

---

---

Г. Д. Гурвич\*

## ТЕОРИЯ ИСТОЧНИКОВ ПРАВА ОЙГЕНА ЭРЛИХА И ИДЕЯ СОЦИАЛЬНОГО ПРАВА\*\*

Уже в своих первых работах «*Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen*» (1902) и «*Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*» (1903), которые активно способствовали в Германии движению в направлении «свободного права», Ойген Эрлих дал понять, что для него наиболее важная проблема живого права, созданного вне законодательной деятельности, концентрируется в феномене права общества (*Gesellschaftsrechts*), противопоставленного как государственному праву, так и праву, созданному судами и юридической доктриной.

Государство, ученые, суды преимущественно занимаются решением юридических конфликтов — они имеют дело с правилами, касающимися конфликтов (*Entscheidensregeln*). Государство формулирует такие правила абстрактным путем через правовые предложения (*Rechtssätze*), а судьи и ученые разрабатывают конкретные правила, не связанные с формулами государственного права. Поиск этих новых конкретных правил для того, чтобы определить решения в случае конфликта, является именно тем, что обычно называется «свободным поиском права».<sup>1</sup>

Вместе с тем проблема «живого права» гораздо глубже и ведет намного дальше. В частности, право не сводится к правилам определения границ в случае борьбы и конфликта — его существенная часть направлена на установление мирного порядка в обществе и заложение основы для организации общества.<sup>2</sup> Большая часть права никогда не использовалась в суде и развивалась совершенно независимо от государственного порядка. Негосударственное

---

\* Гурвич Георгий Давидович (1894, Новороссийск — 1965, Париж) — русско-французский социолог, профессор Сорбонского университета.

\*\* Оригинал опубликован в: *Gurvitch G. La théorie des sources du droit d'Eugène Ehrlich et l'idée du droit social // Gurvitch G. Le temps présent et l'idée du droit social. Paris, 1931. P. 264–278.*

Перевод с французского М. В. Антонова. Перевод выполнен при поддержке программы «Научный фонд НИУ ВШЭ» в 2011 г. и Фонда академического развития НИУ ВШЭ — Санкт-Петербург.

<sup>1</sup> *Ehrlich E. Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft. Leipzig, 1903. S. 11–17, 1 usw., 29 usw.*

<sup>2</sup> *Ibid. S. 9 usw., 37 usw.*

право (*ausserstaatliches Recht*), или право общества<sup>3</sup> (*gesellschaftliches Recht*), оказывается основой всей правовой жизни, хотя оно и не выражено ни в абстрактных положениях, ни в правилах, определяющих решения при конфликте. «Свободный поиск права» не может иметь более важной цели, чем приспособление и примирение государственного права с правом общества. Этот «свободный поиск права» является прежде всего поиском негосударственного социального права (по нашей терминологии — чистого социального права).<sup>4</sup>

Две основные работы Эрлиха — «*Grundlegung der Soziologie des Rechts*» (1913) и «*Die Juristische Logik*» (1918) — развивают на этой основе детальную систему «права общества» и формулируют наиболее ценные возражения из тех, которые когда-либо выдвигались против «этикетской концепции права».

Большей части представителей движения свободного права не удалось, по мнению Эрлиха, окончательно устранить все предрассудки юридического этицизма, поскольку они не смогли провести различие между правилами решения, применяемыми в случае конфликта, и мирным правопорядком, который организует внутреннюю жизнь неогосударственного общества. Но при этом именно данный порядок является истинным «живым правом». И только «социология права», ставящая своей целью описание правовой действительности в спонтанном и неосознанном сплетении ее подспудных неорганизованных уровней, способна добраться до живого права и тем самым легко продемонстрировать, что «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».<sup>5</sup>

Единственной приемлемой концепцией права является та, которая рассматривает право как «объективный порядок», «наиболее важный для бытия всего общества или его отдельных групп порядок».<sup>6</sup> Сущностным элементом правовой действительности

<sup>3</sup> Гурвич намеренно переводит термин «*gesellschaftliches Recht*» не как «социальное право», а как «право общества» (*le droit de la Société*) с тем, чтобы подчеркнуть отличие от своей собственной концепции социального права. То же касается и других терминов Эрлиха («правило решения» вместо «нормы решения» и т. п.). — Прим. пер.

<sup>4</sup> Ehrlich E. Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen. Berlin, 1902. S. 239 usw., 244 usw.

<sup>5</sup> Ehrlich E. Grundlegung der Soziologie des Rechts. München; Leipzig, 1913. S. 33 usw., 314, 380, 9 usw., 17 usw.

<sup>6</sup> Ibid. S. 15 usw., 134–135. — Именно в этом, по мнению Эрлиха, заключается различие между правом и моралью, этикетом, модой и т. п., которые также являются объективными социальными порядками (S. 31 usw.).

выступает мирный порядок, который регламентирует внутреннюю жизнь союзов и совместное сотрудничество в их пределах.<sup>7</sup> Этот правопорядок абсолютно независим от организации союзов (и тем более от их признания в качестве юридических лиц во внешнем аспекте их функционирования); он предшествует любой организации и служит ей основой.<sup>8</sup> «Внутренний порядок человеческих союзов не только был, но и до сих пор является основополагающей формой права» (*grundlegende Form*).<sup>9</sup> «Сегодня, как у истоков юридического развития, сила права основывается преимущественно на тихой, непрерывно осуществляемой власти союзов, которая подчиняет себе индивида... И сегодня исключение из общности (церкви, союза, из общества как в социальном, так и в юридическом смысле), отзыв кредита, утрата положения в обществе, исчезновение клиентуры — самые эффективные средства для борьбы с упорными правонарушителями». <sup>10</sup> «То, что делает государство для того, чтобы в свою очередь санкционировать право, имеет гораздо меньшее значение; и можно с уверенностью утверждать, что общественный правопорядок ничуть не пострадал бы от отсутствия таких санкций». <sup>11</sup>

Неогосударственное общество конституируется отдельными группами, а право общества (*Gesellschaftsrecht*) преимущественно проявляется в форме автономных правопорядков, существующих внутри данных групп. <sup>12</sup> Нужно искать правовую действительность в пересечении этих внутренних автономных порядков, устанавливающих мир и сотрудничество в данных группах. <sup>13</sup> Первичная правовая действительность, которая воплощается в этих внутренних порядках, и оказывается более объективной и конкретной, чем не только правила решения для случаев конфликтов (и правовые предложения в целом), но и прямые правила поведения.

Все правила имеют производный характер и формируются только с того момента, как член общества в определенной степени отделяется от той тотальности, в которую он интегрирован. Все эти правила сами по себе являются статичными, неподвижными, абстрактными элементами. Напротив, правовая действительность

<sup>7</sup> Ibid. S. 18, 20 usw., 99 usw.

<sup>8</sup> Ibid. 18, 32, 37.

<sup>9</sup> Ibid. S. 29 usw., 25 usw., 43 usw.

<sup>10</sup> Ibid. S. 59.

<sup>11</sup> Ibid. S. 57.

<sup>12</sup> Ibid. S. 20.

<sup>13</sup> Ibid. S. 27 usw., 101 usw.

подвижна, динамична, конкретна, спонтанна; она не нуждается в словах и формулах для того, чтобы навязывать себя; она более объективна, чем все правила; она оказывается истинной основой всей правовой жизни.<sup>14</sup> Таким образом, все правила, включая конкретные правила поведения, являются лишь подчиненными элементами права, чей фундамент строится внутренними порядками групп — правовыми реалиями, более объективными, чем нормы, т. е. институтами (*Einrichtungen*).<sup>15</sup> «Право общества» — не столько система правил, сколько система институтов, и именно по этой причине оно доминирует в правовой жизни.<sup>16</sup>

«Первейшей и наиболее значимой задачей социологии права является отделение тех элементов права, которые обустроивают и организуют социальный порядок, от абстрактных положений и правил разграничения в случаях конфликтов», которые сравнимы с пеной, образующейся на гребне волн и не существующей отдельно от этих волн.<sup>17</sup> Но социология права должна также объяснить происхождение и точную функцию данных производных правил. Внутренний порядок отдельных частных союзов, как порядок мира и сотрудничества, не дает необходимых указаний для разграничения сталкивающихся интересов, т. е. для разрешения конфликтов между индивидами, принадлежащими к разным группам, а также между самими группами.<sup>18</sup> Эти вопросы, относящиеся более к войне, чем к миру, где данные единства вступают в конфронтацию между собой как разрозненные элементы, могут быть разрешены только с помощью абстрактных и четких правил, указывающих пределы компетенции и фиксирующих внешние границы свободы.<sup>19</sup> Во все времена такие правила формулировались преимущественно судами и юридической доктриной.<sup>20</sup>

Первоначально суды образуются как органы общества, а не государства, и государству никогда не удается их полностью огосударствить. «Общество всегда обладало своими собственными судами, независимыми от государства; оно сохраняет их до

<sup>14</sup> Ibid. S. 29 usw., 33 usw., 159 usw., 155, 131.

<sup>15</sup> Мы переводим используемый Эрлихом термин «*Einrichtungen*» через введенный Ориу термин «институт», поскольку в данном аспекте идеи этих двух авторов соприкасаются.

<sup>16</sup> Ibid. S. 68, 108, 379–380, 314, 374; Ehrlich E. Die Juristische Logik. Tübingen, 1918. S. 219.

<sup>17</sup> Ehrlich E. Grundlegung der Soziologie des Rechts. S. 33, 156–157, 29.

<sup>18</sup> Ibid. S. 101 usw.

<sup>19</sup> Ibid. S. 100–103, 140 usw., 156 usw.

<sup>20</sup> Ibid. S. 97 usw.

настоящего времени и создает все новые и новые суды».<sup>21</sup> По сути, правила решения конфликтных случаев, формулируемые судами и опирающиеся на авторитет судебной практики, имеют в качестве своей основы порядок права общества в целом, который навязывает эти правила конфликтующим индивидам и группам.<sup>22</sup>

«Правовые предложения» (*Rechtssätze*) являются лишь обобщениями правил решения; их функция состоит только в том, чтобы сделать данные правила более стабильными. Как только государство (первоначально выходящее на сцену в качестве военного формирования и не обладающее никаким иным правом, кроме того, которое необходимо для поддержания своей внутренней организации) начинает играть более активную роль в правовой жизни, оно специализируется в провозглашении правовых предложений, чьей наиболее эксплицитной формой является закон.<sup>23</sup> По сути, «правовые предложения» адресованы только огосударственным судам и другим органам государства.<sup>24</sup>

Здесь прослеживаются узкие границы той роли, которую играют в правовой жизни абстрактные положения, и в особенности законы. «В действительности, только незначительная часть социального порядка может регулироваться государственным законодательством».<sup>25</sup> Будучи более абстрактными, чем конкретные правила решения и реальные правила поведения, правовые предложения являются лишь тенью непосредственной правовой действительности. Живое право общества в своей наиболее значимой части развивается и движется, абсолютно не обращая внимания на абстрактные положения, формулируемые государством и его законодательством. В случае открытого конфликта между правом общества и юридическими формулами государства решающую роль играет лишь реальное соотношение социальных сил.<sup>26</sup>

Впрочем, абстрактное и статичное государственное право всегда запаздывает за движением динамичного, живого и конкретного права общества.<sup>27</sup> Большая часть важнейших событий правовой жизни — отмена рабства в Средневековье, освобождение крепостных крестьян в Англии, формирование современного

<sup>21</sup> Ibid. S. 97–98.

<sup>22</sup> Ibid. S. 159, 121–122, 98–99, 170–172, 285–286.

<sup>23</sup> Ibid. S. 138–172, 110 usw.

<sup>24</sup> Ibid. S. 138 usw., 296–297.

<sup>25</sup> Ehrlich E. Die Juristische Logik. S. 82.

<sup>26</sup> Ehrlich E. Grundlegung der Soziologie des Rechts. S. 136.

<sup>27</sup> Ibid. S. 323.

капитализма, трансформация права собственности в право руководства и управления наемными работниками, формирование профсоюзов и трестов — все эти юридические факты и иные бесчисленные факты совершались в полной независимости от государственного права и в течение долгого времени игнорировались законами государства.<sup>28</sup> В сущности, государственное право оказывается не только бессильным по отношению к праву общества, но и попадает в зависимость от примата права общества. Государственное право не имеет никакого иного смысла, кроме как быть источником стабильности негосударственного порядка — с этой точки зрения само государство обретает свою основу в обществе.<sup>29</sup>

Социологическое описание правовой действительности, по мнению Эрлиха, ведет к необходимому выводу о том, что роль государства в правовой жизни может быть лишь минимальной. «Государственное право является только маленькой частью огромной сферы права и тем более наименее эффективной ее частью».<sup>30</sup> Государственная концепция права основывается на чистой фикции и препятствует тому, чтобы углядеть наиболее живую и реальную часть права, которая имеет как раз негосударственный характер.<sup>31</sup> Речь идет о том, чтобы объяснить, как юридическая доктрина двух последних веков пришла к данной неудачной фикции, которую пыталась представить в качестве одного из неизбежных априорных постулатов «юридической логики».

Второй главной работой Эрлиха стало сочинение, озаглавленное «*Die Juristische Logik*» (1918), в котором дается ответ на поставленный выше вопрос. То, что обычно называется «юридической логикой», сводится к трем основным постулатам: 1) связанность судьбы неким положением, сформулированным заранее; 2) зависимость всего права от государства; 3) отождествление единства права с единством правовых предложений.<sup>32</sup> Эрлих с большим мастерством демонстрирует, что все эти постулаты не имеют априорного характера; необходимо показать, что все они являются исключительно продуктами исторических условий и что в других странах и в другие эпохи они немыслимы.<sup>33</sup>

<sup>28</sup> Ibid. S. 315 usw., 344 usw.; Ehrlich E. Die Juristische Logik. S. 81 usw.

<sup>29</sup> Ehrlich E. Grundlegung der Soziologie des Rechts. S. 122–123, 125, 312–314.

<sup>30</sup> Ibid. S. 127, 313–314.

<sup>31</sup> Ibid. S. 131; Ehrlich E. Die Juristische Logik. S. 150 usw., 81–120, 192–194.

<sup>32</sup> Ehrlich E. Die Juristische Logik. S. 147 usw.

<sup>33</sup> Ibid. S. 1 usw.

Тезис о связанности судьи абстрактным и заранее фиксированным правовым предложением — всего лишь результат искусственной рецепции иностранного права (римского права) рядом стран континентальной Европы. Полностью неизвестный в Древнем Риме, данный тезис также был незнаком и англосаксонским странам, в которых не произошло рецепции римского права.<sup>34</sup>

Этатистская концепция права стала как раз результатом монархического абсолютизма в том виде, в котором он проявился в эпоху Юстиниана и в XVI–XVIII вв.<sup>35</sup> Эрлих особенно настаивает на том, что в классическую эпоху римское право было очень далеко от этатистской концепции.<sup>36</sup> Римские юристы рассматривали в качестве государственного права исключительно *jus publicum*,<sup>37</sup> а *jus civile*<sup>38</sup> и *jus privatum*<sup>39</sup> (последнее было частью первого) совершенно не означали в Риме того, что мы сегодня подразумеваем под этими терминами. Они включали в себя негосударственное право, все право общества и все право юристов. Традиционное противопоставление публичного и частного права было, по сути, противопоставлением разных источников права: государственных и негосударственных источников, закона и автономного права.<sup>40</sup>

Наконец, постулат единства права был лишь следствием гипертрофированной централизации государства в сочетании с дедуктивным рационализмом. Тезис о монистическом единстве права не предстает в качестве очевидного даже после того, как были восприняты этатистская концепция права и тезис о связанности судьи абстрактными правовыми предложениями. В XVII–XVIII вв. большинство юристов принимали в качестве неотъемлемых источников права юридическую автономию социальных групп и обыкновения особых социальных кругов. Бесконечное множество различных гетерогенных проявлений плюрализма правопорядков проявляет себя с такой очевидностью, что только с помощью

<sup>34</sup> Ibid. S. 3–81; Ehrlich E. Grundlegung der Soziologie des Rechts. S. 218 usw., 197 usw.

<sup>35</sup> Ehrlich E. 1) Die Juristische Logik. S. 84 usw.; 2) Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft. S. 4; 3) Grundlegung der Soziologie des Rechts. S. 111 usw., 131.

<sup>36</sup> «В этом римляне показали себя великими юристами, каковыми они на самом деле и являлись, поскольку государственное понимание права вплоть до окончания классической эпохи оставалось для них весьма далеким» (Ehrlich E. Die Juristische Logik. S. 83 usw.).

<sup>37</sup> Публичное право (лат.). — Прим. пер.

<sup>38</sup> Гражданское (цивильное) право (лат.). — Прим. пер.

<sup>39</sup> Частное право (лат.). — Прим. пер.

<sup>40</sup> Ibid. — См. также подробнее: Ehrlich E. Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen. S. 47, 64 usw., 159 usw., 199 usw., 239 usw.

искусственных конструкций юриспруденции понятий (использовавшей методы дедуктивного рационализма школы естественно-го права XVII–XVIII вв., особенно Гоббса) данная доктрина смогла утвердить догму о единстве права. Эту догму можно было провозгласить, только предположив (против всех очевидных фактов), что многоформатные правовые потоки берут истоки исключительно *in geheimnisvoller Ferne*<sup>41</sup> единой имперской воли государства, из которой вытекает все содержание права. Социологическое описание противопоставляет этому плоду брака рационалистического догматизма и этатизма констатацию плюрализма нередуцируемых правопорядков.<sup>42</sup>

Реальное единство правовой жизни является единством во множестве, единством, гармонизированным с разнообразием. Но это уже не абстрактное абсорбирующее единство правовых предложений, а конкретное и комплексное единство институтов, объективных юридических реалий, в свою очередь интегрированных в еще более всеобъемлющую тотальность (такую как национальное или международное сообщество). Данный процесс интеграции никогда не заканчивается. Единство права — это единство динамической интеграции, основанное на разнообразии и плюрализме, являющихся необходимыми элементами этого единства.<sup>43</sup>

Так оказываются сорванными маски с предполагаемой «юридической логики», обличенной в своей ложности: она не имеет ничего общего с истинной логикой. Это всего лишь очень неудачная техника юристов определенной эпохи, которые изобрели данную технику для нереалистичной цели — сведения всех проявлений права к закону государства.<sup>44</sup> Эта искаженная техника является не чем иным, как маской, приспособленной для того, чтобы прятать реальное бессилие права. Именно она способствовала распространению среди юристов общепринятого мнения о том, что «они являются людьми, которые смотрят на существование как на случайное и на случайное как на решающее».<sup>45</sup> Во имя общества, равно как и во имя справедливости, необходимо раз и навсегда разрушить эту ложную «юридическую логику» для того, чтобы освободить дорогу для методичного наблюдения и практического применения живого права.

<sup>41</sup> В таинственной дали (нем.). — Прим. пер.

<sup>42</sup> Ehrlich E. Die Juristische Logik. S. 121–147.

<sup>43</sup> Ibid. S. 146–147.

<sup>44</sup> Ibid. S. 299 usw., 150–155, 314, 288.

<sup>45</sup> Ibid. S. 309, 155.



Нам остается прояснить еще два аспекта доктрины Эрлиха. Важно понять, каковы, по мнению этого ученого, те формальные процедуры, с помощью которых можно констатировать позитивное право. Более того, необходимо установить, признает ли Эрлих вместе с Жени, Юнгом и многими другими существование интуитивного права наряду с правом формальным.

Ответ на первый вопрос довольно прост. По Эрлиху, формальные источники позитивного права параллельно дифференцируются на трех уровнях правовой действительности, которые он выделял. Эти источники разнятся для права неогосударственного общества, для правил решения конфликтов и для абстрактных правовых предложений.<sup>46</sup> В том, что касается права неогосударственного общества, существуют следующие формальные процедуры: 1) обыкновение или обычай; 2) конвенция; 3) одностороннее волеизъявление; 4) проявление власти (*Herrschaft*) над лицами, которая вытекает из отношений собственности; 5) сами отношения собственности; 6) наконец, независимый устав, о котором Эрлих говорит в другом тексте.<sup>47</sup>

Совершенно иными оказываются формальные источники правил решения, а именно: 1) судебная практика; 2) доктрина.<sup>48</sup> Наконец, источниками абстрактных правовых предложений являются: 1) закон; 2) обычай, существующий внутри государственной организации.

При критической оценке доктрины Эрлиха мы вернемся к этой дифференциации источников в зависимости от видов права, пока же постараемся ответить на другой вопрос: признает ли Эрлих существование интуитивного права наряду с формальным правом? Занимаемая им в этом вопросе позиция оказывается недостаточно четкой. Для него проблема интуитивного права помещается исключительно в рамки поиска судами правил решения. Если не хватает формальных источников (практики и доктрины) для вынесения решения, то судья должен заняться свободным поиском способа разрешения конфликта, вдохновляясь при этом спонтанным правом неогосударственного общества.<sup>49</sup> Поэтому здесь речь идет о некоем интуитивном праве, но лишь о том, которое является интуитивным с точки зрения судебных чиновников.

Это интуитивное право оказывается относительным, поскольку его истинным основанием, на которое ссылается свободный

<sup>46</sup> Ehrlich E. Grundlegung der Soziologie des Rechts. S. 365, 368, 379–380, 405.

<sup>47</sup> Ibid. S. 69–96, 352–380, 30, 406; Ehrlich E. Die Juristische Logik. S. 208.

<sup>48</sup> Ehrlich E. Grundlegung der Soziologie des Rechts. S. 275 usw., 97 usw.

<sup>49</sup> Ibid. S. 286, 171.

поиск права, является основанное на формальных процедурах право общества. Эрлих оставляет без ответа вопрос о том, что же следует делать судье, когда он не может найти отправную точку для своего решения в констатируемом с помощью формальных процедур праве общества. Поскольку речь преимущественно идет о плюрализме автономных правопорядков, которые зарождаются в узких социальных кругах, конкурирующих между собой, такие ситуации случались довольно часто. Интуитивное право судьи утратило свой релятивный характер для того, чтобы стать правом, реально основанным на непосредственном видении вещей. Следовательно, Эрлих пренебрегает проблемой интуитивного права во всей его истинной значимости и концентрирует внимание исключительно на праве, созданном через формальные процедуры. Это объясняется тем, что он не проводит четкого различия между «нормативным фактом» (первичным источником) и технической процедурой констатации (вторичным источником). Небезосновательно беспокоясь о том, чтобы подчеркнуть позитивный характер интуитивного права, Эрлих также считал своим долгом обосновать интуитивное право через право формальное.

Переходя к критической оценке замечательного творчества Эрлиха, мы без колебаний причисляем этого исследователя к наиболее значимым представителям идеи социального права. Именно через углубленный анализ проблем источников позитивного права Эрлих пришел к своей теории «права общества» (*Gesellschaftsrecht*). Данный путь к идее социального права кажется нам особенно ценным, поскольку он начинается с радикального освобождения социального права от любой опеки со стороны государственного порядка и приводит прямо к понятию *чистого и независимого* социального права, эквивалентного государственному праву или превосходящего его.

Вместе с тем вводимое Эрлихом понятие «право общества» (*Gesellschaftsrecht*) оказывается не полностью тождественным понятию «социальное право» в том смысле, который мы вкладываем в данный термин. Поэтому здесь нужно четко определить, в чем же состоит различие, и объяснить его причины.

Признавая огромные заслуги Гирке, и в особенности его доктрины (наряду с доктринами Савиньи и Пухты), Эрлих все же ставит ему в упрек признание существования не только социального права, но и индивидуального правопорядка.<sup>50</sup> Впрочем, он мог

<sup>50</sup> Ibid. S. 34–35, 18 usw.

бы сделать тот же упрек и доктрине Мориса Ориу. По Эрлиху, все частное право является также и правом социальным, поскольку вся правовая действительность сводится к существованию союзов и их автономных порядков (*Verbandsrecht*).<sup>51</sup> Как утверждает Эрлих, Гирке был неправ в том, что рассматривал в качестве социального права только внутреннее право организаций, признаваемых в качестве юридических лиц. Однако не только не имеющие статуса юридических лиц группы (например, завод или негласный профсоюз), но и группы, лишенные вообще какой-либо организации, основополагающие тотальности (такие как национальное или международное сообщество, класс, отрасль промышленности) порождают свои собственные внутренние правопорядки, составляющие социальное право. Более того, все отношения собственности и все договорные отношения являются лишь замаскированными формами союзов.<sup>52</sup> Поэтому союзы присутствуют повсюду; при этом практически неважно, основаны ли они на обычае или на уставе, на собственности, договоре или господстве. Термин «право общества» оказывается более точным, чем термин «социальное право», поскольку он противопоставляет негосударственное право праву государства.

Исследуя эти доводы Эрлиха, легко заметить, что наряду с весьма правильными мотивами эти доводы содержат недоразумения и очень грубые ошибки. Эрлих вполне прав, возражая Гирке в том, что наряду с социальным правом корпоративных организаций существует и неорганизованное социальное право, которое берет верх. Но отсюда совершенно не следует того, что все частное право выступает социальным и что оно не содержит в себе важных элементов индивидуального правопорядка и чистой координации. Не является ли социальность через разграничение и уравнивание столь же реальной, что и социальность через всеединство и частичное слияние? «Отношения к Другому», отношения одного индивида к другому или одной группы к другой — не являются ли столь же необходимыми, что и внутренние порядки союзов? Исключает ли феномен участия в «Мы» отношения между «Я», «Ты», «Он»?

Нет необходимости долго дискутировать с Эрлихом по этому вопросу, поскольку он сам утверждает, что все право является правом социальным, противопоставленным мирному праву

<sup>51</sup> Ibid. S. 35–44.

<sup>52</sup> Ibid. S. 43 usw., 37 usw.

сотрудничества, создающему внутренний порядок групп, — правом разрешения конфликтов и фиксации внешней свободы. Что же иначе представляется под «правилами решения», как не признание координирующего порядок индивидуального права, которое автор только что отрицал? Можно лишь пожалеть, что Эрлих при замаскированном признании индивидуального правопорядка ограничился правилами решения, сформулированными судами, и что он понимал отношения координации, существующие между группами, скорее как межиндивидуальные отношения.

Нам кажется неудачной мысль об отождествлении противопоставления между социальным и индивидуальным правом с противопоставлением между правом неогосударственного общества и правом, по которому суды выносят свои решения.

1) Здесь не берется во внимание тот факт, что суды, как раз и являющиеся органами внутреннего порядка группы, занимаются вопросами социального права не в меньшей степени, чем вопросами индивидуального права.

2) Отрицание спонтанного существования индивидуального права препятствует анализу тех явлений, в которых социальное право оказывается искаженным из-за того, что оно поставлено на службу индивидуальному праву (это характерно для союзов господства). Тем самым Эрлих закрывает себе возможность увидеть, что господство (*Herrschaft*) не имеет никакой связи с социальным правом. Ему также не удалось уточнить характер этого права как истинного права интеграции и сотрудничества, противопоставляемого праву субординации. Именно по этой причине Эрлих помещает господство и отношения собственности среди формальных источников социального права.

3) В конце концов, следствием такого отождествления становится то, что «право общества», о котором говорит Эрлих, по сути, представляет собой конгломерат гетерогенных элементов: истинного социального права, индивидуального права в его негосударственных проявлениях, субординирующего права автономных союзов господства. Можно с такими же основаниями усомниться в плодотворности понятия, которое объединяет в себе наиболее удаленные друг от друга порядки, и упрекнуть Эрлиха в том, что ему не удалось далеко продвинуться в его исследованиях.

Эрлиху принадлежит большая заслуга: он подчеркнул (в то же время, что и Ориу, хотя и не зная об этом) то, что первичная правовая действительность является более объективной и конкретной, чем входящие в нее правила. Эрлих ближе, чем другие

представители школы свободного права, подошел к идее «нормативного факта», «института», понимаемого как первичный объективный авторитет, обосновывающий силу позитивного права. В частности, данную тенденцию демонстрирует обозначение источников «права общества» в качестве «юридических фактов» (*Tatsachen des Rechts*).<sup>53</sup> Но даже здесь четко видно, что Эрлиху не удалось провести ясное различие между «первичными источниками» («данными», «нормативными источниками» и т. п.) и вторичными (формальными) источниками (технические процедуры констатации) — различие, которое так хорошо обосновали Жени и другие юристы.

«Юридические факты» играют у Эрлиха сразу две роли. С этим связаны недостаток точности его теории источников права и невозможность последовательно использовать удачно и ясно выраженную мысль о том, что каждой области права соответствуют разные источники.<sup>54</sup> Сомнения Эрлиха по поводу понятия интуитивного права имеют тот же источник: истинное значение этого вида позитивного права становится ясным только в том случае, если данный вид рассматривается как следствие непосредственной констатации (без посредства технических процедур) первичных нормативных фактов.

В конце концов, если спросить себя, каковы же причины, помешавшие Эрлиху прийти к четким результатам в своих размышлениях, столь глубоких и столь энергично защищавшихся, то ответ нам кажется очевидным. Необходимо искать данные причины в предпосылках его теории, слишком сильно ориентированных на эмпиризм и позитивизм; эти предпосылки делают для мыслителя невозможным понимание важности роли вневременных идей и ценностей, воплощающихся в тех социальных явлениях, которые изучает Эрлих. Нельзя прийти к отграничению «нормативных фактов» от других фактов социальной жизни, не признавая существования объективных идей, в особенности идей-действий, творческих ценностей, которые реализуются через данные идеи, — ведь

<sup>53</sup> Ibid. S. 67–96, 352–380.

<sup>54</sup> Мы со своей стороны попытались вывести следствия данной тенденции, указывая на то, что формальные источники в сфере социального права отличны от формальных источников в сфере индивидуального права, поскольку они разграничиваются в соответствии с двумя разными нормативными фактами: «всеединство» и «отношение к Другому». См. наши рассуждения об этом: *Gurvitch G.* 1) *L'idée du droit social*. Paris, 1931. P. 143 et suiv.; 2) *Le temps présent et l'idée du droit social*. Paris, 1931. P. 286–288.

именно это придает нормативный характер указанным фактам. Невозможно полностью оценить различие между нормативными фактами «всеединства», которые дают начало социальному праву, и нормативными фактами отношений к Другому, которые порождают индивидуальное право, не отдавая себе отчет в том, какие духовные ценности (трансперсональные и личные) проявляются в них.

Эрлих слишком сильно ориентирован на реализм и слишком мало на духовные ценности для того, чтобы разрешить те проблемы, которые он поставил с такой глубиной и четкостью. Из-за того, что он не использует «идеалреалистический» метод,<sup>55</sup> Эрлих не может подняться на высоты, достигнутые мыслью Мориса Ориу,<sup>56</sup> хотя обоих мыслителей связывает сходство интеллектуальных посылок. Однако в то же время Эрлих значительно опережает Ориу из-за своей более широкой независимости от всех традиционных концепций и категорий.

<sup>55</sup> См. наши рассуждения об использовании «идеалреалистического» метода в правоведении: *Gurvitch G. L'idée du droit social*. P. 113 et suiv.

<sup>56</sup> См. наше изложение доктрины Ориу в ч. 5 гл. 3 цитированной выше работы (*Gurvitch G. L'idée du droit social*).