

САНКТ-ПЕТЕРБУРГСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ
УРАЛЬСКАЯ ГОСУДАРСТВЕННАЯ ЮРИДИЧЕСКАЯ АКАДЕМИЯ

**РОССИЙСКИЙ ЕЖЕГОДНИК
ТЕОРИИ ПРАВА**

№ 1
2008

**RUSSIAN YEARBOOK
OF LEGAL THEORY**

№ 1
2008



УНИВЕРСИТЕТСКИЙ
ИЗДАТЕЛЬСКИЙ КОНСОРЦИУМ
ЮРИДИЧЕСКАЯ КНИГА

2009

ББК 67.0
УДК 340.12
Р76

РЕДАКЦИОННАЯ КОЛЛЕГИЯ:

Поляков А. В. (главный редактор, Санкт-Петербург), Антонов М. В. (ответственный секретарь, Санкт-Петербург), Днепроvская И. В. (Чита), Касаткин С. Н. (Самара), Луковская Д. И. (Санкт-Петербург), Стоvба А. В. (Харьков, Украина), Тимошина Е. В. (Санкт-Петербург), Честнов И. Л. (Санкт-Петербург), Четвернин В. А. (Москва),

РЕДАКЦИОННЫЙ СОВЕТ:

Атиенза М. (Аликанте, Испания), Булыгин Е. В. (Буэнос-Айрес, Аргентина), Ван Хук М. (Гент, Бельгия), Варга Ч. (Будапешт, Венгрия), Графский В. Г. (Москва), Кравиц В. (Мюнстер, Германия), Максимов С. И. (Харьков, Украина), Лазарев В. В. (Москва), Мамут Л. С. (Москва)

В первом номере «Российского ежегодника теории права» собраны разнообразные материалы, позволяющие обозреть все многообразие современной палитры теоретико-правовой мысли как в России, так и за рубежом. Ведущими российскими учеными прокомментированы современные варианты правопонимания, сложившиеся на постсоветском пространстве. Впервые переведены на русский язык и представлены читателю статьи ряда авторитетных зарубежных авторов по ключевым проблемам теории права. Одно из центральных мест в Ежегоднике занимают публикации классических теоретико-правовых работ XX в., отражающие идеи таких малоизвестных в России направлений, как правовой экзистенциализм, правовой реализм, коммуникативный подход к праву и др. Привлечет внимание читателей и впервые переведенная на русский язык полемика между ведущим представителем социологической школы права О. Эрлихом и знаменитым создателем «чистой» теории права Г. Кельзеном. В разделе «Петербургская школа философии права» публикуются как новые материалы о творчестве Л. И. Петражицкого, так и неизвестная в России работа этого великого правоведа. Издание предназначено для всех интересующихся теорией, философией и социологией права; оно также может использоваться как учебное пособие и хрестоматия по курсам «Теория права и государства», «Философия права», «Социология права», «История правовых учений», читаемым на юридических факультетах и в вузах.

Р76 **Российский ежегодник теории права.** № 1. 2008 / Под ред. д-ра юрид. наук А. В. Полякова. — СПб.: ООО «Университетский издательский консорциум «Юридическая книга», 2009. — 872 с.
ISBN 978-5-91661-015-4

EDITORIAL COMMITTEE:

Andrey V. Polyakov (Editor-in-Chief, Saint-Petersburg), Mikhail V. Antonov (Executive Editor, Saint-Petersburg), Inessa V. Dneprovskaya (Chita), Sergey N. Kasatkin (Samara), Dzhenevra I. Lukovskaya (Saint-Petersburg), Alexey V. Stovba (Kharkov, Ukraine), Elena V. Timoshina (Saint-Petersburg), Ilya L. Chestnov (Saint-Petersburg), Vladimir A. Chetvernin (Moscow)

EDITORIAL COUNCIL:

Manuel Atienza (Alicante, Spain), Eugenio Buligin (Buenos-Aires, Argentina), Mark Van Hoecke (Gent, Belgium), Csaba Varga (Budapest, Hungary), Vladimir G. Grafsky (Moscow), Werner Kravitz (Münster, Germany), Sergiy I. Maksimov (Kharkov, Ukraine), Valery V. Lazarev (Moscow), Leonid S. Mamut (Moscow)

The first volume of the "Russian Yearbook of Legal Theory" incorporates various materials which allow to review the whole diversity of the modern pattern of thought in the field of legal theory both in Russia and abroad. Leading Russian scholars give comments on the contemporaneous ways of legal understanding emerged in the post-Soviet space. Some of the articles written by the authoritative foreign authors and dedicated to the topical issues of legal theory are translated into Russian and presented to the reader for the first time. One of the central places in the Yearbook is given to the classical works on legal theory which are created in the XX century and reflect the ideas of approaches not widely known in Russia, such as legal existentialism, legal realism, communicative approach to law et al. The discussion between the major representative of the sociological school of law Eugen Ehrlich and well-known author of the "pure" theory of law Hans Kelsen would draw attention of the reader, for it is translated into Russian for the first time. The section "Saint-Petersburg School of Legal Philosophy" includes new materials related to the work of Leon Petrazicki along with his own paper not previously known in Russia.

The volume is intended for anyone who is interested in theory, philosophy and sociology of law; it may also be used both as the textbook and anthology for the courses of "Theory of Law and State", "Philosophy of Law", "Sociology of Law", "History of Legal Teachings" read at law faculties and higher education institutions.

© Авторы статей, переводчики, 2009
© ООО «Университетский издательский консорциум «Юридическая книга», 2009

ISBN 978-5-91661-015-4

СОДЕРЖАНИЕ

ОТ ГЛАВНОГО РЕДАКТОРА	6	
СОВРЕМЕННОЕ ПРАВОПОНИМАНИЕ: КОНЦЕПТУАЛЬНЫЕ ПОДХОДЫ		
ПОЛЯКОВ А. В. (РОССИЯ)	ПРОЩАНИЕ С КЛАССИКОЙ, ИЛИ КАК ВОЗМОЖНА КОММУНИКАТИВНАЯ ТЕОРИЯ ПРАВА	9
ВАРЛАМОВА Н. В. (РОССИЯ)	ПОНИМАНИЕ СВОБОДЫ, РАВЕНСТВА И СПРАВЕДЛИВОСТИ В КОНТЕКСТЕ ЛИБЕРТАРНОЙ КОНЦЕПЦИИ ПРАВА	43
ЧЕСТНОВ И. Л. (РОССИЯ)	ДИАЛОГИЧЕСКАЯ АНТРОПОЛОГИЯ ПРАВА КАК ПОСТКЛАССИЧЕСКИЙ ТИП ПРАВОПОНИМАНИЯ: К ФОРМИРОВАНИЮ НОВОЙ КОНЦЕПЦИИ	67
СЛОВБА А. В. (УКРАИНА)	ПРАВОСУДИЕ: ПРОЦЕСС, СОБЫТИЕ, ПРОИСШЕСТВИЕ? КАУЗАЛЬНЫЕ РЯДЫ ВИНЫ И ПРИГОВОРА	84
СЫРЬХ В. М. (РОССИЯ)	ОСНОВЫ МАТЕРИАЛИСТИЧЕСКОГО ПРАВОПОНИМАНИЯ	99
МАКСИМОВ С. И. (УКРАИНА)	МИРОВОЗЗРЕНЧЕСКО-МЕТОДОЛОГИЧЕСКИЕ ПОДХОДЫ К ОСМЫСЛЕНИЮ ПРАВА	124
	ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОЙ ОНТОЛОГИИ	
СЛОВБА А. В. (УКРАИНА)	АРТУР КАУФМАНН: В ПОИСКАХ «ЦЕЛОГО» ПРАВА	144
КАУФМАНН А. (ГЕРМАНИЯ)	ОНТОЛОГИЧЕСКАЯ СТРУКТУРА ПРАВА	151
СЛОВБА А. В. (УКРАИНА)	ВЕРНЕР МАЙХОФЕР: ОТ «БЫТИЯ И ВРЕМЕНИ» К «ПРАВУ И БЫТИЮ»	175
МАЙХОФЕР В. (ГЕРМАНИЯ)	ПРАВО И БЫТИЕ	186
КАСАТКИН С. Н. (РОССИЯ)	НОРМАТИВНО-РЕАЛИСТИЧЕСКАЯ ПЕРСПЕКТИВА ФИЛОСОФИИ ПРАВА	259
ПАТТАРО Э. (ИТАЛИЯ)	НЕТ ПРАВА БЕЗ НОРМ	284
ВАРГА Ч. (ВЕНГРИЯ)	ПРИРОДА ПРАВА И ПРАВОВОЕ МЫШЛЕНИЕ	343
АНДРИАНОВ Н. В. (РОССИЯ)	ПРАВОСУБЪЕКТНОСТЬ: РЕЗОНЫ И РИЗОМЫ	357

СОДЕРЖАНИЕ

ПРАВО И КОММУНИКАЦИЯ		
ПОЛЯКОВ А. В. (РОССИЯ)	ТЕОРИЯ ПРАВА В ЭПОХУ ГЛОБАЛИЗАЦИИ	372
ВАН ХУК М. (БЕЛЬГИЯ)	ПРАВО КАК КОММУНИКАЦИЯ	376
КРАВИЦ В. (ГЕРМАНИЯ)	ПЕРЕСМОТР ПОНЯТИЯ ПРАВА: ДИРЕКТИВЫ И НОРМЫ С ТОЧКИ ЗРЕНИЯ НОВОГО ПРАВОВОГО РЕАЛИЗМА	433
ЮРИДИЧЕСКАЯ ЛОГИКА И ЮРИДИЧЕСКАЯ АРГУМЕНТАЦИЯ		
АЛЕКСИ Р. (ГЕРМАНИЯ)	ЮРИДИЧЕСКАЯ АРГУМЕНТАЦИЯ КАК РАЦИОНАЛЬНЫЙ ДИСКУРС	446
РАЗ Д. (США)	МЫСЛЯ С ПОМОЩЬЮ ПРАВИЛ	457
АЛЕКСАНДРОВ А. С. (РОССИЯ)	ДИСПОЗИТИВ ДОКАЗЫВАНИЯ И АРГУМЕНТАЦИЯ В УГОЛОВ- НОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ	473
ЛИСАНЮК Е. Н. (РОССИЯ)	ФОРМАЛЬНО-ПРАГМАТИЧЕСКАЯ ПРОЦЕДУРА АНАЛИЗА АПЕЛЛИРУЮЩИХ АРГУМЕНТОВ	498
ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОЙ ЭПИСТЕМОЛОГИИ		
ШАУЕР Ф. (США)	СУЩЕСТВУЕТ ЛИ ПОНЯТИЕ ПРАВА?	510
СОВРЕМЕННАЯ ФИЛОСОФИЯ ПРАВА		
МЕЛКЕВИК Б. (КАНАДА)	ФИЛОСОФИЯ ПРАВА В ПОТОКЕ СОВРЕМЕННОСТИ	527
ФИЛОСОФИЯ, СОЦИОЛОГИЯ И ТЕОРИЯ ПРАВА XX ВЕКА		
<i>Социологическая теория права</i>		
КОТТЕРРЕЛЛ Р. (ВЕЛИКОБРИТАНИЯ)	ЭРЛИХ НА ОКРАИНЕ ИМПЕРИИ: ЦЕНТРЫ И ПЕРИФЕРИИ В ПРАВОВЫХ ИССЛЕДОВАНИЯХ	546
АНТОНОВ М. В. (РОССИЯ)	У ИСТОКОВ СОЦИОЛОГИИ ПРАВА: ОЙГЕН ЭРЛИХ	565
ЭРЛИХ О. (АВСТРИЯ)	СОЦИОЛОГИЯ ПРАВА	593
	ДИСКУССИЯ Г. КЕЛЬЗЕНА И О. ЭРЛИХА	604

СОДЕРЖАНИЕ

<i>Скандинавский правовой реализм</i>		
АНТОНОВ М. В. (РОССИЯ)	СКАНДИНАВСКАЯ ШКОЛА ПРАВОВОГО РЕАЛИЗМА	645
ОЛИВЕКРОНА К. (ШВЕЦИЯ)	ПРАВО КАК ФАКТ	669
<i>Позитивистская теория права</i>		
КАСАТКИН С. Н. (РОССИЯ)	ПОСТСКРИПТУМ К «ПОНЯТИЮ ПРАВА» Г. ХАРТА	753
ПЕТЕРБУРГСКАЯ ШКОЛА ФИЛОСОФИИ ПРАВА		
КОЙДЕР А. (ПОЛЬША)	СОЦИАЛЬНО-ПРАВОВЫЕ ИДЕИ Л. ПЕТРАЖИЦКОГО И ИХ АКТУАЛЬНОСТЬ	786
ТИМОШИНА Е. В. (РОССИЯ)	ЛОГИЧЕСКИЕ ПРИНЦИПЫ ОРГАНИЗАЦИИ ТЕОРЕТИКО-ПРА- ВОВОГО ЗНАНИЯ И КЛАССИФИКАЦИИ НАУК В ФИЛОСОФИИ ПРАВА Л. И. ПЕТРАЖИЦКОГО	805
ПЕТРАЖИЦКИЙ Л. И. (ПОЛЬША)	НОВЫЕ ОСНОВАНИЯ ЛОГИКИ И КЛАССИФИКАЦИЯ НАУК	825
СОРОКИН П. А. (США)	РЕЦЕНЗИЯ НА КНИГУ: LAW AND MORALITY. BY LEON PETRAZYCKI. TRANSLATED BY HUGH W. BABB. INTRODUCTION BY NICHOLASS. TIMASHEFF. CAMBRIDGE: HARVARD UNIVERSITY PRESS. 1955. PP. XLVI, 335	847
ДИССЕРТАЦИОННЫЕ ИССЛЕДОВАНИЯ		
ПРИВЫТКОВА Е. А. (РОССИЯ)	ФИЛОСОФИЯ ПРАВА ВЛАДИМИРА СЕРГЕЕВИЧА СОЛОВЬЕВА (ВЫДЕРЖКИ ИЗ АВТОРЕФЕРАТА)	855
МАЛЬЦЕВ Г. В. (РОССИЯ)	ОТЗЫВ НА ДИССЕРТАЦИЮ Е. А. ПРИВЫТКОВОЙ «ФИЛОСОФИЯ ПРАВА ВЛАДИМИРА СЕРГЕЕВИЧА СОЛОВЬЕВА»	857
ТИМОШИНА Е. В. (РОССИЯ)	ОТЗЫВ НА ДИССЕРТАЦИЮ Е. А. ПРИВЫТКОВОЙ «ФИЛОСОФИЯ ПРАВА ВЛАДИМИРА СЕРГЕЕВИЧА СОЛОВЬЕВА»	862

регулирования социальных союзов (я бы предпочел говорить о типах и структурах сообщества),⁵³ отличающийся от других видов нормативного регулирования за счет особой институционализации, т. е. за счет существования специальных институтов или органов, которые создают, толкуют или применяют нормативное регулирование в качестве доктрины (хотя все эти три вида деятельности не обязательно должны иметь место). Это лишь одна из стратегий концептуализации права. Я думаю, что данная стратегия заслуживает похвалы за создание такого рабочего понятия, которое явно включает в себя право юристов, но вместе с тем может выходить за пределы этого права для того, чтобы охватить многие иные нормативные порядки, основанные на институционализированной доктрине.⁵⁴ Вместе с тем, несомненно, существуют и многие другие подобные стратегии, которые предлагают социолого-правовому подходу иные преимущества.

Заключение. Эрлих повидал «так много» (и рассказал обо всем этом в своей юридической социологии) по той причине, что мог занимать совершенно разные исходные позиции, пытаясь заглянуть как можно дальше с каждой из них. В качестве австро-германского юриста Эрлих мог стоять в центре утонченного профессионального мира юристов и рассматривать этот мир как потенциально превосходящий все культурные различия и местные социальные условия. В качестве участвующего наблюдателя имперской провинциальной жизни и ее мультикультурализма он мог создавать различные модели в той социальной лаборатории, которая находилась прямо за порогами его кабинета в Черновцах. С этой выгодной позиции отдаленный имперский центр с его государственной бюрократией и официальным правопорядком стоял на периферии мира, обогащенного весьма нестабильной концентрацией локальных культур с разнообразными регулятивными ожиданиями и традициями.

Возможно, Эрлиху не хватало социологического прозрения, характерного для ряда других первопроходцев социологии права, таких как Макс Вебер или Эмиль Дюркгейм. Специфику и неизменную актуальность подходу Эрлиха придают его запутанная (и в то же время недостаточно развитая) концепция правового плюрализма и постоянное колебание его мышления между юридической и более широкой социологической перспективами. Другие первопроходцы социологии права, возможно, были более последовательны в развитии своих идей, были более хороши юристами или же более хорошими социальными аналитиками, но диалектика центра и периферии в правовых представлениях Эрлиха делает его творчество неизменно притягательным. Мыслитель представляет социологию права как глубоко связанную с распространенными среди юристов перспективами, но в то же время подрывающую эти перспективы. Преследуя цель отдать должное этим перспективам, мыслитель в то же время релятивизировал и децентрировал их в рамках более широкого социологического мировоззрения. Возможно, данная неустойчивая, иногда даже разочаровывающая комбинация подходов предоставляет юридической социологии наилучшие стратегии для развития более адекватного понимания разнообразия юридического опыта.

⁵³ Cotterrell R. *Law, Culture and Society: Legal Ideas in the Mirror of Social Theory*. Aldershot, 2006.

⁵⁴ Cotterrell R. *Law's Community: Legal Theory in Sociological Perspective*. Ch. 2.

М. В. Антонов*

У истоков социологии права: Ойген Эрлих

Начало XX в. стало одним из поворотных пунктов развития науки об обществе. 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 стороны, для правоведов не могло пройти незамеченным и зарождение новой научной дисциплины — социологии. Избавившись от статуса маргинальной социально-философской концепции в духе Огюста Конта, она довольно быстро обрела научный статус. Учеными разных стран, среди которых одними из первых стали такие российские ученые, как С. А. Муромцев и Н. М. Коркунов, были предприняты попытки применить социологические разработки к праву, рассмотреть право с точки зрения его роли в общественном механизме. Но эти разработки, очень интересные в плане высказанных инновационных идей, все же не привели к созданию нового научного направления и остались на уровне социально-философских экскурсов. Заслуга методологической разработки нового социолого-правового подхода принадлежит австрийскому правоведа Ойгену Эрлиху. Речь идет 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 нормативной значимости и с точки зрения его фактического действия. Оживленная полемика между Гансом Кельзенем и Ойгеном Эрлихом, которую читатель найдет в настоящем издании, служит ярким тому подтверждением. Но 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,¹ приведший его к формированию социолого-правовой концепции. Разумеется, публикация

* Михаил Валерьевич Антонов — кандидат юридических наук, преподаватель юридического факультета СПбГУ.

¹ 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. N 2. С. 140–146.

в 1913 г. «Основоположения» стала лишь результатом многолетних исследований ученого — из автобиографических материалов известно, что работу над этой книгой он начал в самом начале XX в.,² а само «Основоположение» фактически было переработкой (хотя и радикальной) опубликованной в 1903 г. работы о свободном нахождении права.³ 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). Это последнее направление исследований привело меня к вопросам древнего права».⁴

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 университета,⁵ 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 году Эрлих возвращается в Черновцы, на 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 немецкоговорящая 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 соответствующих национальных и территориальных общин.⁶ Эрлих в связи

² См. об этом: *Rehbinder M.* Einleitung // Ehrlich E. *Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freiheitslehre.* Berlin, 1967. S. 7–8.

³ *Ehrlich E.* *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft.* Leipzig, 1903 // Ehrlich E. *Recht und Leben.* S. 170–202.

⁴ Цит. по: *Rehbinder M.* *Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich.* Berlin, 1967. S. 11.

⁵ 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.

⁶ *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.

с этим отмечал: «Даже беглый взгляд на правовую жизнь данного региона убеждает, что в повседневной практике каждого из названных народов действуют совершенно различные юридические правила».⁷ Этот факт и побудил мыслителя в рамках нового учебного курса по живому праву «поднять вопрос о живом праве девяти народов, населяющих Буковину»⁸ и создать «Институт юридических фактов» для исследования фактической юридической практики, существовавшей в регионе.

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. Нельзя отрицать и воздействие общего позитивистского духа науки той поры, особенно идей социального дарвинизма и эволюционизма. 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, 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»,⁹ хотя и не преминул указать на то, что эту 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».¹⁰ 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 забегаю вперед, можно отметить, что таким общим выводом стало утверждение единства права и общества и, соответственно, призыв к постоянной коррекции писаного права сообразно изменениям в социальной структуре.

Именно в этом основной мотив новой социолого-правовой доктрины, где Эрлих неоднократно обращается к критике «вульгарного статистического воззрения»¹¹ 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 в праве»¹² 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,

⁷ *Ehrlich E.* *Das Lebende Recht der Völker in der Bukowina.* S. 43.

⁸ *Ibid.*

⁹ *Ehrlich E.* *Die Erforschung des lebenden Rechts.* S. 18–19.

¹⁰ *Ehrlich E.* *Grundlegung der Soziologie des Rechts.* S. 285.

¹¹ *Ehrlich E.* *Die juristische Logik.* S. 82.

¹² *Ehrlich E.* *Über Lücken im Recht (1888)* // Ehrlich E. *Recht und Leben.* S. 80–169.

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.¹³ Такого 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».¹⁴ 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, эта идея подобна попытке остановить поток воды в запруде, — «это будет уже не живым потоком, а застоявшейся водой».¹⁵ Да и «любое слово неизбежно оказывается слишком несовершенным оружием мысли».¹⁶

Право, действительно, представляет собой единое целое и в этом смысле беспробельно. Но такое единство права является результатом не априорно заданной логической полноты права, а спонтанного правотворчества, которое осуществляют судьи и другие «юридические чиновники» в каждом конкретном казусе.¹⁷ Теория пробелов в праве как раз и давала судье возможность обходить узкие границы законов и «использовать известную степень неясности теории и правовой системы для того, чтобы учитывать потребности правового развития».¹⁸ Важным продолжением логики исследования механизма действия права в обществе стало изучение источников такого свойства права, как его принудительность.¹⁹ Вопреки тезисам

¹³ Ibid. S. 151 usw.

¹⁴ 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). И поэтому в современности закон стал «выражением внутренней сущности чиновничьего государства» (Ibid. S. 178).

¹⁵ Ehrlich E. Die Soziologie des Rechts // Ehrlich E. Gesetz und lebendes Recht: Vermischte Kleinere Schriften. Berlin, 1986. S. 243.

¹⁶ 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 предположениях некий «объективный смысл» (Ibid.).

¹⁷ 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*), который судья осуществляет самостоятельно, заимствуя критерий оценки из того социального порядка, где 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).

¹⁸ Ehrlich E. Die stillschweigende Willenserklärung. S. 291.

¹⁹ Ehrlich E. Das zwingende und nichtzwingende Recht. Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Jena, 1899.

этатистов, предполагавших, что принудительность права является следствием интенции законодателя, который закладывал в норму ее принудительность, Эрлих на примере конкретного гражданско-правового нормативного материала и практики продемонстрировал, что принудительность права производна от объективного действия социальной структуры, а не от намерений законодателя. Данная работа 1899 г. стала как бы мостом между цивилистическими исследованиями Эрлиха и его теоретико-философскими изысканиями, которые нашли свое наиболее полное отражение в упомянутой магистральной работе 1913 г.

Ценность «Основоположения социологии права», этого ключевого произведения Эрлиха, прежде всего, пропедевтическая: читая работу, вместе с 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».²⁰ 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 начинанию когда-то должно быть положено начало».²¹

Действительно, к началу XX в. наукой о праве был накоплен огромный фактический материал, требовавший переосмысления. Работы сторонников возникшего на данной волне нового научного направления — «движения свободного права» — ярко иллюстрировали эту потребность. Но данные 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 преимущественно на изучение судебной практики, находя в ней право таким, каким оно существует в действительности, хотя мыслитель и предпочитал не отождествлять однозначно свою концепцию с принципами «свободного нахождения права». 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 амбициозными претензиями мыслителя на создание новой научной дисциплины, чем какими-то сущностными отличиями от идей Франсуа Жени или Германа Канторовича.²²

²⁰ Geiger T. Ehrlichs Grundlegung der Soziologie des Rechts // Archiv für angewandte Soziologie. 1929. Bd. 1. Heft 6. S. 44.

²¹ Ehrlich E. Die juristische Logik. Wien, 1918. S. 113.

²² 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 эмпирической проверки не исключали и теоретики свободного права, а сам Эрлих не предложил каких-либо особых методов для нее.

Отход от движения свободного права стал обозначаться после публикации программных работ об источниках права²³ и о свободном нахождении права.²⁴ Уже в 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»,²⁵ и что сама по себе деятельность судей, вне вопроса о социальной значимости выносимых решений, еще не является правотворческой.²⁶ Постепенно начали назреть более серьезные разногласия, обозначившиеся уже в инаугурационной речи 1906 г., посвященной обычному праву.²⁷ Тональность высказываний Эрлиха о свободном праве становится более критической,²⁸ и все сильнее начинают обозначаться идеи особого, социологического подхода к праву.²⁹ 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».³⁰

Одним из решающих обстоятельств для формирования этого нового подхода становится занятие ученым высокой административной должности в Черновицком университете: с 1901 г. он был деканом юридического факультета, а в 1906–1907 — 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.³¹ 28 октября 1909 г. Эрлих вводит на юридическом факультете Черновицкого университета новый учебный курс по живому праву, в рамках которого пытался совместить преподавание правовой теории с психологией, социологией и экономикой, а слушателям-юристам поручить

²³ Ehrlich E. Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen. Berlin, 1902.

²⁴ Ehrlich E. Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft (1903) // Ehrlich E. Recht und Leben. S. 170–202.

²⁵ 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 необходимо» (Ehrlich E. Die juristische Logik. S. 215).

²⁶ 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. более подробно: Reh binder M. Richterliche Rechtsfortbildung in der Sicht von Eugen Ehrlich // Reh binder 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 личность судьи» (Ehrlich E. Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft. S. 188), но возражает против попыток противопоставить законодательство свободному нахождению права (Ibid. S. 189).

²⁷ Ehrlich E. Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts. Inaugurationsrede. Czernowitz, 1907.

²⁸ Ehrlich E. Die freie Rechtsfindung // Das Recht. 1906. N 3. S. 35–41.

²⁹ Ehrlich E. Soziologie und Jurisprudenz // Die Zukunft. 1906. Bd. 54. S. 231–240.

³⁰ Ehrlich E. Ein Institut für lebendes Recht. S. 33.

³¹ Ehrlich E. Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts. Inaugurationsrede.

ведение полевых социологических исследований, прежде всего анкетирования.³² Годом позже (в 1911 г.) вышла статья, в которой ученый ввел в научный оборот само понятие «живого права» (*lebendes Recht*).³³

Здесь стоит отметить довольно тонкое различие, которое Эрлих вводит между двумя смежными понятиями — «живое право» и «социальное право».³⁴ Первое Эрлих определял через отрицание: «Живое право является правом, не закрепленным в правовых предложениях».³⁵ 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).³⁶ 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 право порядков — государственного, социального, юридического).³⁷ Более точным представляется воззрение Гуго Зинцхеймера, который считал, что живое право означало для Эрлиха «усиленное через правовые предложения социальное право, которое представляет право в целом в аспекте его социальной действительности, а не в аспекте нормативных претензий права на действительность».³⁸ 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 основной для государственного, экономического и социального порядка».³⁹ По большому счету, первый из терминов был введен для описания права в его фактической действительности, в динамике конкретных социальных процессов и вытекающих из них казусов, тогда

³² См. об этом: Reh binder M. Eugen Ehrlichs Seminar für lebendes Recht: eine Einrichtung für die Weiterbildung von Rechtspraktikern // Проблеми філософії права. 2005. Т. III. N 2. С. 135–139. — Как удалось установить проф. Ребиндеру, организованный Эрлихом семинар не был учебным университетским курсом — речь шла об организации занятий для лиц, уже имеющих юридическое образование, преимущественно практикующих юристов, т. е. семинар Эрлиха по живому праву представлял собой форму повышения квалификации (Ibid).

³³ Ehrlich E. Die Erforschung des lebenden Rechts (1911) // Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich. 1911. Bd. 35. S. 129–147. — Через год это направление идей о живом праве будет развито в работе «Das Lebende Recht der Völker in der Bukowina».

³⁴ 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).

³⁵ Ibid. S. 399.

³⁶ Однако Эрлих утверждает, что пришел к этому разделению независимо от Жени: Ehrlich E. Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft. S. 170–172.

³⁷ Reh binder M. Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich. S. 64.

³⁸ Sinzheimer H. Jüdische Klassiker der deutschen Rechtswissenschaft. 1953. S. 187.

³⁹ Ehrlich E. Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts. S. 28. — Это определение сохраняется и в «Основоположении», где Эрлих намеренно использует только понятие «социальное право» из-за чрезмерной многозначности, присущей, по мнению ученого, термину «обычное право» (Ehrlich E. Grundlegung der Soziologie des Rechts. S. 379 usw.).

как термин «социальное право» описывал право в его общезначимости, с точки зрения его регулятивной функции как инструмента «управления обществом».

Исследования Эрлиха о живом и социальном праве и особенно попытки применить их результаты в образовательном процессе⁴⁰ вызвали открытое неприятие со стороны консервативно настроенной юридической общественности Австро-Венгрии.⁴¹ Как ни странно, но идеи Эрлиха нашли более живой отклик за океаном, в Соединенных Штатах, чем на родине этого мыслителя и в немецкоговорящих странах.⁴² В этом плане не остались без внимания и идеи Эрлиха о живом праве,⁴³ получившие деятельную поддержку со стороны Роско Паунда, который формулировал задачи социологической юриспруденции примерно в том же ключе.⁴⁴ 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.⁴⁵ Отсутствуют основания для того, чтобы говорить о возможных заимствованиях, но стоит отметить сходство предложенных двумя учеными подходов к праву.⁴⁶ 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 Эрлиха⁴⁷ и сам написал ко второй из публикаций короткую вводную статью.⁴⁸ 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 английский,⁴⁹ проект, который был завершен через 10 лет под патронажем Паунда.⁵⁰

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 ученый был вынужден перебраться

⁴⁰ Такая попытка была обоснована ученым в выступлении на съезде немецких юристов в 1911 г. См. об этом: 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.

⁴¹ Ibid. S. 76–79.

⁴² 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 // Harvard Law Review. 1922. N 36. P. 144.

⁴³ 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.

⁴⁴ Pound R. Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence // Harvard Law Review. 1911. N 24.

⁴⁵ Pound R. Law in Books and Law in Action // Harvard Law Review. 1910. N 44.

⁴⁶ См. об этом: Ziegert K. A. The Sociology behind Eugen Ehrlich's Sociology of Law // International Journal of Sociology of Law. 1979. N 7.

⁴⁷ Ehrlich E. 1) Montesquieu and Sociological Jurisprudence // Harvard Law Review. 1915/1916, N 29; 2) The Sociology of Law // Harvard Law Review. 1922. N 36.

⁴⁸ Pound R. An Appreciation of Eugen Ehrlich // Harvard Law Review. 1922. N 36.

⁴⁹ См. письмо Ллевеллина в издательство «Duncker und Humblot» от 16 июля 1926 г., которое цитирует в своем исследовании Манфред Ребиндер: Reh binder M. Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich. S. 16.

⁵⁰ Ehrlich E. Fundamental Principles of Sociology of Law / Translated by W. Moll; Prefaced by R. Pound. New Brunswick, 1936.

в Вену, а затем и в Швейцарию, где продолжил научные исследования и даже пытался пройти габилитацию на звание швейцарского профессора.⁵¹ После окончания войны Эрлих до начала 1920 г. остается в Швейцарии, затем принимает решение возвратиться в Вену, а потом в Черновцы (город, который вместе с Буковиной отошел к Румынии по условиям Версальского мира). К концу 1919 г. стало ясно, что университет будет сохранен, хотя преподавание будет вестись не на немецком, а на румынском языке.⁵² Немецкоговорящим профессорам был предоставлен годичный отпуск для изучения румынского языка и подготовки лекций на нем. Хотя большинство из таких профессоров предпочло покинуть университет и перебраться в Австрию и Германию, где, впрочем, местные университеты не соглашались предоставлять им преподавательские места.⁵³ Эрлих находился в более или менее благоприятной ситуации, поскольку с 1918 г. получил финансовую поддержку от австрийского правительства — сначала на научную командировку 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.⁵⁴ Но мыслитель встречает ожесточенное 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.⁵⁵ Но это не помогло ученому преодолеть сопротивление, постоянные нападки румынских националистов и антисемитов и начать преподавание.⁵⁶ В конце 1921 г. Эрлих принял решение о повторной поездке в Бухарест, где надеялся получить правительственную поддержку своего проекта основания Общества исследований живого права.⁵⁷ С декабря 1921 г. Эрлих находится в Бухаресте, где работал в Институте социологии при Румынской академии наук, занимался чтением лекций и подготовкой публикаций. Между тем состояние его здоровья резко ухудшается (ученый в течение нескольких лет страдал от тяжелой формы диабета), Эрлих срочно переезжает для лечения в Вену и 2 мая 1922 г. он умирает в одной из венских клиник.⁵⁸

⁵¹ Эта попытка оказалась неудачной; см. об этом: Reh binder M. Neues über Leben und Werk von Eugen Ehrlich // Festschrift für Helmut Schelsky. Berlin, 1978. S. 403.

⁵² В силу правительственного декрета от 1 октября 1919 г. румынский язык был объявлен обязательным для преподавания в университете, лекции на немецком запрещались (Reh binder M. Nachwort // Ehrlich E. Karl Marx und die soziale Frage. Berlin, 2006. S. 20).

⁵³ См. об этом: Reh binder M. Nachwort // Ehrlich E. Karl Marx und die soziale Frage. S. 21–23.

⁵⁴ Gusti D. Vorbemerkung // Ehrlich E. Karl Marx und die soziale Frage. S. 6–7.

⁵⁵ Reh binder M. Neues über Leben und Werk von Eugen Ehrlich // Festschrift für Ernst-Joachim Lampe. Berlin, 2003. S. 208.

⁵⁶ Reh binder M. Aus den letzten Jahren im Leben und Schaffen von Eugen Ehrlich // Festschrift für Ernst-Joachim Lampe. Berlin, 2003. S. 208.

⁵⁷ В Бухаресте Эрлих встретил понимание и поддержку ряда румынских ученых, таких как Димитрий Густы и Николай Йорга, благодаря чему Общество было формально создано в 1922 г. См. об этом: Ehrlich E. 1) The Sociology of Law // Harvard Law Review. 1922/1923. N 36. P. 145; 2) Die Sozialpolitik // Ehrlich E. Politische Schriften. Berlin, 2007. S. 142; Reh binder 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.

⁵⁸ По приводимым М. Ребиндером сведениям, смерть ученого была вызвана тяжелой формой диабета, которая повлекла заражение крови. Последующая неудачная операция по ампутации ноги

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 первоначальным жизненным проектом — карьерой адвоката. Свою первую научную работу Эрлих опубликовал в 1887 г.⁵⁹ Небольшое, около 30 страниц, исследование было посвящено коллизиям судебной практики, которая признавала, что выставаемые 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 (на который покупателем не заявлены возражения), где 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 может идти лишь о фактических правилах, сформировавшихся в деловом обороте, о торговом узусе, который указывает на объективно существующие правовые нормы торгового сообщества.⁶⁰

Теоретический вывод из этого наблюдения Эрлих сделал в следующей работе, которая была посвящена проблеме молчаливого волеизъявления.⁶¹ На многочисленных примерах, заимствованных из более чем 600 томов практики немецких, французских и австрийских судов,⁶² 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.⁶³ Сама же конструкция «молчаливого волеизъявления», по мнению Эрлиха, прикрывает совершенно иную реальность, поэтому за этим понятием «всегда стоит предположение существования некоего фактического положения вещей, которое к данному выражению никоим образом не подходит».⁶⁴ 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».⁶⁵ Если задачей догматического правоведения было изучение текстов законов, то задачей нового,

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).

⁵⁹ Ehrlich E. Über Fakturenbeisätze // Juristische Blätter. 1887. S. 365–291.

⁶⁰ Ehrlich E. 1) Ibid. S. 387; 2) Die richterliche Rechtsfindung auf Grund des Rechtssatzes // Ehrlich E. Recht und Leben. S. 241–242.

⁶¹ Ehrlich E. Die stillschweigende Willenserklärung. Berlin, 1893.

⁶² Ehrlich E. Ein Institut für lebendes Recht (1911) // Ehrlich E. Recht und Leben. S. 33.

⁶³ Ehrlich E. Die stillschweigende Willenserklärung. S. 289.

⁶⁴ Ibid. S. 286.

⁶⁵ Ehrlich E. Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft. S. 197.

намечавшегося в работах Эрлиха социологического подхода было установить, «как эти законы используются в отдельных странах и в отдельных сословиях».⁶⁶

Подобное наблюдение за правовой жизнью, по мысли ученого, должно 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.⁶⁷ Для этого ученый и его сподвижники разработали образцы опросной анкеты и выбрали референтные группы — представителей населявших Буковину народностей и религиозных общностей, а также отдельных сфер предпринимательства.⁶⁸ В рамках семинара студентам было поручено проведение исследования 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.).⁶⁹

Именно с целью получения финансирования от имперского правительства в Вене Эрлих в 1909 г. подготовил научное обоснование данного полевого исследования, которое было подано в министерство культуры 16 июня 1909 г. В том же году эта работа опубликована,⁷⁰ а через два года (в 1911 г.) со стороны министерства было выделено незначительное финансирование.⁷¹ Временная задержка финансирования не стала препятствием для Эрлиха, который организовал проведение полевых исследований начиная с 1909 г. Однако 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 открыто признался в невозможности составить из полученных описаний какой-то цельной картины существующего на Буковине живого права.⁷² В начале 1912 г. проект был приостановлен, а результаты проведенных эмпирических исследований так никогда и не были опубликованы.⁷³

⁶⁶ Ehrlich E. Die Erforschung des lebenden Rechts. S. 17.

⁶⁷ Результаты данного исследования были изложены в вышедшей в 1912 г. работе «Das Lebende Recht der Völker in der Bukowina».

⁶⁸ 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, сколько усилий понадобилось мыслителю для того, чтобы организовать это исследование: многочисленные публикации попросту обрываются на целый год (1910), чтобы вновь возобновиться в 1911 г.

⁶⁹ Ehrlich E. Was kann geschehen... S. 73.

⁷⁰ Ehrlich E. Die Erforschung des lebenden Rechts (1911) // Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich. 1911. Bd. 35. 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.

⁷¹ Ehrlich E. Ein Institut für lebendes Recht. S. 28.

⁷² Ehrlich E. Was kann geschehen... 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 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).

⁷³ Неудача заставила Эрлиха более скептически относиться к возможностям эмпирических исследований: «Опросы и анкетирование в лучшем случае позволяют лишь бросить взгляд на

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.).⁷⁴ 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, 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».⁷⁵

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 разворачивалась 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.⁷⁶

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. Сутью таких союзов является то, что они организуют жизнь как отдельных индивидов, так и групп индивидов. Организация как процесс распределения функций, задач, правомочий и обязанностей осуществляется через право.⁷⁷ В этом плане любое право оказывается социальным, поскольку выполняет организационную функцию: «Правовые нормы являются нормами, вытекающими из

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).

⁷⁴ 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. Уолтером Моллом под руководством Р. Паунда был предложен другой вариант — «Основные принципы социологии права» (Fundamental Principles of Sociology of Law. New Brunswick, 1936).

⁷⁵ Ehrlich E. Grundlegung der Soziologie des Rechts. Vorrede.

⁷⁶ 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.

⁷⁷ 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.

юридических фактов: они появляются из практики, которая в общественных союзах указывает каждому члену этих союзов его положение и функции».⁷⁸ В этом смысле первичной функцией права является организационная функция. Право союзов, которое состоит из юридических фактов, имеет своей функцией создание порядка в рамках социальных союзов и между ними. Подобное упорядочивание происходит не путем формулирования норм или предложений, а путем спонтанного формирования правил поведения участников социального общения. В целом процесс право-генеза протекает следующим образом. Люди воспринимают некие предписания как обязательные; эти предписания закрепляются в представлениях людей как нормы должного; в фактическом поведении людей эти нормы воплощаются в юридические акты, которые затем приобретают значение должного через регулярное следование членами социального союза предложенному через эти акты правилу поведения.

Вывод о том, что любое право — это прежде всего организация, был сделан Эрлихом еще в предыдущих работах.⁷⁹ 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, а целый круг лиц, связанных между собой регулярным договорным товарообменом»,⁸⁰ где «каждое отдельное лицо имеет свое положение... и свои задачи, определенные совокупностью заключенных договоров или договоров, которые необходимо заключить».⁸¹

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.⁸² 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

⁷⁸ Ehrlich E. Die juristische Logik. 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.

⁷⁹ Эта идея была выдвинута еще в работе 1888 г. о пробелах в праве, где Эрлих попытался провести аналогии между тем, что он называл организационным правом, и естественным правом как «наукой о природе вещей» (Ehrlich E. Über Lücken im Recht. S. 144).

⁸⁰ Ehrlich E. Grundlegung der Soziologie des Rechts. S. 37.

⁸¹ Ibid.

⁸² 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). И в этом смысле о правовой жизни нельзя говорить как о пассивном следовании юридическим фактам — эти последние дают рождение правовому общению 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).

себя раньше, должно впредь быть нормой».⁸³ 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»), из которого образуются юридические правила.

Другим важным фактом является 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 защиты собственности являются производными от этой «экономической конституции общества» и иногда вступают в конфликт с фактическим порядком (например, защита прав собственника, которой противостоит защита добросовестного приобретателя).⁸⁴ 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 еще более четко отражает общественные потребности регулирования вещного оборота после смерти собственника.

Нет нужды говорить, что такой подход имплицитно предполагал плюралистическое видение права, где норма оказывается тождественна фактически существующему порядку и поэтому включает в себя разнообразные гетерогенные элементы. Эрлих отстаивает не только онтологический плюрализм, рассматривающий право в различных ипостасях, на разных уровнях социальной жизни, отслеживающий вариации права в многообразных социальных группах («социальных союзах», по терминологии Эрлиха). Гораздо более интересно, что Эрлих основывает свою концепцию на методологическом плюрализме, который сочетал методы разных научных дисциплин, включая психологию и социологию.

Важным элементом социолого-правовой концепции Эрлиха стало ее гносеологическое обоснование. Мыслитель считает, что факты предшествуют понятиям, и поэтому нельзя с точностью выделить в фактически данной действительности некие явления, которые бы полностью соответствовали нашим абстрактным представлениям о них. Отсюда и скептицизм к возможностям научного познания — «научная очевидность всегда представляет собой лишь высокую степень правдоподобности».⁸⁵ Поясняя формирование представлений о праве, Эрлих пишет: «В основе наших представлений всегда лежат факты, которые мы наблюдали. Такие факты должны были появиться прежде, чем в человеческом мозгу вообще начала зарождаться

⁸³ Ibid. S. 69.

⁸⁴ Ehrlich E. Die Rechtsfähigkeit (1909). Aalen, 1973. S. 13 usw.

⁸⁵ Ehrlich E. Die richterliche Rechtsfindung auf Grund des Rechtssatzes // Ehrlich E. Recht und Leben. S. 226.

мысль о праве и правовых отношениях».⁸⁶ 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».⁸⁷ Такое проявление осуществляется через правила поведения, которые одновременно являются и нормативными предписаниями, и фактическими поведенческими актами.

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».⁸⁸ Впоследствии, в рамках полемики с Г. Кельзеном, Эрлих расширяет границы данного определения, включая в него также и устные формы фиксации (юридические поговорки, принципы и т. п.).⁸⁹ 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, способное существовать без какой-либо фиксации в вербальной форме».⁹⁰ По другому определению правовая норма является реакцией на определенное правовое предложение, которое приносится в социальный союз извне.⁹¹ Как видно, мыслитель отказывается от традиционной интерпретации нормативности, исключая из этого понятия такие атрибуты, как вербализация, объективная установленность, неопределенность круга адресатов нормы. Основным источником норм является традиция, наряду с договором: «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 же».⁹² Ключевым моментом для возникновения нормы является ее признание в масштабах того или иного союза. Но важно, что 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».⁹³

Какова психологическая природа этого признания — является 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.⁹⁴ Поскольку ученый понимал, что самоочевидность научным критерием являться не может, то в качестве дополнительного

⁸⁶ Ehrlich E. Grundlegung der Soziologie des Rechts. S. 68.

⁸⁷ Ibid.

⁸⁸ Ibid. S. 29.

⁸⁹ Kelsen H., Ehrlich E. Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft. Eine Kontroverse (1915–1917). Baden-Baden, 2003. S. 59–60.

⁹⁰ Ehrlich E. Grundlegung der Soziologie des Rechts. S. 30.

⁹¹ Rehbinder M. Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich. S. 96.

⁹² Ehrlich E. Grundlegung der Soziologie des Rechts. S. 30.

⁹³ Ibid. S. 134 usw.

⁹⁴ Ibid. S. 132.

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 предписании, 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.⁹⁵

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 Кельзен⁹⁶ 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 вопроса,⁹⁷ то в труде, которому предназначалась роль методологического основания новой дисциплины, эту проблему уже нельзя было обойти стороной. Хотя Эрлих и сделал оговорку о том, что «социологическое правоповедение не может дать короткую и простую формулу для различения права и нравственности»,⁹⁸ ему все же пришлось указать 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 Петражицкого (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 (с соответствующим смещением акцентов 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 нарушениям правил хорошего тона и, наконец, с критикой, которая обрушивается на законодателей моды за малейший промах».⁹⁹ Вероятно, и сам мыслитель понимал слабость своей теории в данном аспекте, поскольку изложил ее в «Основоположении» в очень сжатой форме и в дальнейших работах

⁹⁵ Ibid. S. 134.

⁹⁶ Kelsen H., Ehrlich E. Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft. Eine Kontroverse (1915–1917). S. 33–36.

⁹⁷ 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).

⁹⁸ Ehrlich E. Grundlegung der Soziologie des Rechts. S. 133.

⁹⁹ Ibid. S. 132.

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 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 нормативистской концепции, психологическую теорию разграничения права и морали Кельзен иначе как «курьезной» назвать не смог,¹⁰⁰ 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. Действительно, 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 зарождавшегося тогда 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».¹⁰¹ 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».¹⁰²

Конечно, узловой момент спора между двумя учеными заключался не в вопросе использования данных психологии в рамках правоповедения и даже не в возможности (которую Кельзен в более поздних работах вынужден был признать)¹⁰³ связывать нормативную природу права с фактическими социальными процессами.¹⁰⁴ 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 котором

¹⁰⁰ Kelsen H., Ehrlich E. Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft. Eine Kontroverse (1915–1917). S. 32.

¹⁰¹ Ehrlich E. Grundlegung der Soziologie des Rechts. S. 50.

¹⁰² Ibid. S. 52.

¹⁰³ Во втором издании «Чистого учения о праве» и в других работах 1950–60-х гг. См. об этом: Rehinder M. Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich. S. 102.

¹⁰⁴ См. об этом: Van Klink B. 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>).

входит психологическая, нормативная, публично-властная и иные составляющие). В концепции Эрлиха такой плюрализм проявляется прежде всего в признании возможности автономного существования трех различных право порядков: 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.¹⁰⁵

Право государства (или публичное право) состоит из правил, которые определяют функционирование органов государства, и из правовых предложений, которые направлены на поддержание общественно-политического порядка. 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».¹⁰⁶ К содержанию же государственного права относится администрирование — осуществление регулирования через властный приказ.¹⁰⁷ 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.¹⁰⁸

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».¹⁰⁹ Государственное право включает в себя нормы поведения (*Handlungsnormen*) и нормы решения (*Entscheidungsnormen*). Наряду с этими нормами существуют также нормы государственного вмешательства (*Eingriffsnormen* — понятие, которое в «Юридической логике» Эрлих заменил более мягким термином «управленческие нормы» — *Verwaltungsnormen*), задачей которых является обеспечение возможности регламентации социальной жизни со стороны государства. Единственное сущностное отличие государственного права — то, 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».¹¹⁰ И лишь в силу исторических обстоятельств

¹⁰⁵ Ehrlich E. Grundlegung der Soziologie des Rechts. S. 53 usw.

¹⁰⁶ Ibid. S. 110.

¹⁰⁷ Ibid. S. 152. — Хотя при этом государственное право и закон четко разграничиваются: Ibid. S. 110–111.

¹⁰⁸ 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.

¹⁰⁹ Ibid. S. 52.

¹¹⁰ Ibid. S. 61.

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.¹¹¹ 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.¹¹² При этом мыслитель был далек от того, чтобы оспаривать роль права государства, его автономность и независимость от других социальных порядков. Как было указано выше, для Эрлиха государство представляло собой лишь один из возможных социальных союзов, который, как и другие союзы, был способен вырабатывать свое правовое регулирование. Роль и значение этого регулирования были разными в ходе исторического развития, а в определенный период времени в малых социальных союзах зародилось стремление к единству и укреплению социальной целостности — стремление, которое получило свое закрепление прежде всего в создании единого социального правопорядка, воплощенного в праве государства.¹¹³ Мыслитель не отрицал возможных и часто случавшихся в истории конфликтов права государства и других правовых порядков, предпочитая в данном аспекте говорить о социологической легитимации права как производной от соотношения социальных сил.¹¹⁴ 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.¹¹⁵ Важнее для Эрлиха была невозможность сведения этих порядков друг к другу (не отрицая их частичную зависимость), равно как и невозможность сведения всего права к праву государства (как по объему, так и по содержанию).

¹¹¹ Kelsen H., Ehrlich E. Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft. Eine Kontroverse (1915–1917). S. 36–46.

¹¹² 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. Berlin, 1902), 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.).

¹¹³ Ehrlich E. Grundlegung der Soziologie des Rechts. S. 122–125.

¹¹⁴ Ibid. S. 299 usw.

¹¹⁵ 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.

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 участвующими в процессе разрешения судьями 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 для судов эта норма является правилом поведения не для участвующих в социальных отношениях людей, а для лиц, уполномоченных разрешать конфликты в судах. В данном отношении норма решения — это правовая норма, но она проявляется как правовая норма особого вида, отличаясь от правовых предложений, содержащих общие правила поведения».¹¹⁶ От государственного права право юристов отличается тем, что оно не наделено принудительной силой — оно может быть «научно признано и установлено, но не может быть предписано».¹¹⁷

Для норм решения характерно обобщение частных случаев, 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 и позволяют найти социально приемлемое решение возникающих казусов — то, что Эрлих называет «законом постоянства норм решения».¹¹⁸ С течением времени некоторые из норм 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 постоянно изменяют свое содержание. Хотя бы и сохраняя свою форму, в процессе судебного решения и правоприменения нормы решения адаптируются к новым отношениям.¹¹⁹ Поэтому и при закреплении в виде правового предложения норма права претерпевает изменения применительно к новой социальной ситуации. Та же самая диалектика распространяется и на законы, судебные прецеденты и иные правовые тексты,¹²⁰ в которых закреплены постоянно адаптирующиеся правовые предложения. Искусством юриста как раз и является способность применять старые правовые тексты к новым казусам: юрист встает на место закона и становится «органом социальной справедливости»,¹²¹ осуществляя «проекцию» старых правовых текстов на новые

¹¹⁶ Ehrlich E. Grundlegung der Soziologie des Rechts. S. 98.

¹¹⁷ Ibid. S. 288.

¹¹⁸ Ibid. S. 106.

¹¹⁹ Ibid. S. 107.

¹²⁰ Здесь данный термин используется в том значении, которое ему придавал Эрлих, понимая под правовым текстом форму устной или письменной фиксации правового предложения.

¹²¹ Ehrlich E. Grundlegung der Soziologie des Rechts. S. 161.

явления и отношения.¹²² Поэтому то, что юристу кажется простым толкованием права, с точки зрения историка предстает как приспособление правовых предложений к изменяющимся потребностям социальной жизни.¹²³ В тех случаях, когда правовые тексты полностью перестают отвечать потребностям времени, тогда происходит либо их законодательное изменение, либо в рамках социального союза возникают новые институты, способные реформировать содержание старых правовых текстов.¹²⁴

Справедливость как базовая правовая ценность играет важную роль в правовом общении. Она становится критерием для законодательной деятельности, для правоприменения, но Эрлих не включает справедливость как критерий для определения самого понятия права.¹²⁵ Это связано с его тезисом о необходимости проведения границы между «чистой наукой права», или социологией права, занимающейся теоретическим изучением сущности права, с одной стороны, и правоведением, или «практической юриспруденцией», которая «приспосабливает право к особым потребностям правовой жизни»,¹²⁶ — с другой. Соответственно, мыслитель проводит разграничение между теоретическим и практическим понятиями права, считая, что вопрос о ценностях уместен только в рамках второго (в связи с оценкой интересов, выбором целей и приоритетов и т. п.): «Представления людей о справедливости зависят от того, что они делают целью своих стремлений; но задачей науки не является установление целей для человеческих стремлений — это задача религиозного писателя или проповедника, пророка, моралиста, практикующего юриста, судьи или политика».¹²⁷

В том, что касается содержания справедливости, Эрлих придерживается этического скептицизма и говорит о наличии множества равнозначных «направлений справедливости» в обществе, что и приводит, в конечном счете, к правовым конфликтам (конфликтам защищенных интересов) и к их уравниванию в рамках социального права.¹²⁸ Справедливость в юридическом аспекте — это процедурная ценность, которая не имеет какого-либо постоянного содержания. Ее значение

¹²² Ibid. S. 324. — По этой причине М. Ребиндер считал, что, «несмотря на несколько иначе сформулированные теоретические рассуждения, Эрлих решающий момент развития права видел именно в деятельности юристов» (Rehbinder M. Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich. S. 116).

¹²³ Эта деятельность юриста, по мнению Эрлиха, сродни искусству: юрист через толкование закона сообщает ему исторический смысл; отсюда и термин «historische Sinnermittlung» (Ehrlich E. Die richterliche Rechtsfindung auf Grund des Rechtssatzes // Ehrlich E. Recht und Leben. S. 220 usw.).

¹²⁴ 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), и, по мнению Эрлиха, эти процессы можно было наблюдать в современной ему Франции при развитии административной юстиции. См. об этом: 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.

¹²⁵ Ehrlich E. Grundlegung der Soziologie des Rechts. S. 162. В связи с этим Г. Д. Гурвич, который пытался создать идеал-реалистическую концепцию права, упрекает Эрлиха в «безразличии к духовным элементам социальной и правовой жизни», «чрезмерном позитивизме» и «монистическом понимании предмета социологии права» (Гурвич Г. Д. Социология права // Гурвич Г. Д. Философия и социология права: Избранные сочинения. СПб., 2004. С. 673).

¹²⁶ Ehrlich E. Grundlegung der Soziologie des Rechts. S. 198.

¹²⁷ Ibid. S. 202.

¹²⁸ Ibid. S. 181 usw.

заключается лишь в беспристрастном разрешении споров: спор должен быть рассмотрен сторонним беспристрастным арбитром либо, если спор решается самими сторонами, рассмотрен так, как если бы выносимое решение было принято незаинтересованным лицом. Поэтому в каждом конкретном случае справедливость имеет свое специфическое и применимое только к этому казусу содержание. Наряду с такой справедливостью существуют и общие направления социальной справедливости (различные представления о желаемом порядке распределения общественных благ), которые конкурируют между собой и определяют общее развитие социального права.

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».¹²⁹ 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.¹³⁰ Их изучение возможно с помощью методов других социальных наук, выводы которых, по убеждению мыслителя, могут легко быть интегрированы в социологию права. К сожалению, ученый 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 тенденций¹³¹ — «в конце концов, любая личность также объясняется через общество».¹³²

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

¹²⁹ Ibid. S. 385.

¹³⁰ Данный список намеренно оставлен открытым, поскольку значимыми для правогенеза 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.).

¹³¹ Ehrlich E. Die richterliche Rechtsfindung auf Grund des Rechtssatzes. S. 210–211.

¹³² Ibid. S. 213.

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. Движение против этатизма в правоведении поэтому логично вело к зарождению альтернативных течений в рамках самого позитивизма, имевшего в те годы непререкаемый научный статус, «замечательные методы и превосходные результаты».¹³³ Именно в этом аспекте проявляется не только антиэтатистский пафос 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 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, точнее, не с отдельно взятыми фактами, а с тем, что в этих фактах было «по своей сути однообразно и типично».¹³⁴ В данном плане Эрлиха более интересовали «правила общего человеческого поведения»,¹³⁵ чем эмпирическая конкретика. В этом он следовал скорее традиционной метафизике, а не новейшей позитивной методологии, и основной пафос «Основоположения» как раз заключается 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.¹³⁶

¹³³ Ehrlich E. Die Erforschung des lebenden Rechts. S. 12.

¹³⁴ Ibid. S. 16.

¹³⁵ Ehrlich E. Grundlegung der Soziologie des Rechts. S. 7 usw.

¹³⁶ 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

Концепция Эрлиха имела как содержательные, так и чисто формальные недостатки. Среди последних стоит отметить скетчевую манеру изложения, которой мыслитель придерживался во всех своих важнейших работах, включая «Основоположение» и «Юридическую логику». Применительно к первой из работ ее суровый критик Ганс Кельзен не без оснований отметил, что она «полностью бессистемна и, по сути, оказывается плохо связанным сборником эссе».¹³⁷

Действительно, в «Основоположении», где методологические рассуждения перемежаются 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».¹³⁸ На эту особенность манеры изложения Эрлиха указывали и другие критики.¹³⁹

Другой проблемной сферой, затруднившей рецепцию идей ученого в немецкоязычных странах, стало стремление к междисциплинарному синтезу, что 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 для ожесточенной критики положений новой социолого-правовой доктрины, которая воспринималась как «методологический синкретизм»,¹⁴⁰ «нормативное перешагивание границ».¹⁴¹ 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.¹⁴²

Еще одним важным моментом, который во многом объясняет длительное неприятие концепции Эрлиха в Германии, был политический контекст. На первый взгляд, социолого-правовая теория австрийского ученого казалась политически индифферентна и не указывала на политические симпатии автора, который избегал

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.

¹³⁷ Kelsen H., Ehrlich E. Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft. Eine Kontroverse (1915–1917). S. 11.

¹³⁸ Ibid. S. 3.

¹³⁹ Kraft J. Vorträge der Rechtssoziologie // Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft. 1930. Bd. 45. S. 42; Klein F. Gutachten: Eugen Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts // Juristisches Literaturblatt. 1915. N 27. S. 37; Ginsberg M. Grundlegung der Soziologie des Rechts by Eugen Ehrlich // The Modern Law Review. 1937. N 1. P. 169.

¹⁴⁰ 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.

¹⁴¹ «Normative Grenzüberschreitung» (Kraft J. Vorträge der Rechtssoziologie. S. 35–43). См. также: Binder J. Philosophie des Rechts. Berlin, 1925. S. 998 usw.

¹⁴² «Erkenntnisquelle» и «Qualifikationsquelle» (Rehbinder M. Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich. S. 107–108).

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, и отсюда независимости права от 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.¹⁴³ При этом резко антиэтатистская позиция Эрлиха (которую М. Ребиндер обозначил как «социально-консервативную», при этом считая Эрлиха «борцом за демократизацию права»),¹⁴⁴ объяснимая с точки зрения классического либерализма, никоим образом не могла обосновать социальную роль государства, важность которой в XX в. трудно отрицать.

Ниже вниманию читателей предлагается последняя работа Эрлиха, опубликованная при его жизни — статья «Социология права», которая в сжатом виде содержит основные положения социолого-правовой концепции мыслителя. Опубликованная в 1922 г. на немецком языке в одном из японских изданий,¹⁴⁵ данная статья в том же году была переиздана на английском и итальянском языках.¹⁴⁶ Разумеется, данная работа вносит некоторые коррективы в позицию автора, высказанную в 1913 г. в «Основоположении социологии права» и в 1918 г. в «Юридической логике», но в общих чертах воспроизводит ключевые положения данных работ. Наряду с указанной статьей публикуется ставшая классической для развития политико-правовой мысли XX в. полемика между Гансом Кельзеном и Ойгеном Эрлихом, которая последовала в 1915–1916 гг. вокруг идей Эрлиха, выдвинутых в «Основоположении».¹⁴⁷

Библиография работ О. Эрлиха

1. Über Faktorenbeisätze // Juristische Blätter. 1887. S. 365–391.
2. Über Lücken im Recht // Juristische Blätter. 1888. S. 447–630 (Ehrlich E. Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freiheitslehre. Berlin, 1967. S. 80–169).

¹⁴³ См., напр.: Friedmann W. Legal Theory. New York, 1960. S. 203; Renner K. Besprechung der Grundlegung der Soziologie des Rechts // Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik. 1930. Bd. 63. S. 185–187.

¹⁴⁴ Rehbinder M. Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich. S. 94, 120.

¹⁴⁵ Ehrlich E. Die Soziologie des Rechts // Hogaku Koykai Zasshi. Tokio, 1922. (по изданию: Ehrlich E. Die Soziologie des Rechts // Ehrlich E. Gesetz und lebendes Recht: Vermischte Kleinere Schriften. Berlin, 1986. S. 241–253).

¹⁴⁶ Ehrlich E. 1) The Sociology of Law // Harvard Law Review. 1922/1923. N 36; 2) La Sociologia del Diritto // Rivista Internazionale di Filosofia Del Diritto. 1922. N 2.

¹⁴⁷ 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.

3. Das Stillschweigen // Handelsverkehre. 1889. N 15. S. 202–204.
4. Soziale Gesetzgebung auf dem Gebiete des Deutschen Privatrechts // Unsere Zeit. 1890. Bd. 1. S. 433–451.
5. Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und die sozialpolitischen Bestrebungen der Gegenwart // Unsere Zeit. 1890. S. 21–35.
6. Die arische Urgesellschaft // Deutsche Worte. 1890. S. 353–374.
7. Die soziale Frage und die Rechtsordnung // Die Neue Zeit. 1891. Bd. 9. S. 431–544.
8. Arbeiterschutz im Privatrechte // Arbeiterschutz. 1891. S. 209–243 (*Ehrlich E. Gesetz und lebendes Recht: Vermischte Kleinere Schriften*. Berlin, 1986. S. 11–23).
9. Die Soziale Frage im Privatrechte // Juristische Blätter. 1892. S. 97–135.
10. Die stillschweigende Willenserklärung. Berlin, 1893. (2 Aufl. 1970).
11. Die Börsenschiedsgerichte // Neue Revue. 1895. Bd. 6. S. 262–269.
12. Zur Frage des Frauenstudiums // Deutsche Worte. 1895. S. 703–712.
13. Arbeitende Damen // Neue Revue. 1895. Bd. 6. S. 1185–1191.
14. Die schweizerische Erbrechtsentwurf // Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik. 1896. Bd. 9. S. 174–186.
15. Der Gang der Kulturentwicklung // Neue Revue. 1896. Bd. 7. S. 690–696.
16. Das zwingende und nichtzwingende Recht. Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutschen Reich. Jena, 1899. (2 Aufl. 1970).
17. Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen. Das ius civile, ius publicum, ius privatum. Berlin, 1902.
18. Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft. Leipzig, 1903 (*Ehrlich E. Recht und Leben*. Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freiheitslehre. Berlin, 1967. S. 170–202).
19. Recht und Prätor. Eine Entgegnung // Grünhuts Zeitschrift. 1904. N 31. S. 331–364.
20. Recht und Prätor. Eine Erledigung // Grünhuts Zeitschrift. 1905. N 32. S. 599–612.
21. Die Anfänge des testamentum per aes et libram // Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft. 1905. N 17. S. 99–109.
22. Internationales Privatrecht // Deutsche Rundschau. 1906. N 126. S. 419–433.
23. Soziologie und Jurisprudenz // Österreichische Richter-Zeitung. 1906. N 3. S. 57–72 / сокращенный вариант — Die Zukunft. Bd. 56. S. 231–240 (*Ehrlich E. Gesetz und lebendes Recht: Vermischte Kleinere Schriften*. Berlin, 1986. S. 88–103).
24. Die freie Rechtsfindung // Das Recht. 1906. Bd. 5. S. 35–41.
25. Anton Menger // Süddeutsche Monatshefte. 1906. Bd. 3. S. 285–318 (*Ehrlich E. Gesetz und lebendes Recht: Vermischte Kleinere Schriften*. Berlin, 1986. S. 48–87).
26. Die Zukunft des Römischen Rechtsunterrichts in Österreich // Österreichische Rundschau. 1906. Bd. 6. S. 386–392.
27. Zur Frage der juristischen Person // Österreichische Richter-Zeitung. 1907. Bd. 4 (*Ehrlich E. Gesetz und lebendes Recht: Vermischte Kleinere Schriften*. Berlin, 1986. S. 133–145).
28. Der Raimundtheaterfall (zur ultra-vires Lehre bei der juridischen Person) // Das Recht. 1907/1908. Bd. 6. S. 225–229.
29. Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts. Inaugurationsrede gehalten am 2 Dezember 1906. Czernowitz, 1907 (*Ehrlich E. Gesetz und lebendes Recht: Vermischte Kleinere Schriften*. Berlin, 1986. S. 104–132).
30. Die Aufgaben der Sozialpolitik im Österreichischen Osten (Juden- und Bauerfrage) // Schriften des Sozialwissenschaftlichen Akademischen Vereins in Czernowitz. München und Leipzig, 1909.

31. Die Rechtsfähigkeit. Berlin, 1909 (2 Aufl. 1973).
32. Bericht über eine englische Studienreise (Die englische Zivilrechtspflege) // Allgemeine österreichische Gerichts-Zeitung. 1909. N 60. S. 94–95.
33. Reglementierung oder Abolition? Zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten bei Prostituierten // Dar Recht. 1908/1909. Bd. 7. S. 353–360.
34. Die Erforschung des lebendes Rechts // Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich. 1911. Bd. 35. S. 129–147 (*Ehrlich E. Recht und Leben*. Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freiheitslehre. Berlin, 1967. S. 11–27).
35. Ein Institut für lebendes Recht // Juristische Blätter. 1911. S. 229–231, 241–244 (*Ehrlich E. Recht und Leben*. Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freiheitslehre. Berlin, 1967. S. 28–42).
36. Die Überlastung des Obersten Gerichtshofes // Mitteilungen der Vereinigung der österreichischen Richter. 1911. N 5. S. 5–15.
37. Die Neuordnung der Gerichtsverfassung // Deutsche Richterzeitung. 1912. S. 436–465 (*Ehrlich E. Recht und Leben*. Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freiheitslehre. Berlin, 1967. S. 146–178).
38. Das lebende Recht der Völker der Bukowina // Recht und Wirtschaft. 1912. Bd. 1. S. 273–279, 322–324 (*Ehrlich E. Recht und Leben*. Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freiheitslehre. Berlin, 1967. S. 43–60).
39. 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 (*Ehrlich E. Recht und Leben*. Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freiheitslehre. Berlin, 1967. S. 61–79).
40. Grundlegung der Soziologie des Rechts. München/Leipzig, 1913. (2, 3, 4 Aufl. 1929, 1967, 1989).
41. Soziologie des Rechts // Die Geisteswissenschaften. 1913/1914. S. 202–205, 230–234 (*Ehrlich E. Gesetz und lebendes Recht: Vermischte Kleinere Schriften*. Berlin, 1986. S. 179–194).
42. Zur Soziologie des Rechts. Entgegnung auf eine Rezension von Friedrich Hahn // Der Kampf. Sozialdemokratische Monatschrift. 1914. Bd. 7. S. 461–463.
43. Englische Rechtspflege // Österreichische Richter-Zeitung. 1915. N 8. S. 77–79.
44. Montesquieu and Sociological Jurisprudence // Harvard Law Review. 1915/1916. Vol. 29. P. 582–600 (*Ehrlich E. Gesetz und lebendes Recht: Vermischte Kleinere Schriften*. Berlin, 1986. S. 195–210).
45. Entgegnung // Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik. 1916. Bd. 41. S. 844–849.
46. Replik // Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik. 1916/1917. Bd. 42. S. 609–610.
47. Das Recht und die Gesellschaft // Zeitschrift für Notariat und freiwillige Gerichtsbarkeit in Österreich. 1916. S. 208–210.
48. Eine Hochschule für Gesellschaftswissenschaften // Denkschrift im Selbstverlag des Verfassers. Wien, 1916 (*Ehrlich E. Gesetz und lebendes Recht: Vermischte Kleinere Schriften*. Berlin, 1986. S. 211–227).
49. Die richterliche Rechtsfindung auf Grund des Rechtssatzes. Vier Stücke aus dem in Vorbereitung begriffene Werke: Theorie der richterlichen Rechtsfindung // Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. 1917. Bd. 67. S. 1–80 (*Ehrlich E. Recht und Leben*. Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freiheitslehre. Berlin, 1967. S. 203–252).

50. Die juristische Logik. Tübingen, 1918 (2, 3 Aufl. 1925, 1966).
51. Die sittliche Voraussetzungen der Friedensbewegung // Politische Schriften. Berlin, 2007. S. 173–181 (написано Эрлихом в 1918 г.).
52. Die historischen Voraussetzungen der Friedensbewegung // Politische Schriften. Berlin, 2007. S. 183–190 (написано Эрлихом в 1918 г.).
53. Amnestie // Politische Schriften. Berlin, 2007. S. 125–128 (написано Эрлихом в 1918 г.).
54. Quelques aspects de la question nationale autrichienne. Genève, 1919.
55. Das Ende einer grossen Revolution // Politische Schriften. Berlin, 2007. S. 19–80 (впервые опубликовано на румынском в 1921 г.).
56. Die Schuldfrage // Das neue Europa. 1919. Bd. 4. S. 14–17.
57. Die bewährte Lehre und Überlieferung (Art. 1 ZGB). Leitgedanken eines Referats Ehrlichs vor dem Züricher Juristenverein, aufgezeichnet von H. Schmid // Schweizerische Juristen-Zeitung. 1919/1920. N 16. S. 225–226.
58. Von der Zukunft des Völkerbundes // Politische Schriften. Berlin, 2007. S. 165–171 (написано Эрлихом в 1919 г.).
59. Bismarck und der Weltkrieg. Zürich, 1920.
60. Die Valutaschwierigkeiten der Schweiz // Schweizerische Zeitschrift für Volkswirtschaft und Sozialpolitik. 1920. Bd. 26. S. 321–369.
61. Karl Marx und die soziale Frage // Politische Schriften. Berlin, 2007. S. 153–162 (впервые опубликовано на румынском в 1922 г.).
62. Gesetz und lebendes Recht // Hogaku Koykai Zasshi. Tokio, 1922. S. 1–22 (Ehrlich E. Gesetz und lebendes Recht: Vermischte Kleinere Schriften. Berlin, 1986. S. 228–240).
63. Die Soziologie des Rechts // Hogaku Koykai Zasshi. Tokio, 1922. S. 23–41 (Ehrlich E. 1) Gesetz und lebendes Recht: Vermischte Kleinere Schriften. Berlin, 1986. S. 241–253; 2) The Sociology of Law // Harvard Law Review. 1922/1923. Vol. 36. P. 130–145; 3) La Sociologia Del Diritto // Rivista Internazionale di Filosofia Del Diritto. 1922. N 2. P. 96–110).
64. Memoirenmanie der Generäle // Politische Schriften. Berlin, 2007. S. 81–104 (впервые опубликовано на румынском в 1921 г.).
65. Über lebendes Recht // Politische Schriften. Berlin, 2007. S. 191–200 (впервые опубликовано на румынском в 1921 г.).

Ойген Эрлих

Социология права*

Если мне будет позволено, то я начну с вопроса. Существует ли такая вещь, как всемирное право? Или же существуют разные виды права, которые разнятся от государства к государству, от народа к народу? Большинство юристов и многие обыватели склонны, не задумываясь, отвечать утвердительно на второй вопрос: они слышали о существовании французского, английского, румынского права и, следовательно, им кажется естественным верить в многообразие права. Но если предположить, что поверх всего этого разнообразия имеются некие универсальные правовые идеи, то на это предположение большинство ответит, что здесь речь идет о давно известном естественном праве, в которое уже не верит ни один научно подготовленный юрист.

Но что они могут сказать против следующих контраргументов? Предположим, что мы предпринимаем путешествие в страну, о праве которой нам ничего не известно. Разумеется, мы ожидаем найти в этой стране определенные явления: брак, семью, владение. И, конечно, мы ожидаем получить в магазинах вещи в обмен на наши деньги, мы предполагаем свою способность снять жилье, получить заем, предполагаем, что собственность переходит по наследству после смерти собственника. Все эти вопросы — брак, семья, владение, договоры, наследование — являются юридическими сделками, немислимыми без права. И если они есть у всех цивилизованных народов, во всех цивилизованных странах, то кажется очевидным, что должно быть нечто общее во всех правовых системах. Среди нецивилизованных и полувиллизованных народов что-то из перечисленного мы найдем в трудно распознаваемой форме, чего-то вовсе не найдем; но даже там мы вряд ли столкнемся с полным отсутствием правовых рамок. В некотором отношении большевистская Россия сегодня представляет собой исключение. Но это исключение весьма поучительно, поскольку, как я надеюсь продемонстрировать, данное исключение лишь доказывает правило.

Как часто случается в ситуациях, когда высказываются диаметрально противоположные взгляды, здесь как утверждения, так и отрицания основываются на использовании схожих терминов для обозначения разных вещей. Результатом становится то, что спорящие стороны перестают понимать друг друга. Те, кто настаивают на многообразии права, понимают под «правом» лишь правовые предложения, которые существуют в любом государстве (по меньшей мере, в современное время).

* Пер. с нем. М. В. Антонова. Данный перевод осуществлен при финансовой поддержке РФНФ в рамках научно-исследовательского гранта РФНФ «Социолого-правовая концепция Ойгена Эрлиха», проект № 08-03-00111а.