

ОЙГЕН ЭРЛИХ: ЖИВОЕ ПРАВО ПРОТИВ ПРАВОВОГО ПЛЮРАЛИЗМА?

М. В. АНТОНОВ*



Антонов Михаил Валерьевич,
кандидат юридических наук,
доцент кафедры теории
и истории права и государства
юридического факультета
НИУ «Высшая школа экономики»
(Санкт-Петербург)

В настоящей статье автор ставит вопрос о месте социологии права Эрлиха в контексте современных дебатов о правовом плюрализме. По мнению автора, правовой плюрализм в современной интерпретации сконцентрирован на противопоставлении права государства праву общества. Такое дуалистическое воззрение на право было чуждо Эрлиху, который считал, что право всегда проявляется как единое социальное целое, хотя и состоит из множества социальных порядков. Концептуально право может быть разделено на две логические общности: официальное право (право государства и юристов) и живое (социальное) право. Также Эрлих не соглашался с идеей о возможности возведения фактического обычая в ранг правовой нормы — для этого дополнительно необходима творческая работа юристов. С этой точки зрения положения антропологической юриспруденции, склонной под лозунгом правового плюрализма включать в категорию права все социальные нормативные регуляторы, не укладываются в канву социолого-правовой теории Эрлиха.

Причисление Эрлиха к основоположникам правового плюрализма не бесспорно, поскольку сам правовой плюрализм не является единым научным движением, а многие тезисы плюралистов противоречат научной позиции Эрлиха. Этот мыслитель был далек от принижения роли закона и судопроизводства в правовой действительности, что иногда характерно для теоретиков правового плюрализма.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: Эрлих, социология права, живое право, фактичность, правовой плюрализм, нормативность, государство, социальные союзы, общество, правовое государство, антропология права.

ANTONOV M. V. EUGEN EHRLICH: LIVING LAW VS. LEGAL PLURALISM

In this article the author questions the role of Eugen Ehrlich's sociological jurisprudence in contemporary debates about legal pluralism. In the author's opinion, the

* Mikhail Antonov — PhD, Associated Professor of the Department for Theory and History of Law and of State at Law Faculty of National Research University "Higher School of Economics", Saint Petersburg

© М. В. Антонов, 2013

E-mail: mich.antonov@gmail.com

modern legal pluralism is too much focused on opposing the state law to the social law. This dualist understanding of law was not typical for Ehrlich who considered that law always manifests itself as a unified social integrity, though it consists of many social orders. Law can be conceptually divided into two logical categories: official law (the law of a state and lawyers) and living (social) law. Neither was Ehrlich inclined to advocate for mechanical transformation of facticity into normativity — this requires additional creative work of lawyers. From this point of view, it is not practicable to use Ehrlich's socio-legal theory for justification of the project of anthropological jurisprudence to include all normative systems of social regulation in the category of law under the slogan of legal pluralism. Citing Ehrlich as one of the founding fathers of legal pluralism is not undisputable because legal pluralism itself is not a unified scientific doctrine, and many assertions of legal pluralists contradict Ehrlich's scientific position. Ehrlich was not inclined to undermine the role of law and judiciary in legal reality, which sometimes is typical for some legal pluralists.

KEYWORDS: Ehrlich, sociology of law, living law, facticity, legal pluralism, normativity, state, social unions, society, law-bound state, legal anthropology.

Введение. Созданную Ойгеном Эрлихом концепцию живого права принято рассматривать как противовес «мертвому», официальному праву, как попытку теоретически отстранить государство от создания права.¹ Эрлиху так и не удалось убедить своих современников в неправильности такой трактовки его социологии права.² Подобная интерпретация его учения нередко воспроизводится в современной научной литературе. Эрлиховская концепция «живого права» часто представляется как идея о том, что нормы образуются непосредственно в межличностном общении. Норма не есть результат соглашения между людьми, не продукт воли властителя, не способ согласования интересов, а стройный мирный порядок ассоциаций людей, внутренняя фактическая упорядоченность жизни социальных союзов — в таком виде идея живого права описывается критиками Эрлиха, начиная с Г. Кельзена и кончая современными исследователями. В качестве априорного принципа эрлиховской социологии права понимается фактическая солидарность между людьми, термин «право» при этом атрибутируется всему тому, что упорядочивает поведение людей.³ Этот строй идей в современной юридической литературе обычно обозначается как «правовой плюрализм», его дефекты и слабости уже давно являются предметом обсуждения среди правоведов.

¹ Об этом, к примеру, пишет Ганс Кельзен в своей полемике с Эрлихом (*Кельзен Г. Основоположение социологии права // Эрлих О. Основоположение социологии права. СПб., 2011. С. 623–630*). На противоположность между живым и официальным правом обращают внимание Г. Д. Гурвич и Н. С. Тимашев, делая это противопоставление объектом своей критики (*Гурвич Г. Д. Теория источников права Ойгена Эрлиха и идея социального права // Там же. С. 653–666; Тимашев Н. С. Рецензия // Там же. С. 667–672*). С этой позицией согласна В. В. Лапаева: «Эрлихом была сформулирована основная идея социологического типа правопонимания, суть которой заключается в том, что правом являются не писанные нормы законов, а нормы, реально действующие в социальной практике» (*Лапаева В. В. Типы правопонимания: правовая теория и практика. М., 2012. С. 63*).

² *Rehbinder M. Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich. 2 Aufl. Berlin, 1986. S. 119 usw.*

³ *Webber J. Naturalism and Agency in the Living Law // Hertogh M. (ed.). Living Law: Reconsidering Eugen Ehrlich. Oxford, 2009. P. 201–221.*

Некоторые признаки данного строя представлений о праве присутствуют и на страницах «Основоположения социологии права»,⁴ в связи с чем его автора обычно причисляют к первопроходцам теории правового плюрализма. Но отождествление Эрлиха с этим направлением не может быть безусловным, поскольку, как мы попытаемся показать ниже, этот мыслитель отнюдь не пытался стереть границы между правом и иными социальными регуляторами, а его социология права зиждется на совершенно иных методологических основах, чем современные англо-американские теории правового плюрализма. Социальный анархизм (в смысле надежды на спонтанный порядок, обнаруживающийся в рациональной самоорганизации общества⁵), к которому приводит последовательный правовой плюрализм, содержательно противоречит тому воззрению на право, которое защищал Эрлих. Этот мыслитель был далек от отождествления права с фактическим поведением, с существующей в социуме системой власти и подчинения.

Действительно ли Эрлих был настолько недалек, что не замечал значения роли властных социальных институтов и официального права (законодательства) в правовой жизни? Можем ли мы рассматривать концепцию австрийского мыслителя, да и любую социологическую теорию права как необходимо влекущую принижение или даже отрицание значения официального права, роли государства в правовой жизни? Подобных заявлений на страницах работ австрийского правоведа нет, они атрибутируются Эрлиху его критиками, пытающимися «развить» социологические идеи мыслителя о праве до их «логического» конца. Но эта «логика» весьма сомнительна, а Эрлих превосходно понимал, что официальное право может выражать и даже предвосхищать потребности правового развития отдельных обществ.

Прочтение некоторых отрывков из «Основоположения социологии права» может вправду оставить такое впечатление, поскольку в этом своем центральном труде мыслитель сосредоточивается на изучении обычного права, истории права (римское, средневековое английское и германское право), не уделяя официальному праву сколько-нибудь значимого места, если и упоминая его, то только для демонстрации того, что оно не решает всех вопросов юридической жизни или в контексте протеста против возведения закона в ранг важнейшего или даже единственного источника права. Но насколько центральный труд этого австрийского мыслителя выражает его социолого-правовую теорию? Имеет ли ценность концепция Эрлиха не только для философов и социологов, интересующихся «мягким» и «этнографическим» правом, но и для практикующих юристов, судей, правоприменителей, работающих с правовыми нормами? Именно этим двум вопросам (на первый из которых мы отвечаем отрицательно, а на второй — положительно) и будет посвящена настоящая статья, подготовленная

⁴ Эрлих О. Основоположение социологии права. СПб., 2011. — Здесь и далее эта работа сокращенно называется «Основоположение».

⁵ Типичным представителем подобного анархизма является известный экономист Фридрих фон Хайек, который, наряду с собственно экономическими сюжетами, рассматривал на страницах своих произведений и философско-правовые вопросы (ср.: Хайек Ф. Право, законодательство и свобода: Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики. М., 2006). Классическим примером критики этого подхода является статья Лона Фуллера (*Fuller L. L. Human Interaction and the Law // American Journal of Jurisprudence. 1969. N 1. P. 1–36*).

к юбилею Ойгена Эрлиха,⁶ где мы попытаемся также оценить перспективы его социолого-правовой концепции для развития учений о правовом плюрализме.

Правовой плюрализм Эрлиха: живое право против закона? Термин «правовой плюрализм» обычно ассоциируется с идеей о том, что государство не обладает монополией на создание и применение права, что наряду с государственным правом в обществе существует множество других источников норм, которые обязывают людей к определенному поведению и выполняют ту же самую функцию, что и создаваемые государством правовые нормы *stricto sensu*.

Вопрос о плюрализме источников права в обществе был поставлен в общих чертах развитием социального знания на рубеже XIX–XX вв. Наряду с Эрлихом, этот вопрос изучал основатель современной социологии Эмиль Дюркгейм, проблематика видов социального контроля тщательно исследовалась Брониславом Малиновским; Роско Паунд, Карл Ллевеллин и другие американские реалисты задавались целью исследовать правовые порядки, составляющие конкуренцию праву государства. Нельзя не упомянуть и Г. Д. Гурвича с его идеей социального права как движущей силы правового развития, с его подробной классификацией типов и видов права (социального, официального и др.). Если Эрлих и заявляет о том, что функция права заключается в упорядочивании социального общения и что в обществе существует множество правовых порядков, то он выражает представление, общее целой группе «социологически» настроенных мыслителей той эпохи. Это представление позволяет шире взглянуть на роль права в социальной жизни, но оно не дает возможности выйти за пределы общих рассуждений о связи права, культуры и общества, сформулировать новое определение права. Эти недостатки несет в себе и социологическая теория права Эрлиха, изложенная в «Основоположении»,⁷ хотя взятая в ее тематическом единстве научная программа этого австрийского правоведа гораздо глубже поверхностных рассуждений о независимости права от государства. О чем, собственно, и пойдет речь ниже.

После того как Джон Гриффитс, Салли Мерри и несколько других социологов и правоведов в середине 80-х годов прошлого века задались целью ввести рассуждения о правовом плюрализме в русло научной теории,⁸ эта теория претерпела изменения, но при этом сохранила свой

⁶ 2 мая 2012 г. исполнилось 90 лет со дня смерти этого гениального правоведа; 14 сентября 2012 г. мы отмечаем 150-летнюю годовщину рождения Эрлиха; 25 декабря 2012 г. исполнилось 100 лет со дня завершения Эрлихом его центральной работы — «Основоположения социологии права».

⁷ Антонов М. В. Социология права Ойгена Эрлиха // Правоведение. 2008. № 6. С. 128–137.

⁸ Джон Гриффитс в программной для этого движения статье определяет правовой плюрализм как ситуацию, когда в обществе есть более чем одна система права (*Griffiths J. What is Legal Pluralism? // Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law. 1986. N 24. P. 1*), либо как такое «состояние, в котором поведение человека подчиняется более чем одному правовому порядку» (*Ibid. P. 2*). В принципе, такая направленность дефиниций (при всех концептуальных и терминологических различиях) сохраняется и поныне. В качестве примера можно привести попытку бразильского постмодерниста Б. Сантоса определить правовой плюрализм через категорию «пористость» (*porosity*) или «межьюридичность» (*interlegality*), которая обозначает взаимопереплетение нескольких правовых порядков — ни каждый из них, ни все они вместе взятые не способны полностью охватить и урегулировать правовую жизнь, в то же время эти правовые порядки накладываются друг на друга, взаимопроникают друг в друга (см.: *Santos B. S. Towards a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition. London, 1995. P. 117ff*).

основной антиэтатистский мотив. Вкратце напомним идеи Гриффитса. Опираясь на теорию «полуавтономных полей»⁹ социальной действительности (сформулированную американским социологом Салли Мур, парфразировавшей идею Карла Мангейма об «автономных полях»), он попытался рассмотреть право как множество таких полуавтономных полей, каждое из которых может претендовать на подчинение своим требованиям поведения индивида (или группы). Человек может принадлежать сразу нескольким ассоциациям, группам, кастам — и каждое из этих полей вырабатывает свои механизмы социальной связи, группового единства — всего того, что человек воспринимает как обязательное, как связывающее его поведение извне (не по мотивам только внутренних убеждений). Центральной задачей так понимаемого правового плюрализма для Гриффитса была борьба с идеей, «согласно которой право существует только в единственном числе, только как некое единство, как исключительный иерархический нормативный порядок, зависящий от государственной власти».¹⁰ Такую борьбу можно вести двумя способами. С одной стороны, через допущение того, что наряду с официальным правом существует и право неофициальное, т. е. множество правовых порядков, конкурирующих с правовым порядком государства (плюрализм в строгом смысле слова), с другой — через признание того, что существуют различные нормативные порядки, которые могут обрести статус правовых после их интеграции в государственный порядок (плюрализм в слабом смысле). Истинным правовым плюрализмом является для Гриффитса только плюрализм в строгом смысле.¹¹

В этом отношении вопрос сводился к доказательству схожести и аналогичности государственного и негосударственных правоупорядков. Такой подход быстро показал свою контрпродуктивность, поскольку даже если будет доказана возможность атрибуции термина «право» для обозначения неофициальных нормативных регуляторов (вплоть до признаваемого Эрлихом «воровского права»), то это не приведет к одновременному доказыванию тождественности содержания и функций права государства и права иных социальных союзов. То, что правовая жизнь протекает не только в кабинетах законодателей и судей, но также в социальных союзах, в жизни простых людей, не доказывает равнозначности социального

⁹ Под которыми понимаются такие области социальной действительности, которые «способны создавать свои правила и обычаи, но в то же время могут подвергнуться воздействию правил, решений и иных проявлений силы со стороны более широкого социального поля, окружающего их» (*Moore S. F. Law and Social Change: The Semi-Autonomous Field as an Appropriate Subject of Study // Law and Society Review. 1973. N 7. P. 719–746*).

¹⁰ *Griffiths J. What is Legal Pluralism? P. 5.*

¹¹ См. удачную критику этого деления в плане «наивности» воззрений на государство как на отделенную от общества самодовлеющую «монологичную» систему, характеризующуюся организационным и структурным единством, в статье И. Шахара (*Shahar I. State, Society and the Relation Between Them: Implication for the Study of Legal Pluralism // Theoretical Inquiries in Law. 2008. N 2. P. 417–441*). Автор удачно подмечает размытость границ государства и пределов его регулирования, конфликты между центром и регионами, между разными органами власти, что в совокупности не позволяет рассматривать государство как самостоятельное единство, стоящее над обществом (*Ibid. P. 428–430*). Конкуренция между разными органами государства, которые могут опираться на разные, противоречащие друг другу источники права, была изучена применительно к государственному аппарату скандинавских стран и получила название «юридический полицентризм» (ср.: *Petersen H., Zahle H. (ed.). Legal Policentricity: Consequence of Pluralism in Law. Aldershot, 1995*).

и официального права. С этой точки зрения, основной задачей австрийского мыслителя было привлечение внимания юристов к параллельным социальным процессам, сопровождающим создание и применение официального права. Одним из аргументов в пользу этого была возможность дерогации тех норм права государства, которые теряли социальную действенность (эту возможность не отрицали и такие теоретики нормативизма, как Кельзен). Возможно, некоторые пассажи «Основоположения» свидетельствуют о слишком рьяной критике самодостаточности права государства (о причинах см. ниже), но ни в этой, ни в других работах Эрлиха нельзя найти прямого противопоставления государственного и социального (живого)¹² права в плане их юридической силы и действительности.

Самым известным критиком концепции правового плюрализма был и остается американский правовед Брайан Таманаха, который подвергает сомнению эту концепцию за невозможность четко отграничить фактическое от нормативного, за смешение права с другими нормативными порядками. По мнению этого мыслителя, связь права с особым видом социальных институтов публичной власти (государство или аналогичная структура) является сущностным критерием, отличающим право от иных социальных регуляторов, и попытка пренебречь данной связью неизбежно заканчивается синкретизмом.¹³ Основной вопрос для правового плюрализма — это вопрос о наименовании, которое следует дать нормам и правилам, создаваемым и применяемым помимо государства.¹⁴

С течением времени в теории правового плюрализма начали появляться нюансированные деления, авторы которых стремились выделить разные направления этой теории и тем самым избежать синкретизма, в котором их упрекали критики. Так, Давид Нелкен предлагает разграничивать изучение правового плюрализма в контексте процедур внесудебного урегулирования споров («порядок без права»), децентрализации правотворчества («право помимо закона») и правотворческой деятельности негосударственных сообществ («право без государства» или «приватизация права»)¹⁵. Эрлиховскую социолого-правовую концепцию Д. Нелкен

¹² Эти термины мы вслед за О. Эрлихом используем как синонимичные применительно к описанию идей этого мыслителя.

¹³ *Tamanaha B. The Folly of the 'Social Scientific' Concept of Legal Pluralism // Journal of Law and Society. 1993. N 20. P. 192–217.* — Нетрудно заметить, что основные мотивы критики Таманахи те же самые, что в свое время руководили Кельзеном в его нападка на эрлиховскую социологию права (см. ниже). Вместе с тем Таманаха (как и Кельзен) далек от того, чтобы пренебрегать социальной природой права и его неразрывной связью с моралью, обычаем и иными нормативными порядками общества; его возражения носят преимущественно концептуальный характер — критика плюрализма за необоснованное расширение объема понятия «право» (ср.: *Tamanaha B. A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism // Journal of Law and Society. 2000. N 27. P. 296–321*). Аналогичную критику можно найти и у Гюнтера Тойбнера (*Teubner G. Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism // Cardozo Law Review. 1992. N 13. P. 1443–1462*).

¹⁴ Что лишено смысла хотя бы из соображений единства словоупотребления (см.: *Tamanaha B. The Folly of the 'Social Scientific' Concept of Legal Pluralism. P. 192*). Достоин внимания и другой аргумент — государственное право утверждает место и значение всех остальных правовых явлений, по меньшей мере, через вовлечение соответствующих явлений в общий правовой дискурс: через квалификацию таких явлений в качестве правовых в законах, решениях судов, доктринальных мнениях (*Roberts S. Against Legal Pluralism // Journal of Legal Pluralism. 1998. N 42. P. 95ff*).

¹⁵ *Nelken D. Eugen Ehrlich, Living Law, and Plural Legalities // Theoretical Inquiries in Law. 2008. Vol. 2. N 2. P. 443–471.* — При этом Нелкен небезосновательно отмечает,

рассматривает преимущественно в контексте идеи «приватизации права», т. е. описания процессов зарождения и развития права в социальных ассоциациях, особенно в группах этнических меньшинств. Такое освобождение концепции Эрлиха от несвойственной ей коннотации «право без закона» или «порядок без права» позволяет объяснить позицию австрийского правоведа в споре с Г. Кельзеном. В предмет «Основоположения» попросту не входили вопросы, с которыми была связана критика Кельзена, — проблематику «право без закона» Эрлих затронет уже в двух последующих своих работах о юридической догматике и судебском нахождении права.

Мы не будем вдаваться в подробности современных споров о правовом плюрализме,¹⁶ и обратимся к краткой характеристике спора о роли Эрлиха в развитии теории правового плюрализма. Этот спор был инициирован статьей Гюнтера Тойбнера «Глобальная Буковина»,¹⁷ в которой этот мыслитель попытался оценить значение социологии права Эрлиха для объяснения современных явлений глобализации права. В качестве признаков такой глобализации Тойбнер назвал децентрализацию правовых порядков в западных обществах: профессиональное и локальное самоуправление, право транснациональных корпораций, международных юридических фирм, права человека в интерпретации различных негосударственных организаций и т. п. По убеждению Тойбнера, эти правовые регуляторы развиваются независимо от государства и его права; для описания этих регуляторов не подходят термины и концепции, взятые из традиционной теории права и государства; эти регуляторы постепенно будут получать защиту политических институтов, которые, в свою очередь, будут развиваться в формах, не похожих на ту форму государства, которую принято называть «Вестфальской». В результате новое глобальное право приведет к формированию в мире новой политической системы, где исчезнут государства в привычном смысле и где единство будет обеспечиваться не с помощью единого космополитического порядка, а через систему структурных связей (термин аутопойетической теории Тойбнера). Эту новую политико-правовую реалию, где общества будут делиться не по территориальному, а по функциональному критерию, превратившись в «глобальные деревни», Тойбнер предложил называть «глобальной Буковиной». Именно право этих «глобальных деревень» (имеются в виду такие периферийные правовые явления с точки зрения традиционной теории права, как права этнических групп, религиозных конфессий, профессиональных объединений, торговых и промышленных корпораций) лежит в основе глобализации. Система взаимосвязей между этими группами («коммуникативная сеть»), самоорганизующаяся через структурные связи, сменит в будущем право, централизованно создаваемое национальными государствами.¹⁸ В центре развития

что смешение самим Эрлихом этих контекстов привело к неадекватному описанию с помощью термина «живое право» трех разных процессов: автономного упорядочивания внутренних организационных структур социальных союзов, действия механизмов нормативных ожиданий в межличностных отношениях и преобразования фактических поведенческих практик в обязательные правила (Ibid. P. 468).

¹⁶ Ср. краткое изложение развития этого направления: *Griffiths A. Legal Pluralism // Banakar R., Travers M. (ed.). An Introduction to Law and Social Theory. Oxford, 2002. P. 289–310.*

¹⁷ *Teubner G. Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society // Teubner G. (ed.). Global Law Without a State. Dartmouth, 1997. P. 3–28.*

¹⁸ См. критику такого подхода: *Twining W. A Post-Westphalian Conception of Law // Law and Society Review. 2003. N 37. P. 199ff.*

такого права, которое Тойбнер обозначает эрлиховским термином «живое право», будет лежать не система абстрактных правил поведения, а совокупность коммуникативных процессов.

Такое понимание социолого-правовых идей Эрлиха вызвало полеми-ческий ответ со стороны Давида Нелкена.¹⁹ Он поставил под сомнение возможность реинтерпретации концепции живого права в духе лумановской социологии: идея самоорганизующихся социальных систем, по мнению Нелкена, совершенно не подходит для описания социальных союзов, которые в теории Эрлиха мыслились как продукты общественного развития, а не как замкнутые на себя коммуникативные дискурсы. В кругозор Эрлиха не входили и не могли входить правовые нормы транснациональных компаний, квазипреcedентное право третейских судов, международные организации и их право, иными словами, весь тот массив правовых явлений, который связывается с «глобализацией права». Осовременивание живого права Эрлиха для того, чтобы включить эти новые явления в объем данного понятия, приводит к подмене содержания эрлиховской социологии права. Брайан Таманаха в недавней статье²⁰ также подверг критике попытку реанимировать эрлиховскую идею живого права в контексте современных дебатов о правовом плюрализме. По мнению (на наш взгляд, необоснованному, о чем речь пойдет ниже) этого ученого, «живое право» является скорее «проклятьем» Эрлиха, концептуальной ошибкой, несурзной идеей расширить понятие права до бесконечности. Видя значение социологии права Эрлиха не в таком безосновательном расширении понятия права, характерном для современных теоретиков правового плюрализма, а в идее о том, что «право живет в обществе», Таманаха призывает спасти Эрлиха от безразмерной концепции живого права как синонима правового плюрализма, который американский ученый концептуально отвергает. Противоположную позицию занимает Марк Гертог, также пытаюсь спасти Эрлиха, но на этот раз — его живое право от юриспруденции, которая склонна отождествлять живое право с объективным порядком общества.²¹ По мнению Гертога, сущность учения Эрлиха заключается в обратном — в исследовании того, как право живет в повседневном опыте, в правосознании людей.²² Учение Эрлиха было предназначено для общественно-научного исследователя, а не для судьи. Поэтому учение о живом праве не может быть полезным для теории права, а юридизация этого учения лишь «затуманивает представления людей о праве и справедливости».²³

Для нас интерес представляет не вопрос о том, насколько корректно ссылаться в дебатах о правовом плюрализме на идеи Эрлиха, а вопрос о правильности интерпретации его концепции живого права как

¹⁹ *Nelken D.* An e-mail from Global Bukowina // *International Journal of Law in Context*. 2007. N 3. P. 189–202.

²⁰ *Tamanaha B. Z.* A Vision of Socio-Legal Change: Rescuing Ehrlich from 'Living Law' // *Law and Social Inquiry*. 2011. N 1. P. 297–318.

²¹ *Hertogh M.* Rescuing Living Law From Jurisprudence // *Jurisprudence. An International Journal of Legal and Political Thought*. 2012. N 1. P. 135–152.

²² Об этом, в частности, писал также Роджер Коттеррелл: *Коттеррелл Р.* Эрлих на окраине Империи: центры и периферии в правовых исследованиях // *Российский ежегодник теории права*. 2008. № 1. С. 560.

²³ *Hertogh M.* Rescuing Living Law From Jurisprudence. P. 152. — В качестве юридизации живого права Гертог приводит пример картельных сговоров в строительном бизнесе Нидерландов: эти сговоры бизнесмены рассматривают как вполне легитимные, соответствующие фактической практике и представлениям о справедливости, хотя они прямо противоречат официальному антимонопольному законодательству.

антиэтатистской. Как представляется, ценность идей Эрлиха связана не с тривиальной мыслью о том, что право связано с обществом; их ценность — в создании экспликативной схемы, позволяющей констатировать и объяснить такую связь. Центральным звеном этой схемы и является концепция живого права, которая не «затуманивает», а, наоборот, проясняет то, как право формируется в обществе и транслирует в социальное общение представления о справедливости. Как будет показано ниже, критика синкретизма учений о правовом плюрализме со стороны Нелкена, Таманахи и других мыслителей совпадает с основным направлением мысли Эрлиха, в связи с чем эту критику нельзя распространять на эрлиховскую социолого-правовую концепцию.

Как было признано выше, в работах Эрлиха (особенно в «Основоположении») есть пассажи, которые, как кажется, подтверждают критику противников правового плюрализма, но такие пассажи нужно понимать в системе воззрений австрийского правоведа, а не выхватывать их из контекста. При этом нельзя упускать из виду и того, что правоведы знают Эрлиха преимущественно по «Основоположению»: его мысли критикуют, осуждают либо, наоборот, восхваляют именно в ракурсе данного произведения. Остальные работы Эрлиха привлекают внимание только очень узкого круга специалистов, изучающих творческое наследие этого мыслителя, и, кроме того, они преимущественно доступны только на немецком языке. Хотя «Основоположение» было задумано Эрлихом отнюдь не как основная работа по правовой проблематике — в системе обширной трилогии по социологии права оно было лишь первым, вводным сочинением, в котором автор формулировал проблематику (необходимость расширения кругозора юристов).²⁴ В двух других сочинениях своего социолого-правового цикла, опубликованных уже после «Основоположения»,²⁵ австрийский ученый развивает проблематику юридической доктрины и судебного толкования права, под влиянием критики корректируя изначально высказанные в «Основоположении» радикальные мысли.²⁶ Поэтому, если мы говорим об Эрлихе как о создателе социолого-правовой концепции, при комментарии его идей мы не можем ограничиваться только тем, что этот мыслитель высказал на страницах «Основоположения».

Применительно к «Основоположению» вспомним знаменитый эпиграф этого произведения о том, что «центр тяжести развития права... лежит не в законодательстве... а в самом обществе».²⁷ По этому эпиграфу нетрудно догадаться, какие цели ставил перед собой автор. Да Эрлих и не скрывает того, что опровержение мифа о доминирующем значении государства в правовой жизни является основной целью его работы — для этой цели мыслитель обращается не только к обычному и торговому праву, к истории права — он также ссылается на доктрину, на судебную практику, которые доказывают несостоятельность данного мифа. Тут даже нет нужды давать ссылку на какое-то место в «Основоположении», где ученый формулирует

²⁴ См. об этом: Антонов М. В. Социология права: рождение новой научной дисциплины // Эрлих О. Основоположение социологии права. С. 9–63.

²⁵ Это «Юридическая логика» (*Ehrlich E. Die Juristische Logik. Tübingen, 1918*) и «Теория судебного нахождения права» (в 1917 г. были опубликованы только четыре главы этого труда, см. их перевод: Эрлих О. Судейское нахождение права на основании правового предложения // Эрлих О. Основоположение социологии права. С. 520–579).

²⁶ Ср.: Антонов М. В. Запоздавшая реплика: об одной из последних работ Ойгена Эрлиха // *Российский ежегодник теории права*. 2009. № 2. С. 320–331.

²⁷ Эрлих О. Основоположение социологии права. С. 64.

эту цель — ее можно легко обнаружить, открыв наудачу любую страницу данного произведения.

Принуждение играет вторичную роль в существовании права; в своем бытии право по большей части независимо от государства и его аппарата принуждения. Правовые явления латентно присутствуют в социальных практиках, и как бы только и ожидают социологически подкованного юриста, который извлечет их и сформулирует в форме норм решения (прецедентах) или правовых предложений (кодексах обычного права, законах и т. п.) — таким выглядит бытие права в описании Эрлиха. Очевидно, что такие представления о праве вступали в конфликт не только с догмами юридической науки начала XX в., но и с основной идеей философско-правовой мысли Европы Нового времени, в рамках которой право принято было искать не в средневековой системе партикулярных соглашений и практик, а в унифицированных нормативных порядках, зиждущихся на едином начале (воле суверена, правильном разуме, народном духе и т. п.).²⁸ Поэтому ключевая работа Эрлиха оказалась вдвойне провокативной.

Трудно сказать, ожидал ли сам Эрлих тот резонанс, который вызовет в 1913 г. публикация «Основоположения». Ничего ни в самом этом труде, ни в других произведениях Эрлиха, написанных в тот период времени, не указывает на то, что мыслитель с окраин Австро-Венгерской империи рассчитывал на успех, на внимание научного сообщества. Отметим, что исследованиям живого права были посвящены две важные работы Эрлиха, вышедшие накануне публикации «Основоположения»,²⁹ в которых мыслитель изложил свою программу интеграции науки о праве с жизненной практикой юристов³⁰, но эта программа так и осталась без внимания юристов.

Реализация основного научного проекта мыслителя началась с введения прикладных методов обучения юристов, что Эрлих провозгласил своей программной задачей в декабре 1906 г. при вступлении в должность ректора,³¹ а уже с 1909 г. ввел на юридическом факультете Черновицкого университета новый учебный курс по живому праву.³² После неудачного опыта организации эмпирических исследований правовой жизни народов Буковины,³³

²⁸ Реза Банакар замечает об Эрлихе (и Петражицком), что «они ввели новое понятие права, специально предназначенное для опровержения доминирующего правового понимания на Западе» (*Banakar R. Sociological Jurisprudence // Banakar R., Travers M. (ed.). An Introduction to Law and Social Theory. P. 34.*

²⁹ *Ehrlich E. 1) Die Erforschung des lebendes Rechts (1911) // Ehrlich E. Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freiheitslehre. Berlin, 1967. S. 12 usw; 2) Das Lebende Recht der Völker in der Bukowina (1912) // Ibid. S. 47 usw.*

³⁰ Эрлих поставил данный вопрос перед австрийским научным сообществом в выступлении на съезде немецких юристов в 1911 г. (*Ehrlich E. Was kann geschehen, um bei der Ausbildung das Verständnis der Juristen für psychologische, wirtschaftliche und soziologische Fragen in erhöhtem Masse zu fördern? // Ehrlich E. Recht und Leben. S. 61–79.*

³¹ *Ehrlich E. Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts. Inaugurationsrede.*

³² См. об этом: *Rehbinder M. Eugen Ehrlichs Seminar für lebendes Recht: eine Einrichtung für die Weiterbildung von Rechtspraktikern // Проблемы философии права. 2005. Т. III. № 2. С. 135–139.*

³³ Эрлих был, пожалуй, первым правоведом, который использовал метод анкетирования для изучения права, но составленные им опросные листы и анкеты были крайне неудачными, вызвавшими недоумение как анкетеров, так и анкетлируемых (*Ibid*); см. также: *Page W. H. Professor Ehrlich's Chernowitz Seminar of Living Law // Proceedings of Fourteenth Annual Meeting of the Association of American Law Schools. 1914. N 14. P. 46–75.*

описанного в этих работах, Эрлих поставил под вопрос саму эвристическую ценность таких исследований.³⁴

Юридическое сообщество Австрии по-прежнему не обращало внимания на оригинальные идеи мыслителя, который стоял, по мнению австрийских и немецких правоведов, в ассоциативном ряду с Г. Канторовичем, Ф. Жени и другими теоретиками движения свободного права. Возможно, резкий и порой категоричный тон³⁵ филиппик Эрлиха в адрес традиционной юридической догматики, которыми пестрит «Основоположение», в немалой степени объясним раздражением ученого против молчания юридического сообщества (как теоретиков, так и практиков) и имел целью разбудить это сообщество, привлечь его внимание к проблематике, разрабатываемой профессором из Черновцов.

Если такова была цель Эрлиха и если именно такое желание он загадал в ночь на Рождество 1912 г., когда закончил свое «Основоположение», то нужно признать, что он этой цели, несомненно, достиг — желание привлечь внимание было исполнено. С одной стороны, выход в свет в 1913 г. «Основоположения» большинство исследователей считает датой основания новой научной дисциплины — социологии права, с другой стороны, мысли, высказанные Эрлихом, вызвали реакцию (как позитивную, так и негативную) не только в немецкоговорящих странах, но во Франции, в Англии и США.³⁶ «Основоположение» стало визитной карточкой мыслителя в мировом научном сообществе, с помощью которой представляются и сам Эрлих, и его идеи.

Но в данном случае Эрлих стал жертвой своего успеха. Его «Основоположение» подверглось резкой, во многом основательной критике за смелые, но недостаточно обоснованные идеи, изложенные на страницах этой книги. Особенно жесткую отповедь автор получил от восходящей звезды австрийского правоведения Ганса Кельзена.³⁷ Доводы Кельзена создали впечатление действительно уничтожающей критики, на которую автору «Основоположения», по складывающемуся впечатлению, нечего было ответить.³⁸ Из формулировок «Основоположения» Кельзен искусно выводил, что Эрлих отдаст безусловное предпочтение социальному праву перед правом официальным, отрицая действительность последнего

³⁴ См. об этом: Антонов М. В. У истоков социологии права: О. Эрлих // *Ежегодник теории права*. № 1. 2008. С. 575–576.

³⁵ Вместе с тем, как удачно подмечает Литтлфилд, Эрлих не использует в «Основоположении» слова «никогда», «всегда», не делает окончательных суждений о правовой материи и о ведущей роли в ней живого, социального права. Его формулировки, при внимательном прочтении, не позволяют сделать вывод о том, что Эрлих претендует на универсальность своих выводов (ср.: Littlefield N. O. Eugen Ehrlich's Fundamental Principles of the Sociology of Law // *Maine Law Review*. 1967. N 19. P. 13). Если правовед действительно задумывал это произведение как своего рода рекламную акцию, с помощью которой рассчитывал привлечь внимание к социолого-правовой проблематике, которая должна быть развита в последующих работах трилогии (см. выше), то такая стратегия вполне объяснима.

³⁶ См. об этом: *Rehbinder M.* Einleitung // Ehrlich E. *Recht und Leben*. S. 8 usw.

³⁷ *Дискуссия* Г. Кельзена и О. Эрлиха // Эрлих О. *Основоположение социологии права*. СПб., 2011. С. 595–652. — См. также: *Antonov M.* History of Schism: the Debates between Hans Kelsen and Eugen Ehrlich // *International Constitutional Law*. 2011. N 5. P. 5–21.

³⁸ Многие исследователи считают Эрлиха «проигравшим» в споре с Кельзеном (см., напр.: *Van Klink B.* Facts and Norms: The Unfinished Debate between Eugen Ehrlich and Hans Kelsen // Hertogh M. (ed.). *Living Law: Reconsidering Eugen Ehrlich*. Oxford, 2009. P. 127–156).

в случаях коллизии с живым правом, а применительно к правоведению — ставит под сомнение нужность догматических исследований, правовых концепций и схем. Заявить это означало посягнуть на столпы европейской юридической науки, которая выросла именно на культивации «разумного», естественного права для преодоления «варварского», обычного права. Этого современная Эрлиху европейская теория права простить не могла — его идеи, после непродолжительного оживленного обсуждения, на многие десятилетия подверглись забвению. Идеи Эрлиха нашли более живой отклик за океаном, в Соединенных Штатах³⁹ и в Японии,⁴⁰ чем на родине этого мыслителя и в других европейских странах.

Действительно, Эрлих критиковал современное ему теоретическое правоведение за неспособность постичь социальные реалии, за догматизацию права как орудия реализации государственной политики, за счет чего в область зрения науки о праве попадала лишь незначительная часть правовой жизни, связанная с деятельностью государственных чиновников. В этой перспективе Эрлихом оспаривался тезис о необходимости определения права исключительно как принудительного порядка, установленного и поддерживаемого государством — ведь большая часть правовых отношений протекает без какого-либо вмешательства государства, причем субъекты таких правоотношений даже не задумываются о том, чтобы обратиться к государству для регламентации их семейной, хозяйственной, религиозной жизни, хотя бы государственный правовой порядок и допускал подобное обращение.⁴¹

Но где же тогда границы права по отношению к другим нормам, которые также регламентируют общение? Этот вопрос для Эрлиха представлял особую трудность, так, в 1911 г. мыслитель писал, что «любому юристу известно, что нельзя провести границы между моралью и правом: зачастую сегодня правом становится то, что вчера было моралью — право является моралью вчерашнего дня»,⁴² а в работе 1912 г. можно прочитать: «Решать о том, имеем ли мы дело с моралью или правом, я оставляю тем, кто более меня может уделить внимание бесплодной терминологии».⁴³ В «Основоположении» Эрлих занимает схожую позицию: «Трудно провести научную границу между правовой нормой и другими видами норм, но на практике эта трудность возникает редко. Каждый обычно сможет без промедления сразу сказать о норме, принадлежит ли она к области права или к религии, обычаю, нравственности, приличию, такту, моде или нормам хорошего тона. Этот факт должен образовывать исходный пункт нашего исследования. Вопрос о противоположности правовой нормы и неправовых норм является вопросом не науки об обществе, а социальной психологии».⁴⁴

³⁹ Этот факт признает и сам Эрлих (*Ehrlich E. The Sociology of Law // Harvard Law Review. 1922. Vol. 36. P. 144*).

⁴⁰ См. об этом: *Vogl S. Eugen Ehrlich's Linking of Sociology and Jurisprudence and the Reception of his Work in Japan // Hertogh M. (ed.). Living Law: Reconsidering Eugen Ehrlich. Oxford, 2009. P. 95–123 (особенно P. 109–115)*.

⁴¹ Другое дело, что государство и его порядок могут составлять незримый фон этих отношений, оставляя субъектам правоотношений возможность апелляции не только к социальному, но и к официальному праву; возможность моделировать свои отношения по образу и подобию государственного правового регулирования. Этот момент как раз и был оставлен Эрлихом без внимания на страницах «Основоположения», за что он подвергся заслуженной критике со стороны оппонентов.

⁴² *Ehrlich E. Die Erforschung des lebendes Rechts. S. 20.*

⁴³ *Ehrlich E. Das Lebende Recht der Völker in der Bukowina. S. 48.*

⁴⁴ *Эрлих О. Основоположение социологии права. СПб., 2011. С. 209.*

Идея Эрлиха обосновать это различие через разграничение психологических ощущений была охарактеризована Кельзеном (вполне заслуженно⁴⁵) как самая курьезная попытка определить сущность права.⁴⁶ Но дело тут скорее в том, что Эрлих в принципе не ставил себе такой задачи, как разграничение права и неправа, — важнейшим для него было точное описание того, как право действует, а не того, какова правильная дефиниция права.⁴⁷

Эрлих не настаивает на противоположности официального и социального права и не исключает возможность для государственного права обрести социальную действенность, стать реальным руководством к действию для субъектов права, иными словами, получить статус живого права. Для него государственное право не тождественно закону в широком смысле,⁴⁸ и, что самое важное, «государственные правовые нормы редко отличаются от социальных»,⁴⁹ поскольку возникновение и тех, и других норм обусловлено общественной необходимостью. Эрлих достаточно ясен и последователен в этом вопросе и не отрицает правовой природы (т. е. организационной роли при регламентации социальной жизни) за государственными установлениями. Ученый признает: «То, что государство здесь, как и во всем, может многим распорядиться или испортить своим прямым вмешательством и решениями своих ведомств, конечно, бесспорно».⁵⁰ Но вчитаемся в следующие слова: «Бесспорно и то, что оно (государство. — М. А.) в состоянии запустить в движение или, наоборот, остановить целое общественное развитие».⁵¹

С этой точки зрения обвинения Эрлиха в отрицании права государства, его действенности и силы, во взаимоисключающем противопоставлении официального и социального основаны на недоразумении, на выхваченных из контекста цитатах. Оспаривание монополии государства на правотворчество еще не свидетельствует об отрицании Эрлихом роли (в некоторые исторические эпохи достаточно существенной) государства в создании, признании, оформлении и применении права — в этом отношении профессор из Черновцов говорил только о наличии у социальных союзов и ассоциаций способности к саморегулированию вне зависимости от государственной регламентации, а не о том, что такое саморегулирование всегда осуществляется или должно осуществляться вне рамок официального права.⁵² Если мы вслед за Эрлихом признаем, что центр

⁴⁵ См. также: *Rehbinder M. Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich*. S. 124. — Ср. противоположное мнение: *Vogl S. Eugen Ehrlich's Linking of Sociology and Jurisprudence and the Reception of his Work in Japan*. P. 98–100. — Интересно, что к данной аргументации (сила воздействия на эмоциональную сферу субъекта: примеры с запретом играть в гольф и с предписыванием исповедания религии) через несколько десятков лет вернулся Лон Фуллер в своей полемике с Гербертом Хартом (*Фуллер Л. Л. Позитивизм и верность праву — ответ профессору Харту // Правоведение. 2005. № 6. С. 158–159*).

⁴⁶ *Кельзен Г. Основоположение социологии права*. С. 620.

⁴⁷ В этом смысле «первостепенной проблемой является не вопрос о том, что есть право (*what is law*), а вопрос о том, что делает право (*what law does*) (*Pound R. Introduction // Ehrlich E. Fundamental Principles of the Sociology of Law*. 2nd ed. New Brunswick, 2002. P. xi).

⁴⁸ *Эрлих О. Основоположение социологии права*. С. 179 и далее.

⁴⁹ Там же. С. 376 и далее.

⁵⁰ Там же. С. 397.

⁵¹ Там же.

⁵² См. о роли государства в утверждении «мягкого» права и об альтернативном прочтении эрлиховской концепции живого права: *Michaels R. The Re-State-ment of Non-*

правового развития находится в социальной жизни, это не доказывает того, что такое развитие не может быть подчинено контролю со стороны публичной власти. Публичная власть может оставить социальным союзам возможность создавать и применять свое право, либо воздерживаясь от вмешательства в определенные области, либо делегируя союзам возможности саморегулирования. Это, действительно, демонстрирует автономию «мягкого» права, но никоим образом не доказывает ни абсолютного характера такой автономии, ни полной независимости социального права от права государства. Вопрос состоит, по мнению Майклза, именно в степени такой автономии и независимости, а не в том, нужно ли обозначать автономные от государства нормативные регуляторы как «право».⁵³ В этом отношении, если вспомнить предложенную Гриффитсом классификацию, эрлиховская социология права, очевидно, принадлежит к «слабой» версии правового плюрализма.

Другой характерной ошибкой в восприятии концепции живого права Эрлиха является представление о том, что в социолого-правовой теории австрийского мыслителя норма отождествляется с фактом,⁵⁴ а фактическое принуждение является синонимом юридического долженствования. В том, что это совершенно не так, можно убедиться, прочитав «Юридическую логику» 1918 г. В частности, там Эрлих пишет о том, что задачей социологии права, действительно, является установление, а не оценка фактов, но при этом социология права не вменяет судье обязанность применять эти социальные факты вместо норм законодательства.⁵⁵ Отвергая «вульгарное этактистское воззрение на право»,⁵⁶ мыслитель направляет свою критику против дедуктивистской модели юридического мышления, где судья мыслится как безликое передаточное звено обширного механизма правоприменения, автоматически извлекающее логическое содержание из правовых текстов и распространяющее это содержание на лежащие перед ним общественные отношения. Эрлих, вслед за Р. фон Иерингом, призывал к тому, чтобы в правовых высказываниях (законодательных текстах) искать не только объективное логическое содержание, но и конкретные интересы, которые имели в виду законодатели (в широком смысле, включая безымянных создателей юридических обычаев и традиций), когда формулировали такие высказывания. С этой точки зрения социология права Эрлиха была направлена не на отрицание официального права, а, наоборот, на связывание судей реальной волей законодателя.⁵⁷

Д. Нелкен справедливо подчеркивает, что под «живым правом» Эрлих понимал три аспекта правовой жизни: создание и применение права юристами; признаваемые государством в качестве правовых правила

State Law: The State, Choice of Law, and the Challenge from Global Legal Pluralism // Wayne Law Review. 2005. N 51.

⁵³ Ibid. P. 989 ff.

⁵⁴ Этот упрек впервые был высказан в критике Г. Кельзена, на что Эрлих активно и достаточно убедительно возражал, обвиняя Кельзена в приписывании ему чужих мнений (ср.: Кельзен Г. Основоположение социологии права. С. 615–623; Эрлих О. Возражение. С. 638–644).

⁵⁵ Ehrlich E. Die juristische Logik. Wien, 1918. S. 389.

⁵⁶ Ibid. S. 82.

⁵⁷ В связи с этим символично, что одно из недавних российских исследований по проблематике правосудия имеет в качестве своего эпиграфа известное высказывание Эрлиха о том, что центр тяжести развития права находится в обществе (Горбуз А. К., Краснов М. А., Мишина Е. А., Сатаров Г. А. Трансформация российской судебной власти. Опыт комплексного анализа. СПб., 2010).

и обычаи; те правила и обычаи, которые не признаются или даже отвергаются государством.⁵⁸ Сведение «живого права» Эрлиха только к последнему аспекту существенно искажает тот строй идей, которые австрийский правовед пытался выразить через концепцию «живого права», тем более что непризнанное государством живое право может и не стать нормой права (в смысле правил поведения, норм решения, правовых предложений). Другое дело, что социальная жизнь не строится только на основе норм официального права и юридической доктрины (на «правовых предложениях»), а развивается преимущественно вне прямой связи с ними — фактические правовые отношения предшествуют деятельности законодателей по фиксации норм права. Яркими историческими примерами этому служат римское право и общее право Англии, откуда Эрлих обильно черпает примеры для обоснования этого элементарного тезиса.

Данные тезисы эрлиховской социологии права нельзя истолковывать в смысле полной независимости социальной жизни от официального права (чего Эрлих не утверждал). С этой точки зрения, Эрлих далек от противопоставления живого права праву официальному. Даже тогда, когда он говорит о существовании двух правопорядков — создаваемого обществом и формируемого в результате деятельности юристов и судей, — то речь идет о чисто аналитических конструкциях, которые мыслитель вводит для того, чтобы показать, что реальное право образуется как единство этих двух правопорядков. Профессор, действительно, подчеркивает, что создание и применение права во многом обусловлено неправовыми факторами (этнической и религиозной принадлежностью, социальным происхождением, нравами, обычаями, социальной средой в широком смысле — но кто же с этим будет спорить?), и призывает юристов изучать эти факторы.⁵⁹ Если Эрлих и описывает факторы, которые способствуют институционализации обычаев через предоставление им судебной защиты, он не отождествляет эти факторы и защищаемые судом обычаи с нормами решения, согласно которым судьи должны решать споры.⁶⁰ Это приводит нас к проблематике осуществления правосудия в ракурсе социолого-правовой теории Эрлиха.

Правосудие в ракурсе социологии права Эрлиха. В данном аспекте мы выходим на прикладное значение концепции австрийского мыслителя для проблем правосудия. Идея противопоставления судебного права и живого права обычно обосновывается исследователями ссылкой на то, что Эрлих на страницах своих работ последовательно проводит различие между двумя видами правовых норм: нормами решения и правилами поведения.⁶¹ Первые создавались юристами для решения конфликтов между

⁵⁸ *Nelken D. Eugen Ehrlich, Living Law, and Plural Legalities.* P. 446.

⁵⁹ Эта идея, близкая «праву в действии» Роско Паунда, была развита в рамках многочисленных исследований по юридической антропологии и социологии права США и Англии середины XX в. («изучение права в контексте», т. е. юридических практик и документов). О существенных различиях между «живым правом» Эрлиха и «правом в действии» Паунда см.: *Nelken D. Law in Action or Living Law? Back to the Beginning in Sociology of Law // Legal Studies.* 1984. N 4. P. 157–174.

⁶⁰ Как справедливо указывает Нил Литтлфилд, «Эрлих просто описывает то, что судьи делают сегодня и что они делали на ранних стадиях развития права», но при этом «не говорит о том, что судьи должны заняться свободным нахождением права» (*Littlefield N. O. Eugen Ehrlich's Fundamental Principles of the Sociology of Law.* P. 14).

⁶¹ Так, противопоставление норм решения и правил поведения у Эрлиха безосновательно абсолютизируется канадским исследователем Джереми Веббером (*Webber J. Naturalism and Agency in the Living Law*). Приводимый этим исследователем пример с водителями в Ванкувере, выработавшими неофициальные правила поведения

людьми, они формулировались на абстрактном профессиональном языке, принципиально не принимали во внимание частных деталей. Вторые, наоборот, всегда носили конкретный характер, по одному из определений Эрлиха, «указывали каждому индивиду его место и его задачи в социальном союзе»,⁶² были связаны с социальным контекстом, совпадали с обычаем.

Встает вопрос (впервые поднятый Кельзенем) о том, можем ли мы вообще описывать такую фактическую направленность поведения с помощью терминов «норма» и даже «правило». Эрлих со ссылками на идею «нормативной силы фактического» Иеринга обосновывал (в том числе и в полемике с Кельзенем) возможность расположения связывающих фактическое поведение факторов в одном ряду с абстрактными нормами и правилами. И делал он это достаточно убедительно (вспомним, что сам Кельзен различал общие, абстрактные нормы, с одной стороны, и индивидуальные нормы — с другой).

Но разрыв между этими двумя типами (разновидностями) правовых норм не был для Эрлиха критичным. Правовые нормы (как нормы решения, так и правила поведения) для ученого были не безжизненными конструкциями (отсюда его резкая критика юридической экзегетики в «Основоположении»), а частями реального, эффективного порядка социальных связей, который защищает одни интересы, не давая правовой защиты другим. Конечным «законодателем», если так можно выразиться (этой гиперболы нет в работах самого Эрлиха), является само общество, формирующее общий порядок социальных отношений, который впоследствии нюансируется, уточняется, иногда переформулируется и даже искажается иными законодателями (индивидами и социальными группами, которые вводят законы, записывают обычаи, формируют доктрину). Но отсюда не вытекает, что официальное право должно отражать фактический социальный порядок (живое право), а в случае конфликта с живым правом должно утратить свою силу. Это ошибочное представление о живом праве Эрлиха и о «государствофобии» австрийского правоведа часто воспроизводится в американской социолого-правовой литературе с легкой руки Паунда⁶³

на сложных перекрестках, напротив, подтверждает концептуальное отличие «правил поведения» от «норм решения» (правил разрешения споров в судах) и в то же самое время демонстрирует их фактическую связанность. Важным в этом отношении является не противопоставление норм поведения обычных граждан и норм поведения судей (социального права и права юристов, правил поведения и норм решения — эмпирически они указывают на содержательно почти тождественные явления), а проводимое Эрлихом концептуальное различие между фактическими «правилами поведения» и их интеллектуальной реконструкцией правоведами, судьями и другими юристами в форме «правовых предложений» (разновидностью которых являются «нормы решения»). Вопрос об условиях адекватной трансформации фактических «правил поведения» в нормативные «нормы решения», условий перехода «социальных фактов» в статус «юридических фактов» как раз находился в центре разрабатываемой Эрлихом проблематики живого права (ср. его рассуждения в главе 5 «Основоположения»).

⁶² Эрлих О. Основоположение социологии права. С. 467.

⁶³ Nelken D. Law in Action or Living Law? Back to the Beginning in *Sociology of Law*. P. 159. — Типичным примером такого представления является реконструкция Б. Таманахой «зеркального тезиса» социологии права Эрлиха. Согласно этому тезису официальное право может носить имя «право» только тогда, когда оно поддерживает социальный порядок, отражает социальные нормы. В противном случае «позитивное право прекращает свое бытие в качестве права и должно вернуть это наименование («права». — М. А.) живому праву» (*Tamanaha B. Z. A General Jurisprudence of Law and Society*. 2001. P. 224 ff. — См. также: *Tamanaha B. The Folly of the 'Social Scientific' Concept of Legal*

и первого рецензента английского перевода «Основоположения» Макса Рейнштейна.⁶⁴

Эрлих далек от наивного социологизма Ш. Монтескье, полагавшего, что дух законов сам расставляет в обществе все по своим местам, а индивиды, формулирующие правовые предложения, являются лишь куклами, которыми водит умелая рука объективной (географической, исторической и др.) необходимости.⁶⁵ Наоборот, в правовой концепции Эрлиха огромную роль играет индивидуальность конкретных правотворцев, которые фокусируют в своем сознании особые социальные интересы, предоставляя им юридическую защиту в нормах. Нельзя пренебрегать и обратным воздействием, которое официальное право и судопроизводство оказывают на социальную жизнь. Там, где центральная власть слаба или не существует вообще, люди фактически не имеют примера для того, чтобы конструировать свои отношения и возводить повторяемое фактическое поведение в ранг обычая, а потом и в нормы права: но таких ситуаций очень мало в реальной жизни. В силу того, что Эрлих (вслед за Э. Махом) называл «законом экономии мышления», люди при конструировании своих правовых связей практически всегда либо обращаются к опыту других обществ, либо берут примеры для подражания из своей (или чужой) истории. Описание таких заимствований составляет немалую часть «Основоположения» — в вопросе о роли заимствований в эволюции общества Эрлих вполне согласен с Г. Тардом. Самым легким выходом в тех обществах, где существует официальное (государственное) право и где социальные союзы в отдельных областях сохраняют свою правотворческую автономию, является обращение этих союзов за примерами к государственному праву и формирование ими своего автономного права по аналогии с тем, как организовано право в государстве.⁶⁶

Эти примеры образуют те «мысленные образы», которые, по Эрлиху, опосредуют процессы нормотворчества в социальных союзах, — практика и фактическое поведение никогда сами по себе не являются нормами, но они выступают в качестве факторов, сила которых подталкивает людей к упорядочению внутренней жизни своих союзов согласно определенным образцам. Содержанием этих образцов, действительно, нередко выступает

Pluralism. P. 209 (где Таманаха обвиняет Эрлиха в излишнем акценте на различии государственного и живого права)). Но ни «зеркального тезиса», ни тезиса «о возврате имени права» нет в работах Эрлиха даже в намеке.

⁶⁴ *Rheinstein M. Sociology of Law: Apropos Moll's Translation of Eugen Ehrlich's Grundlegung der Soziologie des Rechts // Journal of Ethics. 1938. N 48 (2). P. 232–239.*

⁶⁵ Ср.: *Ehrlich E. Montesquieu and Sociological Jurisprudence // Harvard Law Review. 1915–1916. Vol. 29.* — Показательно при этом и то, что Эрлих далек от оптимизма сторонников исторической школы по отношению к правовому обычаю. В частности, одна из работ австрийского правоведа посвящена именно критике применения торгового обычая в гражданских правоотношениях (*Ehrlich E. Das zwingende und nichtzwingende Recht. Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutschen Reich. Jena, 1899*). С другой стороны, именно за возведение обычая в ранг высшего источника права Эрлих последовательно критикует историческую школу юристов. В этом плане возражение, впервые выдвинутое Паундом и потом получившее широкое распространение в англо-американской литературе, против живого права Эрлиха за «неоправданное возвеличивание роли обычая» (*Pound R. An Appreciation of Eugen Ehrlich // Harvard Law Review. 1922. N 36. P. 130*) оканчивается бесосновательным.

⁶⁶ См. описание многочисленных случаев саморегуляции социальных групп, где за образец берется именно существующее официальное право (*Reisman W. M. Law in Brief Encounters. New Haven, 1999*).

сложившаяся практика социального общения, но и такая форма фиксации права образуется не в результате механического сцепления фактов, а через интеллектуальную работу юристов. Обычно люди конструируют нормы не через фиксацию какого-либо поведенческого стереотипа (который сам по себе не несет никакой нормативности), а рассуждая по аналогии о тех достойных (по тем или иным нормативным причинам) заимствования примерах, о которых людям уже известно из жизни, истории (мифической или реальной) своего или чужих обществ. Доказательства данного тезиса Эрлих обильно черпает из истории рецепции римского права в средневековой Европе.

В этом плане норма являет собой единство фактического содержания и мысленных образов, с помощью которых люди упорядочивают спонтанное и разнородное содержание практики. По большей части такие образы уже доступны людям в виде понятий и догм, созданных и развитых юристами, поэтому Эрлих и считает «право юристов» (юридическую догму) опосредующим звеном в процессе правогенеза — от фактической повторяемости поведения к нормативному закреплению должного образца поведения в правовом предложении. Данной схеме люди следуют не всегда, и в тех несчастных случаях, когда правогенез останавливается на первых стадиях — на следовании людей фактически повторяемому поведению, — такая повторяемость служит упорядочению внутренней жизни социальных союзов без посредства правовых предложений. Но нормой она станет лишь после того, как будет концептуализирована юристами (в виде обычая, правила, традиции, добрых нравов и т. п.) и получит форму правового предложения. Так, в статье о Монтескье Эрлих пишет: «Норма права не превосходит напрямую от общества, она создается законодателями и юристами. Само по себе общество создает лишь правовой порядок основных социальных институтов: порядки клана, семьи, деревенской общины, владения, договора, наследования. Регламентация этого порядка без норм права в собственном смысле слова дает нам лишь то право, которое может быть найдено в первобытных племенах или на низших ступенях развития цивилизации».⁶⁷

С этой точки зрения упрек Кельзена в смешении Эрлихом должного и сущего, фактического и нормативного, в пренебрежении юридическими понятиями оказывается необоснованным.⁶⁸ Приведем слова самого

⁶⁷ Ehrlich E. Montesquieu and Sociological Jurisprudence. P. 584. — Единственную оговорку мыслитель делает в том плане, что «норма права не может быть понята социологически без рассмотрения того правового порядка, из которого она возникает» (Ibid). Эрлих достаточно ясно объясняет, что норма не отражает фактический порядок, а «искусно извлекается юристами и законодателями из первичного правового порядка» (Ibid).

⁶⁸ Эрлих отлично понимал, что право как нормативный порядок должного не основывается непосредственно на грубых фактах, что право не создается автоматически, а всегда опосредуется интеллектуальными и ценностными суждениями людей (о роли аргументации в процессе правогенеза см.: Webber J. Naturalism and Agency in the Living Law). Показательный пример неудачности фактологической «социолого-правовой» аргументации приводит Лоренс Фридман: обжалование смертного приговора по делу McCleskey v. Kemp (1987) со ссылками на социологические исследования, согласно которым в штате Джорджия за убийства темнокожие приговаривались к смертной казни чаще, чем белые. Этот факт был подтвержден социологическими выкладками, но Верховный Суд отказал в пересмотре дела по основаниям расовой дискриминации приговоренного к смертной казни темнокожего убийцы со ссылкой на недопустимость смешения нормативных и социологических аргументов (Friedman L. Coming to Age: Law and Society Enters an Exclusive Club // Annual Review of Social Science. 2005. N 1. P. 14–15).

Эрлиха: «Ошибка так называемой юриспруденции понятий состоит не в том, что она работает с понятиями (поскольку без понятий не может быть ни науки, ни практического применения научных результатов), а в том, что она неправильно конструирует эти понятия».⁶⁹ Норма права для австрийского правоведа ни в коем случае не является фактом — она должна включать в себя четыре элемента: защищаемый интерес, условия предоставления защиты, указание на запрещенное действие, на способ и пределы защиты.⁷⁰ Правовое отношение при этом конструировалось Эрлихом как единство двух первых элементов (защищаемого интереса и модели обстоятельств, при которых предоставляется защита).⁷¹

Итак, Эрлих отнюдь не собирался отрицать нормативность права, смешивая нормативное долженствование с фактическим поведением. Юридические факты (владение, господство, волеизъявление) — это лишь кристаллизировавшиеся в правовой практике отношения, которые могут как получить, так и не получить защиту официального правопорядка (в зависимости от того, каким будет основной элемент нормы — способ и пределы защиты). Поэтому когда в «Основоположении» австрийский мыслитель повторяет фразу Р. Иеринга о «нормативной силе фактического», под «силой» он имеет в виду не самостоятельную юридическую силу фактического порядка принуждения (в чем Эрлиха ошибочно обвинял Кельзен), а лишь ту движущую силу, которая ставит фактического законодателя (будь то члены парламента, монарх или судья) перед вопросом о предоставлении защиты тому или иному отношению. Причем происходит такое предоставление защиты совсем не автоматически и далеко не всегда.

По логике Эрлиха, сначала перед юрисдикционными органами начинается «возникать некий интерес, претендующий на юридическую действительность в конкретном случае»; затем этот интерес постепенно кристаллизуется, получает «статус социально признанного в форме обычая, владения или волеизъявления» (того, что мыслитель называет «юридическими фактами»), и лишь впоследствии получает закрепление в норме права (судейского, законодательного, обычного), предоставляющей данному интересу ту или иную форму защиты.⁷² Мыслитель подчеркивает: «существующие в обществе правовые институты формируют правовой порядок независимо от того, регулируются ли они правовыми предложениями или нет. Эти институты зависят от правовых предложений (особенно от законов) только в той степени, в которой эти последние могут определить, каким образом правовые институты должны восприниматься судьей и особенно то, должен ли судья предоставить защиту тем конфликтующим интересам, которые можно обнаружить в данных правовых предложениях».⁷³

Находя некое отношение лишенным защиты со стороны законодателя и полагая, что с точки зрения требований справедливости (они всегда играли немалую роль в образовании права) эти отношения должны быть юридически защищены, судья может использовать свою юрисдикционную власть для расширения защиты путем толкования права. Тем самым судья в большинстве случаев не создает новое право, а находит методы, с помощью которых действующие правовые предложения смогут быть согласованы с теми постоянно меняющимися требованиями справедливости,

⁶⁹ Ehrlich E. Die juristische Logik. S. 196.

⁷⁰ Ibid. S. 188 usw.

⁷¹ Ibid. S. 190.

⁷² Ibid. S. 191–193.

⁷³ Ibid. S. 219.

что судья способен найти в живом праве.⁷⁴ В этом плане судебные акты являются основным источником нашего знания о живом праве — данный лейтмотив доминирует как в «Основоположении» (см. главу 10), так и в цитированной выше работе о судебском нахождении права.

В отличие от сторонников движения свободного права, видящих в судье основного творца права, Эрлих достаточно четко обозначает пределы судебного усмотрения. Во-первых, свободное усмотрение судьи распространяется только на интересы, которые не урегулированы в правовых предложениях по отношению к другим интересам: «Судебное... уравнивание интересов подчиняется порядку правовых предложений».⁷⁵ Здесь судья, опираясь на принципы права или просто на свои формальные полномочия и фактические возможности, может создать «норму решения» (т. е. абстрактное правило, согласно которому судья решает вопрос о правах и обязанностях сторон спора) для конкретного казуса. Но если такая норма решения будет противоречить норме права, зафиксированной в правовом предложении (статье закона), то судебное решение будет неправомерным. Возможно, судья в своем решении и выразит социально значимые интересы, даже если в своей норме решения он и формулирует тенденцию развития представлений о справедливости, его решение все же будет лишь «инициативой юриста», которая для того, чтобы стать правом, должна пройти через «битву мнений» и получить формальное закрепление в правопорядке.

Во-вторых, судебское нахождение права не имеет интуитивного характера (каким оно рисовалось в сочинениях многих сторонников свободного права): оно не обращает нас к соображениям целесообразности — решение судьи должно быть основано на рациональном, объективном научном методе, позволяющем доподлинно установить исходные социальные интересы, защищенные законодателем.⁷⁶ Социология права в этом плане позволяет преодолеть объективистские установки человеческого мышления, из-за которых мы ошибочно «рассматриваем как объективно верное то, что мы считаем целесообразным».⁷⁷ Но применение социологии никоим образом не препятствует использованию нормативного анализа права и не исключает его. Изучение логической взаимосвязи норм, соотношение правовых понятий или выведение конкретного правила из общей нормы не противопоставляются социологическому исследованию — напротив, они таким исследованием дополняются. То, что с *формально-логической* точки зрения судебное решение представляет собой силлогизм (подведение конкретных обстоятельств под условия общей нормы), Эрлих

⁷⁴ При наличии у судьи такой цели (желания, расположения...), разумеется, нельзя исключать и ситуацию, когда судья предпочтет оставаться «устаами закона», механически применяя формальные законоположения без оглядки на требования справедливости и на параметры живого права. Называя судью «органом общественной справедливости», Эрлих не думал, что такая справедливость может совершаться объективно, помимо воли, сознания конкретно взятых судей.

⁷⁵ Ibid. S. 191.

⁷⁶ Судья должен быть не только критичен по отношению к своим соображениям целесообразности, но и особенно аккуратен, атрибутируя некие представления о целесообразности автору правового текста: такие представления установить с полной достоверностью нельзя (Эрлих О. Судейское нахождение права на основании правового предложения. С. 547).

⁷⁷ Там же. С. 546.

не оспаривал — он энергично протестовал против сведения *всей* деятельности судьи по решению споров *только и исключительно* к силлогизму.

Очевидно, что «существуют вопросы, которые автор правового предложения перед собой не ставил... на другие вопросы он намеренно, порой демонстративно, не отвечал». ⁷⁸ Поэтому «масса общественных интересов... остаются (по меньшей мере, первоначально, а некоторые и постоянно) вне рамок того права, которое сформулировано в правовых предложениях». ⁷⁹ Законодатель не в силах заранее дать правила для всех возможных ситуаций, а те правила, которые он создает, быстро устаревают в потоке социальной жизни. Задачами судьи являются выявление новых, еще не имеющих защиты со стороны официального права интересов и сравнение их с теми интересами, которые имел в виду законодатель (в широком смысле) при формулировании соответствующих правовых предложений. Это требуется для того, чтобы убедиться, что «интерес, ищущий защиты перед судом, не отличается от того интереса, который был уравновешен и закреплен в правовом предложении». ⁸⁰

Если судья находит, что интерес защищен статьей закона (правовым предложением), он применяет эту статью. Если же интерес не имеет защиты, то возможны две ситуации. Либо законом защищается противоположный интерес, и тогда судья должен отказать в судебной защите, либо же ни оспариваемый, ни противоположный ему интересы не отражены в законодательстве, и тогда судья должен выбрать из конфликтующих интересов тот, который подлежит защите с точки зрения той модели социальной справедливости, которую судья выводит из текстов законов как «намерение законодателя». Отказать в судебной защите по причине отсутствия правовой нормы судья не может, но и решать дело по своему усмотрению он не должен. В данной дилемме Эрлих предлагает судье самостоятельно уравновесить интересы, не сбалансированные законодателем, но (гипотетически) принимаемые законодателем во внимание. Причем сделать это судья должен не путем определения наиболее сильного интереса (что предлагает Р. Иеринг), а путем анализа того социального контекста и тех предпосылок о справедливости, в ракурсе которых законодатель создавал тот акт, согласно положениям которого должна была бы получить свое разрешение спорная ситуация (к примеру, гражданский кодекс, если речь идет об имущественном споре). ⁸¹

⁷⁸ Там же. С. 542.

⁷⁹ Ehrlich E. Die juristische Logik. S. 184. — Отметим, что для Эрлиха «правовое предложение» и «правовая норма» соотносятся примерно так же, как для нас соотносятся между собой «статья закона» и «норма права»: второе есть само правило поведения, а первое есть форма фиксации этого правила. С этой точки зрения мысль Эрлиха можно транслировать на язык современной российской юриспруденции следующим образом: далеко не все правовые нормы зафиксированы в статьях законодательства, они могут фиксироваться и в судебной практике, и в обычаях, торговом обороте — с чем не будут спорить и большинство нормативистов. Поэтому между социологией права и нормативным пониманием права нет непреходящей грани (ср.: Антонов М. Соціологія права і чиста теорія права: складний взаємозв'язок // Філософія права і загальна теорія права. 2012. № 1. С. 250–257).

⁸⁰ Ibid. S. 192.

⁸¹ С этой точки зрения основным методом для судьи должно стать историческое толкование: «Для целей применения права историческое толкование является, таким образом, определяющим» (Эрлих О. Судейское нахождение права на основании правового предложения. С. 542).

Если судья путем таких рассуждений находит, что законодатель ставил перед собой цель защиты определенных интересов, но при этом сформулировал правовое предложение (статью закона) неудачно, формально исключив тот или иной из предполагаемых интересов из сферы, охватываемой данным правовым предложением, то, по Эрлиху, судья в таком случае должен выйти за узкие пределы статьи закона и предоставить защиту тому интересу, который намеревался защитить законодатель. В этом и состоит суть учения о живом праве.

Но как определить, что имел в виду законодатель? Через анализ буквальных слов и выражений? Такой путь, по мнению мыслителя, никуда не ведет, если формулировка правового предложения неудачна. Анализ общих принципов и идеалов права, обращение к естественному праву? Такой путь неприемлем для Эрлиха, во-первых, потому что он ненаучен (с точки зрения эмпирической модели позитивной науки, основанной на фактах), и, во-вторых, поскольку он ведет к судейскому произволу, прикрытому возвышенными словами.⁸² Австрийский мыслитель был убежден, что только социологический анализ права способен предоставить в распоряжение законодателей, судей и иных правоприменителей тот научный (основанный на фактах и ориентированный только на них) инструментарий, который позволит им корректно и грамотно выявлять подлежащие защите интересы и который тем самым будет научной основой для развития и преобразования права. С этой точки зрения социология права обрела статус научной дисциплины,⁸³ призванной «научить судей применять право».⁸⁴ Без такой научной опоры судья не сможет правильно (т. е. научно) решить лежащее перед ним дело.

Таким образом, концепция австрийского мыслителя не ставит факты в противовес нормам и не противопоставляет живое право официальному праву. Его интерес сконцентрирован на ситуациях «молчания закона» — пробелов, коллизий, неудачных законодательных формулировок. Здесь традиционный дедуктивистский метод оказывается бессильным, поскольку из текстов законов не следует никакого ответа на требующие решения вопросы. Эрлих хорошо понимал, что бесполезно искать решение для лежащего перед судьей дела в смысле, значении использованных законодателем слов: «Решение, которого он никакими клещами не вытащит из правовых предложений, ему нужно будет найти... самостоятельно взвешивая интересы, вступившие в противоречие, и обеспечивая судебную защиту тем интересам, которые он сам посчитает приоритетными».⁸⁵ В этих сложных случаях (*hard cases*, как подобные юридические ситуации называются в англо-американской правовой доктрине) судье нужен научный инструментарий для нахождения правильного решения. И именно этот инструментарий, по мнению профессора из Черновцов, призвана предоставить в распоряжение судьи социология права.

⁸² Ср.: «Судья, который при отправлении правосудия пренебрегает законом, повинен в злоупотреблении полномочиями... Она (социология права. — М. А.) не имеет целью... обоснование такой доктрины, которая могла бы позволить судьям нарушать эту судебную присягу (применять закон. — М. А.)» (*Ehrlich E. Die juristische Logik. S. 389*).

⁸³ Антонов М. В. Интеграция знания о праве и обществе в творчестве Ойгена Эрлиха // Государство и право. 2011. № 1. С. 79–87.

⁸⁴ *Ehrlich E. Die juristische Logik. S. 2.*

⁸⁵ Эрлих О. Судейское нахождение права на основании правового предложения. С. 543.

Заключение. Если посмотреть на социологию права в перспективе, предположенной в настоящей статье, Эрлиха никак нельзя упрекать в приращении роли формального закона в правовой жизни. Роль государства в правовой жизни значительна, особенно в обществах современного типа, и австрийский мыслитель был далек от того, чтобы это отрицать,⁸⁶ хотя некоторые формулировки его высказываний о живом (социальном) праве дают основания для противоположных мнений.

Если же судья не будет осознавать, почему он отдает предпочтение тому или иному интересу, он будет либо творить произвол, либо защищать интересы наиболее сильного, что, очевидно, не соответствует идеалу справедливости, с которым в европейской правовой традиции принято увязывать право. Но и те данные, которые дает судье социолого-историческое исследование, выявленные судьей факты не есть прямое руководство к действию. Для Эрлиха недопустимо преодолеть эту трудную проблему путем введения некоего абстрактного принципа (в виде «исторического духа» или «социальной тенденции»), согласно которому судья будет легко решать вопросы, не имеющие прямого ответа в законодательстве.⁸⁷ Такая иллюзия не способна снять с судьи груз ответственности за принимаемые им решения. Он не может найти такого принципа ни в позитивном, ни в социальном (живом) праве, а если и найдет, то этот принцип, во-первых, останется субъективным и, во-вторых, будет относиться не к науке, а к политике.

В то же самое время, вопреки распространенному заблуждению, задачей эрлиховской социологии права не является предоставление судье материала для заполнения пробелов в законодательстве: как показано выше, мыслитель уверен, что судья не должен вставать на место законодателя, а факты не могут заменить недостающих слов. Социология права позволяет найти конкретное правило, уравнивающее конкретные интересы в данном деле, применительно к тому общему балансу интересов, который защищается правовым порядком.⁸⁸ Такой метод для Эрлиха является основной гарантией справедливости судебного процесса, ведь социолого-исторический поиск дает судье более широкую перспективу социальных интересов: не только тех, что сталкиваются в споре, но и тех, которые законодатель когда-то решил защитить либо которые судья защитил бы на месте законодателя (к чему призывает, например, ст. 1 Швейцарского гражданского уложения). Тем самым судья побуждается к справедливому решению, которое, как полагал Эрлих, может быть обеспечено только там, где будут научно выявлены и взвешены все интересы.⁸⁹

В какой же тогда связи находится учение Эрлиха с современными представлениями о правовом плюрализме, можно ли Эрлиха причислять к сонму основателей этого направления? Правовой плюрализм в его

⁸⁶ См. детальный разбор и критику представлений о том, что социология права Эрлиха имела своей целью ослабление государства и его права: *Vogl/S. Soziale Gesetzgebungspolitik, Freie Rechtsfindung und Soziologische Rechtswissenschaft bei Eugen Ehrlich*. Baden-Baden, 2003. — Как показывает автор, в критике Эрлихом существующей догматической юриспруденции и центральной роли государства в правовой жизни следует видеть не отрицание правовой догмы и государственного правотворчества, а попытку пересмотреть их в ракурсе нового вектора развития правовой жизни в Европе начала XX в.

⁸⁷ *Vogl/S. Eugen Ehrlich's Linking of Sociology and Jurisprudence and the Reception of his Work in Japan*. P. 119–120.

⁸⁸ *Ehrlich E. Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*. S. 190.

⁸⁹ *Ehrlich E. Die juristische Logik*. S. 309.

крайних утверждениях (в «строгой версии», если воспользоваться типологией Гриффитса) в принципе отрицает постулат единства права⁹⁰ и настаивает на коренной противоположности права государства и права общества. То, что идеи Эрлиха на этот предмет основывались на противоположной посылке (неразрывности связи официального и социального права), было продемонстрировано в настоящей статье. Поэтому к рангу сторонников «строгой версии» правового плюрализма Эрлиха отнести нельзя.

Попробуем поставить теорию австрийского правоведа в ракурс доктрины множества равнозначных социальных порядков. В качестве ситуации правового плюрализма некоторые исследователи описывают любую ситуацию, когда в своей повседневной жизни индивид подчинен разным регулятивным системам, которые сам этот индивид рассматривает в качестве «правовых»,⁹¹ либо когда индивид имеет возможность выбора между государственным и негосударственными правовыми порядками и юрисдикциями.⁹² В конечном счете, мнение о том, что есть право, зависит от субъективного мнения отдельных людей. Можно предположить,⁹³ что и с этой точкой зрения Эрлих бы не солидаризировался, поскольку такой субъективизм противоречил позитивистскому образу объективного научного знания о праве, который ученый, несомненно, отстаивал на страницах своих произведений. Множественность точек зрения и многовариантность подходов к праву, которую некоторые сторонники правового плюрализма считают достоинством данного направления,⁹⁴ на самом деле может привести к простой эклектике, ни на йоту не приближающей нас ни к пониманию сути права, ни к объяснению механизмов его действия.⁹⁵ Эту опасность, как показано выше, Эрлих хорошо осознавал.

В некотором смысле социологию права Эрлиха можно считать предшественницей системной теории Лумана, как было предложено несколькими десятилетиями назад Клаусом Цигертом.⁹⁶ В таком ракурсе правовой

⁹⁰ См. детальный разбор этой базовой посылки правового плюрализма: *Dalberg-Larsen J. The Unity of Law: An Illusion? On Legal Pluralism in Theory and Practice. Berlin, 2000.* — Об искусственном характере постулата единства права на примере случаев коллизии нескольких систем права на примере Европейского Союза и Родезии 60-х годов XX в. см.: *Barber N. W. Legal Pluralism and the European Union // European Law Journal. 2006. N 3. P. 306–329.*

⁹¹ *Vanderlinden J. Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique // Revue de la recherche juridique. 1993. N 2. P. 573* (с неуместной ссылкой на Эрлиха).

⁹² *Shahar I. State, Society and the Relation between Them: Implication for the Study of Legal Pluralism. P. 436.* — Для описания такой ситуации в литературе по правовому плюрализму широко используется термин *forum shopping*.

⁹³ Принимая во внимание, по меньшей мере, то, что Эрлих не развивал подобных воззрений и что они являются не «описанием», а «развитием» его социолого-правовых идей (см.: *Nelken D. Eugen Ehrlich, Living Law, and Plural Legalities*).

⁹⁴ *Melissaris E. The More the Merrier? A New Take on Legal Pluralism // Social and Legal Studies. 2004. N 13. P. 57–79.*

⁹⁵ Пример такой эклектики представляет «праксиологический подход» антрополога Бадуана Дюпре, который предлагает отказаться от обобщающих понятий и концепций в исследовании ситуаций правового плюрализма и правовой жизни вообще, ограничивая исследование описанием фактического материала в терминах, используемых самими участниками социального взаимодействия (*Dupret B. Legal Pluralism, Plurality of Law, and Legal Practices: Theories, Critiques, and Praxiological Re-specification // European Journal of Legal Studies. 2007. N 1*).

⁹⁶ Со ссылкой на то, что основной пафос правового плюрализма Эрлиха означал скорее конструирование права как самореферентной системы, дифференцирующей себя по отношению к политической, идеологической и иным системам общества (*Ziegert K. A. The Sociology behind Eugen Ehrlich's Sociology of Law // International Journal of the Sociology*

плюрализм Эрлиха представляет собой идею о социальной обусловленности как государства и его права, так и иных правовых порядков, создаваемых самим обществом. С этой точки зрения государственное и социальное право, право юристов и право социальных союзов не противостоят друг другу, а друг друга взаимно дополняют.⁹⁷ Таким образом, социолого-правовое учение Эрлиха позволяет ввести в правовой дискурс современности новое, более либеральное измерение правового государства.⁹⁸ Видение связи права и государства в таком измерении дает возможность переосмыслить традиционную концепцию связанности права своим же собственным правом в пользу идеи подчинения и государства (как политической системы общества), и права (как автономного упорядочивающего начала социальной жизни) самому обществу,⁹⁹ в котором и «лежит центр тяжести развития права».

of Law. 1979. N 7. P. 251). Эти идеи Цигерт повторяет в предисловии к новому изданию английского перевода «Основоположения» в 2001 г. (*Ziegert K. A. Introduction // Ehrlich E. The Fundamental Principles of Sociology of Law. New Brunswick, 2001. P. 19–44*).

⁹⁷ Вместе с тем если обозначать идею Эрлиха о множестве центров права в обществе как «правовой плюрализм», то такое обозначение нельзя приравнивать к политической программе, поскольку «плюрализм для Эрлиха не был прилагательным, способным изменить общество, а был неотъемлемым свойством самого общества» (*Eppinger M. Governing in the Vernacular: Eugen Ehrlich and Late Habsburg. Ethnography // Hertogh M. (ed.). Living Law: Reconsidering Eugen Ehrlich. Oxford, 2009. P. 29*).

⁹⁸ В этом отношении можно вспомнить характеристику политической позиции Эрлиха, которую дал Клаус Цигерт: «просвещенный либеральный позитивист, одновременно нападающий и на метафизику, и на тупой консерватизм и традиционализм» (*Ziegert K. A. The Sociology behind Eugen Ehrlich's Sociology of Law. P. 230*).

⁹⁹ Ср.: Антонов М. В. Об определении понятия «правовое государство» // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2010. № 3. С. 128–143.