
ПРАВОВАЯ, ПОЛИТИЧЕСКАЯ
И РЕЛИГИОЗНАЯ МЫСЛЬ

ИНТЕГРАЦИЯ ЗНАНИЯ О ПРАВЕ И ОБЩЕСТВЕ
В ТВОРЧЕСТВЕ ОЙГЕНА ЭРЛИХА¹

© 2011 г. Михаил Валерьевич Антонов²

Краткая аннотация: в статье рассматриваются основные аспекты учения о праве основоположника социологии права Ойгена Эрлиха (1862–1922). Особый акцент делается на интегративном характере концепции Эрлиха, на ведущей роли теории правового плюрализма в обосновании социологического подхода к праву.

Annotation: in this article are considered the basic aspects of the legal doctrine of Eugen Ehrlich (1862–1922), the founder of sociology of law. The particular accent is put at the integrative character of Ehrlich's doctrine, as well as at the key role of conception of legal pluralism for foundation of the sociological approach to law.

Ключевые слова: интеграция, правовой плюрализм, социология права, живое право.

Key words: integration, legal pluralism, sociologic of law.

Разработка методологии исследования права в ракурсе интегративного подхода предполагает в качестве одного из своих направлений рассмотрение права как многоаспектного явления. Право не сводится сугубо к социальному, психологическому, нормативному, идеальному либо иному содержанию. В нем сочетаются эти и другие аспекты, которые дают синтез на более высоком уровне, за счет чего и образуется то своеобразное явление (используя терминологию Г.Д. Гурвича, его можно назвать “идеал-реалистическим”), которое мы называем правом. Это положение можно считать одним из основных тезисов интегративного подхода, если термин “интеграция” понимать в значении конструирования методологии междисциплинарных исследований, разработки основы для использования научного инструментария из других областей знания. Этим, разумеется, не отрицается и более широкое понимание данного термина, а также возможность применения понятия “интеграция” к иным идейным направлениям. Такая постановка вопроса отнюдь не нова в истории политико-правовой мысли, и, как представляется, изучение истоков этого подхода может сыграть немаловажную роль в более точной формулировке и понимании современных дебатов на данную тему.

Начало XX в. стало одним из поворотных пунктов развития науки об обществе. Психоло-

гия, этнология, биология и другие дисциплины привносили все новые идеи в социальную философию, предлагая захватывающие воображение возможности построения альтернативных методологических конструкций. Не оставалась в стороне от этой “борьбы методов” (*Methodenstreit*) и философия права, для развития которой одним из наиболее осязаемых импульсов оказалось возникновение науки об обществе – социологии. В конце XIX в. учеными разных стран было принято несколько попыток применить социологические разработки к праву, рассмотреть право с точки зрения его роли в общественном механизме (Э. Дюркгейм, Р. Штаммлер, С.А. Муромцев, Н.М. Коркунов и др.). Но эти разработки, очень интересные в плане высказанных инновационных идей, все же не привели к созданию нового направления и остались на уровне социально-философских экскурсов.

Заслуга методологической разработки нового междисциплинарного социолого-правового подхода принадлежит австрийскому правоведу Ойгену Эрлиху (1862–1922). Речь идет, собственно, не о самой идее интеграции правоведения, психологии и науки об обществе, что в те годы уже не воспринималось как нечто оригинальное. Вопрос ставился именно об утверждении статуса новой научной дисциплины, ее обособлении от других наук, в том числе и от догматического правоведения. Публикация в Вене “Основоположения социологии права” в 1913 г. стала 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.

¹ Настоящая статья подготовлена при финансовой поддержке РГНФ в рамках научно-исследовательского гранта РГНФ “Социолого-правовая концепция Ойгена Эрлиха”, проект № 08-03-00111а.

² Преподаватель юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета, кандидат юридических наук (E-mail: mich_antonov@voila.fr; моб. тел.: 8-921-328-57-31).

Творчество автора этой работы – Ойгена Эрлиха, профессора Черновицкого университета (сейчас Украина), стало знаковым событием в истории правовой мысли XX в., хотя творческое наследие этого мыслителя остается малоизученным в нашей стране. Это и неудивительно: программная работа Эрлиха “Основоположение социологии права” была опубликована как раз перед началом Первой мировой войны и последовавшего за ней революционного переворота в России. Дальнейшее развитие общественных наук в России проходило в русле марксистской идеологии, и учение Эрлиха оказалось невостребованным³, а его работы оставались непереуверенными на русский и поэтому недоступными для значительной части научного сообщества нашей страны⁴. 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 Львовского, а затем Венского университетов⁵, 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 императорском Университете Франца-Йозефа г. Черновцы. В том же 1896 г. Эр-

лих возвращается в Черновцы, на Буковину, принадлежавшую тогда Австро-Венгерской империи.

Исследования, которые мыслитель поначалу вел в области гражданского права и истории римского права, привели его к выводу о несостоятельности этатистского воззрения на право. В сочинениях “О пробелах в праве”⁶ и “Молчаливое волеизъявление”⁷ ученый сформировал свою критическую позицию по отношению к этому направлению. Его критика идеи об отсутствии пробелов в праве и о возможности полностью урегулировать гражданский оборот с помощью сформированного государством права не утратила своего значения и до настоящего времени с учетом удельного влияния этой идеи на гражданско-правовое регулирование, в том числе и в современной России. Данные воззрения Эрлиха вполне входили в рамки критики правового этатизма, сформулированной в школе свободного права, одним из лидеров которой в начале XX в. был первоначально и сам австрийский мыслитель. Его работы об источниках права и о свободном нахождении права⁸ на некоторое время стали программными сочинениями данного движения.

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 место римского права постепенно заняла публично-властная деятельность государства. В дальнейших работах этот процесс Эрлих ассоциировал с возникновением полицейского государства в XVII в. и с сопутствующим этому процессу стремлением поставить судебный корпус под полный контроль государства⁹ через возложение на судью обязанности всегда обосновывать свое решение ссылками на текст закона – этого “не всегда справедливого, но всегда верного и предугадываемого права”¹⁰. Разумеется, данной цели государство так никогда и не достигло по той причине, что в текстах закона невозможно заключить все разно-

³Что и неудивительно с учетом критического отношения Эрлиха к марксизму (см., например: *Ehrlich E. Marx und die soziale Frage // Ehrlich E. Politische Schriften. Berlin, 2007. S. 153–162*). Об отношении Эрлиха к марксизму см.: *Rehbinder M. Nachwort // Ehrlich E. Karl Marx und die soziale Frage. Berlin, 2006. S. 20*. Единственной монографией на русском языке оставалась работа В.П. Марчука (*Марчук В.П. Свободное право в буржуазной юриспруденции. Критика концепции Е. Эрлиха. Киев, 1977*), в которой, к сожалению, больше внимания было уделено критике концепции Эрлиха с позиций марксизма, чем ее систематическому изложению и анализу.

⁴Вместе с тем в соседней Украине творчеству Эрлиха сегодня уделяется значительное внимание (см., например: *Марчук В.П. Евгений Эрлих: Основоположник социологии права // Проблемы философии права. 2005. Т. III. № 1; Бігун В.С. Евгений Эрлих: Життя і правознавча спадщина // Ibid. № 2*); ряд статей Эрлиха переведены на украинский. На юридическом факультете Черновицкого университета с середины 1990-х годов даже выходит “Эрлиховский сборник” (“*Ерліхівський збірник*”) научных работ по проблемам правоведения.

⁵Первоначально Эрлих поступил в 1879 г. во Львовский университет, где проучился два года на юридическом факультете. В 1881 г. он переводится на юридический факультет Венского университета, который заканчивает в 1883 г.

⁶См.: *Ehrlich E. Über Lücken im Recht (1888) // Ehrlich E. Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtsstatsachenforschung und zur Freiheitslehre. Berlin, 1967. S. 80–169*.

⁷См.: *Ehrlich E. Die stillschweigende Willenserklärung. Berlin, 1893*.

⁸См.: *Ehrlich E. Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen. Das ius civile, ius publicum, ius privatum. Berlin, 1902; Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft. Leipzig, 1903*.

⁹См.: *Ehrlich E. Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft // Ehrlich E. Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtsstatsachenforschung und zur Freiheitslehre. Berlin, 1967. S. 151 usw.*

¹⁰*Ibid. S. 186.*

образе социальной жизни, что, подобно попытке остановить поток воды в запруде, “это будет уже не живым потоком, а застоявшейся водой”¹¹. Эрлих соглашался с тем, что право действительно представляет собой единое целое и в этом смысле беспробельно, но считал, что такое единство права является результатом не логического толкования, а непосредственного правотворчества, которое осуществляют судьи и другие “юридические чиновники” в каждом конкретном деле¹².

Эпохальным событием в истории развития социологии права стал 1910 г., когда 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. Здесь впервые формулируется программа интегративного правоведения, которую Эрлих развивает и обосновывает в дальнейших работах. В 1911 г. Эрлих излагает интеграционные идеи своего учебного курса в научном докладе, чье название само по себе дает представление о направленности мысли ученого: “Что может произойти, если при обучении юристов потребовать более широкого рассмотрения вопросов психологии, экономики и социологии?”¹³. Эта работа обозначила программу нового социологического подхода (в более широком плане – социолого-психологического) к праву, среди важнейших вех которого основное место занимают две книги: “Основоположение социологии права” (1913) и “Юридическая логика” (1918).

В рамках этих сочинений ученый предлагал рассматривать право не в монистическом ключе (только как норму, приказ, отношение, эмоцию и т.п.), а сразу в нескольких этих аспектах и с использованием методов различных научных направлений (социологического анкетирования до

психологической интроспекции, сравнительно-исторического анализа, философской дедукции и т.д.). Этот подход развит Эрлихом в рамках нового учебного курса по живому праву, где была предпринята попытка применить методы эмпирической социологии к изучению права. Был разработан образец опросной анкеты и выбраны референтные группы – представители населения Буковину народностей и религиозных общностей, а также отдельные сферы предпринимательства. В рамках семинара студентам было поручено проведение исследования нескольких вопросов, в частности порядок заключения договоров аренды сельскохозяйственных угодий, режим общего пользования полями, особенности семейного права и имущественных отношений в крестьянских семьях и т.п.¹⁴

С целью получения финансирования от имперского правительства в Вене Эрлихом в 1909 г. было подготовлено научное обоснование данного полевого исследования, которое было подано в министерство культуры 16 июня 1909 г. В том же году эта работа опубликована¹⁵, а через два года, в 1911 г., со стороны министерства было осуществлено незначительное финансирование¹⁶. Но временная задержка финансирования не стала препятствием для Эрлиха, который организовал проведение полевых исследований с 1909 г., хотя сами 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 фактически признался в невозможности составить из полученных описаний какую-то цельную картину существующего на Буковине живого права¹⁷.

¹⁴ См. примеры таких анкет в: *Ehrlich E. Das Lebende Recht der Völker in der Bukovina. S. 47–60.*

¹⁵ См.: *Ehrlich E. Die Erforschung des lebenden Rechts (1911) // Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich. 1911. Bd. 35. S. 129–147.*

¹⁶ См.: *Ehrlich E. Ein Institut für lebendes Recht // Ehrlich E. Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtsstatsachenforschung und zur Freiheitslehre. Berlin, 1967. S. 28.*

¹⁷ См.: *Ehrlich E. Was kann geschehen, um bei der Ausbildung das Verständnis des 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, чем научную цель: “пробудить сознание действительности” (*Wirklichkeitssinn*), и делает недвусмысленный намек на то, что “даже научно бесплодная работа имеет высокую педагогическую ценность” (*Ibid. S. 73*), хотя ответственность за неудачу исследования ученый не рискнул принять на себя, сославшись на низкий уровень подготовки студентов, проводивших опросы (*Ibid. S. 73*)

¹¹ *Ehrlich E. Die Soziologie des Rechts // Ehrlich E. Gesetz und lebendes Recht: Vermischte Kleinere Schriften. Berlin, 1986. S. 243.*

¹² См.: *Ehrlich E. Die juristische Logik. Tübingen, 1918. 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*), которое судья осуществляет самостоятельно, заимствуя критерий оценки 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. Baden-Baden, 2003. S. 117*).

¹³ См.: *Ehrlich E. Was kann geschehen, um bei der Ausbildung das Verständnis der Juristen für psychologische, wirtschaftliche und soziologische Fragen in erhöhtem Masse zu fördern? // Verhandlungen des 31 Deutschen Juristentages. 1912. Bd. 2. S. 200–220.*

В начале 1912 г. исследование было прекращено, а результаты проведенных эмпирических исследований так никогда и не были опубликованы¹⁸.

Разумеется, нельзя переоценивать новизну данной проблематики и такой постановки вопроса. Сам Эрлих не отрицал того, что испытал сильное влияние со стороны исторической школы права и концепций таких мыслителей, как Рудольф фон Иеринг или Отто фон Гирке. Нельзя отрицать и воздействия общего позитивистского духа науки той поры, особенно идей социального дарвинизма и органистской школы в социологии. Критики концепции Эрлиха сразу же указали и на другой аспект – на сходство методов основателя социологии права с идеями и концепциями, которые в то время разрабатывались рядом сторонников этнологического направления в правоведении. 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 открыто признавал, что именно Богишичу он обязан “основной идеей своих социологических работ”¹⁹, хотя и не преминул указать на то, что эту идею он изложил в совершенно иной методологической плоскости: если для этнологов исследование ограничивалось правовыми институтами конкретных исторических эпох и конкретных народностей, то внимание Эрлиха было сосредоточено на “отношениях более высокого культурного уровня, более насыщенной и разнообразной жизни”²⁰, под которыми он подразумевал отыскание закономерностей правового развития.

Вместе с тем, исследования Эрлиха о живом и социальном праве, и особенно попытки применить их результаты в образовательном процессе, вызвали открытое неприятие со стороны консервативно настроенной юридической общественности Австро-Венгрии²¹. Идеи Эрлиха нашли более живой отклик за океаном, в Соединенных Штатах, чем на родине этого мыслителя и в других немец-

коговорящих странах²². Не остались без внимания и идеи Эрлиха о живом праве²³, получившие деятельную поддержку со стороны Роско Паунда, который формулировал задачи социологической юриспруденции примерно в том же ключе²⁴. Отсутствуют основания для того, чтобы говорить о возможных заимствованиях, но стоит отметить сходство предложенных двумя учеными подходов к праву²⁵. В 1914 г. Паунд пригласил Эрлиха прочесть курс лекций в Гарварде, чему помешало начало Первой мировой войны. Вместе с тем сотрудничество с Паундом продолжилось – организовал публикацию на английском двух статей Эрлиха²⁶ и сам написал ко второй из публикаций короткую вводную статью²⁷. Можно отметить, что помимо Паунда идеи Эрлиха получили в США другого влиятельного покровителя в лице Карла Ллевеллина, который в 1926 г. инициировал проект перевода “Основоположения социологии права” на английский²⁸ – проект, который был завершен через 10 лет под патронажем Паунда²⁹.

Начало Первой мировой 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 ученый был вынужден перебраться в Вену, а затем и в Швейцарию, где занимался чтением публичных лекций³⁰. После окончания войны в октябре 1920 г. Эрлих

²² См.: *Rehbinder M.* Einleitung // *Ehrlich E.* Recht und Leben. S. 8.

²³ См.: Professor Ehrlich's Chernowitz Seminar for Living Law // Proceedings of the 14th Annual Meeting of the Association of American Law Schools. Chicago, 1914.

²⁴ См.: *Pound R.* Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence // *Harvard Law Review.* 1911. № 24; *Pound R.* Law in Books and Law in Action // *Harvard Law Review.* 1910. № 44.

²⁵ См. об этом: *Ziegert K.A.* The Sociology behind Eugen Ehrlich's Sociology of Law // *International Journal of Sociology of Law.* 1979. № 7.

²⁶ См.: *Ehrlich E.* Montesquieu and Sociological Jurisprudence // *Harvard Law Review.* 1915/1916. Vol. 29; *The Sociology of Law* // *Harvard Law Review.* 1922. Vol. 36.

²⁷ См.: *Pound R.* An Appreciation of Eugen Ehrlich // *Harvard Law Review.* 1922. № 36.

²⁸ См.: письмо Ллевеллина в издательство “Duncker und Humblot” от 16 июля 1926 г., которое цитирует в своем исследовании М. Ребиндер (*Rehbinder M.* Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich. Berlin, 1967. S. 16).

²⁹ См.: *Ehrlich E.* Fundamental Principles of Sociology of Law. New Brunswick, 1936. Translated by W. Moll, prefaced by R. Pound.

³⁰ См., например: *Ehrlich E.* Die bewährte Lehre und Überlieferung (Art. 1 ZGB). Leitgedanken eines Referats Ehrlichs vor dem Züricher Juristverein, aufgezeichnet von H. Schmid // *Schweizerische Juristen-Zeitung.* 1919/1920. Nr 16. S. 225, 226.

¹⁸ 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” (*Ehrlich E.* Ein Institut für lebendes Recht. S. 42).

¹⁹ *Ehrlich E.* Die Erforschung des lebendes Rechts // *Ehrlich E.* Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freiheitslehre. Berlin, 1967. S. 18–19.

²⁰ *Ehrlich E.* Grundlegung der Soziologie des Rechts. Wien, 1913. S. 285.

²¹ См.: *ibid.* S. 76–79.

принимает решение возвратиться в г. Черновцы (который по условиям Версальского мира вместе с Буковиной отошел к Румынии). Но его возвращению к преподаванию препятствуют румынские националисты, захватившие власть в университете³¹, и в июле 1921 г. мыслитель предпринимает поездку в Бухарест, где надеялся получить правительственную поддержку для возвращения к преподаванию, и в частности поддержку своему проекту основания Общества исследований живого права³². С лета 1921 г. Эрлих находится в Бухаресте, где состояние его здоровья резко ухудшается, и 2 мая 1922 г. он умирает.

Магистральная работа Эрлиха “Основоположение социологии права”, которой было суждено стать отправной точкой развития новой научной дисциплины, как следует из авторского вводного слова, была завершена в Париже в рождественскую ночь 1912 г.³³ 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 звучать примерно так: центр тяжести развития права в наше время, так же 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”³⁴. Принципиальным положением данной работы является признание того, что любое общество состоит из множества социальных союзов, которые организуют жизнь как отдельных индивидов, так и групп индивидов. Организация как процесс распределения функций, задач, правомочий и обязанностей осуществляет-

ся через право³⁵. В этом плане любое право социально, поскольку выполняет организационную функцию: “правовые нормы являются нормами, вытекающими из юридических фактов: они появляются из практики, которая в общественных союзах указывает каждому члену этих союзов его положение и функции”³⁶.

Ценность “Основоположения социологии права” прежде всего пропедевтическая – читая работу, вместе с Теодором Гейгером можно удивляться тому, зачем в этой книге “идеи, ставшие самоочевидными истинами, описываются с такой излишней подробностью и настолько перегружены историко-правовыми деталями”³⁷. Здесь, как кажется, и кроется одно из оснований того непонимания, которое встретила социолого-правовая концепция этого ученого в научном мире. Вместо ожидаемого введения в научный оборот нового методологического и терминологического инструментария читатель находил (наряду с историко-правовыми экскурсами) преимущественно искусные выпады против этатизма, юснатурализма и других “традиционных” подходов к изучению права.

Антиэтатистская направленность положений этой магистральной работы Эрлиха не могла не вызвать возражений Ганса Кельзена, который в те годы еще только начинал свою научную карьеру. Стержнем дискуссии стал вопрос о соотношении между действием и действительностью права, который по-разному решался этими двумя учеными. Если Кельзен в традициях неокантианства выступал за четкое разграничение должного и сущего, нормативного и фактического, то Эрлих не придавал этому разграничению большого значения. Для него право находится в обществе, создается социальными союзами и немислимо в отрыве от фактов социальной жизни. Такое целостное, интегральное видение права в аспекте фактичности и нормативности лежит в основе социологии права мыслителя и приводит его к идее о фактическом отсутствии границ между

³¹ См.: *Rehbinder M.* Aus den letzten Jahren im Leben und Schaffen von Eugen Ehrlich // *Festschrift für Ernst-Joachim Lampe.* Berlin, 2003. S. 203–205.

³² В Бухаресте Эрлих встретил понимание и поддержку ряда румынских ученых, таких как Д. Густы и Н. Иорга. См. об этом: *Ehrlich E.* The Sociology of Law // *Harvard Law Review.* 1922/1923. Vol. 36. P. 145; *Ehrlich E.* Die Sozialpolitik // *Ehrlich E.* Politische Schriften. Berlin, 2007. S. 142; *Rehbinder M.* Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich. S. 17, 18.

³³ См.: *Ehrlich E.* Grundlegung der Soziologie des Rechts. Wien, 1913. Мы переводим название этой работы буквально как “Основоположение социологии права” с учетом того, что такой перевод отражает основной замысел работы. Можно отметить, что при переводе на английский язык в 1936 г. У. Моллом под руководством Р. Паунда был предложен другой вариант – “Основные принципы социологии права” (*Fundamental Principles of Sociology of Law.* New Brunswick, 1936).

³⁴ *Ehrlich E.* Grundlegung der Soziologie des Rechts. Vorrede.

³⁵ В этом взгляды Эрлиха совпадают с концепцией социального контроля, сформулированной одновременно Р. Паундом. Показательно, что 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 Р. Паунда и О. Холмса, в период с 1913 по 1918 г.

³⁶ *Ehrlich E.* Grundlegung der Soziologie des Rechts. S. 215. Можно заметить, что Эрлих не следует традиции разграничения между социальным и индивидуальным правом, предложенной О. фон Гирке и развитой в трудах Г.Д. Гурвича.

³⁷ *Geiger T.* Ehrlichs Grundlegung der Soziologie des Rechts // *Archiv für angewandte Soziologie.* 1929. Bd. 1. Heft 6. S. 44.

юридической действительностью и социальной действенностью норм и правил. Для Кельзена же это означало смешение силы и права.

Для Эрлиха вопрос о соотношении права и силы вообще и о принудительной силе права в частности не представлял особого значения, поскольку любое социальное правило является фактической силой и принудительно по своей природе (“нормативная сила фактического”). Принудительность норм и правил основывается на включенности, интегрированности человека в процесс правового общения. Здесь проявляется еще один аспект интегративной теории, который также получил свое освещение в концепции Эрлиха. Такое общение происходит в рамках многочисленных социальных союзов, нормы которого интегрируют участников. Интеграция (“упорядочивание” в терминологии Эрлиха) ведет к образованию права, основная функция которого заключается в создании и поддержании порядка внутри союзов. В этом плане государство не может претендовать на монополию правотворческой деятельности: “государство не является единственным принудительным союзом – в обществе их бесчисленное множество, и они могут интегрировать индивида гораздо сильнее, чем государство”³⁸.

Здесь можно отметить, что Эрлих рассматривает вопрос принудительности именно в социологическом аспекте, не затрагивая порядка нормативного долженствования. Основное внимание он сосредоточивает на вопросе в том, чем обусловлено подчинение нормам, но не почему должно подчиняться нормам. Поскольку объективной потребностью социальных союзов является поддержание порядка внутри союзов и вовне (во взаимоотношениях с другими союзами), то практика социального общения приводит к интеграции (включению) людей в общение правовое, функция которого – формирование порядка отношений. Такое упорядочение ведет к спонтанному созданию правил поведения. В свою очередь, люди принимают правила поведения, существующие в тех социальных союзах, в которые они интегрированы или хотят быть интегрированы. Именно это “право союзов” является преобладающим в обществе. И уже из этих правил поведения, которые подвижны и изменчивы, с течением времени образуются правовые нормы, основным признаком которых – поддержка со стороны авторитетной социальной власти. Разумеется, Эрлих включал в понятие социальной власти не только власть государствен-

ную – нормы могут создаваться властью главы семьи, религиозного или военного вождя и т.п.

По Эрлиху, существуют три автономных, но не закрытых друг от друга правопорядка: право государства, право юристов и право союзов (живое право). В зависимости от общественно-исторических условий роли этих порядков, равно как и степень их автономии, различаются. 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. Право государства (или публичное право) состоит из норм, которые определяют функционирование органов государства и поддерживают общественно-политический порядок. В процессе применения правовых норм и предложений (под правовой нормой мыслитель понимал фактически складывающееся в обществе правило поведения, а под правовым предложением – фиксацию этой нормы в том или ином источнике права³⁹) возникают нормы-решения, которые содержат правила разрешения отдельных казусов и образуют право юристов. В право юристов входит также правовая доктрина, в которой ранее созданные правовые предложения приспособляются к социальной ситуации и тем самым обретают жизненную силу. Наряду с этими двумя порядками и независимо от них существует и третий – право союзов, которое состоит из юридических фактов и регулирует внутренний порядок союзов. Подобное регулирование происходит путем спонтанного формирования правил поведения участников социального общения. Эти правила являются конвенциональными и, следовательно, отличаются от норм своей гибкостью, способностью к постоянной трансформации. К числу этих правил (юридических фактов) Эрлих относит пять: обычай, властвование и подчинение, владение и волеизъявление.

Ключевой момент для возникновения правовой нормы – ее признание в масштабах того или иного союза. Но, что важно, речь идет не о признании на уровне индивидуальной психики, но о признании со стороны всего социального союза в целом – признании, которое должно выражаться в “регулярном внешнем соблюдении этой нормы”⁴⁰. Психологическую природу этого признания – является ли оно совпадением множества индивидуальных актов признания либо представляет собой явление некоего высшего коллективного сознания – Эрлих в своих работах не прояснил,

³⁸ Ehrlich E. Grundlegung der Soziologie des Rechts. S. 52.

³⁹ Ehrlich E. Grundlegung der Soziologie des Rechts. S. 52.

⁴⁰ Ibid. S. 134 usw.

сославшись на самоочевидность и тем самым на обязательность такого коллективного признания/распознавания нормы⁴¹. Поскольку ученый понимал, что самоочевидность научным критерием являться не может, то в качестве дополнительного признака права была указана степень важности той или иной нормы для социальной жизни (к примеру, 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 нормы⁴².

В этом плане Эрлих встречался с другим, более сложным вопросом, касающимся разграничения между правом и другими социальными регуляторами, – вопросом, который не мог обойти в своей рецензии Кельзен⁴³ 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 исследования этого вопроса⁴⁴, то в труде, которому предназначалась роль методологического обоснования новой дисциплины, данный вопрос 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”⁴⁵, ему все же пришлось очертить критерии для такого различения. Этот критерий, по мнению ученого, лежал в сфере “группового восприятия” (*Empfindung der Gruppe*), т.е. в сфере коллективной психологии. Нельзя с уверенностью сказать, был ли Эрлих знаком с психологической теорией Кнаппа и Пет-

ражицкого (вероятность этого очень велика, хотя напрямую этих авторов в своих работах Эрлих не цитирует), но ответ на вышеуказанный вопрос он ищет именно в плоскости психологического подхода к праву (смещая акцент от индивидуальной к коллективной психологии).

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 нарушением правил приличия, с неодобрением бестактности, с осмеянием нарушения правил хорошего тона и, наконец, с критикой, которая обрушивается на законодателей моды за малейший промах”⁴⁶. Вероятно, и сам мыслитель понимал слабость своей теории в данном аспекте, поскольку изложил ее в “Основоположении” лишь в конспективной 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. А поскольку различные факты могут вызывать различные эмоции у разных индивидов, то в этом случае теряется возможность найти какой-либо общезначимый критерий для разграничения социальных регуляторов. Если же 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 нормативистской концепции психологическую теорию разграничения права и морали Кельзен иначе как “курьезной” назвать не мог⁴⁷, хотя в своих возражениях и не зашел далее традиционного утверждения о несводимости друг к другу сфер сущего и должного и упреков в смешении права и силы. Для Эрлиха любое социальное правило (норма) принудительно в силу своей регулярной повторяемости, а повторяемость есть 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 пси-

⁴¹ См.: *ibid.* S. 132.

⁴² См.: *ibid.* S. 134.

⁴³ См.: *Kelsen H., Ehrlich E. Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft. Eine Kontroverse (1915–1917)*. Baden-Baden, 2003. S. 33–36.

⁴⁴ 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 о том, имеем ли мы дело с моралью или правом, я оставляю тем, кто более меня может уделить внимание бесплодной терминологии” (*Ehrlich E. Das Lebende Recht der Völker in der Bukowina*. S. 48).

⁴⁵ *Ehrlich E. Grundlegung der Soziologie des Rechts*. S. 133.

⁴⁶ *Ibid.* S. 132.

⁴⁷ См.: *Kelsen H., Ehrlich E. Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft. Eine Kontroverse (1915–1917)*. S. 32.

хологического 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: “индивид так надежно включен, интегрирован, окружен, зажат в состав сообщества, что существование вне данной группы было бы для него невыносимо, часто даже невозможно”⁴⁸. Этим и объясняется то, что “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”⁴⁹.

Эта методологическая позиция не была лишена оригинальности и стала важным этапом в развитии интегративного правоведения начала XX в. Становление позитивизма привело к замещению традиционной идеалистической философии права принципами этатистского позитивизма, который предлагал наиболее легкий выход из кризиса естественноправового 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 видов правопонимания. Движение против этатизма в правоведении поэтому логично вело к зарождению альтернативных течений в рамках самого позитивизма, которые постепенно перерастали узкие догматические границы и вели к методологическому синтезу (и в этом смысле – к интеграции).

Разрабатываемый мыслителем позитивизм на “научной социологической основе” действительно предлагал широкие альтернативы для развития научного знания, выводя за узкие границы этатизма, и вел в конечном итоге 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 с 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 на 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. В данном плане Эрлиха более интересовали “правила общего человеческого поведения”⁵⁰, чем эмпирическая конкретика. И в этом он следовал скорее традиционной метафизике, а не новейшей позитивистской методологии. Поскольку общество фактически складывается из многочисленных социальных групп, союзов, сообществ, то “юридическая логика” вела Эрлиха к правовому плюрализму, к признанию множественности правовых порядков, совокупность которых образовывала социальный порядок. Основной пафос “Основоположения” поэтому заключается в обосновании абстрактного тезиса о единстве правового и социального порядков, а следовательно, права и общества. Но именно как к абстрактной идее, а не как к индуктивному обобщению данных эмпирического наблюдения⁵¹.

В плане развития интегративного подхода к праву стоит отметить, что Эрлих отстаивает не только онтологический плюрализм, рассматривающий право в различных ипостасях, на разных уровнях социальной жизни и отслеживающий вариации права в многообразных социальных группах (“социальных союзах” по терминологии Эрлиха). Здесь можно еще раз вспомнить о других попытках создать интегральную социально-

⁵⁰ Ehrlich E. Grundlegung der Soziologie des Rechts. S. 7 usw.

⁵¹ По верному замечанию Т. 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). Разумеется, это замечание немецкого ученого относится только к “Основоположению” поскольку предшествующим работам Эрлиха (1909–1912 гг.) недостаток эмпиризма в упрек поставить нельзя.

⁴⁸ Ehrlich E. Grundlegung der Soziologie des Rechts. S. 50.

⁴⁹ Ibid. S. 52.

правовую теорию, которые были предприняты в то время учеными школы Л.И. Петражицкого (особенно Г.Д. Гурвичем и Н.С. Тимашевым) независимо от Эрлиха⁵². Не вдаваясь в исследование

аналогий между учением Эрлиха и концепциями мыслителей школы Петражицкого, стоит лишь отметить наличие общих тенденций в социальных науках первых декад XX в. – тенденций к преодолению монизма идеалистической философии права и дуализма кантианской традиции в общественных науках и в то же самое время – тенденций к интеграции знания об обществе и правоведения, которые по-прежнему остаются актуальными.

⁵² Нужно отметить, что Тимашев, Гурвич и другие российские ученые школы Петражицкого формулировали основы своих социолого-правовых концепций независимо от работ Эрлиха. Так, Н.С. Тимашев говорит о том, что в дореволюционной России “Основоположение социологии права” Эрлиха было неизвестно, равно как труды и идеи Р. Паунда (*Тимашев Н.С. Как я стал социологом // Соц. исследования. 1994. № 4. С. 126*).