

© 2005 Д. С. Дорош

Інститут держави і права імені В. М. Корецького НАН України

## РОЗУМІЮЧИ ЕРЛІХА СЬОГОДНІ

Майже через століття після того, як у світ вишли головні праці Євгена Ерліха, засновника сучасної соціології права, інтерес до них на хвилі відродження філософсько-правової думки в Україні дедалі зростає. Ми маємо тепер, читаючи перекладені тексти, заново оцінити залишену ним спадщину. Цей невеликий нарис являє собою одну із спроб деякою мірою прокоментувати доробок Ерліха, сприяючи, мабуть, його глибшому розумінню та “рецепції” думок Ерліха представниками сьогоднішньої юридичної науки і практики.

Перш за все, Ерліх вважав соціологію синтезом всіх теоретичних суспільних наук, а соціологію права – теоретичною наукою права. Для нього розвиток права відбувався не в законотворчості або судовій практиці, а в самому суспільстві. Позитивність права, за Ерліхом, полягає не в законодавчій владі, а в соціальній реальності – певних способах людської поведінки, які можна спостерігати зовні та інтерсуб’єктивно перевірити. “Соціологічний підхід необхідним чином призводить до усунення ідеальних та метафізичних вимірів права, якщо вони не набули чинності в суспільстві. Також і соціологічний позитивіст під чинністю права розуміє фактичну чинність права як його фактичне існування...” [7, с. 76].

Тезою про суцільне знаходження права в суспільстві Ерліх виступив також проти основного догмату пандектної понятійної юриспруденції – відсутності прогалин та суперечностей в системі правових норм. Він заявив, що кодифіковане право містить в собі прогалини, а прийняття рішення в конкретному випадку є не логічною процедурою отримання висновку з загальних норм, а цілком творчим актом [9, с. 25].

Таким чином постає питання, наскільки закони та судові рішення взагалі ефективні, і яким чином відбувається застосування норм, тобто з якими фактами людський розум пов’язує певні правила. За Ерліхом, правила поведінки – це факти права: узус (Übung), володарювання (Herrschaft), володіння (Besitz) та волевиявлення (Willenserklärung) (особливо статут, договір та заповіт).

Саме право розділяється для Ерліха на декілька різних комплексів норм. По-перше, це “живе право” (lebendes Recht), яке складається з “са-

мостійно виниклих у суспільстві правових норм, що регулюють діяльність людських союзів.” [5, с. 47] На думку Ерліха, саме суспільство – це множинність людей, які у стосунках між собою визнають певні правила поведінки як обов’язкові, і, принаймні загалом, регулюють свою поведінку відповідно до них. Ці правила походять з вищезгаданих фактів права. Люди будують свою поведінку відповідно до цих правил, маючи відповідне внутрішнє переконання, виходячи з почуття *opinio necessitatis*. В цьому почутті, яке пробуджується завдяки правопорушенню, полягає критерій, за яким норми “живого права” відрізняються від інших звичасвих, релігійних та інших суспільних норм.

“Живе право” має свого антипода – державні “норми-рішення”, або “норми для прийняття рішень” (Entscheidungsnormen). Так Ерліх називає рішення судів та законодавство, які вказують суддям та державним посадовцям, як слід виконувати свої завдання. Потреба в “нормах-рішеннях”, вважає він, виникає лише в конфліктних ситуаціях, тоді як за звичайних обставин превалює “живе право.” Інші визначені Ерліхом комплекси норм – це так зване “право юристів” (Juristenrecht), куди входять переважно “норми-рішення” судів, які можна узагальнити до рівня правових положень, та “державне право” (staatliches Recht), норми якого призначені для організації діяльності держави.

Деякі західні науковці проводять паралель між Ерліхом та Роско Паундом, стверджуючи, що “живе право” Ерліха та “право в дії” (law in action) Паунда майже тотожні за змістом [Див., напр. 10, с. 223]. Однак при детальнішому розгляді це ототожнення видається хибним, і розмежування даних понять є особливо важливим для адекватного розуміння думок Ерліха. Першим на змістовну різницю понять “право в дії” та “живе право” звернув увагу Девід Нелкен [6, с. 158]. Приблизно в той самий час, коли в 1911 р. Ерліх вперше представляє широкому загалу свою концепцію “живого права” [3, 129], Паунд публікує в Сполучених Штатах (1910 р.) свою статтю “Право в книгах та право в дії” (“Law in Books and Law in Action”). Сам Паунд, класифікуючи методи юридичного мислення і захищуючи-

ючи до них соціологічний метод, називає Ерліха “піонером” цього методу. Якщо Паунд зосереджується на поведінці законодавців, суддів, юристів та інших представників правничої професії, то Ерліх спрямовує свою увагу на поведінку людей всередині суспільних союзів незалежно від їх належності до юридичних установ. “Правом в книгах” Паунд називає лише офіційні правила та норми і протиставляє його “праву в дії”, коли ці правила та норми реалізуються на практиці. З іншого боку, поняття “норми-рішення” Ерліха стосується не лише правил та норм, але й власне зразків рішень законодавчих та судових органів, воно охоплює більшість того, що Паунд розумів під “правом в книгах” та “правом в дії.” Саме ж поняття “живого права” не має свого аналога в працях Паунда.

Ерліх стверджував, що “живе право” завжди визнавалося в процесі прийняття судових рішень, але фігурувало в юридичній аргументації в якості “фактичних обставин.” Писане право та традиційний юридичний метод значною мірою становили систему процедур, які достатньо впроваджені і однотипно застосовували, аналізували “живі правовідносини” та робили з них висновки. Часто ці процедури не могли запропонувати нічого більшого, ніж загальну форму розгляду спорів, коли “живе право” містило в собі справжній їх зміст та основу для їх вирішення.

В часи Ерліха профспілки боролися за свою легалізацію, тому він часто звертався до них як до прикладів законодавчо не підкріпленого “живого права.” Так само часто згадується в його працях Австрійський цивільний кодекс, який встановлював занадто індивідуалістичну, егалітарну систему сімейних правовідносин, які не відповідали “живому праву” в регіонах. Це було особливо помітно в Буковині, де, на думку Ерліха, майже в чистому вигляді існувала система *patria potestas*. У своїй статті “Живе право народів Буковини” [2] (1912 р.) Ерліх виклав результати свого унікального дослідження “живого права”, якого дотримувалися насправді місцеві вірмени, німці, євреї, румуни, росіяни, русини, словаки, венгерці та цигани, проживаючи на території Буковини пліч опліч. Ерліх приходив до висновку, що, всупереч думці традиційного теоретика права, відповідно до якої всі мешканці Буковини мають нібито одне й те саме, тобто чинне австрійське право, “кожна з цих національностей у всіх правовідносинах щоденного життя дотримується зовсім інших правових норм. Тому старий принцип особистості продовжує далі фактично діяти в праві, хіба що на па-

пері він здавна замінений принципом територіальності.” [2, с. 43] Ерліх хотів записати існуючі на той час місцеві ідеї, уявлення людей про те, що є для них право (*Rechtsauffassungen der Leute*), адже для нього право є поняттям, яке живе в головах людей (*Gedankengebilde*) і яке можна встановити, з’ясувавши, що вони вважають правом незалежно від будь-якого “офіційного” права.

Відтоді як Ерліх вперше оприлюднив свою концепцію права, яке засновується на емпіричних дослідженнях і яке є відповідно ширшим, ніж державне право, він зіткнувся з сильною критикою, а інколи навіть і з відвертою ворожістю з боку багатьох юристів та теоретиків права. Кельзен, наприклад, заявляв, що Ерліх просто підмінив аналітичний аналіз дескриптивним та що його поняття права хибне [Див. репринтне видання їхньої дискусії: 8], тоді як інші звинувачували Ерліха в розповсюдженні „юриспруденції, що страждає на манію величчя.” [1, с. 40] Хоча та обставина, що Ерліх не робить чіткого розрізнення між правом та іншими соціальними нормами, здається особливо проблематичною з точки зору нормативістського розуміння права, це все ж не принижує значення концепції “живого права” в емпіричних дослідженнях. Справа в тому, що сьогодні Ерліхівська теорія права може стати джерелом свіжого погляду на норму права як на факт, тобто погляду з наголосом на її походженні, справжніх причинах виникнення та ефективності, і без посилань на її практичне застосування та тлумачення. Пам’ятаючи, що Ерліх бачив причину існування права в індивідуальному та суспільному відчутті права та справедливості, слід зосередити науково-практичний інтерес безпосередньо на вивченні тих особистісних та соціальних сил, які справді породжують право та стимулюють його розвиток.

Нове, сучасне мислення потрібне в усіх сферах суспільного життя: в економіці, в політиці, в освіті тощо. Правова сфера не є винятком. В ній, можливо, виразніше від інших сфер простежується інерція старих кодів, схем мислення, старих стереотипів, ідей та принципів, а тому необхідність відмови від них і заміни цього мислення іншим, сучасного типу, є дуже на часі. Підхід до нових, нинішніх проблем і реалій зі старими способами мислення, старими схемами, ідеями, поняттями, розумінням тощо дуже часто зумовлює ситуацію не тільки не вирішення цих проблем, а навпаки – їх ускладнення і примноження. Кожна нова епоха викликає радикальні зміни не лише в різних сферах життєдіяльності, але й у мисленні, його змісті, способах тощо. Це

стосується також правового життя і правового мислення.

### Список літератури

1. *Cotterrell R.* The Sociology of Law: An Introduction. 2nd ed. – London, 1992.
2. *Ehrlich E.* Das lebende Recht der Völker der Bukowina (1912) // Ehrlich Eugen. Recht und Leben: Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freirechtslehre / ed. M. Rehbinde. – Berlin, 1967. – S. 43-60.
3. *Ehrlich E.* Die Erforschung des lebenden Rechts // Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich. – 1911. – № 35.
4. *Ehrlich E.* Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft. – Leipzig, 1903.
5. *Ehrlich E.* Grundlegung der Soziologie des Rechts. 4. Aufl. – Berlin, 1989.
6. Nelken David. Law in Action or Living Law? Back to the Beginning in sociology of Law // Legal Studies. – 1984. – № 4.
7. *Ott W.* Der Rechtspositivismus. Kritische Würdigung auf der Grundlage eines juristischen Pragmatismus. 2. Aufl. – Berlin, 1992.
8. Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft. Eine Kontroverse (1915/17) (2003).
9. Rottleuthner Hubert. Einführung in die Rechtssoziologie. – Darmstadt, 1987.
10. *Ziegert K. A.* The Sociology behind Eugen Ehrlich's Sociology of Law // International Journal of the Sociology of Law. – 1979. – № 7.

*Д. С. Дорош*

### ПОНИМАЯ ЕРЛИХА СЕГОДНЯ

Данный небольшой очерк представляет собой одну из попыток прокомментировать научное наследие Евгения Эрлиха, делая ударение на необходимости по-новому оценить и осмыслить его концепцию «живого права», которая заложила основание для развития современной социологии права. Очерк обращает внимание на интерпретацию содержания терминов «живое право», «нормы-решения», «право юристов» и др., которые являются центральными в работах Эрлиха. Подчёркивается особое значение, которое Эрлих придавал индивидуальному и общественному ощущению права и справедливости, призывая рассматривать норму права как факт.

*D. S. Dorosh*

### FOLLOWING EHRlich NOWADAYS

This brief essay is one of the attempts to comment on the scientific heritage of Eugen Ehrlich by emphasizing the necessity of appraising and comprehending anew his concept of the “living law” that provided a foundation for the modern sociology of law. The essay pays attention to interpreting the meaning of the “living law”, the “norms for decision”, the “law of jurists” etc., which make the core of Ehrlich's works. The author underlines a particular importance of Ehrlich's consideration of the individual and social feeling of law and justice, his call to consider legal norm as fact.