

© 2005 Р. Паунд

Гарвардська школа права. США

## ВШАНУВАННЯ ЄВГЕНА ЕРЛІХА\*

ЄВГЕН ЕРЛІХ, один із провідних сучасних вчених-правознавців, помер 1 квітня 1922 р.\*\*, невдовзі після того, як до редакції *Harvard Law Review* надійшов рукопис його статті, що подається нижче. Ерліх народився в 1862 р. в Чернівцях в Румунії, навчався у Відні, де здобув докторський ступінь й певний час працював доцентом. В 1897 р. він став професором римського права Чернівецького університету, ще до цього повернувши до себе всебічну увагу завдяки праці *Die stillschweigende Willen-serklarung* (“Мовчазне волевиявлення”) (1893), в котрій викладено вишукане розв’язання однієї із складних проблем цивільного права. У 1902 р. він опублікував свої “Праці з теорії джерел права” (*Beitrage zur Theorie der Rechtsquellen*). Рік наступний він вже розпочав свою кар’єру як провідний правознавець ХХ ст., опублікувавши буклет *Freierechtsfindung und freie Rechtswissenschaft* (“Вільне правознаходження і вільне правознавство”) (початково це лекція, прочитана у Віденському юридичному товаристві), котрий частково перекладено в томі IX *The Modern Legal Philosophy Series* (“Серії сучасної правової філософії”). Невдовзі після виходу цієї праці набув відомості науковий семінар Ерліха із “живого права”, описаний в його статті *Erforschung des lebenden Rechts* (“Дослідження живого права”), опублікованій в *Schmol-ler’s Jahrbuch fur Gesetzgebung* (“Щорічнику законодавства” за ред. Шмоллера, т. XXXV, 129 (1911), праці *Das lebende Recht der Volker von Bukowina* (“Живе право народу Буковини”) (1913)

та статті професора Пейджа “Чернівецький семінар Ерліха з “живого права”, Матеріали XIV Щорічної конференції Асоціації американських правничих шкіл (1914). Його основна праця *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (“Основи соціології права”) вийшла 1913 р., а в 1918 р. побачила світ ще одна не менш важлива робота *Die juristische Logik* (“Юридична логіка”).

Професор Ерліх, який ґрунтовно знав римське право і сучасні кодекси, мав добрі знання англійського права, жив і творив в місцевості, де співіснувало право сучасне й примітивне, а сучасне складне індустріальне суспільство перештовхувалося з соціальними групами більш складних типів. Відтак Ерліху було представлено винятково сприятливі переваги, котрими він успішно скористався. Його дослідження про значення звичаю не судового вирішення спорів в розвитку права сприяли кращому обґрунтуванню засад історичних теорій права.

Вільно й однаково добре володіючи німецькою, французькою та англійською мовами, Ерліх писав статті для наукових правничих періодичних видань всього світу. Його статтю “Монтеск’є та соціологічна юриспруденція” (*Montesquieu and Sociological Jurisprudence*) (29 *HARVARD LAW REVIEW*, 582), було опубліковано в тій редакції, в якій вона надійшла від автора, що переконливо свідчить про його майстерне володіння англійською мовою. Вчений прийняв запрошення приїхати до США для читання серії лекцій в Інституті Ловелла та доповіді перед Асоціацією американських правничих шкіл у 1914 р., проте початок війни, яким Чернівці було відірвано від решти світу, перешкодив цьому. Під кінець війни ми сподівалися, що Ерліх зможе знову прийняти запрошення. Утім зважаючи на невтішне воєнне положення в якому опинилися Чернівці, за який постійно продовжувалося воєнне протистояння, що підкосило і його здоров’я, Ерліху так і не судилося знову розпочати працювати у відновленому університеті. Смерть Ерліха, вченого в розквіті сил, є серйозною втратою для правознавства.

\* Переклад з англійської Бігуна В. С. за: *Pound Roscoe. An appreciation of Eugen Ehrlich // Harvard Law Review, December 1922, vol. XXXVI, No. 2, pp. 129 - 145.* З англійської також і переклад статті Євгена Ерліха “Соціологія права”, перекладеної, очевидно, з німецької мови на англійську, Натаном Ісааксом для *Harvard Law Review*.

\*\* Євген Ерліх помер 2 травня 1922 р. – див. *Rehbin-der Manfred. Aus den letzten Jahren im Leben und Schaffen von Eugen Ehrlich // Jus humanum. Grundlagen des Rechts und Strafrecht. Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag. – Berlin, 2003. – S. 199* (див. також переклад статті М. Ребіндера у цьому номері ПФП); *Марчук В. П., Скоткіна В. П. Євген Ерліх // Юридична енциклопедія. – Т. 2. – К., 1999. – С. 364 (Прим. перекладача).*

## Є. Ерліх

### СОЦІОЛОГІЯ ПРАВА

Чи міг би я почати свої міркування не з питання? Чи існує така річ як всесвітнє право? Або ж чи існують права, відмінні в різних державах і різних народів? Більшість вчених-юристів і багато пересічних громадян схильні відповідати на друге питання радше ствердно; вони чули про французьке, англійське, румунське право й відтак природно є упевненими в розмаїтті прав. Якщо б їм сказали, що за цими множинностями повинні стояти якісь універсальні правові ідеї, вони б відзначили, що це концепція, яка узгоджується із давно відомим природним правом, в яке не вірить більше жоден вчений-юрист.

А якою б втім була їхня відповідь на такий контраргумент? Уявімо собі, що ми відправляємося у подорож до країни, право якої анітрішки не знаємо. Однозначно, що у цій країні нам зустрінуться такі інститути, як шлюб, сім'я, володіння. Ми звичайно ж розраховуємо на те, що зможемо отоваритися за наші гроші, винайняти кімнату, дати або взяти кредит, успадкувати власність після смерті. Усе це, шлюб, сім'я, володіння, договори – це справи юридичні, функціонування яких не можливо уявити без права. І якщо ж вони трапляються у кожній цивілізованій державі усіх цивілізованих народів, то природно, що їм повинно бути притаманне щось спільне для всіх правових систем. Напевно серед нецивілізованих і напівцивілізованих народів відсутні деякі з цих інститутів, деякі буде важко розпізнати, проте в цілому навряд чи буде відсутня уся система. У певному розумінні в сучасній більшовицькій Росії маємо виняток, проте він є досить повчальним, бо, як я сподіваюся це довести, він є винятком, що підтверджує правило.

Як це часто буває в спорі діаметрально протилежних позицій, як в цьому випадку, сторони, щоб переконати одна одну, вибудовують свої доводи та заперечення на однакових словах, якими позначають різні явища. Ті, хто проголошує множинність прав або законів (Laws) під "правом" або "законом" ("Law") розуміють ні що інше, як правові положення, а останні, принаймні на даному етапі, відмінні у кожній країні. З іншого боку, ті, хто виокремлюють спільне у такій множинності, наголошують не на правових положеннях, а радше на соціальному устрої, котрий таки і є своїми основними рисами подіб-

ним в цивілізованих державах і народах. Дійсно, багато його рис однакові навіть у випадках цивілізованості й напівцивілізованості.

Соціальний устрій засновується на таких фундаментальних соціальних інститутах, як шлюб, сім'я, володіння, договори, спадкування. Але соціальний інститут – це не фізична, матеріальна річ, як-от стіл чи гардероб. Тим не менш, соціальний устрій піддається сприйняттю, бо особи, які співіснують у соціальному устрої поводяться один з одним відповідно до встановлених норм. Ми знаємо як поводяться чоловік і жінка, або ж члени сім'ї, ми знаємо, що слід з повагою ставитися до власності, виконувати договори, що власність може спадкуватися після смерті особами, вказаними в останньому заповіті, й поводитися ми відповідно. Подорожуючи до чужої країни, ми звичайно ж зустрічаємося з деякими відхилення від звичної для нас системи, й відтак потрапляємо у складні ситуації, але невдовзі стаємо достатньо обізнаними – спостерігаючи та прислуховуючись до того, що нас оточує – щоб уникнути колізій і все це навіть не знайомлячись з положеннями права. Правове положення – це словесна інструкція, звернена до суду для вирішення правових питань (*Entscheidungsnorm*) чи подібна інструкція, звернена адміністративним службовцям для вирішення певних питань (*Verwaltungsnorm*). Нинішній практикуючий юрист під словом "право" загалом розуміє тільки правові положення, оскільки саме ця частина права є головним предметом його інтересу в щоденній практиці.

Чи може існувати правова система без правових положень? Іншими словами, чи можливо уявити правову систему, яку формує щось, окрім соціального устрою? На це питання слід відповісти ствердно вже тому, що суспільство є більш давнім, ніж правові положення, й відтак певне впорядкування повинно було існувати ще до того як з'явилися правові положення. Читаючи працю Тацита "*Германія*", зустрічаємо детальний опис рангів (принців, знаті, вільного та напіввільного люду та рабів); дещо й про сімейні стосунки; згодом відомий складний пасаж про систему землеволодіння германців, деякі міркування про їхні стосунки та більш детальні зауваги про спадкування; але годі й шукати настанов судам щодо врегулювання судових справ. Й справді такі настанови навряд чи могли

існувати з огляду на примітивну систему організації судочинства давніх германців. Ідентичний висновок можна зробити, якщо шукати правові настанови в інших нецивілізованих та напівцивілізованих народів у книгах подорожей, описах місіонерів; можна чимало дізнатися про регулювання шлюбу, сім'ї, рангів та періодів життя, систем землеволодіння, договорів, наступництва, і водночас нічого такого, що можна порівняти із відомими нам правовими положеннями.

І так впродовж усіх етапів еволюційного розвитку народів. Проте, якщо поглянути на більш пізні етапи розвитку цих же народів, ми знайдемо свідчення значної кількості акумульованих ними правових положень, які втім не можуть відобразити усього соціального устрою. Салічна правда франків (*Lex Salica Francorum*) містить у своїх численних параграфах усі правові положення, які коли-небудь мали салічні франки. Утім, якщо порівняти їх, наприклад, з тим, що написано про право франків в "Історії права" Бруннера, упевнюємося в тому, що лише незначна частина цього права взята із Салічної правди. Більша ж частина ґрунтується на фактах з історичних праць, документів, інших джерел. Тобто, лише дуже малу частину тогочасного права франків було узагальнено у правових положеннях. І відтоді це навряд чи істотно змінилося. Навіть сьогодні усе право неможливо умістити у правових положеннях. Правда, маса правових положень останніми століттями зростає до такої міри, що певно нема такого юриста у світі, який би зміг осилити їх усіх в стосунку своєї держави не втративши при цьому глузду. Проте зміст життя ще багатший. Охопити усю різноманітність людської діяльності у правових положеннях так само складно як спробувати упіймати течію і втримати її у водоймі, при тому, що та частина, котру впіймано вже більше не є живою течією, а стоячим водорезервуаром, й значну частину взагалі неможливо упіймати.

Це впливає з історії правових положень, котру мною викладено у кількох працях, зокрема в *Grundlegung der Soziologie des Rechts* ("Основах соціології права") та *Juristische Logik* ("Юридичній логіці"). Так званій "передісторії" права суди поки не відомі. Суперечки вирішуються або мирно шляхом віднаходження компромісу, або переростають у кровопролитні ворожнечі. Загалом їхніми причинами є убивства, насильницькі акти, викрадення, зґвалтування, крадіжки, обман. Суди починаються з'являтися пізніше. Коли сторони під тиском зовнішнього середовища починають розуміти, що суперечки слід розв'язувати мирно і таки не можуть домовитися про компенсацію, одержавши

яку сторона, якій завдано шкоди, погоджується припинити ворожнечу, вони покладаються на волю рішення однієї або кількох осіб, яким довіряють. До їхніх обов'язків входить призначення компенсації, яка б виконувала функцію відшкодування збитків. Це зазвичай знаходить своє вираження у числі голів худоби, відплативши які, можна розраховувати на те, що сторона, якій завдано збитки припинить ворожнечу. Розмір таких покарань пам'ятається і якщо згодом виникає подібна ситуація, то стає дедалі самоочевидніше, що вимоги позивача повинні бути задоволені на основі розрахунків того, що злочинець повинен заплатити, згідно з визначенням цього у минулих справах. Такі традиційні покарання або "композиції" часто узагальнюються і публікуються властями, як-от народними зібраннями; вони представляють собою прості таблиці покарань. Німецькі народні закони (*folk-laws*), так звані Варварські правди, й були в основному такими таблицями покарань. Ось яким приблизно був їхній зміст: якщо вільна людина уб'є представника знаті, то платить стільки-то одиниць золота; якщо хтось виб'є око іншому, то платить стільки-то; якщо виб'є обидва ока, то стільки-то; якщо вкраде корову, то платить стільки-то; якщо вкраде курку, то стільки-то. Фрагменти римських Законів XII таблиць, які дійшли до нас, звісно, пройшли через кілька етапів еволюції права, але очевидно, що найстаріші відносяться до такої таблиці покарань.

Такою була початкова форма правових положень. Вона не довго слугувала своїй цілі. Економічне життя народу розвивалося, примножувалася власність, зростала торгівля та індустрія, й разом з цим виникали кардинально відмінні від попередніх правові спори. Вони ставили перед суддею проблеми для вирішення яких було потрібно набагато більші розумові зусилля ніж ті, які прикладалися раніше. Судові рішення починають ставати предметом загального інтересу. З'являються люди, котрі їх записують, збирають, упорядковують. Водночас, з іншого боку, зростає потреба в тому, що кожен новий правовий спір – повністю подібний до старого, – вирішувався, в міру можливого, відповідно до однакових правових положень (принцип стабільності норми прийняття рішення.) Таким чином ті, хто набув майстерності у вивченні рішень починають справляти істотний вплив на вдосконалення права, вони стають суддями, які часом у ролі суддів, проте частіше в ролі тих, хто занотовує думки й надає поради, визначають долю рішень. Таким чином судові рішення стають формою правових положень, бо вони містять норми для вирішення майбутніх справ.

Відтак правове положення у своїй початковій формі – це судові рішення. Кожна розвинута правова система пройшла через період, в який судові рішення виступали головною формою правових положень, і навіть право таких прогресивних народів, як сучасне англійське і американське, – загальне право, все ще по суті знаходиться на цій стадії. Для вирішення кожної справи слід відшукувати – посеред сотень тисяч томів англійських та американських судових рішень – правові положення англійського загального права. Але юристи не зупиняються виключно на збиранні та впорядкуванні судових рішень. З часом вони стають анотаторами та вчителями права, і в цих ролях, – в основному через узагальнення, продовжують розвивати правові положення. Судові рішення містять істотні та неістотні питання. Так, наприклад, можна сказати, що позивач мав рижі волосся, а відповідач був одруженим, хоча ні те, ні інше не мало істотного відношення для справи. Юристи відмежовували неістотне й таким чином творили правові положення загального застосування. Правові положення Законів XII таблиць про насильницькі злочини, вчинені з необережності, починаються такими словами: “*Si telum manu fugit magis quam jecit* – якщо спис вилізнув з його руки до того, як він кинув його”. У цьому формулюванні віднаходимо риси першого судового випадку з приводу якого було оформлено судові формулювання. Юристи, проте, проголошували, що не мало значення те, чи звинувачений призив до того, що спис у нього випав або ж, що він повівся при цьому необережно якимось іншим чином, й таким чином поставала юриспруденція правового положення: “Якщо хто-небудь з необережності позбавив людини життя”. Але між тим, юристи очікували від суддів формулювання правових положень для випадків, котрі ще не були вирішені судами. Й в такий спосіб і в самій юриспруденції шляхом практики виникали нові правові положення.

Таке право юристів або юристичне право (juristic law) в багатьох випадках замінило все інше право – так це було в Давньому Римі, Італії, Германії, Франції, Голландії, в XVI і XVII ст.ст., і навіть почасти до кінця XVIII ст., й у багатьох частинах Германії навіть в XIX ст. Суди більше не покладалися на попередні судові рішення чи положення, а тільки на писання юристів. Але ці писання були величезною купою сотень і тисяч томів переповнених суперечностями та дискусійними питаннями. Отож прагнення упорядкувати цей хаос на благо держави видавалось закономірним. Саме це зробив передусім римський імператор Юстиніан. Друга частина *Corpus Juris*, його відомого

правового досягнення (Пандекти), складається із витягів писань римських юристів, у яких він в міру можливого позбавляється суперечностей й залагоджує усі дискусійні питання. Цей шлях було проторено і законодавцями європейських держав в кінці XVIII ст. і в XIX ст., й так з’явилися Пруське *Landrecht*, *Code Napoleon*, Австрійський кодекс, Германський *Burger-liches Gesetzbuch*, Швейцарський *Zivilgesetzbuch*, й чимало імітацій на ці роботи. Приймати ці роботи за законодавство в справжньому розумінні було б неправильно. Переважно це зібрання вже існуючого права юристів. І навіть в тих випадках, коли ті, що їх проголошували, здійснювали спробу віднайти рішення раніше не відомого певного випадку, а це траплялося зазвичай рідко, вони робили лише те, що зазвичай роблять юристи. Таким чином вони передали нам переважно право юристів. Саме тому було б не вірно вважати, як це багато хто робить, що все право твориться державою через закони (статути). Значна маса права виникає безпосередньо в суспільстві у формі спонтанного впорядкування соціальних відносин, шлюбу, сімейних союзів, володіння, договорів, спадкування, і більша частина цього соціального устрою ніколи не регулювалася правовими положеннями. Правові положення, натомість, виникли через судові висловлювання чи через юриспруденцію у формі судового права чи права юристів. Книги законів (статутні книги), звичайно ж, мають форму законів, схвалених державою, але що стосується їхнього змісту, вони – це майже повністю витвір права юристів.

Зі сказано вище не слід однак виводити, що державного права, тобто права, законодавчо створеного державою, не існує. Держава створює право з допомогою створених інституцій через примус (в тому числі і військовий) і застосовує його через правове регулювання. Державне право складається з, насамперед конституції держави, далі всього права, яке стосується армії, фінансів, поліцейського регулювання охорони здоров’я, безпеки, моральності, й так само право сучасного соціального забезпечення та соціального страхування. Державне право в основному складається з правил адміністрування (настанов, адресованих адміністративним службовцям). Воно включає також правила прийняття рішень (настанови суддям про те, як вести процес і вирішувати справи в судовому порядку).

Законотворення зазвичай розглядається як найстаріше, первинне та особливе завдання держави. Проте в дійсності держава стає законодавцем лише на пізнішому етапі свого існування. Перші держави – це звичайні зосередження вій-

ськові влади, які не мають стосунку ані до права, ані до судів. Першій державі, якщо вона ще не європеїзована, ще не притаманне законодавство. Ми говоримо про законодавство Мойсея, Заратустри, Ману й Хаммурапі, але це лише збірники судових законів чи права юристів у поєднанні з численними релігійними, моральними, церемоніальними та гігієнічними нормами в тому виді, в якому вони викладаються в популярних чи науково-популярних роботах. Східний деспот може, якщо йому заманеться, зрівняти місто із землею чи стратити кілька тисяч людей, але він не може запровадити цивільний шлюб для своїх підданих. Навіть народні зібрання давніх міст-полісів не схвалювали законів, а лише правила на певні випадки, щодо війни і миру, стягнення податків, договорів, прийняття і надсилання іноземних представників. Справжнє законодавство, з яким ми зустрічаємося вперше в Афінах, в якому робиться чітке розмежування між рішенням стосовно конкретного правила і рішенням, яке містить правове положення, й тоді в прекрасному розвитку в Давньому Римі. Германські держави середньовіччя постають під впливом римської традиції. Через це ми натрапляємо на таку форму законодавства в ранньому середньовіччі як царські капітулярії; але чим далі ми віддаляємося від минулого у часі, тим рідше ми натрапляємо на капітулярії, аж допоки нарешті не стаємо свідками повного зникнення будь-яких слідів законодавства. За “Diet of Worms” в IX ст. право кузена на успадкування вирішується з допомогою судової дуелі, й коли в XII ст. англійські єпископи поставили перед Парламентом мертонського графства вимогу про легалізацію правила про легітимацію шлюбу батьків, в яких дитина народилася поза шлюбом, світські члени Парламенту відповіли: “*Nolumus mutare leges Angliae* – ми не бажаємо змінювати законів Англії”. Ця відповідь засвідчує, що їхнє ставлення було зумовлене не якимись небажанням не приймати сам принцип легітимації, а радше думкою про те, що тогочасний Парламент в питання такого роду ані міг би, ані за будь-яких обставин не повинен втручатися. Знову набуває вагомості державне законодавство в XI ст. в Італії, в XIII ст. в Англії, в XIV ст. в Франції, та в XV ст. в Німеччині.

Й інакше просто не могло й бути. Недостатньо схвалити закон; він ще повинен мати здатність бути впровадженим. Через це держава повинна мати, в особі суддів й інших службовців, органи, здатні впровадити право в практику. Але суди та інші службовці вже початково є призна-

чуваними або відібраними іншим способом соціальними інститутами, які користуються довірою у сторін чи населення загалом, що мають таке ж відношення до законодавчого творення як і присяжні засідателі наших днів. Щобільше, слід мати засоби інформування про ці закони цієї розгалуженої мережі органів, які, як це і є, поширені повсюдно. Задіяні люди повинні вміти читати, розуміти, застосовувати закони. Існує необхідність в таких людях, і саме таких людей не було в східних державах і впродовж більшості часу історії середньовічної європейської держави. До недавня в Європі була тільки одна держава, Туреччина (і чи вона ще там?), яка через цю причину до середини XIX ст. не мала й не могла мати ніякого законодавства. Турецький суддя, кадї – це священнослужитель, який обізнаний лише з правом *шаріату*, повністю заснованому на ісламському праві юристів. Якщо б султан надіслав кадї якісь правила регулювання фондового ринку, то той би певно не знав, що з ними робити. Коли після Кримської війни Туреччина почала європеїзуватися й запровадила сучасний комерційний кодекс, їй довелося водночас запроваджувати і комерційні суди.

З цього викладу, який в основній частині відповідає моєму викладу, детально розробленому в праці *Soziologie des Rechts*, стає зрозумілим, що цілком неправильно вважати, як це багато хто робить, що соціальні інститути, шлюб, сімейні союзи, володіння, договори, спадкування виникли в силу правових положень, або ж, тим паче, внаслідок законів. Лише державні інститути виникли внаслідок законів, проте більшу масу правових положень створено не законами, а судовим правом і правом юристів, й не через передбачливість, а післябачливість (опіслядумку), бо щоб судді та юристи могли зайнятися юристичним спором, задіяні в цьому інституції вже повинні були б існувати й призвести до спору. Навіть в порівняно незначній кількості випадків, коли юристи запровадили правові положення не для справжніх, а академічних правових випадків, на думку про такі правові випадки вони могли натрапити лише після того, як основу для цього вже було закладено у суспільстві. Держава давніша за державне право. Правові положення шлюбу та сімейного права передбачають існування шлюбу та сім'ї. Правові положення, які закладають право володіння не могли б виникнути до виникнення системи володіння. Положення договірної права не могли б виникнути до укладення відповідних угод. І люди успадковували

власність упродовж століть ще до формулювання перших правових положень про спадкування.

І так було не лише у далекому минулому, так є навіть сьогодні.

Це тому, що соціальний устрій – не фіксоване, не незмінне явище, якому притаманна властивість щонайбільше дещо видозмінюватися час від часу законодавством. Він – не постійний потік. Старі інституції зникають, нові виникають, а ті, котрі залишаються постійно змістовно змінюються. Шлюб сьогодні — це вже не в повній мірі той шлюб, що був колись. Тому, той, хто здатен подумки повернутися на п'ятдесят років назад може покласти на власну пам'ять для того, щоб собі довести, що стосунки між чоловіком та дружиною, чи між батьками та дітьми були в часи його молодості іншими, аніж сьогоднішні. Там, де розвинулося сучасне інтенсивне сільське господарство, воно повністю замінило стару правову систему землеволодіння. Потреби сучасної великої (**dties**) заклали початок величезним будівельним підприємствам про які не було й згадки ще півстоліття тому, й таким чином відбувається трансформація системи землеволодіння в (**dties**). Виникла необхідність укладати повністю відмінні договори. Хто знав тридцять років тому що-небудь про тарифні трудові угоди (котрі Лотвар (Lothwar) у Берні “відкрив” у своїй відомій праці про робітничий договір)? Кому б сорок років тому спала на думку конкурентна клаузула а контракті комерційної установи, що нині завдає стільки клопотів юристам? Хто сто років тому чув що-небудь про залізничний фрахтовий контракт, чи існували донедавна трасти та комбінати? У масштабі одного людського життя обсяг таких змін відчувається лише зрідка, а в масштабах століть зміни сягають пропорцій величезних революцій. Якщо в сучасному суспільстві маємо достатньо відмінний порівняно з середньовіччям аспект, слід мати на увазі, що це відбулося за великим рахунком поступово, не якимись чином через законодавство, а через незначне перепрестосування, майже не помітне сучасникам.

Більше того, нові умови зумовлюються нові конфлікти інтересів, нові види спорів, котрі вимагають прийняття нових рішень і нових правових положень. У наш час ця потреба значною мірою задовольняється через законодавство. Але це відбувається внаслідок, так би мовити, післябачливості, після того, як все стало достатньо очевидним і можна запускати законодавчий механізм. В більшій мірі, проте, це нині робиться шляхом формулювання правових положень судового права та права юристів. Цьому факту за-

звичай не приділяються достатньої уваги, оскільки судді та юристи, які вирішують спори на основі правового положення, знайденого ними відповідно до застосовуваного нині способу, посилаються на певну кількість параграфів закону для того, щоб справити зовнішнє враження того, що вони приймають рішення на основі цих параграфів. У цьому суть софістики права юристів, котра більш детально описана мною в “Юридичній логіці”. Законодавець здатен, з допомогою закону, приймати рішення лише щодо тих видів правових ситуацій, котрі потрапляють до поля його уваги. Отож не можливо прийняти рішення на основі закону в тій правовій ситуації, про яку законодавець ніколи не думав чи не міг задуматися. Про цю ситуацію яскраво свідчить будь-яке видання книги законів з рішеннями, анотований кодекс. У ній на кожний параграф у формі посилання дається судове рішення у певній справі. Таке рішення найімовірніше фактично міститиме нове правове положення на яке суди будуть посилатися, додержуючись його саме так, начебто воно містилося б в самому законі.

Звідси й приходиться розуміння того, чому правові положення не здатні охопити усього права. Судові рішення виносяться лише по тих випадках, які представлені суду для вирішення. І навіть юристи мають справу в своїх письмових документах лише з тими правовими питаннями, якими займаються суди. Більшість справ вирішується без спору. Незліченна кількість людей, які перебувають чи перебували у численних правових відносинах, ніколи й не мали справи з судами чи службовцями. Але навіть якщо виник спір, його часто вирішують мирно або тому, що сторони досягнули компромісу або тому, що вони відмовилися від своїх вимог, бо побоялися витрат часу й коштів, чи, як це часто трапляється сьогодні, бо, як-от селяни, поденні робітники, працюючий люд, не сподіваються на перемогу в суді проти потужного та впливового противника. До цього ж слід пам'ятати, що загалом лише рішення судів найвищих інстанцій та найбільш поважних судів функціонують у якості “творців” правових положень, і що, оскільки чимало видів спорів, в яких предметом спору є незначні суми, ніколи не розглядаються цими судами, виявляється, що в стосунку до них немає якихось правових положень. Це тим більш правда, оскільки укладачі права юристів донедавна не надмірно радували увагою такі справи незначних за статусом осіб. З бізнесової точки зору ці справи не приносять вигоди, хоча з суспільної точки зору вони часто є надзвичайно важливими.

Нарешті, слід мати на увазі, що правові положення за своєю природою не несуть в собі нових правових ситуацій, бо потрібен час для того, щоб достатня кількість відповідних спорів, призвела до необхідності винесення судового рішення і донесення до уваги анотаторів права юристів.

Навряд чи віднайти більш важливе правове питання для більшої маси людей, аніж питання трудового договору або договору надання послуг, тим не менш французький *Code Civil* містить з цього приводу лише дві невеликі статті: перша забороняє трудові договори або договори надання послуг терміном на все життя; інша (відмінена у Франції за Наполеона III) надає привілей роботодавцю або тому, хто надає послуги ствердити обіцянку платити зарплату під присягою. Ніхто не стверджуватиме, що цим урегульовано кожен аспект вказаного інституту. Пояснення цьому просте: в укладачів кодексу не було жодного відповідного правового положення оскільки з трудовим договором і договором надання послуг мали справу лише суди нижчих інстанцій, і це питання не було достатньо висвітлено у спеціальній літературі. На сьогодні такі договори кишать правовими положеннями, частково включеними у закони, схвалені до цього часу, й котрі частково виникли внаслідок правових рішень. Причина такої зміни – зростаюче соціальне значення цього інституту для великих мас.

Відтак й існування, й зміст правового положення залежить від суспільства. Воно не може виникнути до того, як у суспільстві не виникнуть інститути, яких це стосується, а його зміст береться із рішень про конфлікт інтересів, які прийнято в суспільстві, і які в більшості випадків уже стали судовими рішеннями. Подібно до цього, й право в цілому проголошується після того, як конфлікт інтересів у суспільстві настільки загострився, що втручання держави є неминучим. Правове положення застосовується, з іншого боку, лише настільки наскільки закладені у ньому припущення витримуються суспільством. Якщо умови щодо цього положення втрачають силу, якщо конфлікти інтересу, яких це стосується не повторюються, то правове положення стає мертвою буквою, – навіть якщо не оголошено про його відміну. У державах, які останніми трьома роками стали самостійними, застарілим стало положення щодо *lese majeste* та образи членів королівської родини. Це, правда, не стосується положень про образу членів іноземних королівських родин, оскільки умови, які малися на увазі стосовно перших втратили чинність, а других все ще залишаються чинними. І дійсно уявлення про те, що конфлікту інтересу більше нема, вже достатньо. Положення кримінального кодексу імпе-

ратора Карла V (так званої Кароліни) стосовно відьомства не застосовувалися в Германії відколи люди перестали вірити в існування відьом та чарівників.

Кілька фактів, як видається, суперечать цій теорії. Добре відомо, наприклад, що в Італії, Іспанії, Франції, Германії та Голландії на останньому етапі середньовіччя було рецеповано й залишався чинним до кінця XVIII ст., й в певній мірі до середини й кінця XIX ст., римське право, а, точніше, Кодекс Юстиніана, *Corpus Juris*. Подібно до цього в багатьох європейських та інших державах було прийнято кодекси, які є новими опрацюваннями французьких кодексів, особливо *Code Civil*. Подібний феномен можна вивести з інших джерел. Навіть можна нашвидкуруч зробити висновок про те, що жоден з цих кодексів не має відношення до суспільства, в якому його було прийнято таким чином. Утім така суперечність лише на поверхні. Ключові інститути цивілізованого суспільства є однаковими, як відзначалося на початку, в основі. Куди б ми не поїхали, ми знайдемо шлюб, сімейні союзи, володіння, договори, спадкування. У тій мірі, в якій суспільства, які створили правові положення подібні до тих, які діють у країнах, де їх адаптовано, правові положення одного суспільства до певної міри застосовувалися й до іншого. Якщо б це було не так, якщо б ці два суспільства відрізнялися настільки істотно, наскільки, скажімо, ранні суспільства нецивілізованих та напівцивілізованих народів, чи більшовицькі суспільства сучасних цивілізованих народів, тоді подібна передача правових положень була б неможливою за визначенням. Відмінності полягають у деталях, але навіть ці відмінності вказують на те, що перенесення законів можливе лише у незначних межах. Правове положення може не мати ніякої користі для тих умов і правових випадків, для яких воно ніколи не було сформовано. Правове положення є тим не менше новим, створене суддею чи юристом, навіть якщо на інше правове положення робиться посилання з старого кодексу для того, щоб слугувати йому основою. Було б помилкою вважати, що загальне право, котре діяло у Європі з кінця середньовіччя було звичайним римським правом. Це було кардинально нове право, закладене на основі старого *Corpus Juris*. Це така ж правда, як є твердження про те, що в Румунії діє французький кодекс. Румунські юристи створили для румунських правових ситуацій власне румунське право, на яке їх звичайно ж надихнув *Code Civil*.

На перший погляд, до зовсім недавнього часу юриспруденція мала справу майже виключно з правовими положеннями. Цей феномен легко зрозуміти, бо юриспруденція переважно була практичною наукою, розрахованою на обслуговування ін-

тересів практикуючого вченого-юриста, судді, адвоката, нотаріуса, а для них правове положення – це основний предмет інтересу. Але правове положення є, як ми бачили, лише однією з форм, і у цьому відношенні, пізньою формою похідного з права. Велика маса права походить з соціальних інститутів і, як можна припустити, не розвивається не лише в примітивні часи, але й сьогодні – це також природний результати самого суспільства. Це цікавило юристів у найкращому разі лише непрямо, коли вони ставили питання про те, які правові положення мали застосовуватися у похідному від існуючих соціальних інститутів спорі, – це, як показано мною у *Juristische Logik*, – справа даремна, якщо інституція або ж принаймні конфлікт інтересів, який призвів до правового спорі, не буде врегульовано уже сформульованим правовим положенням.

Сучасна наука про суспільство, соціологія, розглядає право як функцію суспільства. Вона не може обмежуватися вивченням лише правового положення. Вона повинна розглядати все право в його соціальних стосунках й умістити правове положення в цю соціальну структуру. Через це передумовою є якнайширше знання про всю структуру суспільства, всі його інституції, й не лише ті, які врегульовані законами. Вирішення цього завдання не під силу одній людині. Подібно до того, як картографи впродовж тисячоліть та, принаймні остан-

ніх ста років, в кожній країні з допомогою держави працювали над зводом поверхні землі, так нині й потрібно спільно організувати складення зводу суспільства. Статистичні інститути вже виконують це завдання в тій мірі, в якій соціальні феномени можливо відобразити в цифрах, порахувати, зважити та виміряти; втім необхідно й звільнитися від таких обмежень, оскільки ті соціальні феномени, які не можуть бути виражені в цифрах, також мають велику наукову та соціальну цінність.

У багатьох моїх працях мною відзначалася потреба в проведенні такого дослідження. Це привернуло увагу, особливо в США. У червні 1914 р. Асоціацією американських правничих шкіл мене було запрошено представити план на загальному зібранні у грудні 1914 р. і я мав намір це зробити. Між тим війна перешкодила прийняттю запрошення\*. Важливість такого дослідження було високо оцінено, що мене надзвичайно тішить, в Румунії. Видатний румунський вчений, професор Іорга, надав в моє розпорядження для читання лекції свій Інститут Східної Європи. Прочитану там лекцію було опубліковано в *Neamul Romanesc*. Згодом було створено Товариство дослідження “живого права”. Незалежно від цього професор Густі заснував *Institute Social Romanesc*, за Статутом якого (*Statutele Institutului Social Romanesc*, Bucuresti, 1921) в його рамках буде створено і юридичний відділок.

Переклад В.С. Бігуна  
Е. Эрліх

## СОЦИОЛОГИЯ ПРАВА

Огромная масса права порождается социальными институтами. В целом право провозглашается после того, когда конфликт интересов в обществе настолько обострился, что реакция государства становится неизбежной.

E. Ehrlich

## SOCIOLOGY OF LAW

Great volume of law originates from social institutions. On the whole, law is declared only after the conflicts of interests in society are so urgent that the state's interference is inevitable.

\* Погляди проф. Ерліха узагальнено проф. Вільямом Гербертом Пейджем на засіданні Асоціації американських правничих шкіл, яке відбулося у Чикаго у грудні 1914 р. Див. PROCEEDINGS OF THE 14th ANNUAL MEETING OF THE ASSOCIATION OF AMERICAN LAW SCHOOLS, 46–75. – прим. перекладача [(Nathan Isaacs) статті Ерліха з німецької].