest and most useful" solution, taking these circumstances into account.

Stage I. Analysis of explicit formal law.

The first stage involves an analysis of explicit formal law, i.e. the acts of the legislature, the executive and the highest judicial authorities. As stated above, this

his legal functions, he must carry out economic functions; in addition to being a lawyer, he must become a universal expert on all commodity exchange, i.e. combine in himself what the most hardened and versatile businessman cannot contain [...] We will not talk about how doctrinairism or judicial caprice can flourish on this soil, but even the most conscientious judge will be constantly in a difficult situation: no matter how high demands we would be imposed on the intellectual and moral qualities of judicial personnel, we cannot demand from him economic omniscience. Every Heroenkultus' must fail here [...] Society offers only such judges as it can, and every judge, no matter how outstanding a person he may be, will inevitably be captured by political, ethical, etc. currents of his time. And under such conditions, subjectivism and partisanship will turn out to be inevitable attributes of justice". See: Pokrovsky I.A. The main problems of civil law [Electronic resource]. URL: https://civil.consultant.ru/elib/books/23/page_32.html (accessed May 2023).

stage has led to the conclusion that there is a substantive gap. Accordingly, this conclusion allows the judge to proceed to the second stage.

Stage II. Analysis of implicit formal law.

This analysis has not been carried out due to the lack of information on the custom of law that had been formed.

As Kantorowicz wrote, a formed legal custom is a prerequisite for establishing a law on its basis. Since beekeeping in Russia has been widespread and widespread for a long time, it is obvious that if a formed legal custom existed before, it was either enshrined in legislation or was known in public practice. In particular, reference may be made to historical legal monuments. For example, in § 688 of the Code of Laws of the Russian Empire “Civil Laws” it was stated: “An owner of wild and other dangerous animals must pay compensation for any damage to health or property caused by those animals, if he was guilty of neglecting them or if it is proved that precautions he took were obviously not enough”⁵²⁴. During the Soviet time, due to the dominance of state ownership, pre-existing legal practices lost their significance. In the post-Soviet period, the ongoing process of economic structural change does not allow for the assertion of an established legal custom⁵²⁵.

Stage III. Analysis of free nascent explicit law.

The judge should refer to the next in order – free nascent explicit law: to determine whether there are draft laws or laws that have been passed but have not yet entered into force, the rules of which fill the gap that has been identified.

Now let us turn to contemporary normative practice, namely, first of all, to the following two documents:

1. Resolution № 43-9 of the Inter-Parliamentary Assembly of the CIS Member States “On a Model Law on Limited Property Rights”;

⁵²⁴ Code of Laws of the Russian Empire in 16 vols. 133-134 [Electronic resource] : official website of Russian legislation. URL: <http://pravo.gov.ru/proxy/ips/?empire> (accessed March 2023).

⁵²⁵ On this e.g.: Property Law: Actual Problems / ed. by V.N. Litovkin, E.A. Sukhanov, V.V. Chubarov; Institute of Legislation and Comparative Law. In: Litikin E.N., Sukhanov E.A., Chubarov; Inst. of law and comparative law. M., 2008. 731 p.

2. Draft Law № 47538-6/5 (first reading) “On Amendments to Part One of the Civil Code of the Russian Federation”.

The Model Law “on Limited Property Rights” introduces the concept of a “negative easement”⁵²⁶. This is the right to prohibit the owner of a neighbouring plot from doing certain things. Since the Beekeeper uses his land plot and not the neighbour’s land plot (Article 274(1) of the Civil Code), it follows that the norms of the negative easement are inapplicable in resolving the dispute.

The draft law “On Making Amendments to Part One of the Civil Code of the Russian Federation” contains regulations governing the neighbouring rights according to which the Gardener shall endure “the impact coming from the neighbouring land plot” which does not exceed the established norms or, in their absence, “reasonable limits”. Only if the “impact emanating from the neighbouring plot” exceeds these limits does the Gardener have the right to bring an adverse action⁵²⁷.

Thus, at the third stage, the legal norms sought to regulate disputed neighbourhood relations were identified. At the same time, the norm in question revealed a concept that requires clarification – “reasonable limits”. Consequently, according to Kantorowicz’s methodology, in order to answer the question about its content one should again turn to explicit formal law (stage I). Thus, on the basis of the composition of the property, which under no circumstances can be foreclosed on, the minimum standard of legal protection against any claims, including neighbour’s claims, can be indirectly determined. Pursuant to Article 446 (1) (6) of the Code of Civil Procedure and Clause 2, Article 24 of the Civil Code provide that foreclosure may not be applied to bees as well as farm buildings and constructions necessary for their upkeep and used for purposes not related to business activities⁵²⁸.

⁵²⁶ On the model law “On limited property rights”. [Electronic resource] : Decision of the Interparliamentary Assembly of the CIS Member States of November 27, 2015 № 43-9 // Newsletter. Interparliamentary Assembly of the Commonwealth of Independent States. - 2016. - № 64 (Part 1). - Consultant Plus.

⁵²⁷ On Amendments to Part One of the Civil Code of the Russian Federation [Electronic resource] : draft law № 47538-6/5 // off. website of the Legislative Support System. URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/47538-6>. (accessed May 2023).

⁵²⁸ The principle of “inviolability of minimum assets” was the basis of Constitutional Court Decision of 12.07.2007 № 10-P, in which the court accepted the principle developed in the doctrine of preserving the necessary standard of

Consequently, this provision defines the inviolability of the minimum number of bees and the required structures necessary for the existence of the Beekeeper and his family, thereby defining this number of bees as the minimum “reasonable limit” that the Gardener has to put up with.

Since the rule of impossibility to limit the Beekeeper to keeping bees for his own needs has been found, the dispute can be considered resolved in this part. However, it seems clear from the background of the case that 50 beehives exceed the amount allowed for own needs, which is most likely due to the commercial activity of the Beekeeper.

Assuming that the Beekeeper’s commercial activity is fully covered by the notion of a “reasonable limit”, the result would be similar to that obtained earlier by the formal-logical approach, where one party to the dispute (the Beekeeper), retains the right to operate without restrictions, thereby increasing the risk of adverse consequences to the life and health of the other party (the Gardener), which again cannot be considered equitable. In this regard, the judge should proceed with the search.

Stage IV. Analysis of free nascent implicit law.

The analysis has not been carried out due to the lack of any specific information on the customs that have started to form as a result of social practices.

Stage V. Analysis of free desired explicit law.

According to Kantorowicz’s methodology, the judge should refer to the following “free desired explicit law” – unofficial interpretations by authoritative jurists respected in the professional legal community. Kantorowicz thought this was possible by analogy with historical examples from Roman law, where the answers of lawyers as experts in the law (*responsa prudentium*) were used in court to explain the meaning of the law.

Because Kantorowicz had no criterion for choosing between theories (except the criterion of “justice and utility”, which, however, given the large volume of

living for the debtor and his dependants, so as not to leave them out of social life if the results of their use of property are the main source of their lives.

available approaches in the doctrine, cannot be considered valid), he proposed a procedure prototyped as “*quaestiones disputatae*”⁵²⁹. This scholastic method was used to resolve contradictions between texts in order to derive new dogmas from them⁵³⁰. Thus, Kantorowicz considered it necessary for the judge not to apply an expansive interpretation, misleading the readers, but to find the rule of law, as a rule of conduct, in the existing natural-historical public space, in the unity of human social being. The search for the “fairest and most useful” norm would, therefore, focus on combining the rational elements of several concepts.

So, for example, one can refer to R. von Jhering’s concept of normal activity meeting the “criterion of reasonable patience” of neighbours. Jhering wrote: “If my neighbour suffers from nervous disorders, that is no reason to forbid me to play the piano, because for normal people such noise is quite acceptable”⁵³¹. Jhering’s approach was that playing the piano, based on the then prevailing social view of normal activity, based on the “principle of reasonable patience”, should be recognised by the judge as meeting the acceptable degree of disturbance of neighbours, despite someone having an illness exacerbated by loud noises.

A similar conflict situation was considered by R. Dworkin. According to his approach, a dispute between one person who wants to “learn a trumpet piece one evening”⁵³² and a second person who intends to “work on algebra in the flat next door”⁵³³. The question of the relative costs to each should be resolved: if refusing the plans of one is less important than refusing the plans of the other, then the former should refrain from or/and be compensated by the latter. However, if a compromise is not possible in these circumstances, everyone’s actions should minimise the

⁵²⁹ Were a special subject of Kantorowicz’s research.

⁵³⁰ A number of scholars have suggested that the *quaestiones disputatae* was the most important link between Justinian’s written law and its application in the courts of his day. Speaking of *quaestiones disputatae*, G. Berman notes: “the historical significance of these questions as a dynamic factor in the adaptation of Roman law to the changing and ever-changing attitudes and conditions was very great”. See: Berman G. J. *Western tradition of law: the era of formation* / translated from English; 2nd ed. Moscow, 1998. P. 150-151.

⁵³¹ Dozhdev, D.V. *Roman Private Law. Textbook for Higher Education Institutions* / ed. by V. S. Nersesyants. S. Nersesyants. M., 1996. P. 348.

⁵³² Dworkin R. *Empire of Law* / translated from English S. Moiseev; under the scientific ed. Ed. by S. Koval, A. Pavlov. M. 2020. P. 406.

⁵³³ Dworkin R. *Empire of Law* / translated from English S. Moiseev; under the scientific ed. Ed. by S. Koval, A. Pavlov. M. 2020. P. 406.

inequality, so that “the loser loses less”⁵³⁴. Here Dworkin defines money as the general criterion for minimisation, “not because money is most important, but because it is the most abstract, and, therefore, the best yardstick for establishing which of us will lose more resources as a result of each of the decisions we can make”⁵³⁵. Since both have roughly equal resources at their disposal, it seems reasonable to ask who will pay more: one for silence or the other for the right to muse. Dworkin writes: “This may sound soulless, appearing to reduce the joys of art and science to money, but it is a possible way of trying to approximate what we want to identify: the relative importance of the two activities for each of us within our models of what we want to do with our lives in general”⁵³⁶.

It would seem that a transductive judgement (to carry out a rule transfer by analogy) could be derived from the concepts of Jhering and Dworkin to resolve the dispute. However, the essential difference between these examples and the dispute at hand is that they do not take into account the probabilistic nature of the adverse event – the non-accident.

Another position that takes into account the probabilistic nature of the accident is considered by I.A. Pokrovsky^{537,538}: “A certain degree of decomposition of harm can perhaps only be spoken of by implementing the ‘principle of concrete justice’ in relation to the property status of the parties: with a certain ratio of property, harm may indeed be decomposed on the shoulders of both persons concerned. [...] on this idea of decomposition of harm rests, as is well known, the whole institution of insurance, which is gaining more and more importance in modern life. By creating a certain solidarity and mutual assistance between the

⁵³⁴ Dworkin R. *Empire of Law* / translated from English S. Moiseev; under the scientific ed. Ed. by S. Koval, A. Pavlov. M. 2020. P. 407.

⁵³⁵ *Ibid.*

⁵³⁶ *Ibid.* P. 408.

⁵³⁷ As A. L. Makovsky write, I. A. Pokrovskij’s work “Fundamental Problems of Civil Law” can be put on a par with R. Jhering’s “Spirit of Roman Law” and H. Kelsen’s “Pure Doctrine of Law”. For more see: See in detail: Makovsky A.L. *The dropped out link / I.A. Pokrovsky. Basic problems of civil law; 8th ed. M., 2020.P. 7.*

⁵³⁸ It should be emphasised separately that I.A. Pokrovskiy had a negative attitude towards free judicial lawmaking., He himself argued at the same time that “a lawyer should not only be a judge and an enforcer of law, but often a creator of law, a legislator, even if not in the formal sense. It is often on his shoulders to create a new rule for newly born relations”. Quoted from Makovsky A.L. *The dropped out link / I.A. Pokrovsky. Basic problems of civil law; 8th ed. M., 2020.P. 10.*

persons interested to a certain extent, this institution guarantees each of them against the blows of chance (fire, loss of livestock, etc.) and thus makes the economic activity more stable and enduring”^{539,540}.

Thus, based on the above approaches, a general rule can be formulated: “if a person carries out a lawful but potentially dangerous activity for others, the adverse consequences must be distributed among them through the institution of insurance”.

The analysis of a free desired explicit right made it possible to find an appropriate implementation mechanism to construct the rule needed to resolve the dispute. On the basis of the analysis that outlined the general ideas for its formation, the judge should proceed with the construction of the regulatory norm on his or her own.

Stage VI. Free desired implicit right.

Accordingly, a transitive (interval) rule of a general nature can be deductively drawn from the general rule: “If a landowner carries out a lawful but potentially dangerous activity for the owner of a neighbouring land plot in an amount greater than necessary for personal consumption, the consequences of an adverse event for the life and health of the latter due to an accident should be shared between them through the institution of life and health accident insurance⁵⁴¹”⁵⁴². A specific rule to resolve a dispute between the Gardener and the Beekeeper could be as follows: “If the Beekeeper keeps more bees than necessary for personal consumption and his neighbour, the Gardener, suffers from insect allergies, the Beekeeper must reimburse reasonable costs under an accidental life and health insurance contract entered into

⁵³⁹ Pokrovsky I.A..Basic problems of civil law / intr. article by A.L. Makovsky; 8th ed. Moscow, 2020. P. 189.

⁵⁴⁰ Separately, it should be noted that Pokrovsky made equal reference to the writings of German jurists. He writes about the “Gefährdungsprinzip” of M. Rumelin, who for a time was counted among the supporters of the free law movement: “Whoever by his activity increases the dangers to others above the usual level must also bear responsibility for this increase”. For more see: Pokrovsky, I. A. Basic Problems of civil law / intr. article by A.L. Makovsky; 8th ed. Moscow, 2020. P. 187-188.

⁵⁴¹ Although, at first glance, the rule on property insurance (Article 929(2) of the Russian Civil Code), which provides for the possibility to insure the risk of liability for obligations arising out of harm to the life, health or property of others, seems more relevant to the subject matter of the dispute, however, in practice, its application may cause problems due to the impossibility of proving that the harm was caused by a bee associated with the Beekeeper. Therefore, it is preferable to choose another legal mechanism – personal insurance (Art. 934 of the Civil Code).

⁵⁴² This transitive (interval) normative judgement may even later become a larger premise in a syllogism to resolve other neighbour disputes, for example in a dispute over the cultivation of plants that cause allergies in a neighbour.

in favour of the neighbour due to exposure to bees⁵⁴³. The parties may change the terms of the insurance in the future or cancel it by mutual consent”.

Apparently, through the proposed rule, through the prism of the balance of interests of the owners of neighbouring plots of land, relying on the category of reasonable court intervention in the sphere of private property, a legal means is found to balance the inalienable benefits between the parties: preservation of the capacity to work and recognition of the value of life and health in order to maximise the common good⁵⁴⁴.

The result obtained could probably have been independently deduced by the judge, but the process would have been accidental. Whereas Kantorowicz’s hierarchical judicial methodology allows the judge to refer to the whole corpus of legal rules in order to find the necessary solution and to relate it to the whole body of rules of conduct already existing in society.

The norm found is based on the method of abduction, which is based on the assumption from facts/texts to normative judgement⁵⁴⁵. Accordingly, the use of the hypothesis method should be completed by testing the hypothesis. In other words, the extent to which the discovered way of solving a dispute finds application in real life must be determined. As Kantorowicz wrote, it must be “the very solution” that “follows logically from other rules, the validity of which has already been

⁵⁴³ When allocating the burden of costs, it is worth taking into account that the Beekeeper is engaged in a profit-related activity and, therefore, can bear the costs at the lowest cost.

⁵⁴⁴ The proposed norm provides, among other things, an objective – the common good (a secondary objective according to Kantorowicz). The common good of the Beekeeper’s activities is as follows: 1) to ensure biodiversity. According to scientists from the National Research University Higher School of Economics: “In Russia the number of bees has decreased by 40% in the last 10 years. If this trend continues, bee populations may disappear as a species already by 2035 which will lead to the impossibility of breeding up to 35% of the most important crops and on the whole will cause a global environmental disaster”; 2) in increasing the crop yield of cultivated crops, because pollination is an important factor in increasing crop yield, in which honeybees contribute 85-90%. Almost all fruit and berry crops are typical entomophilous plants, which rules out the possibility that flowers pollinate with their own pollen; 3) in satisfying consumer demand for beekeeping products, which besides honey includes a list of nine products; 4) in increasing budget revenues, since commercial activities are subject to taxation. For more see: New Agroforestry Technologies for Agriculture [Electronic resource] : official website of the National Research University Higher School of Economics. URL: <https://issek.hse.ru/trendletter/news/207696712.html> (accessed 20.03.2023)

⁵⁴⁵ Regarding the application of the method of abduction in jurisprudence, A.P. Ivanova writes the following: “The adaptation of abduction to law can be seen partly as a pursuit of cognition in the field of litigation and legal dogmatic discipline and partly as a contribution to the epistemology of legal question resolution”. See more: Ivanova A.P. Legal reasoning: main characteristics and reasoning strategies (Review) // Social and Human Sciences. Domestic and foreign literature. Ser. 4, State and law: Abstract Journal. 2021. №4. P. 164.

recognised”⁵⁴⁶. Thus, the institution of insurance is reflected in the norms of compulsory social insurance against accidents at work, compulsory carrier’s liability insurance and so on. The existence of collective insurance, e.g. for employees at travelling events or for athletes⁵⁴⁷, shows that this institution is also used in social practice. Separately, the existence of personal life and health insurance against accidents, including those related to animal or insect bites, should be noted. The term “accident” usually refers to a sudden, unforeseeable, short-term event resulting in bodily injury or death⁵⁴⁸.

It is also necessary to check the consistency of the resulting norm with the previously formed legal positions of the courts, which will allow to assert the consistency of the constructed norm with the already existing judicial doctrine (according to Kantorowicz, the system of dogmas)⁵⁴⁹.

An analysis of judicial doctrines⁵⁵⁰ regarding the power of a judge to fill a gap found in the legal regulation, including the application of the civil law institution of insurance, has proved that

⁵⁴⁶ Kantorowicz H. U., Patterson E. W. Legal Science - A Summary of Its Methodology [Electronic resource]/ H.U. Kantorowicz// Columbia Law Review Association. 1928. Vol. 28. №. 6. P. 698. URL: https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents (accessed March 2023).

⁵⁴⁷ According to GELAXI Insurance, the top 3 selling packages, according to major insurance companies, include employee travel insurance for corporate retreats. See: <https://galaxyinsurance.ru/poleznoe/blog/korporativnaya-strahovka-ot-neschastnyih-sluchaev-top-3-byudjetnyih-sezonnyih-programm/> Another example is collective sportsmen’s insurance, which is used by sports clubs and schools in order to relieve athletes or their parents of material expenses by assessing sporting activities and competitions as potentially hazardous to health. See: Official website of the insurance agency "GELAXI Insurance". [Electronic resource]. URL: <https://www.insure.travel/sport/gruppovaya-strahovka-dlya-komandy> (accessed May 2023). Another example is the collective insurance of athletes used by sports clubs and schools, in order to free athletes or their parents from financial expenses by evaluating sports and competitions as potentially hazardous to health. See: Official website of the Travel Insurance Center [Electronic resource]. URL: <https://www.insure.travel/sport/gruppovaya-strahovka-dlya-komandy> (accessed May 2023).

⁵⁴⁸ For example, AlfaStrakhovanie and Ingosstrakh have such accidental life and health insurance programmes. See: The insurance program of AlfaStrakhovanie JSC [Electronic resource]. URL: <https://www.alfastrah.ru/upload/iblock/ade/adeccf1611654463b14bef2875f27dbd.pdf> (accessed May 2023) or Ingosstrakh Insurance Program [Electronic resource]. URL: <https://cdn.ingos.ru/docs/NcPravila.pdf> (accessed May 2023).

⁵⁴⁹ As H. Gadzhiev writes: “Judicial doctrine is thus a tried-and-true approach to solving specific court cases in the context of the achievements of legal science and jurisprudence, while also aiming to develop them”. Noting the important role of the Constitutional Court, he observed that “the formulation of judicial doctrine is finalised by a decision of a higher court, and in our case the Supreme Court, which finally, in a final manner, approves and formulates it or may reject it as unfounded. In both cases the decision by publication is converted into a recommended pattern for the method of deciding the case”. See more: Gadzhiev H.I. Judicial doctrines and effectiveness of law enforcement // Journal of Russian Law. 2019. № 6. P. 21.

⁵⁵⁰ The importance of judicial doctrine is noted, for example, by G.A. Gadzhiev: “Judicial decisions along with laws form the so-called ‘social capital’ thanks to which, i.e. given this legal capitalisation, countries win in economic competition in the world”. See: G.A. Gadzhiev Decisions of Russia’s Supreme Courts as a social capital / Vestnik (Herald) of Moscow University. ser. 11. law. 2015. no. 1 materials of the international scientific-practical conference

1. A judge may go beyond the claims asserted.

There is conflicting jurisprudence on the right of a judge to go beyond the claim asserted by the claimant. On the one hand, in the Arbitration Court, the Resolution of the Plenum of the Supreme Court from 23.12.2021 № 46 enshrines the position that the judge is not bound by the legal qualification of legal relations proposed by the parties to the case. For example, under the same factual circumstances the arbitration court may amend the legal qualification, i.e. instead of the norms of prohibition of activities to oblige to compensate expenses under an insurance contract, i.e. change in the legal qualification of the claim or its legal substantiation as a general rule does not constitute a change in the subject or cause of action⁵⁵¹. On the other hand, in a court of general jurisdiction, the court must rule on the claims asserted by the plaintiff and can only go beyond them in a limited number of cases. It is possible that this approach was dictated by the recent initiative of the Supreme Court to expand professional representation in civil proceedings⁵⁵².

However, paragraph 9 of the Resolution of the Plenum of the Supreme Court of 23.06.2015 № 25 “On application by the courts of certain provisions of Part I, Section 1 of the Civil Code of the Russian Federation” explains that if the court concludes that the method of protection chosen by the claimant cannot ensure restoration of the right, this circumstance is not a reason to reject the claim, and within the meaning of paragraph 1 of Article 196 of the Civil Procedure Code, the court determines which rules of law should be applied to the established circumstances. Also, according to the position contained in paragraph 3 of

“judicial reform in Russia: past, present, future” (25 November - 2 December 2014) P. 9 <https://cyberleninka.ru/article/n/resheniya-vysshih-sudov-rossii-kak-obschestvennyy-kapital>

⁵⁵¹ According to section 25 of the aforementioned ruling: “A change in the legal qualification of a claim (e.g. from a claim for damages to a claim for unjust enrichment) or in the legal basis of a claim (e.g. a claim for damages based on the rules of delivery to a claim for damages based on the rules of obligations arising out of infliction of harm) is not a change in the subject or cause of action, unless the claimant, in changing the legal qualification, also changes the claim (subject of action) and refers to a different factual circumstance (cause of action)”.

⁵⁵² The Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation has prepared a draft law which would allow only persons with a higher legal education to participate as representatives in civil proceedings in the court of first instance: “Expansion of the institution of professional representation to handle cases in the court of first instance (amendments to Article 49 of the Civil Procedure Code). This amendment is aimed at implementation of the constitutional right of citizens to qualified legal assistance (Article 48 of the Constitution of the Russian Federation)”, states the explanatory note to the document. See: Official website of the Supreme Court of the Russian Federation [Electronic resource]. URL: https://www.vsrfr.ru/press_center/mass_media/31710/ (accessed May 2023).

Resolution of the Plenum of the Supreme Court and the Supreme Arbitration Court dated 29.04.2010 № 10/22 “On some issues arising in judicial practice in resolving disputes relating to the protection of property rights and other property rights”, the Resolution of the Presidium of the Supreme Court from 24.07. 2012 № 5761/12 in case № A40-152307/10-69-1196⁵⁵³, in case the chosen method of protection of the right cannot ensure its restoration, or in case of improper formulation of the protection method by the plaintiff, in case the pursued material legal interest is obvious, the court should not dismiss the claim due to misdirection of the legal provisions, but must itself determine which legal relationship has caused the dispute and which rules are to be applied.

Accordingly, the existing system of dogma does not prevent the judge from going beyond the claims asserted and, instead of prohibiting the activity, obliging the Beekeeper to compensate the costs of the insurance contract.

2. It is permissible to burden the owner through the institution of insurance to protect the life and health of third parties⁵⁵⁴.

Further verification of the constructed rule determined that it did not contradict the existing system of judicial doctrine (the Kantorowicz system of dogma), which confirms the admissibility of burdening the Beekeeper with the obligation to share the consequences of an adverse but probabilistic event for the life and health of the Gardener as a result of an accident.

At the end of the assessment of the relevance of the resulting decision, the judge may also refer to contemporary scientific doctrine. In particular, for example,

⁵⁵³ By virtue of Article 3(1) of the Federal Law of 04.06.2014 № 8-FKZ “On Amendments to the Federal Constitutional Law ‘On Arbitration Courts in the Russian Federation’” and Article 2 of the Federal Law “On the Supreme Court of the Russian Federation”, explanations on issues of court practice given by the Plenum of the Supreme Arbitration Court are valid and binding until relevant decisions are adopted by the Plenum of the Supreme Court.

⁵⁵⁴ Constitutional Court of Russian Federation in its Decision from 31.05.2005 № 6-P, adopted in the case of verification of the Federal Law dated 25.04.2002 No. 40-FZ “On mandatory insurance of civil liability of vehicle owners” permits to encumber the owner through the institution of insurance in favour of third parties as bearing the burden of maintenance of property when it is conditioned by high risk of damage. As the court stated: “The right of ownership within the limits defined by the Constitution of the Russian Federation implies not only the possibility for the owner to exercise the rights of possession, use and disposal of property which constitute this right but also to bear the burden of maintenance of the property belonging to him (Article 210 of the Civil Code). To protect the rights of victims to compensation for damage to their life, health or property caused by the use of vehicles by others, in a legal social state with a market economy, the institute of civil liability insurance of vehicle owners is applied, based on the principle of division of liability”.

the ideas of G.A. Gadzhiev, who examined the combination of scientific methods in the search for a judicial decision, using the application of 'neighbourhood law' as an example. Gadzhiev writes that judges must be guided not only by legal logic but also economic logic and first of all by economic effectiveness⁵⁵⁵: “The judge must achieve legal goals by his decision but in the most economical and cheapest way for the whole society”⁵⁵⁶. By analysing a particular “neighbourhood dispute”⁵⁵⁷ G.A. Gadzhiev concludes that “the main legal idea to be kept in mind when resolving a dispute between neighbours is the constitutional principle of protection of private property contained in Part 1 of Article 35 of the Constitution of the Russian Federation in such an interpretation when both legal and economic considerations are aggregated”⁵⁵⁸. Although the analysed examples do not coincide with the circumstances of the Gardener and the Beekeeper case, the common method of protection of infringed rights was a negative action, which makes the above conclusions relevant. Regarding the judicial doctrine of risk allocation, G.A. Gadzhiev noted that it is based on a number of ideas: that primary rights operate in horizontal, private legal relations; protection of private property must be carried out so as to achieve the maximum common good; economic logic must be considered when making court decisions; there must be criteria used by the court to determine which party can bear the burden of contingencies, the burden of risk with the least cost to the public (i.e. the least possible cost to society)⁵⁵⁹.

G.A. Gadzhiev formulated ideas, which could serve as “criteria of public utility” for a judge to finally decide that the found norm is the most correct solution of a dispute: 1) the possibility to establish an obligation of one neighbour to pay to another a certain sum of money, which has an economic basis connected with the object of encroachment; 2) to refrain from solutions that are too expensive for

⁵⁵⁵ Gadzhiev, G.A. *Rights and Economics (Methodology)* : textbook for undergraduates / G.A. Gadzhiev. M. 2021. P. 33.

⁵⁵⁶ Ibid. P. 99.

⁵⁵⁷ In G.A. Gadzhiev's example, the object of the encroachment was the land plot on which the unauthorised building had been erected and not the health and life of the neighbour. See: Ibid. P. 236-237.

⁵⁵⁸ Ibid.

⁵⁵⁹ Gadzhiev, G.A. *Rights and Economics (Methodology)* : textbook for undergraduates / G.A. Gadzhiev. M. 2021. P. 237.

parties; 3) to put the burden of bearing of the arising risk on the party, which can bear it with the least risk to the neighbour; 4) the possibility to establish an economic base, which is connected with the object of encroachment.

Summing up the judge's possible reflections, which were constructed according to Kantorowicz's methodology, we can evaluate all possible options for resolving the dispute between the Beekeeper and the Gardener:

1. The judge may leave a conflict unresolved by denying the Gardener's claim. The main costs of this dispute resolution option, as was stated earlier, are the risk of pushing the conflict into the extra-legal sphere, an increase in the number of actors involved, as well as the deterioration of confidence in state institutions and the further development of the conflict situation.

2. Conversely, the court may grant the Gardener's claim in full, i.e. prohibit the Beekeeper from carrying out beekeeping activities without compensation from the Gardener. This decision contains a "contra legem" interpretation that violates the Beekeeper's constitutional rights, Article 24 of the Civil Code and Article 446 of the Civil Procedure Code. The costs of such a decision will be reduced social trust and an increase in litigation, as there is no statute of limitations on claims in a non-retaliation action⁵⁶⁰.

3. The court may also partially satisfy the Gardener's claim by limiting the Gardener's rights to keep bees solely to the amount needed for his personal needs with an obligation to pay monetary compensation to the Gardener, as the obligation to eliminate bees and hives imposed on the Gardener should not be a sanction, i.e. at no cost to the Gardener. In this option, the main costs would be the financial cost to the Gardener and the infringement of the rights of the Beekeeper carrying out the legally permitted activity.

4. The court may, having refused the Gardener, at the same time oblige the Beekeeper to reimburse the Gardener for the reasonable costs of the accidental life and health insurance contract. In this situation, the costs would be a reduction in the

⁵⁶⁰ According to Article 208 of the Civil Code, paragraph 7 of Resolution № 43 of the Plenum of the Supreme Court of 29.09.2015.

amount of income received by the Beekeeper due to the costs of the Gardener's personal insurance.

Obviously, the first and second solution options would cause negative social effect, because they contribute to a decrease in the confidence of entire social groups (Gardeners or Beekeepers, including those engaged in commercial activities). The second option has found its embodiment in actual Russian practice. Thus, the mental experiment was taken from the Ruling of the Judicial Board for Civil Cases of the Supreme Court of the Russian Federation of 23.11.2021 No. 10-KG21-9-K6⁵⁶¹.

When comparing all options and taking into account all possible circumstances and risks the most weighted and balanced approach appears to be the solution derived from a mental experiment using the Kantorowicz forensic methodology. This solution minimises the maximum loss, i.e. it is minimax, the optimal solution. It is accepted within the statutory regulatory constraints and on the basis of existing social practices, and is consistent with the prior judicial dogma. Also, the court decision should contribute to the growth of confidence of the participants of social relations in state institutions and the state as a whole⁵⁶². Accordingly, its social effect is obvious, due to the methodological novels, at one time defended by H. Kantorowicz.

Thus, the solution obtained by using Kantorowicz's judicial methodology enabled the judge, in line with Bacon's bee, in whose image he saw the union of

⁵⁶¹ Although the decision of the court was made in a specific dispute, it will become a model for the resolution of similar disputes, as illustrated, for example, by Ruling № 88-27241/2022 of the First Court of Cassation of General Jurisdiction of 05.12.2022, in which the court ruled that keeping an apiary near the property of a person who is allergic to bee stings is inadmissible.

⁵⁶² As A.A. Auzan writes: "Trust is not only the result of institution building, but also the result of how we understand this world [...] The conclusion of scientists is that if the level of mutual trust, that is, a positive answer to the question whether the majority of people can be trusted, would be in different countries as in Sweden, and in Sweden 60% of people respond positively to the question 'can the majority be trusted', the gross product per capita in England would be 7% higher, in Germany – 9%, in the Czech Republic – 40%, and in Russia – 69%. And this is a very big impact on economic growth". See: Auzan A.A. *Cultural Codes of the Economy: How Values Influence Competition, Democracy and People's Welfare*. M., 2022. P. 152. From Fukuyama's point of view, economic progress is a kind of "reward" to society for inner harmony. The success of a society's "self-realisation" does not depend on market principles or adherence to tradition but on "one pervasive element of culture – the level of trust that exists in society". See: Fukuyama F. *Trust: The Social Virtues and the Path to Prosperity*: Translated from English. M., 2004. P. 6.

experience and reason⁵⁶³, to find the balance between theory and practice – something that Kantorowicz called for throughout his life.

Otherwise, in the absence of a thorough methodological approach, enforcement can cause problems related to the infringement of rights and freedoms of both individuals and social groups, which is not conducive to trust in state institutions and the state as a whole.

⁵⁶³ Thus, F. Bacon noted the importance of combining empirical and dogmatic knowledge: “Those who practised the sciences were either empiricists or dogmatists. Empiricists, like the ant, only gather and are satisfied with what they gather. Rationalists, like the spider, produce cloth from themselves. The bee, on the other hand, chooses the middle way: It extracts material from garden and field flowers, but disposes of and modifies it according to its skill. The real work of philosophy is not different from this. For it does not base only or mainly on the powers of mind and does not put aside in the consciousness untouched material extracted from natural history and from mechanical experiments, but changes and modifies it in the mind. So, it is necessary to pin a good hope on a closer and more unbreakable (which has not been the case hitherto) union of these abilities – experience and intellect”. See: Bacon F. Works in 2 Vols: Vol. 2: The New Organon or True Directions for the Interpretation of Nature / ed. and introductory article by A.L. Subbotin. M., 1972. pp.58-59.

Conclusion

The reconstruction and study of Kantorowicz's ideas based on the postulates of the free law movement, of which he was one of the founders, shows that while trying to overcome the eternal conflict of positive (in the narrow sense) and natural law (including in the issue of the separation thesis), Kantorowicz proposed an alternative "third way"⁵⁶⁴, a compromise without any pretensions, but in essence he tried to find the "golden mean" between the mentioned directions of legal thought, thus only outlining a new – integrative – path in the theory of law at that time. The answer to the question of attributing the free law movement to natural law or positivist conceptions of law will, therefore, not be so clear-cut. As can be traced in the text of this paper, H. Kantorowicz's concept contains elements of various concepts built on their synthetic unity.

Acknowledging the factuality of law, while insisting on the conditional limitation of the list of rules of conduct on the basis of which the judge must make a decision, Kantorowicz, nevertheless, emphasised the constitutive influence of morality on law. Thus, seeing, on the one hand, the goals and means of filling the gaps from the perspective of sociological approach, and the basis for the validity of the legal system, on the other hand, in the modern natural law views⁵⁶⁵, we can assume, based on one possible alternative reconstruction of his ideas, that Kantorowicz's free law can be attributed to sociological positivism in its form of implementation and to a revived natural law ("natural law of the 20th century"⁵⁶⁶ as Kantorowicz wrote himself) in its justification.

⁵⁶⁴ As E.V. Timoshina notes, referring to the position of I.Yu. Kozlikhin, expressed in his work "Integral jurisprudence: debatable issues": "as a rule, the authors operate with the concepts of 'integral', 'integrative' or 'synthetic' as self-evident and synonymous". See: Timoshina E.V. How is a theory of law possible? Epistemological Foundations of the Theory of Law in the Interpretation of L. I. Petrazhitsky: Monograph / E. V. Timoshina. M., 2012. P. 90. In this case, speaking of the "third way", which is understood exclusively in the sense of the integral approach, the synonymy of concepts is implied.

⁵⁶⁵ The closest ideological approximation to H. Kantorowicz's approach to the question of the foundation of the validity of law can be found in the contemporary jurist R. Alexy and his concept of the claim of law to correctness. For more see: Alexy R. The rise and validity of law (answer to legal positivism); transl. from German. A. Laptev, F. Kalscheuer, ed. by T. Yakovlev. M., 2011. 192 p.

⁵⁶⁶ Flavius G. Der Kampf um die Rechtswissenschaft [Electronic resource]. Heidelberg, 1906. S. 12 URL: http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html (accessed March 2023).

Anticipating judicial methodology as a methodology of a purely practical nature, Kantorowicz developed a methodology for defining concepts based on his idea of the theoretical and practical nature of the doctrine of law. He introduced the requirement of definition in the form of its “usefulness”. Also his methodology allowed a new perspective on the nominality and reality of the definition of concepts, thereby raising in New Age jurisprudence the question of the key role of language as an instrument in the reality of the fluid and subjective. One could even say that Kantorowicz’s name fits into the general movement of science towards a “linguistic turn”.

Hermann Kantorowicz’s conception of judicial methodology was built on new postulates that emphasised the importance of the meta-legal foundations of law and challenged the usefulness of a purely formal-logical method in judicial doctrine. Kantorowicz’s ideas were aimed at changing the then prevailing perception of law as legal formulas detached from practical needs. The German jurist actively advocated not only bringing the practical aspect of jurisprudence closer to the theoretical, but also to other branches of knowledge which would allow the judicial process to reveal the problems of the dispute as fully as possible, thereby bringing the judgment closer to its ideal – a fair judicial decision. All this allows us to talk about the formation of a certain set of preconditions in the scientific environment, in which already then, at the turn of the epoch, changes in the paradigm of the theory of judicial activity began to emerge. Kantorowicz’s very approach to judicial methodology, and jurisprudence in general, still allowed to identify six forms of law, systematize and define them in a consistent hierarchy based on the idea of consistent application of rules in order to avoid legal conflicts.

The reconstruction of the main points of Kantorowicz’s legal theory revealed that with his judicial methodology he was the first in modern jurisprudence to conceptualise the mechanism of judicial decision-making from the perspective of free law, recognising the interdependence of legal provisions, doctrine, judicial decisions, and social facts. This conclusion was underpinned by the idea of the

integrity of a system of law based on self-generation and the recognition of the key role of rules developed by social practice.

Kantorowicz's thesis on the self-executiveness of law is based on the distinction between formal law (static), free law (dynamic) and the morality of the legal system. Thus, naturalness and positivity of law, according to Kantorowicz, exist only in interaction with each other. This connection is a relationship of continuous actualisation, with the aim of the effectiveness of legal regulation in order to achieve the ideal of justice – fairness.

The reflection of the direct continuity of Kantorowicz's ideas found its expression not only within the Anglo-American legal system, in which they were openly recognized⁵⁶⁷, but also in the theoretical and practical jurisprudence of continental law, which allows us to raise the question of the uniqueness of Kantorowicz's methodology as well as of its universality. It is possible to apply this methodology, on the one hand, within any legal system and, on the other hand, regardless of the historical epoch (this conclusion can be made on the basis of the results of a mental experiment that is based on the modern legislation of the Russian Federation).

Thus, Kantorowicz's legal doctrine was not only incorporated into the general theoretical discourse emerging under the ideas of etatist legal positivism, but also found its ideological development in modern theoretical, philosophical and legal concepts and also attracted the close attention of representatives of the judiciary in various countries.

⁵⁶⁷ His theory, formulated in the continental legal system, has been comprehended and radicalised by representatives of American legal realism.

References

I. Sources in Foreign Languages

1. Flavius, G. Der Kampf um die Rechtswissenschaft [Electronic resource] / G. Flavius. – Heidelberg : Carl Winter's Universitätsbuchhandlung, 1906. – 51 s. – Access mode : http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/gnaeus_flavius.html.
2. Kantorowicz, H. Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik [Electronic resource] / H. Kantorowicz. – Berlin : J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung GmbH, 1907. – Bd. 1. – Access mode : <https://archive.org/details/albertusgandinu00kantgoog/page/n21/mode/2up?q=Praxis>.
3. Kantorowicz, H. U. Ausgabe von Max Conrats Schrift, Römisches Recht im frühesten Mittelalter // Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung. 1913. Vol 34. S. 13-45.
4. Kantorowicz, H. Der Begriff des Rechts / übersetzt von W. Goldschmidt, G. Kastendieck. – Göttingen : Vanderhoeck & Ruprecht in Göttingen, 1963. – 114 s.
5. Kantorowicz, H. Der Geist der englischen Politik und das Gespenst der Einkreisung Deutschlands / H. Kantorowicz. – Berlin : Ernst Rowohlt, 1929. – 504 s.
6. Kantorowicz, H. Der Völkerbund im Jahre 1922 // Zeitschrift für Politik. 1924. Vol 13. 65-78 s.
7. Kantorowicz, H. Die Contra-Legem Fabel / H. Kantorowicz // Deutsche Richterzeit. – 1911. – № 258.
8. Kantorowicz, H. Fechenbachurteil und Kriegsschuldfrage // Die Friedens-Warte. 1925. Vol. 25, № 5. 142-145 s.
9. Kantorowicz, H. Geschichte des Gandinustextes. Teil 1 [Electronic resource] // Zeitschrift Der Savigny-Stiftung Für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung. 1921. Vol 42 (1). S. 1–30. DOI 10.7767/zrgra.1921.42.1.1
10. Kantorowicz, H. Hinter den Kulissen von Versailles / H. Kantorowicz // Das Tagebuch. – 1921. – Heft 50 (2). – S. 1542-1547.

11. Kantorowicz, H. U. *La Lotta per la Scienza del Diritto* / H. U. Kantorowicz; con prefazione e note del giudice R. Majetti // Milano, Palermo, Napoli : Sandron, 1908. – 40 p.
12. Kantorowicz, H. U., Patterson E. W. *Legal Science – A Summary of Its Methodology* [Electronic resource] / H. U. Kantorowicz // Columbia Law Review Association. – 1928. – Vol. 28, №. 6. – P. 679-707 – Access mode : https://www.jstor.org/stable/1113061?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents.
13. Kantorowicz, H. U. *Max Conrat (Cohn) und die mediävistische Forschung* / H. Kantorowicz. – H. Böhlau Nachf., 1912. – 67 s.
14. Kantorowicz, H. *Pazifismus und Fascismus* // *Die Friedens-Warte*. 1925. Vol. 25, № 7. P. 199-202.
15. Kantorowicz, H. U. *Rechtswissenschaft und Soziologie* / H. U. Kantorowicz. – Tübingen : Verlag von J. C. B. Mohr, 1911. – 35 s.
16. Kantorowicz, H., *Some Rationalism about Realism* [Electronic resource] / H. Kantorowicz // *Yale Law Journal*. – 1934. – Issue 8, Vol. 43. – P. 1240-1253. – Access mode: https://proxy.library.spbu.ru:4166/HOL/Page?public=true&handle=hein.journals/ylr43&div=69&start_page=1240&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults.
17. Kantorowicz, H. *The Definition of Law* / edit. by A. H. Campbell, introduction by A. L. Goodhart. – Cambridge : at the University Press, 1958. – 113 p.
18. Kantorowicz, H. *The Concept of the State* / H. Kantorowicz // *Economica*. – 1932. – № 35. – P. 1-21.
19. Kantorowicz, H. U. *Zu den Quellen des Schwabenspiegels*. // *Neues Archiv der Gesellschaft für ältere deutsche Geschichtskunde*. 1913. Vol. 38. S. 688-700.

20. Kantorowicz, H. U. Zur Lehre vom Richtigen Recht / H. U. Kantorowicz // Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie. – 1908/1909. – Vol. 2, №1. – P. 42-74.
21. Zwymann, K. Das Georgesche Gedicht / K. Zwymann. – Berlin: Dr. John Edelheim Verlag, 1902. – 153 s.

II. Books in Russian

22. Adygezalova, G. E. Sociological Jurisprudence of the United States in the Twentieth Century. Formation of doctrine, development and improvement of the legal order / G. E. Adygezalova. - Saint-Petersburg : Law Center Press, 2012. - 270 p.
23. Alexy, R. The concept and validity of law: an answer to legal positivism / translated from German. A. Laptev, F. Kalscheuer; eds. V. Bergman; scientific ed. T. Yakovleva. - Moscow : Infotropic Media, 2011. - 192 p.
24. Anthology of World Legal Thought : in 5 vol. / ed. by O. A. Zhidkova. - Moscow : The Thought, 1999. - 3 vol.
25. Auzan, A. A. Cultural codes of economy: How values influence competition, democracy and prosperity of people / A.A. Auzan. - Moscow : AST, 2022. - 160 p.
26. Belov, V. A. Civil law. T. 1. General part. Introduction to Civil Law : Textbook for Bachelor's and Master's Degree / V. A. Belov. - Ed. 3-th, revised and extended - Moscow : Publishing house Yurite, 2016. - 622 p.
27. Berman, G. Faith and law: reconciliation of law and religion / translated from English by D. Shabelnikov, M. Timenchik. - Moscow : Ad Marginem, 1999. - 431 p.
28. Berman, G. J. Western tradition of law: the era of formation / translated from English -ed. Publishing Group INFRA-M-NORMA, 1998. - 624 c.
29. Bacon, F. Works in 2 vols: T. 2: The New Organon or True Directions for the Interpretation of Nature / ed. and introductory article by A.L. Subbotin. - M. : Thought, 1972. - 575 p.

30. The Great Encyclopedic Dictionary [Electronic resource]. - Access mode: <https://dic.academic.ru/dic.nsf/enc3p/226222>.
31. Big Russian encyclopedia [Electronic resource]. - Access mode: <https://bigenc.ru/c/sanktsiia-v-prave-e674a1>.
32. Vaskovsky, E. V. Selected works of the Polish period / E. V. Vaskovsky. - Moscow : Statut, 2016. - 640 p.
33. Windsheid, B. Textbook of pendent law. Vol. I : General part / translated from German, ed. by S. V. Pachman. - St. Petersburg : A. Gieroglifov and I. Nikifor, 1874. - 361 p.
34. Gadzhiev G. A. Rights and economy (methodology) : textbook for masters / G. A. Gadzhiev. - Moscow : NORMA : INFRA-M, 2021. - 256 p.
35. Dworkin, R. Empire of law / translated from English by S. Moiseev; under scientific ed. Koval, A. Pavlov. - Moscow : The Gaidar Institute Publisher, 2020. - 592 p.
36. Dworkin R. Taking rights seriously / translated from English by M. D. Lahuti, L. B. Makeeva. - Moscow : ROSSPEN, 2004. - 389 p.
37. Dozhdev, D. V. Roman private law : textbook for universities / ed. by V. S. Nersesyants. S. Nersesyants. - Moscow : Publishing Group INFRA - M : NORMA, 1996. - 704 p.
38. Jellinek, G. The Law of the Modern State. T. 1 : The general doctrine of the state / G. Jellinek; ed. by V. M. Gessen, L. Shalland. M. Gessen, L. V. Shalland. -Saint-Petersburg : The publishing house "Public Benefit", 1903. - 532 p.
39. Zavadsky, A. V. To doctrine on the interpretation of civil laws : the latest currents on this issue in German lit. (Sch. of free law, etc.) / A. V. Zavadsky; ed. and prefaced by A. Simonin. - Kazan : typo-lit. Imperial University, 1916. - 168 p.
40. Zvegintsev, V. A. Proposition and its relation to language and speech / V. A. Zvegintsev. - Moscow : Publishing House of Moscow University, 1976. - 307 p.

41. Ihering, R. Battle for law / R. Iering. - Kiev : printing house A. K. Brun, 1893. - 96 p.
42. Ihering, R. Iering, R. Legal Technique / comp. and note by A. V. Polyakov, transl. from German. F. S. Schoendorf. - St. Petersburg, 2014. - 130 p.
43. Ihering, R. Legal technique [Electronic resource] / R. Iering. - St. Petersburg, 1905. - 105 c. - Access mode: <https://worldconstitutions.ru/?p=1565>.
44. History of legal and political doctrines : textbook / otv. ed. V. Lazarev. - ed. 3-th, amended and extended - Moscow : Jur. Norma, NIC INFRA-M, 2019. - 800 p.
45. History of political and legal doctrines : textbook / ed. by O. E. Leist. - Moscow : Zertsalo, 2000. - 688 p.
46. Kant, I. Critique of Pure Reason / trans. Kant, I. Kant: Critique of Pure Reason / trans. by N. Losskij, ed. by C.G.Arzakanyan, M.I.Itkin; preface by C.G.Arzakanyan. - Moscow : Thought, 1994. - 591 p.
47. Kantorowicz, Y. A. Medieval trials over witches. Trials over animals / Y. A. Kantorowicz. - St. Petersburg, 1898. - 200 p.
48. Karapetov, A. G. Struggle for recognition of judicial law-making in European and American law / A. G. Karapetov. - Moscow : Statut, 2011. - 308 p.
49. Cardozo, B. N. The nature of judicial activity / translated from English, introduction by S. L. Savelyev, foreword by A. G. Karapetov. - Moscow : Statut, 2017. - 112 p.
50. Kelsen, H. Pure doctrine of law / translated from German. M. V. Antonov, S. V. Lyozov. - ed. 2-e. - St. Petersburg : Aleph-Press, 2015. - 542 p.
51. Corstens, G. Courts and the rule of law. A view from the Netherlands / translated from English by D. Shabelnikov. -ed. 2-e. - Moscow, Chelyabinsk : Sotsium, 2022. - 282 p.
52. Lukovskaya G. I. Political and legal doctrines: historical and theoretical aspect / G. I. Lukovskaya. - Leningrad State University Publisher, 1985. - 161 p.

53. Moiseev, S. V. Philosophy of Law : a course of lectures / S. V. Moiseev. - Novosibirsk : Sib. Univ. ed. - 203 p.
54. Montesquieu, Charles-L. On the spirit of the laws / Montesquieu S. L.; translated by A. Mateshuk // M. : Thought, 1999. - 674 p.
55. Newest Dictionary of Philosophy [Electronic resource] / co-authored by A. A. Gritsanov. A. A. Gritsanov. - Mn: Ed. by V.M.Skakun, 1998. - 896 p. - Access mode: <https://kph.ffs.npu.edu.ua!/ebook/tpft/data/WOLG%20%23%201/1088.%20%CD%E2%E5%E9%F8%E8%E9%20%F4%E8%EB%EE%F1%EE%F4%F1%EA%E8%E9%20%F1%EB%EE%E2%E0%F0%FC/%CD%E2%E5%E9%F8%E8%E9%20%F4%E8%EB%EE%F1%EE%F4%F1%EA%E8%E9%20%F1%EB%EE%E2%E0%F0%FC.pdf> (npu.edu.ua).
56. Austin, J. Defining the field of jurisprudence. A course of lectures in jurisprudence, The Philosophy of Positive Law. Part 1. On the usefulness of the study of jurisprudence / edited by A. M. Mikhailov; preface by A. M. Korzhenyak, A. P. Zroychikova; translated from English by A. M. Korzhenyak, A. P. Zroychikova, S. N. Kasatskin. - St. Petersburg : Aletheia, 2022. - 472 p.
57. Pokrovskiy, I. A. Main problems of civil law / I. A. Pokrovskiy. - Moscow : Statut (in the series "Classics of Russian civilistics"), 1998. - 353 p.
58. The right of ownership: current issues / otv. red. N. Litovkin, E. A. Sukhanov, V. V. Chubarov; Institute of law and comparative law. - Moscow: Statut, 2008. - 731 p.
59. Ryle, G.R. The notion of consciousness / translated from English - Moscow: Idea-Press, Intellectual Book House, 1999. - 408 p.
60. Simonov, V. V. General History of the Church [Electronic resource] : in 2 vols. Vol. 1. Kn. 2. / V. V. Simonov. - Access mode: https://azbyka.ru/otechnik/Istorija_Tserkvi/obshhaja-istorija-tserkvi-tom-1-kniga-2/12.

61. Dictionary of "Antique writers". [Electronic resource] / comp. M. V. Belkin, O. Plakhotskaya. - Saint-Petersburg : Lan', 1998. - 448 p. - Access mode: <http://niv.ru/doc/dictionary/ancient-writers/fc/slovar-212.htm#zag-627>.
62. The Dictionary of Military Terms / co-compiled by A. M. Plekhov, S. G. Shapkin. A.M. Plekhov, S.G. Shapkin. - Moscow : Voenizdat, 1988. - Access mode: <http://endic.ru/ozhegov/Bitva-1751.html>.
63. Dictionary of Roman Law / V. V. Pilyaeva. - ed. 2-e. - Moscow, 2014. - 160 p.
64. Sokolov A. V. General theory of social communication : textbook. - St. Petersburg : Mikhailov V. A. Publishing House, 2002. - 461 p.
65. Sociocultural anthropology of law : a collective monograph / edited by N. A. Isaev, I. L. Chestnov. - Saint Petersburg : Aleph-Press, 2015. - 840 p.
66. Strategies of judicial interpretation and principles of law : textbook / E. V. Timoshina [and others]; ed. by E. V. Timoshina. - St. Petersburg : Publishing house of S.-Petrebrugsk. univ, 2022. - 362 p.
67. Timoshina, E.V. How is the theory of law possible? Epistemological foundations of the theory of law in the interpretation of L. I. Petrazhitsky: monograph / E. V. Timoshina. - Moscow : Yurlit inform, 2012. - 296 p.
68. Tonkov E. N. Legal realism : monograph / E. N. Tonkov, D. E. Tonkov. - Saint-Petersburg : Aletheia, 2022. - 464 p.
69. Philosophy of Law. Dictionary / ed. V. N. Zhukov. -Ed. Moscow : World of Philosophy. Algorithm, 2021. - 904 p.
70. Fukuyama, F. Trust: social virtues and the way to prosperity / F. Fukuyama; translated from English - Moscow : ACT, Ermak, 2004. - 730 p.
71. Hart, G. L. A. Philosophy and the Language of Law / co-editor, ed. B. V. V. Ogleznev, V.A. Surovtsev. - Moscow : Kanon+ROOI "Rehabilitation", 2017. - 384 p.
72. Hook, M. Legal communication / translated from English by M. V. Antonov, A. V. Polyakov. - St. Petersburg : Publishing House S.-Petersburg State University, University Publishing Consortium, 2012. - 288 p.

73. Shershenevich, G. F. On the sense of legality : a public lecture, delivered on March 10, 1897 / introduction. N. Starilov. - Voronezh : the Publishing House of VSU, 2018. - 36 p.
74. Shershenevich, G. F. Textbook of Russian civil law (according to the 1907 edition) / introductory article by E. A. Sukhanov. - Moscow : SPARK, 1995. - 556 p.
75. Steinberg, I. Z. What is the "free law movement"? (Law and Judge) : report at the Moscow Law Society / I. Z. Steinberg. - Moscow : typ. Pomansky & Zapolsky, 1914. - 29 p.
76. Ehrlich, E. The basis of sociology of law / translated from German. M. V. Antonov; under the editorship of V. G. Graftsky, Yu. G. Graftsky, I. I. Grevtsov. - Saint-Petersburg : University Publishing Consortium, 2011. - 704 p.
77. Hume, D. Works : in 2 vols. Vol. I / translated from English by S. I. Cereteli [and others]; introduction article by A. F. Gryaznov; footnotes by I. S. Narskii. - Ed. 2 nd edition, revised and supplemented. - Moscow: Mysl, 1996. - 733 p.

III. Books in foreign languages

78. Adickes, F. Zur Lehre von den Rechtsquellen insbesondere über die Vernunft und die Natur der Sache als Rechtsquellen und über das Gewohnheitsrecht / F. Adickes. – Cassel und Göttingen : Verlag von Georg H. Wigand. 1872, – 81 s.
79. Augsberg, I. Hermann Kantorowicz' Begriff des Rechts und der Rechtswissenschaft [Electronic resource] / I. Augsberg, S. Lettmaier, R. Meyer-Pritzl, – DOI 10.1628/978-3-16-159799-2.
80. Austin, J. Lectures on jurisprudence : The philosophy of positive law [Electronic resource] / J. Austin. – London : John Murray, Albemable Street, 1885. – 504 s. – Access mode: <https://archive.org/details/lecturesonjuris00campgoog/page/294/mode/2up>.

81. Bergbohm, K. Jurisprudenz und Rechtsphilosophie : kritische Abhandlungen. Bd. 1: Einleitung. Abh. 1: Das Naturrecht der Gegenwart / K. Bergbom. – Leipzig : Verlag von Duncker und Humblot, 1892. – XVI, 566 s. – Access mode: <https://archive.org/details/jurisprudenzund00berggoog/page/n587/mode/2up>.
82. Dagan, H., The Realist Conception of Law : In Reconstructing American Legal Realism & Rethinking Private Law Theory [Electronic resource] / H. Dagan. –DOI 10.1093/acprof:oso/9780199890699.003.0002.
83. Ehrlich, E. Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft : Vortrag, gehalten in der juristischen Gesellschaft in Wien am 4. März 1903 [Electronic resource] / E. Ehrlich. – Leipzig : C. L. Hirschfeld, 1903. – 40 s. – Access mode: <https://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/ehrich1frei.html>.
84. Fuchs, E. Gesammelte Schriften über Freirecht und Rechtsreform 1970-1975 : 20 kleinere Aufsätze, Besprechungen, Ehrungen und Nachrufe : in 3 Bd. / herausgegeben von Albert S. Foulkes. – Aalen, 1975. – 448 s.
85. Holmes, O.W. The Common Law [Electronic resource] / ed. by P. J. S. Pereira, D. M. Beltra. – Toronto : University of Toronto Law School. Typographical Society, 2011. – 381 p. – Access mode: <http://www.general-intelligence.com/library/commonlaw.pdf>.
86. Juristisches Wörterbuch [Electronic resource] / Gerhard Köbler. – 14 Aufl., Neubearb. – München : Verlag Franz Vahlen GmbH, 2004. – 596 s. – Access mode: <https://www.agmiw.org/wp-content/uploads/2016/05/Köbler-Juristisches-Wörterbuch-.Auflage.pdf>.
87. Mayer, M. E. Rechtsnormen und Kulturnormen / M. E. Mayer // Breslau : Schletter'sche Buchhandlung, 1903. – 156 s.
88. Muscheler, K. Hermann Ulrich Kantorowicz: Eine Biographie / K. Muscheler. – Berlin : Duncker und Humblot, 1984. – 129 s.
89. Ogden, C. K. The Meaning of Meaning: A Study of the Influence of Language upon Thought and of the Science of Symbolism / C. K. Ogden, I.

- A. Richards; with essay by B. Malinowski and F. G. Crookshank. – New York : Harcourt, Brace & World, Inc., 1923. – 363 p.
90. Silberg, S. Hermann Kantorowicz und die Freirechtsbewegung / S. Silberg. – Berlin : Logos Verlag Berlin, 2004. – IX, 175 s.
91. Stammler, R. Die Lehre von richtigen Rechte. [Electronic resource] / R. Stammler. – Berlin : J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung GmbH, 1902. – 647 s. – Access mode: <https://archive.org/details/dielehrevondemr00stamgoog/page/n7/mode/2up>
92. Stammler, R. The Theory of Justice [Electronic resource] / R. Stammler. – New York : The Macmillan Company, 1925. – 591 s. – Access mode: <https://archive.org/details/RudolfStammler1925TheTheoryOfJustice/mode/>
93. Wolff, K. H. The Sociology of Georg Simmel [Electronic resource] / K. H. Wolff. – Glencoe, Illinois : The Free Press, 1950. – 445 p. – Access mode: <https://archive.org/details/sociologyofgeorg030082mbp/mode/2up> .

IV. Scientific articles in Russian

94. Antonov M. V. On integral jurisprudence and the encyclopedia of jurisprudence / M. V. Antonov // Encyclopedia of jurisprudence or integral jurisprudence? Problems of studying and teaching - Moscow, 2013. - P. 88-98.
95. Antonov, M. V. Eugen Ehrlich : living law vs. legal pluralism? / M. V. Antonov // Jurisprudence. - 2013. - №1 (306). - P. 157-181.
96. Antonov, M. V. Way and prospects of the legal doctrine of Eugen Ehrlich / M. V. Antonov // Law. Journal of the Higher School of Economics. - 2012. - №4. - P. 39-50.
97. Antonov, M. V. Sociology of Law by Eugen Ehrlich // Jurisprudence. - 2008. - № 6. - P. 128-137.
98. Antonov M.V., Antonov M.V. Sociology of law: the birth of a new scientific discipline / M.V. Antonov // Basis of sociology of law. - Saint-Petersburg : University Publishing Consortium, 2011. - P. 9-63.

99. Antonov, M. V. Integration of knowledge about law and society in the works of Eugen Ehrlich / M. V. Antonov // State and law. - 2011. - №1. - P. 79-87.
100. Borodin E. A. The theory of "living law" in the system of modern Russian legal understanding / E. A. Borodin // Philosophy of Law. - 2014. - № 2 (14). - P. 64-70.
101. Bublik, V. A. Main trends of modern reforming of civil legislation of the Russian Federation: general characteristic, ontological and gnoseological grounds, certain types / V. A. Bublik, M. N. Semyakin. - DOI 10.17072/1995-4190-2020-50-705-737.
102. The Second Congress of German Judges // Jur. Gazette Pravo. - 1911. - № 43. - P. 2377.
103. Gadzhiev, G.A. Decisions of supreme courts of Russia as social capital / G.A. Gadzhiev // Bulletin of Moscow University. Series 11. Law. - 2015. - № 1. - P. 3-16.
104. Gajiev, H. I. Judicial doctrines and the effectiveness of law enforcement / H. I. Gajiev - DOI 10.12737/jrl.2019.6.2.
105. Zenn, M. History of law - a cultural-historical essay / translated from German. T. M. Klukanova; ed. by S. Raas. - Ed. 4-th, revised and extended - St. Petersburg : Law Institute Publishing House, 2016. - 530 p.
106. Ivanova A. P. Legal argumentation: main characteristics and reasoning strategies (Review) / A. P. Ivanova // Social and Human Sciences. Domestic and foreign literature. Ser. 4, State and law: Abstract Journal. - 2021. - №4. - P. 160-169.
107. Kasatkin S. N. Project of definition of legal concepts and conceptual status of international law: Herbert Hart doctrine / S. N. Kasatkin // Bulletin of Samara Humanitarian Academy. Series Law. - 2013. - № 2 (14). - P. 27-35.
108. Kelsen, H. The Basis of Sociology of Law / G. Kelsen // The Basis of Sociology of Law. - St. Petersburg : University Publishing Consortium, 2011. - P. 595-637.

109. Kelsen, G. Replica / G. Kelsen // Basis of sociology of law. - St. Petersburg : University Publishing Consortium, 2011. - P. 645-649.
110. Kelsen, G. Final word / G. Kelsen // Basis of sociology of law. - St. Petersburg : University Publishing Consortium, 2011. - P. 651-652.
111. Kovkel, N. F. Features of formation and development of legal linguistics in Russian prerevolutionary, Soviet and post-Soviet jurisprudence / N. F. Kovkel // Scientific works of Belarusian State Economic University : anniversary collection. - Vol. 6. - P. 490-497.
112. Krysztop, L. E. Christian Thomasius on religion and morality: the beginning of the Enlightenment in Germany / L. E. Krysztop // History of Philosophy. - 2017. - T. 22, № 2. - P. 29-43.
113. Kulikova, M. S. Hermann Kantorowicz and the school of free law: European roots of American legal realism / M. S. Kulikova // Society: Politics, Economics, Law. - 2021. - № 5 (94). - P. 72-74.
114. Kulikova M. S. The idea of judicial law-making in the work of Hermann Kantorowicz "Battle for Legal Science" (Der Kampf um die Rechtswissenschaft) / M. S. Kulikova // VOX JURIS. VOX JURIS. - 2019. - № 1(4). - P. 125-129.
115. Kulikova M. S. Methodology of Hermann Kantorowicz and classification of legal sciences / M. S. Kulikova // International Journal of Law. - 2023. – Vol. 6, № 3. - P. 150-154.
116. Kulikova M. S. Justice of judicial decision within the framework of sociological approach to law: from the history of legal thought / M. S. Kulikova // Eurasian Law Journal. - 2022. - № 5 (168). - P. 90-92.
117. Kulikova M. S. Kantorowicz's doctrine about free right - search of balance in judicial methodology / M. S. Kulikova // Law enforcement in public and private law: materials of International scientific conference. - 2022. - P. 311-315.

118. Ladov, V. A. Language in the system of artificial intelligence: syntax and semantics / V. A. Ladov // Humanitarian informatics. - 2004. - № 1. - P. 72-80.
119. Lazerson M. Y. Free judicial discretion / M. Y. Lazerson // Jur. - 1911. - № 52. - P. 2967-2974.
120. Lisanyuk E. V. Logical aspects of the presumptions of the system of law / E. V. Lisanyuk // Jurisprudence. - 2014. - № 1 (312). - C. 43-54.
121. Losev, A. F. Chaos and Structure. A. A. Takho-Godi, V. P. Troitskiy, ed. by A. A. Takho-Godi and V. P. Troitskiy. - Moscow : Mysl, 1997. - 831 p.
122. Lukin Y. M. Austrian statute of civil procedure of 1895 and the judicial system of Austria: history and conceptual foundations [Electronic resource] / Y. M. Lukin // Bulletin of civil procedure. - 2014. - № 6. - Mode of access: <https://wiselawyer.ru/poleznoe/90458-avstrijskij-ustav-grazhdanskogo-sudoproizvodstva-1895-sudebnaya-sistema?>
123. Lukovskaya G. I. Ideal judge in the legal doctrine of Hermann Kantorowicz / G. I. Lukovskaya, M. S. Kulikova // Judicial legal policy in Russia and foreign countries : a collective monograph. - 2019. - P. 413-421.
124. Lukovskaya G. I. On the evolution of views on judicial law in French jurisprudence (end of XVIII - first quarter of XX century) / G. I. Lukovskaya // Jurisprudence. - 2014. - № 4 (315). - P. 237-250.
125. Lukovskaya G. I. Subject and methodology of the history of political and legal doctrines / G. I. Lukovskaya // Jurisprudence. - 2007. - № 3. - P. 197-211.
126. Lukovskaya G. I. Free right: is there a way out of legal crisis? (on work of H. Kantorowicz "Some Rationalism about Realism") / G. I. Lukovskaya, M. S. Kulikova // Crisis phenomena in law: theory, history, ways of overcoming : a collective monograph. - 2021. - P. 124-132.

127. Martyshina N. I. Mental experiment in the philosophy of law / N. I. Martyshina // Scientific Bulletin of the Omsk Academy of the Russian Ministry of Internal Affairs. - 2013. - №3 (50). - P. 55-59.
128. Muromtsev, S. A. Court and law in civil law / S. A. Muromtsev // Juridicheskiy Vestnik. - 1880. - Book 11, p. 377-393.
129. Ogleznev, V. V. In what sense definitions can be true or false: on the work of A. Pope "Theory of definitions" / V. V. Ogleznev, V. A. Surovtsev // Bulletin of Tomsk State University. Philosophy. Sociology. Political Science. - 2017. - № 38. - P. 283-295.
130. Pakhman, S. V. About modern movement in science of law : speech at the annual meeting of the Law Society, held at St. Petersburg University, February 14, 1882 / S. V. Pakhman. - St. Petersburg : printing house of the Governing Senate, 1882. - 36 p.
131. Popper, K. The Myth of Conceptual Frame [Electronic Resource] / K. Popper // Selected Works from: Logic and the Growth of Scientific Knowledge. - M. : Progress, 1983. - Access mode: https://kph.ffs.npu.edu.ua/!e-book/clasik/data/popper/02_myth.html.
132. Potseluev, E. L. The concept and types of personal (somatic) human rights. [Electronic resource] / E. L. Potseluev, E. S. Danilova // Science. Society. Gosudarstvo. - 2015. - №1 (9). - P. 1-10. - Access mode: <https://cyberleninka.ru/article/n/ponyatie-i-vidy-lichnostnyh-somaticheskikh-prav-cheloveka/viewer>.
133. Pronina, M. P. Legal reasoning and its use in the process of proof in civil cases / M. P. Pronina // Legal Technique. - 2013. - № 7-1. - P. 295-298.
134. Puchta G.-F. Encyclopedia of law / G.-F. Puchta // German Historical School of Law. - Chelyabinsk : Socium, 2010. - P. 423-510.
135. Rozov, N. S. The principle of human protection (anthroprostasy) and current value conflicts / N. S. Rozov // Man. - 2019. - T. 30, № 2. - P. 176-190.

136. Stovba, A. V. Classical and non-classical theory of law / A. V. Stovba // Bulletin of Tomsk State University. - 2021. - № 463. - P. 251-256.
137. Taran, P. E. The idea of law and its role in the development of the doctrine of law interpretation: historical and theoretical analysis of the German legal doctrine in XIX - first half of XX century / P. E. Taran, A. D. Strunsky // Actual problems of Russian law. - 2019. - № 5 (102). - P. 11-23.
138. Timoshina E. V. Methodology of judicial interpretation: tools of weighing in the situation of human rights competition / E. V. Timoshina, A. A. Kraevskiy, D. N. Salmin // Vestnik (Herald) of Saint Petersburg University. Series 14. Law. - 2015. - Vol. 3. - P. 4-34.
139. Timoshina, E. V. L.I. Petrazhitsky VS E. Ehrlich: two projects of sociology of law / E. V. Timoshina // Jurisprudence. - 2013. - №5 (310). - P. 77-96.
140. Timoshina E. V. Judge as a new sovereign: voluntarist theory of interpretation by Michel Trooper / E. V. Timoshina // Vestnik RUDN. Series: Legal Sciences. - 2016. - №2. - P. 50-61.
141. Tikhonravov, E. Yu. The correlation of dissemination of law and analogy of law / E. Yu. Tikhonravov // Academic Journal of Law. - 2016. - №2 (64). - P. 4-10.
142. Tonkov E. N. Legal hermeneutics and practical approaches to legal interpretation / E. N. Tonkov // Legal hermeneutics in the XXI century : a collective monograph. - Saint Petersburg : Aletheia, 2016. - P. 11-39.
143. Frege, G. On sense and meaning / G. Frege // Logic and logical semantics. - Moscow : Aspect Press, 2000. - P. 230-246.
144. Zitelman, E. Gaps in law / E. Zitelman; trans. from German. Russian Yearbook of Legal Theory. 2010. - 2010. - № 3. - P. 612-628.
145. Chestnov, I. L. Realistic about legal realism : review of the monograph: Tonkov E. N., Tonkov D. E. Legal realism. SPb. : Aletheia, 2022. 464 p. / I. L. Chestnov. - DOI 10.17803/1729-5920.2022.193.12.145-153.

146. Shaveko N. A. Ethics of Discourse of Jurgen Habermas: Critical Analysis / N. A. Shaveko // Bulletin of Tomsk State University. Philosophy. Sociology. Political Science. - 2021. - № 60. - P. 126-127.
147. Ehrlich, E. Objections / E. Ehrlich // Basis of sociology of law. - St. Petersburg : University Publishing Consortium, 2011. - C. 638-644
148. Ehrlich, E. Replica / E. Ehrlich // Basis of sociology of law. - Saint Petersburg : University Publishing Consortium, 2011. - C. 650.

V. Scientific articles in foreign languages

149. Augsberg, I. Hermann Kantorowicz und die Freiheit des Rechts / I. Augsberg // 350 Jahre Rechtswissenschaftliche Fakultät der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel. – Tübingen : Mohr Siebeck, 2018. – S. 191-236.
150. Augsberg, I. Kantorowicz' Begriff des (Rechts-) Begriffs [Electronic resource] / I. Augsberg // Hermann Kantorowicz' Begriff des Rechts und der Rechtswissenschaft. – Tübingen : Mohr Siebeck. – 2020. – S. 25-38. – Access mode: https://www.mohrsiebeck.com/buch/hermann-kantorowicz-begriff-des-rechts-und-der-rechtswissenschaft-9783161597992?no_cache=1.
151. D'Amato, A. On the Connection between Law and Justice [Electronic resource] / A. D'Amato // University of California. Davis Law Review. – Vol. 26, №. 527. – 1992. – P. 10-92. – Access mode: <https://ssrn.com/abstract=1739988>.
152. Danziger, S. Extraneous factors in judicial decisions [Electronic resource] / S. Danziger, J. Levav, L. Avnaim-Pesso – DOI 10.1073/pnas.1018033108.
153. Fränkel, R. Rede im Verhandlungen der Deutschen Soziologentage / R. Fränkel // DRiZ. – 1911. – Bd. 1. – S. 53.
154. Funke, A. Er wollte nicht nur Teil einer Jugendbewegung sein: eine Interpretation des Freirechts [Electronic resource] / A. Funke // Hermann Kantorowicz' Begriff des Rechts und der Rechtswissenschaft. – Tübingen : Mohr Siebeck. – 2020. – S. 3-24. – Access mode:

- https://www.mohrsiebeck.com/buch/hermann-kantorowicz-begriff-des-rechts-und-der-rechtswissenschaft-9783161597992?no_cache=1.
155. Giltaij, J. Hermann Kantorowicz and Hans Kelsen: from debating legal sociology to constructing an international legal order / J. Giltaij – DOI 10.1080/01916599.2021.1898438.
156. Hart, H. L. A. Review on The Definition of Law by Hermann Kantorowicz, A. H. Campbell and A. L. Goodhart / The Philosophical Review. – 1960. – Vol. 69, № 2. – P. 270-272.
157. Kantorowicz, F. C. Gustav Radbruch and Hermann Kantorowicz: Two Friends and a Book – Reflections on Gnaeus Flavius' Der Kampf um die Rechtswissenschaft (1906) / F. C. Kantorowicz // German Law Journal. – Vol. 7 (7). – 2006. – P. 657-700.
158. Paulson, S. L. On the Background and Significance of Gustav Radbruch's Post-War Papers / S. L. Paulson // Oxford Journal of Legal Studies. – Vol. 26, № 1. – 2006. – P. 17-40.
159. Pound, R. Spurious Interpretation [Electronic resource] / R. Pound // Columbia Law Review. – Vol. VII, № 6. – 1907. – P. 379-386. – Access mode: <https://archive.org/details/jstor-1109940/page/n1/mode/2up>.
160. Rumpf, M. Zum jetzigen Stande der Lehre von der adäquaten Verursachung // Jherings Jahrbücher. – 1905. – № 49. – S. 333-406.
161. Schmidt, K. I. How Hermann Kantorowicz Changed His Mind About America and Its Law, 1927–34 [Electronic resource] / K. I. Schmidt – DOI 10.1017/S0738248023000020.
162. Schmidt, K. I. Law, Modernity, Crisis: German Free Lawyers, American Legal Realists, and the Transatlantic Turn to 'Life', 1903–1933 [Electronic resource] / K. I. Schmidt // German Studies Review. – 2016. – № 121. – P. 1-34. – Access mode: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3043186.

163. Weigelin, E. Legalität und Moralität / E. Weigelin // Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie. Vol. 10, № 4. 1917. pp. 367- 376.

VI. *Dissertations and abstracts of dissertations*

164. Adygezalova G. E. Sociological jurisprudence in the USA in the XX century: doctrine formation, development and improvement of the legal order: Ph. D. in law : 12.00.01 / G. E. Adygezalova. - Krasnodar, 2017. - 323 p.
165. Vasilyeva, N. S. The problem of the validity of law in the legal concept of Alpha Ross: diss. ... candidate of legal sciences : 12.00.01 / N. S. Vasilyeva. - St. Petersburg, 2019. - 256 p.
166. Gorban, V. S. Iering's legal doctrine and its interpretations : diss. ... doctor of law : 12.00.01 / V. S. Gorban - Moscow, 2019. - 578 p.
167. Didikin, A. B. Formation and development of the analytical tradition in the philosophy of law of the twentieth century : dissertation ... Doctor of Philosophy : 09.00.03 / A. B. Didikin. - Tomsk, 2016. - 270 p.
168. Lipen, S. V. Ideas of "free law" in the legal science of pre-revolutionary Russia: diss. ... kand. jurid. nauk : 12.00.01 / S. V. Lipen. - Moscow, 1994. - 240 p.
169. Lukovskaya G. I. Theoretical and methodological problems of the history of political and legal doctrines: Ph. D. in Law : 12.00.01 / G. I. Lukovskaya. - Leningrad, 1986. - 412 p.

VII. *Normative legal acts and other official documents of the Russian Federation*

170. On the Supreme Court of the Russian Federation [Electronic resource]: Federal Const. law of February 05, 2014 № 3-FKZ // The Collected Laws of the Russian Federation. - 2014. - № 6. - Art. 550. - (as amended on April 16, 2022). - "Consultant Plus".
171. On Amendments to the Federal Constitutional Law "On Arbitration Courts in the Russian Federation". Federation [Electronic resource] : The Federal Const. Law of 04 June 2014 № 8-FKZ // The Collected Laws of the Russian Federation. -2014. - № 23. - Art. 2921. - "Consultant Plus".

172. On introducing amendments to certain legislative acts of the Russian Federation [Electronic resource] : Federal Law of November 28, 2018 № 451-FZ // The Collected Laws of the Russian Federation. - 2018. - № 49. - Art. 7523. - (as revised on October 17, 2019). - "Consultant Plus".
173. On the bases of health protection of citizens in the Russian Federation [Electronic resource] : federal. law of November 21, 2011 № 323-FZ // The Collected Laws of the Russian Federation. - 2011. - № 48. - Art. 6724. - (as revised on June 11, 2022). - "Consultant Plus".
174. On beekeeping in Russian Federation [Electronic resource] : Federal Law dated December 30, 2020 № 490-FZ // The Collected Laws of the Russian Federation. - 2021. - № 1 (Part I). - Art. 29 - (as revised on June 11, 2021). - "Consultant Plus".
175. About the technical regulation [Electronic resource]: Federal Law dated December 27, 2002, № 184-FZ // The Collected Laws of the Russian Federation. - 2002. - № 52 (part I). - Art. 5140. - (in edition from Dec. 23, 2021). – "Consultant Plus".
176. On approval of Veterinary rules of keeping honey bees for their reproduction, breeding, sale and use for pollination of agricultural entomophilous plants and obtaining bee products [Electronic resource] : Order of the Ministry of Agriculture of Russia from September 23. 2021 № 645 // Official Internet-portal of legal information. - Mode of access: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001202110290033>.
177. Code of Practice. Planning and Development of the Territory of Horticulture by Citizens. Buildings and structures SP 53.13330.2019 [Electronic resource] : Order of the Ministry of Construction of Russia from October 14. 2019 № 618/p // Newsletter on normative, methodological and standard design documentation. - 2020. - № 10. – "Consultant Plus".
178. On the model law "On restricted property rights". [Electronic resource] : Resolution of the Interparliamentary Assembly of the CIS Member States of November 27, 2015 № 43-9 // Newsletter. Interparliamentary Assembly of

the Commonwealth of Independent States. - 2016. - No. 64 (part 1). – "Consultant Plus".

179. On Amendments to Part One of the Civil Code of the Russian Federation [Electronic resource] : bill No. 47538-6/5 // official website of the system of legislative activity support. - Mode of access: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/47538-6>.

VIII. Normative legal acts and other official documents of foreign states

180. Schweizerisches Zivilgesetzbuch [Electronic resource] : vom 10. Dezember 1907 // Stand am 1. Januar 2021). – Mode of access: https://www.gesetze.ch/sr/210/210_000.htm

IX. Case law and court decisions

181. In the case of checking the constitutionality of the Federal Law "On Compulsory Insurance of Civil Liability of Vehicle Owners" in connection with the requests of the State Assembly - El Kurultai of the Republic of Altai, the Volgograd Regional Duma, a group of deputies of the State Duma and a complaint from citizen S.N. Shevtsov: resolution of the Constitutional Court of the Russian Federation dated May 31, 2005 № 6-P // Official Internet portal of legal information: official website - 2005. - Access mode: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001201703300020>.

182. On the application of the Arbitration Procedure Code of the Russian Federation when considering cases in the court of first instance: resolution of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation of December 23, 2021 №. 46 // Supreme Court of the Russian Federation: official website - 2021. - Access mode: <https://www.vsrfr.ru/documents/own/30629/>.

183. On some issues arising in judicial practice in resolving disputes related to the protection of property rights and other property rights: Resolution of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation, Plenum of the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation № 10/22 dated April 29, 2010 // Supreme Court of the Russian Federation: official website - 2010. - Access mode: <https://www.vsrfr.ru/documents/own/8097/>.

184. On the application by the courts of certain provisions of Section I of Part One of the Civil Code of the Russian Federation: Decree of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation of June 23, 2015 № 25 // Supreme Court of the Russian Federation: official website - 2015. - Access mode: <https://www.vsrp.ru/documents/own/8435/>.
185. Review of judicial practice in criminal cases on crimes related to illicit trafficking in narcotic drugs, psychotropic, potent and poisonous substances: Resolution of the Presidium of the Supreme Court of the Russian Federation of June 27, 2012 // Supreme Court of the Russian Federation: official website - 2012. - Access mode: <https://www.vsrp.ru/files/14055/>.
186. On judicial practice in cases of murder (Article 105 of the Criminal Code of the Russian Federation): Resolution of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation dated January 27, 1999 №. 1: as amended by resolutions of the Plenum of February 6, 2007 № 7, April 3, 2008 № 4, December 3, 2009 № 27 and March 3, 2015 № 9) // Supreme Court of the Russian Federation: official website - 1999. - Access mode: <https://www.vsrp.ru/documents/own/7794/>.
187. The Presidium of the Supreme Court of the Russian Federation has jurisdiction over cases considered by the Judicial Collegium for Civil Cases of the Supreme Court of the Russian Federation in the exercise of supervision, only in case of violation of the unity of judicial practice: Resolution of the Presidium of the Supreme Court of the Russian Federation dated March 23, 2005 № 25pv04 // Supreme Court of the Russian Federation: official website - 2005. - Access mode: <https://www.vsrp.ru/files/10958/>.
188. Resolution of the Presidium of the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation of July 24, 2012 № 5761/12 in case № A40-152307 / 10-69-1196 // Supreme Court of the Russian Federation: official website - 2012. - Access mode: <https://vsrp.ru/documents/arbitration/20754/>.
189. Court order of the First Court of Cassation of General Jurisdiction № 88-27241/2022 № 2-3/2022 dated 05.12.2022 // First Court of Cassation of

General Jurisdiction: official website - 2022. - Access mode: https://1kas.sudrf.ru/modules.php?name=sud_delo&srv_num=1&name_op=case&case_id=29527035&case_uid=c76ad714-942f-43d4-aaee-de4f8bc3efb2&new=2800001&delo_id=2800001.

190. Court ruling of the Judicial Collegium for Civil Cases of the Supreme Court of the Russian Federation dated 11/23/2021 № 10-KG21-9-K6 // Legal information system "Legalakt - laws, codes and regulations of the Russian Federation": [legalacts.ru] - 2021 - Access mode: <https://legalacts.ru/sud/opredelenie-sudebnoi-kollegii-po-grazhdanskim-delam-verkhovnogo-suda-rossiiskoi-federatsii-ot-23112021-n-10-kg21-9-k6/>.
191. Conviction of the Kuibyshevsky District Court of St. Petersburg dated February 12, 2020 in case No. 1-29/2020 (1-387/2019) [Electronic resource] : online resource Judicial and Regulatory Acts of the Russian Federation (SudAkt). - Access mode: <https://sudact.ru/regular/doc/OsnDoE2yRHrR/?>.
192. Conviction of the Kuibyshevsky District Court of St. Petersburg dated December 16, 2020 in case No. 1-191/2020 // [Electronic resource] : Internet resource Electronic RF solutions. - Access mode: Поиск решений судов общей юрисдикции (xn--90afdbaav0bd1afy6eub5d.xn--p1ai).

X. Internet resources

193. Official site of the Supreme Court of the Russian Federation [Electronic resource]. - Mode of access: https://www.vsrfr.ru/press_center/mass_media/31719/.
194. Official website of the Nobel Committee [Electronic resource]. - Access mode: <https://www.nobelprize.org/nomination/archive/show.php?id=7398>.
195. Official website of Gelaxia Insurance Agency [Electronic resource]. - Access mode: <https://galaxyinsurance.ru/poleznoe/blog/korporativnaya-strahovka-ot-neschastnyih-sluchaev-top-3-byudjetnyih-sezonnyih-programm/>

196. Official website of the Center for Travel Insurance [Electronic resource]. - Access mode: <https://www.insure.travel/sport/gruppovaya-strahovka-dlya-komandy>
197. New Agroforestry Technologies for Agriculture [Electronic resource] : official website of NRU HSE. - Access mode: <https://issek.hse.ru/trendletter/news/207696712.html>.
198. The "procedural revolution" that lawyers have been talking about for so long has happened [Electronic resource] : Kommersant newspaper. 2020. - Access mode: <https://www.kommersant.ru/doc/4233285>.
199. Website "The best aphorisms. Winged phrases". [Electronic resource]. - Access mode: <https://aphorismos.net/phrase/ulybka-avgurov-avgura/>.
200. Code of Laws of the Russian Empire in 16 vols. 133-134 [Electronic resource] : official site of the legislation of Russian Federation. - Access mode: <http://pravo.gov.ru/proxy/ips/?empire>
201. Connection and translation of the four Gospels [Electronic resource] : site of Lev Tolstoy (1828-1910). - Access mode: <http://tolstoy-lit.ru/tolstoy/religiya/evangelie/evangelie-9.htm>.
202. Explanatory online dictionary of Russian language by D. N. Ushakov [Electronic resource]. - Access mode: <https://lexicography.online/explanatory/ushakov/a/авгурп>.
203. Academic dictionaries and encyclopaedias [electronic resource] – Access mode: https://universal_lexikon.de-academic.com/230901/Dunkler_Ehrenmann.
204. Alexy R. Hermann Kantorowicz-Lecture – Hermann Kantorowicz' geltungsfreier Rechtsbegriff [Electronic resource] : Official portal of Christian Albrecht University Kiel. – Access mode: https://www.hermann-kantorowicz-institut.uni-kiel.de/de/aktuelles/copy_of_4-hermann-kantorowicz-lecture
205. Meyer-Pritzl R. Famous scholars from Kiel: Hermann Kantorowicz [Electronic resource] : Official portal of Christian Albrecht University Kiel. –

Access mode: <https://www.uni-kiel.de/grosse-forscher/index.php?nid=kantorowicz&lang=e>