



## АКТУАЛИЗАЦИЯ ПРОБЛЕМЫ СВОБОДНОГО ПРАВООПРЕДЕЛЕНИЯ В ТВОРЧЕСТВЕ Е. ЭРЛИХА

Алёна МАНЫК,

кафедра международного права

Черновицкого национального университета имени Юрия Федьковича

### Summary

This article examines the problem of expansion of the positivist understanding of law and updated of free consciousness of law. The first steps of it are made in the XIX century by founder of free law movement, Austrian lawyer E. Ehrlich, but today is relevant in international law. Actualized «man centrism» (main role of people) that allows for solving litigation (including international courts) to consider its specific characteristics, carefully considered and fully implement the individual interests of the person of legal relationship, not only to ensure the legality and validity, but justice of the decision.

**Key words:** free legal thinking, expansion of the positivist understanding of law, free law movement, E. Ehrlich.

### Аннотация

В статье исследуется проблема расширения позитивистского правопонимания, а также актуализация свободного правоопределения, первые шаги к которому были сделаны ещё в XIX в. основателем движения свободного права, австрийским юристом Е. Эрлихом. Сегодня этот вопрос становится актуальным и на международной арене. Актуализируется «человекоцентризм», что дает возможность при решении судебного дела (в том числе и на международных судах) учитывать его конкретные особенности, реализовывать индивидуальные интересы субъектов правоотношений, обеспечивать не только законность и обоснованность, но и справедливость вынесенного решения.

**Ключевые слова:** правопонимание, Е. Эрлих, свободное правоопределение, «человекоцентризм».

**Постановка проблемы.** Важность динамического предвидения новых процессов и тенденций, которые рождаются в обществе, расширение сферы частного права, необходимость создания эффективного механизма защиты прав человека служат историческими предпосылками для формирования в общественном сознании нового типа правопонимания.

Так, в отличие от юридического позитивизма с его неизменной схематизацией правовой действительности, идеализацией права как конструкции прочно соединенных абстрактных норм, которые в состоянии регламентировать любой проблемный вопрос, особое значение приобретает другая плоскость измерения права – нелинейная, непозитивистская, объемная, иерархическая и сложная, которая позволяет узнать и охарактеризовать правовую реальность как явление динамическое, непростое и разнообразное. Но чтобы привести в действие вышеупомянутый методологический механизм правопонимания, нужна согласованность правового реализма с реализмом научным.

**Актуальность темы исследования.** Своеобразный теоретический перелом в научном понимании сложной и многомерной социальной природы права в определенной мере был начат еще в XIX в. основателем движения свободного права, австрийским юристом, ректором Черновицкого университета –

Евгением Эрлихом. Именно в его работах впервые обосновывалась значимость социального контроля для развития цивилизации, актуализировались тенденции изучения права в действии и осуществлялись поиски решения проблемы противопоставления «динамической» юридической практики «статическому» нормативному началу. Классические формулы Е. Эрлиха – «перманентно переменные запросы действительности удовлетворяет только «живое право», «право должно быть стабильным, но при этом не может стоять на месте» – стали общепризнанными принципами современного правового мышления, которое базируется на функциональном подходе и требованиях учета постоянного перехода от генезиса права к его социальному действию.

**Степень научной разработки проблемы.** Многие зарубежные исследования направлены на элементарное описание взглядов Е. Эрлиха или ограничиваются общей характеристикой его учения, осмотром отдельных направлений в творчестве австрийского правоведа в связи с анализом смежных проблем. Такой подход характерен для изданных на русском языке работ Ж. Карбонье, Г. Коммейджера, М. Козна, Р. Паунда, Ф. Селзника, С. Синха. Более глубокому исследованию творчества Е. Эрлиха посвящены известные еще советскому читателю работы К. Кульчара и Г. Сайдлера и, к сожалению, доступные

только в оригинале работы R. Cotterrell, M. Freeman, N. Hull, J. Kowalski, W. Morrison, K. Opalek и J. Wroblewski, B. Schuartz, F. Setaro, J. Stone, J.H. Wigmore. Отдельные взгляды Е. Эрлиха были проанализированы в работах С.В. Боботова, И.П. Грязина, В.К. Забигаило, В.Д. Зорькина, Д.И. Луковской, З.М. Черниловского, М.А. Аржанова, А.Ф. Иваненко, А.С. Пиголкина, В.А. Туманова. Особое внимание анализу социологического подхода Е. Эрлиха в своих трудах уделяли в частности Г.Е. Адигезалова, М.В. Антонов, В.С. Бегун, В.П. Марчук и др.

**Целью и задачей статьи** является исследование актуализации расширения сферы свободного правопонимания, в частности человекоцентристской направленности, в том числе и в международном праве, начатой еще в XIX в. основателем движения свободного права, австрийским юристом Е. Эрлихом, что обеспечит не только законность и обоснованность, но и справедливость выносимых судебных решений.

**Изложение основного материала.** Познавательная деятельность в сфере права столь же многогранна, как и само право. Существующие различия в процессе познания обусловлены выделением отдельных сторон объекта познания, использованием различного набора приемов, методов, подходов к анализу права, что, в свою очередь, способствует открытию все более новых граней,



признаков и качеств в ходе погружения в правовую реальность.

Согласно традиционному подходу познание – это формирование мыслительных репрезентаций, отражающих правовую реальность. Объективный мир реалит, с одной стороны, и субъективный ментальный мир мыслей и чувств – с другой, должны быть четко и однозначно разграничены. Более того, объективная правовая реальность никак не зависит от субъекта, который ее познает; роль субъекта сводится только к сбору информации и построению умственных моделей, а приобретение им нового знания – результат манипулирования презентациями, возникающими в рамках этих моделей. Чтобы понять явление как правовое необходимо мысленно поместить его в правовое пространство, иначе говоря, представить самого себя и других субъектами права, отказавшись вследствие этой познавательной операции от остальных качеств, присущих человеку как активному участнику социальных процессов. В таком контексте правовая реальность исключает всякую другую, а само понимание права предполагает его обособленность от других сфер общественной жизни. Правовая реальность возникает как автономное формирование, ее предмет – это сфера объективного, размещенного «вне мира» субъекта; это сфера формирования бесстрастного специалиста, который не различает ни самого себя, ни той позиции, с которой он видит разные проявления права.

Однако при такой расстановке акцентов в вопросе о бытии права, согласно справедливому замечанию основателя современного социологического направления в праве, основателя движения свободного права – Е. Эрлиха, игнорируется важная плоскость проблемы. *Чем чаще имеют место размышления о праве, тем чаще приходится возвращаться к самим себе, поскольку принятие любого решения становится возможным только при наличии общественных потребностей, правовых чувств, методологических установок, ценностных ориентиров, которые повлекли за собой его жизнь.* При познании права важны не только официально установленные нормы, но ожидания, настроения, правовые оценки самого субъекта. Только от него зависит, какие стороны, фрагменты в качестве объективной действительности

привлекаются в познавательном отношении, именно от его познавательной активности зависит выделение из объективной реальности той ее части, что приобретает в познавательном отношении качество объекта.

Познавательная интенсивность права не может быть не трансформирована субъективностью реципиента. Проходя через сознание служащего и становясь его правосознанием, она не может не испытать влияния особенностей самого его сознания. Подобное происходит и в процессе судебной деятельности (где ярко отражены тенденции свободного правоопределения), в которой реализуется не чистое право государства, а то, как к нему относится и как понимает его судья, то есть в определенной степени уже обусловлено личностными и профессиональными качествами судьи специалиста. В таком процессе цель от права переходит к цели субъекта, превращая личность судьи в своеобразного «творца» своих правовых действий. В ходе судебного познания происходит отбор судьей познавательного потока фактов с позиции практического интереса. Информация не вливается в него из объективной реальности, а наоборот, судья, исследуя реальность, активно отсеивает из потока информации те данные, которые ему неосознанно кажутся необходимыми для принятия справедливого решения.

Если выбор истинных познавательных направлений, *дескриптивного* или *перспективного*, важен для всякого познания, то для познания в сфере судопроизводства, результаты которого вызывают особые социальные последствия, выбор приобретает соответствующее значение. Это выдвигает особые требования к его субъектам (их познавательным способностям). Только тогда, когда судья как субъект правоприменения будет вникать в правовую ситуацию, когда будет избегать «механической подтасовки» отдельной нормы под отдельный казус, не учитывая его особенностей, право обеспечит реальное решение спора о праве. В таких случаях речь идет об особых познавательных средствах, используемых при познании эмпирического мира, поскольку они сочетают в себе познавательные и оценочные моменты. Судья должен решать дело, прежде всего, в категориях деонтологии – свободной воли, обязательства, ответственности – и потом уже в

категориях эмпирической онтологии, то есть социальной среды, не подменяя первое вторым.

Известно, что правовой институт существует как таковой лишь при условии, что он обладает одним значением для всех, а норма становится правовой, если содержит в себе одинаковый масштаб поведения. Однако *жизнь не всегда вписывается в известные дефиниции, а социальный механизм реализации права включает в себя качества самого правоприменителя* – его ценностные ориентации, правовые знания, представления о справедливости.

При скептическом отношении к формализму, восприятию абсолютов, «законченных» систем Е. Эрлих противопоставлял актуальные проблемы «динамической» юридической практики «статическому» нормативному началу. Ученый признавал, что современное правовое мышление должно базироваться на функциональном подходе, тенденции исследовать то, как действуют правовые нормы, как нужно их создавать, чтобы можно было с их помощью достичь соответствующих результатов, а не то, правильное ли в формальном смысле этого слова содержание этих норм. Все правовые теории являются не чем иным, как борьбой за примирение требований, противоречащих друг другу: требования стабильности и требования перемен; право должно быть стабильным, но при этом не может стоять на месте.

Отличаясь статически-догматическим характером, право не всегда успевает за динамикой социальных изменений, иногда не соответствует новым условиям хозяйствования и социальных отношений; не может охватить всего многообразия свойств последних, а поэтому не способствует познанию истинной природы его динамических институтов, вследствие чего находится в «отрыве» от действительных потребностей практики. В стороне остается важная составляющая контекстуальной проблемы, что в идейно-мировоззренческой плоскости характеризует глубинные, более активные, динамические, нелинейные, синергетические косвенные грани динамического становления действительности, которые при таких условиях принципиально не могут быть истинно определены и предусмотрены в статической положительной догме права.



Интенсификация исследований в указанном направлении, по мнению Е. Эрлиха, существенно усиливается динамикой общественной жизни, которую порой не только невозможно предсказать, но и трудно законодательно закрепить. В момент возникновения конфликта любой нормативный акт уже имеет определенный, иногда довольно значительный «возраст», а потому не может адекватно отражать сегодняшнюю реальную ситуацию в обществе. Устарев, нормы-дефиниции не могут реализовать сегодняшнее представление о справедливости. Учитывая это, судья, который стремится принять справедливое решение, должен быть не только законодателем, но и социологом, обязательно должен учитывать реальные социальные отношения, обуславливающие «живое право».

Впервые в контексте эрлиховского дискурса особый смысл приобретает проблема статически-динамической сложности правовой реальности и догмы права. Ее обуславливает тот факт, что, с одной стороны, для обеспечения юридической четкости, однозначности, организованности догма должна быть статической вопреки динамической реальности, которую она определяет, а с другой стороны, так как определение – это всегда остановка развития, консервация процесса познания, то и догма вынуждена уточняться и совершенствоваться, чтобы все-таки отвечать постоянно меняющейся общественной реальности, разрушая при этом стабильность самого права. Признание за правом носителя функции основного социального регулятора неизбежно способствует комплексному и всестороннему исследованию правовой действительности, изучению ее фактического основания, проявления каналов взаимосвязи фактических и правовых оснований.

Определяющим признаком при исследовании правового бытия как наиболее общего понятия, что вбирает в себя всю совокупность правовых явлений и процессов, выступает нормативность как его имманентный признак. Общая норма является элементом правовой материи, нематериальным выражением порядка, основой построения правовой формы. Вектор познания правовой действительности в таких условиях направлен на определение закономерностей влияния именно правовых, юридиче-

ских явлений и процессов на факты реальной действительности. Согласно изложенному выше подходу основные закономерности движения правовой материи сводятся к редуцированию, упрощению и схематизации. Среди множества юридических ситуаций изыскиваются аналогичные по своей правовой сути, определяемые подобными жизненными обстоятельствами, правовая оценка которых приближается к степени необходимости вынесения одинаковых решений. При таких условиях заранее смоделированная система правил поведения предполагает «подстройку» реальности под типичную повторяющуюся модель. При разложении той или иной ситуации на правоотношения судья как бы «подгоняет» сложившиеся отношения сторон под известные ему правовые модели. При этом его правовое мышление характеризуется постоянным поиском в правосознании аналогичных правовых ситуаций, использованием прошлого опыта и приобретенного арсенала методов решения юридических ситуаций. В описанной интерпретации право как обобщенная абстрактная форма пытается охватить своим регулированием все общественные отношения, но в этой обобщенности и заключается его недостаток: упрощение – это всегда страх перед сложностью и многообразием бытия. Подчеркивая ролевое значение ситуационного подхода в познании правовой действительности, в критической социологии права Е. Эрлиха резонно обращается внимание на то, что правовые явления не характеризуются теми событиями в пространстве и времени, которые везде и всюду повторяются, *правовые явления – продукт бесконечного, разнообразного и неповторимого общественного бытия*. В связи с этим каждый социальный факт, каким бы он не был однородным и аналогичным по отношению к другим, всегда будет определяться индивидуальными особенностями, специфическими отличиями.

Разнообразие жизненных обстоятельств, их непредсказуемость, а также сложность самого права (понимание его сущности) не позволяют с абсолютной точностью, «математически» решить любую юридическую ситуацию. Такое абстрагирование неизбежно столкнется с трудностями реализации при наличии нетипичных, единичных, неординарных жизненных обстоятельств.

Чем формальнее и абстрактнее представления о праве, чем четче прописаны возможные формы, способы реализации права, тем менее гибким и более сложным становится приспособление его норм к особенностям конкретной правовой ситуации. Право может стать действительностью только в живом взаимодействии людей, их правоотношениях, поскольку право – это не что иное, как «правильное действие и правильное решение в конкретной ситуации», а не то, что содержится в нормах, не схема для правильного действия. При возведении права исключительно в совокупность норм оно становится чем-то внешним, аморфным для человека, навязанным ему сверху. Основной постулат такой объектоцентричной позиции понимания человека – не человек утверждает себя в мире, свободно развивается, реализует моральные ценности, а формально закрепленные условия диктуют ему форму жизни.

Актуализируя проблемы свободного правоопределения, Е. Эрлих подчеркивал необходимость создания нового подхода, который направил бы усилия законодательства на судебную практику, преодолел бы разрыв между законом и фактическими общественными отношениями, смог бы приспособить право к жизненным реалиям [1]. Критикуя нормативное понимание права как такое, что не способно охватить всю многогранность правовой жизни, Е. Эрлих противопоставлял этому пониманию свою «свободную» трактовку права. Он отмечал, что не все нормы действующего законодательства применяются или выполняются, существует немало отношений, которые вообще не урегулированы законодательством, зато действуют и иногда применяются судами другие нормы, выработанные в процессе общежития – «живое право». Их сила является меньшей, чем сила формального права, но их практическое значение бывает иногда даже большим, потому, что существует меньшая вероятность наличия правовых споров, чем при четком формально определенном праве. Живое право – это то право, что «входит в жизнь, становится живой нормой, все остальное – это лишь голое учение, норма, решение, догма или теория» [7]. Живое право отвечает на перманентно переменные запросы действительности, само изменяется в соответствии с





жизненными потребностями, органично развивается и совершенствуется в контексте общественных отношений – в силу этого именно оно и должно быть регулятором общественных отношений.

Чтобы понять, какое право является «живым», следует исследовать среду его возникновения и действия как эмпирической реальности. Следовательно, источником познания права должны стать не законы, юридическая догматика, а непосредственное наблюдение поступков, изучение документов, отражающих его реализацию. Рассматривая право как отражение социальных тенденций и этических интересов, Е. Эрлих указывал на то, что определенность права – не результат логических операций, а следствие органического упорядочения процесса свободного осуществления судебной власти. Он считал, что правосудие – это индуктивный процесс выработки правовых норм в возрастающей пропорции; подобно тому, как формируются доктрины экспериментальной науки, формируется и прецедентное право – путем применения права к обстоятельствам каждого дела. Существенным фактором развития права является личность судьи, его положение как свободного и творческого, но ограниченного практикой диспозитивного статуса субъекта. Судья должен уметь самостоятельно отыскать норму для решения конкретного дела, независимо от того, решает он это дело на основе правовой нормы или без нее. Свободное правотворчество судьи в момент принятия решения по конкретному случаю – эффективный способ решения проблем правосудия, потому что «личностная нота во все времена была присуща судебной практике, во все времена на нее в необходимой степени влияли общественные, политические и культурные течения».

Истинное осуществление правосудия – процесс далеко не механический. Без вложения интеллекта, нравственных начал в процесс изучения любого правового конфликта судья, прибегая только к нормативным познаниям, проявляет себя лишь как ремесленник. Призвание судьи – не осудить, а рассудить, опираясь не только на законоположения, но и на всю палитру морально-этических устоев общества, свое мироощущение, свой жизненный опыт и понимание сути применения закона. В рассматриваемом

контексте проблем повышения профессионального мастерства судьей важно заметить: если судья – ремесленник, то он в поиске совпадений накладывает на правовую действительность законы как трафарет. При отсутствии совпадений такой судья теряется и не находит нужного ответа. Наделение судьей теоретических знаний особым профессиональным направлением возможно за счет принятия идей о границах внутренней морали правосудия, глубокого постижения правовых наук, особенно тех, которые изучают право с философских и методологических позиций. Эффективность правоприменения и судебной власти в большей степени зависит от моральных качеств кадрового состава, чем от совершенства законодательства. Даже наиболее качественный закон окажется неэффективным, если практика применения его судами не будет соответствовать выдвинутым моральным требованиям.

Именно «личность» судьи, считает Е. Эрлих, решает придерживаться «буквы закона» или духа права. Несовершенство личности – вероятность злоупотреблений, вероятность негармоничной реализации норм естественного права. Только высоконравственному человеку с повышенным сознанием и совершенным мышлением должно поручаться решения по своему усмотрению судебных дел в обществе. В результате судебного реформирования нужно начинать не с постоянных дискуссий об идеальной структуре судебной системы, а с реального улучшения качества судебных кадров.

**Выводы.** Позитивистские концептуальные схемы, которые ориентируют на несколько упрощенное понимание судебной деятельности, которая сводится исключительно к механическому воздействию на трансформацию норм права в индивидуальные акты, лишены актуальности. Сегодня возникает потребность в новых методологических подходах, которые дали бы возможность рассмотреть эту институцию с широких позиций, видя в ней реальный гарант естественных прав человека, что в случае наличия разрывов между конституционными положениями и реальной действительностью, относительной определенности содержания применяемой юридической нормы, пробелов в законодательстве или коллизий норма-

тивно-правовых предписаний имела бы возможность, руководствуясь идеей свободного правотворчества, решить подобные проблемные вопросы. Такое расширение сферы свободного правоопределения, что имеет человекоцентристскую, «правочеловечную» направленность, дает возможность при решении судебного дела учитывать его конкретные особенности, реализовывать индивидуальные интересы субъектов правоотношений, обеспечивать не только законность и обоснованность, но и справедливость вынесенного решения по делу.

#### Список использованной литературы:

1. Антонов М.В. Запоздавшая реплика: об одной из последних работ Ойгена Эрлиха / М.В. Антонов // Российский ежегодник теории права. – 2009. – № 2. – С. 320–331.
2. Антонов М.В. У истоков социологии права: Ойген Эрлих / М.В. Антонов // Российский ежегодник теории права. – 2008. – № 1. – С. 565–592.
3. Бігун В. Євген Ерліх: життя і право значна спадщина (актуальний наукознавчий процес) / В. Бігун // Проблеми філософії права. – Т. III. – № 1-2. – Київ; Чернівці : Рута, 2005. – С. 105–126.
4. Эрлих О. Судейское нахождение права на основании правового предложения. Четыре отрывка из незавершенной работы «Теория судейского нахождения права» / О. Эрлих // Российский ежегодник теории права. – 2009. – № 2. – С. 332–376.
5. Коттеррелл Р. Эрлих на окраине империи: центры и периферии в правовых исследованиях / Р. Коттеррелл // Российский ежегодник теории права. – 2008. – № 1. – С. 546–564.
6. Лейбниц Г.-В. Сочинения о четырех томах / Г.-В. Лейбниц : в 4 т. – Т. 1. / ред. и примеч. В.В. Соколов ; пер. Я.М. Боровского. – М. : Мысль, 1982. – 636 с.
7. Ehrlich E. Grundlegung der Soziologie des Rechts / E. Ehrlich. – München und Leipzig : Duncker & Humblot, 1913. – 409 p.
8. Ehrlich E. Sociale Gesetzgebungspolitik aua dem Gebiete des Deutschen Privatrechts / E. Ehrlich // Unsere Zeit. – 1890. – I – P. 433–451.
9. Ehrlich E. Der Gang der Culturentwicklung / E. Ehrlich // Neue Revue. – 1896. – VII I. – P. 690–696.