

Є. Ерліх

ОСНОВИ СОЦІОЛОГІЇ ПРАВА XX.I. Дослідження живого права

Зміст праці «Основи соціології права» за розділами

- I. Практичне поняття права (с. 15-33)
- II. Внутрішній порядок товариських союзів (с. 34-44)
- III. Соціальні союзи і соціальні норми (с. 45-62)
- IV. Суспільство і державний нормативний примус (с. 63- 80)
- V. Факти права (с. 81-110)
- VI. Норми-рішення [розсуджуючі норми] (с. 111-123)
- VII. Держава і право (с. 124-151)
- VIII. Формування правового положення (с. 152-168)
- IX. Будова правового положення (с. 169-187)
- X. Зміст справедливості (с. 188-211)
- XI. Римська юриспруденція (с. 212-232)
- XII. Англійська юриспруденція (с. 233-254)
- XIII. Давня юриспруденція загального права (с. 255-272)
- XIV. Історичний напрямок юриспруденції загального права (с. 273-290) (с. 291-310)
- XV. Справа юриспруденції (с. 291-310)
- XVI. Державне право (с. 311-330)
- XVII. Перетворення права в державі і суспільстві (с. 331-348)
- XVIII. Легалізація права юристів (с. 349-367)
- XIX. Теорія звичаєвого права (с. 368-397)
- XX. Методи соціології права (с. 398-426)**

I. Правова історія та юриспруденція

Метод соціології права має опиратися на спостереження. Історичний та етнологічний матеріал соціології. Зумовленість права суспільним порядком. Практична юриспруденція – морфологія суспільства. Дослідження правових установ незалежно від правового положення. Загально-правова юриспруденція як основа правової науки. Загально-правовий вираз вчення про consideration. Ніякого національного обмеження правової науки. Загальне

Переклад з німецької В. В. Трутня за: Eugen Ehrlich. Grundlegung der Soziologie des Rechts. 4 Aufl. / durchges. u. hrsg. von Manfred Rehbinder. – Berlin: Duncker & Humblot, 1989. – 439 S. Оригінально видано: München/Leipzig, 1913.

право як основа партикулярно-правової юриспруденції. “juris-prudence“ школи Остіна (Austin). Стосунок jurisprudence до соціології права.

II. Дослідження живого права

Дослідження права, яке міститься не в правових положеннях. Складність розуміти сучасне за допомогою минулого. Дослідження шлюбного майнового права, договору оренди. Дослідження аграрної конституції, сімейного права. Дослідження спадкового права, торгового права. Присуд як свідчення живого права. Ділові документи як свідчення живого права. Соціологічний матеріал документа. Не весь зміст документа є живим правом. Дослідження віджитого права. Дослідження ростків нового права. Соціологія повинна починати з дослідження конкретного. Дослідження порядку сьогоденішнього суспільства. Минуле зрозуміле тільки через сучасне. Інші методи соціології права. Географічний і експериментальний метод.

Коли пануюча правова наука сильно відзначає із всіх правових явищ правове положення як предмет дослідження, то це відбувається при мовчазному припущенні, що все право лежить перед нами ухваленим в правових положеннях. Так як правові положення, як гадають далі, в теперішній час досить повно містяться в законах, які легко доступні кожному, то при пізнанні нинішнього права задача складається тільки в зіставленні матеріалу із законів та віднайдені його змісту за допомогою відповідного тлумачення в літературі і судовій практиці. Іноді зустрічається ще думка, що правові положення виникають також поза законом: їх пробують в Німеччині, в більшості випадків, запозичувати в юридичній літературі, у Франції – в судовій практиці. Навпаки, за пануючою думкою “звичаєве право” у наш час є таким незначним, що відмовляються від того, щоб його науково як-небудь встановити чи дійсно віднайти методи для його дослідження. Тільки комерціалісти привертають ще свою увагу до *usance*, торгового звичаю. Тому зрозуміло, що всі зусилля правового дослідника направлені тепер на встановлення правових положень минулого часу, які нам, як раз, не так легко доступні, ніж ті, які знаходяться в сучасних законах. Науковий зиск цієї для права минулого часу витраченої роботи бачать не тільки в тому, що

ми завдяки цьому знайомимося з розвитком права, під чим, само собою, знову-таки розуміється тільки розвиток правових положень, але також в тому, що ми досягаємо історичного зрозуміння права теперішнього часу, так як це право, відтак за мовчазним припущенням – правові положення сучасності, коріниться в праві минулого. Це певно ходи думки, на які опирався попередній метод дослідження права.

*Дослідження права, яке міститься
не в правових положеннях*

Ще значнішою мірою, ніж для правових положень минулого, діє, однак, те для сьогоднішніх, що вони містять в собі не все право. Бо мужі, які склали XII таблиць, *lex Salica*, Саксонське зеркало, все-таки, були знайомі фактично з правом свого часу із власного споглядання і постаралися як раз те право, з яким вони мають справу, зібрати і в правові положення обняти. Цього знову немає в такій мірі навіть і в загальних рисах для найважливішої частини правового матеріалу, якою займаються сьогоднішні юристи, – для кодексів. Так як у протилежність до того, що колись в кожному разі щонайменше неясно юристам снувалося перед очима, зовсім не мали автори сучасних законів дуже часто наміру, відтворити право свого часу і своєї спільноти. Вони черпають свій правовий матеріал із Юстиніанового зібрання, яке, очевидно, скоріше пояснить все інше, ніж право XVIII чи XIX ст., із якого вони самі походять; потім із давніх записів права, які, навіть якщо вони були доречними, не сягали до пори законодавця; із юридичної літератури, яка геть була заповнена переважно тлумаченнями давніх прав і кодексів та у всякому разі також не належала до часу закону. Мабуть сильніше всього визначається це у цивільного кодексу для Німецької імперії, джерелом якого стали майже виключно підручники пандектів, давні німецькі закони і записи права та чужі кодифікації. Отак налаштовані наші кодекси закономірно на досить більш ранній час, ніж їх власний, і все юридичне мистецтво світу не змогло б вилушити із них дійсне право їх нинішнього часу власне тому, що вони його не містять в собі. Але обшар дії наших кодексів є настільки без міри просторим, правові обставини, з якими вони мали справу, так, що годі й порівняти, багатші, різноманітніші, непостійніші, ніж коли б це не було вони спікалися, що уже сама думка, вичерпати це в одному кодексі, була б потворністю. Бажати замкнути все геть право якогось часу і якогось народу в параграфи кодексу, загалом приблизно так само розумно, як бажали б помістити потік у ставок: що із цього вийде, уже є не

живим потоком, а мертвою водою, і чимало не потрапить взагалі. Якщо позатим приймають до уваги ще, що всякий із цих законів необхідним чином був перегнаний живим правом уже в ту мить, коли він був готовий, і з кожним днем ще більше переганяється, тоді однак приходиться у всякому разі помітити, яке тут відкривається непомірне і однак геть дівственне поле для праці сучасному досліднику права.

Хоча певно це все не може бути інакше. Правові положення зовсім не мають мети давати повну картину правового стану. Правові положення укладає юрист з увагою на пряму наявну практичну потребу, з оглядом на те, що його цікавить із практичних підстав. До предметів, які лежать поза його інтересами, мабуть тільки тому, що вони не належать до компетенції судів, у яких він зайнятий, чи тому що його клієнтура з цим немає ніякої справи, не буде він прикладати зусилля сформулювати правові положення. Тому що це лежало поза закономірного кола впливу римських юристів, знаходимо ми в римських джерелах тільки досить бідне торгове право, і із цієї підстави заледве скажуть нам римляни, а до недавнього часу також і сучасники, що-небудь про трудове право. Навіть Ейке фон Реггов (*Eyke von Regow*) не обробив міське і двірцеве право, бо воно ген-ген лежало від діяльності шефена.

*Складність розуміти сучасне
за допомогою минулого*

З іншого боку, старання зрозуміти за допомогою історії та передісторії (етнології) теперішній час принципово відсутнє. Що-небудь пояснити означає, як гадає Мах [10], незвичну непонятність замінити звичною непонятністю. Нинішній час містить, однак, у всякому разі менше незвичних непонятностей, ніж минула пора. Палеонтолог зрозуміє природу і функції органу викопної тварини тільки, коли він зрозуміє природу і функції органу живої тварини; зоолог однак не навчиться у палеонтолога фізіології тварин, яку він має дослідити, він тільки буде використовувати палеонтологію, щоб отримати картину розвитку сучасного світу тварин. Ми досягаємо розуміння минулої пори через теперішній час, а не навпаки. Так буде використовуватися також історія права та етнологічне правова наука завжди тільки для вчення про розвиток права, а не для пізнання існуючого права.

Невідоме право сучасності

Із-за такого методологічного напрямку усієї сьогоднішньої правової науки в значній частині є невідомим нам насправді наш сьогоднішній правовий стан. Не тільки про віддалені, але про справи, які відбуваються щоденно на наших очах, не знаємо ми часто нічого. Майже кожний день приносить нам який-небудь юридичний сюрприз, за який ми дякуємо щасливому випадку, особливому правовому спору чи статті в щоденних газетах: то це шварценберзькі чиншові селяни, то загадкові спадкові права забудови в самому центрі Відня, в Брігіттенау (Brigit-tenau), то своєрідні спадкові орендні відносини в Бергомет (Berhomet) на Буковині. Хто ще раз уважним поглядом слідкує за ходом життя, той знає, що йдеться тут не про якісь одиничні випадки. Ми шукаємо скрізь навпомацки. Ми знову не маємо виправдання, які має історик права, що власне шматок минулого щез безповоротно.

Нам лише потрібно відкрити очі та вуха, щоб все узнати, що має значення для права нашого часу. Так існують в головній частині австрійського цивільного кодексу, в якій йдеться про шлюбні контракти, чотири шуплі параграфи, які стосуються згідно з маргінальною рубрикою спільності майна. Хто завжди мав нагоду, стикатися зі німецько-австрійським селянством, знає, що воно живе майже виключно в шлюбній спільності майна. Але ця шлюбна спільність майна, яка є пануючим самовільним майновим станом німецько-австрійського селянства, немає ніякої справи з тим, про що йдеться в австрійському цивільному кодексі, і визначення цивільного кодексу не застосовуються тому ніколи, бо вони постійно виключаються в як слід злагодженому шлюбному договорі. Яку цінність мала б нині правова наука, яка б не усвідомлювало те, що спільність майна, про яку говориться в загальному цивільному кодексі, коротає тільки паперове існування; яку цінність мала б правова наука, яка розглядала б свою задачу закінченою на тому, щоб витлумачити “намір законодавця”, який знайшов вираз в згаданих чотирьох параграфах; яке не трудилося б над на основі легко доступних документів відомою спільністю майна, за якою живе майже все німецько-австрійське селянство*?

* Це міркування запозичено дослівно із моєї розвідки в XXXV томі Щорічника Шмолера (Schmollers Jahrbuch). З тих пір як вона там була опублікована, в ювілейному збірнику до сторічного свята (австр.) ЗЦК з'явилася досконала розвідка державного нотаріуса про шлюбну спільність майна в німецьких частинах Штайермарк (Steiermark), Кернтен (Kärnten) і Країни (Krain).

Чи, наприклад, сільськогосподарський договір оренди. Незначні визначення, які містять про нього сучасні кодекси, зокрема і німецький і австрійський цивільний кодекс, запозичені переважно з римського права, походять із висушеної землі Італії періоду Римської імперії, з його наскрізь екстенсивним латифундним господарством і пригнобленим станом орендарів. Вони були б сьогодні повністю недостатніми. Погляд на життя навчав, що вони заледве коли-небудь знаходять застосування: вони мало не взагалі позбавлені сили та замінені визначеннями орендних договорів, як вони без виключення укладаються між орендодавцем і орендаром відповідно до ступеня розвитку нашого сільського господарства, сучасних суспільних і господарських відносин. Різні в залежності від місцевості, від виду майна, яке здається в оренду, від положення сторін, вони мають, все-таки, в цьому обмеженні типовий, такий, що постійно повторюється, зміст.

Тому напевно ясно, що навіть найстаранніше викладення орендного права цивільних кодексів не давало б картини фактично вправного в Німеччині чи Австрії орендного права; для цього нам потрібно було б викладати типовий зміст орендних договорів, досліджувати з цією метою архіви нотаріальних і адвокатських канцелярій, а також саме на місці мали б робитися розслідування.

Або чи знає юридична література щось про аграрну конституцію Німеччини або Австрії? Ще ні разу види використання землі до сих пір юридично не формулювалися; і це все-таки тільки маленька частина задачі, яку необхідно було б подолати. Усяке сільськогосподарське використання землі приносить з собою ще зовсім інші відносини, які важливі для юристів. Насамперед – сусідські взаємини володарів господарств і добра; вони врегульовані почасти традицією, почасти договорами, почасти законом: але вся сучасна література що найбільше про закон зуміє щось сказати. Потім передбачає сільське господарство, принаймні наскільки воно переступає карликове виробництво, також визначену організацію роботи, яка підноситься у великому земельному володінні до дуже майстерно зціпленого, страх складного механізму. Тут кожному, хто до нього належить, вказаний почасти традицією, почасти договором чи законом (положення про прислугу) розмір його повноважень, прав контролю, прав, обов'язків, без знання яких не можна цю трудну машину не тільки політехномічно чи технічно, але також і юридично ні зрозуміти, ні охопити. Всі ці правовідношення повторюються в своїй типовій формі всупереч чималим відмінностям в деталях у однакових виробництвах

у всьому краї, часто також по всій Імперії, тому їх зовсім не важко дослідити і викласти.

Чи, наприклад, сімейне право. Що тут насамперед спостерігачу кидається в вічі, так це суперечність між фактичним сімейним порядком і тим, якого вимагають кодекси. Чи могла б існувати в Європі заледве якась країна, де відношення між чоловіком та дружиною, між батьками і дітьми, між сім'єю і зовнішнім світом, як воно фактично виражається в житті, відповідало б положенням припустимого права, де члени сім'ї у тільки, так сказати, відповідному сімейному житті най би тільки спробували один щодо одного доказувати свої права, які їм належать за буквою закону. Тому ясно, що припустиме право також тут зовсім не дає картини того, що відбувається в житті. Ще менше, однак, може наука і вчення обмежуватися поясненням того, що стоїть в законі, вони мусли б слідувати за цими фактичними утвореннями, які, на томість, є різними в кожному суспільному класі і кожній місцевості, але в суттєвому є одноманітними і типовими. Чи втратив закон панування над життям чи може ніколи й не володів, чи життя у своєму розвитку не брало закон до уваги чи насправді закону ніколи не відповідало, може залишитися невирішеним. Також тут виконує наука як вчення про право свою задачу дуже погано, якщо вона тільки викладає, що приписує закон, а не також, що дійсно відбувається.

Краще всього цього досліджено селянське спадкове право в Німеччині (Серінг) [15] та в німецько-австрійських землях, а також і оцінено юридично. Для інших станів навпаки усю роботу ще потрібно виконати, так само як для ненімецьких народів і земель австрійської монархії. Література вдовільняється тим, щоб викладати майже не обмежену свободу заповіту цивільного права; чи не повинна вона також запитувати, який вжиток із цього робиться в окремих країнах та окремих станах?

Як єдино добре досліджене: торгове право

Єдиним правовим обшаром, чия наука не тільки при нагоді, але взагалі виходить із фактично виконаного, є торгове право. Тут було офіційно прийнято в науку це ще й як “торговий звичай” і “узанс”. Організація великої сільської оселі та фабрики, та навіть банку є ще сьогодні юристу книгою «за сімома печатями», але організацію торгового дома знає він щонайменше в загальних рисах уже із торгового кодексу: він знає становище принципала і прокуриса, уповноваженого торгового підприємства і торгового службовця, агента, комівояжера, він знає значення торгової фірми, торгових книг і торгової переписки; все це оцінено

не тільки з господарської, але також з юридичної сторони. І договірне право сучасного торгового права не із *corpus iuris* запозичено та не є справою пильного роздумування авторів: що говорять торгові закони і збірники торгового права про купівлю, комісію, експедицію, правочин страхування, фрахтовий, банківський, – виконується здебільшого дійсно де-небудь, хоча дійсно може не завжди в тому самому обсязі, як ті це встановлюють. Рівно уже як слід зорані і збороновані юристами численні інституції торгівлі, особливо біржі. Що трохи не по всіх усюдах можна виконати тяжку роботу, пов'язано тут менше ніж де-небудь з недостатнім смыслом і недостатнім розумінням реальностей справи, ніж з труднощами предмета і страх швидкого розвитку. Чудова організація виробництва товарів, яка сповнюється майже на наших очах в трестах і картелях, все сучасні досягнення обороту, численні нові відкриття приводять кожної миті до нових утворень, які також юристу відкривають свіже поле для праці.

Живе право і його джерела пізнання, особливо присуди і ділові документи

Це відтак ж и в е право в протилежність до лише в суді і органах влади ч и н н о г о (g e l t e n d e n). Живе право – це не в правових положеннях усталене право, яке все-таки опановує життям. Джерелами його пізнання є, в першу чергу, сучасні документи, але й безпосереднє спостереження життя, торгівлі і підприємництва, звичок і обичаїв, потім також всіх союзів як юридично визнаних, так і правом пропущених і обійдених, а також ще й юридично не одобрених.

Самим важливим джерелом для пізнання живого права в наш час є, без сумніву, сучасні правові документи. З поміж документів притягується, правда, вже сьогодні о д и н в більшому обсязі: присуд. Але те відбувається заледве колись в смыслі, як це тут загадано: його не обсуджують як свідчення живого права, – а як шматок юридичної літератури, що экзаменується не на істину змальованих там правових відношень і звідси отримане живе право, а на правильність вміщеного там тлумачення законів і юридичних конструкцій. Уже розуміння французьких аретістів (Arrêtisten) значно глибше, – юристів, які своєю задачею вважають написання пояснюючих приміток до опублікованих у великих зібраннях Dalloz'a, Sirey'я і в Journal du Palais рішень. Для них присуд є виразом права, не як його уявляв собі законодавець, а як воно розвинулося в свідомості французьких суддів за сто років чинності (Geltung) французьких кодексів. Вони знаходять там, говорячи словами Мейніал

[12, с. 173-204], який вигадливо змалював в виданні до століття Code civil цей напрямок: – “розуміння змін права, завдяки відхиленням, яким закон піддається з боку судової практики; ця загальна мовчазна згода робить судову практику не тільки служницею, а й суперницею, і помічницею закону”.

Під пануванням такого розуміння стояв також я, коли я, приблизно чверть століття тому, починав випрацьовувати свій твір про мовчазне волевиявлення [6]. Я бажав, після того як я проштудював більше ніж 600 томів зібрань засудів німецьких, австрійських і французьких судів, дати картину того, що зробила судова практика із мовчазного волевиявлення.

Однак скоро прикував мене набагато більше ніж судове рішення фактичний процес, який лежав в його основі. І так містить моя книга, принаймні в значній мірі, змалювання фактичних складів, які привели до судового рішення, як ті розігрувалися в житті, – і значення мовчазного волевиявлення в правовому житті. Соціологічному методу правової науки – котрий я пізніше намагався теоретично обґрунтувати – в цій праці я уже фактично слідував, хоч і несвідомо.

Потім я примітив, утім, що цей метод все-таки не зовсім веде до цілі. Також рішення не дають ніякої бездоганної картини правового життя. Тільки маленький розріз дійсності доходить до органів влади, багато чого виключено принципово або фактично з правового шляху. І при цьому являє правове відношення, яке знаходиться в спірному стані, геть інші, спотворені риси, які спокійному здебільшого зовсім є чужими. Хто бажав би судити про наше сімейне чи життя товариств за сімейними чи товарицькими спорами? Соціологічний метод вимагає відтак безумовно, щоб результати, які вийшли у відомчих вердиктів, доповнювалися безпосереднім спостереженням життя.

І як раз на це вказує сучасний діловий документ як на основу, яка, принаймні, так само могла б стати же плідною, як і основа минулих тисячоліть і століть. Один погляд на сучасне правове життя знаходить його геть переважно опанованим не законом, а діловим документом. Податливе право витісняється змістом документів. В шлюбних контрактах, договорах купівлі, оренди, будівельного кредиту, іпотечної позики, в заповіті, договорах спадкування, статутах союзів і торгових товариств, не в параграфах кодексів необхідно шукати живе право. Всі ці договори мають поряд із індивідуальним, лише для одиничного правочину значимим, їх типовий, що постійно повторяється зміст. Цей типовий зміст документа є принципово найважливі-

шим в ньому: якби нашим юристам-письменникам дали добру пораду, то вони займалися б в першу чергу цим так само, як і римляни, які в коментарях едикта і *libris iuris civilis* написали довгі розбори про такі, що постійно повторюються, *duplae stipulatio* і *institutio ex re certa*. Ми мали б тоді певно про продавця пива броварень чи про договір районування буряка цукрових фабрик чи про продаж лікарської практики більше монографій, ніж про поняття юридичної особи чи конструкцію заставного права на власну річ. Використовувати сучасний документ для правова наука і юриспруденції – для юриста, звичайно, зовсім нова задача. Але історик, особливо історик права, дослідження документів добре знайоме, і воно могло б запропонувати багато чого як юридичному теоретику, так і практику принаймні для початку. Історична дипломатика утворила техніку, яка належить в науці до найбільш вередливих і самих трудних, і наповненого працею життя на силу вистачить, щоб стати володарем всіх її тонкостей. Та у сучасного документа наявні почасти зовсім інші задачі, ніж у історичного, і вони в жодному випадку не маловажні.

Соціологічний образ документа

Ми мусимо, насамперед, старатися документ як шматок живого права обговорювати, отримувати з його змісту живе право так, як те зробили римляни в своєму договірному праві і тестаментному праві. Титули Дигестів: *de contrahenda emptione, de actionibus empti venditi, de evictionibus et duplae stipulatione, pro socio, de stipulatione servorum* та право тестаменту і заповідального відказу, будучи обговорюваними, можуть служити нам ще скрізь як взірець. Це було б справою самої більшої важливості, щоб сьогоднішня правова наука і юриспруденція накінець одного разу зайнялося не римськими, а сьогоднішніми договорами і документами. Сучасна правова наука повинна б була екзамінувати, відтак, найперше документи на їх загальноважливий, типовий, завжди повторюваний зміст, обговорювати його юридично, оцінювати зі всіх боків соціально-, господарсько- і законодавчо-політично.

У такий спосіб ми могли б отримати, як підсумок, і картину того, що у нас в області документа відбувається. Хоча в загальному частково співпадаючи, все-таки документи один по одному дуже різні залежно від місцевостей, класів, станів, народностей, віросповідань. Тут це, певно, значить, засобами дослідження документів виконати задачі правової статистики. Без нових методів не вийде це як слід, і, вірогідно, не легко буде їх утворити. Однак які прекрасні успіхи усміхаються тут юристу, тим паче якщо йому вдається виявити

історичні, господарські чи суспільні передумови цих відмінностей.

І все-таки дуже переоцінюється документ, коли надіються із нього геть спроста вичитати живе право. Зовсім не певно, що документ за своїм усім змістом є носієм і свідоцтвом живого права. Живим правом із змісту документа є не те, що, наприклад, суди визнають при вирішенні правового спору як обов'язкове, а тільки те, якого тримаються сторони в житті. Ці ефекти засвідчених документами правочинів не можна спроста розпізнати із їх примусових правових наслідків. Чи зумів би хтось додуматися із статутів союзів чи акціонерних товариств, що на папері настільки всесильні зібрання членів показуються в правдивому світлі здебільшого все затверджуючими товариствами, які геть нічого не значать? Однак і правоефективний зміст документа не дає ніяких надійних відомостей не тільки про сторонами не задумані, але також про задумані наслідки. Багато чого в документі просто є традиційним: автор списує це зі свого проекту, сторони зовсім це не усвідомлюють. Вони не будуть тому те, що там стоїть, ні вимагати, ні надавати, і дуже здивуються, взявши про нього, як тільки документ з нагоди правового спору попадає в руки юристу, який потім це робить дійсним (geltend) в суді. Інші визначення приймаються сторонами в документ лише з метою, щоб бути озброєним для самого крайнього випадку: само собою розуміється, що про це до тих пір не повинно бути ніякої мови, доки правочин розвивається гладко. Інша сторона розуміє це дуже добре: вона приймає байдуже суровість договору такого виду, в той час як вона з усім твердо торгується, що серйозно загадано. Якщо читають договір оренди пруської доменіальної адміністрації чи буковинського греко-східного релігійного фонду, то дивуються, як загалом орендатор може рухатися посеред цієї тісної колючої загороди параграфів. При цьому, все-таки, орендар тримається дуже добре: всі ці договірні штрафи, застереження про терміни, розірвання в короткий строк договору, втрати застави, покриття шкоди ніколи не вживаються, доки тільки годі видержати орендаря як-небудь. Хто живе практично, той бажає перше мирно з людьми вести справи; для нього немає ніякого значення вести процеси, навіть якщо він мусив би їх виграти.

Соціологічний розгляд права муситиме порівнювати з життям тому не лише правові положення, але також і документ, він буде розрізняти також тут між чинним (geltendem) і живим правом. Чинне право (розсуджуюча норма) (Gelten-des Recht (Entscheidungsnorm) є, правда, усім дійсним (gültige) змістом документа, бо в процесі у тому-то

й справа; але живе право він, все-таки, тільки настільки, наскільки його регулярно дотримуються сторони, навіть якщо вони не бажають доводити справу до процесу. Якщо недобачають що суттєву різноманітність складових частин договірної документа, то він дає і про життя до конче недоладну і викривлену картину. Але також для правосуддя і законодавство така протилежність, само собою розуміється, є чималою важливістю. Напевно сумнівно, чи повинні вони безумовно приставати на те, щоб серйозно сприймати те, чому зовсім не суджено стати серйозно сприйнятим.

Дослідження живого права. Віджуйте право і ростки нового права

Документ показує, самозрозуміло, з живого права тільки те, що засвідчується в документах. Як необхідно припускати не засвідчене в документах живе право, яке, все-таки, є доволі чималим і важливим? Тут не існує, певно, ніякого іншого засобу, ніж відкрити очі, навчатися через уважний розгляд життя, розпитувати людей і їх висловлювання записувати. Правда, це дика претензія до юриста, якщо від нього вимагають, щоб він намагався б вчитися також із власного сприйняття, а не із параграфів і зв'язок документів; але це як раз неминує, і тут можна ще заповучити чудову здобич.

Із тьми-тьменної того, що заслуговує дослідження таким способом, годиться виділити тільки дещо незначне. Насамперед, віджуйте старе право. Старе право, яке є народним правом, а не тільки правом юристів, продовжує жити далі під тонкою поверхнею сучасного законного права, воно оволодіває діями і правовою свідомістю народу. Історик права може знайти тут не лише багато чого, про що його джерела мовчать, але і добути собі живе споглядання дечого, що звичайно припускають – це належить давно минулому часу. Від документа годиться при цьому відмовлятися; як часто той полягає в скупому погодженні здавна заведеного з вимогами нового права – добре відомо: так в селянському спадковому праві, в шлюбному майновому праві. Однак необхідно, багато більше, ніж до сих пір була нагода, згуртувати увагу на все те, що незасвідчено в документах живе в народі ще від старого права, тим більше що воно заледве скоро зможе опиратися напливу сучасного обороту. Богішичу [2] вдалося навіть в області чинності (Geltungs-) австрійського цивільного кодексу відкрити ще прастару задругу (Sadruga), одну із самих первісних організацій людства; в іншому кутку Австрії, в Східній Галіції, знайшов Дністрянський [5] торгове товариство, яке охоплює усю русинську народність бойків, в гідній увазі, австрійським за-

конам, само собою розуміється, зовсім чужій формі. Я сам міг ще встановити, що серед русинів Східної Галіції і Буковини тільки десь пів століття тому спорадично існували селянські сімейні товариства, сьогодні вони уже, певно, геть щезли. Що й у німців Австрії віджиті залишки не відсутні, доказав недавно Маучка [11]. Спонуканий мною, записав також віденський письменник, доктор Коллер, дещо для мого семінару про живе право.

Важливішими, ніж такі відмираючі залишки є, певно, для юриста здатні до життя ростки нового права. І тут стоїмо ми перед дуже дивним фактом. Як тривке досягнення історичної школи розглядається, загалом, усвідомлення, що право знаходиться в вічному розвитку, і годилося б, все-таки, подумати, що це діє (gilt) не тільки для давно минулих часів, але і для останнього століття. Але наука і вчення роблять дуже своєрідний ужиток із цієї шкільної премудрості. Настільки йдеться про давніх римлян чи німців аж до майже XIV чи XV ст., мають, правда, тверезе око для розвитку правових установ: сім'ї, персональних стосунків підкорення, земельної власності, договору. Про закони, які в цей час не грають ніякої великої ролі, заледве йде мова при цьому мова. Для пізнішого часу, однак, перестає діяти цей вид правової історії майже зовсім; і для останніх ста років розчиняється право-історична наука і вчення повністю в історії законодавства. Як немов припускають, що правові установи розвиваються в цей час тільки завдяки тому, що змінюються параграфи кодексів. Що повинно це значити? Чи ж припинився розвиток правових установ поза законами з XIX ст.? Але й сьогодні ще, так само як і в Стародавні часи і в Середньовіччя, залежить правова історія не так сильно від народжування і відходження сформульованих, в слово опрацьованих правових положень, як від того, що нові правові установи виникають і уже наявні набувають поступово нового змісту. Жоден правовий історик не буде припускати, що засадничі правові відношення Німеччини десь в XIV ст. мають те ж саме лице, як і в XV ст. чи що почасти дуже рішучі зміни наставали б тільки внаслідок незначного і слабо дошкульного законодавства: чи ж не матиме чинність (gelten) це також з XIX ст., часу суспільно, господарськи і політично так рухливого, як його людство до сих пір, мабуть, ще не переживало? Це залежить як раз від того, що розуміють під розвитком. Сімейне право розвинулося, – це значить сьогодні те ж саме, як і в Середньовіччя: взаємини чоловіка і дружини, батьків з дітьми мають тепер іншу ознаку; власність на землю – також не дивлячись на закони і управлінням затіяне земельне полегшення – роз-

винулась, це повинно значити: існує інша земельна конституція, тому що закладаються інші види речових і зобов'язальних прав стосовно землі, але й тому, що стала іншою господарська конституція селянина і крупного землеволодільця; договірне право розвинулося: це опирається на те, що виникли нові види договорів і також договори традиційного виду укладаються з іншим змістом; спадкове право розвинулося: це говорить насамперед, що поділ спадщини, заповіти та інші передачі на випадок смерті звучать нині інакше, ніж сто років тому. Супроти всіх цих переворотів щезає майже те, що між тим вдіяло законодавство.

Дослідження конкретного порядку сьогоденнього суспільства

Дослідження живого права є те, відтак, з чого соціологія права мусить починати. Вона, вірогідно, направлена найперше тільки на конкретне, не на загальне. Спостерігати годі взагалі тільки конкретне. Також анатом кладе не тканину людини під мікроскоп, а визначену тканину визначеної людини; також фізіолог досліджує не функції печінки ссавців, а функції визначеної печінки визначеного ссавця: тільки якщо він упорається з конкретним спостереженням, запитує він, чи має воно загальну силу (gültig ist), і пробує встановити це знову за допомогою ряду конкретних спостережень, для яких він мусить знайти особливі методи. Те ж саме діє (gilt) для правового дослідника. Він муситиме займатися найперше з конкретними заняттями, відношеннями панування і правовідносинами, договорами, статутами, останньовольовими розпорядженнями, і таким чином досліджуватиме їх на загальну значимість (Allgemeingültigkeit). Тому не правда, що при дослідженні живого права йдеться лише про “звичаєве право” чи “звичаї обороту”. Навіть якщо гадають собі взагалі щось при цих словах, що зовсім не кожного разу трапляється, йдеться при цьому не про конкретне, а уже про узагальнення. Але тільки конкретні заняття, відношення панування і правовідносини, договори, статuti, останньовольові розпорядження дають правила поведінки, якими керуються люди. І спершу на основі цих правил виникають розсуджуючі норми судів і законні визначення, які до сих пір самі приковували увагу юристів. Переважна більшість судових рішень опирається на встановлені судами конкретні заняття, відносини володіння, на договори, статuti, останньовольові розпорядження. Коли ми бажемо зрозуміти (begreifen) узагальнення, уніфікації та всякі інші знаходження норм суддею і законодавцем, тоді мусимо ми спершу пізнати основу, на якій вони виникли. Чим більше ми знаємо про

римський банківський обіг, тим більше ясніше нам *receptum i litteris contrahere*: чи не те ж саме годилося б мати значення (*gelten*) для права нашого часу? Наскільки був правим Савінії, коли він міркував, що право – а право було також для нього геть переважно правовим положенням – можна вияснити тільки із історичного зв'язку; але історичний зв'язок лежить не в сивому минулому, а в часі нинішньому, із якого правове положення вирастає.

Але наукове значення живого права починається не щойно тоді, коли це становиться вирішальним для розсуджуючих норм судів чи для змісту законів. Воно має свою власну пізнавальну цінність, і та полягає в тому, що воно є основою правового порядку людського суспільства. Щоб з ним познайомитися, ми мусимо встановити заняття, відношення панування і правовідносини, договори, статuti, останьовольові заяви, геть незалежно від того, чи знайшли вони уже вираження в рішенні чи в законі або коли-небудь там знаходили б вжиток. Навіть те, що містить новий німецький торговий кодекс разом з законами про біржі, банки, видавництво, внутрішнє судноплавство та всіма іншими поправками, було з прогалинами уже при його виникненні і сьогодні значною мірою дуже давно застаріло. Сучасна торгівля, передусім експортна торгівля, утворила з тих пір уже знову тьму-тьмушу нових форм, які так само повинні бути предметом правової науки, як і поймаєвані в законі. Про це знаходять багато вартісного в так сильно розквітлій торговій літературі. Шматок порядку в гірничому праві і в суднопластві став доступним правовій науці через гірниче право, морське права і право внутрішнього суднопластва, – тай це, правда, відстало в значній мірі дуже давно. Фабрика, банк, залізниця, крупне землеволодіння, об'єднання робітників, союзи підприємців і тисячі інших форм життя так само мають порядок, і цей порядок має рівно свою правову сторону, як і порядок торгового дому, який торговий кодекс єдино докладніше регулює. До цього також приєднуються в незліченних формах, в яких ці союзи проявляються назовні, – насамперед, договори. Що стосується, наприклад, фабрики, то дослідник права муситиме слідувати незліченими, всіляко поплутаними шляхами, які ведуть від прийняття замовлення аж до передачі готових виробів покупцям: становище представника і комівожера, три бюро на кожному фабричному виробництві: купецьке, технічне і виробниче бюро, надходження замовлень, виготовлення і збереження ескізів, обчислення власних витрат підприємства, продажної ціни, додаткової калькуляції після того, як предмет

виготовлений, виконання замовлення на основі ескізу, завдання виробничого бюро, майстра і керівника батраків і працівника, маніпуляція в управлінні складом, нарахування заробітку при поштучній оплаті і при оплаті погодинній, розподілення заробітку посеред окремих робітників, значення накладної на видачу матеріалів, вхідний контроль. Не менше належить до правової сторони порядку на фабричному підприємстві ведення книг, інвентаризації, контроль на складі, збереження ескізів і моделей, прийняття робітників і учнів, розпорядок роботи, робітничі комітети.

Справді уже часто займалися подібними дослідженнями, як вони тут вимагаються, політекономи. Через це в жодному разі не стала робота юристів зайвою. Юрист і політеконом мають справу всюди з тими ж самими суспільними явищами. Власність, гроші, вексель, акціонерні товариства, кредит, спадкове право: заледве існує чи один предмет, який не належав би до правової науки так само, як і до політекономічного вчення. Але, все-таки, це геть різні сторони тих самих суспільних явищ, про які клопочеться і той і інший: один про їх господарське значення і вагу, інший – про їх правове регулювання і правові наслідки. Скільки б не могли навчатися юрист від політеконома і політеконом від юриста – питання, з якими ті самі предмети дослідження звертаються до їх наук, все-таки, геть різні; як раз тому не може також звальватися ніяка частина для обох необхідної праці на о д н о г о.

Через дослідження живого права не становиться зайвим, само собою розуміється, ні історичний, ні етнологічний метод: бо суспільні закони розвитку можуть дістатися нам тільки через розгляд історичних і передісторичних (етнологічних) фактів. Історичний і етнологічний метод є, однак, також кінче потрібним, щоб зрозуміти сьогоднішній правовий стан. Та ми не навчимося зрозуміти минуле ніколи інакше, ніж через сучасне, але шлях до погляду в найпотраємнішу суть сучасного веде, все-таки, знову тільки через погляд в минуле: в кожному шматку сучасного вміщено його все минуле, і воно є для ока, яке зуміло заглянути в цю глибину, ясно розлічимо. Великі засновники історичної школи не відгородилися від цієї істини, і тому хотіли вони зовсім не, як сьогодні геть загально вірять, правову науку, яка є правовою історією, а – історичну правову науку. Без сумніву займалися вони самі геть переважно навіть не правовою історією, а тільки правовою стариною, – і надолужили історичне правову науку через діалектичну спекуляцію, або, що не набагато краще, через Шелінгову філософію: також вони мусили, як люди, віддати свою данину часу. Та ціль написали вони вели-

кими літерами над вхідними воротами, тільки що ніхто надпис не зумів прочитати. І це рівно так знаменно, як і що згодом із журналу історичної правової науки вийшов журнал правової історії.

*Дослідження фактичного правового положення
необхідне, недокінчена робота*

Щоб знати дійсний правовий стан, ми мусимо як дослідити, що виконує суспільство само при цьому, так і державне право і фактичний вплив держави на суспільне право. Ми мусимо знати, які трапляються види шлюбу і сім'ї в якійсь країні, які види договорів укладаються і який зміст вони в загальному мають, якого виду останньовольові заяви зчиняються, як це все повинно оцінюватися за в судах і органах влади чинним (*geltenden*) правом, як воно оцінюється і наскільки оцінки та інші рішення фактично діють. Таке дізнання дасть у всякому разі, що – по-мimo того, що законодавства різних країн, наприклад, Франції і Румунії, співпадають – все-таки панує дуже різне право, що також право в Чехії, в Далмації і в Галіції в жоднім разі не є те саме, хоча в суді і органах влади застосовуються ті самі кодекси, і що із-за відмінності фактичного правового стану, не зважаючи на цивільний кодекс, також в окремих частинах Німеччини не існує ніяка правова рівність, геть не дивлячись на партикулярні відхилення законодавства.

Напевно буде усяке наше знання в цьому напрямку залишатися завжди тільки з прогалинами і недостатнім, і без сумніву набагато легше і приємніше, якісь кодекси разом з матеріалами і тлумаченнями вивчити, ніж встановлювати на протязі довго-довгої і ретельної праці фактичний стан. Та, в кінці кінців, це не задача науки, шукати легкі і приємні задачі, а – великі і плідні. Все наше знання є недокінчена робота, і правова наука не буде робити із цього ніякого виключення, тим менше, чим науковішим буде становитися.

Інші методи соціології права

Ці міркування повністю не дійшли б до своєї мети, якби хтось бажав би їх так розуміти, що з тут наміченими методами якимось методологією соціології права повинна бути вичерпана. Для нових наукових цілей завжди будуть становитися необхідними нові методи. Тому годиться зіслатися тільки як доказ для необмежених можливостей на дещо. Політична географія, так як її заснував Ракель [14] і як її зараз, наприклад, у Франції розуміє Брюні [3], є фактично соціологією з географічним методом дослідження. Уже в п'ятдесяті роки минулого століття виходив француз Ле Пле [9] в своїй *science sociale* скрізь із місцевих умов суспільного життя, і

його школа запально продовжує в нинішній час розпочату працю. В своєму труді про забезпечення водою (*irrigation*) в Іспанії, Єгипті і Алжирі, який також для юристів, принаймні, так само цікавий, як і якийсь труд про правову історію чи етнологію, показує Брюні [4], яка кількість правових утворень прив'язується скрізь до виду, природи і дебіту зростаючих установок. Якщо араби в африканських оазисах знають тільки власність на дерева, не на піщані поверхні пустелі, то вичерпно виявляє основи не етнологія і правова історія, а тільки властивість господарства в пустелі.

Багато десятиліть тому уже вказав Офнер в Відні на безпосередню можливість юридичного експерименту для дослідження почуття права [13]. Десь рік тому ближче виклав Коблер в Віденських *Juristischen Blättern* [8, с. 301-303, 315-317] думки геть самостійно і в ним заснованому вільному юридичному об'єднанні спробував фактично свої сили. Досліджуваним особам, які не сміють бути ніякими юристами, приводяться дійні чи вигадані правові випадки або також цілі судові розбирання, і вони повинні зайняти позицію до цього за своїм почуттям права. Хто думає тут не про психометрію школи Фехнера-Вундта (*Fechner-Wundt*)? Цим досліддам протистоять, певно, ті самі сумніви, як і психометрії. Особа, яка піддається дослідові, є в не своєму звичному настрої, вона знає також, що її присуд справу не вирішує; вигаданий випадок не породжує ніяких пристрастей, не хвилює почуття, говорить тільки до розсудку. Це помилкові джерела, які правильний метод мусить вирахувати і відкинути – експеримент буде приносити, не дивлячись ні на що, вартісне, як раз, якщо не забувають про помилкові джерела.

Метод рівно так безкінечний, як і наука сама.

Список літератури

1. *Blätter*. 1912. S. 301-303, 315-317 (nachgedruckt in R. Jakob / M. Rehbinder: Beiträge zur Brunhes J. Le travail des eaux courantes. – Fribourg, 1902).
2. *Bogišić V.* Zbornik sadašnih pravnih obišaja ujuznih Slovana Knjiga prva. – Zagreb (Agram), 1874.
3. *Brunhes J.* Étude de geographie humaine. – Paris, 1904.
4. *Brunhes J.* Le travail des eaux courantes. – Fribourg, 1902.
5. *Dniestrzanski S.* Das Gewohnheitsrecht und die sozialen Verbände. – Czernowitz, 1905.
6. *Ehrlich E.* Die stillschweigende Willenserklärung. – Berlin, 1893 (Nachdruck Aalen, 1970).

7. *Kobler F.* Die Erforschung des Rechtsbewußtseins urch Beobachtung und Experiment // Juristische Rechtspsychologie. Berlin, 1987. S. 37-50).
8. *Kobler F.* Die Erforschung des Rechtsbewußtseins urch Beobachtung und Experiment // Juristische Blätter. – 1912. – S. 301-303, 315-317 (nachgedruckt in R. Jakob / M. Rehbinder: Beiträge zur Rechtspsychologie. – Berlin, 1987. S. 37-50).
9. *Le Play P.G.F.* La constitution essentielle de l'humanité. – Tours, 1881; ders.: Le méthode sociale. – Tours, 1879.
10. *Mach E.* Erkenntnis und Irrtum. 2. Aufl. – Lepzig, 1906.
11. *Mauczka J.* Altes Recht im Volksbewußtsein. – Wien, 1907.
12. *Meynial E.* Les Recueils d'arrêts et les Arrêtistes, in Livre du centenaire du Code civil I. – Paris, 1904. – p. 173-204.
13. *Ofner J.* Zur inductiven Methode im Recht. – Wien, 1881.
14. *Ratzel F.* Politische Geographie. 1897.
15. *Sering M.* (Hg.) Die Vererbung des ländlichen Grundbesitzes im Königreich Preußen. – Berlin, 1897. Erbrecht und Agrarverfassung in Schleswig-Holstein. – Berlin, 1908.

Переклад Віктора Трутня

Е. Эрліх

ОСНОВЫ СОЦИОЛОГИИ ПРАВА XX.I. Исследование живого права

В переводе части фундаментальной работы Е. Эрлиха «Основы социологии права» излагается его представления об исследовании права как части социального порядка. Речь идёт в частности, об исследовании права, которое не содержится в правовых положениях. Сложности понимания современного с помощью прошлого. Исследования документов и других формальных свидетельств «живого права» и «нового права». Работа носит методолого-правовой характер.

Е. Ehrlich

THE FUNDAMENTALS OF THE SOCIOLOGY OF LAW Chapter XX.I. The Study of the Living Law

The translated Chapter of Ehrlich's "The Fundamentals of the Sociology of Law" presents the scholar's views on studying law as a part of the social order. He contemplates on the research into law not included in legal provisions, the complexity of understanding of the present through the past, examining documents as demonstrations of "living law" and "new law". The work is of legal methodological character.