

Є. Ерліх

СОЦІОЛОГІЯ І ЮРИСПРУДЕНЦІЯ

Переклад з німецької В. С Бігуна з: *Eugen Ehrlich. Gesetz und lebendes Recht: vermischte kleinere Schriften / Hrsg. von Manfred Reh binder. – Berlin, 1986. – S. 88-103.* Вперше опубліковано в: *Osterreichische Richter-Zeitung. – 1906. – III 1. – S. 57-72;* згодом окремими брошурами як: *Ehrlich Eugen, Soziologie und Jurisprudenz. – Czernowitz: Buchdruckerei “Gutenberg”, 1906. – 23 s., та те саме: Neudruck Scientia Verlag Aalen, 1987.*

Кожному, хто порівнював закон з написаною про нього книгою, спаде на думку: книга є більшою, часом в стократ, за закон. Тому природним буде спитати: чому? Як можна було написати таку товсту книгу про якийсь настільки короткий закон? Якщо виникне таке питання, то в юристі на нього є готовою прийнятна відповідь. Кожен закон, яким би чітким і детальним він не був, породжує багато сумнівів; усунути які – завдання юридичної літератури. Але ж тоді, – якщо їх можна позбутися лише з допомогою праць, набагато більших за самі закони, – сумнівів має бути непомірно багато. Тому виправданим є й інше питання: чому ж закони не формулюються так, щоб не виникало жодних сумнівів? Але з сьогоднішньої методики, коли для з'ясування усього, що врегульовує закон, передусім слід звертатися до написаної про нього книги, навряд чи можна почерпнути багато користі. Чи то закони мали би бути більш детальними, чи то юридична література є непотрібною.

Початково так думали і юристи. Вони прагнули формулювати закони настільки детально, щоб не породжувати ніяких сумнівів у його смислі. Звідси результат – закони стали об'ємнішими; проте книги з юридичною літератури – тоншими не стали. З часом маємо й ситуацію, коли кожне додане до закону слово теж лише породжує нові сумніви. Сьогодні ж майже всі компетентні юристи схиляються до думки: чим коротший і лаконічніший закон – тим кращий. Відтак загальноприйняту відповідь на питання про те, чому те, що містять юридичні книги вже не містить закон, не можна вважати задовільною.

Більш прискіпливий погляд дає можливість переконатися у тому, що насправді різниця між законом і написаною про нього книгою є різницею не стільки кількісною, як якісною: юридичні книги містять в собі не щось *більше*, а щось *інше*. Вони власне містять юридичну науку.

В законі нема місця науці. Якщо закон містить науку, до чого прагнули ті, хто хотів у нього вписати “все”, то наука втратить свою особливість: з'явиться мішанина, яка самій науці ніякої користі не несе, а закон засмічує, спотворює і нерідко навіть шкодить його реалізації.

Коли до цього повсякчас говорилося про закон, вважалось, що причиною цьому є те, що закон – це найбільш наглядна й для дилетанта найбільш поширена форма права. Але теж стосується кожної іншої форми, зокрема й звичаєвого права. Поставлене тут питання стосується відношення юридичної науки до правової норми. Воно – одне з найскладніших питань, які взагалі ставляться наукою.

Наводячи наступний приклад, спробуємо показати про що йдеться. Загальновідомо, що сімейне право, викладене в австрійському загальному цивільному кодексі (уложенні), є індивідуалістичним, можливо найбільш індивідуалістичним серед нині чинних в Європі. Жінка щодо чоловіка й діти – щодо батьків в цілому є самостійними, – настільки, що їх можна вважати ледь не чужими один одному. Дитина може мати власне майно і вправі розпоряджатися ним так само вільно, як і батьки – своїм; дохід дитини належить їй, а не батькам. Дитина має повне право на самовизначення й може так само абсолютно вільно використовувати власну роботу для своїх цілей. Вона перебуває під батьківською владою лише до досягнення повноліття; проте батько, як носій влади, є не більше, ніж опікуном: його завдання – лише опікуватися тим, щоб дитина не зашкодила собі через недосвідченість, необдуманість чи вади. Лише у цьому розумінні батько вправі з допомогою статку чи праці впливати на долю дитини; а його самого при цьому ще й контролює наглядовий опікунський суд, який вирішує справи за скаргами дитини до батька.

Проте на Буковині, яка відноситься до Австрії, як і в інших частинах країни, де чинним

є Цивільний кодекс, справи з батьківською владою до гіркоти серйозні. Румунський селянин, котрий можливо на сьогодні є чи не єдиним справжнім прототипом римлянина, знає *take sobi patria potestas*, яке викликає відчуття чогось добре знайомого у знавців давньоримського права. Згідно з цим правом діти дійсно підпорядковуються батькові якщо не впродовж усього свого життя, то принаймні – до повноліття (24 років), так хоча й не в такому неосязному обсязі як свого часу в Римі, водночас все ж таки – своїм тілом, своїм статком, своєю робочою силою. Й це не лише допоки вони перебувають вдома при батькові, але й – посеред інших на чужині. Якщо така домашня дитина працює деінде, то батько, або ж навіть мати, щомісяця пунктуально звертається до роботодавця, й вільно забирає заробіток додому. Так само вільно батьки розпоряджаються майном і доходом з майна дитини. Якщо спитати, чому діти так спокійно до цього ставляться, то відповіддю буде: протидія цьому була б чимось нечуваним.

Як пояснити суперечність між ясним і зрозумілим приписом Цивільного кодексу і правилом, що панує у житті? Юрист, зіткнувшись з таким питанням, не забарився б з відповіддю, сказавши, що йдеться про суперечність між звичаєм і правом. Що є правовим – це визначає Цивільний кодекс; у житті ж трапляється й таке, що з правом не узгоджується, й окрім правових норм у житті діють і звичаї. Якщо ж справа повинна бути вирішена суддею, то йому слід вирішити її у відповідності до Цивільного кодексу. Таке уявлення свідчить про поверхневе бачення ситуації. Як вказувалося вище, положення подібного змісту та зразка зустрічаємо ще у Давньому Римі. Там вони безсумнівно породжували право і відтак мали бути покладеними в основі судових рішень. Важко зрозуміти, чому цілком однакові норми, норми, яким притаманні однакові істотні риси, визнаються або не визнаються правом – залежно від того, чи є вони вирішальними для винесення судових рішень. Це ж було б вкрай маргінальною визначальною рисою.

Помилка полягає у тому, що юристи звикли вважати правом лише те, що виходить від держави, скріплене загрозливим державним примусом: усе ж інше – це звичаї, мораль чи подібні утворення. Проте вже сама норма права відміна від норми звичаєвої своєю природою і змістом, так само, як звичаєва норма своєю природою і змістом – від релігійної норми, но-

рми увічливості чи правила хорошого тону. Звісно, кордони цих санкціонованих суспільством норм розмиваються, і деякі з них навіть з часом змінюють свою приналежність. Проте загалом кожен розуміє, до яких норм йому слід відносити заповіді про пост, шанування своїх батьків, а до яких – правило не підносити ножа до роту. Свого часу все право переважно санкціонувалося суспільством, і так є й донині у значній частині всього права. Це стосується, крім міжнародного права, яке ми тут оминаємо, передусім права конституційного. Ніхто не стверджуватиме, що не підсудні жодному судді, а тим більше непідвладні його примусовому розпорядженню положення конституції (передусім ті, які мали зобов'язальний для монархів характер) вважатимуться правом, а лише простим звичаєм, хай навіть тому, що міністра не притягай до відповідальності за конституційні порушення. І навіть сьогодні міжнародне право чітко відрізняється від простих діючих в міжнародному праві звичаїв (“Право посланців їхати запряженою шестіркою”). Чи є, а чи не є норма правом – залежить від її природи, яка ніяк не залежить від її значення для приймаючого рішення судді.

Тут йдеться про інше; не про наявність суперечності між правом і звичаєм, а радше про те, що право виявляється нам у цих випадках у своїй подвійній функції: як організаційна форма і як суддівська норма-рішення. Принцип правомочності володіння майном дітей нині діє на Буковині, так само, як свого часу і в Римі, оскільки, очевидно, так само було організовано й сім'ю; лише судові справи вирішуються іншим, ніж в Римі чином. Якщо б Буковина, як територія, мала самостійний правовий статус, то могла б мати власне законодавство. І навряд чи вона не мала б власне сімейне право, й відтак визнала по всій справедливості за дітьми, які перебувають у батьківського домі, нездатність володіти майном.

Проте на Буковині діє австрійський цивільний кодекс, чужий закон, сімейне право якого виникло на основі зовсім іншої організації сім'ї. Його вплив, проте, є чисто зовнішнім – у формі норми-рішення, що зовсім нечасто застосовується у житті, та й то лише тоді, коли стосунки між батьками й дітьми дають підстави для певного “начальницького” втручання. У всьому ж іншому буковинська сім'я розвивається й процвітає за власним природним правом, не турбуючись про ту норму-рішення.

Наведемо ще один приклад суперечності обох функцій права. Як відомо, кожне товариство мусить мати власне положення. Яка його мета? Юрист схилився б до твердження про те, що положення необхідне для вирішення суперечок у справах товариства, що воно є нормою-рішенням. Насправді його завдання дещо інше – організувати товариство; воно містить положення про мету товариства, його органи, їхні права і обов'язки, майно товариства і його управління, права і обов'язки членів. Звичайно ж, відповідно до положення можуть вирішуватися і спори у справах товариства. Таким чином, положення – це передусім організаційна форма, а вже потім – норма-рішення; ця норма тут, як і деінде зазвичай, є похідною від організаційної форми, за змістом повністю їй відповідною. Це ж стосується й інших спільнот: юридичних осіб, як-от держави, громади, церкви, фонду, так і спільнот без прав юридичної особи. Конституція, статут територіальної громади, положення фонду, установчий договір господарського товариства відіграють тут ту саму подвійну роль, як і організаційні форми й норми-рішення, – у випадку з товариством з його положенням. Таке ж, коли навіть і неписане положення, має кожна сім'я: воно містить права батька, матері, дитини, як особистісні, так і майнові. Хоча положення й відмінні у різних сім'ях, загалом вони збігаються в межах одного народу й епохи; й відтак і організація сім'ї – це врешті-решт таки продукт пануючої на той час народної традиції, звичаєвих уявлень і економічних відносин. Сімейне право виникає на основі повсюдно узгодженої організації сім'ї, що уявляється виключно організаційною формою. Норми-рішення сімейного права можуть, як відзначалося, мати відмінний від організаційної форми зміст.

Ця суперечність пояснює і початок процесу запозичення чужого права, передусім рецепцію римського права у Німеччині. Запозичувалися ж не римські організаційні форми, а лише римські норми-рішення. Образ шлюбу та сім'ї залишився у Німеччині старим, залишалися старими відмінні, не відомі римлянам види несвободи, майже нічого не змінилося щодо власності, речових прав розпорядження, сервітутів, договори містили ті ж формулювання і традиційний зміст, як і раніше. З іншого боку, майже не перейнято після рецепції німецьким життям геть чужорідний образ римського життя, хай там скільки сказано в *Corpus juris* про такі питання, як рабство, стимуляцію чи емансипацію. Є й винятки,

однак в основному поверхневого характеру. Інститут заповіту було запроваджено в Німеччині коли для цього визрів би час і без рецепції, так само як це трапилося без рецепції в Англії чи Росії: так і донині у Німеччині за своїм характером це ніякий не справжній римський заповіт установлення спадкоємців, й зовсім не римський передавальний (дарчий) заповіт. І життя після рецепції залишається таким, як і раніше, лише судові процеси вирішуються за іншими принципами. Про один випадок обмеження такого принципу ще йтиметься далі.

Господарська організація нашого суспільства розбудована з допомогою інститутів власності, договору і спадкового права. Вони є її організаційними формами, звичайно ж у різних втіленнях*. З цієї господарської організації виводяться повноваження власника (майнового уповноваженого) й кредитора, виводиться далі, що слід розглядати як втручання у чуже правове поле, й виводиться зрештою велика кількість норм-рішень щодо речових претензій (вимог), відшкодування збитків і договірні позови, представництво справою без доручення й подібні оборудки, в яких протистоять різні правові сторони. Оскільки організаційні форми серед звиклого до звичаїв народу в основному є однаковими з часу започаткувати устрою власності, такими ж є й норми-рішення, не зважаючи на зовнішні відмінності, в основних мисленних формах вони формально подібні. Німецьке правознавство часто позначає організаційні форми терміном “природа речі”, й стверджує, що норма-рішення від неї бере свій початок.

Суперечність між двома функціями норми права, як організаційної норми та норми-рішення, загострюється при розгляді сім'ї румунського селянина особливо сьогодні через те, що в цьому випадку між ними, очевидно, є розходження. Але, на щастя, це не завжди так. Подібно до того, як в Римі майнова правомочність домашньої дитини відповідала не лише організації сім'ї, але й ґрунтувалася на основі норми-рішення, так і сьогодні власність, сервітутути, заставне право, договори, сімейні відносини, земля, громада, церква, установи, товариства судяться на основі норм, які формуються на основі образу, який опосередковано формують врешті решт ці інститути в житті: вони мали або ж

* “Власність” як економічне поняття охоплює і права речового користування, відносини найму й оренди, а “договір” як економічна організаційна форма – речове забезпечувальне право, заставне право.

принаймні повинні це робити. Як правило, відтак норми-рішення відповідають природі речі, яку вони регулюють.

Чим займається сьогодні правознавство: організаційними нормами чи нормами-рішеннями? Практикуючого юриста цікавлять лише норми-рішення; але оскільки значна частина організаційних форм опосередковано виникає з норм-рішень, то він мусить також бути обізнаний з ними. Для людини, котра перебуває в “гущі” життя, таке питання не складне. Він прискіпливо спостерігає за всім, що відбувається навколо нього, й відтак швидко дізнається про те, що для нього важливе. Важливішим за знання є, втім, тут, як і в будь-якому виді мистецтва, “сприйняття”, вираження усіх образів думки, що мають місце за порогом свідомості. Як в науці, так і в сприйнятті, є градація; є великі й малі юристи: малим слід вчитися від великих. Це – основи юриспруденції. Вони вчать юристів на основі живого споглядання відносин, як їх формує життя задля формування норм, які йому потрібні для оцінки й опрацювання правових ситуацій.

Загалом юрист-практик люто зневажає усю книжну мудрість. Це легко зрозуміти. Спостереження за життям вчать його більше, ніж література бібліотек. Проте для тих, хто наділений теоретичним складом розуму ця література відіграє зовсім іншу роль. Оскільки норми-рішення опосередковано виникають із суспільних форм, то й вони самі у певному розумінні є проєкцією цих форм, й можуть за великим рахунком бути представлені іншим чином, аніж у цих та цими формами. Уявлення норм-рішення тому повинно бути водночас уявленням про суспільні установи, сформовані людьми, які присвятили таким спостереженням своє життя, навчених цьому й таких, які мають витончене відчуття реальності речей. У цьому сенсі один римський юрист назвав юриспруденцію *divinarum atque humanarum rerum notitia*, що сучасник перефразував так: сонцесайна наука щоденного життя. Не зважаючи на практичну малозначність, звідси й черпає свою педагогічну цінність юридична література такого гатунку. Вона закладає *cupida legum inventus*, які поки ще не відомі життю, усі спостереження, які інакше слід було б зробити самому, щоб стати юристом, й вона надає його тим іншим, котрі самі б ніколи цього не зробили, й тим, хто розширює її кругозір і вдосконалює її сприйняття.

Тому насправді юриспруденція цього типу – це морфологія людського суспільства. Немож-

ливо навчати права без того, щоб водночас не представляти образ суспільства, в якому воно повинно діяти. Тепер також зрозуміло, чому юриспруденції не місце в законі. Так само й закон не може бути морфологією. Якщо ж її “прийнято” в закон, то вона відразу стає чимось іншим: з уявлення про те, що є, вона перетворюється на припис того, що повинно бути. Вона також втрачає еластичність, якою оволодіває для того, щоб слідкувати за кожним кращим досвідом і кожним випадком розвитку. Як часто певне юридичне вчення відкидається, видаляється з іншого, хоча під приводом кращого досвіду чи тим паче потреби приховується просто прагнення врахувати новий розвиток. Якщо ж однак вчення й може існувати без врахування того, що буде далі, то закону б зовсім або ж принаймні не так легко можна було б собі це дозволити. Нормам-рішенням, які опосередковано таким чином формуються на основі суспільних форм, протистоять всьому тому, що суперечить суспільним формам. Причини таких протистоянь, як вказувалося на початку статті, можуть бути різні. Таке може трапитися, передусім, й без умислу. Наведемо кілька доречних прикладів:

1. Далі продовжує діяти впроваджена законом чи обґрунтована наукою норма-рішення, хоча життя її вже давно проминуло й забуло. “Закон і право успадковуються так само, як і вічна хвороба”. Саме це має на увазі Герберт Спенсер, коли говорить, що закон – це завжди форма панування мертвих над живими.

2. Норма-рішення “реципується” з чужого, хоча вона не відповідає суспільним формам.

3. Природу суспільної форми належно не усвідомлено, й відтак помилково сконструйовано норму-рішення.

Відтак є два види норм-рішень: ті, які виникають безпосередньо з природи речі й ті, які через одну з названих причин нав’язуються законом чи наукою на основі відносин в тому виді, в якому вони виникають в суспільстві.

Як не варто за нормами не помічати життєвих відносин, так само не слід недооцінювати вплив норми-рішення на життя. Навіть норми-рішення, самі безпосередньо виведені з життєвих відносин, чинять специфічний вплив на життя при їх застосуванні. Кожне рішення передбачає зіткнення інтересів, боротьбу, й життєві відносини навряд чи залишаються по її закінченні такими ж, якими вони вступали в боротьбу. Лише в боротьбі виникає необхідність чітко розмежувати дві сторони, розділити те,

що було неясним і розпливчатим; таким чином, чітко усвідомивши межі “мого” й “твого”, права й обов’язку, з’являється навіть тоді певний новий елемент, коли ці межі вже були установлені до того. Разом з тим, слід паралельно вирішити й низку питань, які не можливо розв’язати з “життєвих відносин”, бо дійсність на них не відповіді не дає. Недостатньо прису- дити власнику земельної ділянки власність з усіма правомочностями, які в житті надає власність земельної ділянки: як бути з плодами, посадженими колишнім власником, яким у це вкладено працю і вчинено витрати? Не достатньо виконати договір так, як це ним передбачено; слід вирішити й такі питання, про які сторони навіть й гадки не мали: як діяти в разі, якщо заборговану річ буде знищено до виконання зобов’язання? Якщо вона виявиться зовсім іншого виду ніж передбачалося? На питання такого гатунку юриспруденція може віднайти відповідь лише творчо, під стимулом образу, який життєві відносини набули не в ході мирного розвитку, а в процесі судового розгляду, спору, й ці норми-рішення, які не було взято з життя, а натомість створено самостійно, в свою чергу справляють зворотній вплив на життя.

Тому норми-рішення безумовно здатні наповнити життєві відносини новим змістом. Мірою того, як це відбувається, вони набувають нового значення; й такими чином стає можливим спеціально запровадити норми-рішення наперед, й тим самим активно брати участь у розвитку життєвих відносин. Це прагнула віддавна робити юриспруденція, проте у більшому обсязі це робить держава – шляхом похідної від неї правотворчої форми, – законодавства.

Як би норма-рішення не справляла вплив на життя, в законі вона перетворюється на самостійну суспільну силу, маючи соціальний ефект. Проте все це відбувається не так просто, як може видатися. У більшості випадків, вважається, що, для досягнення бажаного ефекту достатньо прийняти закон. Припускається, що (1) кожен схвалений закон також має фактичну чинність, (2) ефект, що ним справляється, передбачався, (3) він не справляє іншого ефекту, окрім передбачуваного. Усі ці передумови, проте, є необґрунтованими.

Припущення про те, що кожен прийнятий закон справді чинить вплив на життя є неправильним. Важко повірити, наскільки більше є нечинного права у порівнянні з чинним. Кількість параграфів прийнятого майже сто років тому Австрійського цивільного уложення, які безслі-

дно проминули дійсне життя, чия відміна не мала б жодного значення для нього, навряд чи обмежується лише третиною. Серед них є й такі, положення яких здавалося матимуть істотне значення, застосовуватимуться майже повсякчас; проте у зібранні рішень Верховного Суду (де цих рішень тисяч 15 000) посилення на них не знаходимо жодного разу. Однак навіть якщо правове положення часом і застосовується в судовому рішенні – цей факт ще не засвідчує, що це рішення дісталося реального життя і навіть впливає на нього. Натомість щодня ми є свідками того, що правове положення не справляє ніякого передбачуваного ефекту, що воно має значення, яке при його формулюванні навіть не малося на увазі. Скільки було літератури про Конституцію у першій половині ХГХ століття? Чи у ній теж лише одним словом натякають на один із найважливіших наслідків конституційно правомочної урядової форми? Мається на увазі висновок про те, що Конституцією перервано вирішальний до цього вплив міста-столиці та міста-резиденції. На це так мало звертали уваги, що ті в Австрії, хто свого часу найголосніше апелювали до Конституції, стали тими, хто сьогодні від цього найбільше страждає – орієнтовані на німецькість централісти. Начебто конституційна держава покляла край німецькості Австрії. У цей момент німецький Відень і німецька віденська бюрократія відмовилися від свого до того часу домінуючого впливу на користь слов’янської провінції. Якщо б історія не була наукою, яка вчить нас лише того, що ми від неї зазвичай нічого не вчимося, то число тих, хто будь-яку суспільну недугу прагне вирішити новим законом, мусіло б бути значно меншим.

Слід звикнути до думки про те, що певні речі взагалі не можуть бути здійснені шляхом правових приписів, що сила права дійсно має певні межі. Слід звикнути до думки про те, що наслідки правила поведінки намір його, хто його запропонував, не має жодного впливу. Набувши чинності, право йде своїм шляхом: чи правове положення діє, і чи діє воно так, як бажалося, – залежить виключно від того, чи є воно тим засобом, який придатний для поставленої цілі. Слід нарешті також звикнути до думки про те, що для ефекту певного правового положення набагато важливішим є не його тлумачення юристами; натомість – більш важливими є інші обставини: специфіка народу з його соціальною структурою і формуванням, панівний моральний і звичаєвий світогляд, якості тих людей, що

покликані їх здійснювати, владні засоби, якими слід користуватися, порядок розгляду спорів.

У цьому зв'язку також хотілося б навести такий приклад. Австрійські юристи, запрошені на відкриття Палацу юстиції в Брюсселі років двадцять тому, із здивуванням довідалися про те, що Цісаря Йозефа II шанують за те, що він запровадив усне ведення судового процесу в Бельгії. Місію впровадження цього чуда було покладено на Загальний порядок судочинства, переважану Йозефіну, що й в Австрії діяла впродовж більш ніж століття, і на яку не покладалася сподівання запровадити усний процес. Не зважаючи на це, Порядок запроваджує обов'язкове усне судочинство “на території країни” (повсюдно, поза столицями провінцій). В Австрії “усний” процес, як правило, полягає у тому, що письмові заяви не подаються, а радше викладаються у формі протоколів, що передаються суддям; інколи, звісно, трапляється і так, що сторони під час засідання дійсно заносять свої висловлювання у протокол. Справа проте вирішується виключно на основі протоколів, як правило суддею, який не брав участі у засіданні. В тоді австрійських Нідерландах натомість за усний процес взяли серйозно. Й дійсно сторони виступали перед судом, про слухання справи опісля складався протокол, й суддя, який вів засідання, виносив рішення на основі протоколу й під впливом усного слухання. Так, один і той самий закон в Австрії призвів до протокольного і опосередкованого, в Нідерландах – до усного і прямого розгляду справ; різниця – не в законі, а в народі.

Тому для правової норми можуть стати важливими перевороти, котрі не мають до неї прямого відношення. Сьогодні набуває визнання положення про те, що основу загального німецького права заклало римське право, але римське право в дійсності ніколи не мало значення загального права: всі спроби сприймати *corpus iuris civilis* по-римському й в цьому розумінні його застосовувати зазнали невдачі через неспроможність зробити те саме право чинним у двох відмінних організованих суспільствах, якими є римське та німецьке. В Австрії також бачимо, що сотні параграфів Цивільного кодексу, в яких нічого не змінює й Новий цивільний процесуальний кодекс, спричинили до вироблення нового образу. Якщо за австрійським правом для розірвання католицького шлюбу (припинення співжиття та ведення спільного господарства) необхідно, щоб мали місце систематичні важкі знущання й хронічні образи,

а для розірвання не католицького шлюбу – повторювані знущання, то сьогодні нашими судами під важкими знущаннями чи вказаними образами уявляється дещо інше, аніж те, що під ними уявлялося в 1811 році. Адже звичаєві погляди не залишаються без змін. Ще й сьогодні діє кримінальний закон, значна частина положень якого бере свій початок з 1803 року: тим не менш з якимись бідолохом, що через голод вкрав би шмат хліба повелись би інакше, аніж сто років тому.

З усього випливає, що поряд з чисто юридичним поглядом на право, є й соціальний. Чисто юридичне уявлення про право передусім трактуватиме кожну правову норму поведінки в розумінні й душі того, від кого вона походить; не на багато від нього відрізнятиметься й історико-правове уявлення, що розглядає смисл і дух права часу його виникнення, творення чи застосування. Своє останнє втілення історичний та історико-правовий погляд на право знайшли в історичній школі юристів в Німеччині, яка прагне зрозуміти для себе те, що в загальному німецькому праві, переймаючи припис преторіанського права римлян, розумів римський претор, за умови, що імператор Юстиніан, включаючи його в *corpus iuris*, не пов'язував ніякого іншого з ним значення. Суспільствознавчий погляд на право ставить питання про те, яким чином діє правове положення, якою мірою і яким чином він породжує суспільну силу. При цьому слід звичайно ж не обходити увагою і намір, який впливає з цього правового положення, бо він також є суспільною силою; але він лише діє поряд з іншими, й в жодному разі ніколи не є вирішальним. Зрозуміло, що чисто історичний та чисто історико-правовий погляд – ненаукові та непедагогічні. Вони ненаукові через односторонність, а односторонність та науковість – протилежності. Вони є непедагогічними, бо нерозумно вивчати тільки те, що має діяти та не додати того, що дійсно діє.

В якому відношенні перебуває таке правознавство до інших наук? Яке його місце в системі наук? Було б зовсім недоречним у цій частині згадувати ті чималі зусилля, що призвели до творення чи відтворення будь-якої структури наук: всі вони могли бути виправданими настільки, наскільки виправдовуватимуть свої відмінні вихідні засади. Для цілей автора найкраще підходить традиційна структура, запропонована

Контом^{*}, чий основні ідеї перейняв й Спенсер. Вона імпонує передусім величною простотою й уніфікованістю представлення ієрархічної структури науки, кожна з яких заснована на вихідних положеннях і на основі оцінки висновків попередньої. При цьому, звичайно, не слід зважати на неприпустиме припущення про часову послідовність наук: математика, як вчення про абстрактні величини, – основа будь-якої науки, за нею йде фізика, як вчення про фізичні тіла, що втілює результати математики; далі заснована на фізиці біологія, як вчення про живі тіла; далі психологія, як фізика свідомості живих фізичних тіл, нарешті, соціологія, що за своїм характером є психологією мас. Те, що Конт не згадає історії серед наук – відповідає французькому розумінню історії як такої, що не відноситься до *sciences*, а натомість – до *belles lettres*. Німці мали можливість обмежитися при структуруванні наук французьким підходом, й тоді слід виключити з-посеред них історію, як і геологію, зоологію, ботаніку, мінералогію з само собою зрозумілих причин; чи описових наук: фізики і біології, історії, мабуть, разом з етнографією та статистикою, зоологією – чи то в якості частин чи самостійних галузей. У Кантівській системі засадничо обґрунтовано чіткий поділ на науки, які користуються чистим пізнанням і практичні дисципліни, які користуються результатами наукових досліджень для практичних цілей. Без такого поділу неможливо представити собі якусь систему наук, – це вже тому, що для певної практичної цілі можуть виявитися корисними результати дослідження різноманітних галузей наук. Лише так можна відвести юриспруденції належне місце.

Отже юриспруденція – це без сумніву, на перший погляд, практична дисципліна: вона вчить застосувати право на практиці. У такому образі вона функціонує вже тисячоліття. Проте це завдання, як вказувалося, вона може виконати в повному обсязі лише тоді, коли вона постає як морфологія людського суспільства, й дослідить сили, які діють в суспільстві на предмет їхньої природи та обсягу. Таким чином юриспруденція стане правознавством, вченням про право як соціальне явище; в такому розумінні вона – галузь соціології. Щоб не було жодного непорозумін-

ня, у цій новій редакції статті слід відзначити, що тут йдеться про соціологію в тому розумінні, в якому її розумів Огюст Конт і про те, як це розуміння поступово видозмінилося впродовж XIX ст. у форму соціології як особливої науки. Соціологія – це природне вчення про групові образи, передусім в розумінні Конта, образів лише

людей, хоча таке обмеження не визнається як необхідне чи бажане. Її виняткове завдання – дослідити та пояснити соціальні організації. Суспільні течії та прагнення – це лише предмет її дослідження; вона не ставить собі завдання їм слугувати, підтримувати їх певним чином : *je n'impose rien, je ne propose meme, j'expose*^{**}. Її слід так само чітко відрізняти від соціальної політики, як і від будь-якої політики й політекономії. Теоретична макроекономіка, звісно, зайнята дослідженням і викладом процесу формування і закономірностей економічних явищ – це частина соціології.

Трансформація юриспруденції у правознавство, а відтак і в одну з галузей соціології, сповна відповідає поступу інших напрямів. Усі теоретичні дисципліни беруть свій початок з дисциплін практичних. Ми, мабуть, не мали б астрономії без календарознавства та астрології, геометрії – без геодезії, хімії – без спроб переплавлення неблагородних металів в золото, майже всієї біології – без лікувальної справи останніх століть. Загально визнано, що високий злет науки останніх століть став можливим завдяки вказаному зміщенню цілей наукової роботи. І цей злет полягає не тільки в надзвичайному збагаченні нашого знання, але й передусім в тому, що збільшенні наших практичних здатностей. Якщо б наука переслідувала лише практичні цілі, вона б не спромоглася досягнути у практичному відношенні того, чого спромоглася, адже саме дослідником, а не практиком закладено основи сучасної медицини, сучасної техніки. Отож, мабуть варто сподіватися на те, що юристи не шкодуватимуть про те, що юридичні факультети переживають соціально-наукову переорієнтацію.

Перетворення і без того йде повним ходом. Воно відбувається так само легко, як і все велике в духовній сфері. В Німеччині вже кілька століть тому історична школа сказала своє перше слово: ось в чому полягає її значення, а не в засадничо помилковій догматиці та законода-

* З однією маленькою зміною: астрономія не розглядається як самостійна наука, вона є застосуванням фізики до космічних процесів. Виникнення психології результат сучасного розвитку. Хімія – це молекулярна фізика.

** Я нічого не накладаю, так само нічого я й не пропоную, я лише викладаю (франц.) – прим, перекл.

вчій політиці. Ряд стимулів, усі з яких важко перелічити, дано Ієрингом і деякими германістами. Останніми роками примножено ознаки нового часу; це однак ще не відбувається свідомо і чітко. Більш ясно проявляється рух, започаткований кілька років тому в Франції. Його провідником можна вважати Салейя в Парижі, одного з найвитонченіших умів небідного на прекрасні уми французького правознавства. Жені (у Діжоні, а зараз в Нансі) у праці “Методи тлумачення джерел та джерела позитивного приватного права” (Париж, 1889) зібрав неосяжний матеріал. Насамперед слід, проте, згадати про Ламбера з Ліону. Він викладає своє вчення у праці “Функція порівняльного позитивного права”, перший том якого вже побачив світ. Написана з великим захопленням і вченістю, праця мідним каменем укладає дорогу для поступу нового соціологічного правознавства*. Про свої прагнення, більш ранні та незалежні від французьких, хотілося б тут лише побіжно згадати: детальніше я виклав їх програмно в іншій праці** і спробував розвинути, описавши в багатьох монографіях.

Практична юриспруденція має таке ж відношення до такого соціологічного правознавства, як наприклад медицина – до біології, архітектура – до математики та фізики. Разом з тим слід відзначити й можливість розходження у цьому відношенні; отож нам доведеться постійно звертатися по настанови на предмет того, як будувати міст між наукою і практикою. Про одну вельми важливу обставину вже згадується: жодна практична дисципліна не обмежується силами лише однієї науки; якою багатоманітністю знань повинен володіти садівник, окрім знання тільки ботанічного. Юриспруденція звичайно ж займалася до цього часу лише несканомно небагатим матеріалом: знання тільки діючого права, нерідко – лише законів, у зв'язку з мистецтвом, яке слід віднайти в звичайних посібниках, до цього трохи логіки та марнославного “здорового глузду” – ось що потрібно для підготовки “хорошого практика”. Що цього не було достатньо “хорошому практику” для того, щоб справитися із відповідними простими задачами, – поступово було визнано: це підтверджує і досвід компетентного розуміння свого існу-

вання. Його слід поставляти юристові з різноманітних галузей знань, потрібних для виконання ролі своєї професії та тих, котрі він собі такими визначає сам, хоча вони безпосередньо з його обов'язками не пов'язані; таким є незадовільне тимчасове вирішення ситуації. Це повсюдно спричиняє появу нових юридичних дисциплін: найбільш яскравий приклад – судова медицина, що насправді є медичною юриспруденцією. Наскільки мало юридичний медик здатен замінити медичного юриста – в цьому переконуємося звичайно ж щодня.

І в цьому напрямі відбуваються зміни. З кожним днем зростає усвідомлення необхідності штучного використання результатів наукових досліджень для вирішення юридичних завдань. Це стосується передусім політекономії, зокрема соціальної політики: наскільки нам сьогодні видається віддаленим той день, що повинен скоро настати, в якому повсюдною буде ситуація, коли без економічної політики та соціальної політики не можливою буде юриспруденція чи застосовуюче на це ім'я правосуддя. В іншому напрямі прокладають шлях праці Ганса Гросса: заснована ним криміналістика передусім має значення в сенсі використання природничих наук і техніки для цілей кримінального правосуддя. Цінність психології – самозрозуміла: якщо правова наука – це галузь соціолога, то вона опосередковано спиратиметься на соціальну психологію, для котрої соціальні факти є нічим іншим як фізичними фактами у масовому прояві. Тут йдеться про застосування психології для цілей юридичної техніки. Ми чимало читали останнім часом про психологію показів свідків. Йшлося про речі, які навряд чи говорили щось нове психологам, однак говорили це юристам. Неймовірним є те, з якою легкістю покази свідків оцінюються в судочинстві: і не через злонамірність, – це хотілося б наголосити. Ненадійність людського сприйняття, легка сугестивність, все це було відомо всім, хто мав з цим справу: проте не юристам. Головуючий тим не менш часто на підвищених тонах говорить захиснику (а не прокурору): не ставте сугестивних запитань! Те, що головуєчий і прокурор майже не ставлять інших, аніж сугестивних запитань – для більшості проходить непоміченим.

Отже напрямок, у якому має розвиватися юриспруденція як практична дисципліна, таким чином, є вже окресленим: вона, віддавши свій соціально-науковий зміст соціології, знову здобуде свій споконвічно власний предмет.

* Подібно до французької, варто відзначити прекрасну працю Стренберга “Загальне вчення про право” (Лейпциг, 1904).

** Йдеться про працю “Вільне правознаходження і вільне правознавство” (Лейпциг, 1903).

Переклад В. С. Бігуна

Е. Эрлих

СОЦИОЛОГИЯ И ЮРИСПРУДЕНЦИЯ

В опубликованной Евгением Эрлихом в 1906 году статьи излагаются некоторые взгляды учёного об основах его (получившего название «социологического») понимания права, природе и значении социологии (права) и юриспруденции. Автор, указывая на понимание и различие права как законодательства, правовых положений, норм-решений, указывает на его связь и, более того, основанность, правда, не повсеместно, на праве, которое возникает в обществе, его организационных формах. Эрлих отмечает и обосновывает, что принятие законом определенных норм ещё не означает их действительности, жизненности. Поэтому он призывает к исследованию человеческого общества, его структур, рассматривая юриспруденцию как «морфологию человеческого общества», практическую социологическую дисциплину.

E. Ehrlich

SOCIOLOGY AND JURISPRUDENCE

This 1906 Ehrlich's article outlines some of the fundamentals of author's (called "sociological") understanding of law as well as of the nature and role of the sociology (of law) and jurisprudence. Ehrlich, pointing to the various understandings of law as legislation, legal provisions, *Entscheidungsnorms*, underlines on their relation to, and moreover, foundation in (though not in all cases) the law ensuing from society, its organizational forms. Ehrlich suggests and substantiates that norms introduced by legislation does not mean their validity, ability to be lived by in society. Therefore he calls on to study human society, its structures and forms, viewing jurisprudence as "morphology of human society", practical sociological discipline.