СОЦИОЛОГИЯ ПРАВА ОЙГЕНА ЭРЛИХА[1]

М. В. АНТОНОВ

Антонов Михаил Валерьевич,
к. ю. н., преподаватель,
кафедра теории и истории
государства и права СПбГУ

Социологический подход к праву в наши дни является одним из основных в теоретическом правоведении. Заслуга создания и методологического обоснования социологии права как научной дисциплины, позволяющей изучать право в рамках такого подхода, принадлежит австрийскому ученому Ойгену Эрлиху (1862–1922),[2] чье творческое наследие остается малоизученным в нашей стране.[3] Это и неудивительно — программная работа Эрлиха «Основоположение социологии права» была опубликована в 1913 г., т. е. как раз перед началом Первой мировой войны и последовавшего за ней революционного переворота в России. Дальнейшее развитие общественных наук в России проходило в русле марксистской идеологии, и учение Эрлиха оказалось невостребованным,[4] а его работы оставались непереведенными

© М. В. Антонов, 2008

[1] Статья подготовлена при финансовой поддержке Российского гуманитарного научного фонда в рамках научно-исследовательского гранта РГНФ «Социолого-правовая концепция Ойгена Эрлиха», проект № 08-03-00111а. Статья предваряет публикацию перевода на русский язык основного труда О. Эрлиха «Основоположение социологии права» и полемики между О. Эрлихом и Г. Кельзеном.

[2] До настоящего времени работы Эрлиха не переводились на русский язык, поэтому в научном сообществе нет однозначного подхода к транскрипции имени этого австрийского правоведа. В некоторых работах при цитировании Эрлиха его имя (*Eugen*) русифицируется и читается как *Евгений*, в других имя дается в оригинальном звучании *Ойген*. Поскольку Эрлих к российской научной или культурной традиции никогда не относился, русификация его имени представляется необоснованной. Стоит отметить, что в современной российской научной традиции все более преобладает лингвистически правильное прочтение немецкого имени *Eugen* — в качестве примера можно привести общепринятую транскрипцию имени философа Ойгена Розеншток-Хюсси.

[3] Среди трудов зарубежных авторов, посвященных исследованию творчества Эрлиха, в первую очередь можно отметить следующие работы: *Rehbinder M.* 1) Neues über Leben und Werk von Eugen Ehrlich // Recht und Gesellschaft. Berlin, 1978; 2) Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich. Berlin, 1986; *Vogl S.* Soziale Gesetzgebung, freie Rechtsfindung und soziologische Rechtswissenschaft bei Eugen Ehrlich. Frankfurt, 2002.

[4] Что неудивительно с учетом критического отношения Эрлиха к марксизму (см., напр.: *Ehrlich E.* Politische Schriften. Berlin, 2007. S. 153–162). Единственной монографией на русском языке оставалась работа В. П. Марчука (*Марчук В. П.* Свободное право в буржуазной юриспруденции. Критика концепции Е. Эрлиха. Киев, 1977), в которой,

-6_2008.indd 128 20.01.2009 17:35:26

на русский и поэтому недоступными для значительной части научного сообщества нашей страны.[5]

Ойген Эрлих (*Eugen Ehrlich*) родился в г. Черновцы (сейчас территория Украины) в 1862 г. в семье адвоката Элиаса Эрлиха. С 1879 г. Эрлих проходит обучение в Львовском университете, в 1881 г. переводится в Венский университет. После окончания Венского университета в 1883 г. он начинает карьеру адвоката в Вене, не оставляя при этом научных занятий. В 1895 г. молодой ученый проходит габилитацию в Венском университете. В 1896 г. он становится профессором римского права в Черновицком университете, где и преподает (с некоторыми перерывами) вплоть до своей смерти в 1922 г.

Исследования Эрлиха в области частного права[6] привели молодого ученого к констатации ошибочности господствующего мнения, согласно которому право производно от государства. В сочинениях «О пробелах в праве»[7] и «Молчаливое волеизъявление»[8] ученый сформировал свою критическую позицию по отношению к этатистскому позитивизму, указав на ложность посылки об отсутствии пробелов в праве и о возможности полностью урегулировать гражданский оборот с помощью норм права государства.[9] Эти идеи вполне входили в рамки критики правового этатизма, сформулированной в школе свободного права (*Freirechtsschule*). Первоначально Эрлих был одним из лидеров этого движения,[10] но впоследствии отошел от него, предпочитая развивать свою собственную доктрину в рамках социологии права. В 1910 г. Эрлих вводит на юридическом факультете Черновицкого университета[11] новый учебный курс по живому праву, в рамках которого ученый пытался совместить преподавание

к сожалению, больше внимания было уделено критике концепции Эрлиха с позиций марксизма, чем ее систематическому изложению и анализу.

[5] Вместе с тем в соседней Украине творчеству Эрлиха сегодня уделяется значительное внимание (см., напр.: *Марчук В. П.* Евген Ерліх: Основоположник соціології права // Проблеми філософії права. 2005. Т. III. N 1; *Бігун В. С.* Евген Ерліх: Життя і правознавча спадщина // Там же. N 2); ряд статей Эрлиха переведены на украинский. На юридическом факультете Черновицкого университета с середины 1990-х годов даже выходит «Эрлиховский сборник» (*Ерліхівський збірник*) научных работ по проблемам правоведения.

[6] См., напр.: *Ehrlich E.* 1) Arbeitschutz im Privatrecht (1891) // Ehrlich E. Gesetz und lebendes Recht: Vermischte kleinere Schriften. Berlin, 1986. S. 11–23; 2) Die soziale Frage im Privatrecht (1892) // Ibid. S. 24–47.

[7] *Ehrlich E.* Über Lücken im Recht (1888) // Ehrlich E. Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freiheitslehre. Berlin, 1967. S. 80–169.

[8] *Ehrlich E.* Die stillschweigende Willenserklärung (1893). Aalen, 1970. — Работа, которая была представлена для защиты в рамках габилитации.

[9] Невозможность урегулировать договорное право через право государства доказывается Эрлихом и в одном из его последних сочинений — докладе о живом праве, который был найден в его архивах: *Ehrlich E.* Politische Schriften. S. 191–200.

[10] Его работы об источниках права и о свободном нахождении права стали программными сочинениями данного движения (*Ehrlich E.* 1) Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen. Berlin, 1902; 2) Freie Rechtfindung und freie Rechtswissenschaft (1903) // Ehrlich E. Recht und Leben. S. 170–202).

[11] Такие нововведения, несомненно, облегчались положением Эрлиха в администрации университета: с 1901 г. он был деканом юридического факультета, а в 1906–1907 гг. — ректором университета.

-6_2008.indd 129 20.01.2009 17:35:27

правовой теории с психологией, социологией и экономикой.[12] Годом позже (в 1911 г.) вышла статья, в которой ученый ввел в научный оборот само понятие «живого права» (*lebendes Recht*).[13] Среди многочисленных работ зрелого периода[14] основное место занимают две книги: «Основоположение социологии права»[15] (1913 г.) и «Юридическая логика» (1918 г.). По замыслу автора они должны были стать составными частями социолого-правового трактата (трилогии),[16] завершить который автору помешала преждевременная смерть в 1922 г. от туберкулеза.[17] Эти книги подвели методологический итог многолетним исследованиям ученого, который поставил целью своей научной деятельности опровержение господствующего мнения о государственном происхождении права.

Казалось, что сама атмосфера региона, где бóльшую часть жизни Эрлиху пришлось вести преподавательскую деятельность, располагала к формированию плюралистического видения права. Буковина, которая в то время входила в состав Австро-Венгерской империи, была населена преимущественно русскими, украинцами, венграми, румынами. Важную роль в социальной жизни главного города региона (Черновцы) играли

---

[12] Идея создания такого междисциплинарного курса была обоснована ученым в выступлении на съезде немецких юристов в 1912 г.: *Ehrlich E.* Was kann geschehen, um bei der Ausbildung das Verstandnis des Juristen für psychologische, wirtschaftliche und soziologische Fragen in erhöhtem Masse zu fördern? // Ehrlich E. Recht und Leben. S. 61–79.

[13] *Ehrlich E.* Die Erforschung des lebenden Rechts // Ehrlich E. Recht und Leben. — Примечательно, что одновременно Роско Паунд сформулировал задачи социологической юриспруденции (*Pound R.* Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence // Harvard Law Review. 1911. N 24), а годом раньше, в 1910 г. вышла в свет знаменитая статья Паунда о праве в книгах и в действии (*Pound R.* Law in Books and Law in Action // Harvard Law Review. 1910. N 44). Отсутствуют основания для того, чтобы говорить о возможных заимствованиях, но стоит отметить сходство предложенных двумя учеными подходов к праву (см. об этом: *Ziegert K. A.* The Sociology behind Eugen Ehrlich's Sociology of Law // International Journal of Sociology of Law. 1979. N 7). Через некоторое время Паунд узнал о совпадении их взглядов и пригласил Эрлиха прочесть курс лекций в Гарварде, предложил публикацию на английском (*Ehrlich E.* The Sociology of Law // Harvard Law Review. 1922. N 36) и сам написал к этой публикации хвалебную вводную статью (*Pound R.* An Appreciation of Eugen Ehrlich // Harvard Law Review. 1922. N 36).

[14] См. подробную библиографию работ Эрлиха: *Rehbinder M.* Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich. S. 143–147.

[15] Мы переводим название этой работы (*Grundlegung der Soziologie des Rechts*) буквально, с учетом того, что такой перевод отражает ее основной замысел. 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). См. критику ошибок этого перевода: *Rheinstein M.* Sociology of Law. Apropos Moll's translation of Eugen Ehrlich's Grundlegung der Soziologie des Rechts // International Journal of Ethics. 1938. N 2.

[16] *Ehrlich E.* Die juristische Logik. Aalen, 1996. Vorwort.

[17] Последние годы Эрлиха были сопряжены со многими трудностями и переживаниями (*Rehbinder M.* Aus den letzen Jahren im Leben und Schaffen von Eugen Ehrlich // Jus Humanum. Grundlagen des Rechts und Strafrechts. Berlin, 2003. S. 199–210). После распада Австро-Венгрии Буковина отошла к Румынии. Эрлих (который в 1919 г. вернулся на Буковину из-за границы, где провел последние годы Первой мировой войны), равно как и многие другие австрийские интеллигенты в Черновцах, стал подвергаться нападкам со стороны румынских националистов. Еврейское происхождение делало положение Эрлиха еще более трудным в атмосфере широко распространившихся в Румынии антисемитских настроений (*Ehrlich E.* Die Sozialpolitik // Ehrlich E. Politische Schriften. S. 142).

-6_2008.indd 130 20.01.2009 17:35:28

еврейская, армянская, словацкая общины. Австрийское культурное влияние не имело решающего значения, а немецкоговорящая часть населения составляла меньшинство.[18] Нетрудно представить, что и имперское право не оказывало большого влияния на правовую жизнь региона, значительная часть которой регламентировалась обычным правом соответствующих национальных и территориальных общин.[19] Так, непосредственный жизненный опыт претил Эрлиху принять монистическую государственную концепцию права, которая могла казаться столь убедительной ее венскому идеологу и основному научному противнику Эрлиха — Гансу Кельзену.

Стержнем дискуссии стал вопрос о действии / действительности права,[20] который по-разному решался этими двумя учеными. Если Кельзен в традициях неокантианства выступал за четкое разграничение должного и сущего, нормативного и фактического, то Эрлих не придавал этому разграничению большого значения, считая отрыв права от социальной жизни «вульгарным этатистским воззрением».[21] Неудовлетворительным, по мнению ученого, было и методологическое основание, которое использовалось для этого разграничения, а именно разрыв между фактом и нормой: «Слишком просто назвать фактом все социальное право и тем самым исключить его из сферы права».[22] Для Эрлиха право находится в обществе, производится обществом и немыслимо в аспекте чистого долженствования, в отрыве от фактов социальной жизни. Такое целостное видение права в аспекте фактичности и нормативности лежит в основе социологии права Эрлиха и приводит мыслителя к идее фактического отсутствия границ между юридической действительностью и социальной действенностью норм и правил.

Это дало повод критикам упрекнуть мыслителя в смешении силы и права. Действительно, для Эрлиха вопрос о соотношении права и силы вообще и о принудительной силе права в частности не представлял особого значения при изучении права, поскольку любое социальное правило (норма) представляет собой фактическую силу и принудительно по своей природе. 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».[23] 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. Государство не является единственным принудительным

[18] См. об этом: *Turczynski E.* Exogene und endogene Faktoren der Konsensbildung in der Bukovina // Südostdeutsches Archiv. 1995/1996. S. 97 usw.

[19] *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 Bukovina (1912) // Ibid. S. 43–60.

[20] *Rottleuthner H.* Rechtstheoretische Probleme der Soziologie des Rechts. Die Kontroverse zwischen Hans Kelsen und Eugen Ehrlich (1915–1917) // Rechtstheorie. 1984. Beiheft 5.

[21] *Ehrlich E.* Die juristische Logik. S. 82.

[22] Ibid. S. 193.

[23] *Ehrlich E.* Grundlegung der Soziologie des Rechts. S. 50.

-6_2008.indd 131 20.01.2009 17:35:28

союзом — в обществе их бесчисленное множество, и они могут интегрировать индивида гораздо сильнее, чем государство».[24]

Здесь можно отметить, что Эрлих рассматривает вопрос принудительности именно в социологическом аспекте, не затрагивая порядка нормативного долженствования: вопрос в том, чем обусловлено подчинение нормам, но не почему должно подчиняться нормам. Мыслитель указывает на то, что в рамках организованного существования практика социального общения приводит к созданию правил поведения, а люди принимают правила поведения, существующие в тех социальных союзах, в которые они интегрированы или хотят быть интегрированы. Более того, даже поверхностный взгляд на правовую жизнь свидетельствует о том, что «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».[25]

Изучение данных порядков и процессов интеграции людей в эти порядки оставалось пробелом в общественных науках. Ликвидировать данный пробел была призвана социология права, создаваемая Эрлихом. Самыми известными ее положениями являются строки часто цитируемого введения к «Основоположению социологии права»: «Зачастую утверждают, что книга должна быть написана таким образом, 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, равно 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».[26]

Ученый предлагал рассматривать право не в монистическом ключе (исключительно как норму, приказ, отношение и т. п.), а сразу в нескольких аспектах. По Эрлиху, существуют три автономных, но не закрытых друг от друга правопорядка (*Rechtsordunung*): 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.[27] Право государства (или публичное право) состоит из норм, которые определяют функционирование органов государства, и из правовых предложений (*Rechtssatz*), которые направлены на поддержание

[24] Ibid. S. 52.
[25] Ibid. S. 61.
[26] Ibid. Vorrede.
[27] Ibid. S. 52 usw.

-6_2008.indd 132 20.01.2009 17:35:28

общественно-политического порядка.[28] В процессе применения правовых норм и предложений возникают нормы решения (*Entscheidungsnorm*), которые содержат правила разрешения отдельных споров и образуют право юристов (*Juristenrecht*). Наряду с этими двумя порядками и независимо от них существует и третий — право союзов, которое состоит из юридических фактов (*Tatsache des Rechts*). Его функция состоит в создании порядка в рамках социальных союзов и между ними. Подобное упорядочение происходит не путем формулирования норм или предложений, а путем спонтанного формирования правил поведения участников социального общения. Данные правила (*Regel*) являются конвенциональными и, следовательно, отличаются от норм своей гибкостью, способностью к постоянной трансформации. К числу этих правил (юридических фактов) Эрлих относит обычай, властвование и подчинение, владение и волеизъявление. Они, действительно, могут получить частичное закрепление в нормах права государства и права юристов, но это закрепление никогда не может быть полным: по мнению ученого, идея зафиксировать все право в рамках правовых предложений подобна попытке остановить поток воды в запруде — «это будет уже не живым потоком, а застоявшейся водой».[29] Поэтому живое право (право союзов) всегда будет шире, чем два других правопорядка.

Ошибкой Кельзена и других критиков Эрлиха было считать, что последний оспаривал роль права государства, его автономность и независимость от других социальных порядков. 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.[30] 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,[31] к которым адаптируется правовая жизнь.[32] Важнее для Эрлиха была невозможность сведения этих порядков друг к другу (при этом он не отрицал их частичную зависимость), равно

[28] Эрлих предлагал различать правовое предложение как «случайную формулировку обязательного к исполнению правового предписания в законе или судебнике» и правовую норму, которая является «перешедшим в действие правовым предписанием в таком виде, в котором оно существует в даже довольно незначительном общественном союзе и может существовать без какой-либо фиксации в вербальной форме» (Ibid. S. 30).

[29] *Ehrlich E.* Die Soziologie des Rechts // Ehrlich E. Gesetz und lebendes Recht. S. 243.

[30] *Ehrlich E.* Grundlegung der Soziologie des Rechts. S. 299 usw.

[31] Однако некоторые высказывания Эрлиха дают основания говорить об антиэтатизме его концепции: «Всюду, куда государство вмешивается своей тяжелой рукой, оно может лишь портить или разрушать» (*Ehrlich E.* Politische Schriften. S. 21).

[32] Более того, часто встречаются ситуации, когда право государства оказывается более прогрессивным, нравственно приемлемым, чем живое право (*Ehrlich E.* Grundlegung der Soziologie des Rechts. S. 148 usw.). Вместе с тем ученый придерживается этического скептицизма и говорит о наличии множества равнозначных «направлений справедливости» в обществе (Ibid. S. 181 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.

-6_2008.indd 133 20.01.2009 17:35:29

как и невозможность сведения всего права к праву государства (как по объему, так и по содержанию).

Но в этом аспекте нельзя установить никакого различия между правом и иными порядками, действующими в социальных союзах (моралью, религией и т. п.), в чем ученого и упрекали его критики, в первую очередь Г. Кельзен.[33] Единственный критерий для разграничения, который смог предложить Эрлих,[34] — это «эмоциональный оттенок» (*Gefühlston*), сопровождающий нормы и правила каждого порядка: «Различные виды норм вызывают различные оттенки чувств, и мы отвечаем на нарушение различных норм своеобразно и с различными ощущениями. Можно сравнить чувство возмущения, которое следует за восприятием правонарушения, с негодованием по поводу нарушения обычаев, с гневом, вызываемым нарушением правил приличия, с неодобрением бестактности, с осмеянием нарушения правил хорошего тона и, наконец, с критикой, которая обрушивается на законодателей моды за малейший промах».[35]

Как видно, 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. По мнению ученого, такое видение права способно исправить ситуацию, когда «в качестве основной задачи судопроизводства видят выведение решения индивидуального казуса из положений законов и статутов. В этом взгляде столько непонятного, что требуются соединенные усилия гносеологии, истории права, логики, психологии для того, чтобы уяснить, откуда происходит эта доминирующая в современной юриспруденции предпосылка, как далеко она заходит и как далеко может еще завести».[36] Здесь нельзя не вспомнить о других попытках создать интегральную социально-правовую теорию, которые были предприняты в то время учеными школы Л. И. Петражицкого (особенно Г. Д. Гурвичем и Н. С. Тимашевым) независимо от Эрлиха.[37] Не вдаваясь в исследование аналогий между учением Эрлиха и концепциями мыслителей школы Петражицкого, стоит лишь отметить наличие общих тенденций в социальных науках первых декад XX в. — тенденций к преодолению монизма идеалистической философии права и дуализма кантианской традиции в общественных науках.[38]

---

[33] *Kelsen H., Ehrlich E.* Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft. Eine Kontroverse (1915–1917). Baden-Baden, 2003. S. 18 usw.

[34] Теория, которую Кельзен, с точки зрения его нормативистской теории, иначе как «курьезной» назвать не смог (Ibid. S. 32).

[35] *Ehrlich E.* Grundlegung der Soziologie des Rechts. S. 132.

[36] *Ehrlich E.* Die juristische Logik. Vorwort.

[37] Так, Н. С. Тимашев говорит о том, что в дореволюционной России «Основоположение социологии права» Эрлиха было неизвестно, равно как труды и идеи Р. Паунда (*Тимашев Н. С.* Как я стал социологом // Социологические исследования. 1994. № 4. С. 126).

[38] *Nelken D.* Eugen Ehrlich, Living Law, and Plural Legalities // Theoretical Inquiries in Law. 2008. Vol. 9. N 2.

-6_2008.indd 134 20.01.2009 17:35:29

В качестве «визитной карточки» социально-правовой философии Эрлиха можно назвать тезис о социальном назначении права, которое возникает в процессе социального взаимодействия и задачей которого является регулирование «внутреннего порядка социальных союзов» (в этом взгляды Эрлиха отчасти совпадают с концепцией социального контроля, сформулированной одновременно Р. Паундом). Эрлих не обозначил четко, какому направлению социальной мысли (универсализму или индивидуализму) принадлежит его концепция, и в его работах можно встретить противоположные утверждения. Так, в работе о правоспособности[39] мыслитель делает явный акцент на роли индивидуального начала в развитии права. В небольшой статье о народных союзах Эрлих, напротив, говорит о том, что «ход истории зависит не от намерений делающих историю людей, а от элементарных сил общества».[40] В основе этих представлений лежали учение Иеринга о борьбе интересов и теория социального дарвинизма в духе Спенсера, которую Эрлих экстраполировал и на область права, полагая конечным критерием действительности (и социальной действенности, что для мыслителя означало то же самое) юридического правила способность интереса преодолеть другой интерес и, тем самым, другое юридическое правило. Центр развития права, если несколько перефразировать приведенную выше фразу Эрлиха, лежал именно в перманентном нахождении баланса интересов, способности созданных на основе таких интересов норм и правил подчинять фактическое поведение членов социальных союзов. В данной перспективе право представало как продукт социального взаимодействия. Эта идея во времена Эрлиха отнюдь не была очевидной, особенно в немецкоговорящем научном сообществе,[41] где господствовал неокантианский догмат о необходимом разделении наук на науки о природе (изучение фактов, бытия, природы) и науки о духе (изучение норм, должного, культуры).

Эрлих предлагал видение права как продукта социального конструирования. Определяя право как «мысленную вещь» (*ein gedankliches Ding*), т. е. как интеллектуальную конструкцию, основанную на результатах наблюдения за социальными явлениями и фактами, Эрлих утверждает, что «не было бы никакого права, если бы не было людей, которые несут в сознании представление о праве. Но, как и всюду, здесь наши представления также сформированы из материала, который мы получаем из чувственно воспринимаемой действительности».[42] Поэтому факты предшествуют понятиям, но не наоборот (на что Кельзен возражал упреком в смешении Эрлихом логической и фактической последовательности),[43] и поэтому нельзя с точностью выделить в фактически данной действительности некие явления, которые полностью соответствовали бы нашим

[39] *Ehrlich E.* Rechtsfähigkeit (1909). Aalen, 1973. S. 21 usw.

[40] *Ehrlich E.* Über den Völkerbund // Ehrlich E. Politische Schriften. S. 183.

[41] Мартин Ребиндер отмечал, что в немецкоговорящих странах идеи Эрлиха были распространены меньше, чем в других странах (*Rehbinder M.* Einleitung // Ehrlich E. Recht und Leben. S. 8).

[42] *Ehrlich E.* Grundlegung der Soziologie des Rechts. S. 68.

[43] *Kelsen H., Ehrlich E.* Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft. Eine Kontroverse (1915–1917). S. 70–71.

-6_2008.indd 135 20.01.2009 17:35:29

абстрактным представлениям о них. Не случайно мыслитель отказывается от попыток дать определение права или четко отграничить его от других социальных регуляторов.[44] Поясняя формирование представлений о праве, он пишет: «В основе наших представлений всегда лежат факты, которые мы наблюдали. Такие факты должны были появиться прежде, чем в человеческом мозгу вообще начала зарождаться мысль о праве и правовых отношениях».[45] Иными словами, нечто такое, что мы называем правом, существует в окружающей нас действительности, дает нам материал для формирования наших понятий, и уже затем мы вычленяем в действительности те или иные явления согласно этим понятиям. Понятия не предшествуют фактически существующему праву, но следуют ему с той или иной долей точности, в том числе и при создании норм и правовых предложений, — то, что Эрлих называл «нормативной силой 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. Это была, скорее, социально-философская концепция, в рамках которой планировалось разработать методологию теории, способной интегрировать новые данные психологии, социологии и биологии того времени. Если американские правовые реалисты (Ллевеллин, Паунд, Кардозо и др.) и отталкивались в своих работах от концепции Эрлиха, то развивали социологию права в том направлении, которое в работах Эрлиха было едва намечено — анализ и обобщение судебных решений, юридических документов и фактической правовой практики. Для австрийского ученого данный вопрос был решен заранее (и 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 союзов, но именно как к абстрактной идее, а не как к индуктивному обобщению данных эмпирического наблюдения[46] — это особенно заметно, если сравнить метод

[44] *Marcus L.* Sein und Sollen. Eine Untersuchung zur Abgrenzung der Rechtsnormen von den sozialen Normen bei Max Weber und Eugen Ehrlich. Marburg, 1999.

[45] *Ehrlich E.* Grundlegung der Soziologie des Rechts. S. 68.

[46] В рамках семинара по живому праву ученый разрабатывал анкеты, руководил работой студентов по анкетированию населения (*Ehrlich E.* Das Lebende Recht der Völker in der Bukovina // Ehrlich E. Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freiheitslehre. Berlin, 1967. S. 49–55), вместе с тем скептически относясь к методам эмпирической социологии: «Опросы и анкетирование, в лучшем случае, позволяют лишь бросить взгляд на намерения, желания и стремления случайно подобранных людей, но не дают совершенно никакой картины окружающей действительности. А статистика?.. Для чего нужны цифры при исследовании обременений недвижимости, если не установлены и не разработаны юридические основания и содержание обязательства?» (*Ehrlich E.* Ein Institut für lebendes Recht // Ehrlich E. Recht und Leben. S. 42). Стоит отметить, что украинский исследователь творчества Эрлиха В. С. Бигун делает в своей статье «Евген Ерліх:

-6_2008.indd 136 20.01.2009 17:35:29

Эрлиха и его современника, хорватского правоведа Вальтазара Богишича.[47] Известны слова Эрлиха из исследования по живому праву Буковины: «Недалеко время, когда никто не сможет написать статьи закона или работу о договоре аренды, не увидев договора аренды, не приложив усилий к изучению такого договора».[48] Но эти слова, по большому счету, остались лозунгом: мыслителю так и не удалось разработать методологию эмпирического исследования. Это особенно заметно в «Основоположении», где две последние главы,[49] посвященные проблемам методологии социологии права, сводятся к полемике с этатистским подходом к праву и к призывам «открыть глаза и уши для того, чтобы понять, что значимо для права нашего времени».[50] Можно отметить аналогичное расхождение между концепциями Паунда и Эрлиха: если первый сосредоточивал внимание на фактическом поведении применяющих право лиц (судей, адвокатов и т. п.), то Эрлиха более интересовали «правила общего человеческого поведения».[51] Если вспомнить о возникшем позднее разделении социологии на эмпирическую и теоретическую, то Эрлиха, несомненно, нужно назвать в качестве одного из основателей теоретической социологии права,[52] признав при этом роль его новаторских идей для развития эмпирической социологии права в рамках течения правового реализма.

Життя і правознавча спадщина» (Проблеми філософіі права. 2005. Т. III. N 2. С. 107) противоположный вывод о том, что Эрлих был сторонником именно индуктивной методологии, включающей методы эмпирической социологии. Конечно, Эрлих выступал за проведение эмпирических исследований, но они имели явно субсидиарный характер, а индуктивный анализ в концепции австрийского мыслителя не играл сколько-нибудь существенной роли.

[47] *Bogisic V.* Zbornik sadasnih pravnih obicja juznih Slovena. Zagreb, 1874.

[48] *Ehrlich E.* Das Lebende Recht der Völker in der Bukovina. S. 48.

[49] *Ehrlich E.* Grundlegung der Soziologie des Rechts. S. 381–409.

[50] Ibid. S. 396.

[51] *Ehrlich E.* Grundlegung der Soziologie des Rechts. S. 7 usw.

[52] *Rottleuthner H.* Drei Rechtssoziologien: Eugen Ehrlich, Hugo Sinzheimer und Max Weber // Historische Soziologie der Rechtswissenschaft / hrsg. E. V. Heyen. Frankfurt a/M., 1986. S. 227–252.

-6_2008.indd 137 20.01.2009 17:35:29