

ОЙГЕН ЕРЛІХ ПРО ЗАКОН І ПРАВОСУДДЯ



М. АНТОНОВ

*кандидат юридичних наук, доцент,
завідувач кафедри теорії та історії права і держави
(Національний дослідницький університет
«Вища школа економіки»,
Санкт-Петербург, Росія)*

ВСТУП

Назва цієї статті може здатися дещо дивною — Ойгена Ерліха, засновника соціології права, зазвичай сприймають як ідейного противника законодавства¹ і юридичної догматики². Створену ним концепцію живого права прийнято розглядати на противагу «мертвому», офіційному, законодавчому праву³ як спробу теоретично відсторонити державу від створення права⁴. Якщо у своїх відповідях критикам О. Ерліх і намагався викрити таке розуміння соціолого-правової концепції як неправильне, йому не вдалося переконати у цьому своїх сучасників [6, с. 119]. Але чи дійсно О. Ерліх був настільки недалекоглядний, що не бачив значення ролі держави і письмового офіційного права (законодавства) в сучасному йому правовому житті? Прочитання «Основоположення соціології права» деякою мірою може справити таке враження, оскільки у цій своїй центральній праці мислитель зосереджується на вивченні звичаєвого права, історії права (римське, середньовічне англійське і німецьке право), не приділяючи офіційному праву скількись значимого місця, якщо і згадуючи його, то лише для демонстрації того, що це право не вирішує всіх питань юридичного життя і що право держави незаслужено зводять в ранг найважливішого або навіть єдиного джерела права⁵. Але наскільки центральна праця цього австрійського мислителя відображає його теорію, та й чи є ця теорія цілісною та послідовною? Чи має цін-

¹ Показово, що таку характеристику О. Ерліху, зокрема, дає ніхто інший, як лідер сучасної соціології права Н. Луман [1, с. 24].

² Звинувачення О. Ерліха в нехтуванні термінами і поняттями юриспруденції (правовою догмою) побутує у правознавстві і в соціології з легкої руки М. Вебера [2, с. 209].

³ Так, на протилежність між живим і офіційним правом звертають увагу Г. Гурвич і Н. Тимашев, роблячи це протиставлення об'єктом своєї критики [3, с. 653–666; 4, с. 667–672].

⁴ Про це, наприклад, пише Г. Кельзен у своїй полеміці з О. Ерліхом [5, с. 623–630].

⁵ У цьому відношенні не можна погодитися з тими, хто вважає О. Ерліха провісником постмодерністської деконструкції права [7, с. 152–156].

ність соціолого-правова концепція О. Ерліха не лише для філософів і соціологів, а й для практикуючих юристів, суддів, правозастосувачів? Саме цим двом питанням (на перше з яких ми відповідаємо негативно, а на друге — позитивно) і буде присвячена ця стаття, підготовлена до ювілею О. Ерліха¹.

Щодо «Основоположення» згадаємо знаменитий епіграф цього твору про те, що «центр ваги розвитку права... лежить не в законодавстві... а в самому суспільстві» [8, с. 64]. З огляду на цей епіграф неважко здогадатися, які цілі ставив перед собою автор. Та О. Ерліх і не приховує того, що спростування міфу про домінуюче значення законодавства у правовому житті є основною метою його роботи — для цієї мети мислитель звертається не лише до звичаєвого чи торгового права, він посилається на доктрину, на судову практику, які доводять неспроможність цього міфу. Немає навіть потреби давати посилання на якесь місце в «Основоположенні», де вчений формулює цю мету — її можна легко визначити, відкривши навмання будь-яку сторінку цього твору.

СОЦІОЛОГІЯ ПРАВА О. ЕРЛІХА ЯК НАУКА ПРО ПОЗИТИВНЕ ПРАВО

Не можна випускати з уваги і те, що О. Ерліха знають переважно (можна сказати — майже виключно) за «Основоположенням» — його думки критикують, засуджують, або навпаки, вихваляють саме в ракурсі цього твору. Інші праці О. Ерліха привертають увагу лише дуже вузького кола фахівців, які вивчають творчу спадщину цього мислителя, і, крім того, вони переважно доступні тільки німецькою мовою («Основоположення» перекладено на вісім мов світу)². Хоча у своїх численних творах³ правознавець торкався і багатьох інших аспектів права, висловлював чимало важливих думок та положень. Більше того, «Основоположення» було задумано О. Ерліхом аж ніяк не як основна праця з правової проблематики — в системі широкої трилогії з соціології права воно було лише першим, вступним твором, у якому автор формулював проблематику (необхідність розширення кругозору сучасних йому юристів) [18]. У двох інших творах свого соціолого-правового циклу, опублікованих уже після «Основоположення» [19; 20], австрійський учений розвиває проблематику юридичної доктрини і суддівського тлумачення права, під впливом критики значною мірою переглядаючи спочатку висловлені в «Основоположенні» радикальні думки [21]. Тому, якщо ми говоримо про О. Ерліха як про творця більш-менш стрункої соціолого-правової концепції, при коментарі його ідей не може-

¹ 2 травня 2012 р. виповнилося 90 років з дня смерті цього геніального правознавця, а 14 вересня 2012 р. ми відзначили 150-річчя від дня народження О. Ерліха.

² Завдяки публікаціям у журналі «Проблеми філософії права» українським читачам доступний ряд праць (уривків з праць) О. Ерліха в перекладі на українську мову. Грамотно підібрані перекладачами твори О. Ерліха дають українському читачеві досить повну картину про правову концепцію австрійського мислителя [9, с. 161–167; 10, с. 168–184; 11, с. 185–193; 12, с. 194–200; 13, с. 201–210; 14, с. 211–220; 15, с. 221–226].

³ Перу О. Ерліха належить 65 опублікованих праць [16, с. 700–703], хоча і цей список на сьогодні вже неповний з урахуванням нових публікацій. Див. також бібліографію, складену В. Бігуном: [17, с. 118–121].

мо обмежуватися тільки тим, що цей мислитель висловив на сторінках «Основоположення».

Важко сказати, чи очікував сам О. Ерліх того резонансу, що викликала у 1913 р. публікація «Основоположення». Ніщо ні в самій цій праці, ні в інших творах О. Ерліха, написаних у той період часу, не вказує на те, що мислитель з окраїн Австро-Угорської імперії розраховував на успіх, на увагу наукового співтовариства, особливо після провалу його програми емпіричних досліджень живого права. Дослідженням живого права були присвячені дві важливі праці О. Ерліха, що вийшли друком напередодні публікації «Основоположення» [22, с. 12; 23, с. 47], в яких мислитель виклав свою програму інтеграції науки про право з життєвою практикою юристів¹. О. Ерліх спочатку долучився до цього руху вільного (знаходження) права [25, с. 170–202], але через кілька років звернув увагу на власне соціологічну проблематику, не залишаючи остаточно табір прихильників вільного права (суддівського знаходження права).

Основним науковим проектом мислителя потрібно назвати введення прикладних методів навчання юристів, що О. Ерліх проголосив своїм програмним завданням у грудні 1906 р. при вступі на посаду ректора [26], і вже з 1909 р. запровадив на юридичному факультеті Чернівецького університету новий навчальний курс з живого права [27]. Після невдалого досвіду організації емпіричних досліджень правового життя народів Буковини, описаного у цих працях, О. Ерліх поставив під питання саму евристичну цінність таких досліджень [28, с. 575–576]. Юридичне співтовариство Австрії як і раніше не звертало уваги на оригінальні ідеї мислителя, який в очах австрійських та німецьких правознавців стояв в асоціативному ряду з Г. Канторовичем, Ю. Офнером, Е. Фухсом, Ф. Жені та іншими теоретиками руху вільного права. Можливо, різкий і часом категоричний тон² звинувачень О. Ерліха на адресу традиційної юридичної догматики, якими рясніє «Основоположення», деякою мірою можна пояснити роздратуванням вченого проти мовчання юридичної спільноти (як теоретиків, так і практиків) і має на меті розбудити цю спільноту, привернути її увагу до розроблюваної австрійським мислителем проблематики.

Якщо такою була мета О. Ерліха, і якщо саме таке бажання він загадав у ніч на Різдво 1912 р., коли закінчив своє «Основоположення», то слід визнати, що він цієї мети безсумнівно досяг, бажання отримати увагу і популярність було здійснене. З одного боку, вихід у світ у 1913 р. «Основоположення» більшість дослідників вважає датою заснування нової наукової дисципліни — соціології права [29], з другого — ідеї, висловлені О. Ерліхом, привернули увагу і викликали реакцію (як позитивну, так і негативну) не лише у німецькомовних країнах,

¹ О. Ерліх порушив це питання перед австрійським науковим співтовариством у виступі на з'їзді німецьких юристів у 1911 р. [24, с. 61–79]. Але ніякої уваги ці ідеї не викликали.

² Разом з тим О. Ерліх не використовує в «Основоположенні» слова «ніколи», «завжди», не робить остаточних суджень про правову матерію і про провідну роль в ній живого, соціального права. Його формулювання, при уважному прочитанні, не дозволяють дійти висновку про те, що О. Ерліх претендує на універсальність своїх висновків. Якщо правознавець дійсно замислював цей твір як своєрідну рекламну акцію, за допомогою якої розраховував привернути увагу до соціолого-правової проблематики, яка повинна бути розвинена в подальших працях трилогії (див. вище), то така стратегія є цілком зрозумілою.

а й у США, Франції, Англії [30, с. 8]. «Основоположення» стало, таким чином, візитною карткою мислителя у світовому науковому співтоваристві, за допомогою якої представляються і сам О. Ерліх, і його ідеї. Не в останню чергу успіх цього твору пояснюється простотою і витонченістю стилю, умінням автора синтезувати у своєму світогляді різні аспекти правового життя (звичай, судову та юридичну практику, законодавство, римське, англійське право тощо), які зазвичай сприймаються юристами нарізно.

Але у цьому випадку О. Ерліх став жертвою свого успіху. Його «Основоположення» піддалося різкій, багато в чому ґрунтовній критиці за сміливі, але недостатньо обґрунтовані ідеї, викладені на сторінках цієї книги. Особливо жорстку відповідь автор дістав від висхідної зірки австрійського правознавства Г. Кельзена [31]. Доводи Г. Кельзена створили враження дійсно нищівної критики [32], на яку автору «Основоположення», як здається, нічого було відповісти. Багато дослідників небезпідставно вважають О. Ерліха «програвшим» у суперечці з Г. Кельзеном [33].

Насправді, з формулювань «Основоположення» можна було зрозуміти, що О. Ерліх віддає безумовну перевагу соціальному праву перед правом офіційним, заперечуючи дійсність останнього у випадках колізії з живим правом, а стосовно до правознавства — ставлячи під сумнів потрібність догматичних досліджень, правових концепцій і схем. Заявити про це означало посягнути на стовпи європейської юридичної науки, яка саме і виросла на культивуванні офіційного, «розумного», «природного», «професорського» права для подолання «варварського», звичаєвого права. Цього сучасна О. Ерліху європейська теорія права пробачити не могла — його ідеї, після нетривалого жвавого обговорення, на багато десятиліть канули у забуття. Ідеї О. Ерліха знайшли більш живий відгук за океаном, у Сполучених Штатах [34, с. 144] і в Японії [35, с. 109–115], ніж на батьківщині цього мислителя та в інших європейських країнах.

Ці спостереження допомагають нам зрозуміти, в якому ракурсі була сприйнята соціолого-правова концепція О. Ерліха. Але чи був цей ракурс безумовно правильним? Чи можемо ми розглядати концепцію австрійського мислителя та й будь-яку соціологічну теорію права, як таку, що обов'язково спричинить пониження чи навіть заперечення значення офіційного права, ролі держави у правовому житті [36]? Подібних заяв на сторінках праць австрійського правознавця немає, вони приписуються О. Ерліху його критиками, які намагаються «розвинути» соціологічні ідеї мислителя про право до їх «логічного» кінця. Але ця «логіка» є вельми сумнівною.

Дійсно, О. Ерліх критикував сучасне йому теоретичне правознавство за нездатність осягнути соціальні реалії, за догматизацію права як знаряддя реалізації державної політики, за рахунок чого у поле зору науки про право потрапляла лише незначна частина правового життя, пов'язана з діяльністю державних чиновників. У цій перспективі О. Ерліхом оспорювалася сама теза про необхідність визначення права як примусового порядку, встановленого і підтримуваного державою — адже велика частина правових відносин протікає без будь-якого втручання держави, причому суб'єкти цих правовідносин навіть не замислюються про те, щоб звернутися до держави для регламентації їх сімей-

ного, господарського, релігійного життя, хоча б державний правовий порядок і допускав подібне поводження¹.

Але де ж тоді межі права стосовно інших норм, які також регламентують спілкування? Це питання для О. Ерліха становило особливі складнощі — так, у 1911 р. мислитель писав, що «будь-якому юристу відомо, що не можна провести межі між мораллю і правом: найчастіше сьогодні правом стає те, що вчора було мораллю — право є мораллю вчорашнього дня» [22, с. 20], а у праці 1912 р. можна прочитати: «Вирішувати про те, чи маємо ми справу з мораллю чи правом, я залишаю тим, хто більше мене може приділити увагу безплідній термінології» [23, с. 48]. В «Основоположенні» О. Ерліх займає схожу позицію: «Важко провести наукову межу між правовою нормою та іншими видами норм, але на практиці ця складність виникає рідко. Кожен зазвичай зможе без зволікання одразу сказати про норму, чи належить вона до галузі права або до релігії, звичаю, моральності, пристойності, такту, моді чи нормам хорошого тону. Цей факт повинен утворювати вихідний пункт нашого дослідження. Питання про протилежності правової норми і позаправових норм є питанням не науки про суспільство, а соціальної психології» [8, с. 209]. Ідея О. Ерліха обґрунтувати це розходження через розмежування психологічних відчуттів була охарактеризована Г. Кельзенем (на нашу думку, цілком заслужено — на це вказує і М. Ребіндер [6, с. 124], але є і протилежна точка зору [35, с. 98–100]) як сама курйозна спроба визначити сутність права [5, с. 620].

Водночас О. Ерліх не виключає можливості для державного права знайти соціальну дієвість, стати реальним керівництвом до дії для суб'єктів права, набути статусу живого права. По-перше, державне право не тотожне закону в широкому сенсі [8, с. 179], і, що найважливіше, «державні правові норми рідко відрізняються від соціальних» [8, с. 376], оскільки виникнення і тих, і інших норм зумовлено суспільною необхідністю. О. Ерліх досить ясний і послідовний у цьому питанні і не виключає правової природи (тобто організаційної ролі при регламентації соціального життя) за державними установами. Вчений визнає: «Те, що держава тут, як і в усьому, може багатьом розпорядитися або зіпсувати своїм прямим втручанням і рішеннями своїх відомств, звичайно, безперечно» [8, с. 397]. Але вчитаймося у ці слова: «Безперечно й те, що вона [держава. — М. А.] спроможна запустити в рух або, навпаки, зупинити цілий суспільний розвиток» [8, с. 397]. З цієї точки зору, звинувачення О. Ерліха в запереченні права держави, його дієвості та сили, у взаємовиключному протиставленні офіційного та соціального засновані на непорозумінні, на вихоплених із контексту цитатах.

Іншою характерною помилкою у сприйнятті концепції живого права О. Ерліха є уявлення про те, що в соціолого-правовій теорії австрійського мислителя норма ототожнюється з фактом², а фактичний примус є синонімом юри-

¹ Інша справа, що держава та її порядок можуть становити незримий фон цих відносин, залишаючи суб'єктам правовідносин можливість апеляції не лише до соціального, а й до офіційного права. Цей момент саме і був залишений О. Ерліхом без уваги на сторінках «Основоположення», за що його автор піддався заслуженій критиці з боку опонентів.

² Цей докір вперше був висловлений у критиці Г. Кельзена, на що О. Ерліх активно і досить переконливо заперечував, звинувачуючи Г. Кельзена у приписуванні йому чужих

дичної повинності. У тому, що це абсолютно не так, можна переконатися, прочитавши «Юридичну логіку» 1918 р. Зокрема, там О. Ерліх пише про те, що завданням соціології права, дійсно, є встановлення, а не оцінка фактів, але при цьому соціологія права не ставить судді в обов'язок застосовувати ці соціальні факти замість норм законодавства [19, с. 389]. Відкидаючи «вульгарний етатистський погляд на право» [19, с. 82], мислитель не претендує на формування другого правового порядку (живого права), який би існував паралельно порядку права держави. Його основна критика була звернена проти дедуктивістської моделі юридичного мислення, де суддя мислився як безлика передавальна ланка великого механізму правозастосування, що автоматично витягує логічний зміст із правових висловлювань і поширює цей зміст на правові відносини, які лежать перед ним. О. Ерліх, слідом за Р. Ієрінгом, закликав до того, щоб у правових висловлюваннях (законодавчих текстах) шукати не об'єктивний логічний зміст, а конкретні інтереси, які мали на увазі законодавці (у широкому сенсі, включаючи безіменних творців юридичних звичаїв і традицій), коли формулювали ці висловлювання. З цієї точки зору, соціологія права О. Ерліха була спрямована не на заперечення офіційного права, а, навпаки, на зв'язування суддів реальною волею законодавця¹.

ПРАВОСУДДЯ У РАКУРСІ СОЦІОЛОГІЇ ПРАВА О. ЕРЛІХА

У цьому аспекті ми виходимо на прикладне значення концепції австрійського мислителя для проблем правосуддя. Правові норми для О. Ерліха були не безживними конструкціями (звідси його різка критика юридичної екзегетики в «Осноположенні»), а частинами реального, ефективного порядку соціальних зв'язків, який захищає окремі інтереси, не даючи правового захисту іншим. Кінцевим «законодавцем», якщо так можна висловитися (цієї гіперболи немає у працях самого О. Ерліха), є саме суспільство, яке формує загальний порядок соціальних відносин, який згодом нюансується, уточнюється, іноді переформулюється і навіть спотворюється законодавцями (конкретними індивідами, які є творцями законів, звичаїв, традицій). Разом з тим О. Ерліх далекий від наївного соціологізму Ш. Монтеск'є, який вважав, що дух законів сам розставляє у суспільстві все по своїх місцях, а індивіди, які формулюють правові приписи, є лише ляльками, якими водить вміла рука об'єктивної (географічної, історичної та ін.) необхідності [40]. Показово при цьому і те, що О. Ерліх далекий від оптимізму прихильників історичної школи щодо правового звичаю. Зокрема, одна з праць австрійського правознавця присвячена саме критиці застосування торгового звичаю у цивільних правовідносинах [41]. Навпаки, у правовій концепції О. Ерліха величезну роль відіграє індивідуальність кон-

думок [5, с. 615–623; 37, с. 638–644]. З цієї точки зору не зовсім обґрунтованою виглядає позиція сучасного українського дослідника, що власне повторює цей кельзенівський докір, не рахуючись при цьому з оригінальною позицією самого О. Ерліха [38, с. 157–159].

¹ У цьому зв'язку символічно, що одне з недавніх російських досліджень з проблематики правосуддя має в якості свого епіграфа відомий вислів О. Ерліха про те, що центр ваги розвитку права знаходиться в суспільстві [39].

кретних правотворців, які фокусують у своїй свідомості ті чи інші інтереси, надаючи їм юридичний захист у нормах.

У цьому аспекті слід повернутися до цитованого напочатку статті докору М. Вебера на адресу О. Ерліха за зневагу юридичними поняттями, за протиставлення фактів поняттями. Справа йде зовсім не так, як уявляв собі М. Вебер. Наведемо слова самого О. Ерліха: «Помилка так званої юриспруденції понять полягає не в тому, що вона працює з поняттями (оскільки без понять не може бути ні науки, ні практичного застосування наукових результатів), а в тому, що вона неправильно конструює ці поняття» [19, с. 196]. Норма права повинна містити чотири елементи: захищений інтерес, умови (обставини) надання захисту, вказівка на заборонену дію, спосіб і межі захисту [19, с. 188]. Правове відношення при цьому конструювалося О. Ерліхом як єдність двох перших елементів (захищеного інтересу і моделі обставин, за яких надається захист) [19, с. 190]. Власне правовідношення для О. Ерліха — це «соціально визнане відношення, яке згодом може розраховувати на отримання захисту з боку судів чи інших властей» [19, с. 191].

З цієї точки зору стає зрозумілим, що О. Ерліх аж ніяк не збирався заперечувати норму, змішуючи її з фактом. Юридичні факти (володіння, панування та ін.) — це лише частини правової норми, це відносини, що кристалізувалися у правовій практиці, які можуть як отримати, так і не отримати правовий захист (залежно від того, яким буде четвертий елемент норми — спосіб і межі захисту). Тому коли в «Основоположенні» австрійський мислитель повторює фразу Р. Ієрінга про «нормативну силу фактичного», під «силою» він має на увазі не самостійну юридичну силу фактичного порядку примусу (у чому О. Ерліха помилково звинувачував Г. Кельзен), а лише ту рушійну силу, яка ставить фактичного законодавця (будь це члени парламенту, монарх або суддя) перед питанням про надання захисту того чи іншого відношення. Причому відбувається таке надання зовсім не автоматично і далеко не завжди¹.

Мислитель підкреслює: «Існуючі в суспільстві правові інститути формують правовий порядок незалежно від того, регулюються вони правовими пропозиціями чи ні. Ці інститути залежать від правових пропозицій (особливо від законів) тільки тією мірою, якою ці останні можуть визначити, яким чином правові інститути повинні сприйматися суддею і особливо те, чи повинен суддя надати захист тим конфліктуючим інтересам, які, можливо, можна виявити в даних правових пропозиціях» [19, 219]. Водночас О. Ерліх підкреслює, що захист може бути наданий не лише законом, нормативно-правовим актом держави. До юридично зобов'язуючих текстів належать, наприклад, закон у континентальному праві, прецедент — в англійському праві, доктрина — в мусульманському праві, звичай — у традиційних суспільствах. Знаходячи якесь відношення позбавленим захисту з боку законодавця і вважаючи, що з точки зору вимог

¹ За логікою О. Ерліха, спочатку перед юрисдикційними органами починає «виникати певний інтерес, який претендує на юридичну дійсність у конкретному випадку»; потім цей інтерес поступово кристалізується, отримує «статус соціально визнаного у формі звичаю, володіння або волевиявлення» (того, що мислитель називає «юридичними фактами»), і лише згодом отримує закріплення в нормі права (суддівського, законодавчого, звичаєвого), що надає цьому інтересу ту чи іншу форму захисту [19, с. 191–193].

справедливості (вони відігравали чималу роль в утворенні права) ці відносини повинні бути юридично захищені, суддя може використати свою юрисдикційну владу для розширення меж захисту за межі норми офіційного права.

Але на відміну від прихильників руху вільного права, які бачать в судді основного творця права, у своїх пізніх творах О. Ерліх досить чітко позначає межі суддівського розсуду. По-перше, вільний розсуд судді поширюється лише на ті інтереси, які не врегульовані у правових усталеннях щодо інших інтересів: «Судове урівноваження інтересів підпорядковується порядком правових усталень» [19, с. 191]. Суддя, спираючись на принципи права або на свої фактичні повноваження, може створити «норму рішення» (тобто абстрактне правило, відповідно до якого суддя вирішує питання про права та обов'язки сторін спору) для конкретного казусу. Але якщо така норма рішення суперечитиме нормі права, зафіксованої у правовому усталенні (статті закону), то судове рішення буде неправомірним. Можливо, суддя у своєму рішенні і висловить соціально значущі інтереси, хоча у своїй нормі рішення він і формулює потреби тенденцій розвитку уявлень про справедливість, але до закріплення у правових усталеннях, тобто в таких текстах, які вважаються юридично зобов'язуючими в тому чи іншому правовому порядку, його рішення буде лише «ініціативою юриста», яка для того, щоб стати правом, повинна пройти через «битву думок» і отримати належне формальне закріплення у правовому порядку [11].

По-друге, суддівське знаходження права не має інтуїтивного характеру (яким воно уявлялось у творах багатьох прихильників вільного права), воно не звертає нас до міркувань доцільності — рішення судді повинне бути засноване на раціональному, об'єктивному науковому методі, що дозволяє достеменно встановити вихідні соціальні інтереси, захищені законодавцем. Соціологія права дозволяє подолати об'єктивістські установки людського мислення, через які ми помилково «розглядаємо як об'єктивно правильне те, що ми вважаємо доцільним» [20, с. 546]. Суддя повинен бути критичний не лише стосовно своїх міркувань доцільності, а й має бути особливо акуратним, атрибуючи деякі уявлення про доцільність автору правового тексту. Адже такі уявлення не можна встановити з повною достовірністю [20, с. 547].

Очевидно, що «існують питання, які автор правового усталення перед собою не ставив... на інші питання він навмисно, часом демонстративно, не відповідав» [20, с. 542]. Тому «безліч суспільних інтересів... залишаються (щонайменше, первісно, а деякі і постійно) поза рамками того права, яке сформульоване в правових усталеннях» [19, с. 184]. Відзначимо, що для О. Ерліха «правове усталення» і «правова норма» співвідносяться приблизно так само, як для нас співвідносяться між собою «стаття закону» і «норма права» — друге є правило поведінки, а перше є форма фіксації цього правила. З цієї точки зору думку О. Ерліха можна тлумачити таким чином: далеко не всі правові норми зафіксовані у статтях законодавства, вони можуть фіксуватися і в судовій практиці, і в звичаях, торговельному обігу. Тому між соціологією права і нормативним розумінням права немає неперехідної межі [42].

Законодавець неспроможний заздалегідь дати правила для всіх можливих ситуацій, а ті правила, які він створює, швидко застарівають в потоці соціального життя. Завданням судді є виявлення цих інтересів і порівняння їх з тими

інтересами, які мав на увазі законодавець (у широкому сенсі) при формулюванні відповідних правових усталень. Якщо суддя знаходить, що законодавець ставив перед собою мету захисту певних інтересів, але при цьому сформулював правове усталення (статтю закону) невдало, формально виключивши ту чи іншу з передбачуваних інтересів зі сфери, яка охоплюється цим правовим усталенням, то, на думку О. Ерліха, суддя у такому випадку повинен вийти за вузькі межі статті закону і надати захист тому інтересу, який мав намір захистити законодавець¹.

Але як визначити, що мав на увазі законодавець? Через аналіз буквальних слів і виразів? Цей шлях, як переконаний мислитель, нікуди не веде, якщо формулювання правового усталення невдале. Аналіз загальних принципів та ідеалів права, звернення до природного права? Такий шлях неприйнятний для О. Ерліха, по-перше, тому, що він ненауковий (з точки зору тієї моделі, заснованої на фактах позитивної науки, яка здавалася вченому очевидно), і, по-друге, оскільки він веде до суддівського свавілля, приховуваного за прекрасними і піднесеними словами². Австрійський мислитель був переконаний, що тільки соціологічний аналіз права здатний надати в розпорядження законодавців, суддів та інших правозастосувачів той науковий (заснований на фактах і орієнтований тільки на них) інструментарій, який дозволить їм коректно і грамотно виявляти інтереси, які підлягають захисту, і який тим самим буде науковою основою для розвитку і перетворення права. З цієї точки зору соціологія права набувала статусу наукової дисципліни, покликаної «навчити суддів застосовувати право» [19, с. 2].

Без такої наукової опори суддя не зможе правильно (тобто науково) вирішити справу, яка знаходиться перед ним. Якщо суддя розкриває ті інтереси, які протистоять один одному в конкретній справі, то йому потрібно, по-перше, ці інтереси порівняти між собою, а потім порівняти їх з тими інтересами, що законодавець (у широкому сенсі) захистив у тих правових усталеннях, які є юридично дійсними в даному правовому порядку. Це потрібно для того, щоб переконатися, що «інтерес, який шукає захист перед судом, не відрізняється від того інтересу, який був урівноважений і закріплений у правовому усталенні» [19, с. 192]. Якщо суддя знаходить, що інтерес захищений статтею закону (правовим усталенням), він застосовує цю статтю. Якщо ж інтерес не має захисту, то можливі дві ситуації. Або законом захищається протилежний інтерес, і тоді суддя повинен відмовити в судовому захисті, або ж ні оспоруваний, ні протилежний йому інтереси не відображені в законодавстві, і тоді суддя має вибрати з конфліктуючих інтересів той, який підлягає захисту. Відмовити в судовому захисті унаслідок відсутності правового усталення суддя не може, але й вирішувати справу на власний розсуд він не повинен. У цій дилемі О. Ерліх пропонує судді

¹ З цієї точки зору, основним методом для судді має стати історичне тлумачення: «Для цілей застосування права історичне тлумачення є, таким чином, визначальним» [20, с. 542].

² Пор.: «Суддя, який при відправленні правосуддя нехтує законом, винен у зловживанні повноваженнями... Вона [соціологія права. — М. А.] не має на меті... обґрунтування такої доктрини, яка могла б дозволити суддям порушувати цю судову присягу [застосовувати закон. — М. А.]» [19, с. 389].

самостійно врівноважити інтереси, не збалансовані законодавцем. Причому зробити це суддя повинен не шляхом визначення найбільш сильного інтересу (що пропонує Р. Ієрінг), а шляхом наукового аналізу того соціального контексту, в якому законодавець створював той акт, згідно з положеннями якого мала б вирішитися спірна ситуація (наприклад, цивільний кодекс, якщо мова йде про майновий спір).

Таким чином, концепція австрійського мислителя не ставить факти на противагу нормам і не протиставляє живе право офіційному праву. Його інтерес сконцентрований на ситуаціях мовчання закону — прогалин, колізій, невдалих законодавчих формулювань. Тут традиційний дедуктивістський метод виявляється безсилим, оскільки з текстів законів не випливає жодної відповіді. О. Ерліх добре розумів, що даремно шукати рішення для поставленої перед суддею справи в сенсі, значенні використаних законодавцем слів: «Рішення, якого він ніякими кліщами не витягне з правових усталень, йому потрібно буде знайти... самостійно зважуючи інтереси, що вступили у суперечність, і забезпечуючи судовий захист тим інтересам, які він сам вважатиме пріоритетними» [20, с. 543]. У цих складних випадках (*hard cases*, як подібні юридичні ситуації називаються в англо-американській правовій доктрині) судді потрібен науковий інструментарій для винайдення правильного рішення. І саме цей інструментарій, на думку професора з Чернівців, соціологія права покликана надати в розпорядження судді.

ВИСНОВОК

Очевидно, що в цій перспективі О. Ерліху ніяк не можна дорікати в приниженні ролі формального закону в правовому житті. Роль держави у правовому житті значна, особливо в суспільствах сучасного типу, і австрійський мислитель був далекий від того, щоб це заперечувати [43, с. 94], хоча деякі формулювання його висловлювань про живе (соціальне) право дають підстави для протилежних думок. У зв'язку з цим Б. Таманайя не без іронії закликає врятувати О. Ерліха від його ж власного вчення про живе право [44].

Якщо ж суддя не буде усвідомлювати, чому він віддає перевагу тому чи іншому інтересу, він буде або чинити свавілля, або захищати інтереси найбільш сильного. Що, очевидно, не відповідає уявленням про справедливість. Але і ті дані, які дає судді соціолого-історичне дослідження, не є прямим джерелом норм рішення (і, тим більше, норм права). Виявлені суддею факти не є прямим керівництвом до дії — не можна у вигляді «історичного духу» або «соціальної тенденції» сформулювати якийсь правовий принцип, згідно з яким суддя буде легко вирішувати питання, які не мають прямої відповіді в законодавстві [35, с. 119–120]. Ця ілюзія не здатна зняти з судді тягар відповідальності за прийняті ним рішення. Він не може знайти такого принципу ні в позитивному, ні в соціальному (живому) праві, а якщо і знайде, то цей принцип, по-перше, буде суб'єктивним, і, по-друге, буде стосуватися не науки, а політики.

Всупереч поширеній помилковій думці, завданням соціології права, на думку О. Ерліха, не є надання судді матеріалу для заповнення прогалин у законодавстві — як зазначено вище, мислитель впевнений, що суддя не повинен ставати на місце законодавця, а факти не можуть замінити відсутніх слів.

Соціологія права дає змогу знайти конкретне правило, що врівноважує конкретні інтереси в даній справі, стосовно того загального балансу інтересів, який захищається правовим порядком [25, с. 190]. Такий метод для О. Ерліха є основною гарантією справедливості судового процесу — адже соціолого-історичний пошук дає судді більш широку перспективу соціальних інтересів: не тільки тих, що стикаються в суперечці, а й тих, які законодавець колись вирішив захистити, або які суддя захистив би на місці законодавця (до чого закликає ст. 4 Швейцарського цивільного уложення). Тим самим суддя спонукається до справедливого рішення, яке, як вважав О. Ерліх, може бути забезпечене лише там, де будуть науково виявлені та зважені всі інтереси [19, с. 309]. У цьому аспекті творчість австрійського мислителя набуває цілком конкретних практичних рис, що зв'язують соціолого-правову проблематику О. Ерліха з питаннями правосуддя і правозастосування [45, с. 191–202].

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Luhmann N.* Rechtssoziologie. 2 Aufl. — Opladen, 1983.
2. *Weber M.* Rechtssoziologie. 2 Aufl. — Neuwied, 1967.
3. *Гурвич Г. Д.* Теория источников права Ойгена Эрлиха и идея социального права // Эрлих О. Основоположение социологии права. — СПб., 2011.
4. *Тимашев Н. С.* Рецензия // Эрлих О. Основоположение социологии права. — СПб., 2011.
5. *Кельзен Г.* Основоположение социологии права // Эрлих О. Основоположение социологии права. — СПб., 2011.
6. *Rehbinder M.* Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich. 2 Aufl. — Berlin, 1986.
7. *Братасюк М. Г.* Значення поглядів Є. Ерліха на особливості юридичного мислення в контексті правової культури постмодерну // Проблеми філософії права. — 2005. — Т. III. — № 1–2.
8. *Эрлих О.* Основоположение социологии права. — СПб., 2011.
9. *Erlich O.* Соціологія права // Проблеми філософії права. — 2005. — Т. III. — № 1–2.
10. *Erlich E.* Вільне правознаходження та вільне правознавство // Проблеми філософії права. — 2005. — Т. III. — № 1–2.
11. *Erlich E.* Соціологія і юриспруденція // Проблеми філософії права. — 2005. — Т. III. — № 1–2. — С. 185–193.
12. *Erlich E.* Про живе право // Проблеми філософії права. — 2005. — Т. III. — № 1–2.
13. *Erlich E.* Юридична логіка // Проблеми філософії права. — 2005. — Т. III. — № 1–2.
14. *Erlich E.* Основи соціології права // Проблеми філософії права. — 2005. — Т. III. — № 1–2.
15. *Erlich E.* Карл Маркс та суспільне питання // Проблеми філософії права. — 2005. — Т. III. — № 1–2.
16. *Библиография работ О. Эрлиха // Эрлих О.* Основоположение социологии права. — СПб., 2011.
17. *Бігун В. С.* Євген Ерліх: життя і правознавча спадщина // Проблеми філософії права. — 2005. — Т. III. — № 1–2.
18. *Антонов М. В.* Социология права: рождение новой научной дисциплины // Эрлих О. Основоположение социологии права. — СПб., 2011. — С. 9–63.
19. *Ehrlich E.* Die juristische Logik. — Tübingen, 1918.

20. Эрлих О. Судейское нахождение права на основании правового предложения // Эрлих О. Основоположение социологии права. — СПб., 2011.
21. Антонов М. В. Запоздавшая реплика: об одной из последних работ Ойгена Эрлиха // Российский ежегодник теории права. — 2009. — № 2. — С. 320–331.
22. Ehrlich E. Die Erforschung des lebendes Rechts (1911) // Ehrlich E. Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freiheitslehre. — Berlin, 1967.
23. Ehrlich E. Das Lebende Recht der Völker in der Bukowina (1912) // Ehrlich E. Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freiheitslehre. — Berlin, 1967.
24. 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. Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freiheitslehre. — Berlin, 1967.
25. Ehrlich E. Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft. — Leipzig, 1903 // Ehrlich E. Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freiheitslehre. — Berlin, 1967.
26. Ehrlich E. Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts. Inaugurationsrede // Ehrlich E. Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freiheitslehre. — Berlin, 1967.
27. Rehbinder M. Eugen Ehrlichs Seminar für lebendes Recht: eine Einrichtung für die Weiterbildung von Rechtspraktikern // Проблеми філософії права. — 2005. — Т. III. — № 2. — С. 135–139.
28. Антонов М. В. У истоков социологии права: О. Эрлих // Ежегодник теории права. — 2008. — № 1.
29. Марчук В. П. Євген Ерліх – основоположник соціології права // Проблеми філософії права. — 2005. — Т. III. — № 1–2. — С. 147–151.
30. Rehbinder M. Einleitung // Ehrlich E. Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freiheitslehre. — Berlin, 1967.
31. Дискусія Г. Кельзена і О. Эрлиха // Эрлих О. Основоположение социологии права. — СПб., 2011.
32. Antonov M. History of Schism: the Debates between Hans Kelsen and Eugen Ehrlich // International Constitutional Law. — 2011. — № 5. — С. 5–21.
33. Van Klink B. Facts and Norms: The Unfinished Debate between Eugen Ehrlich and Hans Kelsen // Living Law: Reconsidering Eugen Ehrlich / Ed. M. Hertogh. — Oxford, 2009.
34. Ehrlich E. The Sociology of Law // Harvard Law Review. — 1922. — Vol. 36.
35. Vogl S. Eugen Ehrlich's Linking of Sociology and Jurisprudence and the Reception of his Work in Japan // Living Law: Reconsidering Eugen Ehrlich / Ed. M. Hertogh. — Oxford, 2009.
36. Марчук В. П. «Свободное право» в буржуазной юриспруденции. Критика концепций Е. Эрлиха. — Киев, 1977.
37. Эрлих О. Возражение // Эрлих О. Основоположение социологии права. — СПб., 2011.
38. Дорош Д. С. Розуміючи Ерліха сьогодні // Проблеми філософії права. — 2005. — Т. III. — № 1–2.
39. Горбуз А. К., Краснов М. А., Мишина Е. А., Сатаров Г. А. Трансформация российской судебной власти. Опыт комплексного анализа. — СПб., 2010.
40. Ehrlich E. Montesquieu and Sociological Jurisprudence // Harvard Law Review. 1915–1916. Vol. 29.

41. *Ehrlich E.* Das zwingende und nichtzwingende Recht. Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutschen Reich. — Jena, 1899.
42. *Антонов М.* Соціологія права і чиста теорія права: складний взаємозв'язок // Філософія права і загальна теорія права. — 2012. — № 1. — С. 250–257.
43. *Vogl S.* Soziale Gesetzgebungs politik, freie Rechtsfindung und soziologische Rechtswissenschaft bei Eugen Ehrlich. — Baden-Baden, 2003.
44. *Tamanaha B. Z.* A Vision of Social-Legal Change: Rescuing Ehrlich from «Living Law» // Law and Social Inquiry. — 2011. — № 1. — С. 297–318.
45. *Rehbinder M.* Richterliche Rechtsfortbildung in der Sicht von Eugen Ehrlich // Rehbinder M. Abhandlungen zur Rechtssoziologie. — Berlin, 1995.

Антонов М. В. Ойген Ерліх про закон і правосуддя

Анотація. У цій статті автор аналізує соціолого-правову концепцію О. Ерліха з точки зору її ставлення до державно-правових явищ. Особливий акцент зроблено на вивченні наслідків з теоретичної концепції О. Ерліха стосовно процесів здійснення правосуддя.

Ключові слова: О. Ерліх, соціологія права, правосуддя, правозастосування, законність.

Антонов М. В. Ойген Эрлих о законе и правосудии

Аннотация. В настоящей статье автор анализирует социолого-правовую концепцию О. Эрлиха с точки зрения ее отношения к государственно-правовым явлениям. Особый акцент сделан на изучении следствий из теоретической концепции О. Эрлиха по отношению к процессам осуществления правосудия.

Ключевые слова: О. Эрлих, социология права, правосудие, правоприменение, законность.

Antonov M. The Law and Justice according to Eugen Ehrlich

Summary. In this article the author examines the socio-legal conception of Eugen Ehrlich from the standpoint of its relation to the state-legal phenomena. The emphasis is focused on the practical implications from E. Ehrlich's theoretical conception toward the administration of justice.

Key words: E. Ehrlich, sociology of law, justice, law enforcement, legality.