

М. В. Антонов\*

### Запоздавшая реплика: об одной из последних работ Ойгена Эрлиха

В прошлом номере Российского ежегодника теории права был опубликован спор между Гансом Кельзенем и Ойгеном Эрлихом по поводу предмета и задач социологии права<sup>1</sup> — спор, возникший после публикации ключевой работы Эрлиха «Основное положение социологии права» (1913).<sup>2</sup> Большая часть этого спора связана с нападками, порой достаточно резкими, Кельзена на теоретические построения Эрлиха с обвинением последнего в методологической несостоятельности той новой научной дисциплины, которую пытался обосновать Эрлих. Значение этой критики трудно переоценить — именно она во многом обусловила длительное забвение творческого наследия Эрлиха в европейской теоретико-правовой мысли и тот факт, что идеи ученого «не стали начальной точкой для формирования новой тенденции в правовых исследованиях». На многие годы возражения против социологического подхода к праву обновились именно на идеях Кельзена, выдвинутых в упомянутой полемике.<sup>3</sup>

\* Антонов Михаил Валерьевич — кандидат юридических наук, доцент, зав. кафедрой теории и истории права и государства Санкт-Петербургского филиала ГУ — ВШЭ (mailto:mantov@hse.ru).

<sup>1</sup> Дискуссия Г. Кельзена и О. Эрлиха / Пер. с нем. М. В. Антонова // Российский ежегодник теории права. № 1. 2008. С. 604–644.

<sup>2</sup> Ehrlich E. Grundlegung der Soziologie des Rechts. Wien, 1913. — В настоящее время готовится к печати перевод этой работы на русский язык.

Данный спор, как справедливо указывают некоторые исследователи, является фактическим продолжением заочной полемики между О. Эрлихом и М. Вебером о роли рационализации в современной им правовой действительности, а Кельзен иногда прямо повторяет аргументы, высказанные Вебером применительно к критике идей Р. Штаммлера. См. об этом: Treiber H., Max Weber and Eugen Ehrlich: On the Janus-headed Construction of Webers Ideal Type in the Sociology of Law // www.maxweberstudies.org/8.2pdfs/8.2%200004%20Hubert%20Treiber.pdf; Coutré M. Living Law: Reconsidering Eugen Ehrlich, edited by Marc Hertogh // Osgoode Hall Law Journal. 2009. N 47. P. 591–593. — Вместе с тем оба мыслителя сходится в констатации неизбежной неполноты любой правовой системы и в видении процесса правоприменения как творческого акта, а не как сугубо логической операции (Rottleitner H. Einführung in die Rechtssoziologie. Darmstadt, 1987. S. 25 usw.).

<sup>3</sup> Timasheff N. S. Fundamental Principles of the Sociology of Law by Eugen Ehrlich / Translated by W. L. Moll with an introduction by Roscoe Pound. Cambridge, 1936 // American Sociological Review. 1937. Vol. 2. N 1. P. 123.

<sup>4</sup> Cotterrell R. The Politics of Jurisprudence: A Critical Introduction to Legal Philosophy. London, 2003.

Может показаться странной позиция в споре самого Эрлиха, который предпочел не давать развернутой ответ на прозвучавшую критику, считая такой ответ «излишним». Возражения Эрлиха были не попыткой «опровержения критики, а всего лишь оправданием своей работы»<sup>5</sup> и заключались преимущественно в указании на неправильную интерпретацию Кельзенем отдельных положений названной выше книги. Эти возражения, по большей части обоснованные, тем не менее не дают читателю понимания сути занимаемой полемикой. Если взгляды и кажутся неубедительными в свете развернувшейся полемики. Если возражения автора «Основного положения социологии права» касались принципиального цитирования или толкования, то нападки Кельзена содержательны, связаны с опровержением базовых теоретических постулатов новой научной дисциплины (социологии права). Они сформулированы систематично и широко и поэтому создали впечатление действительно уничтожающей критики, на которую автору «Основного положения» нечего было ответить.<sup>7</sup> Почему же Эрлих уклонился от спора и не стал «писать критику в противоположном направлении»,<sup>8</sup> чтобы показать методологическую несостоятельность возражений оппонента?

Отвечая на критику, мыслитель сразу оговаривается, что его задачей в «Основном положении социологии права» была не разработка терминологии, а уяснение отношения права к обществу.<sup>9</sup> Но означает ли это обоснованность возражений Кельзена и других критиков «Основного положения социологии права», которые упрекали теорию Эрлиха в «философской бедности»,<sup>10</sup> «сомнительности и противоречивости»<sup>11</sup>; ее исходных посылок? В этом плане важно поинтересоваться «Основное положение социологии права» не как отдельное завершенное исследование (как таковое оно действительно страдает неполнотой в методологическом плане), а как часть задуманной Эрлихом трехчастной работы, где «Основное положение» должно было стать второй частью, следующей за критической догматического подхода к праву<sup>12</sup> и дополняемой детальным методологическим обоснованием социолого-правового подхода в третьей части. Эта третья часть, озаглавленная «Теория судейского нахождения права», задуманная Эрлихом еще в 1912 г., так и не была завершена. Мыслитель написал только первые четыре главы этой работы под названием «Судейское нахождение права на основании правового предложения», опубликованные в 1917 г.<sup>13</sup> Этот незавершенный фрагмент третьей части социолого-правовой трилогии Эрлиха намного

<sup>5</sup> Эрлих О. Возражение // Российский ежегодник теории права. № 1. 2008. С. 634.

<sup>6</sup> Там же. С. 639.

<sup>7</sup> Поэтому многие исследователи считают Эрлиха «проигравшим» в этом споре. См., напр.: Van Klink B. Facts and Norms: The Unfinished Debate between Eugen Ehrlich and Hans Kelsen // Living Law: Reconsidering Eugen Ehrlich / Ed. M. Hertogh. Oxford, 2009.

<sup>8</sup> Эрлих О. Возражение. С. 634.

<sup>9</sup> Там же. С. 639.

<sup>10</sup> Simpson S. P. Fundamental Principles of the Sociology of Law // Harvard Law Review. 1937. Vol. 51. P. 193.

<sup>11</sup> Timasheff N. S. Fundamental Principles...

<sup>12</sup> Ehrlich E. Die juristische Logik. Wien, 1918.

<sup>13</sup> Ehrlich E. Die richterliche Rechtsfindung auf Grund des Rechtssatzes. Vier Stücke aus dem in Vorbereitung begriffenen Werke: Theorie der richterlichen Rechtsfindung // Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. 1917. Bd. 67. S. 1–80.

менее известен, чем «Основоположение социологии права», хотя в контексте современных социолого-правовых дебатов о границах и методах правового регулирования<sup>14</sup> предложенный австрийским мыслителем в работе плюралистический подход может оказаться чрезвычайно актуальным.<sup>15</sup> В этом аспекте интересными представляются идеи немецкого мыслителя Понтера Тойбнера, который подчеркивает значение Эрлиха и его социолого-правовой теории для понимания процессов глобализации в сфере права, образования автономных от государства и саморегулируемых социальных подсистем (транснациональных корпораций, международных организаций, средств массовой коммуникации и т. п.).<sup>16</sup>

Напомним, что в «Основоположении» Эрлих предложил разделить все знание о праве на теоретическое правоповедение и практическую юриспруденцию.<sup>17</sup> Первая претендовала на то, чтобы быть «чистым знанием о праве... которое имеет дело не со словами, а с фактами»,<sup>18</sup> а вторая понималась как «искусство приспособления права к практическим потребностям правовой жизни».<sup>19</sup> При этом мыслитель утверждал, что задача правовой науки будущего является полным отказ от абстрактного построения и толкования понятий, конструирования правовой действительности с их помощью. Такой дедуктивный путь Эрлих считал ненаучным и призывал к применению противоположного, индуктивного подхода — изучению и обобщению юридических фактов и данных юридического опыта.<sup>20</sup> Именно эти положения и послужили основной мишенью для критики со стороны Кельзена, указывавшего на ненаучность такого исследования права, его теоретическую несостоятельность.<sup>21</sup> С чем же по сути не соглашался

<sup>14</sup> Cotterrell R. Law, Culture and Society: Legal Ideas in the Mirror of Social Theory. Alderhot, 2006.

<sup>15</sup> См., напр.: Nelken D. Ehrlich's Legacies: Back to the Future in the Sociology of Law? // *Living Law: Reconsidering Eugen Ehrlich*; Ziegert K. World Society, Nation State and the Living Law in the Twenty First Century // *Ibid.*

<sup>16</sup> Teubner G. Globale Bukowina: Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus // *Rechtshistorisches Journal*. 1996. N 15. S. 255–286. — При этом Тойбнер не ограничивается локальными социальными союзами, как это делал Эрлих, а говорит о существовании (а также) глобальной самовоспроизводящейся коммуникативной сети, в процессе функционирования которой возникает глобальное право как новая социально-правовая реалья, определяющая свои границы путем бинарного кодирования «право — неправо» в рамках циркулярного правового дискурса. В качестве показательного примера такого глобального правового явления Тойбнер приводит международное торговое право (*lex mercatoria*). Однако, независимое от государственного правотворчества, это право является такой силой, юридическая природа которой проявляется через *Hierarchisierung* (автономное вхождение договором своего места в существующей иерархии правовых актов), через *Internalisierung* (распространение положений торгового договора к прошлым и будущим ситуациям), через *Externalisierung* (выражение воле и тем самым самовалидацию договора, который становится юридически обязывающим для государства и других социальных союзов вне торгового сообщества, например при решении споров в коммерческом арбитраже или в государственных арбитражных судах) (*Ibid.*).

<sup>17</sup> Антонов М. В. У истоков социологии права: О. Эрлих // Российский ежегодник юри права. № 1, 2008. С. 565–592.

<sup>18</sup> Ehrlich E. Grundlegung der Soziologie des Rechts. S. 1.

<sup>19</sup> *Ibid.* S. 198.

<sup>20</sup> *Ibid.* S. 273–274.

<sup>21</sup> Кельзен Г. Основоположение социологии права // Российский ежегодник юри права. № 1, 2008. С. 607 и сл.

Кельзен? По Эрлиху, предметом практической юриспруденции, которая должна заменить собой теоретическое правоповедение, являются выведение и обобщение норм решения, используемых судьями и иными правоприменителями. Эту позицию Эрлих высказал задолго до «Основоположения», еще в своей программной работе, обосновывающей постулаты движения свободного права.<sup>22</sup> В той работе мыслитель указывал на необходимость изучения действующего (живого) права не в ракурсе личных мотивов и убеждений судей, которыми те руководствуются при вынесении решений, а исходя из «социального смысла», заложенного в этих решениях.<sup>23</sup> Фактически любое правотворческое или правоприменительное решение, по убеждению Эрлиха, является не произвольным творением автора, а актом «социального творчества», через который законодатель и судьи выражают (осознанно или по большей части неосознанно) общественные потребности своего времени.<sup>24</sup>

Вместе с тем такая позиция еще не представляла собой ничего принципиально нового по сравнению с идеями исторической школы Савиньи, Пухты и других немецких философов XIX в. и тем более по сравнению с уже набившими к тому времени оскомину постулатами дюркгеймовской социологии. Объявляя правовые нормы и принципы, равно как и весь формальный правоприменительный процесс, «пустым прикрытие социальных интересов», Эрлих следовало найти механизмы схватывания и анализа этих интересов, раскрытия заложенного в них «социального смысла». Именно решение данной задачи было посвящено вышедшее в 1913 г. «Основоположение социологии права», где ученый выдвинул утверждение, согласно которому любой порядок и правовая жизнь в целом состоят не в нормах права, а в правилах поведения, фактически применяющихся людьми в их социальном общении. Источником знания об этих правилах являются не законодательные установления и не судебные решения (правовые предположения и нормы), а базовые юридические факты (обычай, волеизъявление и т. д.), которые исследователь может открыть и описать прежде всего через наблюдение за юридически значимым поведением. В то же время понимание права одновременно доступным исследователю и через изучение связанных с этим поведением предположений людей о правомерности тех или иных поведенческих актов, об их природе (психологической, социальной), их связи с принятыми в обществе ценностями. Этот второй аспект оказывается необходимой частью познания права, позволяющей отграничить юридически значимое от всего остального, данного в практике человеческого общения. Поэтому нормативный, социальный и смыслообразующий моменты юридического опыта одинаково важны, а критика Кельзеном «Основоположения» за пренебрежение нормативностью права оказывается не лишеной оснований. Ведь если исследователю нужно выявить заложенные в праве и в поведении людей смыслы и ценности, то сделать это иначе, чем через анализ правовых текстов, довольно трудно.<sup>25</sup>

<sup>22</sup> Ehrlich E. Freie Rechtfindung und freie Rechtswissenschaft. Leipzig, 1903 // Ehrlich E. Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtsstatsachenforschung und zur Freiheitslehre. Berlin, 1967. S. 170–202.

<sup>23</sup> *Ibid.* S. 192 usw.

<sup>24</sup> *Ibid.*

<sup>25</sup> См. об этом аспекте спора Эрлиха и Кельзена: Larenz K. Methodenlehre der Rechtswissenschaft. Berlin, 1991. 6 Aufl. S. 66 usw.

В этом плане нападки Эрлиха на догматическую юриспруденцию, работающую исключительно с «безжизненными» юридическими конструкциями и текстами, с трудом выдерживают кельзеновскую критику.<sup>26</sup> Как представляется, сдержанный ответ на критику Кельзена в их дискуссии, равно как внимание Эрлиха к проблемам формирования и интерпретации правовых текстов в представляемой ниже его работе 1917 г., может объясняться именно этими соображениями.

В «Судейском нахождении права на основании правового предложения» Эрлих придерживается основных линий своей концепции, сформулированных в предшествующих работах. Речь идет прежде всего об изучении права в контексте существующих социальных союзов и о беспощадной критике этатистского подхода к праву.<sup>27</sup> В этом последнем контексте Эрлих предлагает тонкую и убедительную критику традиции отождествления права с волей суверена (И. Бентам, Дж. Остин и др.). Знания этой воли, равно как и вызвавших ее к жизни причин, понимания содержания и структуры правовых предложений, норм, высказываний, как доказывает австрийский мыслитель, оказывается совершенно недостаточно для понимания природы и механизма правового регулирования.<sup>28</sup> Принудительная сила государства отнюдь не объясняет того, почему люди подчиняются правовым предписаниям, — сила права заложена именно в коллективном опыте тех социальных союзов, в которых участвуют люди, в мощи социального давления, которое оказывают эти союзы на своих членов. Поэтому этому люди не находят «готовое» право в абстрактных нормах государственных союзов (которые мало чем отличаются от норм церкви, крестьянской общины, профсоюза и иных социальных союзов, также сопровождающих свои нормы теми или иными санкциями), а непосредственно формируют и воспроизводят его в практике взаимного общения. Это коллективно признанные правила социального поведения, сопровождаемые спонтанными коллективными санкциями, или, по терминологии Эрлиха, «живое право». Такое право существует в каждом социальном союзе — устойчивом порядке межличностного общения (коммуникации), стабильность которого зиждется на данных в коллективном социально-психическом опыте ценностях и правилах.<sup>29</sup>

Первостепенным значением для мыслителя обладают именно личный опыт восприятия, переживание и понимание права в перспективе участника, если воспользоваться более поздней терминологией Г. Л. А. Харта.<sup>30</sup> Но наряду с этой внутренней точкой зрения Эрлих подчеркивает значимость юридического сообщества, в рамках которого происходит доктринальное формирование понятий и толкование правовых норм (предложений, высказываний). В этом плане идеи Эрлиха не вмещаются в предложенную Хартом дихотомию внешней

<sup>26</sup> Кельзен Г. Основположение социологии права. С. 611–617.

<sup>27</sup> Антонов М. В. Социология права О. Эрлиха // Правоведение. 2008. № 6. С. 128–137.

<sup>28</sup> Ehrlich E. Grundlegung der Soziologie des Rechts. S. 134 usw.

<sup>29</sup> В этом смысле Эрлих полностью разделяет идеи своего современника Эмиля Дюркгейма о роли права как механизма, «символа» социальной солидарности, хотя при этом дистанцируется от холистского подхода французского мыслителя к пониманию общества (см. об этом: Антонов М. Connaître le lien social par le droit: Emile Durkheim, Eugen Ehrlich et Georges Gurwitsch // Être en société. Le lien social à l'épreuve des cultures. XVIII<sup>ème</sup> Congrès de l'AIISLF. Istanbul, 2008).

<sup>30</sup> Харт Г. Л. А. Понятие права. СПб., 2007. С. 56 и сл.

и внутренней точек зрения — вполне может оказаться, что юрист (как теоретик, так и практик) будет одновременно членом нескольких социальных союзов, участвуя сразу в нескольких сферах коллективно-психологического опыта.<sup>31</sup> Как убедительно показано в приводимой ниже неоконченной работе Эрлиха, нормы не существуют сами по себе, в отрыве от толкования, даваемого этим нормам правоприменителями, и поэтому здесь важна именно перспектива, в которой видят право юристы, а не теоретики или обыватели. Именно в расхождении различных перспектив видения права — теоретического у Кельзена и практического у Эрлиха — можно увидеть одну из причин возникшего между двумя учеными радикального интеллектуального конфликта.<sup>32</sup> Хотя расхождение этих перспектив не было необходимым — их границы весьма условны и наблюдатель вполне может занимать срединную, промежуточную позицию.<sup>33</sup> Поэтому неудивительно, что фактически между воззрениями обоих ученых можно найти больше сходств, чем различий (признание социальной эффективности как критерия правовой валидности во втором издании «Чистой теории права» и последующих работах Кельзена, равно как принятие Эрлихом роли и значения государственного права в развитии социального права).<sup>34</sup>

Беспрецедентный в исторической перспективе рост значения законодательного (официального, государственного) права в XIX в. обычно принято увязывать с политическими процессами, которые вели к построению централизованных государств, претендовавших на монополию правотворческой деятельности в обществе. Несомненно, эти процессы в немалой степени повлияли на причину подрыва традиционных устоев правового регулирования, стали стимулом для развития новых представлений о роли государства в правовой жизни общества. Тем не менее считать политические процессы единственной первоосновой тектонических подвижек в движении правовой материи общества соглашались далеко не все, поскольку наряду с развитием политических и правовых институтов общества существовали и интеллектуальные, культурные силы, которые наполняли силой и смыслом данные институты. Кажущаяся легкость правового регулирования посредством простого приказа суверена, которая воспринимается нами как данность в начале XXI в., далеко не казалась самоочевидной для современников тех глубоких перемен в правовой жизни Европы, что начались два столетия назад. Представления о всемогуществе законодателя, иллюзия возможности безграничного государственного контроля за правовой жизнью тогда воспринимались скорее как гиперболы, а сторонники этого строя мыслей (Джон Остин и др.) еще в XIX в. составляли подавляющее меньшинство среди правоведов. Тем не менее этот новый строй мысли постепенно набирал сторонников, одновременно вызывая реакцию среди тех правоведов, которым дороги были привычные метафизические схемы

<sup>31</sup> Tamanaha B. Realistic Socio-Legal Theory: Pragmatism and a Social Theory of Law. Oxford, 1997. P. 178; Ziegert K. A. The Sociology behind Eugen Ehrlich's Sociology of Law // International Journal of Sociology of Law. 1979. N 7. P. 245.

<sup>32</sup> Antonov M. History of schism: the debates between Hans Kelsen and Eugen Ehrlich // German Journal of Law. 2010. N 6 (в печати).

<sup>33</sup> Raz J. The Authority of Law: Essays on Law and Morality. Oxford, 1979. P. 153–157; Ziegert K. A. Eugen Ehrlich on State and Law // www.allacademic.com/meta/p116740\_index.html.

<sup>34</sup> Rehbinder M. Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich. 2. Aufl. Berlin, 1986. S. 102 usw.

юридического мышления и которые стремились «возродить» естественное право. Одновременно возникали группы ученых, которые стремились дистанцироваться одновременно и от скомпрометировавшего себя юснатурализма, и от сомнительного государственного интервенционализма, найти «объективную» основание для права в социальной жизни.

Та проблематика, которая в правоведении начала XX в. дискредитировалась под термином «социология права», в XIX в. заключала свое смысловое ядро в спорах об основании и механизмах действия обычного права и судебного правообразования. В целях перенесения дискуссии с Кельзеном из метафизического (а основания Кельзена в метафизическом характере положений его теории составляли основной стержень ответной критики Эрлиха в 1915–1916 гг.) в практическое русло, в данной работе Эрлих прилагает усилия для того, чтобы показать, как его концепция помогает ответить на вопросы, хорошо знакомые немецким (немецкоговорящим — здесь и далее мы употребляем эти термины как равнозначные) правоведом. В первую очередь речь шла о вопросах обоснования судебного правообразования, действия обычного права и устранения пробелов правового регулирования. Тут аргументация Эрлиха основывалась на уже неоднократно обсуждавшихся положениях правовой науки XIX в., которые австрийский правовед либо вскользь упоминает как самоочевидные, либо из которых в ряде мест своей работы исходит по умолчанию. С учетом важности понимания контекста представляемой работы и с учетом того, что в современной правовой науке идеи немецкой юриспруденции XIX в. уже основательно позабыты, мы схематично перечтем тут круг идей, из которого в своих построениях исходил Эрлих.

Первая связанная научная концепция обоснования обязывающей силы права, свободная от юснатуралистических презумпций и далекая от статистского подхода, может быть найдена в тезисах исторической школы права, когда Пухта, Савиньи и их сторонники выступили против попыток привести тогдашнее немецкое право в согласие с «духом времени», который сторонники широкой законодательной регламентации видели во французской юридической технике. Именно поэтому законодательному порыву Савиньи решил противопоставить объективные закономерности развития народа — мысль, которую он облек в концепцию «народного духа». Данная концепция исходила из единства духовных, психологических переживаний народа, его исторической памяти, общности целей и развития.<sup>35</sup> Все это в совокупности обозначало существование другой мысленной абстракции — общенародного убеждения, общей народной воли, которая и является первопричиной возникновения права и его силы в обществе. В этом смысле применение обычного права служило первичным индикатором состояния правовой жизни общества, на которое следовало равняться законодатель и правоведом. Создаваемые ими соответственно законы и право юристов являются лишь вторичными, искаженными проявлениями непосредственной правовой жизни общества, хотя в отличие от Савиньи его последователь Пухта уже более сильно акцентировал значение государства в формировании права.<sup>36</sup>

<sup>35</sup> Savigny F.-C. Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Berlin, 814.

<sup>36</sup> Puchta G. 1) *Gewohnheitsrecht*. Bd. 1–2. Erlangen, 1828–1837; 2) *Über die Perioden in der Rechtsgeschichte*. Leipzig, 1823.

Еще четче данная мысль через пару десятилетий была обозначена Карлом Безелером, предложившим разделять народное право, выражающее обычай в его непосредственной форме, данной в народной психологии, и право юристов, в котором обычай в профессиональном правосознании юристов облекался в форму прецедентов, юридических казусов, догматических конструкций.<sup>37</sup> Не предполагая ставить вопрос об обязывающей силе права в ракурсе рассуждений о бесспорной императивности приказа суверена, Карл Вангеров,<sup>38</sup> а за ним Бернгард Виндшейд, Алоиз Бринц<sup>39</sup> и другие ведущие правоведы середины XIX в. предложили искать основание действия права в общем мнении народа, *opinio lecesitatis*, природа которого, правда, по-разному трактовалась каждым из теоретиков. Разброс мнений был достаточно широким — от правового убеждения до правового чувства и сознания.<sup>40</sup> Тем не менее их объединяло стойкое неприятие метафизической концепции народного духа, духовного общения, из которой продолжатели идей Пухты и Савиньи пытались вывести существо правового регулирования. Удачная критика этой концепции в середине XIX в. была сформулирована Рейнгольдом Шмидом, который исходил из понимания права как результата сознательного регулирования отношений самими заинтересованными субъектами (*Betheiligte*). По его мнению, как обычное, так и позитивное право имеют своим источником привычку людей возводить в норму те действия, которые первоначально воспроизводятся и повторяются исключительно в силу их презюмируемой целесообразности.<sup>41</sup> Менее удачной, но все же показательной была критика Фридриха Шталя, находившего причину фактической действительности обычного и любого другого права в силе объективного миропорядка, который устанавливается Божеством и воспринимается как данность участниками правового общения.<sup>42</sup> Следуя традициям рационализма, Франц Адикес утверждал, что сила права и источник его принудительности могут лежать только в сознании индивидов, в их стремлении связать себя и своих окружающих обязательствами.<sup>43</sup> Этим идеям вторит Август Штурм, находящий обязывающую силу права в чувстве связанности (*Gefühl des Gebundenseins*), которое рождается у субъектов права при встрече с фактическим строем общественных отношений, возникающим вследствие борьбы социальных интересов и их разумного уравнивания.<sup>44</sup>

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

<sup>37</sup> Beseler K. *Volksrecht und Juristenrecht*. Leipzig, 1843.

<sup>38</sup> Vangerow K. A. *Lehrbuch der Pandekten*. Leipzig, 1838.

<sup>39</sup> Windscheid B. *Lehrbuch des Pandektenrecht*. Bd. 1. Frankfurt/M., 1875; Brinz A. *Lehrbuch der Pandekten*. Bd. 1. Erlangen, 1857.

<sup>40</sup> Rümelin M. *Rechtsgefühl und Rechtsbewusstsein*. Tübingen, 1925.

<sup>41</sup> Schmid R. *Theorie und Methodik des bürgerlichen Rechts*. Tübingen, 1848.

<sup>42</sup> Stahl F. J. *Philosophie des Rechts*. Heidelberg, 1856.

<sup>43</sup> Adickes F. *Zur Lehre von den Rechtsquellen*. Cassel, 1872.

<sup>44</sup> Sturm A. *Der Kampf des Gesetzes mit der Rechtsgewohnheit*. Cassel, 1877.

преследующих свои субъективные интересы и тем самым созидающих общий объективный интерес. Такая самостоятельная деятельность субъектов права предполагает некую цель права, схватывание этой цели правовым чувством субъектами и сознательное закрепление этой цели в нормах объективного права. Правовое чувство, как схватывание и осознание своего интереса, оказывается схожим с чувством моральным, и в этом отношении Иеринг предлагает разграничение между правом и моралью по характеру и интенсивности переживаемых эмоций<sup>45</sup> — идея, которая впоследствии будет воспринята и развита Эрлихом. Через несколько лет Иеринг уже склоняется к рассмотрению принудительной силы права в институциональном аспекте как действия общественных органов, создающего давление на лиц с отклоняющимся от нормы поведением.<sup>46</sup> При этом Иеринг не связывал такое институциональное принуждение именно с действием аппарата государства и допускал иные источники социально-правового давления на поведение субъектов, агрегированное действие которых образует «нормативную силу фактического», нормирующую поведение индивидов.

Общим моментом критики воззрений исторической школы являлись нападки на предположение о существовании некоего коллективного субъекта, чьи мысли, чувства, сознание якобы превосходили мысли, чувства, сознание каждого из индивидуальных членов общества. Наиболее решительно против подобных философских спекуляций выступил Эрнст Цительман,<sup>47</sup> который продемонстрировал тщетность поиска такого коллективного сознания в понятиях «нация», «общество», «народ». Даже общее убеждение отдельных членов общества еще не приводит к созданию какого-либо права, поскольку в силу природной разобщенности индивидов их мысли, действия, побуждения необходимо разнонаправлены, а в тех случаях, когда они выражаются примерно в тех же самых направлениях, эти индивидуальные проявления воли никогда не обнаруживают постоянства и периодичности, нужных для формирования норм.<sup>48</sup> Поэтому поиск первопринципов и механизмов действия обязывающей силы права Цительман объявляет бесперспективной задачей, неизбежно ведущей в лабиринты метафизики; по мнению немецкого ученого, достаточно путем эмпирической индукции установить факт действия права и работать с этим фактом. Здесь мы уже встречаемся с рудиментарной программой социопсихического исследования действия права, которая будет впоследствии подробно разработана представителями социологической юриспруденции и правового реализма. Так, Цительман полагает, что юридические нормы образуются благодаря психологическому механизму привыкания. Определенные обстоятельства обычно ставят индивида в положение, в котором ему приходится действовать именно так, а не иначе. Регулярное повторение таких обстоятельств и связанных с ними действий приводит человека к осознанию закономерности данной связи. Следом за таким осознанием появляется ощущение связанности обязанности

совершать (или не совершать) некие действия при неких обстоятельствах. В этом корень моральных и правовых норм. Тем самым Цительман развивает предложенную Иерингом конструкцию «нормативной силы фактического» и демонстрирует психологически врожденное человеку стремление придавать фактам нормативное значение, а само право ученый возводит к действию механизма психологических ассоциаций.

Схожим идеям следовал и знаменитый немецкий правовед Георг Еллинек. Невозможность ввести исследование обязательной силы правовой нормы в рамки причинно-следственного анализа действия того или иного фактора Еллинек обосновывал субъективным характером правового убеждения, которое служит мотивом выбора для каждого субъекта права и, в свою очередь, основывается на стойких психологических установках человека относительно своих фактических действий. Развивая до уровня научной концепции заложенную Иерингом идею «нормативной силы фактического», Еллинек констатирует, что человеку свойственно рассматривать то, что его постоянно окружает, в качестве нормативного критерия оценки происходящих вокруг него событий, осмысления этих событий как «нормальных» или «отклоняющихся от нормы».<sup>49</sup> Эта сила фактического нормирует человеческие отношения практически во всех областях культуры, включая сферы правовой и этической регламентации. Длительное осуществление единообразного поведения возводит его в ранг нормы — именно названная черта человеческого поведения практически во всех областях культуры, включая сферы правовой и этической регламентации. Длительное осуществление единообразного поведения возводит его в ранг нормы — именно названная черта человеческого поведения практически во всех областях культуры, включая сферы правовой и этической регламентации. Длительное осуществление единообразного поведения возводит его в ранг нормы — именно названная черта человеческого поведения практически во всех областях культуры, включая сферы правовой и этической регламентации.

Еще ближе к социологическому обоснованию валидности правовых норм подошел Эрнст Рудольф Бирлинг, который предлагал обратить внимание на факт признания нормы членами той или иной социальной общности в качестве мотивов поступков. Человек может следовать норме, поскольку он знает о ее принудительности либо поскольку признает ее обязывающий характер. Эта теория признания (*Anerkennungstheorie*), по мнению Бирлинга, дает ключ к пониманию первоисточников происхождения и действия права в обществе. Признание в этом аспекте может быть либо добровольным, когда индивид своим выбором решает следовать некоему стандарту поведения, либо непроизвольным, когда индивид подчинен норме из-за давления на него со стороны других членов его группы.<sup>51</sup> В этом же духе Рудольф Штаммлер считает, что действительность права отличается от действия прочих социальных регуляторов за счет принудительности и что эта характеристика права не просто сводится к возможности осуществить принуждение к неподчиняющимся, а составляет объективное свойство права, принуждающее членов общности действовать согласно нормам права вне зависимости от мнений и договоренностей этих лиц.<sup>50</sup> Эта отличительная характеристика права, позволяющая отделить императивное правовое регулирование от конвенционального, не означает,

<sup>49</sup> Еллинек Г. Право современного государства. СПб., 1903. Т. 1.

<sup>50</sup> См. также: Еллинек Г. Общее учение о государстве. СПб., 1908.

<sup>51</sup> Bierling E. R. Juristische Prinzipienlehre. Freiburg; Leipzig, 1894. Bd. 1. — Критику других современных теорий с позиции теории признания также см.: Bierling E. R. Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe. Gotha, 1883.

<sup>50</sup> Штаммлер Р. Хозяйство и право с точки зрения материалистического понимания истории. СПб., 1907. Т. 1—2.

<sup>45</sup> Jhering R. Geist des römischen Recht auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Leipzig, 1852—1854. Bd. 1.

<sup>46</sup> Jhering R. Der Zweck im Recht. Leipzig, 1872. Bd. 1.

<sup>47</sup> Схожую критику развивали Генрих Дернбург (см., напр.: Dernburg H. Das bürgerliche Recht des Deutschen und Preussens. Halle, 1898. Bd. 1) и русский правовед Ю. С. Гамбаров (Гамбаров Ю. С. Курс гражданского права. СПб., 1911. Т. 1. С. 214 и сл.).

<sup>48</sup> Zitelmann E. Irrtum und Rechtsgeschäft. Leipzig, 1879.

произвольности правовых предписаний. Признаком права в данном случае будет желание устанавливающего норму лица самому быть ею связанным, признавание нормотворцем (которым может быть как отдельное лицо, так и собрание представителей либо весь народ в целом) своей обязанности следовать этой норме. Из этого признания, по мнению Штаммлера, презюмируется признание нормы и остальных членами правовой общности — такое признание конструируется как конститутивное для самого существования этой общности. Здесь, разумеется, имеются в виду первоначальные способы возникновения права, из которых выводятся действие последующих норм, их обязывающая сила.

Отто фон Гирке в некоторой степени подталкивает развитие представленной об обязывающей силе права в XIX в. Создавать право может в своей деятельности ограниченного господства и подчинения. Данные отношения основаны на общем убеждении, *opinio necessitatis*, которое относится основному жизненному кругу лиц, принимающих участие в регулировании. Это общее убеждение производит объективные правовые нормы, которые проявляются как императивные указания, связывающие индивидуальные волевые проявления и руководящие ими. Вместе с тем такое правовое убеждение должно восприниматься именно как общее для данного общества. То, что называется правом юристов и судебным правом, этому требованию не отвечают. Лишь с течением времени единообразное и последовательное применение судами тех или иных правил создает прецедент как источник права, а правовая доктрина также только с течением времени вводит в народное убеждение некие идеи, которые таким образом становятся *opinio necessitatis*.<sup>53</sup>

Таким образом, к началу XX в. в немецкой юриспруденции сложились несколько подходов к объяснению валидности, основания обязательности права.

Одни ученые принципиально воздерживались от поиска «метаисточников» права, от установления зависимости действия права от определенных социальных явлений. Действительность права здесь устанавливается исключительно путем указания на фактическое и систематическое применение тех или иных норм.

Другие мыслители к этому признаку (фактичность и систематичность признания) присовокупляли также и второй — общее правовое убеждение (*opinio necessitatis*), которое служит базой для формирования последовательной практики применения норм.

Ряд исследователей полагали, что основным признаком действительности правовой нормы является ее санкционирование (через применение) юрисдикционными органами.

Наконец, еще одна группа ученых придерживалась мнения о том, что единственным реальным признаком действительности нормы права является ее санкционирование законодателем (*Gestattungstheorie*). Характерным представителем этого хода мысли был Карл Биндинг, который видел в праве лишь проявление воли законодателя и в зависимости от этого предлагал все право делить на установленное и неустановленное. Установленное право (*das gesetzte Recht*) является прямым выражением этой воли, собственно законом. Неустановленное право (*ungesetztes Recht*) указывает на волю того же самого

законодательствующего субъекта (народа, монарха и т. п.), которая не получила закрепления в текстах законов, но которая может быть обнаружена путем толкования или аналогии. С этой точки зрения, в тех случаях, когда судья заполняет пробел законодательства при разрешении конкретного дела, он не имеет дело с общей волей или общим убеждением, не с фактической структурой социального контроля, а всего лишь проецирует волю законодателя на неохваченный писаным правом участок общественных отношений. Биндинг указывает на несколько способов, которыми судья может вывести, установить, презюмировать волю законодателя — от анализа принципов законодательства до конструкции молчаливого согласия законодателя в тех случаях, когда закон не запрещает определенных отношения или же целенаправленно дистанцируется от правового регулирования в эту сферу. Эта концепция перекочевала с известными изменениями и в советскую правовую теорию, а через нее и в современное российское правоведение. Именно к этой группе воззрений и примкнул Ганс Кельзен, и именно на этой почве и развернулась полемика между двумя учеными. Возражая формалистской позиции Кельзена, Эрлих предлагает не ограничивать анализ действия права логическими связями норм и исследовать механизм правового воздействия через правосознание индивидов и социальных групп.

С этой точки зрения, исследование правосознания (как профессионального, так и обыденного) оказывается для Эрлиха основным источником знания о праве. Напомним, что после неудачного опыта организации эмпирических исследований правовой жизни народов Буквины Эрлих поставил под вопрос саму эвристическую ценность таких исследований.<sup>54</sup> В работе о судебском право творчестве мыслитель вновь возвращается к этой проблематике. Прямо не формулируя новую программу эмпирических исследований профессионального правосознания, он достаточно ясно указывает на полезность подобных исследований. Причем наряду с обычной для его работ критикой догматического правоведения австрийский ученый указывает на недостаточность и неконкретность данных также и исторической юриспруденции — ведь они дают лишь материал для общих рассуждений о праве, но неспособны объяснить, что же является правом в конкретном социальном союзе. Этим Эрлих, очевидно, пытается уравновесить тенденцию к метафизике, которая достаточно четко проявилась в «Основоположении социологии права».<sup>55</sup> Остается лишь сожалеть, что эта новая тенденция к построению эмпирической социологии профессионального правосознания так и не была развита в трудах мыслителя, а третья часть социолого-правовой трилогии осталась незавершенной. Вместе с тем высказанные в этой незавершенной работе идеи оказались весьма актуальными в свете последующего развития теоретического знания о праве в XX в. Попытка понять юридические факты не только как «социальные вещи» в духе Дюркгейма, а как вербально оформленные «интеллектуальные образы» (*gedankliche Gebilde*) права до настоящего времени остается одной из плодотворнейших идей социологического подхода к праву.<sup>56</sup>

<sup>54</sup> Антонов М. В. У истоков социологии права: О. Эрлих. С. 575–576.

<sup>55</sup> Антонов М. В. Социология права О. Эрлиха. С. 135–137.

<sup>56</sup> Rottleuthner H. Rechtstheorie und Rechtssoziologie. Freiburg; München, 1981. S. 172 usw.

<sup>53</sup> Gierke O. Deutsches Privatrecht. Leipzig, 1895. Bd. 1.