
*М. В. Антонов**

СОЦИОЛОГИЯ ПРАВА: РОЖДЕНИЕ НОВОЙ НАУЧНОЙ ДИСЦИПЛИНЫ**

Социологический подход к праву, социология права — эти понятия стали для современного правоведения определенными вехами, смысловыми ориентирами, позволяющими обозначить целое направление в дискурсе о праве. Под данными понятиями обычно понимается призыв к изучению права в его взаимосвязи с обществом, хотя контекст такой взаимосвязи может пониматься совершенно по-разному в зависимости от исходной точки исследования и выбранной методологии. Казалось бы, подобный тезис о взаимосвязи права и общества сегодня является трюизмом, поскольку трудно найти исследователя, который взял бы на себя смелость отвергнуть такую взаимосвязь и ее роль (перво- или второстепенную) для понимания права.

Но в начале XX в. ситуация в научном знании была несколько иной: несмотря на критику с разных сторон, в правоведении все еще доминировал неокантианский постулат о разделении должного и сущего, что означало исключение из понятия права всего, что связано с фактическим бытием. Право как наука о должном была невосприимчивой к социальному бытию, к фактическим отношениям. Эта граница казалась непреодолимой в ракурсе классической парадигмы знания, и поэтому призывы изучать право с точки зрения его фактичности не могли не вызвать по меньшей мере настороженности научного сообщества. Такие призывы в основном оставались на уровне лозунгов, на уровне констатации единства и неразрывности права и общества. Здесь можно вспомнить социологические взгляды Дюркгейма или Тарда на право, а также одно время набравшее силу движение свободного права, понимаемого как спонтанное саморегулирование общества. Однако таким воззрениям, частичную истинность или даже самоочевидность которых никто не оспаривал, явно не хватало

* Михаил Валерьевич Антонов — кандидат юридических наук, доцент, зав. кафедрой теории и истории права и государства Санкт-Петербургского филиала НИУ ВШЭ.

** Настоящая статья подготовлена при финансовой поддержке РГНФ в рамках научно-исследовательского гранта РГНФ «Социолого-правовая концепция Ойгена Эрлиха», проект № 08-03-00111а, а также программы «Научный фонд НИУ ВШЭ» в 2011 г. и Фонда академического развития НИУ ВШЭ — Санкт-Петербург.

методологической основы, т. е. укорененной в определенное мировоззрение системы исследовательских методов. Если употребить историческую аналогию, социологический подход к праву на рубеже XIX–XX вв. был подобен (в методологическом плане) современному экономическому анализу права, который характеризуется смешением методов и сводится по большей части к *storytelling*, к искусству юридического повествования (нарративной юриспруденции), посвященному описанию конкретных случаев и примеров связи права и экономики, а если перенестись на столетие назад, то связи права и общества.

Разумеется, как продемонстрировал Г. Д. Гурвич в 1930-х гг., идея такой связи была не нова для правоведения — историю социального права можно исчислять со времен Аристотеля или, по меньшей мере, Гроция и Лейбница.¹ Но критический рост массы знаний о социальной природе права в начале XX в. вел к необходимости систематизации этого материала, расположения его в определенной научной последовательности, нахождения смыслообразующих блоков, которые могут быть положены в основание структуры этого социального знания. Эту задачу было суждено выполнить автору «Основоположения социологии права». Как подмечает один из рецензентов, если отталкиваться только от основного тезиса указанной книги, то он может показаться бессмысленным или в лучшем случае поверхностным, но тот, кто прочтет книгу целиком, получит несколько иную картину обозначенных в книге идей.² Именно в этом плане Ойгена³ Эрлиха называют основателем социологии права, хотя и сам термин,

¹ Гурвич Г. Д. Идея социального права // Гурвич Г. Д. Избранные сочинения по социологии и философии права. СПб., 2004.

² Simpson S. P. Fundamental Principles of the Sociology of Law by Eugen Ehrlich / Transl. by W. L. Moll; With an Introduction by R. Pound // Harvard Law Review. 1937. N 51. P. 190.

³ В связи с тем, что до настоящего времени работы Эрлиха не переводились на русский язык, в научном сообществе нет однозначного подхода к транскрипции имени этого австрийского правоведа. В некоторых работах при цитировании Эрлиха его имя (*Eugen*) русифицируется и читается как *Евгений*, в других — дается в оригинальном звучании *Ойген*. Поскольку Эрлих к российской научной или культурной традиции никогда не относился, то русификация его имени представляется необоснованной. Стоит отметить, что (в отличие от различных вариантов, существовавших в дореволюционной научной литературе, чему пример прочтение имени немецкого философа Дюринга одновременно и как «Евгений», и как «Ойген») в современной российской научной традиции все более преобладает лингвистически правильное прочтение немецкого имени *Eugen*; в качестве примера можно привести общепринятую транскрипцию имени философа Ойгена Розеншток-Хюсси.

и идея о социологическом изучении права были сформулированы задолго до него. Эрлих взял на себя труд — и одновременно риск — подвести научно-методологическую базу под социологический подход к праву и создать на этой базе новую научную дисциплину — социологию права.

Следует сразу оговориться, что под «созданием» здесь не может пониматься формулирование оригинальных и ранее неизвестных посылок. До Эрлиха против засилья метафизики в праве и в защиту изменчивости, социальной вариативности права выступило немало мыслителей XIX в. Например, Иеремия Бентам — английский основоположник прагматизма, или Шарль Луи Монтескье — французский мыслитель, который в своей классической работе «О духе законов» наглядно продемонстрировал, как право, религия и другие социальные регуляторы меняются в зависимости от климата, условий жизни, хозяйства людей. В Германии большое влияние имела историческая школа права, сторонники которой искали право не в абстрактных принципах или в законодательстве, а в особом духе, присущем каждому народу, из которого и развиваются разные механизмы урегулирования социальных конфликтов, задаются общие цели развития и легитимные пути их достижения. Нельзя в связи с этим не упомянуть и о Рудольфе Иеринге с его юриспруденцией интересов, где акцент делался на разграничении интересов как основной функции права.

Социология как наука зародилась в середине XIX в. Первоначально она была связана с именами Огюста Конта и Герберта Спенсера, которые приходили к мысли о постепенном, однонаправленном движении обществ от простого к сложному, от ограничения свободы к ее раскрытию. Право в этом плане представлялось как фиксированный формальный механизм сдерживания свободы людей, на смену которому должны прийти иные, более гибкие регуляторы в виде корпоративной этики, общечеловеческой морали. В этом же ключе развивал свои мысли и самый известный теоретик отмирания государства и права — Карл Маркс. В русле социологического направления стали развиваться и иные подходы, такие как этнологические (Генри Мэн, Бронислав Малиновский) или криминологические исследования (Энрико Ферри, Габриель Тард). Бельгиец Адольф Кетле разработал первые приемы статистического анализа закономерностей социальной жизни. В Америке также рос интерес к практической стороне правовой жизни; там исследования касались преимущественно роли судей в процессе создания и применения права, системы общего,

прецедентного права (Э. Росс, Б. Кардозо, О. Холмс). Не оставались в стороне от этого движения и российские правоведы, прежде всего С. А. Муромцев, Н. А. Гредескул, Б. А. Кистяковский. Все эти попытки связать изучение права с общественнознанием вели к возникновению специальной науки — социологического изучения права. Уже в конце XIX в. итальянец Д. Анцилотти предложил название такой науки — «социология права», а француз Эмиль Дюркгейм построил цельное здание научных конструкций, объясняющих окружающие социальные явления с точки зрения их функции для поддержания устойчивости и развития общества.

Но если социологический подход к праву уже был не в новинку, то почему же Эрлих выбрал столь амбициозное название для своей работы — «Основоположение социологии права»?⁴ Объяснение кроется в том, что автор ставил перед собой магистральную задачу — создание социологии права как научной дисциплины, т. е. переход от общих рассуждений о социальных детерминантах права к научному исследованию этих детерминант, к объяснению механизма их действия, к пониманию факторов, от которых зависят действие данного механизма и сила этих детерминант.

В 1950-х гг. социология права претерпела серьезные институциональные изменения. Место исследований взаимосвязи права и общества заняли масштабные прикладные социологические исследования судебной практики, юридической деятельности, отдельных секторов правовой жизни. Социология права во многом стала прикладной дисциплиной, позволяющей собирать эмпирический (статистический) материал для его последующего анализа в рамках теории права, отраслевых юридических наук, выработки рекомендаций для проведения определенной правовой политики.

⁴ Мы переводим название этой работы («*Grundlegung der Soziologie des Rechts*») буквально, с учетом того, что такой перевод отражает основной замысел работы — попытку заложения основ, или, по данной несколько позже самим автором характеристике, «положение начал» новой дисциплины (Ehrlich E. *Die juristische Logik*. Wien, 1918. S. 113). Можно отметить, что при переводе на английский язык в 1936 г. Уолтером Моллом под руководством Р. Паунда был предложен другой вариант — «Основные принципы социологии права» (Ehrlich E. *Fundamental Principles of Sociology of Law*. New Brunswick, 1936). Как представляется, такой перевод не отражает ни авторского замысла, ни основного содержания работы, — как справедливо посетовал Н. С. Тимашев, «эта книга на самом деле не содержит никаких *основных принципов*, но скорее представляет собой серию эссе, относящихся к научной дисциплине, которую автор называет социологией права» (Timasheff N. S. *Fundamental Principles of the Sociology of Law* by Eugen Ehrlich / Transl. by W. L. Moll; With an introduction by R. Pound. Cambridge, 1936 // *American Sociological Review*. Vol. 2. N 1 (Feb., 1937). P. 120).

Но вскоре стало ясно, что для анализа этого статистического материала инструментов отраслевых наук недостаточно — необходимо связывать исследования отдельных фрагментов права с общей картиной социальной жизни. Это дало толчок для новых интересных теоретических разработок, приведших в итоге к пересмотру аксиом и догматов в понимании сущности права и правового регулирования, который происходил в западной правовой науке с 1970-х гг.⁵

Такой критический пересмотр вызвал новую волну интереса к творчеству тех мыслителей, которые ставили себе задачей критическое преодоление доминировавшего в правоведении нормативистского подхода, в частности к творчеству Эрлиха. Исследователи тех лет небезосновательно надеялись на то, что исследование идей этого мыслителя «свяжет почти забытое прошлое с новыми социолого-правовыми направлениями».⁶ В этих надеждах нет никакого преувеличения, поскольку подобного рода исследования действительно не только привели к экскурсам в историю правовой мысли, но и способствовали постановке многих новых проблемных вопросов в немецком правоведении. Возможно, и для современной российской правовой науки настало время по-новому взглянуть на широкие аспекты применения социолого-правового подхода, указанные австрийским мыслителем, — не только на сугубо социологический, но и на исторический, лингвистический, логический анализ правовой системы, механизма применения права, а также на иные, ключевые для юридической теории и практики.⁷

Оглядываясь назад и оценивая всю высказанную в адрес Эрлиха критику, следует все же признать, что эту задачу мыслитель так до конца не выполнил. Названный выше рецензент (С. П. Симпсон), оценивая значение «Основоположения» в конце 1930-х гг., с сожалением замечает, что методологические предложения Эрлиха уже в годы написания рецензии казались столь же грубыми,

⁵ *Cotterrell R.* Ehrlich at the Edge of Empire: Centres and Peripheries in Legal Studies // *Living Law: Reconsidering Eugen Ehrlich* / Ed. M. Hertogh. Oxford, UK, 2008. P. 75–94.

⁶ *König R.* Vorwort // Ehrlich E. *Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freiheitslehre.* Berlin, 1967. S. 10.

⁷ Современное значение идей таких основоположников социолого-психологического подхода к праву, как Эрлих, Петражицкий, Гурвич и Тимашев, очень хорошо отражено в статье итальянского исследователя А. Тревиño: *Treviño A. J.* Toward a General Theoretical Methodological Framework for the Sociology of Law: Another Look at the East-European Pioneers // *Sociology of Crime, Law and Deviance.* 1998. Vol. 1. P. 155–202.

сколь исследования социальной природы права Монтескье казались грубыми самому Эрлиху при написании «Основоположения», а предложенная техника исследования живого права — ненаучной во многих аспектах. Символично в этом отношении название главного научного труда Эрлиха — «Основоположение социологии права». В нем обозначена магистральная задача создания социологии права как научной дисциплины. В работе указаны определенные пути достижения этой задачи (скорее, направления движения научного исследования).

Далее этого Эрлиху в работе 1913 г. шагнуть не удалось. Да он и не ставил себе такой задачи. Несколько забегаая вперед, отметим, что «Основоположение» задумывалось как часть большого труда, в котором Эрлих планировал дать более или менее полное изложение своего методологического подхода к праву. Этим и объясняется данный парадокс: «Основоположение», которое стало классическим для новой научной дисциплины произведением, содержит очень мало собственно методологических идей.⁸ Тем не менее публикация этой книги спровоцировала многочисленные дебаты и обозначила целое направление в юриспруденции.

Судьба творческого наследия Ойгена Эрлиха сложилась довольно неоднозначно. С одной стороны, он считается основателем (или, по меньшей мере, одним из основателей) социологии права как новой научной дисциплины, с другой — его идеи долгое время игнорировались большей частью правоведов, которые зачастую приводили их в качестве примера того тупика, в который может завести социологическое видение права. В этом отношении критика Ганса Кельзена — наиболее яркий пример того непонимания, которое встречают попытки опровергнуть или хотя бы поколебать символ веры, исповедовавшийся большинством правоведов на протяжении XX в.: право есть норма, а норма есть властное предписание должного поведения. С небольшими изменениями данная позиция занимала доминирующее положение в науке о праве, хотя критические выпады представителей альтернативных течений не остались безрезультатными, в некоторой мере расшатав

⁸ Рецензируя эту книгу Эрлиха, Эрнст Нойкамп с сарказмом отмечает, что эта работа «ставила своей целью заменить новыми “социологическими” методами прежние “устаревшие” методы правоведения и правоприменения; но эта работа доказала, что такие новые методы еще не разработаны и не могут на практике заменить собой господствующие методы» (*Neukamp E. Kelsen, Hans: Hauptprobleme der Staatsrechtslehre; Ehrlich, Eugen: Grundlegung der Soziologie des Rechts // Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft. 1917. Bd. 73. S. 232*).

общепринятые воззрения. Именно эти критические выпады, в конечном счете, и привели к пересмотру аксиом и догматов в понимании сущности права и правового регулирования, который происходил в западной правовой науке начиная с 1970-х гг.⁹ Такой критический пересмотр вызвал новую волну интереса к творчеству мыслителей, ставивших себе задачей критическое преодоление доминировавшего в правоведении нормативистского подхода, в частности к творчеству Эрлиха, который исходил не из деонтического, а из фактологического описания права, понимаемого как поведение людей в социальных союзах.

В рамках отечественной теории права попытки пересмотра традиционных догматов правоведения стали особенно заметны с 1990-х гг. Публикация на русском языке классической для социологического направления работы Эрлиха сможет оказать положительное влияние на дальнейшее развитие российского теоретического правоведения и, возможно, задать новые векторы такого развития. Интересными и актуальными представляются широкие аспекты применения данного подхода, на которые указывает австрийский мыслитель, — не только сугубо социологический, но и исторический, лингвистический, логический анализ права, а также практическое применение социолого-правовых разработок при анализе правовой системы, механизма применения права и в иных ключевых для юридической теории и практики направлениях.

Помимо перевода работы Эрлиха «*Grundlegung der Soziologie des Rechts*» (1913) читатель найдет в этом издании перевод небольшой статьи Эрлиха «*Soziologie des Rechts*» (1922), которая вышла незадолго до смерти мыслителя и в которой он вкратце изложил свою социолого-правовую доктрину с некоторыми новациями по сравнению с идеями, выраженными в работе 1913 г. Опубликованная в 1922 г. на немецком языке в одном из японских изданий,¹⁰ данная статья в том же году была переиздана на английском и итальянском языках.¹¹ Учитывая утрату актуальности большей части той критики, которую Эрлих развернул в «Юридической логике»

⁹ Cotterrell R. Ehrlich at the Edge of Empire: Centres and Peripheries in Legal Studies // Living Law: Reconsidering Eugen Ehrlich / Ed. M. Hertogh. Oxford, UK, 2009. P. 75–94.

¹⁰ Ehrlich E. Die Soziologie des Rechts // Hogaku Koykai Zasshi. Tokio, 1922 (переводится по изданию: Ehrlich E. Die Soziologie des Rechts // Ehrlich E. Gesetz und lebendes Recht: Vermischte Kleinere Schriften. Berlin, 1986. S. 241–253).

¹¹ Ehrlich E. 1) The Sociology of Law // Harvard Law Review. 1922/1923. Vol. 36; 2) La Sociologia del Diritto // Rivista Internazionale di Filosofia Del Diritto. 1922. N 2.

против господствующих в его эпоху течений в юриспруденции (по большей части немецкоязычной), было принято решение отказаться от ее перевода и публикации. Но ключевая для понимания направленности и основных способов приложения теории Эрлиха работа о теории судейского усмотрения (единственный сохранившийся отрывок из третьей части задуманной Эрлихом трилогии) включена в настоящее издание. Также приводится полемика между Гансом Кельзенем и Ойгеном Эрлихом, последовавшая за публикацией в 1913 г. «Основоположения социологии права».¹² Наряду с этими основными источниками читатель найдет и наиболее яркие примеры критической оценки «Основоположения» со стороны лидеров социологического подхода к праву в XX в. — Н. С. Тимашева, Г. Д. Гурвича, Р. Коттеррелла.

Очевидно, что беспрецедентный в исторической перспективе рост значения законодательного (официального, государственного) права в XIX в. обычно принято увязывать с политическими процессами, которые вели к построению централизованных государств, претендовавших на монополию правотворческой деятельности в обществе. Эти процессы в немалой степени послужили причиной подрыва традиционных устоев правового регулирования, стали стимулом для развития новых представлений о роли государства в правовой жизни общества. Тем не менее считать политические процессы единственной первоосновой тектонических подвижек в движении правовой материи общества нельзя, поскольку наряду с развитием политических и правовых институтов общества существовали и интеллектуальные, культурные силы, которые наполняли смыслом данные институты.

Кажущаяся легкость правового регулирования посредством простого приказа суверена, которая воспринимается как данность в начале XXI в., далеко не казалась очевидной для современников тех глубоких перемен в правовой жизни Европы, которые начались два столетия назад. Представления о всемогуществе законодателя, иллюзия возможности безграничного государственного контроля за правовой жизнью тогда воспринимались, скорее, как гиперболы, а сторонники этого строя мыслей (Джон Остин и др.)

¹² *Kelsen H.* Eine Grundlegung der Rechtssoziologie // Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik. 1915. Bd. 39; *Ehrlich E.* Entgegnung // Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik. 1916. Bd. 41; *Kelsen H.* Replik // Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik. 1916. Bd. 41; *Ehrlich E.* Replik // Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik. 1916/1917. Bd. 42; *Kelsen H.* Schlusswort // Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik. 1916/1917. Bd. 42.

составляли незначительное меньшинство среди правоведов. Этот новый строй мысли все же постепенно набирал сторонников, одновременно вызывая реакцию среди тех правоведов, которым дороги были привычные метафизические схемы юридического мышления и которые стремились «возродить» естественное право.

Одновременно возникали группы ученых, которые стремились дистанцироваться и от скомпрометировавшего себя юснатурализма, и от сомнительного государственного интервенционализма, найти «объективное» основание для права в социальной жизни. Психология, социология, биология привносили все новые идеи в социальную философию, предлагая возможности построения альтернативных методологических конструкций. Не оставалась в стороне от этой «борьбы методов» (*Methodenstreit*) и философия права. С одной стороны, в конце XIX в. перед ней была поставлена задача интеграции психологии и правоведения (Л. Кнапп, Л. И. Петражицкий), с другой — для правоведов не могло пройти незамеченным зарождение новой научной дисциплины — социологии. Избавившись от статуса маргинальной социально-философской метафизики в духе Огюста Конта, она довольно быстро обрела научный статус. Ученые разных стран (в том числе такие российские исследователи, как С. А. Муромцев и Н. М. Коркунов)¹³ предприняли попытки применить социологические разработки к праву, рассмотреть право с точки зрения его роли в общественном механизме. Однако эти разработки, очень интересные в плане высказанных инновационных идей, пока не могли привести к созданию нового научного направления и остались на уровне социально-философских экскурсов; многие из таких экскурсов были весьма удачны и перспективны,¹⁴ готовя почву для «Основоположения социологии права».

Речь в книге Эрлиха идет собственно не о самой идее интеграции правоведения, психологии и науки об обществе, что в те годы уже не воспринималось как нечто оригинальное. Сущность нового подхода заключалась в утверждении статуса новой научной дисциплины, ее обособлении от других наук, в том числе и от догматического правоведения. Научное сообщество было далеко от единства в вопросе возможности создания новой методологической модели, рассматривающей право сразу с точки зрения его

¹³ Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права. СПб., 2004 (1914); Муромцев С. А. Определение и основное разделение права. СПб., 2004 (1877).

¹⁴ Gurvitch G. L'idée du droit social. Paris, 1932. P. 198 ff.

нормативной значимости и с точки зрения его фактического действия. Оживленная полемика между Гансом Кельзенем и Ойгеном Эрлихом, которую читатель найдет в приложении к настоящему изданию, — яркое тому подтверждение. Как бы то ни было, 1913 год (год публикации в Вене «Основоположения социологии права») стал официальной датой рождения новой дисциплины — социологии права, перспективы которой были отнюдь не бесспорны, а научная ценность даже век спустя с момента ее основания многим кажется сомнительной.

Ойген Эрлих прошел интересный и сложный интеллектуальный путь,¹⁵ приведший его к формированию социолого-правовой концепции. Разумеется, публикация в 1913 г. «Основоположения» стала результатом многолетних исследований ученого — из автобиографических материалов известно, что работу над этой книгой он начал в самом начале XX в.,¹⁶ а само «Основоположение» фактически было переработкой (хотя и радикальной) опубликованной в 1903 г. работы о свободном нахождении права.¹⁷ Не вдаваясь в биографические подробности начала научной карьеры мыслителя, можно процитировать краткую автобиографическую записку, подготовленную молодым ученым в 1894 г. для нужд делопроизводства Венского университета: «Я родился 14 сентября 1862 г. в Черновцах на Буковине. Я учился в гимназии города Самбор, где мой отец, ныне покойный доктор Симон Эрлих, был адвокатом. Я окончил университет в Вене, где 8 апреля 1886 г. был аттестован как доктор права. С тех пор я нахожусь в Вене в качестве стажера адвоката. Я занимаюсь преимущественно изучением современного общего права, а также историей римского права (времен первой республики). Последнее направление исследований привело меня к вопросам древнего права».¹⁸

Изначально Эрлих не имел твердой цели стать академическим ученым, особенно в такой абстрактной области, как философия права. Идя по стопам отца и поступая на юридический факультет

¹⁵ См. отзывы о личности Эрлиха со стороны его современников в работе Манфреда Ребиндера: *Rehbinder M. Eugen Ehrlich als Rechtslehrer // Проблемы философии права. 2005. Т. III. № 2. С. 140–146.*

¹⁶ См. об этом: *Rehbinder M. Einleitung // Ehrlich E. Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtsstatsachenforschung und zur Freiheitslehre. Berlin, 1967. S. 7–8.*

¹⁷ *Ehrlich E. Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft. Leipzig, 1903 // Ehrlich E. Recht und Leben. S. 170–202.*

¹⁸ Цит. по: *Rehbinder M. Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich. Berlin, 1967. S. 11.*

Львовского, а затем Венского университета,¹⁹ молодой человек планировал карьеру адвоката по гражданским делам. Но во время учебы Эрлих решает посвятить себя научным исследованиям и, после защиты диссертации «О молчаливом волеизъявлении» в 1894 г., получает должность приват-доцента римского права в Венском университете, некоторое время (1893–1896) совмещая преподавание с адвокатской деятельностью. В 1896 г. молодой ученый получает должность профессора (сначала экстраординарного, а с 1900 г. — ординарного) римского права в Черновицком университете (императорском университете Франца-Йозефа города Черновцы). В том же 1896 г. Эрлих возвращается в Черновцы, в Буковину, принадлежавшую тогда Австро-Венгерской империи.

Казалось, что сама атмосфера региона, где Эрлих провел большую часть жизни, располагала к формированию плюралистического видения права. Буковина была населена преимущественно русскими, украинцами, венграми, румынами, словаками, евреями, цыганами, рутенами, австрийцами. Австрийское культурное влияние не имело решающего значения, а немецкоязычная часть населения составляла меньшинство. Официальное судопроизводство велось на немецком языке, в соответствии с австрийским имперским правом, что зачастую препятствовало национальным меньшинствам получить доступ к суду и тем более судебную защиту нарушенным правам. Нетрудно представить, что имперское право не оказывало большого влияния на правовую жизнь региона, значительная часть которой регламентировалась обычным правом национальных и территориальных общин.²⁰ В связи с этим Эрлих отмечал: «Даже беглый взгляд на правовую жизнь данного региона убеждает, что в повседневной практике каждого из названных народов действуют совершенно разные юридические правила».²¹ Этот факт и побудил мыслителя в рамках нового учебного курса по живому праву «поднять вопрос о живом праве девяти народов, населяющих Буковину»²² и создать «Институт юридических фактов» для исследования фактической юридической практики, существовавшей в регионе.

¹⁹ Первоначально Эрлих поступил в 1879 г. в Львовский университет, где проучился два года на юридическом факультете. В 1881 г. он переводится на юридический факультет Венского университета, который заканчивает в 1883 г.

²⁰ *Ehrlich E.* 1) *Die Erforschung des lebendes Rechts* (1911) // *Ehrlich E. Recht und Leben.* S. 12 usw.; 2) *Das Lebende Recht der Völker in der Bukowina* (1912) // *Ibid.* S. 47 usw.

²¹ *Ehrlich E.* *Das Lebende Recht der Völker in der Bukowina.* S. 43.

²² *Ibid.*

Разумеется, нельзя переоценивать новизну такой постановки вопроса. Сам Эрлих признавал, что испытал сильное влияние со стороны исторической школы права и концепций таких мыслителей, как Рудольф фон Иеринг или Отто фон Гирке. Та проблематика, которая в правоведении XX в. обозначалась термином «социология права», в XIX в. заключала свое смысловое ядро в спорах об основании и механизмах действия обычного права. В первую очередь на память приходят идеи исторической школы права, когда Пухта, Савиньи и их сторонники выступили против попыток привести тогдашнее немецкое право в согласие с «духом времени», который сторонники широкой законодательной регламентации видели во французской юридической догматике. Этому законодательному порыву Пухта решил противопоставить объективные закономерности развития народа — мысль, которую он облек в концепцию «народного духа». Данная концепция исходила из единства духовных, психологических переживаний народа, его исторической памяти, общности целей развития. Все это в совокупности обозначало существование другой мысленной абстракции — общенародного убеждения, общей народной воли, которая и является первопричиной возникновения права и его силы в обществе. В этом смысле применение обычного права служило первичным индикатором состояния правовой жизни общества, на которое следовало равняться законодателю и правоведам. Создаваемые ими соответственно законы и право юристов являются лишь вторичными, искаженными проявлениями непосредственной правовой жизни общества.²³ Собственно, то же самое деление между правом юристов и обычным (живым) правом воспроизводит Эрлих в своем трактате 1913 г. Он стремится удалиться от метафизических категорий («народный дух») исторической школы и сосредоточиться на конкретно-социологическом материале («живое право»), что удастся австрийскому мыслителю далеко не полностью (см. об этом ниже).

Еще четче мысль о противоположности двух видов права была обозначена Карлом Безелером, предложившим разделять народное право, выражающее обычай в его непосредственной форме, данной в народной психологии, и право юристов, в котором обычай в профессиональном правосознании юристов облекался в форму прецедентов, юридических казусов, догматических конструкций.²⁴

²³ *Puchta G. Gewohnheitsrecht. Bd. 1–2. Erlangen, 1828–1837.*

²⁴ *Beseler C. Volkerecht und Juristenrecht. Leipzig, 1843.*

Не предполагая ставить вопрос об обязывающей силе права в ракурсе рассуждений о бесспорной императивности приказа суверена, Безелер, Виндшейд, Бринц, Вагнеров²⁵ и другие ведущие правоведы середины XIX в. искали основание действия права в общем мнении народа, *opinio necessitatis*, природа которого, правда, по-разному трактовалась каждым из теоретиков. Разброс мнений был достаточно широким: от правового убеждения до правового чувства и сознания.²⁶ Этой же логики и терминологии исследования, как увидит читатель, придерживался и Эрлих в начале XX в.

Всех теоретиков данного направления объединяло стойкое неприятие метафизической концепции народного духа, духовного общения, из которой продолжатели идей Пухты и Савиньи пытались вывести существо правового регулирования. Удачная критика этой концепции в середине XIX в. была сформулирована другим цитируемым Эрлихом мыслителем — Рейнгольдом Шмидом, который исходил из понимания права как результата сознательного регулирования отношений самими заинтересованными субъектами (*Beteiligte*). По его мнению, как обычное, так и позитивное право имеют своим источником привычку людей возводить в норму те действия, которые первоначально воспроизводятся и повторяются исключительно в силу их презюмируемой целесообразности.²⁷ Разделяя методологические постулаты исследования Шмида, Эрлих пытается раздвинуть перспективы научного анализа права и не ограничиваться регулярной повторяемостью действий и их рационализацией на уровне правового нормирования. В рамках обозначенной Эрлихом социологии права входят также нормативные факты на стадии их образования, кристаллизации поведенческих паттернов, равно как и поведение субъектов, не являющееся строго целе-рациональным и основанное, скорее, на коллективно-психологических механизмах воспроизводства знания и опыта в обществе. В этом Эрлих гораздо ближе к Гейгеру и Гурвичу, чем к немецким правоведам XIX в.

Менее удачной, но все же показательной была критика Шталя, направленная против абсолютизации правовой догмы и придания ее делениям сверхнормативного, вневременного характера. Этот католический мыслитель находил причину фактической

²⁵ *Windscheid B.* Lehrbuch des Pandektenrecht. Bd. 1. Düsseldorf, 1862; *Brinz A.* Lehrbuch der Pandekten. Bd. 1. Erlangen, 1850; *Vagnerow K. A.* Lehrbuch der Pandekten. Marburg; Leipzig, 1853.

²⁶ *Rümelin M.* Rechtsgefühl und Rechtsbewusstsein. Tübingen, 1925.

²⁷ *Schmid R.* Theorie und Methodik des bürgerlichen Rechts. Jena, 1848. S. 53 usw.

действенности обычного и любого другого права в силе объективного миропорядка, который устанавливается Божеством и воспринимается участниками правового общения как данность.²⁸ Подобный объективизм был как нельзя близок социологической мысли рубежа XIX–XX вв. — можно вспомнить, например, Конта, Дюркгейма или Спенсера. Эрлих в этом отношении занимает промежуточную позицию, стремясь соединить объективизм социологического исследования (изучения социальных организмов и вещей — на языке науки той эпохи) с субъективизмом анализа индивидуальных поведенческих стратегий в духе Габриеля Тарда. В последнем отношении можно особо отметить бесконечные призывы Эрлиха обратиться к изучению индивидуальных правовых документов и актов с тем, чтобы вывести из них социальное право; правда, это право у Эрлиха оказывалось уже сконструированным (описанным, объясненным) в ракурсе макросоциологического и исторического анализа действия правовых регуляторов.

Среди предшественников Эрлиха можно отметить еще двух нередко упоминаемых на страницах его трудов мыслителей. Следуя традициям рационализма, Франц Адикес утверждал, что сила права и источник его принудительности могут лежать только в сознании индивидов, в их стремлении связать себя и своих окружающих обязательствами.²⁹ Этим идеям вторит Август Штурм, находящий обязывающую силу права в чувстве связанности (*Gefühl des Gebundenseins*), которое рождается у субъектов права при встрече с фактическим строем общественных отношений, возникающим вследствие борьбы социальных интересов и их разумного уравнивания.³⁰ Здесь нельзя не увидеть зачатков психологической юриспруденции, потом выразившихся в системах Кнаппа и Петражицкого и особо заметных в социопсихологическом анализе правовых ценностей (справедливости).

Наиболее сильную и последовательную критику метафизических основ права (народного духа, единого правового убеждения и др.) развил известнейший немецкий мыслитель второй половины XIX в. Рудольф фон Иеринг. В противовес метафизическим концепциям он выдвинул «реалистическое» учение о праве как о защищенном интересе, существование которого приводит к формированию правового порядка как порядка отношений

²⁸ *Stahl F. J.* Philosophie des Rechts. Tübingen, 1870. 4 Aufl. S. 214.

²⁹ *Adickes F.* Zur Lehre von den Rechtsquellen. Göttingen, 1872. S. 19 usw.

³⁰ *Sturm A.* Der Kampf des Gesetzes mit der Rechtsgewohnheit. Cassel, 1877. S. 14 usw.

самостоятельных личностей, преследующих свои субъективные интересы и тем самым создающих общий объективный интерес. Такая самостоятельная деятельность субъектов права предполагает некую цель права, схватывание этой цели правовым чувством субъектами и сознательное закрепление этой цели в нормах объективного права. Правовое чувство, как схватывание и осознание своего интереса, оказывается схожим с чувством моральным, и в этом отношении Иеринг предлагает разграничение между правом и моралью по интенсивности переживаемых эмоций³¹ — идея, которая впоследствии будет воспринята и развита Эрлихом. Через несколько лет Иеринг склоняется к рассмотрению принудительной силы права в институциональном аспекте, как действия общественных органов, создающего давление на лиц с отклоняющимся от нормы поведением.³² При этом он не связывает такое институциональное принуждение именно с действием аппарата государства и допускает иные источники социально-правового давления на поведение субъектов, артегированное действие которых образует «нормативную силу фактического», нормирующую поведение индивидов. Прямые отсылки к этой идее — чуть ли не главный методологический прием обоснования социологического подхода к праву у Эрлиха.

Общим моментом критики воззрений исторической школы являлись нападки на предположения о существовании некоего коллективного субъекта, чьи мысли, чувства, сознание якобы превосходили мысли, чувства, сознание каждого из индивидуальных членов общества. Наиболее решительно против подобных философских спекуляций выступил Эрнст Цительман,³³ который продемонстрировал тщетность поиска такого коллективного сознания в понятиях «нация», «общество», «народ». Даже общее убеждение отдельных членов общества еще не приводит к созданию какого-либо права, поскольку в силу природной разобщенности индивидов их мысли, действия, побуждения необходимо разнонаправлены, а в тех случаях, когда они выражаются примерно в тех же самых направлениях, эти индивидуальные проявления воли никогда не обнаруживают постоянства и периодичности, нужных для

³¹ *Jhering R.* Geist des römischen Recht auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Leipzig, 1878. Bd. 1. S. 175 usw.

³² *Jhering R.* Der Zweck im Recht. Leipzig, 1884. Bd. 1. S. 253.

³³ Схожую критику развивали Генрих Дернбург (см., напр.: *Dernburg H.* Das bürgerliche Recht des Deutschen und Preussens. Halle, 1906. Bd. 1) и русский правовед Ю. С. Гамбаров (*Гамбаров Ю. С.* Курс гражданского права. 1911. Т. 1. С. 214 и сл.).

формирования норм.³⁴ Поэтому поиск первопричин и механизмов действия обязывающей силы права Цительман объявляет бесперспективной задачей, неизбежно ведущей в лабиринты метафизики. По мнению немецкого ученого, достаточно путем эмпирической индукции установить факт действия права и работать с этим фактом.

Здесь мы встречаемся с достаточно проработанной программой социопсихологического исследования действия права, которая будет впоследствии подробно разработана представителями социологической юриспруденции и правового реализма. Так, Цительман полагает, что юридические факты, о которых велась речь выше, образуются благодаря психологическому механизму привыкания. Определенные обстоятельства обычно ставят индивида в положение, в котором ему приходится действовать именно так, а не иначе. Регулярное повторение таких обстоятельств и связанных с ними действий приводит человека к осознанию закономерности данной связи. Следом за таким осознанием, по мнению Цительмана, появляется ощущение связанности обязанностью совершать некие действия (или не совершать их) при неких обстоятельствах. В этом корень моральных и правовых норм.³⁵ Тем самым Цительман развивает предложенную Иерингом конструкцию «нормативной силы фактического» и демонстрирует психологически врожденное человеку стремление придавать фактам нормативное значение; само же право ученый возводит к определенному роду фактам. Центральный характер подобных взглядов для формирования воззрений Эрлиха на динамику права демонстрирует единодушие двух мыслителей в вопросах о пробелах в праве.³⁶

Схожим идеям следовал и знаменитый немецкий правовед Георг Еллинек. Невозможность подвести исследование обязательной силы правовой нормы под методы аналитической юриспруденции Еллинек обосновывал субъективным характером правового убеждения, которое служит мотивом выбора для каждого субъекта права и в свою очередь основывается на стойких психологических установках человека относительно определенных фактических действий. Развивая до уровня научной концепции

³⁴ *Zitelmann E. Wohnheitsrecht und Itrum // Archiv für die civilistische Praxis. 1883. Bd. 66. S. 412 usw.*

³⁵ *Ibid. S. 446–467.*

³⁶ *Ehrlich E. Über Lücken im Recht (1888) // Ehrlich E. Recht und Leben. S. 80–169; Цительман Э. Пробелы в праве // Российский ежегодник теории права. 2009. № 2.*

заложенную Иерингом идею «нормативной силы фактического», Еллинек констатирует, что человеку свойственно рассматривать то, что его постоянно окружает, в качестве нормативного критерия оценки происходящих вокруг него событий, осмысления этих событий как «нормальных» или «отклоняющихся от нормы». ³⁷ Эта сила фактического нормирует человеческие отношения практически во всех областях культуры, включая сферы правовой и этической регламентации. Длительное осуществление единообразного поведения возводит его в ранг нормы, и именно названная черта человеческой психологии (перевод фактического в разряд нормативного) служит основанием обязывающей силы права. Если Эрлих и не полностью соглашается с исключительно психологическим объяснением механизма образования норм, то все же в значительной степени вдохновляется рассуждениями Еллинека по этому поводу, доказательством чего служат обильные цитаты на работы этого немецкого мыслителя в «Основоположении» и в других трудах Эрлиха.

Еще ближе к социологическому обоснованию валидности правовых норм подходил Эрнст Рудольф Бирлинг, который предлагал обратить внимание на факт признания нормы членами той или иной социальной общности в качестве мотивов поступков. Человек может следовать норме потому, что он знает об ее принудительности, либо потому, что признает ее обязывающий характер. Эта теория признания (*Anerkennungstheorie*) дает, по мнению Бирлинга, ключ к пониманию первоисточников происхождения и действия права в обществе. Признание в этом аспекте может быть либо добровольным, когда индивид своим выбором решает следовать некому стандарту поведения, либо непроизвольным, когда индивид подчинен норме из-за давления на него со стороны других членов его группы. ³⁸ Это, продолжает логику Бирлинга Эрлих, означает выработку двух относительно независимых друг от друга сфер права — официального и живого.

Несколько слов можно сказать о взглядах Рудольфа Штаммлера и об их связи с концепцией Эрлиха. Штаммлер считает, что действительность права отличается от действия прочих социальных регуляторов за счет принудительности и что эта характеристика права не просто сводится к возможности осуществить принуждение к неподчиняющимся, а составляет объективное свойство

³⁷ Jellinek G. *Recht des modernen Staates*. Berlin, 1921. Bd. 1. S. 337 usw.

³⁸ Bierling E. R. 1) *Juristische Prinzipienlehre*. Bd. 1–2. Freiburg, 1894, 1898; 2) *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*. Gotha, 1897.

права, принуждающее членов общности действовать согласно нормам права вне зависимости от мнений и договоренностей этих лиц.³⁹ Эта отличительная характеристика права, позволяющая отделить императивное правовое регулирование от конвенционального, не означает произвольности правовых предписаний. Признаком права в данном случае будет желание устанавливающего норму лица самому быть ею связанным; в противном же случае речь идет о произволе. Здесь, разумеется, имеются в виду первоначальные способы возникновения права, из которых выводятся действие последующих норм, их обязывающая сила. Подобный анализ субъективных и объективных механизмов правогенеза, как было показано выше, составлял один из стержневых моментов социологии права Эрлиха.

Отто фон Гирке в некоторой степени подытоживает развитие в XIX в. представлений об обязывающей силе права, и именно к этому строю мысли примыкает в своем социолого-правовом анализе Эрлих. Создать право может в своей деятельности любое органическое сообщество, т. е. длящийся союз людей, в котором существуют отношения господства и подчинения. Данные отношения основаны на общем убеждении, *opinio necessitatis*, которое свойственно тому или иному жизненному кругу лиц, принимающих участие в регулировании. Это общее убеждение производит объективные правовые нормы, которые проявляются как императивные указания, связующие индивидуальные волевые проявления и руководящие ими. Вместе с тем такое правовое убеждение должно восприниматься именно как общее для данного сообщества. То, что называется правом юристов и судебным правом, этому требованию не отвечает; лишь с течением времени единообразное и последовательное применение судами тех или иных правил создает прецедент как источник права, а правовая доктрина также только с течением времени вводит в народное убеждение некие идеи, которые таким образом становятся *opinio necessitatis*.⁴⁰

Таким образом, к началу XX в. в немецкой юриспруденции сложилось несколько подходов к объяснению валидности — основания обязательной силы права. Одни ученые принципиально воздерживались от поиска «метаисточников» права, пытались избежать выведения зависимости действия права от определенных

³⁹ Штаммлер Р. Хозяйство и право с точки зрения материалистического понимания истории: Социально-философское исследование. М., 2010 (1897).

⁴⁰ Gierke O. Deutsches Privatrecht. Leipzig, 1895. Bd. 1.

социальных явлений. Действительность права здесь устанавливается исключительно путем указания на фактическое и систематическое применение тех или иных норм. Другие мыслители к этому признаку (фактичность и систематичность применения) присовокупляли второй — общее правовое убеждение (*opinio necessitatis*), которое служит базой для формирования последовательной практики применения норм. Отдельные исследователи полагали, что основным признаком действительности правовой нормы является ее санкционирование юрисдикционными органами. Эрлих пытался найти некую общую позицию между двумя группами, сочетая в своей теории как макро- так и микросоциологические приемы исследования. Наконец, еще одна группа ученых придерживалась мнения о том, что единственным реальным признаком действительности нормы права является ее санкционирование законодателем (*Gestattungstheorie*). Как раз эту теорию Эрлих делает мишенью своего критического переосмысления «догматической юриспруденции», которое наиболее полно развернуто в «Юридической логике» (1918 г.).

Характерным представителем этого последнего подхода был Карл Биндинг, который видел в праве лишь проявление воли законодателя и в зависимости от этого предложил все право делить на проявленное и не проявленное. Проявленное право (*das gesetzte Recht*) является прямым выражением этой воли, собственно законом. Не проявленное право (*ungesetztes Recht*) указывает на волю того же самого законодательствующего субъекта (народа, монарха и т. п.), не получившую закрепления в текстах законов, но обнаруживаемую путем толкования или аналогии. С этой точки зрения, в тех случаях, когда судья заполняет пробел законодательства при разрешении конкретного дела, он не имеет дело с общей волей или общим убеждением, с фактической структурой социального контроля, а всего лишь проецирует волю законодателя на неохваченный писаным правом участок общественных отношений. Биндинг указывает на несколько способов, которыми судья может вывести, установить, презюмировать волю законодателя, — от анализа принципов законодательства до конструкции молчаливого согласия законодателя в тех случаях, когда закон не запрещает определенные отношения, а законодатель иными способами не демонстрирует своего неодобрения либо же целенаправленно дистанцируется от правового вмешательства в эту сферу. Это было выражением строго позитивистской ориентации науки о праве. Такая ориентация была тем более враждебна Эрлиху, что она

стояла на том же самом методологическом основании научного знания, что и концепция самого австрийского мыслителя.

Речь идет об общем позитивистском духе науки той поры, особенно идей социального дарвинизма и эволюционизма. Критики концепции Эрлиха сразу же указали и на другой аспект — на то, что основатель социологии права во многом примкнул к идеям и концепциям, которые в то время разрабатывались сторонниками этнологического направления в правоведении, такими как Тэйлор, Летурно, Ковалевский. Из авторов, писавших на немецком языке, это в первую очередь такие ученые, как Йозеф Маучка и Станислав Днистрянский, а также хорватский этнолог Вальтазар Богишич и болгарский исследователь Стефан Бобчев. Эрлих не скрывал, что именно Богишичу он был обязан «основной идеей своих социологических работ».⁴¹ Однако он не преминул указать на то, что данную идею он изложил в совершенно иной методологической плоскости: если для этнологов исследование ограничивалось преимущественно правовыми институтами конкретных исторических эпох и конкретных народностей, то внимание Эрлиха было сосредоточено на «отношениях более высокого культурного уровня, более насыщенной и разнообразной жизни».⁴² Здесь Эрлих подразумевал отыскание закономерностей современного правового развития. Его интересовали не конкретные этнологические или социологические исследования, а общие выводы, которые из этих исследований можно извлечь для улучшения правового регулирования и, в более узком смысле, для совершенствования законодательной деятельности. Несколько забегаая вперед, можно отметить, что таким общим выводом стали утверждение единства права и общества, а также призыв к постоянной коррекции писаного права сообразно изменениям в социальной структуре.

Именно в этом заключается основной мотив новой социолого-правовой доктрины: Эрлих неоднократно обращается к критике «вульгарного статистского воззрения»⁴³ и на многочисленных примерах из истории и современной жизни убеждает читателя в его несостоятельности. Свою критическую позицию по отношению к этой разновидности позитивизма Эрлих сформировал еще в годы учебы в Венском университете, в своей работе «О пробелах

⁴¹ Ehrlich E. Die Erforschung des lebenden Rechts (1911) // Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich. 1911. Bd. 35. S. 18–19.

⁴² Ehrlich E. Grundlegung der Soziologie des Rechts. S. 285.

⁴³ Ehrlich E. Die juristische Logik. S. 82.

в праве»⁴⁴ указав на ложность посылки об отсутствии пробелов в праве и о возможности полностью урегулировать гражданский оборот с помощью норм права государства. По мнению ученого, возникновение теории о беспробельности права было связано с рецепцией римского права, в рамках которого юристы полагали возможным найти исчерпывающие ответы на любые вопросы. По мере развития и усложнения общества и усиления роли государства авторитет римского права постепенно был перенесен на публично-властную организацию (сначала церкви, а затем и государства). Данный процесс Эрлих ассоциировал с возникновением полицейского государства в XVII в. и с сопутствующим этому процессу стремлением поставить судебный корпус под полный контроль государственной власти.⁴⁵ Этого результата предполагалось достичь через возложение на судью обязанности всегда обосновывать свое решение ссылками на текст закона — этого «не всегда справедливого, но всегда верного и предугадываемого права».⁴⁶ Разумеется, данной цели государство никогда смогло достичь по той простой причине, что в текстах закона невозможно заключить все разнообразие социальной жизни. По образному выражению Эрлиха, указанная идея подобна попытке остановить поток воды в запруде — «это будет уже не живым потоком, а застоявшейся водой».⁴⁷ Да и «любое слово неизбежно оказывается слишком несовершенным орудием мысли».⁴⁸

Действительно, к началу XX в. наукой о праве был накоплен огромный фактический материал, требовавший переосмысления.

⁴⁴ Ehrlich E. Über Lücken im Recht.

⁴⁵ Ibid. S. 151 usw.

⁴⁶ Ehrlich E. Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft. S. 186. — Данное развитие привело в XVIII в. к созданию нового типа «чиновничьего государства» (*Beamtenstaat*), основной задачей которого стала регламентация социальной жизни через законотворчество, т. е. через создание системы предписаний для своих административных и судебных органов, что позволяло в той или иной степени контролировать все общество (Ibid. S. 177–179); поэтому в современности закон стал «выражением внутренней сущности чиновничьего государства» (Ibid. S. 178).

⁴⁷ Ehrlich E. Die Soziologie des Rechts // Ehrlich E. Gesetz und lebendes Recht. S. 243.

⁴⁸ Ehrlich E. Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft. S. 192. — См. пространные и очень интересные рассуждения Эрлиха по поводу возможностей и пределов лингвистического анализа в праве в одной из его последних работ: Ehrlich E. Die richterliche Rechtsfindung auf Grund des Rechtssatzes. Vier Stücke aus dem in Vorbereitung begriffene Werke // Ehrlich E. Recht und Leben. S. 200–208. — Особенно актуальной кажется его критика попыток найти в правовых текстах и предложениях некий «объективный смысл» (Ibid.).

Работы сторонников возникшего на данной волне нового научного направления — «движения свободного права» — ярко иллюстрировали эту потребность. Но эти работы все же оставались общими программными положениями, призывами к изменению видения права, предлагавшими мало собственно методологических новаций. Можно отметить первоначальную солидарность Эрлиха с движением свободного права, которое опиралось на изучение судебной практики, находя в ней право таким, каким оно существует в действительности. По сути, речь шла о весьма сходных идеях, и если Эрлих окончательно отошел от данного движения после публикации в 1913 г. своего «Основоположения», то объясняется это скорее амбиционными претензиями мыслителя на создание новой научной дисциплины, чем какими-то существенными отличиями от идей Франсуа Жени или Германа Канторовича.⁴⁹

Отход от движения свободного права стал обозначаться после публикации программных работ об источниках права⁵⁰ и о свободном нахождении права.⁵¹ Уже в этой последней работе можно разглядеть линии, по которым ученый не поддерживает данное направление, в частности в вопросе о том, насколько «свободный поиск права» независим от законодательных предписаний. Вопреки распространенному среди последователей этого движения мнению, Эрлих полагал, что свободное нахождение права «могло иметь место только тогда, когда в действующем праве не содержалось четкого правила по тому или иному вопросу»⁵² и что сама по себе деятельность судей, вне вопроса о социальной значимости выносимых решений, еще не является правотворческой.⁵³

⁴⁹ В качестве такого отличия мыслитель указывает на необходимость проверки данных судебных актов и иных юридических документов данными непосредственного опыта (*Ehrlich E. Grundlegung der Soziologie des Rechts. S. 399–400*). Справедливости ради стоит отметить, что возможности и желательности такой проверки не исключали и теоретики свободного права, а сам Эрлих не предложил каких-либо особых методов для подобной эмпирической проверки.

⁵⁰ *Ehrlich E. Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen. Berlin, 1902.*

⁵¹ *Ehrlich E. Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft. S. 170–202.*

⁵² *Ibid. S. 187.* — В «Юридической логике» Эрлих еще более четко указал на то, что «пробел в праве значит не что иное, как отсутствие правового предложения там, где оно было бы необходимым» (*Ehrlich E. Die juristische Logik. S. 215*).

⁵³ *Ehrlich E. Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft. S. 172.* — Там же Эрлих косвенно упрекает движение свободного права в «настоящем смешении категорий свободы и связанности» (*Ibid. S. 173*). См. подробнее: *Rehbinder M. Richterliche Rechtsfortbildung in der Sicht von Eugen Ehrlich // Rehbinder M. Abhandlungen zur Rechtssoziologie. Berlin, 1995. S. 191–202.* — Мыслитель соглашается с тщетностью попыток гарантировать единообразие правовой защиты с помощью единого законодательства, «поскольку единственной гарантией судебной защиты является

Постепенно начали назревать более серьезные разногласия, обозначившиеся уже в инаугурационной речи 1906 г., посвященной обычному праву.⁵⁴ Тональность высказываний Эрлиха о свободном праве становится более критической,⁵⁵ и все сильнее начинают обозначаться идеи особого, социологического подхода к праву.⁵⁶ Эти разногласия ученый подытожил в 1911 г.: «Изучения судебных решений недостаточно для того, чтобы получить картину правовой жизни, поскольку только незначительная часть правоотношений проходит перед судами, и то только в искаженном тяжбой состоянии. Поэтому социологический метод должен был быть дополнен непосредственным наблюдением за жизнью».⁵⁷

Одним из решающих обстоятельств для формирования этого нового подхода становится замещение ученым высокой административной должности в Черновицком университете: с 1901 г. он был деканом юридического факультета, а в 1906–1907 гг. — ректором университета. Это позволяет Эрлиху осуществлять некоторые нововведения в учебных программах юридического факультета. Введение прикладных методов обучения юристов Эрлих провозгласил своей программной задачей в декабре 1906 г. при вступлении в должность ректора.⁵⁸ 28 октября 1909 г. Эрлих вводит на юридическом факультете Черновицкого университета новый учебный курс по живому праву, в рамках которого пытается совместить преподавание правовой теории с психологией, социологией и экономикой, а также предлагает поручить слушателям-юристам ведение полевых социологических исследований, прежде всего анкетирования.⁵⁹ Годом позже (в 1911 г.) вышла статья, в которой

личность судьи» (*Ehrlich E. Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft. S. 188*), но возражает против попыток противопоставить законодательство свободному нахождению права (*Ibid. S. 189*).

⁵⁴ *Ehrlich E. Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts. Inaugurationsrede. Czernowitz, 1907.*

⁵⁵ *Ehrlich E. Die freie Rechtsfindung // Das Recht. 1906. N 3. S. 35–41.*

⁵⁶ *Ehrlich E. Soziologie und Jurisprudenz // Die Zukunft. 1906. Bd. 54. S. 231–240.*

⁵⁷ *Ehrlich E. Ein Institut für lebendes Recht (1911) // Ehrlich E. Recht und Leben. S. 33.*

⁵⁸ *Ehrlich E. Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts.*

⁵⁹ См. об этом: *Rehbinder M. Eugen Ehrlichs Seminar für lebendes Recht: eine Einrichtung für die Weiterbildung von Rechtspraktikern // Проблемы філософії права. 2005. Т. III. № 2. С. 135–139.* — Как удалось установить Ребиндеру, организуемый Эрлихом семинар не был учебным университетским курсом — речь шла об организации занятий для лиц, уже имеющих юридическое образование, преимущественно практикующих юристов. Иными словами, семинар Эрлиха по живому праву представлял собой форму повышения квалификации (*Ibid.*).

ученый ввел в научный оборот само понятие «живое право» (*lebendes Recht*).⁶⁰

Здесь стоит отметить довольно тонкое различие, которое Эрлих проводит между двумя смежными понятиями: «живое право» и «социальное право». ⁶¹ Первое Эрлих определял через отрицание: «Живое право является правом, не закрепленным в правовых предложениях». ⁶² Иными словами, живым правом является все то, что не зафиксировано, все то, что непосредственно образуется в ходе правового общения (здесь Эрлих соглашается с предложенным Ф. Жени разделением данного и сконструированного в праве). ⁶³ Несколько иную трактовку живого права предлагает М. Ребиндер, который считает, что под этим термином Эрлих понимал подвижное равновесие правовых систем общества (систем права разных союзов, разных правопорядков — государственного, социального, юридического). ⁶⁴ Более точным представляется воззрение Гуго Зинцгеймера, который считал, что живое право означало для Эрлиха «усиленное через правовые предложения социальное право, которое представляет все право в аспекте его социальной действительности, а не в аспекте нормативных претензий права на действительность». ⁶⁵

Неоднозначное содержание имеет и термин «социальное право», введенный в оборот в 1906 г. Социальное право отождествлялось с обычным правом и определялось как «жизненные формы, которые возникают независимо от государственного вмешательства и которые через действующие жизненные силы становятся основой для государственного, экономического и социального порядка». ⁶⁶ По большому счету, первый из терминов был введен

⁶⁰ Ehrlich E. Die Erforschung des lebenden Rechts. S. 129–147. — Через год это направление идей о живом праве будет развито в работе «*Das Lebende Recht der Völker in der Bukowina*».

⁶¹ В качестве дополнительного признака разграничения этих понятий мыслитель указывает на то, что живое право является прежде всего результатом индивидуального поведения и доступно для индивидуализированного наблюдения во множестве своих проявлений, тогда как социальное право существует на более высоком уровне социального единства и требует обобщения, абстрагирования от конкретных казусов (Ehrlich E. Grundlegung der Soziologie des Rechts. S. 405).

⁶² Ibid. S. 399.

⁶³ Хотя Эрлих утверждает, что пришел к этому разделению независимо от Жени: Ehrlich E. Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft. S. 170–172.

⁶⁴ Rehbinder M. Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich. S. 64.

⁶⁵ Sinzheimer H. Jüdische Klassiker der deutschen Rechtswissenschaft. Frankfurt/M, 1953. S. 187.

⁶⁶ Ehrlich E. Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts. S. 28. — Это определение сохраняется и в «Основоположении», где Эрлих намеренно использует только поня-

для описания права в его фактической действительности, в динамике конкретных социальных процессов и вытекающих из них казусов, тогда как термин «социальное право» описывал право в его общезначимости, с точки зрения его регулятивной функции как инструмента «управления обществом».

Если обратиться к методам, которые Эрлих предлагал в рамках новой научной дисциплины, то решающую роль было призвано играть наблюдение, а сама социология права должна была стать «основанной на наблюдении наукой» (*Beobachtungswissenschaft*). «Живое наблюдение юридически значимых человеческих отношений, обобщение данных такого наблюдения и выведение из этого норм решения — с научной точки зрения это и составляет компетенцию юриспруденции».⁶⁷ Эрлих выделяет три основных объекта, которые могут изучаться с помощью наблюдения: юридические факты, правовые предложения и правообразующие силы общества.

Для наблюдения юридических фактов особенное значение имеет изучение судебных решений и правовых документов, а также участвующее наблюдение.

Правовые предложения также могут стать источником эмпирического знания о праве, которое можно получить через наблюдение действия однотипных предложений в контексте разных правовых культур — такое наблюдение позволяет определить, что же является действительным правом того или иного общества (разумеется, это не исключает и другого аспекта изучения правовых предложений — догматического).

Третьим основным объектом наблюдения предполагаются правообразующие силы общества, т. е. те социальные процессы, которые ведут к созданию и изменению права. К числу правообразующих сил Эрлих относит в первую очередь «властные отношения в обществе», а также географические, экономические, психологические и иные факторы.⁶⁸ Их изучение возможно с помощью методов других социальных наук, выводы которых, по убеждению мыслителя, могут легко быть интегрированы в социологию

тие «социальное право» из-за чрезмерной многозначности, присущей, по мнению ученого, термину «обычное право» (*Ehrlich E. Grundlegung der Soziologie des Rechts. S. 379 usw.*).

⁶⁷ *Ehrlich E. Grundlegung der Soziologie des Rechts. S. 385.*

⁶⁸ Данный список намеренно оставлен открытым, поскольку значимыми для правогеиза могут стать и идеальные факторы — Эрлих считает материалистическое мировоззрение «чрезмерно узким» и никоим образом не сводит свою социолого-правовую концепцию к одномерному/однофакторному пониманию права (*ibid. S. 172 usw.*).

права. К сожалению, мыслитель не уделял внимания значению отдельных личностей и их роли в формировании права. Личность для Эрлиха, как и для его современника Дюркгейма, была не более чем социальной функцией, малозначимой в изучении права. Если от личностного начала и зависят какие-либо особенности правовых норм, то речь для Эрлиха идет не о влиянии личности, а о воздействии на правогенез различных общественных тенденций,⁶⁹ — «в конце концов, любая личность также объясняется через общество».⁷⁰

Исследования Эрлиха о живом и социальном праве и особенно попытки применить их результаты в образовательном процессе⁷¹ вызвали неприятие со стороны консервативно настроенной юридической общественности Австро-Венгрии.⁷² Как ни странно, но идеи Эрлиха нашли более живой отклик за океаном, в Соединенных Штатах, чем на родине этого мыслителя и в немецкоязычных странах.⁷³ В этом плане не остались без внимания и идеи Эрлиха о живом праве,⁷⁴ получившие деятельную поддержку со стороны Роско Паунда, который формулировал задачи социологической юриспруденции примерно в том же ключе.⁷⁵

Стоит заметить, что развитие идей Эрлиха о живом праве совпало по времени с выходом в свет в 1910 г. знаменитой статьи Паунда о праве в книгах и в действии.⁷⁶ Отсутствуют основания для того, чтобы говорить о возможных заимствованиях, но стоит отметить сходство предложенных двумя учеными подходов к праву.⁷⁷

⁶⁹ Ehrlich E. Die richterliche Rechtsfindung auf Grund des Rechtssatzes. S. 210–211.

⁷⁰ Ibid. S. 213.

⁷¹ Такая попытка была обоснована ученым в выступлении на съезде немецких юристов в 1911 г.: Ehrlich E. Was kann geschehen, um bei der Ausbildung das Verständnis der Juristen für psychologische, wirtschaftliche und soziologische Fragen in erhöhtem Masse zu fördern? // Ehrlich E. Recht und Leben. S. 61–79.

⁷² Ibid. S. 76–79.

⁷³ См., напр.: Reh binder M. Einleitung // Ehrlich E. Recht und Leben. S. 8. — Этот факт признает и сам Эрлих: Ehrlich E. The Sociology of Law. P. 144.

⁷⁴ Professor Ehrlich's Czernowitz Seminar for Living Law // Proceedings of the 14th Annual Meeting of the Association of American Law Schools. Chicago, 1914. P. 46–75. — Эта публикация была подготовлена по материалам выступления профессора Уильяма Герберта Пейджа, который изложил взгляды Эрлиха на съезде Ассоциации в декабре 1914 г., куда был приглашен, но из-за начала войны не смог приехать сам австрийский правовед.

⁷⁵ Pound R. Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence // Harvard Law Review. 1911. N 24.

⁷⁶ Pound R. Law in Books and Law in Action // Harvard Law Review. 1910. N 44.

⁷⁷ См. об этом: Ziegert K. A. The Sociology behind Eugen Ehrlich's Sociology of Law // International Journal of Sociology of Law. 1979. N 7.

В 1914 г. Паунд пригласил Эрлиха прочесть курс лекций в Гарварде, чему помешало лишь начало Первой мировой войны. Вместе с тем сотрудничество с Паундом продолжилось: тот организовал публикацию на английском двух статей Эрлиха⁷⁸ и сам написал ко второй из публикаций короткую вводную статью.⁷⁹ Можно отметить, что, помимо поддержки Паунда, идеи Эрлиха получили в США другого влиятельного покровителя в лице Карла Ллевеллина, который в 1926 г. инициировал проект перевода «Основоположения социологии права» на английский⁸⁰ — проект, который был завершён через 10 лет под патронажем Паунда.⁸¹

Начало войны означало для Эрлиха конец нормальной научной деятельности. Буковина стала ареной боевых действий с участием русской и австрийской армий, неоднократно переходя из рук в руки. Сам учёный был вынужден перебраться в Вену, а затем и в Швейцарию, где продолжил научные исследования и даже пытался пройти габилитацию на звание швейцарского профессора.⁸² После окончания войны Эрлих до начала 1920 г. остаётся в Швейцарии, затем принимает решение возвратиться в Вену, а потом в Черновцы (город, который вместе с Буковиной отошёл к Румынии по условиям Версальского мира). К концу 1919 г. стало ясно, что университет будет сохранён, хотя преподавание будет вестись не на немецком, а на румынском языке.⁸³ Немецкоязычным профессорам был предоставлен годичный отпуск для изучения румынского языка и подготовки лекций на нем. Однако большинство профессоров предпочло покинуть университет и перебраться в Австрию и Германию, где, впрочем, местные университеты не соглашались предоставлять им преподавательские места.⁸⁴ Эрлих находился в более или менее благоприятной ситуации, поскольку

⁷⁸ Ehrlich E. 1) Montesquieu and Sociological Jurisprudence // Harvard Law Review. 1915/1916. Vol. 29; 2) The Sociology of Law.

⁷⁹ Pound R. An Appreciation of Eugen Ehrlich // Harvard Law Review. 1922. N 36.

⁸⁰ См. письмо Ллевеллина в издательство «Duncker und Humblot» от 16 июля 1926 г., которое цитирует в своем исследовании Манфред Ребиндер (*Rehbinder M. Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich. S. 16*).

⁸¹ Ehrlich E. Fundamental Principles of Sociology of Law / Transl. by W. Moll, Prefaced by R. Pound. New Brunswick, 1936.

⁸² Попытка оказалась неудачной. См. об этом: *Rehbinder M. Neues über Leben und Werk von Eugen Ehrlich // Festschrift für Helmut Schelsky. Berlin, 1978. S. 403*.

⁸³ В силу правительственного Декрета от 1 октября 1919 г. румынский язык был объявлен обязательным для преподавания в университете, лекции на немецком запрещались (*Rehbinder M. Nachwort // Ehrlich E. Karl Marx und die soziale Frage. Berlin, 2006. S. 20*).

⁸⁴ См. об этом: *Ibid. S. 21–23*.

с 1918 г. получил финансовую поддержку от австрийского правительства — сначала для научной командировки в Швейцарию, а затем компенсацию, выплачивавшуюся австрийским профессорам, преподававшим на территориях, которые были отторгнуты от Австрии после окончания войны. Тем не менее в ноябре 1920 г. Эрлих возвращается в Черновцы, где надеется продолжить преподавание на румынском языке, которым неплохо владел.⁸⁵ Но мыслитель встречает сопротивление со стороны румынской профессуры, которая захватила власть в Черновицком университете и намеренно изгоняла австро-немецких профессоров. Эрлих едет в Бухарест, где добивается создания в Черновицком университете специально для него кафедры философии и социологии права.⁸⁶ Однако и это не помогло ученому преодолеть сопротивление, постоянные нападки румынских националистов и антисемитов и начать преподавание.⁸⁷ В конце 1921 г. Эрлих принял решение о повторной поездке в Бухарест, где надеялся получить правительственную поддержку своего проекта, касающегося основания Общества исследований живого права.⁸⁸ С декабря 1921 г. Эрлих находится в Бухаресте, где работает в Институте социологии при Румынской академии наук, занимается чтением лекций и подготовкой публикаций. Между тем состояние его здоровья резко ухудшается (ученый в течение нескольких лет страдал тяжелой формой диабета), Эрлих срочно переезжает для лечения в Вену и 2 мая 1922 г. умирает в одной из венских клиник.⁸⁹

Таков вкратце жизненный путь австрийского мыслителя. Его интеллектуальное формирование также проходило по довольно сложной траектории. Эрлих начинал свою научную деятельность как цивилист. Собственно, это шло в согласии с его

⁸⁵ *Gusti D. Vorbemerkung // Ehrlich E. Karl Marx und die soziale Frage. S. 6–7.*

⁸⁶ *Rehbinder M. Neues über Leben und Werk von Eugen Ehrlich. S. 403–414.*

⁸⁷ *Rehbinder M. Aus den letzten Jahren im Leben und Schaffen von Eugen Ehrlich // Festschrift für Ernst-Joachim Lampe. Berlin, 2003. S. 208.*

⁸⁸ В Бухаресте Эрлих встретил понимание и поддержку ряда румынских ученых, таких как Димитрие Густы и Николай Йорга, благодаря которой Общество было формально создано в 1922 г. См. об этом: *Ehrlich E. 1) The Sociology of Law. P. 145; 2) Die Sozialpolitik // Ehrlich E. Politische Schriften. Berlin, 2007. S. 142; Rehbinder M. 1) Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich. S. 17–18; 2) Nachwort // Ehrlich E. Karl Marx und die soziale Frage. S. 20–25.*

⁸⁹ По приводимым М. Ребиндером сведениям, смерть ученого была вызвана тяжелой формой диабета, которая повлекла заражение крови. Последующая неудачная ампутация ноги стала непосредственной причиной смерти Эрлиха (*Rehbinder M. Aus den letzten Jahren im Leben und Schaffen von Eugen Ehrlich // Festschrift für Ernst-Joachim Lampe. S. 199–203*).

первоначальным жизненным проектом — карьерой адвоката. Свою первую научную работу Эрлих опубликовал в 1887 г.⁹⁰ Небольшое (около тридцати страниц) исследование было посвящено коллизиям судебной практики, которая признавала, что выставяемые продавцом счета могут изменять установленные в договоре правила, в частности правило определения подсудности. Например, если в договоре было установлено, что споры рассматриваются по месту жительства должника, но впоследствии продавец выставил счет (и на него покупателем не заявлены возражения), в котором было обозначено, что споры рассматриваются по месту нахождения кредитора, то суды придавали этой оговорке юридическую силу и признавали факт изменения подсудности.

Речь шла о конструкции «молчаливого волеизъявления», согласно которой конклюдентные действия должника по принятию счета и отсутствие возражений с его стороны приравнивались к согласию должника изменить подсудность договорных споров. Эрлих высказал свое несогласие с этой юридической конструкцией, которая предполагала согласие там, где его не было. Молодой ученый полагал, что речь не может идти о сделке, пускай даже конклюдентной, поскольку отсутствует волевой момент на стороне покупателя. По мнению Эрлиха, здесь можно говорить лишь о фактических правилах, сформировавшихся в деловом обороте, о торговом узусе, который указывает на объективно существующие правовые нормы торгового сообщества.⁹¹

Теоретический вывод из этого наблюдения Эрлих сделал в следующей работе, которая была посвящена проблеме молчаливого волеизъявления.⁹² На многочисленных примерах, заимствованных из более чем 600 томов практики немецких, французских и австрийских судов,⁹³ молодой исследователь продемонстрировал надуманность этой теоретической конструкции, которая прикрывала очевидный факт — в обществе существует право, независимое от права государства и опирающееся не на принудительный механизм государства, а на социальные факты, такие как факт подчинения сложившейся практике.⁹⁴ Сама же конструкция «молчаливого волеизъявления», по мнению Эрлиха, прикрывает совершенно иную

⁹⁰ Ehrlich E. Über Faktuvenbeisätze // Juridische Blätter. 1887. S. 265–291.

⁹¹ Ehrlich E. 1) Über Faktuvenbeisätze. S. 387; 2) Die richterliche Rechtsfindung auf Grund des Rechtssatzes. S. 241–242.

⁹² Ehrlich E. Die stillschweigende Willenserklärung. Berlin, 1893.

⁹³ Ehrlich E. Ein Institut für lebendes Recht. S. 33.

⁹⁴ Ehrlich E. Die stillschweigende Willenserklärung. S. 289.

реальность, поэтому за данным понятием «всегда стоит предположение существования некоего фактического положения вещей, которое к данному выражению никоим образом не подходит».⁹⁵ Такую реальность можно было открыть не путем логического толкования правовых норм, а через непосредственное наблюдение правовой жизни: «Истолкование того, что обозначает правовое предложение, еще ничего не говорит о том, как это предложение действует; это зависит не от толкования предложения, а от заключенных в нем сил, от структуры того общества, для которого это предложение было создано, от деятельности тех, кто его применяет».⁹⁶

Если задачей «догматического правоведения» или аналитической юриспруденции было изучение текстов законов, то задача нового, намечавшегося в работах Эрлиха социологического подхода состояла в установлении того, «как эти законы используются в отдельных странах и в отдельных сословиях»,⁹⁷ почему применительно к праву мы говорим о некоем целостном единстве, а не о наборе отдельных норм и предложений. Право, действительно, представляет собой единое целое и в этом смысле беспробельно, как утверждали в те годы Кельзен и сторонники концепции права как государственного правопорядка. Такое единство права является для Эрлиха отнюдь не результатом априорно заданной логической полноты права, а продуктом спонтанного правотворчества, которое осуществляют судьи и другие «юридические чиновники» в каждом конкретном казусе.⁹⁸ Теория пробелов в праве как раз и давала судье возможность обходить узкие границы законов, «использовать известную степень неясности теории и правовой системы для того, чтобы учитывать потребности правового развития».⁹⁹

Важным продолжением исследования действия права в обществе стало изучение Эрлихом источников такого свойства права,

⁹⁵ Ibid. S. 286.

⁹⁶ Ehrlich E. Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft. S. 197.

⁹⁷ Ehrlich E. Die Erforschung des lebenden Rechts. S. 17.

⁹⁸ Ehrlich E. Die juristische Logik. S. 142. — При наличии пробела в праве судья уже не обязан обосновывать свое решение ссылками на аналогию права или закона — решение вытекает из акта оценки интересов (*Interessenwertung*), которую судья осуществляет самостоятельно, заимствуя критерий из того социального порядка, в котором возник соответствующий спор (Ibid. S. 231 usw.). М. Ребиндер так выразил этот принцип: «При пробелах в праве следует обращаться не к толкованию, а непосредственно к живому праву» (*Rehbinder M. Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich. S. 117*).

⁹⁹ Ehrlich E. Die stillschweigende Willenserklärung. S. 291.

как его принудительность.¹⁰⁰ Вопреки тезисам «догматиков от юриспруденции», предполагавших, что принудительность права производна от воли законодателя, который закладывал в норму ее принудительность, Эрлих на примере конкретного гражданско-правового материала и практики продемонстрировал, что принудительность права производна от объективного действия социальной структуры, а не от намерений законодателя.

Процитированная работа 1899 г. стала как бы мостом между цивилистическими исследованиями Эрлиха и его теоретико-философскими изысканиями, которые наиболее полно отразились в последующих работах. Их основным стержнем была идея о непосредственном наблюдении за жизнью как принципиальном источнике наших знаний о праве. Подобное наблюдение за правовой жизнью, по мысли ученого, должно было сводиться к собиранию, описанию и анализу фактических данных. Такое исследование применительно к праву было проведено Эрлихом в рамках его семинара по живому праву в Черновицком университете.¹⁰¹ Были разработаны образцы опросной анкеты и выбраны референтные группы — представители населявших Буковину народностей и религиозных общностей, а также отдельные сферы предпринимательства.¹⁰² В рамках семинара студентам было поручено провести исследование нескольких вопросов, в частности: порядка заключения договоров аренды сельскохозяйственных угодий, режима общего пользования полями, особенностей семейного права и имущественных отношений в крестьянских семьях и т. п. К наиболее интересным выводам ученый пришел в области корпоративного права — здесь Эрлих подчеркнул прежде всего организаторскую функцию права, которая отчетливо проявлялась в исследованных документах (доверенностях, уставах, поручениях, договорах и т. п.).¹⁰³

Для того чтобы получить финансирование от имперского правительства в Вене, Эрлих в 1909 г. подготовил научное обоснование

¹⁰⁰ Ehrlich E. Das zwingende und nichtzwingende Recht. Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Jena, 1899.

¹⁰¹ Результаты данного исследования были изложены в вышедшей в 1912 г. работе «*Das Lebende Recht der Völker in der Bukowina*».

¹⁰² См. примеры таких анкет в: Ehrlich E. Das Lebende Recht der Völker in der Bukowina. S. 47–60. — Даже по библиографическому списку работ Эрлиха можно судить о том, сколько усилий понадобилось мыслителю, чтобы организовать это исследование: многочисленные публикации попросту обрываются на целый год (1910 г.), чтобы вновь возобновиться в 1911 г.

¹⁰³ Ehrlich E. Was kann geschehen, um bei der Ausbildung das Verständnis der Juristen für psychologische, wirtschaftliche und soziologische Fragen in erhöhtem Masse zu fördern. S. 73.

данного полевого исследования, которое было подано в Министерство культуры 16 июня 1909 г. В том же году это обоснование было опубликовано в качестве научной работы,¹⁰⁴ а через два года (в 1911 г.) со стороны министерства выделено незначительное финансирование.¹⁰⁵ Но временная задержка финансирования не стала препятствием для Эрлиха, который организовал проведение полевых исследований с 1909 г.

Результаты исследования стали для ученого разочаровывающими: далеко не по всем анкетам удалось добиться ответов респондентов, а разнообразие правовых явлений оказалось слишком пестрым даже для самого Эрлиха, который признался в невозможности составить из полученных описаний какой-то цельной картины существующего в Буковине живого права.¹⁰⁶ В начале 1912 г. исследование было прекращено, а результаты проведенных эмпирических исследований так никогда и не были опубликованы.¹⁰⁷

Через несколько месяцев в свет выходит магистральная работа Эрлиха, которой было суждено стать отправной точкой развития новой научной дисциплины — социологии права (как следует из авторского вводного слова, работа была завершена в Париже в рождественскую ночь 1912 г.). Замысел этой работы отражен во вводном слове: «Зачастую утверждают, что книга должна быть написана так, чтобы ее сущность можно было сформулировать в одном предложении. Если попробовать подвергнуть такому испытанию приводимое ниже сочинение, то это предложение будет

¹⁰⁴ Ehrlich E. Die Erforschung des lebenden Rechts. S. 129–147. — В 1967 г. работа была переиздана Манфредом Ребиндером в сборнике работ Эрлиха «*Recht und Leben*» (S. 11–27), по которому она и цитируется в настоящем исследовании.

¹⁰⁵ Ehrlich E. Ein Institut für lebendes Recht. S. 28.

¹⁰⁶ Ehrlich E. Was kann geschehen, um bei der Ausbildung das Verständnis der Juristen für psychologische, wirtschaftliche und soziologische Fragen in erhöhtem Masse zu fördern. S. 73–75. — В этом прочитанном перед Союзом австрийских юристов в 1911 г. докладе Эрлих указал на то, что его исследование имело скорее педагогическую, нежели научную цель — «пробудить сознание действительности» (*Wirklichkeitssinn*) и что «даже научно бесплодная работа имеет высокую педагогическую ценность» (Ibid. S. 73). Однако ответственность за неудачу исследования ученый не рискнул принять на себя, сославшись на низкий уровень подготовки анкетеров, проводивших опросы (Ibid. S. 73).

¹⁰⁷ Неудача заставила Эрлиха более скептически относиться к возможностям эмпирических исследований: «Опросы и анкетирование в лучшем случае позволяют лишь бросить взгляд на намерения, желания и стремления случайно подобранных людей, но не дают совершенно никакой картины окружающей действительности. А статистика? ... Для чего нужны цифры при исследовании обременений недвижимости, если не установлены и не разработаны юридические основания и содержание обязательства?» (Ehrlich E. Ein Institut für lebendes Recht. S. 42).

звучать примерно так: 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. Возможно, в данной формуле заключается смысл любого основоположения социологии права».¹⁰⁸

Выше уже было упомянуто, что эта книга была задумана как часть трилогии, в которой Эрлих полагал раскрыть свою социолого-правовую доктрину, а именно как ее вторая часть. Первая часть этого проекта, где развертывалась детальная критика господствующей методологии правовых исследований, была опубликована позднее, в 1918 г., под названием «Юридическая логика». Третья часть работы, где мыслитель планировал дать научный анализ механизма непосредственного правотворчества в рамках социальных союзов, полностью так и не была опубликована. В 1917 г. вышли в свет только четыре фрагмента этого произведения, где разбирался механизм судейского правотворчества.¹⁰⁹

Принципиальным положением этого трехсоставного произведения является признание того, что любое общество состоит из множества социальных союзов, каждый из которых выполняет ту или иную функцию — религиозную, военную, управленческую и т. п. Суть таких союзов состоит в том, что они организуют жизнь как отдельных индивидов, так и групп индивидов. Организация как процесс распределения функций, задач, правомочий и обязанностей осуществляется через право.¹¹⁰ В этом плане любое право — право социальное, поскольку выполняет организационную функцию: «Правовые нормы являются нормами, вытекающими из юридических фактов: они возникают из практики, которая в общественных союзах указывает каждому члену этих союзов его положение и функции».¹¹¹

¹⁰⁸ Ehrlich E. Grundlegung der Soziologie des Rechts. Vorrede.

¹⁰⁹ Ehrlich E. Die richterliche Rechtsfindung auf Grund des Rechtssatzes. Vier Stücke aus dem in Vorbereitung begriffene Werke // Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. 1917. Bd. 67.

¹¹⁰ В этом взгляды Эрлиха совпадают с концепцией социального контроля, сформулированной одновременно Роско Паундом. Показательно, что уже в 1918 г. Эрлих использует почти тождественный термин «руководство обществом» (*Leitung der Gesellschaft*) (Ehrlich E. Die juristische Logik. S. 309), что можно объяснить более детальным знакомством с работами американских реалистов, включая Роско Паунда и Оливера Холмса. См. об этом: Поляков А. В. Социологические теории права: Е. Эрлих // Козлихин И. Ю., Поляков А. В., Тимошина Е. В. История политических и правовых учений. СПб., 2007. С. 419.

¹¹¹ Ehrlich E. Grundlegung der Soziologie des Rechts. S. 215. — Можно заметить, что Эрлих не следует традиции разграничения социального и индивидуального

Вывод о том, что любое право — это прежде всего организация, был сделан Эрлихом еще в предыдущих работах.¹¹² В «Основоположении» этот вывод был раскрыт и обоснован на многочисленных примерах из истории и из юридической практики. Основным источником для доводов Эрлиха стало договорное право — весь спектр договоров от трудового до гражданского и даже публично-правового свидетельствует о том, что в основе любого соглашения лежит задача организации социального союза (либо нескольких союзов): «Организационная функция всех этих договоров сразу становится понятной — ведь берутся в расчет не только обе стороны, заключившие договор, но и целый круг лиц, связанных между собой регулярным договорным товарообменом»,¹¹³ где «каждое отдельное лицо имеет свое положение... и свои задачи, определенные совокупностью заключенных договоров или договоров, которые необходимо заключить».¹¹⁴

Организирующая функция права не зависит от наличия в обществе политических механизмов, их эффективности; само право опирается не на государственную власть, а непосредственно на юридические факты. Данные факты порождают конвенциональные правила, которые отличаются от норм своей гибкостью, способностью к постоянной трансформации.¹¹⁵ К числу юридических фактов Эрлих относит обычай, властвование и подчинение, владение и волеизъявление.

Обычаем являются регулярно повторяемые поведенческие акты, которые воспринимаются как обязывающие в силу своей регулярности. Принцип обычая — «то, как люди вели себя раньше,

права, предложенной О. фон Гирке и развитой в трудах Г. Д. Гурвича, говоря о том, что все право социально по определению.

¹¹² Эта идея была выдвинута еще в работе 1888 г. о пробелах в праве, где Эрлих попытался провести аналогию между тем, что он называл организационным правом, и естественным правом как «наукой о природе вещей» (*Ehrlich E. Über Lücken im Recht. S. 144*).

¹¹³ *Ehrlich E. Grundlegung der Soziologie des Rechts. S. 37*.

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ Разумеется, юридические факты не равнозначны фактам социальным (в понимании Э. Дюркгейма) — внутренний организационный порядок социальных союзов представляет собой не объективно заданную «социальную вещь», а сеть взаимоотношений, которые связывают фактическое поведение с ценностями (*Ibid. S. 281–286*). В этом смысле о правовой жизни нельзя говорить как о пассивном следовании юридическим фактам — последние порождают правовое общение в рамках социального союза, но это не означает невозможности обратного воздействия, когда человек через правовые предложения или правовые нормы изменяет или даже уничтожает определенные юридические факты (*Ibid. S. 164*).

должно впредь быть нормой». ¹¹⁶ Важно отметить, что речь идет не об обычном праве или о юридической практике (формах регулярного применения правовых норм); Эрлих говорит именно о фактически данной регулярности социального поведения («нормативной силе фактического», по Иерингу), из которого образуются юридические правила.

Другой важный факт — властвование и подчинение. В истоке властных отношений лежит акт отдачи под покровительство, которым чужак отказывается от своих прав и подчиняет себя тому или иному союзу. Властные отношения в рамках государства оказываются результатом отказа людей от части своей автономии в пользу социального союза, который берет на себя функции защиты от внешних, а потом и внутренних врагов.

Владение как третий основной юридический факт заключается в наличии в социальном союзе определенного фактического порядка обладания вещами, на который опирается весь экономический строй этого союза. Юридические формы собственности производны от этой «экономической конституции общества» и иногда вступают в конфликт с фактическим порядком (например, защита прав собственника, которой противостоит защита добросовестного приобретателя). ¹¹⁷

Последним видом юридических фактов является волеизъявление, которое опосредует передачу владения от одного лица к другому. Именно в волеизъявлении, по мнению Эрлиха, заключается сущность любого договора, а само волеизъявление опирается на существующий экономический порядок социального союза. Разумеется, то же самое распространяется и на завещание, которое четко отражает общественные потребности регулирования вещного оборота после смерти собственника.

Эти юридические факты чрезвычайно важны для Эрлиха в конструировании социолого-правовой концепции. Мыслитель считает, что факты предшествуют понятиям, и поэтому нельзя с точностью выделить в фактически данной действительности явления, которые полностью соответствовали бы нашим абстрактным представлениям о них. Отсюда и скептицизм к возможностям научного познания — «научная очевидность всегда представляет собой лишь высокую степень правдоподобности». ¹¹⁸

¹¹⁶ Ibid. S. 69.

¹¹⁷ Ehrlich E. Die Rechtsfähigkeit (1909). Aalen, 1973. S. 13 usw.

¹¹⁸ Ehrlich E. Die richterliche Rechtsfindung auf Grund des Rechtssatzes. S. 226.

Поясняя формирование представлений о праве, он пишет: «В основе наших представлений всегда лежат факты, которые мы наблюдали. Такие факты должны были появиться прежде, чем в человеческом мозгу вообще начала зарождаться мысль о праве и правовых отношениях». ¹¹⁹ Собственно право является «мысленной вещью» (*gedankliches Ding*), т. е. интеллектуальной конструкцией, отражающей фактически данное в восприятии, и для того, чтобы делать научные выводы об этой «мысленной вещи», необходимо наблюдать и изучать действительность, в которой право «разумно и наблюдаемо проявляется» ¹²⁰ через фактические поведенческие акты.

Двумя ключевыми понятиями, через которые Эрлих пытается разграничить фактически данное и сконструированное в праве, являются понятия правовой нормы и правового предложения. Последнее мыслитель определяет как «случайную формулировку обязательного к исполнению правового предписания в законе или судебнике». ¹²¹ Впоследствии, в рамках полемики с Г. Кельзенем, Эрлих расширяет границы определения, включая в него устные формы фиксации (юридические поговорки, принципы и т. п.). ¹²²

Этому понятию Эрлих противопоставляет понятие правовой нормы, под которой он понимает «перешедшее в действие правовое предписание, в таком виде, в котором оно существует в даже довольно незначительном социальном союзе, и которое может существовать без какой-либо фиксации в вербальной форме». ¹²³ По другому определению правовая норма является реакцией на определенное правовое предложение, которое привносится в социальный союз извне. ¹²⁴ Как видно, мыслитель отказывается от традиционной интерпретации нормативности, исключая из него такие атрибуты, как вербализация, объективная установленность, неопределенность круга адресатов нормы. Основным источником норм наряду с договором является традиция: «В прошлые века все правовые нормы, определяющие внутренний уклад социального союза, основывались на традиции, на договорах и уставах объединений — и сегодня их надо искать преимущественно там

¹¹⁹ Ehrlich E. Grundlegung der Soziologie des Rechts. S. 68.

¹²⁰ Ibid.

¹²¹ Ibid. S. 29.

¹²² Kelsen H., Ehrlich E. Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft. Eine Kontroverse (1915–1917). Baden-Baden, 2003. S. 59–60.

¹²³ Ehrlich E. Grundlegung der Soziologie des Rechts. S. 30.

¹²⁴ Rehbinder M. Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich. S. 96.

же».¹²⁵ Ключевым моментом для возникновения нормы является ее признание в масштабах того или иного союза. Однако речь идет не о признании на уровне индивидуальной психики, а о признании со стороны всего социального союза в целом — признании, которое должно выражаться в «регулярном внешнем соблюдении этой нормы».¹²⁶

Какова психологическая природа этого признания — выступает ли оно совпадением множества индивидуальных актов признания либо представляет собой явление некоего высшего коллективного сознания — Эрлих в своих работах не прояснил, сославшись на самоочевидность и тем самым обязательность такого коллективного признания/распознавания нормы.¹²⁷ Поскольку ученый понимал, что самоочевидность научным критерием быть не может, то в качестве дополнительного признака права была указана степень важности той или иной нормы для социальной жизни (например, запрет на межсословные браки, который постепенно утратил характер правового, превратившись в норму приличия). Еще одним признаком являлся уровень абстрактности предписания: если речь идет о размытом общем правиле, то это, по мнению Эрлиха, признак моральной нормы; если же это конкретное предписание о том, как нужно вести себя в конкретной ситуации, то это факультативный признак правовой нормы.¹²⁸

В этом плане Эрлих встречался с другим более сложным вопросом, касающимся разграничения между правом и другими социальными регуляторами; этот вопрос не мог обойти в своей рецензии Кельзен,¹²⁹ не могли его обойти и другие критики «Основоположения». Нужно признать, что ответ на вопрос о разграничении права и морали, религии очень трудно давался Эрлиху в рамках его социолого-правовой концепции. Если в работах, предшествующих публикации «Основоположения», ученый мог просто отказаться от его исследования,¹³⁰ то в труде, которому

¹²⁵ Ehrlich E. Grundlegung der Soziologie des Rechts. S. 30.

¹²⁶ Ibid. S. 134 usw.

¹²⁷ Ibid. S. 132.

¹²⁸ Ibid. S. 134.

¹²⁹ Kelsen H., Ehrlich E. Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft. Eine Kontroverse (1915–1917). S. 33–36.

¹³⁰ Так, в 1911 г. Эрлих писал: «Любому юристу известно, что нельзя провести границы между моралью и правом: зачастую сегодня правом становится то, что вчера было моралью — право является моралью вчерашнего дня» (Ehrlich E. Die Erforschung des lebendes Rechts. S. 20). В работе 1912 г. можно прочитать: «Решать вопрос о том, имеем ли мы дело с моралью или правом, я оставляю тем, кто более

предназначалась роль методологического основания новой дисциплины, эту проблему уже нельзя было обойти стороной. Хотя Эрлих и сделал оговорку о том, что «социологическое правоведение не может дать короткую и простую формулу для различения права и нравственности»,¹³¹ ему пришлось указать критерий для такого различения. Этот критерий, по мнению ученого, лежал в сфере «группового восприятия» (*Empfindung der Gruppe*), т. е. в сфере коллективной психологии, фактов массовой психологии.¹³²

Основным критерием для разграничения права и других социальных регуляторов, по мнению Эрлиха, является «эмоциональный оттенок» (*Gefühlston*), который сопровождает нормы и правила каждого порядка: «Различные виды норм вызывают различные оттенки чувств, и мы отвечаем на нарушение различных норм своеобразно и с различными ощущениями. Можно сравнить чувство возмущения, которое следует за восприятием правонарушения, с негодованием по поводу нарушения обычаев, с гневом, вызываемым нарушениям правил приличия, с неодобрением бестактности, с осмеянием нарушения правил хорошего тона и, наконец, с критикой, которая обрушивается на законодателей моды за малейший промах».¹³³ Вероятно, и сам мыслитель понимал слабость своей теории в данном аспекте, поскольку изложил ее в «Основоположении» в очень сжатой форме и в дальнейших работах не попытался развить эту тему.

Основная трудность, как представляется, была связана с тем, что описываемые Эрлихом эмоции характерны, скорее, для индивидуальной психологии. Поскольку различные факты могут вызывать различные эмоции у разных индивидов, то теряется возможность найти какой-либо объективный критерий для разграничения социальных регуляторов. Если речь идет о коллективной психологии, то опять-таки необходимы дополнительные критерии, которые позволят отнести те или иные социальные настроения к определенной категории эмоций.

С точки зрения аналитической юриспруденции, психологическую теорию разграничения права и морали Кельзен иначе как «курьезной» назвать не смог,¹³⁴ хотя в своих возражениях и не за-

меня может уделить внимание бесплодной терминологии» (*Ehrlich E. Das Lebende Recht der Völker in der Bukowina. S. 48*).

¹³¹ *Ehrlich E. Grundlegung der Soziologie des Rechts. S. 133.*

¹³² *Ehrlich E. Die Gesellschaft, der Staat und ihre Ordnung.*

¹³³ *Ehrlich E. Grundlegung der Soziologie des Rechts. S. 132.*

¹³⁴ *Kelsen H., Ehrlich E. Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft. Eine Kontroverse (1915–1917). S. 32.*

шел далее традиционного утверждения о несводимости друг к другу сфер сущего и должного и упреков в смешении права и силы. Большая часть спора связана с нападками, порой достаточно резкими, Кельзена на теоретические построения Эрлиха. Эти нападки сводились к обвинению в методологической несостоятельности той новой научной дисциплины, которую пытался обосновать Эрлих. Значение этой критики трудно переоценить — именно она во многом обусловила длительное забвение творческого наследия Эрлиха в европейской теоретико-правовой мысли и тот факт, что идеи ученого «не стали начальной точкой для формирования новой тенденции в правовых исследованиях». ¹³⁵ На многие годы возражения против социологического подхода к праву основывались именно на воззрениях Кельзена, высказанных в упомянутой полемике. ¹³⁶

Может показаться странной позиция в споре самого Эрлиха, который предпочел не давать развернутый ответ на прозвучавшую критику, считая такой ответ излишним. Возражения Эрлиха были не попыткой «опровержения критики, а всего лишь оправданием своей работы» ¹³⁷ и заключались преимущественно в указании на неправильную интерпретацию Кельзеном отдельных положений названной выше книги. Эти возражения, по большей части обоснованные, тем не менее не дают читателю понимания сути занимаемой мыслителем позиции и кажутся неубедительными в свете развернувшейся полемики. Если возражения автора «Основоположения социологии права» касались неправильного цитирования или толкования, то нападки Кельзена содержательны, связаны с опровержением базовых теоретических постулатов новой научной дисциплины (социологии права). Они сформулированы систематично и широко и поэтому создали впечатление действительно уничтожающей критики, на которую автору «Основоположения» нечего было ответить. ¹³⁸ Почему же Эрлих уклонился от спора и не стал «писать критику в противоположном направлении», ¹³⁹ чтобы

¹³⁵ *Timasheff N. S. Fundamental Principles of the Sociology of Law by Eugen Ehrlich.* P. 123.

¹³⁶ *Cotterrell R. The Politics of Jurisprudence: A Critical Introduction to Legal Philosophy.* London, 2003.

¹³⁷ *Ibid.* P. 639.

¹³⁸ Поэтому многие исследователи считают Эрлиха «проигравшим» в этом споре. См., напр.: *Klink B. van. Facts and Norms: The Unfinished Debate between Eugen Ehrlich and Hans Kelsen // Living Law: Reconsidering Eugen Ehrlich / Ed. M. Hertogh.* Oxford, 2009.

¹³⁹ Эрлих О. Возражение. С. 634.

показать методологическую несостоятельность возражений оппонента?

Отвечая на критику, мыслитель сразу оговаривается, что его задачей в «Основоположении социологии права» была не разработка терминологии, а уяснение отношения права к обществу.¹⁴⁰ Но означает ли это обоснованность возражений Кельзена и других критиков «Основоположения социологии права», которые упрекали теорию Эрлиха в «философской бедности»,¹⁴¹ «сомнительности и противоречивости»¹⁴² ее исходных посылок?

Напомним, что в «Основоположении» Эрлих предложил разделить все знание о праве на теоретическое правоведение и практическую юриспруденцию.¹⁴³ Первая претендовала на то, чтобы быть «чистым знанием о праве... которое имеет дело не со словами, а с фактами»,¹⁴⁴ а вторая понималась как «искусство приспособления права к практическим потребностям правовой жизни».¹⁴⁵ При этом мыслитель утверждал, что задачей правовой науки будущего является полный отказ от абстрактного построения и толкования понятий, конструирования правовой действительности с их помощью. Такой дедуктивный путь Эрлих считал ненаучным и призывал к применению противоположного, индуктивного подхода — к изучению и обобщению юридических фактов и данных юридического опыта.¹⁴⁶ Именно эти положения и послужили основной мишенью для критики со стороны Кельзена, указывавшего на ненаучность такого исследования права, его теоретическую несостоятельность.¹⁴⁷

С чем же не соглашался Кельзен? По Эрлиху, предметом практической юриспруденции, которая должна заменить собой теоретическое правоведение, являются выведение и обобщение норм решения, используемых судьями и иными правоприменителями. Эту позицию Эрлих высказал задолго до «Основоположения», еще в своей программной работе, обосновывающей постулаты движе-

¹⁴⁰ Там же. С. 639.

¹⁴¹ *Simpson S. P. Fundamental Principles of the Sociology of Law by Eugen Ehrlich.* P. 193.

¹⁴² *Timasheff N. S. Fundamental Principles of the Sociology of Law by Eugen Ehrlich.* P. 124.

¹⁴³ Антонов М. В. У истоков социологии права: О. Эрлих // Российский ежегодник теории права. № 1. 2008. С. 565–592.

¹⁴⁴ *Ehrlich E. Grundlegung der Soziologie des Rechts.* S. 1.

¹⁴⁵ *Ibid.* S. 198.

¹⁴⁶ *Ibid.* S. 273–274.

¹⁴⁷ Кельзен Г. Основоположение социологии права (см. ниже).

ния свободного права.¹⁴⁸ В той работе мыслитель указывал на необходимость изучения действующего (живого) права не в ракурсе личных мотивов и убеждений судей, которыми те руководствуются при вынесении решений, а исходя из «социального смысла», заложенного в этих решениях.¹⁴⁹ Фактически любое правотворческое или правоприменительное решение, по убеждению Эрлиха, является не произвольным творением автора, а актом «социального творчества», через который законодатели и судьи выражают (осознанно или по большей части неосознанно) общественные потребности своего времени.¹⁵⁰

Вместе с тем, как было показано выше, такая позиция еще не представляла собой ничего принципиально нового по сравнению с идеями исторической школы Савиньи, Пухты и других немецких философов XIX в. и по сравнению с уже набившими к тому времени оскомину постулатами дюркгеймовской социологии. Объявляя правовые нормы и принципы, равно как и весь формальный правоприменительный процесс «пустым прикрытием социальных интересов», Эрлих должен был найти механизмы схватывания и анализа этих интересов, раскрытия заложенного в них «социального смысла». Именно решению данной задачи было посвящено вышедшее в 1913 г. «Основоположение социологии права», где ученый выдвинул утверждение, согласно которому любой правовой порядок и правовая жизнь в целом состоят не в нормах права, а в правилах поведения, фактически применяющихся людьми в их социальном общении. Источником знания об этих правилах являются не законодательные установления и не судебные решения (правовые предложения и нормы), а базовые юридические факты, которые исследователь может открыть и описать прежде всего через наблюдение за юридически значимым поведением.

В то же время понимание права одновременно доступно исследователю и через изучение связанных с этим поведением представлений людей о правомерности тех или иных поведенческих актов, об их природе (психологической, социальной), их связи с принятыми в обществе ценностями. Но на чем основываются эти представления? Ответить на этот вопрос невозможно (имеется в виду детальный ответ с указанием механизма и сущности нормативного элемента в человеческом поведении) без анализа

¹⁴⁸ Ehrlich E. Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft. S. 170–202.

¹⁴⁹ Ibid. S. 192 usw.

¹⁵⁰ Ibid.

тех вербальных средств, с помощью которых формируются нормы и предписания. А такой анализ дан у Эрлиха только в очень общей форме, скорее наметками, чем развернутой теорией.¹⁵¹

Поэтому нормативный и социальный моменты юридического опыта одинаково важны для понимания и определения права, а критика Кельзеном «Основоположения» за пренебрежение нормативностью права оказывается не лишенной оснований. Ведь если исследователю нужно выявить заложенные в праве и в поведении людей смыслы и ценности, то сделать это иначе, чем через анализ правовых текстов, довольно трудно.¹⁵² В этом плане нападки Эрлиха на догматическую юриспруденцию, работающую исключительно с «безжизненными» юридическими конструкциями и текстами, с трудом выдерживают кельзеновскую критику. Как представляется, сдержанный ответ на критику Кельзена в их дискуссии, равно как заостренное внимание Эрлиха к проблемам формирования и интерпретации правовых текстов в его работе 1917 г. могут объясняться именно этими соображениями (частичным признанием критики).

В «Судейском нахождении права на основании правового предложения» Эрлих придерживается основных линий своей концепции, сформулированных в предшествующих работах. Речь идет прежде всего об изучении права в контексте существующих социальных союзов и о беспощадной критике этатистского подхода к праву.¹⁵³ В последнем контексте Эрлих предлагает тонкую и убедительную критику традиции отождествления права с волей суверена (И. Бентам, Дж. Остин и др.). Знания этой воли, равно как и вызвавших ее к жизни причин, понимания содержания и структуры правовых предложений и норм, как доказывает австрийский мыслитель, оказывается совершенно недостаточно для понимания природы и механизма правового регулирования.¹⁵⁴

¹⁵¹ Как справедливо заметил один из рецензентов «Основоположения», провести различие между правовыми и иными институтами можно только на основании тщательного изучения нормативной природы права, которое совершенно отсутствует у Эрлиха, чья концепция по этой причине превращается в «безбрежный, не поддающийся систематизации сбор фактического материала» (*Liepmann L. Eugen Ehrlich: Grundlegung der Soziologie des Rechts // Weltwirtschaftliches Archiv Zeitschrift für Allgemeine und Spezielle Weltwirtschaftslehre. 1918. Bd. 13. S. 83*).

¹⁵² См. об этом аспекте спора Эрлиха и Кельзена: *Larenz K. Methodenlehre der Rechtswissenschaft. 6 Aufl. Berlin, 1991. S. 66 usw.* — См. также: *Antonov M. History of Schism: the Debates between Hans Kelsen and Eugen Ehrlich // International Constitutional Law. 2011. Vol. 5. P. 5–21.*

¹⁵³ *Антонов М. В. Социология права О. Эрлиха // Правоведение. 2008. № 6. С. 128–137.*

¹⁵⁴ *Ehrlich E. Grundlegung der Soziologie des Rechts. S. 134 usw.*

Принудительная сила государства отнюдь не объясняет того, почему люди подчиняются правовым предписаниям, — сила права заложена именно в коллективном опыте социальных союзов, в мощи социального давления этих союзов на своих членов. Поэтому люди не находят «готовое» право в абстрактных нормах государственных союзов (мало чем отличающихся от норм церкви, крестьянской общины, профсоюза и иных социальных союзов, также сопровождающих свои нормы теми или иными санкциями), а непосредственно формируют и воспроизводят живое право в практике взаимного общения. Такое право существует в каждом социальном союзе — устойчивом порядке межличностного общения (коммуникации), стабильность которого зиждется на данных в коллективном социально-психическом опыте ценностях и правилах.¹⁵⁵ Вместе с тем, как пишет Эрлих в 1915 году (рукопись опубликована только в 1992 г.), «разумеется, не все социальные союзы имеют отношение к правам (*Rechte*), но с правом (*ein Recht*) индивид встречается только в рамках некоего союза».¹⁵⁶ Отсюда следовала достаточно серьезная задача определить, какие социальные союзы имеют отношение к праву, какие не имеют, в чем заключаются критерии для таких умозаключений, как без помощи правовых норм определить, принадлежит ли индивид к тому или иному союзу или нет, — задача, с которой Эрлих не справился в «Основоположении», но которую, видимо, рассчитывал решить в последующих работах.¹⁵⁷

¹⁵⁵ В этом смысле Эрлих полностью разделяет идеи своего современника Эмиля Дюркгейма о роли права как механизма, «символа» социальной солидарности, хотя при этом дистанцируется от холистского подхода французского мыслителя к пониманию общества (*Antonov M. Connaître le lien social par le droit: Emile Durkheim, Eugen Ehrlich et Georges Gurvitch // Être en société. Le lien social à l'épreuve des cultures. XVIII^{ème} Congrès de l'ALSIF. Istanbul, 2008*).

¹⁵⁶ *Ehrlich E. Die Gesellschaft, der Staat und ihre Ordnung // Zeitschrift für Rechtssoziologie. 1992. Bd. 13. S. 3.*

¹⁵⁷ В цитированной выше работе Эрлих связывает участие индивида в социальном союзе с причастностью индивида к общим целям союза: то лицо, которое не участвует в достижении совместных целей союза, к союзу не причастно (*Ibid. S. 4*). Введение такого критерия не решает вопроса, поскольку для установления участия или неучастия индивида в достижении общих целей трудно обойтись без юридических признаков, а интуитивного усмотрения далеко не всегда хватает для определения того, какие (союзные или служебные) отношения складываются между индивидом и общиной. Тем более что мыслитель далее признает, что «любой союз возникает через нормы, существует в своих нормах и через нормы... Союз задан через свои нормы, которые возникают непосредственно из факта образования этого союза и из его целей» (*Ibid. S. 15*), что, казалось бы, должно вести к нормативному анализу социальной жизни. Эти первые шаги к нормативизму Эрлих сделал

Первостепенным значением для мыслителя обладают именно личный опыт восприятия, переживание и понимание права в перспективе участника, если воспользоваться более поздней терминологией Г. Л. А. Харта.¹⁵⁸ Но наряду с этой внутренней точкой зрения Эрлих подчеркивает значимость юридического сообщества, в рамках которого происходят доктринальное формирование понятий и толкование правовых норм (предложений, высказываний). В этом плане идеи Эрлиха не вмещаются в предложенную Хартом дихотомию внешней и внутренней точек зрения — вполне может оказаться, что юрист (как теоретик, так и практик) будет одновременно членом нескольких социальных союзов, участвуя сразу в нескольких сферах коллективно-психологического опыта.¹⁵⁹

Как убедительно показано в приводимой неоконченной работе Эрлиха «Судейское нахождение права на основании правового предложения», нормы не существуют сами по себе, в отрыве от толкования, даваемого этим нормам правоприменителями, и поэтому здесь важна именно перспектива, в которой видят право юристы, а не теоретики или обыватели. Именно в расхождении различных перспектив видения права — теоретического у Кельзена и практического у Эрлиха — можно увидеть одну из причин возникшего между двумя учеными радикального интеллектуального конфликта. Расхождение этих перспектив не было необходимым — их границы весьма условны, и наблюдатель вполне может занимать срединную, промежуточную позицию,¹⁶⁰ поэтому неудивительно, что фактически между воззрениями обоих ученых можно найти больше сходств, чем различий (признание социальной эффективности как критерия правовой валидности во втором издании «Чистой теории права» и последующих работах Кельзена, равно как принятие Эрлихом роли и значения государственного права в развитии социального права).¹⁶¹

в опубликованной через пару лет работе (*Ehrlich E. Die richterliche Rechtsfindung auf Grund des Rechtssatzes*), но логическое завершение своему проекту дать так и не успел.

¹⁵⁸ Харт Г. Л. А. Понятие права. СПб., 2007. С. 56 и сл.

¹⁵⁹ *Tamanaha B. Realistic Socio-Legal Theory: Pragmatism and a Social Theory of Law.* Oxford, 1997. P. 178; *Ziegert K. A. The Sociology behind Eugen Ehrlich's Sociology of Law // International Journal of Sociology of Law.* 1979. N 7. P. 245.

¹⁶⁰ *Raz J. The Authority of Law: Essays on Law and Morality.* Oxford, 1979. P. 153–157; *Ziegert K. A. Eugen Ehrlich on State and Law // www.allacademic.com/meta/p116740_index.html.*

¹⁶¹ *Rehbinder M. Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich.* 2 Aufl. Berlin, 1986. S. 102 usw.

Исследование правосознания (как профессионального, так и обыденного) оказывается для Эрлиха основным источником знания о праве. Напомним, что после неудачного опыта организации эмпирических исследований правовой жизни народов Буковины Эрлих поставил под вопрос саму эвристическую ценность таких исследований.¹⁶² В работе о судебском правотворчестве мыслитель вновь возвращается к этой проблематике. Прямо не формулируя новую программу эмпирических исследований профессионального правосознания, он достаточно ясно указывает на полезность подобных исследований. Причем наряду с обычной для его работ критикой догматического правоведения австрийский ученый указывает на недостаточность и неконкретность данных и исторической юриспруденции — ведь они дают лишь материал для общих рассуждений о праве, но неспособны объяснить, что является правом в конкретном социальном союзе. Этим Эрлих, очевидно, пытается уравновесить тягу к метафизике, которая проявилась в «Основоположении социологии права»¹⁶³ и которая означала, по сути, смешение права и силы/мощи давления социальных союзов.

В этом отношении с критикой Кельзена можно частично согласиться: для Эрлиха вопрос о соотношении права и силы вообще и о принудительной силе права в частности не представлял особого значения, поскольку любое социальное правило (норма) представляет собой фактическую силу и принудительно в силу своей регулярной повторяемости. Такая повторяемость объясняется Эрлихом как производная от социальных предпосылок. Если социальная структура изменяется и такие предпосылки отпадают, то отпадают и импульсы для образования соответствующих правовых эмоций и представлений (здесь заметно влияние идей бихевиоризма), а нормы утрачивают свою силу и теряют статус правовых. Таким образом, право оказывается функцией общества, опосредованной эмоциональными коллективно-психологическими переживаниями. Принудительность норм и правил основывается на том, что индивид не может мыслиться изолированным от других: «Человек в первую очередь потому поступает согласно праву, что его к этому вынуждают его общественные связи. В этом отношении правовая норма не отличается от других норм».¹⁶⁴

¹⁶² Антонов М. В. У истоков социологии права: О. Эрлих. С. 575–576.

¹⁶³ Антонов М. В. Социология права О. Эрлиха. С. 135–137.

¹⁶⁴ Ehrlich E. Grundlegung der Soziologie des Rechts. S. 52.

Конечно, узловой момент спора между двумя учеными заключался не в вопросе использования данных психологии в рамках правоведения и даже не в возможности (которую Кельзен в более поздних работах вынужден был признать)¹⁶⁵ связывать нормативную природу права с фактическими социальными процессами.¹⁶⁶ В более общем плане речь шла о конфликте двух научных подходов: монистического (у Кельзена) и плюралистического (у Эрлиха).

Профессор Черновицкого университета предлагал рассматривать право не в монистическом ключе (исключительно как норму, приказ, отношение и т. п.), а как многоаспектное явление (в которое входят психологическая, нормативная, публично-властная и иные составляющие). В концепции Эрлиха такой плюрализм проявляется прежде всего в признании возможности автономного существования трех различных правопорядков: право государства, право юристов и право союзов (живое право). В разных общественно-исторических условиях роль этих порядков, равно как и степень их автономии различны: для первобытных обществ характерен синкретизм правовых порядков, тогда как в более развитых обществах, особенно в современном, наблюдается все возрастающая тенденция к обособлению этих порядков друг от друга.¹⁶⁷ В контексте современных социолого-правовых дебатов о границах и методах правового регулирования¹⁶⁸ предложенный австрийским мыслителем в работе плюралистический подход может оказаться чрезвычайно актуальным.¹⁶⁹ В этом аспекте интересны идеи немецкого мыслителя Гюнтера Тойбнера, который подчеркивает значение Эрлиха и его социолого-правовой теории для понимания процессов глобализации в сфере права, образования автономных от государства и саморегулируемых социальных подсистем (транснациональных корпораций, международных организаций, средств массовой коммуникации и т. п.).¹⁷⁰

¹⁶⁵ См. об этом: *Rehbinder M.* Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich. S. 102.

¹⁶⁶ См. об этом: *Klink B. van.* Facts and Norms. The Unfinished Debate between Eugen Ehrlich and Hans Kelsen // *Tilburg Working Paper on Jurisprudence and Legal History*. 2006. N 004/2006 (<http://ssrn.com/abstract=980957>).

¹⁶⁷ *Ehrlich E.* Grundlegung der Soziologie des Rechts. S. 53 usw.

¹⁶⁸ *Cotterrell R.* Law, Culture and Society: Legal Ideas in the Mirror of Social Theory. Aldershot, 2006.

¹⁶⁹ См., напр.: *Nelken D.* Ehrlich's Legacies: Back to the Future in the Sociology of Law? // *Living Law: Reconsidering Eugen Ehrlich* / Ed. M. Hertogh. Oxford, 2009; *Zieger K.* World Society, Nation State and the Living Law in the Twenty First Century // *Ibid.*

¹⁷⁰ *Teubner G.* Globale Bukowina: Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus // *Rechtshistorisches Journal*. 1996. N 15. S. 255–286. — При этом Тойбнер

В этом отношении важно, что Эрлих далек от принижения роли права государства в современных обществах. По определению Эрлиха, «государственное право исходит от государства не по форме, а по содержанию; это право, которое возникло только через государство и без государства не могло бы существовать. При этом безразлично, в какой форме оно возникает». ¹⁷¹ К содержанию же государственного права относится администрирование — осуществление регулирования через властный приказ. ¹⁷² Наиболее спорным в этом отношении стало вскользь высказанное утверждение Эрлиха о противоположности государства и общества и о том, что нормы государства могут быть осуществлены в обществе только при условии наличия принудительного механизма. ¹⁷³

С этой точки зрения государство почти ничем не отличается от других социальных союзов: «Государство не является единственным принудительным союзом — в обществе их бесчисленное множество, и они могут интегрировать индивида гораздо сильнее, чем государство». ¹⁷⁴ Государственное право включает в себя нормы поведения (*Handlungsnormen*) и нормы решения (*Entscheidungsnormen*). Наряду с этими нормами существуют нормы государственного вмешательства (*Eingriffsnormen* — понятие, которое в «Юридической логике» Эрлих заменил более мягким термином «управленческие нормы» — *Verwaltungsnormen*), чьей

не ограничивается локальными социальными союзами, как это делал Эрлих, а говорит о существовании (также) глобальной самовоспроизводящейся коммуникативной сети, в процессе функционирования которой возникает глобальное право как новая социально-правовая реалья, определяющая свои границы путем бинарного кодирования «право — неправо» в рамках циркулярного правового дискурса. В качестве показательного примера такого глобального правового явления Тойбнер приводит международное торговое право (*lex mercatoria*). Полностью независимое от государственного правотворчества, это право представляет собой такую реалью, юридическая природа которой проявляется через *Hierarchisierung* (автономное нахождение договором своего места в существующей иерархии правовых актов), через *Temporalisierung* (распространение положений торгового договора на прошлые и будущие ситуации), через *Externalisierung* (выражение вовне и тем самым самовалидация договора, который становится юридически обязывающим для государства и других социальных союзов вне торгового сообщества, например при решении споров в коммерческом арбитраже или в государственных арбитражных судах) (*Ibid.*).

¹⁷¹ Ehrlich E. Grundlegung der Soziologie des Rechts. S. 110.

¹⁷² *Ibid.* S. 152. — Хотя при этом государственное право и закон четко разграничиваются (*Ibid.* S. 110–111).

¹⁷³ *Ibid.* S. 60. — В этом случае решающее значение должен был приобрести другой критерий — принудительность в том или ином аспекте, чего Эрлих в целом не был склонен допускать.

¹⁷⁴ *Ibid.* S. 52.

задачей является обеспечение возможности регламентации социальной жизни со стороны государства.

Единственное сущностное отличие государственного права состоит в том, что государство монополизирует право представлять интересы социального целого и применять силу по отношению к нарушителям исходящих от государства правовых предложений. Но эта сфера, по мнению Эрлиха, незначительна: «Принудительная власть государства для охраны правопорядка используется преимущественно не против народного большинства, а только против небольшой группы, против изгоев, стоящих вне общественных связей лиц. Большая масса народа не должна усмиряться государством, она подчиняется правопорядку добровольно, так как чувствует, что это ее порядок, порядок экономических и общественных союзов, в который интегрируется индивид».¹⁷⁵ И лишь в силу исторических обстоятельств государственное правоприменение приобрело в современных обществах гипертрофированное значение.

Кельзен подверг суровой и во многом правильной критике идеи Эрлиха о роли и месте государственного права в правовой жизни.¹⁷⁶ Здесь можно повторить эту критику, где указывается на следующие противоречия представлений Эрлиха. Во-первых, Эрлих отождествляет созданное государством право с «правом, провозглашенным государством через закон», что, как верно замечает его критик, совсем не одно и то же. Во-вторых, провозглашая содержанием этого права нормы государственного принуждения, Эрлих в другом месте сводит право государства к правилам поведения для судов и других государственных органов, что создавало неясность в вопросе о субъектах права государства. Вообще тезис о противоположности государства и общества, государственного и социального права стал своего рода «ярлыком» социолого-правового подхода в целом и концепции Эрлиха в частности.¹⁷⁷ Мыслитель не отрицал возможных и часто случавшихся в истории

¹⁷⁵ Ibid. S. 61.

¹⁷⁶ Kelsen H., Ehrlich E. Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft. Eine Kontroverse (1915–1917). S. 36–46.

¹⁷⁷ Это воззрение Эрлиха, по-видимому, объясняется экстраполяцией данных его исторических исследований в области римского права на всю историю развития права. Тезис о полной противоположности государственного и социального права прозвучал еще в 1902 г. (Ehrlich E. Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen), а в «Основоположении» ученый просто сослался на исторические примеры римского права как на доказательство такой противоположности (Ehrlich E. Grundlegung der Soziologie des Rechts. S. 239 usw.).

конфликтов права государства и других правовых порядков, предпочитая в данном аспекте говорить о социологической легитимации права как производной от соотношения социальных сил.¹⁷⁸ При этом вопрос о первичности того или другого порядка не имеет значения — в большинстве случаев нормы права государства следуют правилам права союзов, но возможны ситуации, когда государство «с чистого листа» создает нормы, к которым адаптируется правовая жизнь.¹⁷⁹ Для Эрлиха были важнее невозможность сведения этих порядков друг к другу (при этом он не отрицал их частичную зависимость) и невозможность сведения всего права к праву государства (как по объему, так и по содержанию).

Право союзов и право государства Эрлих относил к праву первого порядка, т. е. к организующим общество нормам и правилам. Вместе с тем эти нормы не могут существовать сами по себе, в отрыве от динамики породивших их социальных процессов. Конфликты и споры, которые возникают между участниками правового общения, вызывают к существованию нормы второго порядка, или защищающее право (*Schutzrecht*), а именно нормы решения, которые содержат правила разрешения отдельных споров и которые образуют право юристов (*Juristenrecht*). Эти нормы применяются судьями, участвующими в процессе разрешения споров и конфликтов, причем под судами Эрлих склонен понимать любые социальные институты, которым доверено или поручено разрешение споров (включая суды чести, третейские, канонические суды).

Различие между организационными нормами и нормами решения (социальным правом и правом юристов) Эрлих видел в том, что первые предназначены для всех участников того или иного союза, а вторые — только для правоприменителей. «Норма решения, как все социальные нормы, является правилом поведения. Однако в том, что касается судов, эта норма выступает правилом поведения не для участвующих в социальных отношениях людей, а для лиц, уполномоченных разрешать конфликты в судах. Здесь норма решения — это правовая норма, но она проявляется как правовая

¹⁷⁸ Ibid. S. 299 usw.

¹⁷⁹ Более того, часто встречаются ситуации, когда право государства оказывается более прогрессивным, нравственно приемлемым, чем живое право, а через закон в правовую жизнь вводятся более нравственные и гуманные нормы (*Ehrlich E. Grundlegung der Soziologie des Rechts. S. 148 usw.*). В этом плане право государства и живое право оказываются равнозначными, поскольку и то, и другое представляют собой стремление осуществить принятую в том или ином союзе (включая государство) идею справедливости.

норма особого вида, отличаясь от правовых предложений, содержащих общие правила поведения». ¹⁸⁰ Право юристов отличается от государственного права тем, что оно не наделено принудительной силой — оно может быть «научно признано и установлено, но не может быть предписано». ¹⁸¹

Для норм решения характерно обобщение частных, сведение их к ряду общих принципов, которые регламентируют разрешение споров в схожих жизненных ситуациях. Эта абстрактность норм решения позволяет им существовать неопределенный период времени — до тех пор, пока они адекватны реальной социальной ситуации, — то, что Эрлих называет «законом постоянства норм решения». ¹⁸² С течением времени некоторые нормы решения могут получить закрепление в правовых текстах, признание со стороны правового авторитета и тем самым приобрести статус правовых предложений. Нюанс заключается в том, что нормы решения постоянно изменяют свое содержание. Сохраняя свою форму, в процессе судебного разбирательства и правоприменения нормы решения адаптируются к новым отношениям. ¹⁸³ Поэтому и при закреплении в виде правового предложения норма решения претерпевает изменения применительно к новой социальной ситуации.

Та же диалектика распространяется и на законы, судебные прецеденты и иные правовые тексты, ¹⁸⁴ в которых закреплены постоянно адаптирующиеся правовые предложения. Искусство юриста состоит в способности применять старые правовые тексты к новым случаям: юрист встает на место закона и становится «органом социальной справедливости», ¹⁸⁵ осуществляя «проекцию» старых правовых текстов на новые явления и отношения. ¹⁸⁶ Поэтому то, что юристу кажется простым толкованием права, с точки зрения историка предстает как приспособление правовых пред-

¹⁸⁰ Ibid. S. 98.

¹⁸¹ Ibid. S. 288.

¹⁸² Ibid. S. 106.

¹⁸³ Ibid. S. 107.

¹⁸⁴ Здесь данный термин используется в том значении, которое ему придавал Эрлих, понимавший под правовым текстом форму устной или письменной фиксации правового предложения.

¹⁸⁵ Ehrlich E. Grundlegung der Soziologie des Rechts. S. 161.

¹⁸⁶ Ibid. S. 324. — По этой причине М. Ребиндер считал, что, «несмотря на несколько иначе сформулированные теоретические рассуждения, Эрлих видел решающий момент развития права именно в деятельности юристов» (Rehbinder M. Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich. S. 116).

ложений к изменяющимся потребностям социальной жизни.¹⁸⁷ В тех случаях, когда правовые тексты полностью перестают отвечать потребностям времени, либо происходит их законодательное изменение, либо в рамках социального союза возникают новые институты, способные реформировать содержание старых правовых текстов.¹⁸⁸

Эта методологическая позиция не была лишена оригинальности и стала важным этапом в развитии правоведения начала XX в. Становление позитивизма привело к замещению традиционной идеалистической философии права принципами этатистского позитивизма, который предлагал наиболее легкий выход из кризиса естественно-правового подхода. Коренное и непримиримое различие ценностей, выдвигаемых разными авторами в качестве постулатов естественного разума, самоочевидных истин, природы вещей, непреходящих законов человеческой жизни, подорвало веру в возможность поиска основ права где-то вне «твердой позитивной почвы» законодательства. Вполне нормальная реакция против крайностей юснатурализма оказалась слишком затянувшейся, а юриспруденция понятий, плавно перетекшая в аналитическую юриспруденцию, стала в начале XX в. эталоном научности в познании права. Ответная реакция в рамках движения возрожденного естественного права не могла сокрушить позиций нового позитивистского видения права — ведь речь шла о конфликте двух предполагавшихся несводимыми друг к другу типов правовопонимания. Поэтому движение против этатизма в правоведении логично вело к зарождению альтернативных течений в рамках самого позитивизма, имевшего в те годы непререкаемый научный статус, «замечательные методы и превосходные результаты».¹⁸⁹ Именно в этом аспекте проявляются не только антиэтатистский пафос

¹⁸⁷ Эта деятельность юриста, по мнению Эрлиха, сродни искусству: через толкование закона юрист сообщает этому закону исторический смысл (отсюда и термин «*historische Sinnermittlung*») (Ehrlich E. Die richterliche Rechtsfindung auf Grund des Rechtssatzes. S. 220 usw.).

¹⁸⁸ Эти идеи были высказаны мыслителем еще в 1904–1905 гг. в полемике по поводу роли римского претора в правовой системе Древнего Рима. Эрлих утверждал, что именно неадекватность законов социальным потребностям привела в Древнем Риме к введению должности претора. То же самое произошло в Англии при наделении канцлера правом решать споры (создание судов справедливости); по мнению Эрлиха, эти процессы можно было наблюдать и в современной ему Франции при развитии административной юстиции (Ehrlich E. Recht und Prätor // Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart. 1904. Bd. 31. S. 331–364; 1905. Bd. 32. S. 599–612).

¹⁸⁹ Ehrlich E. Die Erforschung des lebenden Rechts. S. 12.

работ Эрлиха, но и значимость его концепции для развития правового позитивизма в XX в.

Разрабатываемый мыслителем позитивизм на «научной социологической основе» предлагал широкие альтернативы для развития научного знания, выходя за узкие границы этатизма и ведя, в конечном счете, к преодолению неокантианского дуализма должного и сущего, нормативного и фактического. Вместе с тем Эрлих не шагнул намного дальше науки своего времени. Его «социологию» нельзя трактовать в современном смысле этого термина. Социология права замышлялась ученым отнюдь не как эмпирическая наука, оперирующая фактами, статистикой, данными наблюдений и обобщений. В работах Эрлиха это направление было едва намечено — анализ и обобщение судебных решений, юридических документов и фактической правовой практики, как было показано выше, были оставлены мыслителем после неудачи его проекта по исследованию живого права в Буковине. В дальнейшем австрийский правовед возвратился в русло социальной философии, строя свои концептуальные схемы дедуктивным путем, пытаясь в то же время согласовать общетеоретические выводы с очевидными фактами социальной жизни (точнее, не с отдельно взятыми фактами, а с тем, что в этих фактах было «по своей сути однообразно и типично»).¹⁹⁰

В данном плане Эрлиха более интересовали «правила общего человеческого поведения»,¹⁹¹ чем эмпирическая конкретика. В этом он следовал скорее традиционной метафизике, чем новейшей позитивной методологии, и основной пафос «Основоположения» заключается как раз в обосновании абстрактного тезиса о единстве права и общества. А поскольку общество фактически складывается из многочисленных социальных групп, союзов, сообществ, то «юридическая логика» вела Эрлиха к правовому плюрализму, к признанию множественности правовых порядков, но именно как к абстрактной идее, а не как к индуктивному обобщению данных эмпирического наблюдения.¹⁹²

¹⁹⁰ Ibid. S. 16.

¹⁹¹ Ehrlich E. Grundlegung der Soziologie des Rechts. S. 7 usw.

¹⁹² По верному замечанию Теодора Гейгера, «Эрлих говорит только о социальных предпосылках возникновения права, но даже не ставит вопрос о процессах социализации в сфере правовой жизни и о социологическом анализе правовых отношений» (Geiger T. Besprechung der Grundlegung der Soziologie des Rechts // Archiv für angewandte Soziologie. 1928/1929. Bd. 1. S. 47). Понимается, это замечание немецкого ученого относится только к «Основоположению», поскольку предшествующим работам Эрлиха (1909–1912 гг.) недостаток эмпиризма в упрек поставить нельзя.

«Основоположение социологии права» Эрлиха имело как содержательные, так и чисто формальные недостатки. Среди последних стоит отметить скетчевую манеру изложения, которой мыслитель придерживался во всех своих важнейших работах. Ганс Кельзен не без оснований отметил, что «Основоположение» «полностью бессистемно и по сути своей оказывается плохо связанным сборником эссе». ¹⁹³ Действительно, в «Основоположении», где методологические рассуждения перемешиваются экскурсами в историю римского, германского и английского права, трудно найти какую-то систему изложения. Это кажется тем более непростительным для работы, которая претендовала на роль основополагающей для новой научной дисциплины. Здесь опять трудно не согласиться с Кельзеном: «При основании новой науки нельзя отказываться от планомерного строительства; и тем более нельзя пренебрегать солидным обоснованием основных понятий и положений, без которых не может идти речь ни о каком основоположении». ¹⁹⁴ На эту особенность манеры изложения Эрлиха указывали и другие критики. ¹⁹⁵

Другая проблемная сфера, затруднившая рецепцию идей ученого в немецкоязычных странах, — стремление к междисциплинарному синтезу, которое воспринималось тогда как вызов принципам научности, заложенным неокантианцами. Разрушение границ между должным и сущим, науками о природе и о культуре, нормативной действительностью и фактической действительностью послужило причиной ожесточенной критики положений новой социолого-правовой доктрины, которая воспринималась как «методологический синкретизм», ¹⁹⁶ «нормативное перешагивание

¹⁹³ *Kelsen H., Ehrlich E.* Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft. Eine Kontroverse (1915–1917). S. 11.

¹⁹⁴ *Ibid.* S. 3.

¹⁹⁵ *Kraft J.* Vorfragen der Rechtssoziologie // *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft.* 1930. Bd. 45. S. 42; *Klein F.* Gutachten: Eugen Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts // *Juristisches Literaturblatt.* 1915. Nr. 27. S. 37; *Ginsberg M.* Grundlegung der Soziologie des Rechts by Eugen Ehrlich // *The Modern Law Review.* 1937. N 1. P. 169.

¹⁹⁶ *Kelsen H., Ehrlich E.* Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft. Eine Kontroverse (1915–1917). S. 22. — Наука о праве не может быть сконструирована одновременно из правил бытия (*Seinregeln*) и из предписаний должного (*Sollvorschriften*), что для Кельзена в те годы представлялось самоочевидным (*Ibid.* S. 6 *usw.*). Хотя впоследствии и сам Кельзен (*Kelsen H.* *Reine Rechtslehre.* Wien, 1960. 2 Aufl.) был вынужден возвратиться к дуализму должного и сущего. См. об этом: *Поляков А. В.* Правовой нормативизм: Ганс Кельзен // *Козлихин И. Ю., Поляков А. В., Тимошина Е. В.* История политических и правовых учений. СПб., 2007. С. 378–398.

границ».¹⁹⁷ На синкретичность метода мыслителя указывали даже такие последователи его учения, как Манфред Ребиндер, считавший, что Эрлих допускал ошибку, смешивая источники нашего знания о праве и источники самого права.¹⁹⁸

Еще одним важным моментом, который во многом объясняет длительное неприятие концепции Эрлиха в Германии, был политический контекст. В первую очередь нужно отметить то, что чаяния ученого об упорядочении социального общения, устройства правовой (а стало быть и политической) жизни на научных основах были сформулированы в совершенно неподходящий момент. Начало Первой мировой войны и ее ход все более подрывали веру в созидательные способности человека и общества; а в обстановке послевоенной неопределенности ситуация «лила воду на мельницу» сторонников строгого позитивизма, видевших в праве средство принудительного обуздания человеческой свободы. Воззрениям Эрлиха о свободной саморегуляции социальных союзов в такой обстановке в течение длительного времени суждено было оставаться маргинальными, по меньшей мере в Европе. Есть и другой момент, на который стоит обратить внимание. На первый взгляд, социолого-правовая теория австрийского ученого казалась политически индифферентной и не указывала на политические симпатии автора, который избегал как-либо касаться этой сферы, особенно в научных работах, тем более что Эрлих был специалистом по цивилистике и в своих трудах очень редко касался вопросов и проблем публичного права. Из-за этого его творчество воспринималось амбивалентно. С одной стороны, идеи о живом праве, непосредственном нормотворчестве социальных союзов не могли принести какой-либо научной пользы в деле обоснования идеологии авторитаризма. С другой стороны, тезис о противоположности права и государства (гипертрофированный критиками работ Эрлиха до полной противоположности права государства и живого права) воспринимался сторонниками демократической идеологии как обоснование неограниченности возможностей государственной власти творить любое позитивное право по своему усмотрению.¹⁹⁹ При этом резко антиэтатистская позиция

¹⁹⁷ «*Normative Grenzüberschreitung*» (*Kraft J. Vorfagen der Rechtssoziologie. S. 35–43*). См. также: *Binder J. Philosophie des Rechts. Berlin, 1925. S. 998 usw.*

¹⁹⁸ «*Erkenntnisquelle*» и «*Qualifikationsquelle*» (*Rehbinder M. Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich. S. 107–108*).

¹⁹⁹ См., напр.: *Friedmann W. Legal Theory. New York, 1960. S. 203; Renner K. Besprechung der Grundlegung der Soziologie des Rechts // Archiv für Sozialwissenschaft*

Эрлиха (которую М. Ребиндер обозначил как «социально-консервативную», при этом считая Эрлиха «борцом за демократизацию права»),²⁰⁰ объяснимая с точки зрения классического либерализма, никоим образом не могла обосновать социальную роль государства, важность которой в XX в. трудно отрицать.

Ценность «Основоположения социологии права», этого ключевого произведения Эрлиха, прежде всего пропедевтическая: читая работу, вслед за Теодором Гейгером можно задаться вопросом о том, с какой целью в этой книге «идеи, ставшие самоочевидными истинами, описываются с такой излишней подробностью и настолько перегружены историко-правовыми деталями».²⁰¹ Здесь, как кажется, и кроется одно из оснований того непонимания, которое встретила социолого-правовая концепция Эрлиха в научном мире. Вместо ожидаемого введения в научный оборот нового методологического и терминологического инструментария читатель преимущественно находил, наряду с историко-правовыми экскурсами, лишь искусные выпады против этатизма, юснатурализма и других «традиционных» подходов к изучению права. Это понимал и сам автор — даже в более поздней работе «Юридическая логика» (1918 г.) можно прочесть следующее мнение Эрлиха о своей концепции: «Все это — лишь начало научного обоснования юриспруденции. И на этой научно выверенной почве через века будут стоять законодатели, юристы и судьи. Но любому делу когда-то должно быть положено начало».²⁰² С этой точки зрения данная работа и по сей день сохраняет свою актуальность — как первая систематическая попытка рассмотрения и изучения права с позиций социологии.

und Sozialpolitik. 1930. Bd. 63. S. 185–187.

²⁰⁰ *Rehbinder M.* Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich. S. 94, 120.

²⁰¹ *Geiger T.* Ehrlichs Grundlegung der Soziologie des Rechts // Archiv für angewandte Soziologie. 1929. Bd. 1. Heft 6. S. 44.

²⁰² *Ehrlich E.* Die juristische Logik. S. 113.