

«Законодавство України». URL: [http://zakon.rada.gov.ua/go/994\\_a95](http://zakon.rada.gov.ua/go/994_a95) (дата звернення: 27.09.2018).

11. Директива № 2013/11/ЄС Європейського парламенту і Ради від 21.05.2013 року «Про альтернативне вирішення спорів зі споживачами». База даних «Законодавство України». URL: <http://tpu.kiev.ua/direktiva-yes-2013-11-eu-vid-21-05-2013-roku-pro-alternativne-virishennya-sporiv-zi-spozhivachami/> (дата звернення: 27.09.2018).

12. Белінська О. В. Медіація – альтернативне вирішення спорів. *Вісник Вищої ради юстиції*. 2011. № 1. С. 165.

13. Див.: Гнатюк Н. Мистецтво домовлятися. *Юридичний вісник України*. 2018. № 38. С. 11.

14. Конституція України: Закон від 28.06.1996 № 254к/96-ВР. База даних «Законодавство України». URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80> (дата звернення: 27.09.2018).

15. Див.: Програмний документ (у рамках проекту Ради Європи «Підтримка впровадженню судової реформи в Україні»). Інтеграція медіації у судову систему України. База даних «Законодавство України». URL: <https://rm.coe.int/kyselova-t-mediation-integartion-ukr-new-31-07-2017/168075c1e7> (дата звернення: 27.09.2018).

16. Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів. Закон України від 3 жовтня 2017 року, №2147-VIII. База даних «Законодавство України». URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2147-19> (дата звернення: 27.09.2018).

17. Цивільний процесуальний кодекс України в редакції від 28 серпня 2018 р. База даних «Законодавство України». URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15> (дата звернення: 27.09.2018).

18. Коноваленко Д. Судова медіація – challenge для України. База даних *Юридична Газета online*. URL: <http://jur-gazeta.com/publications/practice/mizhnarodniy-arbitrazh-ta-adr/sudova-mediaciya-challenge-dlya-ukrayini.html> (дата звернення: 27.09.2018).

*Савчук Сергій Вікторович*

*кандидат юридичних наук, доцент.*

*завідувач кафедри філософії та теорії права*

*Чернівецького національного університету*

*імені Юрія Федьковича*

*(м. Чернівці, Україна)*

### **БОРОТЬБА ЕРЛІХА ЗА НОВИЙ ПРОФЕСІЙНИЙ СТАТУС СУДДІ: В СВІТЛІ ПУБЛІКАЦІЇ УКРАЇНСЬКИХ ПЕРЕКЛАДІВ ЙОГО ТВОРІВ**

Боротьба Євгена Ерліха за вільне правознаходження, з одного боку, є боротьбою проти помилковості уявлення про повноту права, вираженого в вигадливих тлумаченнях, аналогіях і конструкціях, а з іншого – за професійний статус юриста (судді), новий загалом як сто років тому, так й, певною мірою, ще нині в Україні.

Той факт, що сьогодні в Україні ніхто має сумнівів у неповноті позитивного права варто віднести до неминущої заслуги як самого Ерліха, так і руху за вільне правознаходження, призвідником якого він був. В наші дні можна говорити також про нове розуміння повноти права: позитивного і неспозитивного (живого або ідеального), яке принаймні частково є ерліхівським здобутком. Дискусійним, однак, залишається питання про те, чи відповідає вже сьогодні професія українського юриста (судді) заявленим Ерліхом вимогам і що слід зробити для того, щоб вона таким вимогам

відповідала. Все це говорить про актуальність питання (теми) про те, як велася зазначена боротьба в рамках дискусії про методи Ерліхом та його колегами по руху за вільне правознаходження або представниками інших шкіл соціологічної юриспруденції, чи їх опонентами, які репрезентували догматичну юриспруденцію, які були отримані результати, як вони, – позитивно або негативно, – оцінюються.

Актуальність теми підвищується, якщо взяти до уваги існування в чинному праві України положення, закріпленого в ч. 10 ст. 10 ЦПК і подібних йому (про заборону відмови у розгляді справи з мотивів недосконаlosti права), французьким і швейцарським аналогами якого (ст. 4 французького і ст. 1 швейцарського ЦК) надихався Ерліх у своїй творчості. Актуальність досягає свого апогею в нашій констатації, що в цілому панівне праворозуміння в Україні, відкидаючи еквівоки, мало чим відрізняється від праворозуміння в Німеччині, Австрії чи Російській імперії у час, коли вийшов друком програмний твір Ерліха «Вільне правознаходження і вільне правознавство» (1903), предметом якого якраз і стало критика такого праворозуміння загалом та боротьба за новий професійний статус судді зокрема.

*Метою доповіді* є висвітлення окремих питань публікації нових перекладів або нових та уніфікованих редакцій перекладів українською мовою творів Ерліха під кутом боротьби останнього за новий професійний статус судді.

1. В цей час за нашою участю (відповідальна редакція) ведеться підготовка до друку низки нових перекладів або нових і уніфікованих редакцій перекладів творів Ерліха, які здійснив канд. юрид. наук. В.В. Трутень, автор опублікованого перекладу українською мовою частини «Закладення основ соціології права» Є. Ерліха [1] та окремих статей, присвячених творчості останнього. Йдеться про такі праці Ерліха, як: повний варіант перекладу «Закладення основ соціології права» окремо в редакціях 1913 [2] та 1989 [3] років (російський переклад М.В. Антонова [4]; адже редакції істотно відрізняються, оскільки остання публікація підготовлена М. Ребіндером частково в розвиток планів або закладеного потенціалу Ерліха (в частині бібліографічного апарату, в т.ч. створення покажчиків, розкриття джерел цитат, які відсутні в оригіналі, докладного огляду змісту монографії тощо), частково на зміну (наприклад, виклад в актуальній на момент публікації Ребіндером орфографії, перенесення колонтитулів в текст монографії тощо), а також про: велику статтю «Про прогалини в праві» 1888 р. [5], нову редакцію доповіді «Вільне правознаходження та вільне правознавство» 1903 р. [6] (існуючий переклад українською мовою належить перу Д. Дороша [7]), невелику і надзвичайно цікаву статтю «Вільне правознаходження» 1906 р. [8], а також дві пізні праці, опубліковані як великі статті (трактати) в 1917-1918 рр., а саме: «Суддівське правознаходження на підставі правоположення. Чотири уривки із праці, яка перебуває в підготовці: Теорія суддівського правознаходження» 1917 року [9] (існує російський переклад М.В. Антонова [4, с. 520-579]) та «Юридична логіка» разом в журнальній 1917 [10] та монографічній редакції 1918 [11] років (за змістом вони відрізняють несуттєво, сторінки збігаються за змістом, але мають відмінні номери. В монографії є лише доповнення та виправлення деяких орфографічних помилок).

Робочі повні переклади всіх зазначених вище робіт наявні. Також готуються ще деякі інші. В цілому йдеться про ті праці, які всі разом можуть складати запланований Ерліхом, проте повністю неопублікований тритомник під умовною, – точно невідомою, а тому лише можливою назвою, – «Теорія суддівського правознаходження». Нами планується опублікувати спочатку зазначені праці окремо, а потім об'єднати та опублікувати як тритомник під загальним заголовком «Соціологія права» (Ерліх планував включити «Закладення основ соціології права» в задуманий ним тритомник). Отже, в такий спосіб ідея Ерліха могла б бути реалізованою не спершу німецькою, а

відразу українською мовою. Питання про зміст окремих томів зараз перебуває в процесі планування.

В кожній роботі вказані сторінки оригінальних публікацій з метою полегшення пошуку відповідної інформації, згаданої в тих чи інших публікаціях, присвячених творчості Ерліха. Ось як, наприклад, відмічений в статті «Про прогалини в праві» перехід з 1 на 2 і 2 на 3 сторінку (в журнальному оригіналі з 447 на 448 і з 448 на 449 сторінки): «Питання права вимагає рішення судді, як правило, тільки тоді, коли воно 447|448 ставиться перед ним в правовому спорі» та «Ясно, що за таких обставин межа між правом, яке постає, і правом, яке постало, як і взагалі у звичаєвому праві, мусить дуже коливатися; суддя навряд чи може знайти в ще дуже недосконалому |449 праві відповідне праву рішення для кожної справи, і тому вирішує в таких справах якраз згідно з правосвідомістю». Тобто внизу першої сторінки вказано зліва від прямої лінії номер цієї сторінки, а справа номер наступної, а далі вказується лише номер наступної сторінки. В такий спосіб вказані сторінки й в інших перекладах. Варто відзначити, що в одній із перших своїх публікацій Ерліх згадує про проблему, пов'язану з діяльністю судді, вже на перших двох чи трьох сторінках.

Готуються також покажчики (предметний та авторів), а також вступні і заключні статті та коментарі. Обдумується також і більш детальне оформлення перекладів (наприклад, розкриття відсутніх цитат, створення детального огляду перекладеної роботи тощо).

Розглянемо детальніше, як в неопублікованих ще українською мовою творах Ерліха ним аналізується питання нового статусу судді, наприклад, зважаючи на обмежений зміст тез, в статті «Вільне правознаходження» 1906 року.

2. Огляд і реконструкція структури статті. Стаття «Вільне правознаходження» опублікована в періодичному виданні «Das Recht» («Право») і носить науково-публіцистичний або роз'яснювальний характер. В першу чергу вона інтерпретує положення програмної роботи Ерліха «Вільне правознаходження і вільне правознавство», яка з'явилася за три роки до того. За цей час Ерліх, як відмічено редакцією видання, став «справжнім автором руху за вільне правознаходження» (виділення в оригіналі, с. 35, авторство – «Редакція»), а тому, зокрема, до нього звернулися з проханням «з'ясувати тему в нашому журналі». В результаті з'явилася стаття обсягом трохи більше половини друкарського аркушу. Стаття не містить плану і не має членування на пункти чи інші підрозділи. Це спонукає до відповіді на запитання, яка ж структура цієї статті? І як в цій структурі показано новий статус судді?

Ознайомлення зі статтею дозволяє реконструювати наступну її структуру (сторінки вище і далі вказані за згаданим вище виданням): Відкривається стаття відразу запитаннями: «Якою мірою суддя зв'язаний правом? Чи може він, принаймні за певних умов, вільно знаходити рішення або вони йому всі накреслені наперед у параграфах закону?» (с. 35). Далі дається відповідь на них, по суті, без вступу. Текст при цьому розпадається на наступні блоки: 1) виклад панівного погляду на широку зв'язаність судді позитивним правом, 2) загальна критика такого погляду з висновком – «ми не схильні з рішенням, яке видається безглуздим, спокійно миритися через те, що воно обґрунтоване в якомусь правовому приписі» (с. 35), 3) критика теорії безпрогальності права, 3 а) *проблема нових правових явищ* і недостатність «технічного» правознаходження, вимога порвати з фікцією повноти права, – в цьому місці містяться положення, пафос і термінологія яких винесені нами в заголовок і обґрунтування теми нашої доповіді, – приклад про правове регулювання в нім. ЦК статусу утримувача тварин, 3 б) *суддя і несправедливий закон*, в т.ч. приклади про повішених поряд адвоката і собаку та поширення грошових знаків революційної пропаганди, 3 с) про «небезпеки, які загрожують із-за суперечного сенсу й духу закону тлумачення, яке

однак, сповна узгоджено з технічним традиційним правознаходженням» (виділення в оригіналі) (с. 38) (тут наводяться приклади про злочин публічного насильства). Зокрема, констатується, що «Вільне правознаходження веде, само собою зрозуміло, до сталого суддівського права» (с. 39). 4) *Про новий статус судді*. Зміст статті в цікавому для нас аспекті можна резюмувати наступними словами Ерліха: «Але з того, що законодавчі збори можуть виробляти закони, ще не випливає, що вони все можуть робити, що вони повинні робити все, також те, що інші можуть робити краще, ніж вони. І те, що вони не можуть виробити безпрогальний закон, який все передбачає, це вони досить часто довели».

Однак головна справа – це суддівська професія, яка доросла б до такого великого завдання» (с. 40). Мається на увазі завдання заповнювати прогалини в позитивному праві, які законодавець заповнити не може. В більш повному обсязі і сучасніше: про встановлення і заповнення прогалин як окремі питання. 5) Про історію вільно-правового руху, зокрема про статтю Г. Канторовича про «Боротьбу за правознавство» [12], перелік представників руху, питання пріоритету тощо.

3. Загальний висновок. Боротьба за вільне правознавство за Ерліхом складається з двох частин: негативної – боротьба проти теорії безпрогальності права і позитивної – боротьба за новий професійний статус судді, й – ширше – юриста. Переклад зазначених вище публікацій, підготовка до публікації яких ведеться, дозволить краще зрозуміти обидва ці боки ерліхівської творчості в проекції на сучасні для українського правознавства і правової практики проблеми.

#### Використані матеріали:

1. Ерліх Є. Основи соціології права (1913) пер. Віктора Трутня. *Проблеми філософії права*. 2005. Том III No 1–2. С. 211–220.
2. Ehrlich E. *Grundlegung der Soziologie des Rechts*. von Eugen Ehrlich. Munchen Leipzig: Duncker & Humblot, 1913. 409 S.
3. Ehrlich E. *Grundlegung der Soziologie des Rechts*. von Eugen Ehrlich. 4. Aufl., durchges. u. hrsg. von Manfred Rehbinder. Berlin: Dunker und Humblot, 1989. 441 S. – (Schriftenreihe zur Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung; Bd. 69)
4. Эрлих О. Основоположение социологии права. Пер. с нем. М. В. Антонова; под ред. В. Г. Графского, Ю. И. Гревцова. СПб.: Университетский издательский консорциум, 2011. 704 с.
5. Ehrlich E. Über Lücken im Rechte. von Eugen Ehrlich. *Juristische Blätter*. 1888. S. 447–630.
6. Ehrlich E. Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft: Vortrag gehalten in d. Jur. Ges. in Wien am 4. März 1903 von Eugen Ehrlich. Leipzig: Hirschfeld, 1903. VI, 40 S.
7. Ерліх Є. Вільне правознаходження та вільне правознавство (1903). Пер. Дениса Дороша. *Проблеми філософії права*. 2005. Том III. No 1–2. С. 168–184.
8. Ehrlich E. Die freie Rechtsfindung von Eugen Ehrlich. *Das Recht*. 1906. № V. S. 35–41.
9. Ehrlich E. Die richterliche Rechtsfindung auf Grund des Rechtssatzes. Vier Stücke aus dem in Vorbereitung begriffenen Werke: Theorie der richterlichen Rechtsfindung von Eugen Ehrlich. *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*. 1917. № 67. S. 1–80.
10. Ehrlich E. Die juristische Logik von Eugen Ehrlich. *Archiv für die civilistische Praxis*. – 1917. – № 115. – S. 125–439.
11. Ehrlich E. Die juristische Logik von Eugen Ehrlich. Tübingen: Mohr, 1918. VII, 337 S.
12. Kantorowicz H. Der Kampf um die Rechtswissenschaft von Hermann Kantorowicz. 1. u. 2. Tsd. Heidelberg: Winter, 1906. 50 S.