

# ФАКТИ ЗВИЧАЄВОГО ПРАВА. ІНАВГУРАЦІЙНА РЕКТОРСЬКА ПРОМОВА, ВИГОЛОШЕНА 2 ГРУДНЯ 1906 Р. ЗВІТ ПРО 1906/1907 НАВЧАЛЬНИЙ РІК, ЗРОБЛЕНИЙ 9-го ГРУДНЯ 1907 РОКУ РЕКТОРОМ, ЯКИЙ ПЕРЕДАЄ СВОЮ ПОСАДУ, ПРОФ. ДР. ЄВГЕНОМ ЕРЛІХОМ\*

*Автор Євген Ерліх*

*Пер. з нім. І. Я. Яцюка (Чернівецький національний університет імені Юрія Федьковича, Україна)*

*Пер. з латині Т. Д. Попової (Чернівецький національний університет імені Юрія Федьковича, Україна)*

*Наукова редакція перекладу М. В. Никифорака (Чернівецький національний університет імені Юрія Федьковича, Україна)*

*Анотація С. В. Савчука (Чернівецький національний університет імені Юрія Федьковича, Україна)*

*Анотація.* В роботі, опублікованій в містах Лейпциг і Відень в 1907 році, йдеться про історико- і порівняльно-правову дилему, а саме про два взаємопов'язані запитання: «Що ж це таке, що перетворює життєві відносини у відносини правові, або навпаки, не надає їм такого статусу?» і «Як фактичні відносини стають правами і правовими відносинами?». Основна її частина поділяється на два блоки: позитивний і критичний. До першого належить класифікація фактів права, а до другого – конструктивна критика традиційної теорії звичаєвого права. Фактично ця праця стала основою для розділу V. *Grundlegung der Soziologie des Rechts* [Закладення основ соціології права] (1913), в якій вказана дилема формулюється наступним чином: «Які фактичні установи стають в процесі історичного розвитку правовідносин, і завдяки яким суспільним процесам вони (фактичні установи) стають ними (правовими відносинами)?».

У позитивному блоці Є. Ерліх ретельно, оригінально і ґрунтовно аналізує ті ж самі факти, що і 7 років пізніше, а саме: узус, панування, володіння, волевиявлення, зокрема і питання спадкового права. Особливо цікаво викладено питання про «дії, які люди вчиняють для досягнення правових результатів», наприклад поняття «німої торгівлі» тощо. В критичному блоці Є. Ерліх не тільки критикує традиційну теорію звичаєвого права, але й пропонує свою власну. Так, наприклад, він розрізняє поняття звичаю, яке склалося в так званому загальному праві XVII і XVIII століть, з одного боку, і своє власне соціологічне розуміння звичаю. Критика традиційного поняття спрямована на змішування відмінних між собою речей: з одного боку, суспільних інституцій, а з іншого, – виведених із них норм для вирішення. Автор пропонує оригінальну теорію як норм для вирішення, так і звичаю. В останньому випадку йдеться про елемент власне суспільного звичаєвого права.

Інавгураційна ректорська промова доповнюється звітом Є. Ерліха про 1906/1907 навчальний рік в Чернівецькому університеті, в якому наводяться, серед іншого, цікаві статистичні дані (наприклад, про національний чи конфесійний склад студентів тощо).

*Ключові слова:* правові відносини; факти права; звичаєве право; норми для вирішення; узус; володіння; волевиявлення.

## ФАКТИ ЗВИЧАЄВОГО ПРАВА

### Високоповажні збори!

За старим академічним звичаєм, якнайсердечніше дякуючи своїм колегам, які на рік призначили мене репрезентувати наш університет у зносинах із зовнішнім світом, я хочу в день інавгурації ректора поговорити про предмет, взятий із тієї сфери знань, якій я присвятив своє життя. Для цього я вибрав звичаєве право, яке вже понад століття є одним із найбільш животрепетних і найбільш обговорюваних питань нашої науки. Але я хочу поговорити сьогодні не про звичаєве право як таке, я хочу промовляти про факти звичаєвого права. Право і правовідносини є абстрагованими

\* Статтю опубліковано в *Czernowitz: Selbstverlag o/er k.r. Universität*. 1906. 66 s.

речами, які існують не в конкретній реальності, що сприймається чуттєво, а в головах людей. Не було б ніякого права, не було б також і жодного звичаєвого права, якби не було людей, які розмірковували б над ним. Але як і будь-де, так і тут наші думки сформовані з того матеріалу, який ми беремо із конкретної дійсності, яка сприймається чуттєво. В основі всіх наших уявлень лежать факти, які ми колись встановили. Впевнений, що такі факти існували ще до того, як у мозку людини взагалі почали зароджуватися думки про право і правовідносини. Також і в сьогоденні мусять в будь-якому випадку існувати певні факти, перед тим як ми наважимося говорити про право і правовідносини. Якраз про ці факти і йдеться тут. Із сьогоденного розгляду виключено лише те, що викликається дією закону, приписом, який виходить від законодавчої влади держави, і стосується того, як люди у майбутньому мають організувати свої дії.

Для сьогоденного юриста звичним є погляд на світ, в якому панує право та обов'язковість права. Цьому світу, який є і його світом, він завдячує своїм світоглядом, який в основу основ покладає право та його обов'язковість. Без них він майже неспроможний уявити собі співіснування людей. Сім'я, яку б офіційні органи влади не зберігали як єдине ціле, або, принаймні, не спостерігали за нею, власність, яка б не захищалася судами, договір, якого не можна було б оскаржити, спадщина, якої не можна було б добитися правовим шляхом, здаються йому, принаймні, як загальні явища, неможливими. Таким чином, у його мисленні система правопорядку, суд і обов'язковість права поєднуються в одне ціле, і, позаяк обов'язковість права передбачає судові рішення, а останнє, у свою чергу – тверді правові норми, то він намагається повсюди, де тільки він знаходить певну систему правопорядку, шукати суд, обов'язковість права і тверді правові норми, які все визначають заздалегідь.

Але від погляду досвідченого дослідника-правника не сховається те, що добре знайомому нам суспільству, яке тримається у правових рамках завдяки суду, обов'язковості права і правових приписів, передувало інше суспільство, для якого це все було чужим, яке, однак, все ж таки володіло певним прийнятним порядком. Цей порядок ґрунтувався на тому, що люди вже тоді визнавали певні правила обов'язковими для своєї діяльності і під дією цих правил частково поступали, поводитися, прагнули і, до певної міри, досягали подібних цілей уже так само, як пізніше під дією твердих правових норм, які застосовуються судами і реалізуються через обов'язковість права. Чи можемо ми тут говорити вже про якусь систему правопорядку – це, звичайно, не вельми й важливо. Те, з чим ми тут стикаємося, може, мабуть, вважатися, передусім, нічим іншим, як фактом: бо „факт” для юриста – це все те, що не є, або ще не є правом чи правовідносинами; однак ці факти є вже правами чи правовідносинами в їх зародку і становленні, і в такій якості ми знову виявляємо однакові за своєю природою факти у пізніший період.

Ми повинні, таким чином, рахуватися з тим, що вже на цьому ступені розвитку існують правила, якими люди керуються у своїй діяльності, і що у людей, які так діють, мусять існувати певні свідомі чи напівсвідомі уявлення, сприйняття і почуття, що спонукають їх до дотримання цих правил. Такі правила і дії, уявлення, сприйняття і почуття, які їх супроводжують – це те, із чого, як наслідок, виростає система правопорядку.

Але і там, де вже існує усталена система правопорядку, ми кожної миті стикаємося із чисто суспільними інституціями, до яких праву певною мірою немає ніякого діла, і щодо яких, через те, існують сумніви, чи можна назвати їх правовими інституціями. Однак і в пізніший час нам зустрічаються заклади того ж виду. Вони визнані правом, охоплені правовими нормами і перебувають під захистом суду. Також і тут зусилля вартують того, щоб прослідкувати шлях переходу від чисто суспільних життєвих до правових відносин. Також і тут найвища цінність для юриста – з'ясувати суть уявлень, почуттів і відчуттів, на яких ґрунтуються життєві відносини у процесі свого чисто суспільного існування, і які, врешті-решт, призводять до визнання цих життєвих відносин правом. Цю тему ми зустрічаємо ще й в іншій формі, позаяк життєві відносини подібного виду існують у різних країнах, то виступаючи складовою частиною системи правопорядку, то ні. Так, у тому самому правовому полі ми іноді бачимо життєві умови повністю одного і того ж виду, із яких один здається включеним у правову систему, у той час як прийом у систему права іншого, часом важливішого та з більшим значенням, відхиляється. Нарешті, безперечно існують випадки, де якийсь вид життєвих відносин впродовж часу втратив будь-яку правову силу, однак зберіг своє існування як вид відносин суспільних. Незліченною є кількість прикладів, які можуть бути наведені на користь сказаного. Через те зробимо посилання лише на деякі, передусім на те, що римська преторська власність існувала, на нашу думку, ще задовго до того, як вона була забезпечена з боку претора

правовими засобами, а також на те, що в Римі, як і в інших системах права поруч із договорами, на які поширювалася можливість їх розгляду в суді *contractus* (угода), завжди існували договори, на які така можливість не поширювалася *pacta* (договори), і які, частково, були щонайменше настільки ж важливими, як і перші. Однак і ми сьогодні не змогли б просто так припустити, що домовленість з другом про те, що він задалегідь займе для нас місце у скорому поїзді, якщо той буде переповнений, започатковує відносини з обов'язковим виконанням певних дій, хоча, ймовірно, з цим можуть бути пов'язані дуже важливі інтереси. У всіх цих випадках ми маємо справу з життєвими відносинами, які пізніше частково включалися в систему правової обов'язковості без будь-яких суттєвих змін при цьому, у той час як інші життєві відносини подібного типу залишаються, як і раніше, поза цією системою. Один із видів життєвих відносин – це шлюб, який, поза всяким сумнівом, повсюди є також і видом правових відносин. Однак на Сході ми маємо декілька видів шлюбу, та й у Римі ще в дуже ранні часи поруч із обов'язковим існував і вільний шлюб, трохи пізніше ймовірно *matrimonium juris gentium* (шлюб між чужоземцями), і, нарешті, у праві певним чином почав враховуватися також і конкубінат. І навпаки, у сфері християнської культури ми, мабуть, ніколи не вийдемо за межі єдиного, повноцінного в правовому і моральному плані, виду шлюбу. Отже, право в нас у принципі відхиляє стосунки між статями, які фактично трапляються, чого не спостерігається десь інакше. Коли, нарешті, дворянство, як наприклад, у сусідній з нами країні, скасовується на основі закону, то воно, як уже неодноразово можна було переконатися, ще довго продовжує своє існування в суспільстві, і так само запровадження цивільної процедури одруження чи розлучення не відразу або зовсім не усунуло в певних колах суспільного значення церковної процедури одруження і нерозривності шлюбних уз.

Що ж це таке, що перетворює життєві відносини у відносини правові, або навпаки, не надає їм такого статусу? Його не можна пристосувати до визнання через закон, суди чи інші інстанції, бо це не властивість, а історична випадковість відносин. Те, чи згадуються в якому-небудь законі якісь життєві відносини, є зовсім другорядним, позаяк і без того ясно, наскільки мало нагромадження законів може охопити всю строкату розмаїтість реального життя. А можливість, заявити про вимоги, які випливають з цих відносин, у суді чи іншій інстанції? Як задалегідь можна побачити по цих відносинах, які ніколи не розглядалися і ніколи не будуть розглядатися в суді чи в якійсь іншій інстанції, яке значення припише їм суд чи інші інстанції, якщо, до того ж, для цього у законах і дотеперішній системі судочинства – а якраз про такі випадки тут і йдеться – відсутній вихідний пункт? І все-таки, мабуть, немає сумнівів у тому, що із безлічі життєвих відносин лише деякі, як виняток, привертають до себе увагу судів та інших інстанцій. Адже ж наше життя проходить не в різного роду установах. Є мільйони людей, які вступають у безліч правових відносин і які є такими щасливими від того, що їм ніколи не доводиться звертатися в якусь інстанцію. Оскільки тип відносин, який не увійшов у системи законодавства і судочинства, все-таки закономірно існує, то якраз у тих випадках, які утворюють правило, не буде вистачати всього того, що було б необхідним, для того, щоб встановити, чи ми маємо тут справу з якимось типом правових відносин. При цьому кожної миті змінюються межі між тим, про що суди та інстанції в стані прийняти розпорядження, і тим, від виконання чого вони, на їх думку, мусять відмовитися, і не лише через законодавство, але й через фактичну практику; повинні кожна така зміна, кожне непомітне коливання позначатися на всіх відносинах, які ніколи не були, або які ніколи не повинні стати предметом розгляду в суді?

Мені, звичайно, знову зроблять закид стосовно того, що я плутаю право і звичаї. Однак я все-таки нічого не плутаю, я, зокрема, дуже добре вмію розрізняти право і звичаї. Я тільки оспорою те, що норма, яка виходить від держави, правова обов'язковість, яка практикується судами чи іншими інстанціями, складають суттєву ознаку права. Право і звичай відрізняються один від одного так само, як відрізняються норми звичаю від моральних норм – звичай і моральність також є відмінними одне від одного, і вони обоє знову-таки відрізняються від релігійних норм та від інших менш важливих норм, від правил поведінки, доброго тону, моди. Право – це суспільні заклади і приписи, які сприймаються керівними колами суспільства як основа державного, суспільного та економічного устрою. При цьому має значення лише те, чи вони сприймаються як основа цього устрою, а не те, чи є вони такою основою, і зовсім ніякого значення не має захисний вал, яким керівні кола суспільства оточують основоположні приписи і заклади. У древні часи національна релігія постійно належала до основоположних державних інституцій, однак антична держава вважала за потрібне лише у виняткових випадках захищати єдність віри від тих, хто опирався цьому. У середні віки і сучасний

період, аж до 18-го ст., ставлення керівних кіл до цього питання було, як відомо, іншим, а сьогодні воно знову-таки зовсім інше. У кожному суспільстві, яке знаходиться на високому ступені розвитку, живе почуття того, що справжній шлюб можливий лише між особами, які перебувають у тісному суспільному й етнічному взаємозв'язку. Правила щодо *connubium* (право укласти шлюб) є правовою інституцією, тому що вони сприймаються як основа суспільного і державного устрою, якщо навіть небагато можна почути про правову обов'язковість для їх здійснення. Подібні настрої панують ще й сьогодні у широких колах, однак вони, за невеликими винятками, не мають нічого спільного з правом. Основу державного і суспільного устрою в них сьогодні не вбачає більше ніхто, вони є лише звичаєм. Проте, само собою зрозуміло, не кожна суспільна інституція чи припис, що трактується керівними колами як основа державного, суспільного і економічного устрою, є одночасно правом і звичаєм: правом, однак, вона є за будь-яких обставин.

Усі ці суспільні інституції, які частково проникають у систему права, частково її оминають, а частково застрягають на шляху до неї, є для юристів та істориків права найбільш важливими. Бо тут якраз і знаходиться справжня майстерня формування права. До вчення про джерела права, про закон і звичаєве право можна приступити лише звідси. Вся історія права аж до нашого часу завжди розглядала, по-суті одне і те ж питання: як фактичні відносини стають правами і правовими відносинами.

З огляду на ці питання повинні досліджуватися основоположні інституції людського суспільства. Передусім об'єднання і союзи, з яких розвинулося сучасне суспільство: сім'я, рід, громада. Тоді владні відносини, які існують у суспільстві, сімейно-правові види влади й опікунство, рабство, особиста залежність та інші службові відносини. Після цього ідуть земельні правовідносини – основа будь-якого суспільного устрою. Тоді – право юридичних операцій, дій, які люди здійснюють для досягнення правових результатів. І, нарешті, спадкове право, упорядкування спадщини покійного.

Першим фактом суспільного життя є група людей. Ми зустрічаємо її в глибоку давнину у різних формах, як-то рід рідню, *gens, clan* (рід, громада), сім'ю, родину, пізніше як сільську громаду, громаду з правом проведення ярмарку. Рід і сім'я є первинними формами. Ще й сьогодні залишається відкритим питання про те, яку з них слід розглядати як достеменну праформу, чи рід є нічим іншим як сім'єю, яка виросла, стала дорослою, або чи сім'я з'явилася набагато пізніше, ніж рід, в його середовищі. Мені, однак, не здається сумнівним те, чим були породжені рід і сім'я. Цементуючим матеріалом для них служать суспільні почуття, які пов'язують одну людину з іншою, і які породжуються у неї відчуттям того, що вона, об'єднавшись у групи з іншими людьми, зможе легше і більш успішно, аніж будучи сама одна і розраховуючи лише на власні сили, вести важку боротьбу з природою за існування. З моменту того, як люди усупільнюються в групи, більша здатність людини, об'єднуватися у спільноту, стає для неї, само собою зрозуміло, зброєю у боротьбі за існування. Звідси, вона спричиняє також поступове усунення і занепад тих, у кого переважають себелюбство і хижацькі інстинкти, та виживання тих, хто здатний створювати спільноту, які тепер є сильнішими, тому що їм допомагає сила всієї групи. У такий спосіб природній добір і спадковість призводять до появи поколінь людей, які дедалі більше здатні формувати суспільство. Це почуття згуртованості, у тому розумінні, що можна покластися на допомогу один одного, вкорінюючись, породжує рід, і, посилюючись усвідомленням спільного походження, – сім'ю, з якої, поставленої у скотарів і землеробів на певну економічну основу, розвивається агнатична родина, так само як із осілого роду розвивається сільська громада та громада із правом проведення ярмарку.

Тому аж ніяк не правові норми, а одвічні суспільні почуття людини дали людству його найстарішу конституцію. Устрій, який ґрунтується на ній, можна, мабуть, назвати, відповідно до сьогоденної манери висловлюватися, лише звичаєм. Як цей звичай переходить у право? На це питання, звичайно, відповісти нелегко; небагато результатів досліджень з історії права є такими ж загальноновизнаними, як ті, згідно з якими звичай і право тим важче розділити, чим далі ми в нашому розгляді будемо повертатися назад у часовому плані. Однак можна, мабуть, припустити, що саме об'єднання у вищі одиниці, родів у племена, а племен у родову державу зародило в цій сфері спочатку думку про право. Відтоді основний закон роду і родини стає дедалі більше складовою частиною племінного і державного устрою, а приналежність окремої особи до своєї сім'ї, своєї родини, повноваження глави групи, обов'язки її членів більше не задаються їхніми почуттями і нахилами, а залежать від визнання інших груп, які об'єдналися раніше. Звичай стає правом, як тільки він загалом починає сприйматися як базис основного закону племені і держави.

А тепер я звернуся до відносин влади і підлеглості. Слід розрізняти два види підлеглості: ті, які впливають із сімейного союзу – підлеглість дітей батьківській владі, підлеглість жінки владі чоловіка – і відносини підлеглості чисто суспільного походження, рабство і особиста залежність. При цьому дуже сильно напрошується на думку зведення до положень права багатоманітних і по-різному диференційованих відносин влади і підлеглості, які проявляються на всіх ступенях розвитку суспільства, аж до останнього, досягнутого лише найрозвинутішими народами Європи і Америки. І справді, здається, повсюди панує думка, що правом є те, що підкоряє жінку чоловіку, дітей – батьківській владі, підопічного – опікуну, рабів і особисто залежних – своєму володарю. Насправді ж тут, як і будь-де в іншому місці, право не є причиною, а вираженням певного типу фактичних відносин. Будь-яке панування є лише іншою стороною беззахисності того, над ким панують, і його потреби в допомозі. Над ним здійснюється панування, тому що він не отримує правового захисту, а право не захищає його через те, що він занадто слабкий, щоб захистити себе самого. Правовий захист у глибоку давнину коренився у самопомозі та самозахисті. Спільноти визнають правовий захист спочатку для своїх повноцінних членів, які, у випадку необхідності, і власними силами могли б захиститися від нападу і були б у стані, ту допомогу, якої вони домагаються від інших, самі іншим і надати. Жінка, дитина, ще не здатний носити зброю юнак не можуть це зробити, бо вони занадто слабкі для цього; чужак, який живе сам, не може зробити цього, бо він не має спільноти, яка б ним переймалася. Представник переможеного народу чи племені не може цього, бо захист, який йому хотіла б надати його спільнота, не діє з огляду на перевагу переможця. Всі вони, жінка, дитина, чужак, переможений перебувають під владою того, хто схиляється до їх захисту: чоловіка, батька, гостинного господаря, переможця. І хто ще не вірить у власні сили, добровільно віддає себе під чужий захист. Якщо захисника не знаходиться, тоді він належить тому, хто оволодіває ним і зберігає його життя: він стає його холопом. Слабка людина, яка має свого господаря, більше не є безпомічною, бо зараз будь-який напад на неї є одночасно нападом на її господаря<sup>1</sup>.

Відносини захисту мають, звичайно, і економічні передумови. Влада здійснюється на користь володаря, а не заради того, над ким панують. Допоки людина, навіть за найбільших зусиль, не спроможна створити більше, ніж необхідно для власного існування, як це притаманно дуже бідним мисливцям і пастухам, до тих пір вона і не має володаря. Панування не принесло б пануючому в цьому випадку нічого. Тому полонений ворог ще не перетворюється в раба, а знищується, або, як виняток, приймається у народ – переможець. Лише жінка на цьому ступені розвитку вже має цінність, оскільки вона є предметом не лише економічної, а й статевої експлуатації. Заради цього вона залишається живою і використовується для виконання робіт, від яких чоловік відмовляється, бо вважає їх виконання нижчим своєї гідності, або вважає ці роботи занадто важкими.

Тому володарювання у первісному суспільстві базується на цих обох фактах: на беззахисності того, над ким здійснюється панування, на його економічній і статевій експлуатації з боку сильнішого. Ці фактичні стосунки перетворюються тут також у правові відносини, як тільки роди об'єднуються у союзи вищого порядку – у племена і держави. Бо такі союзи завжди є об'єднаннями лише правителів: жінки, діти, раби в цьому участі не беруть; а вістря цих об'єднань спрямовані не лише проти зовнішнього ворога, а й, якщо це навіть, можливо, й несвідомо, проти внутрішніх заколотів. Через те родова держава є вже устроєм для панування, і фактичні відносини володарювання і тут стають правовідносинами, бо вони сприймаються як основа державного устрою.

Всередині держави природа відносин панування змінюється, як тільки змінюються його обидві фактичні передумови: безпомічність слабких і заснована на цьому економічна експлуатація. Суспільство додержавної формації неспроможне захищати слабких і безпомічних; держава, відповідно, може посилювати це дедалі більше як засіб своєї влади. Звідси, влада на основі сімейного права втрачає відбиток своєкорисливого майнового права у тій мірі, в якій підлеглим на основі цієї

<sup>1</sup> Один австрійський морський офіцер, знавець Африки, сказав мені якимось, що він значною мірою приписує успіхи Стенлі договорам, які той мав звичку укладати із своїми чорними носильниками. Інші мандрівники по Африці наймали носильників зазвичай лише на короткі відрізки шляху, для області, у якій жили їх одноплемінники, звільняли їх, коли вони доходили до кордону племені, і шукали там інших носильників на тих же умовах. Стенлі ж, навпаки, наймав їх уже на узбережжі на цілу подорож. Негр в Африці поза кордонами свого племені є здебільшого безправним. Як тільки Стенлі приходив у чужу область, його караван був єдиним притулком для носильників. І, таким чином, вони були віддані на його гнів і милість. Він був їх захисником і саме тому їхнім необмеженим володарем і повелителем.

влади, жінкам і дітям, забезпечується самостійний правовий захист: батьківська і ще більше опікунська влада перетворюються тоді в суспільну інстанцію, а влада чоловіка – у правове представництво жінки через її чоловіка. І навпаки, держава відмовляє у правовому захисті, якщо їй розходиться в збереженні устрою для панування; цим самим беззахисність слабких стає їх безправністю, рабством. Холоп, якого наділили землею і поселили, перетворюється завдяки зростанню його економічного значення в особисто залежну людину. Якщо вартість робочої сили внаслідок розвитку економічних відносин і, разом з тим, економічне значення особисто залежної людини зростатимуть, це призведе до легших форм особистої залежності і, нарешті, до звільнення селян. Переважання політичної влади пануючих класів і потреба в більш ґрунтовному використанні землі спричиняють захоплення земель селян.

А як же виглядають справи із правами на землю? Це норми права віддали кусочки нашої планети у власність людини? Якщо ми будемо розглядати власність на землю, яка виникла виключно на основі лише звичаєвого права, то ми побачимо, що вона ніколи не була нічим іншим, ніж правовою стороною економічної земельної конституції, яка так тісно зрослася з нею, що представлення земельного права по-іншому, ніж у всій земельній конституції і разом з нею є неможливим. Що це означає, якщо говорити про кочові народи, чи народи, які займаються мисливством? Це, очевидно, означає, що цим народам загалом невідома власність на землю, що вони на зайнятому ними терені оголошують лише племінний суверенітет, який кожному із членів племені дозволяє полювання та випас худоби. Вже найдавніший вид землеробства, дике травопільне землеробство приносить із собою захищену принаймні шляхом правового самоправства власність на оброблювану ділянку. Усталені відносини виникають разом із дво- та трипільною системою землеробства: необмежена власність на садибу, сад, встановлення меж полів між окремими сім'ями, які мешкають у садибах, власність на сільськогосподарську землю у черезсмужжі, обмежена обов'язковим дотриманням строків посіву і збору врожаю та правовими нормами, які регулюють відносини між сусідами, спільна власність на ліси, луки та на землю, яка перебуває в користуванні громади. Однак, всі ці відносини перетворюються в правові відносини лише шляхом визнання в поступово міцніючій родовій державі. Запроваджена колись земельна конституція змінюється настільки часто, наскільки збільшення кількості населення спричиняє необхідність інтенсивнішого використання землі, бо кожна зміна в економічній земельній конституції завжди означає одночасну зміну земельного права: спочатку припиняється розподіл меж полів, який повторювався до цього через сталі проміжки часу, потім забороняється корчування на спільних землях громади, і, нарешті ці землі, по-суті, розподіляються. Так само, як і з селянською землею, виглядає справа і з крупним землеволодінням, яке формується в процесі заселення нових земель. Передумовою його виникнення завжди є численні групи людей, які йдуть за своїми могутніми вожаками, і які складаються із сервів та вільних осіб на службі. Правові стосунки тих, хто обробляє землю, також і тут безпосередньо задані земельною конституцією. Однак вони перебувають під значним впливом відносин із землевласником, який одночасно є й господарем. Само собою зрозуміло, що й ці відносини є відносинами економічними: від способу ведення господарства залежить використання і застосування землевласником його батраків, людей, які особисто залежать від нього, та вільних осіб, які поступають до нього на службу, а також те, що вони для нього роблять. Однак такі відносини є і відносинами захисту: міра і спосіб виконання робіт і послуг один щодо одного, визначаються, поруч з іншими чинниками, мірою і способом володарювання та захисту.

Зв'язок же економічної земельної конституції із земельним правом, навпаки, не стосується крупного землеволодіння, яке, з правової точки зору, базується на державному втручанні або на виділенні земель державою, тобто не на звичаєвому праві. Це, щоправда, закономірний спосіб виникнення крупного землеволодіння. На противагу економічній власності селянина воно є політичною власністю пануючого класу. Тому воно, врешті-решт, є лише юридичним вираженням політичного панування. Коли *populus Romanus* (римський народ) надав сам собі власність на *solum provinciale* (провінційну землю), король Англії оголосив себе власником всієї землі Англії, то це означало, що вони, в силу права завойовника, хотіли свавільно розпоряджатися нею. Принцип *nulle terre sans seigneur* (жодної землі без власника (господаря)) віддзеркалює лише той факт, що королю та дворянству вдалося зламати опір селян – власників землі. А коли король наділяв свою знать угіддями, які не мали власника, або навіть заселеними угіддями, то це так само постійно було наслідком владного становища в державі. І коли в середні віки графи і князі присвоювали собі права на ліс, річки і рудники,

коли вони примушували своїх підданих приймати свою ж власність від них як лен, то це також не було чимось іншим. А без підтримки державної влади, яка дістається лише правлячому в державі класу, захоплення земель селян у значному обсязі не вдалося б, мабуть, ніколи<sup>1</sup>.

Ще один вид втручання держави – вивільнення земель – призводить до встановлення земельного права, незалежного від економічної земельної конституції. Численні вивільнення земель проводилися вже у давнину, наприклад, у римлян таке розвантаження, щоправда, нечітко підтверджене, було проведене десь у четвертому столітті існування міста, принаймні в найближчих передмістях Риму. В Англії воно відбулося у 1660 р., у Франції – після декількох початкових спроб остаточно в 1789 р., на решті території Європи – впродовж 19-го ст. майже всюди.

Сенс будь-якого вивільнення земель – надання дозволу на інтенсивніше використання землі і, відповідно до цієї мети, звільнення власника від врахування будь-яких інших обставин. Звідси випливає, що результатом такого розвантаження є власність на землю, по-можливості, без будь-яких обмежень, подібна до абстрактно необмеженої римської вотчини: власник може робити все, чого йому не заборонено робити в інтересах суспільства або через зобов'язання, які він або його попередник чітко пов'язали із своєю землею; він не зобов'язаний ні до чого, до чого він не зобов'язався сам, особисто. Це майже чисто юридична власність, яка більше зовсім не пов'язана із обробітком землі, власність, яка підходить для рухомого майна так само, як і для нерухомого. Ніщо так не характерне для чисто юридичної природи римського земельного права, як постійне повторення юристами спроб побудувати різні відносини, особливо відносини німецького земельного права, за допомогою римських правових понять. Яким цікавим це все не було б, однак воно доводить, що римське право не дало земельному праву майже нічого іншого, ніж дуже чітку і стійку термінологію. І справді, мовою римських юристів можна було б, без сумніву, виразити і китайське земельне право. У той час, коли майже неможливо, висвітлити природне первісне земельне право, не посилаючись при цьому кожної миті на фактичний обробіток землі, римські збірники права, як і створені за їх зразком сучасні кодекси законів, не дають нам взагалі ніяких відомостей про відповідну земельну конституцію. Ми мусимо копітко вишукувати їх з інших джерел.

Факт звичаєвого права на землю є, звідси, видом землеробства. Якщо навіть, без сумніву, існує і таке земельне право, яке немає нічого спільного з економічною земельною конституцією, то воно ніколи не виникало шляхом звичаєвого права, а завдячує своїм походженням виключно втручанням держави. І тепер ми підходимо до розгляду юридичної операції. Новітня німецька юриспруденція зазвичай називає операції, які здійснюють сторони для досягнення юридичних цілей, правовими операціями і тлумачить їх як „операції права”. Цим самим вона має на увазі, що такі операції, як договір, заповіт, заснування (благодійного) фонду є „юридичними фактами”, до яких право прив'язує самостійні правові наслідки. Право є тим чинником, який винайшов юридичні операції, право є тим чинником, який визначив, які наслідки повинно мати укладання договору, заповіту чи заснування фонду. Якщо сторони хочуть домогтися настання цих наслідків, то на їх розсуд віддається використання засобу, який право з цією метою надає в їх розпорядження.

Чи підтверджується таке тлумачення історією? Ми, передусім, бачимо, що операції, до яких сьогодні право прив'язує юридичні наслідки, існували, здебільшого, набагато раніше, ніж норма права, яка прив'язала до них ці наслідки. Купівля, фактичний обмін товарами вжитку, є, безумовно, набагато старшою, ніж правові положення договору купівлі. Першими купцями були чужинці, які обмінювали завезені з далеких країн товари на вироби країни перебування, і це у той час, коли ще жоден чужинець не міг послатися на якусь правову норму. На тому рівні цивілізації, коли прихід на терени чужого племені ще був пов'язаний із небезпекою для життя, ми виявляємо німу торгівлю. Одна сторона розкладає речі, які вона хоче збути, у традиційно для цього призначеному місці і ховається десь поблизу; ті, хто зацікавлений купити, підходять після цього ближче, оглядають ці речі, беруть їх собі, якщо вони їм подобаються, залишаючи при цьому еквівалент їхньої вартості, або йдуть геть, якщо вони не бажають їх. Після цього продавець виходить із схованки і докладає стільки нового товару, поки він знову не привабить якогось покупця. Це, звісно ж, не є ніякими „операціями права”.

<sup>1</sup> Одним із найвідоміших прикладів є виникнення крупного землеволодіння у гірській Шотландії. Коли англійці після битви під Кулоденом пішли на знищення старої кланової конституції галлів, то вони зробили це, просто оголосивши вождів кланів власниками всієї території племені, яка до того часу складала спільноту. Подібним чином, як відомо, англійці поступали і в Бенгалії.

Зобов'язання так само є старшими, ніж зобов'язальне право. Чоловік, який позичає у когось худобу чи збіжжя для свого господарства, або не відразу сплачує гроші за придбані речі, або під час гри програв більше, ніж він може дати, переходить під владу позикодавця, який може утримувати його у неволі або примусити працювати, поки за нього хтось не заплатить. Або цей чоловік надає позикодавцю заручників, яких той бере в неволю; чи він дає йому якусь застава, якою позикодавець може володіти до виплати боргу. Трохи пізніше достатніми стали поручителі, які обіцяють слідкувати за виконанням боржником своїх зобов'язань. Часом зустрічається і присяга: боржник, який порушує присягу, накликає на себе і своїх близьких божу помсту. Тому тут здійснена операція має всюди спочатку лише фактичні наслідки: фактичний обмін товарами, фактичну владу позикодавця над боржником чи заручниками, тиск поручителів, страх порушника клятви перед загрозою помсти богів. Але досить скоро вони починають сприйматися як правові наслідки. Це настає відразу ж, як тільки починає відповідати загальному уявленню та обставина, що позикодавець, який утримує в своїй владі, вбиває або продає боржника чи заручників, який не віддає заставу, що перебуває в його руках, а продає або знищує її, не чинить насильства, а застосовує право, що не він, а той, хто звільняє цих осіб, хто відбирає в нього заставу, порушує домовлений мир. У цьому вже якраз і закладено зародок подальшого розвитку. Боржник більше не переходить під владу позикодавця відразу, а лише закладає йому своє тіло, він не дає йому справжньої застави, а лише уявну, без будь-якої вартості; однак якщо борг не погашається, то позикодавець має право заволодіти боржником, взяти його під свою варту, примусити його служити собі батраком, продати як раба, самовільно захопити його майно. Фактичні наслідки, настання яких колись допускали сторони для гарантії жаданого успіху юридичної операції, пом'якшуються з того часу, як правом встановлюються правові наслідки, лише до самої форми.

Засновані на таких операціях відносини перетворюються у правовідносини лише після досягнення досить високого ступеня розвитку; тобто не в період об'єднання родів, а набагато пізніше. До того часу існує, мабуть, фактичний обмін, поставлені під захист богів домовленості, однак звідси не випливає ніяких правових претензій та обов'язків. У цілісному вигляді ми зустрічаємо заповіти та фонди лише в упорядкованих державних організаціях історичного часу.

У будь-який період часу операції, які визнавало право, складала лише частку від усіх операцій, які дійсно мали місце в суспільних зносинах. І лише поволі, крок за кроком поступаючи, право примиряється з видами операцій, нечуваними до того часу. Римське право ніколи не виходило за межі визнання лише деяких небагатьох дуже важливих операцій. Ще за панування принципу свободи укладання договорів перед нами постійно постає питання, чи існує в цей момент якийсь вид операції, яка вже ввійшла в систему права, або якій потрібно відкрити шлях туди. На це питання, як правило, ствердна відповідь дається лише після деяких хитань і боротьби, коли важливість і корисність нової операції стають очевидними кожному. Засоби, якими сторони послуговуються у цей проміжний період часу, коли їм ні юридична наука, ні каутеральна юриспруденція, ні юридична система не надають допомоги, завжди одні і ті ж: фактичне здійснення, забезпечення успіху через заставу або іншу оплату і опікун. Опікун відіграє особливо важливу роль. Так, римський *testamentum per aes et libram* (заповіт за допомогою міді та ваги) і фідейкоміс проклали собі дорогу у право як довірчі операції. Загальновідомим є значення, яке мали довірчі операції, *uses* і *trusts*, в історії англійського права.

Важче прослідкувати хід міркувань, які лежали в основі такого розвитку. Дуже поширена точка зору зводиться до того, що невиконання взятого зобов'язання розглядалося спочатку як злодіяння, яке породжувало карні наслідки та претензії на відшкодування збитків; це, врешті-решт, мало своїм наслідком спонукання порушника договору до його виконання. Багато що, звісно, говорить на користь цієї точки зору. Карне переслідування та позов на відшкодування збитків у цілому є давнішими, ніж позов на виконання зобов'язання, і можна довести, що вони у багатьох випадках заклали право вимоги на виконання зобов'язання. Але, без сумніву, так було не завжди. Невиконання ж обіцянки, навпаки, сприймалося, здається, в дуже значному обсязі як грубе злодіяння, віроломство, і також, мабуть, як безпосередня шкода, навіть якщо воно й не породжувало претензій на відшкодування збитків і карного переслідування.

Ерлінг відзначив спочатку стосовно римського права, а Поллок і Майтланд довели стосовно англійського права, наскільки мало розрізнялося між собою на початках позбавлення когось якоїсь речі і неповернення комусь цієї речі, і наскільки сильною була схильність після отримання якоїсь послуги кимсь вбачати у ненастанні зворотної послуги втрату зробленої роботи або цієї зворотної

послуги, як і схильність, поставити чоловіка, який не сплатив свій борг за гроші, збіжжя, худобу та інші замінні і незамінні речі, які він отримав, на один рівень з тим, хто відібрав ці речі. Подібне сприйняття проявляється і сьогодні. Віроломство, яке не можна переслідувати в судовому порядку, і зараз ще вважається особливо поганим лукавством. Хто, однак, уважно слідкує за реальною практикою в житті, судочинстві і законодавстві, той знає, що вони виростають з таких фактів і такого сприйняття, але не породжують їх.

Дотеперішні положення виступу можна було базувати на загальноновизначених результатах порівняльної юриспруденції та історії права. Не зовсім те ж саме є чинним стосовно спадкового права. Пануюча теорія зводить спадкове право до сімейної власності: за цим вченням, навіть там, де воно більше не існує, воно продовжує діяти настільки, наскільки надає деяким родичам, які колись брали участь у житті сімейної спільноти, невідчужуване очікувальне право. Якби це було правильно, то тоді б спадкове право розвинулося б з іншого права, і ми б мали досліджувати не факти, які викликали встановлення спадкового права, а факти, які призвели до виникнення очікувального права родичів.

Однак уже Генрі Самнер Майне висловив сумнів у правильності цієї теорії. Її, мені здається, принаймні щодо германських народів, від яких вона, як відомо, виходила, заперечив Фікер. Фікер, на мій погляд, переконливо довів, що спадкове право і в германців є давнішим, ніж очікувальне право, що власник у той час, коли вже існувало сформоване родинне спадкове право, міг вільно розпоряджатися своєю власністю, не переймаючись претензіями своїх дітей, не кажучи вже про далеких родичів. Праісторія спадкового права має скоріше виходити з того, що вже на нижчих ступенях розвитку поруч із родовим існує і сімейний уклад. Рід, як такий, володіє спільною власністю на землю, яка у селян-землеробів надається, здебільшого, у користування окремим сім'ям. Коли ця власність після смерті глави сім'ї, або, що також часто траплялося, після його смерті без нащадків, поверталася у власність роду, то це, мабуть, ніде не розглядалося, як справа із відкриття спадщини, а лише як результат постійної спільної власності роду. Після того, як родовий устрій розпався, то, можливо, його первісна спільна власність могла також спричинити якісь утворення на основі спадкового права; однак вони дуже швидко зникають і є, здебільшого, незначними. Спадкове право корениться, переважно, в сімейному укладі. І тут ідеться про два питання: перш за все, кому належало все те, що покійник залишив після себе, якщо він жив у сімейній спільноті, і кому воно належало, якщо він господарював як одноосібник. Останнє у первісному суспільстві – явище, очевидно, дуже рідкісне, можливо його й взагалі не траплялося, однак пізніше, у сильному державному утворенні, яке й окремій особі також надає можливості для існування, воно дедалі частішає. Тепер легко збагнути, що власність померлого, якщо вона не клалася разом з ним у могилу, залишалася тим, хто разом з ним господарював і мешкав у тому ж будинку. Це спочатку стосувалося, щоправда, лише рухомого майна, бо цей уклад панував уже в мисливців і скотарів, тобто він є давнішим, ніж землеволодіння. Цей стан, однак, аж ніяк не є наслідком співвласності домочадців. Мова тут йде про той факт, що домочадці отримують у власність спадок померлого, бо вони перебувають ближче до неї, і, отже, в стані відбити напад будь-кого стороннього тими ж засобами, що й за його життя. Домочадці посідають залишене померлим після себе добро і господарюють далі так само, як вони господарювали до цього; змінюється мало що, у будинку зараз лише на одну особу менше. Початкове спадкове право, однак, не вийшло за рамки цього посідання домочадцями залишеного померлим після себе добра. Тому, якщо померлий не жив у громаді, то залишений ним спадок не мав господаря. У римлян і германців ще в історичному спадковому праві існують виразні відбитки такого стану; однак його найважливіші прикмети виявляються, мабуть, у слов'ян, найдавніші пам'ятки права яких взагалі представляють собою надзвичайно цікавий дуже ранній рівень розвитку, який в інших народів Європи був пройдений ще задовго до укладання їх правових актів, які передалися наступним поколінням, у письмовому вигляді. Росіянам, полякам, мазурам, чехам і жителям Моравії та, мабуть, і сербам у 13-му столітті спадкове право родичів бічної лінії ще невідоме; у випадку смерті без залишення нащадків спадок стає „порожнім” і переходить до князя, або, якщо це особисто залежні люди, то тоді до їхнього володаря ( Пор. для росіян Буданова-Владимірського: *Обзор истории русского права*. (3-е видання, 1900, с. 478). Те ж, що проти цього висуває Сергеевич: *Лекції і дослідження* (3-е видання, 1903, с. 549), є мало переконливим. Для поляків Хюбе: *Право польське в веке тжинастім* (1874) Письма 11, с. 394. У поляків, правда, вже в 13-му столітті право спадку на блага мали всі нащадки першого одержувача. У випадку ж смерті без залишення нащадків блага, надані князем, навпаки, переходили до нього назад, а селянські статки – до

поміщика, з виключенням родичів бічної лінії. Що траплялося із благами, набутими десь інакше, встановити не можна; Бальцер у листі, направленому до мене, припускає, що вони, як і успадковані блага, передавалися в спадщину родичам бічної лінії; проти цього, однак, говорить та обставина, що й ті блага не переходили до таких родичів бічної лінії, які не походили від першого одержувача (Пор. Шайнога. Скіце гісторичне. 1 том, 336). Найкраще цей процес розвитку відомий у Богемії і Моравії; він висвітлюється у праці Калоусека: О староческом праве дедіцкем (у: Розправи чеської академії, том III, Рочнік III). Згідно з нею вислів „дедік” означав лише родича, який проживав з померлим у невіддільній спільноті. Звідси відокремлені родичі не мали права на спадщину. Спадок померлого, якщо не було родичів, які б жили з ним у сімейній спільноті, переходив до королівської палати. Це проголошується вже в статуті князя Конрада Отто (1189): *Si quis autem non habuerit filium vel filios, et habuerit filias, ad illas deveniat hereditas aequaliter; et si non sint deveniat ad proximos heredes* (якщо хто не має сина або синів, а має дочок, спадщина так само (однаково) переходить до них; а якщо їх немає, переходить до найближчих родичів (спадкоємців). З цим положенням узгоджується все пізніше законодавство, і в такий спосіб спадкове право висвітлюється ще Вікторіном Корнеліусом, який у 16 столітті розробив дуже важливий виклад чеського звичаєвого права. Правильність його поглядів впливає ще й з численних судових справ, які королівська палата вела з відокремленими родичами ще в 14-му і 15-му ст., і які постійно вирішувалися на її користь (Калоушек, вказана праця, с. 25). Щодо сербів пор.: Новаковіч. Законник царя Душана (1898), с. 172 (до статей 41, 48). У балтійських слов'ян принаймні до 14-го ст. не проявляється жодного чіткого сліду спадкового права для родичів бічної лінії, яке б охоплювало більше за брата коло родичів: Котляревський. Древності юридическаво бита балтійскіх славян, 1874, с. 138. Щодо мазурів пор. Дунін. Право мазовецке (1880), с. 136. Моему другу Адальберту фон Штібралю я завдячую повідомленням про те, що в угорців, вочевидь, справи виглядали так само, як і в слов'ян.

Оскільки слов'янські судєбники 14-го ст. визнають спадкове право родичів бічної лінії, хоча, між іншим, лише обмеженою мірою, Статут Вісліци і кодекс законів царя Душана (статті 41 і 48), то вже їх формулювання показує, що тут йдеться про новацію. У слов'ян, очевидно, швидке укріплення князівської влади надовго затримало формування спадкового права родичів бічної лінії, яке скоротило право зворотного повернення у власність цієї влади тих чи інших благ.

Право князя на зворотне повернення благ у свою власність можна, мабуть, обґрунтувати у чехів і поляків німецьким, а в росіян і сербів – візантійським впливом.

Такими різними є джерела, з яких витікає звичаєве право. Первісні спільноти базуються на первісних суспільних інстинктах людської душі, відносини володарювання на безпомічності слабких і покинутих; права на землю визначаються економічною земельною конституцією, юридичні операції сформувалися на основі операцій фактичних; спадкове право завдячує, в цілому, своїм існуванням просторовій близькості деяких осіб до померлого. Само собою зрозуміло, що тут мова не може вестися про певним чином вичерпний виклад цих джерел права: все наведене повинно мати лише значення дороговказу. Звідки ж походить, що означає загально-правова теорія звичаєвого права, яка на цей час панує в німецькій науці? Якого роду факти лежать в її основі?

Якщо порівняти те, що викладено тут як найдавніше звичаєве право людства, зі змістом найдавніших збірок звичаєвого права, які дійшли до нас, то передусім перед нами постає той неприємно вражаючий факт, що у них можна знайти дуже мало того, що стосується звичаєвого права. У ролі права, а саме у ролі давнього звичаєвого права тут з'являється щось зовсім інше. Передусім, принаймні, якщо йдеться про офіційні записи, у них красуються деякі державні правові розпорядження: молода держава вочевидь любить піддавати себе такій пробі сил, у пізніших збірках звичаєвого права їх шукати дарма. Згодом від цього могли відмовитися. Однак їх головний зміст складають дуже деталізовані розпорядження про покарання за злочини і висвітлення судового процесу, зазвичай так само із багатьма частково неважливими подробицями. Тоді, нарешті, трапляються ще й розпорядження зі сфери сімейного і майнового права, незначність і недостатність яких вражає контрастує з багатим розвитком карного права і процедурою вирішення спірних питань. Читач рідко може побороити здивування щодо того, що із вочевидь досить багатого запасу цивільно-правових традицій, саме ці, інколи другорядні і неістотні речі включені у збірник звичаєвого права.

Ця дивна спрямованість найдавніших судєбників дає нам важливе пояснення того, що людина на низькому ступені розвитку розглядає як право. Це, як ми вже бачили, здебільшого правила судового переслідування і правового захисту, процедура вирішення спірних питань і тяжб. Оскільки судові справи

стосуються майже виключно вбивств, тілесних пошкоджень, викрадення людей, пошкодження чужого майна, крадіжок, то судєбники містять незліченну кількість відповідних постанов. Цим пояснюється також незначна кількість правил цивільно-правового змісту. Вони теж стосуються лише тих питань, які обговорювалися в процесі вирішення спорів. По багатьох з них видно, що вони, я впевнений, були розроблені для вирішення якоїсь судової суперечки. Усе це право, призначення якого – бути основою для вирішення судових спорів, я називаю нормами прийняття судових рішень.

А що справді не існувало іншого права? Погляд на сучасну історію права, яка використовує документальний та інший історичний матеріал, показує, скільки багато реально діючого права існувало ще й окрім того, і як мало його увійшло у судєбники. Кожна правова норма про виплату злодієм відшкодування особі, яку він обікрав, уже має своєю передумовою досить усталену власність на рухоме майно, звідси, на моє переконання, існували правила придбання, втрати та припинення права на власність, а також уявлення про те, як відрізняється законний одержувач власності від злодія чи грабіжника. Або: в судєбнику містяться положення про відшкодування, які, у випадку викрадення жінки, викрадач має сплатити її батькові чи її родичам. Ця настанова, очевидно, пов'язана з певною формою сім'ї, згідно з якою жінка перебуває під владою чоловіків – членів сім'ї, яким також надається право видавати її заміж. Про все це судєбник мовчить, бо він містить лише норми прийняття судового рішення, а не суспільний устрій, чиєму прикриттю і захисту повинні служити ці норми. Але хіба сам цей устрій не є незаконним? Він є чимось більшим, ніж це, він є, понад те, прямо-таки складовим компонентом змісту норм прийняття судового рішення. Речення про те, що особа, яку обікрали, може вимагати від злодія подвійну вартість украденої речі, можна виявити у такому ж чи майже такому формулюванні в найрізноманітніших народів; якщо ж правдою є те, що в римлян спочатку предметом справжньої власності були лише раби, тяглові й в'ючні тварини, тобто т.зв. *res mancipi* (манциповані речі), то це речення саме через таку форму власності означало дещо інакше у Римі, ніж десь в іншому місці. Тому із зміною суспільного устрою змінюється зміст норм прийняття судових рішень, навіть якщо в їхньому формулюванні не змінилося нічого.

Однак суспільний устрій – це те, що створює основу як для уже виниклих раніше норм прийняття рішень, так і для нових, які якраз виникають. Уже наголошувалося на тому, яким бідним і неповним було приватне право найстаріших судєбників. Це достатньою мірою пояснюється тим, що воно має служити дуже простому й одноманітному суспільству. Як тільки починають формуватися суспільні відносини, для яких воно призначене, то й приватне право стає багатшим і різноманітнішим. Для перевірки правдивості цієї теорії достатньо порівняти дві редакції одного і того ж судєбника, які віддалені одна від одної часовим проміжком у п'ятдесят років. Усі норми права, які додалися пізніше, – це осад, який виділився впродовж цих років із колись існуючих суспільних відносин, здебільшого без будь-якої участі законодавця.

Яким чином однак встановлюються норми прийняття судових рішень? Праця француза Ламберта, яка з'явилася декілька років тому, мабуть остаточно розв'язала це питання на основі нескінченно багатих матеріалів зі сфери порівняльного права. Ці норми частково знаходять судді при вирішенні правових спорів, частково – юристи як договорики у сфері права для свого народу, як учителі і письменники. Іноді сюди долучається й законодавець, який для хитромудрих випадків або випадків, які просто сталися, і по яких, здається, або взагалі не було прийнято ніякого рішення, або воно не було задовільним, намагається встановити найкраще рішення. Юстиніанські конституції і зміни до них особливо багаті такими законодавчими нормами прийняття судових рішень. Отже, для того, щоб звичаєве право, яке виникло в суспільстві, усталилося в твердих, визначених, оформлених словами нормах прийняття судових рішень, воно мусить пройти або крізь систему юриспруденції, або крізь систему судочинства чи законодавства.

Звідси, мабуть, ясно, що пануюче вчення про звичаєве право змішує дві дуже відмінних між собою речі: з одного боку, суспільні інституції, і, з іншого, виведені з них норми прийняття судових рішень. І те й інше це вчення називає звичаєвим правом. У цю ж помилку впадає й Ламберт, позаяк він у своїй основоположній праці говорить майже виключно про норми прийняття судових рішень, однак вважає при цьому, що він висвітлює всю систему звичаєвого права. Однак, якщо дотримуватися представленої тут точки зору, то замість поділу джерел права на закон і звичаєве право, який виходить із повністю зовнішніх ознак, приходять до їх поділу на три частини: 1) передусім, власне закон, отже, ще не наявне у дотеперішньому праві адміністративне розпорядження, яке не лише в зовнішньому плані виходить від законодавця, але і в плані змістовому

створене ним; тоді 2) норма прийняття судового рішення, яка впливає із систем законодавства, судочинства чи правознавства; 3) власне суспільне звичаєве право. Цим ми мусимо поки-що задовольнитися, хоча не можна не визнати й того, що більш проникливе вчення про джерела права виявить, що й цей поділ занадто сильно спирається на звичну традиційність і пов'язаний, переважно, із зовнішніми ознаками. Бо законодавець може як включити в закон норми прийняття судових рішень, які виробили правознавство і правосуддя, так і створити шляхом віддання наказів суддям та іншим органам влади нове право; він, нарешті, може заснувати нові державні та суспільні інституції: так, шляхом вивільнення земель, створити у новітній час, головним чином, нові заклади для економічних і соціально-політичних цілей. З іншого боку, норми прийняття судових рішень, які виникли у сферах науки і правосуддя, можуть бути вільно розроблені ними ж самими, чи запозиченими із суспільного звичаєвого права. Кожен сучасний кодекс законів приватного права містить поруч із власне суспільним звичаєвим правом, а це включені в кодекс визначення понять форм життя і закладів комунікації, більшою частиною також норми прийняття судових рішень, котрими воно завдячує юриспруденції і правосуддю, які іноді також розробляв правознавець. Поруч із цим знаходиться також справжнє право, засноване на законодавчих актах. Усі ці дуже різноманітні складові частини живуть своїм життям і зберігають багато чого від їх первинної своєрідності, у тому числі і після їх оформлення у параграфи. Одним із наступних завдань науки буде виокремлення цих компонентів системи права і дослідження їхньої природи.

Викладена спочатку Гірке суперечність між кооперативним і владним правотворенням проявляється тут з великою яскравістю. Лише власне закон, адміністративна постанова, яка матеріально створює нове право, завжди є владним правом. Звичаєве право, яке впливає із самодіючого суспільного розвитку, і норми прийняття судових рішень, які виникли у сферах науки і судочинства є кооперативним правом у розумінні Гірке. Але й винайдені законодавцем норми прийняття судових рішень належать, мабуть, швидше до кооперативного, ніж до владного права. Не можна, однак, не помітити того, – і я це вже підкреслював в іншому місці, – що і чисто суспільні норми прийняття рішень з часу виникнення сучасної чиновницької держави схилилися в бік владного права, оскільки вони зараз, якраз як і власне право, засноване на законодавчих актах, з'являються як накази держави своїм чиновникам. Повернути нормам прийняття судових рішень їх первинну кооперативну своєрідність – це, мабуть, одне із найважливіших серед наступних завдань правової політики. Якщо наука до цих пір не спромоглася розробити задовільне вчення про звичаєве право, то причина полягає в тому, що вона вперто нехтувала спостереженням за самим суспільством у його правотворчій роботі і, слідуючи своїй схоластичній традиції, вважала за краще розглядати пергамент як святе джерело, ковток із якого навечно втамовує спрагу (*тут у переінакшеному вигляді наводиться цитата із „Фауста” Й. В. Гете: das Pergament, ist das der heil'ge Bronnen, woraus ein Trunk den Durst auf ewig stillt. прим. перекладача*). Основою ще й сьогодні чинної теорії звичаєвого права є деякі місця у зводі законів, трактати тлумачів і знавців канонічного права, нарешті, вчення німецьких юристів загального права 17-го і 18-го століть.

Те, що там виявили, розглядали чисто догматично: у ньому не вбачали нічого іншого, як настанову, яка виходила від законодавця, і відповідно до якої слід було розцінювати чинність звичаєвого права в кожному окремому випадку. Мало хто помітив – в усякому випадку серед цієї невеликої кількості знаходиться Віндшайд – у яку суперечність можна вплутатися, якщо, з одного боку, розглядати закон, заснований на законодавчих актах, і звичаєве право як повністю рівноправні і подібні за структурою джерела права, а, з іншого боку, визнавати за законом компетенцію встановлювати для звичаєвого права те, за яких умов воно може претендувати на юридичну чинність. Але це була не єдина шкода, нанесена при цьому науці: її погляд, спрямований на папір, повністю втратив оцінку реалій, які вона виявляла у цьому; судження римських юристів, почерпнуті безпосередньо із життя, цілі, які переслідували тлумачі, знавці канонічного права і юристи-практики звичаєвого права 17-го і 18-го століть, залишилися їй незрозумілими.

Розуміння звичаєвого права, яке панувало в римлян, я виклав в іншому місці (Ерліх Є. Статті з теорії джерел права, частина 1. Берлін, 1901). Для римлян їх звичаєве право ототожнювалося із римською юриспруденцією, з вченнями римських юристів, до завдань яких, як відомо, належало не лише знаходження рішень, але й права, *iura condere* (творити права). Це (світське) звичаєве право римляни називали *ius civile* (цивільне право), на противагу до *ius sacrum* (священного права), релігійному звичаєвому праву, і *ius publicum* (публічному праву), яке за своїми істотними рисами

було правом, заснованим на законодавчих актах. Іншого звичаєвого права вони не знали. Навіть правові інституції, які сформувалися безпосередньо на основі життєвих реалій, лише тоді були законними, коли вони визнавалися і розглядалися юристами: цим самим, однак, вони ставали *ius civile* (цивільним правом). *Ius civile* (цивільне право) було, звідси, субституцією опікунства, *testamentum per aes et libram* (заповітом за допомогою міді (грошей) та ваги ... купівлю або продаж та передача іншому (другому) своїх прав перед судом), заборона партнерам по шлюбі, робити дарування один одному, *mancipatio* та *in iure cession*. Але *ius civile* (цивільним правом) були й нормами прийняття судових рішень, знайденими римськими юристами, все, що впливало із *cavere, agere, respondere* (бути пильним, вести процес, надавати кваліфіковане юридичне заключення) юридичних правил: усі вчення і твори, навіть праці всього життя Муціуса і Сервіуса, Лабо і Цельзіуса, Юліана і Папініана. Звісно, при цьому юристи говорять про *mores, consuetudo* (звичаї, звички). Однак вони не були джерелами права як такими. Стосовно цього немає нічого більш переконливого, ніж міркування Брі і Перніце саме тому, що вони виходять із протилежної точки зору. Серед частин дигестів *De legibus senatusque consultis et longa consuetudine* (про закони і рішення сенату та звичай, що зберігався довгий час (довготривалий)), які походять із класичної доби, і заголовку кодексу *Quae sit longa consuetudo* (який є довготривалий звичай) від самого початку діяла лише одна – єдина частина римського звичаєвого права: фрагмент 1, 3, 36. Тут мова йде про заборону з боку звичаєвого права робити партнерам по шлюбі дарування один одному. Але і цей фрагмент не містить нічого іншого, як академічну хвалу цій настанові. Весь інший зміст згаданих назв дигестів і кодексу, в тій мірі, в якій він походить із класичної доби, на самому початку не мав нічого спільного із питаннями звичаєвого права. У знаменитій частині Юліана (фрагмент 2) у початковому взаємозв'язку розглядався *lex Papia Poppaea*, ймовірно поміщені там визначення щодо обтяжливих відомств громади і обов'язкових громадських робіт. Стосовно цього робляться посилання не на звичаєве право, а, очевидно, на пануючу в провінціях практику. Те, що обидві частини Ульпіана, фр. 33 і 34, так само, як і конституція імператора Олександра (1.8.,52) мали своїм предметом не римське звичаєве право, а провінційну практику, впливає вже з того, що вони походили із його твору *De officio proconsulis* (про обов'язок проконсула). Місця, взяті із праць Пауля і Калістрата, в яких досліджуються спірні питання (фр. 36, 27), стосуються виключно традиційного тлумачення закону. Місце із твору Пауля, фр. 37, взято із розгляду *ad legem municipalem* (згідно з муніципальним законом; відповідно до муніципального закону): те, що воно говорить про муніципальну традицію, доводить уже її саме формулювання *quo iure civitas retro in eius modi casibus us a fuisset* (яким правом держава користувалася раніше у таких випадках). Одним словом, класичні римські юристи мають на увазі римське звичаєве право тоді, коли вони говорять про *ius civile* (цивільне право), а не в загальному про *mores* (звичаї) чи *consuetudo* (звичку). Перед юристами посткласичної доби стояло, щоправда, інше завдання. З часу *constitutio Antonina* (конституції Антоніна) римське право діяло для народів найрізноманітнішої ідентичності, раси і походження, і приналежні до цих народів люди хоч і стали римськими громадянами, однак не прийняли римське право і римські традиції навіть за зовнішньою формою. Вони, як і раніше, жили за своїм дотеперішнім правом і традицією. Цього просто не можливо було обійти. Якою б великою не була схильність імператорів до простого усунення їхніх *consuetudines*, але все ж таки до певної міри вони були змушені рахуватися з цим. Так один з фрагментів дигест посткласичної доби, взятий із Гермонтана, чітко проголошує обов'язковим принцип *quae longa consuetudine comprobata sunt* (які є цілком схваленим довготривалим звичаєм; схваленою нормою поведінки, яка зберігалася довгий час).

Три імператорські конституції, які стосуються цього, стоять у кодексі Юстиніана, який у своєму збірнику звичаєвого права не міг мовчки оминати чинність партикулярного права, і наперед заготував для цього обговорені вище, висмикнуті з контексту, і здебільшого перевернуті за своїм змістом судження юристів класичного періоду, та зробив доповнення тим, що він знайшов про це у посткласичній літературі. *Consuetude* (звичаєм) юстиніанських збірок звичаєвого права, є, звідси, головним чином, провінційним партикулярним правом, чинним для колишніх провінціалів, а тепер римських громадян, здебільшого в площині звичаєвого права.

Глосатори, постглосатори, знавці канонічного права та практики у сфері загального права мали розв'язати завдання, подібне до завдання римських посткласичних юристів і законодавців. Вони також повинні були застосовувати римське право щодо народів найрізноманітнішої ідентичності, раси і походження, яким римські звичаї і римське право здебільшого були зовсім чужими, і які

володіли своїм власним правом і своєю власною традицією. На таку ситуацію прямо-таки були розраховані частини джерел Юстиніана, які могли через це застосовуватися безпосередньо. Однак мова йшла лише про питання, наскільки необхідно було визнати чинність партикулярного права у плані звичаєвого права, і як потрібно відмежовувати його від загального права. Ясно, що масштаб, запозичений для цього із загального права має бути, мабуть, дуже бажаним, як ясно і те, що юристи, які дуже добре розуміються на загальному праві, поступали при цьому скоріш дещо егоїстичніше. В усякому випадку ці частини джерел були для тих, хто посилався на них з початків римської юриспруденції аж до початку чинності історичної школи, швидше чим завгодно, ніж теорією джерел права: для них це були законодавчі положення про чинність партикулярного права і місцевих звичаїв. Хто, однак, так неупереджено розглядає здобутки історичної школи юристів, як це сьогодні можливо, той знає, що вона при всій грандіозності задуму, тут чи десь в іншому місці, у своїх деталях рідко виступала чимось іншим, ніж продовжувачкою вчень німецьких юристів у сфері загального права в 17-му і 18-му століттях.

А як же виглядає справа із сучасним загальноправовим вченням про звичаєве право, яке базується на цій основі? Із *usus longaevus non interruptus*, із *consuetudo tenaciter servata, litge observata*, із *opinio necessitatis* (не порушеним особливо давнім звичаєм, звичаєм наполегливо збереженим, безперервно дотримуваним, із мовчазною згодою), із таким цікавим питанням доведення звичаєвого права, яке дає привід для стількох багатьох дотепних зауважень, із вченням про силу звичаєвого права, особливо в порівнянні із протидіючим правом на засадах законодавчих актів? Примітним є те, що Ламберт у своїй довгій мандрівці через майже всі системи звичаєвого права цивілізованого світу не знайшов нічого подібного поза сферою чинності загального права. Примітним є й те, що римляни, німці середньовіччя, англійці, тобто народи, в яких справжнє, живе звичаєве право свідомо продовжувало і продовжує діяти як джерело права, нічого подібного не знають. Для римлян і німців це впливає із неупередженого дослідження представленого Брі багатого матеріалу, який є тому тим більше доказовим, що він був з великою ретельністю зібраний у руслі пануючого вчення; для англійців погляд на знаменитий розділ у Блекстоуна. Римляни мали для їх *ius civile* (цивільне право), німці середньовіччя для їхнього спадкового права, англійці мають для їх *common law* (загальне право) справді зовсім інші критерії існування та обов'язковості. Але такі „вимоги” звичаєвого права встановлюються з великою точністю, як тільки мова починає йти не про право творення в площині звичаєвого права, а про партикулярне право у сфері звичаєвого права, або про місцеві традиції і звичаї. Римському наміснику, який повинен був судити у провінціях, юридично освіченому чиновнику, якого як суддю посилають у зовсім чужий край, необхідно ж було сказати, по чому він має виявляти те, якою мірою тут наявне обов'язкове партикулярне право. Таким чином, правда, не встановлюється теорія звичаєвого права, але зате, мабуть, законодавчі чи наукові правила його застосування як норми прийняття судових рішень. Існує подібне вчення й, в англійців, але, само собою зрозуміло, не для власне звичаєвого права, для якого *common law* утворює протилежність – *statute law* (право, виражене в законах), а для *special* і *local custom* (спеціального і місцевого звичаю). Для того, щоб звичай став легальним і обов'язковим для виконання, його необхідно дотримуватися так довго, щоб пам'ять людей не могла пригадати випадків, які йому суперечать; звичай мусить продовжуватися (не перериватися) і використовуватися в мирних цілях, він мусить бути раціональним, надійним, обов'язковим; не можна, щоб звичаї суперечили один одному; нарешті, щодо прийняття спеціальних звичаїв: жоден звичай не може звичайно превалювати над екстремними постановами парламенту. Юрист із загального права відчуває щось дуже знайоме. Але йому слід лише сказати собі, що всі ці „заходи безпеки” стосуються не звичаєвого права, а саме спеціальних або місцевих традицій.

Так впродовж усієї історії права протистоять одне одному суспільне звичаєве право, яке існує у суспільних інституціях, та юридичні норми прийняття судових рішень, не без, само собою зрозуміло, постійного взаємовпливу. Позаяк норми прийняття судових рішень впливають із суспільного устрою, то вони, зі свого боку, чинять також зворотну дію на суспільний устрій. Те, що люди в цілому пристосовуються до того, як влада захищає їхній уклад життя, є для більшості настільки очевидним, що необхідно швидше застерігати від переоцінки цієї істини, від припущення, що вона всюди є дійсністю, і особливо від того, що цим самим завжди досягають уявленень тієї особи, від якої виходила норма. Бо над людством, само собою зрозуміло, панують ще й інші сили, аніж розпорядження властей.

Дозволю навести собі два випадки, в яких одна із основ сьогоденного суспільного устрою була створена через норми прийняття судових рішень, які беруть свій початок у системі правосуддя чи науки. Один випадок стосується спадкового права родичів бічної лінії. Коли у давні часи спадок людини, яка жила самотньо і не належала до жодної родової чи сімейної спільноти, ставав нічийим, і тому залишався за тим, хто захоплював його, то це не набувало великої ваги доти, доки люди, які жили окремо, траплялися рідко. Проте коли їх кількість зросла, цей стан став нестерпним. Однак найближчі родичі дедалі частіше звертаються в суди, для того щоб відібрати в таких нападників їхню здобич, і, мабуть, роблять це із зростаючим успіхом. З часом у судах формуються щодо цього усталені принципи, яким родичам, і в якій послідовності слід присуджувати спадок померлого, який не проживав у сімейній спільноті. Так у слов'ян у 14-му столітті повсюдно утверджується спадкове право родичів бічної лінії, як це сталося в римлян і германців, мабуть, ще в доісторичні часи: однак тут це відбувається, переважно, за рахунок уже сформованого права князів і дворян-землевласників на повернення їм ленного добра. Цей перехід можна чітко прослідкувати в законнику царя Душана. Ст. 41 встановлює: „У котрого дворянина – землевласника не має дитини, або дитина померла, то успадковане ним помістя залишається без спадкоємця, аж поки не знайдеться хтось із його роду, аж до третьої дитини брата; той повинен тоді прийняти спадщину від нього”. Слід лише наголосити на тому, що це визначення вже в своєму формулюванні виступає новацією. Сюди ж ст. 48: „Якщо помирає дворянин – землевласник, то його добрий кінь і озброєння належать царю, оторочений перлами великий святковий одяг і золотий пояс – сину, і цар не повинен забирати це в нього; якщо він не має сина, то тоді це повинно належати дочці, яка може цим розпоряджатися” (Пор. для цього: Новакович, Законник царя Душана, Белград, 1899, с. 171).

Справою неоціненого значення і наступних наслідків, яку було зроблено через норми прийняття судових рішень, є встановлення абстрактного поняття власності. Ця справа є виключно плодом праці римських юристів, які в цей спосіб примирилися із станом, який виник через процес вивільнення земель.

Аж до початку процесу вивільнення земель власність, у цілому, перебуває в суспільному взаємозв'язку: садиба в сільському поселенні, поле в черезсмужжі, ліс і луг в альменді, – все це втиснуте в загальний суспільний та економічний устрій краю. І так само претензії вищестоящого власника, борги й обов'язки власника-користувача задані їхнім суспільним і державним становищем та загальноекономічним контекстом. Так, обсяг і зміст власності майже для кожної земельної ділянки визначений правом позитивно і негативно: із поняття власності не можна вивести особливостей власності на певну земельну ділянку; щодо кожної смужки ниви, щодо лісу і луку в альменді, щодо кожної селянської садиби в селі і кожного дворянського помістя спосіб і міра використання, все, що може вимагати і що мусить гарантувати сусід, що дозволено домагатися вищестоящому власнику і що повинен давати власник-користувач, встановлені індивідуально. Ці бар'єри й пута, які, мабуть, колись існували й у Римі, хоча, звісно, і не в такій мірі, як у середньовічній Німеччині, зникли разом із розвантаженням земель.

Але з моменту початку здійснення вивільнення земель більше немає необхідності щось говорити про зміст власності; власнику більше не потрібно зважати ні на свого сусіда, ні на когось вищестоящого, він може чинити все, що йому подобається. Тому зараз приходимо до поняття необмеженої, безумовної „римської” власності, яка дозволяє не якимсь певне, а майже будь-яке можливе використання. Римська власність – це власність, вирвана із суспільного і економічного контексту.

Якщо суспільний контекст, в якому перебувала власність на землю, усунуто, то залишається ще тільки одне-єдине питання, що його розглядає право, яке займається власністю: виндикаційний позов. Тому навколо виндикаційного позову у різних його формах і, мабуть, пов'язаних з ним посесорних позовах зосереджується все, що нам римські юристи можуть сказати про земельну власність. Набуття і втрата власності і майна, сторони під час виндикаційного позову і під час заборони, питання доведення – це майже все, чим вони займаються. За всіма цими аспектами земельна ділянка, однак, майже не відрізняється від рухомої власності: *fundus e res mancipi* (земельна ділянка є манципа річ), так само як раб, як тяглова тварина. Якби не збереглися деякі фрагменти старого устрою, сервітути, особливо *servitutes praediorum rusticorum*, *actio damni infecti*, *operis novi nuntiatio*, *actio aquae pluviae arcendae* (сервітути сільських маєтків (земель), позов через загрожуючий збиток (шкоду)), приватна заборона нового будівництва, позов проти перешкод шляху дощової води), то в класичному римському праві, принаймні стосовно *ager privatus* (приватної землі), не існувало б, практично, ніяких особливостей. Право, яке стосується нерухомого майна, так само як і право, яке займається рухомим майном,

визначалося майже виключно через норми прийняття судових рішень, знайдених юристами для виндикаційного позову. Це повинно було стати подією всесвітньо-історичного значення.

Ці приклади доводять, яким могутнім є вплив, який норми прийняття судових рішень можуть справляти на суспільні інституції. Іншим питанням є те, наскільки саме звичаєве право, зі свого боку, спроможне чинити зворотній вплив на норми прийняття судових рішень. Якщо під звичаєвим правом, як тут, розуміти форми життєвого укладу, які стали основою державного, економічного та суспільного устрою без втручання держави, а лише завдяки самостійно діючим у реальному житті силам, то бачимо, що не лише в історичному минулому, а ще й сьогодні все перебуває у вічному потоці змін. Це може, мабуть, засвідчити кожен, хто подивиться на досвід лише минулих тридцяти або сорока років. Сьогоднішня сім'я не є тією, у якій ми прожили свою юність, сьогоднішній шлюб – не той, про який ми мріяли молодими, життя-буття стало іншим, робляться зовсім інші, ніж колись, покупки, плата за наймання житла, укладаються зовсім інші орендні і трудові договори, договори про оплату праці, іншими, ніж колись, є сьогодні відносини господаря і слуги, підприємця і власника, виробника і покупця, акціонерні товариства, транспортні підприємства, кооперативи, банки, біржі, купівля-продаж на певний термін – все це майже неможливо впізнати, а де були ще декілька десятиліть тому трасти, картелі, ремісничі об'єднання, масові страйки, тарифні договори? Безперечно, ще в жоден період життя не було таким швидким, як у наш, ще ніколи відмінності між батьком і сином у мисленні, відчуттях, поведінці і вчинках не вселяли таких побоювань як сьогодні. Усе це є новими формами життєвого укладу, частково докорінно зміненими формами всього суспільного й економічного життя, тобто, новим звичаєвим правом.

На противагу до цих невинних перетворень норми прийняття судових рішень, являють собою, здається, щось постійне під час змін. Бо вони не є чимось випадково внесеним у право, а обґрунтованою суттю суддівської діяльності вимогою того, що кожне рішення суду по якійсь справі повинно узгоджуватися з уже усталеними нормами прийняття судових рішень. Навіть там, де судді дозволяється прийняття рішення на свій розсуд, він може, принаймні у принципі, скористатися цим лише тоді, коли наданий йому юридичний матеріал має прогалини; цього, само собою зрозуміло, очікують тим менше, чим більше зростало нагромадження такого матеріалу впродовж століть. Але й наука дедалі більше виявляє намагання якось задовільнитися тим, що є, і відмовитися від творчого мислення. Включення результатів юриспруденції і правосуддя у кодекси законів, легалізація права юристів, як я назвав це одного разу, тимчасово зупиняє такий хід розвитку.

Так, правосуддя і юриспруденція дивляться сьогодні при кожній нагоді на законодавство, шукаючи і вимагаючи допомоги. Навіть відносно просте завдання формування авторського права може бути розв'язане лише за допомогою законодавця. І все-таки це зовсім не можна порівнювати із здобутками правосуддя і юриспруденції за минулі століття, коли необхідно було розробити норми прийняття судових рішень для систем речового, договірної, значної частини спадкового і сімейного права, права, згідно з яким відбувається відшкодування збитків, і, таким чином, закласти правові засади всього суспільного і економічного життя. Однак причини, з яких законодавству вже як такому, відколи ним управляє неповоротка парламентська машина, завдання надзвичайної величчч і витонченості не під силу більше, ніж будь-коли, я вже намагався окреслити в іншому місці.

Однак, незважаючи на це, сьогодні легше трансформувати в право нові форми життєвого укладу. Якщо в минулі століття будь-яка нова суспільна інституція мусила вести жорстку боротьбу за своє існування і вимолювати своє визнання і норми прийняття судових рішень, яких вона потребувала, в інших гілок влади, в суддів, юристів, законодавців, для того, щоб забезпечити своє існування, то сучасна система права у неймовірному обсязі визнає нові форми життєвого укладу заздалегідь і віддає розробку норм прийняття судових рішень на розсуд самого суспільства, щодо яких згодом воно хоче мати впевненість в їх застосуванні на практиці. Це досягається через принципи свободи укладання договорів, свободи об'єднання в спілки, свободи укладання заповіту, які утвердилися в сьогоднішньому праві. Вони утворюють широкі рамки, які спроможні майже повністю охопити всю розмаїтість сучасного життя. І все, що входить у ці рамки, є юридично обов'язковим, статут кожного об'єднання, який набрав чинності, кожна договірна угода, положення заповіту, створюють не лише нові життєві відносини, а й одночасно піднімають їх на рівень правовідносин і, здебільшого, встановлюють норми прийняття судових рішень, на основі яких вони повинні розглядатися в судах та органах влади. Однак при цьому, як показує детальний розгляд, ніколи не йдеться про окремі, самі по собі існуючі факти; усі договори, спілки, тексти заповітів є

суспільними явищами, які можна порівняти із руслом річки, у якому спокійно і впорядковано протікає економічне і суспільне життя сучасності. У такий спосіб до інших джерел права на рівноправних началах долучається звичай, життєве правило.

Але велику і, можливо, якраз найпотужнішу частину суспільних течій і в сучасну добу не можна втиснути у рамки якогось визначеного заздалегідь регулювання. Вона уникає будь-якого державного втручання, у тому числі й опосередкованого через норми прийняття судових рішень, частково вже завдяки своїй природі, а іноді явно навмисно; інколи держава та її право, визнаючи межі своєї влади, уступають цій частині дорогу. Навряд чи потребує докладнішого висвітлення те, наскільки малий вплив зробили прекрасні процеси розвитку останніх тридцяти-сорока років, свідком яких є сьгоднішнє покоління, на законодавство, правосуддя, та й навіть на юриспруденцію; всі вони, по-можливості, спробували прослизнути повз ці процеси. Примітно, що англійські трейд-юніони не лише довгий час не бажали ніякого правового регулювання, а вони навіть відкидали будь-яке їх визнання законом. А як співвідноситься державне право з трастами і картелями, як вони співвідносяться з ним? Здебільшого вони чинять так, ніби не бачать одне одного. І все-таки було б сміховинним, коли б ми, що вбачаємо у найжалюгіднішому договорі купівлі-продажу фрагмент правопорядку, не захотіли б визнати потужні суспільні й економічні союзи нашого часу правовими інституціями. Вони є цими інституціями, хоча й не на засадах державного права, не на засадах норм прийняття судових рішень, якими користуються суди та інші органи влади, а в силу суспільного звичаєвого права.

І тому ще й сьогодні, так само як і в прадавні часи, великий пласт суспільної роботи, також і у цій сфері, виконується безпосередньо суспільством. Той чи інший суспільний устрій є витвором крупних суспільних сил, якими держава та її право можуть керувати і вгамовувати, але яких не можуть пригнічувати або знищувати. Бо суспільні сили є силами основоположними від природи, а те, що виходить від держави, навіть право, яке вона створює, є все-таки лише витвором людини. Завданням державного діяча є не спорудження дамб, які течія суспільного розвитку затопила б бурхливим потоком, що знищує найбільш благородні досягнення; завданням державного діяча є прокладання такої течії дороги на рівнину, де вона робить родючими ниви і обертає колеса млинів. Із захопленням ми дивимося на великого державного діяча, який із цим важливим завданням впорався в такий чудовий спосіб. Його мудрому і благородному рішенню наша Батьківщина завдячує великою реформаторською роботою, яка тепер наближається до свого завершення. Ми всі сподіваємося, що вона принесе народам Австрії час мирного розвитку, час багатого розвою сил, які до цього часу дрімали у бездіяльності або марнувалися в безплідній боротьбі. І я прошу Вас, сповнившись надії і радості, приєднатися до заклик: тричі слава нашому наймилостивішому кайзеру Францу Йозефу І!

### **ЗВІТ ПРО 1906/1907 НАВЧАЛЬНИЙ РІК, ЗРОБЛЕНИЙ 9-ГО ГРУДНЯ 1907 РОКУ РЕКТОРОМ, ЯКИЙ ПЕРЕДАЄ СВОЮ ПОСАДУ, ПРОФ. ДР. ЄВГЕНОМ ЕРЛІХОМ**

#### **Високоповажні збори!**

Із сумом вітає Вас у сьогоднішній святковий день *Альма Матер*. Самостійно обраного нею голови, якому я смів надіятися вручити золотий ланцюжок у день інавгурації ректора, немає більше серед нас. Молодого за віком Василя Гаїну забрала смерть, і він, мабуть, володіє правом на його вшанування не за його здобутки, а за надії, для яких він давав підстави. Але йому не потрібно боятися суджень ні сучасників, ні нащадків. Незважаючи на свою молодість, він залишив по собі твори незнецінюваної вартості завдяки своєму невтомному працелюбству, глибокій ерудиції, блискучій обдарованості. Академічний викладач душею і тілом, він у значній мірі володів увагою молоді і своєю люб'язністю, щирістю і скромністю здобував серця своїх колег. Вірний син свого народу і своєї батьківщини – Буковини, він постійно був там, куди його кликав обов'язок, і він знав, як відстоювати свої позиції і в політичній боротьбі. Навіть у цій гарячій сфері він мав супротивників, але не ворогів. Відійшов один із наших найкращих мужів. Мир праху його! (присутні підводяться із своїх місць).

Поточний рік приніс із собою відносно мало змін. На православному теологічному факультеті екстраординарний професор біблійних студій та екзегези Старого завіту др. Василь Тарнавський та др. Йозеф Гайтлер фон Армінген, екстраординарний професор фізики на філософському факультеті підвищені у ступенях до ординарних професорів за своїми спеціальностями. Ординарний професор математики др. Роберт Даублебскі фон Штернек призначений ординарним професором за тим же

фахом в університеті м. Грац; на його місце екстраординарним професором математики призначений приват-доцент Віденського університету др. Йозеф Племель. Сфера, у якій працює Племель, – це сучасна теорія диференціальних рівнянь і передусім група питань, які вийшли на передній план зацікавленості математиків завдяки новітнім дослідженням шведа Фредгольма. Приват-доцент німецького університету з м. Прага др. Георг Печек, якому присвоєно титул екстраординарного професора, призначений екстраординарним професором австрійського цивільно-судового процесу. Печек зробив наукову обробку сучасних законів з цивільного процесу завданням свого життя. Нарешті університетський секретар др. Ламп був призначений професором адміністративного права. Приват-доценту і кустоду університетської бібліотеки п. Теодору фон Грінбергу було присвоєно звання екстраординарного професора університету. Королівський кайзерівський капітан — військовий суддя др. Георг Лелевер був підтверджений у своєму званні приват-доцента австрійського карного права із спеціалізацією „військове карне право“; старший викладач педагогічного училища др. Євген Ботезат підтверджений у своєму званні приват-доцента із порівняльної гістології; старший викладач педагогічного училища Леонідас Боднарескул отримав допуск до роботи викладачем румунської мови, а старший викладач педагогічного училища др. Йосип Маковей – викладачем української мови. Др. Вальтер Ернст Бендль був призначений асистентом зоологічного інституту, Йозеф Лінднер – асистентом хімічної лабораторії, Крісті Аллач – асистентом–помічником у фізичному інституті.

В університетській бібліотеці відбулися такі зміни у кадровому складі: помічник ученого п. Роберт Клемент був призначений скриптором, практикант др. Максиміліан Гакман – помічником ученого.

Окрім того, ординарного професора хімії Цезара Померанца було призначено головою королівської кайзерівської загальної палати із досліджень продуктів харчування, приват-доцента др. Франца Люкша – членом земельної санітарної ради, а університетський бібліотекар, п. др. Йоганн Полек знову підтверджений на свої почесній посаді хранителя культурних цінностей у справах III-ої секції королівської кайзерівської центральної комісії із збереження пам'ятників мистецтва та історії на Буковині. Викладач музики і перший директор спілки сприяння музичному мистецтву на Буковині п. Адальберт Грімали відзначений званням музик-директора університету.

Університет взяв участь у святкуванні століття Празької Техніки, відрядивши свого представника в особі пана придворного радника Кляйнвехтера, у святкуванні трьохсотліття університету м. Гіссен, відрядивши туди свого представника в особі ректора.

У зборах ректорів німецькомовних університетів у м. Марбург у Гессені взяв участь також і я. Із прийнятих там рішень згадки заслуговує, головним чином, таке: перетворити конференцію ректорів на постійно діючу інституцію, доручити керівництво діючому у відповідний період ректору Гейдельберзького університету як найстаршого німецького університету, і запросити до участі в конференції ректорів усіх німецьких університетів Австрії і Швейцарії.

Із особливим задоволенням тут слід згадати також і розвиток народних університетських курсів. За звітний рік було в цілому проведено 10 курсів, а саме: 6 у першій серії (жовтень-грудень 1906 р.) і 4 у другій серії (лютий-березень 1907 р.). 7 доповідей належали до філософського і 3 – до юридичного факультету. Курс проф. доктора Чапека із вчення про походження видів складався із 5 годин, 5 були чотиригодинними і 4 тригодинними. Найбільше відвідувачів було на курсах проф. др. Кельнера (Шекспір, 132 слухачі), проф. др. Кромайера (Із епохи розквіту грецької культури, 130 слухачів) і проф. др. Чапека (вчення про походження видів, 120 слухачів). Щодо деяких лекцій, то зацікавленим особам, які хотіли придбати квитки і відвідати їх, довелося відмовити через брак місця, позаяк комітет, на жаль, не мав у своєму розпорядженні достатньо коштів для орендування, освітлення і опалення залів поза університетом. Кількість відвідувачів була дуже великою: у першій серії–533, у другій–345, разом 878 слухачів, тобто у більш ніж у два рази більше порівняно з минулим роком.

Кількість ординарних студентів склала у минулому році під час зимового семестру 622 особи, у літньому – 617, екстраординарних під час зимового семестру – 177, а під час літнього – 149. Із них під час літнього семестру 406 осіб назвали своєю рідною мовою німецьку, 187 – румунську, 101 – українську; 257 осіб були православними, 119 – римо-католиками, 50 – грекокатоликами. Із 308 студентів іудейської конфесії 184 зарахували себе до представників єврейської національності.

На кінець 1096р. бібліотека університету нараховувала 163 750 томів. За 1906 рік вона поповнилася 6785 примірниками книг.

Я поспішаю закінчити. На четвертому десятилітті свого існування університет може з гордістю озирнутися на свою діяльність. Багатьом тисячам молодих людей він вказав шлях до їхньої професії,

однак не на цьому я хочу особливо наголосити. Коли півтисячоліття тому один найясніший член нашої династії заснував університет Фрайбург у Брайсгау, то його завданням в установчому листі він визначив: „копати криницю життя, і нехай з неї з усіх сторін світу невтомно черпають найчистішу воду відрадної та цілющої мудрості, для того щоб загасити згубний вогонь людської нерозсудливості і сліпоти" (установчий лист ерцгерцога Альбрехта від 21 вересня 1457 року).

Так, це є передусім завданням університету: копати криницю життя. І це наш університет, як і будь-який інший, робив достатньою мірою, „для того щоб загасити згубний вогонь людської нерозсудливості і сліпоти". Те, чи це щастя для нашого краю, що така велика кількість людей, які тут черпали свої знання, присвятили себе професії вченого, мабуть не є зовсім безсумнівним; але поруч із своїм завданням як навчальний заклад, університет має ще інше, більше: бути місцем зосередження і поширення науки. І щодо того, що він зробив у цій ролі, двох думок, мабуть, бути не може. На велике значення університету якраз у цій сфері, зважають ще на жаль не завжди в достатній мірі. Як син цього краю, я, мабуть, можу сказати: Чернівці та Буковина, без сумніву, не були б без університету тим, чим вони є. Розглядайте університет не як навчальний заклад, розглядайте його передусім як осередок наукових досліджень і культури, і навчіться шанувати і поцінювати його за це. Ним по всьому краю вже закладені мільйони паростків, чимало дерев уже сьогодні красуються у цвітінні і принесуть завтра багаті плоди (жваві аплодисменти).

Розуміння наших завдань у краї – це те, що ми передусім бажаємо для цієї роботи. На жаль, я не можу не сказати, що нам його часто бракує. Тим більш цінним для нас є пов'язаність із теологічним факультетом. Теологічний факультет нашого університету є очевидною ознакою нашої взаємопов'язаності із краєм, у якому ми маємо здійснювати свою діяльність: бо ж він є найпитомішим серед трьох факультетів нашого університету. Ніхто із нас не заперечить очевидність того, що він постійно був з нами у боротьбі за становище університету, і що його співробітники у будь-який період виявляли себе зразковими колегами. І в цьому руслі я звертаюся до мого наступника, який вийшов із теологічного факультету. Вручаючи Вам, шановний колего, цей знак високого звання, я від усього серця бажаю Вам щастя і всіляких успіхів на благо науки, на благо краю і всієї нашої великої батьківщини.

## SOCIOLOGY AND JURISPRUDENCE\*

*Author Eugen Ehrlich*

*Translated from German by I. Ya. Yatsiuk (Yuriy Fedkovych Chernivtsi*

*National University, Ukraine)*

*Scientific edition of the translation M. V. Nykyforak (Yuriy Fedkovych Chernivtsi*

*National University, Ukraine)*

*Abstract S. V. Savchuk (Yuriy Fedkovych Chernivtsi National University, Ukraine)*

*Abstract.* The article published in 1906 deals with a qualitative difference between law and labor, which relates to this law, since the latter belongs to science, and science is not included in the content of the law. In general, Eugen Ehrlich raises the question of the relationship of legal science and legal norm.

Ehrlich explains the contradiction between a clear legal rule and a rule in real life, in particular, on the example of family law, typical of Bukovina, but contrary to the general Austrian Central Committee (on the relationship between parents and the child living with them and at the same time works somewhere) The essence of the case, according to Eugen Ehrlich, is that law arise in a dual function – as an organizational form, and as a norm for resolution, that is, the norm under which judgments are made. The leading idea of differentiation is based on the thesis that the precondition of any solution is a clash of interests, struggle; and the dominant real-life relationships rarely come out of the struggle in the same form in which they entered this struggle. Therefore, along with the organizational rules that arise in the peaceful coexistence of people, there must be rules for resolution that gain their significance in the event of conflicts, with the first norms being part of the latter.

In general, Ehrlich states that jurisprudence is primarily a practical discipline. It teaches the practical application of law. While the development of jurisprudence in legal science, its transition from practical discipline to the field of sociology is fully consistent with the process in other scientific fields, and is one that is becoming more and more understandable day by day.

*Keywords:* law; norm for resolution; organizational norm; legal norm; sociology of law; judicial decision; jurisprudence.

---

## СОЦІОЛОГІЯ ТА ЮРИСПРУДЕНЦІЯ \*

*Автор Євген Ерліх*

*Пер. з нім. І. Я. Яцюка (Чернівецький національний університет*

*імені Юрія Федьковича, Україна)*

*Наукова редакція перекладу М. В. Никифорака (Чернівецький національний університет*

*імені Юрія Федьковича, Україна)*

*Анотація С. В. Савчука (Чернівецький національний університет*

*імені Юрія Федьковича, Україна)*

*Анотація.* В опублікованій у 1906 році статті йдеться про якісну різницю між законом і працею, яка стосується цього закону, оскільки остання належить до науки, а наука не входить до змісту закону. В цілому ж Є. Ерліхом піднімається питання про співвідношення юридичної науки й правової норми.

Ерліх пояснює суперечність між чітким правовим правилом і правилом, що панує в реальному житті, зокрема, на прикладі із сімейного права, характерного для Буковини, проте такого, що суперечить загальному австрійському ЦК (про відносини батьків і дитини, яка проживає разом із ними і водночас десь працює). Суть справи, за Є. Ерліхом, в тому, що право постає тут перед нами у подвійній функції – як організаційна форма, і як норма для вирішення, тобто норма, згідно з якою ухвалюються судові рішення. Провідна ідея розрізнення ґрунтується на тезі, що передумовою будь-якого вирішення є зіткнення інтересів, боротьба; і панівні в реальному житті відносини рідко коли виходять з боротьби у такому ж вигляді, у якому вони в цю боротьбу вступили. Тому поряд із організаційними нормами, які

---

\* The article published in *Die Zukunft*: Herausgeber Maximilian Harden. Band 54. Berlin: Verlag der «Zukunft», 1906. S. 231-240.

\* Стаття опублікована у журналі «Die Zukunft»: Herausgeber Maximilian Harden. Band 54. Berlin: Verlag der «Zukunft», 1906. S. 231-240.

виникають в мирному співіснуванні людей, мають існувати норми для вирішення, які отримують своє значення у разі виникнення конфліктів, причому перші норми є частиною останніх.

В цілому Ерліх констатує, що юриспруденція ж передусім є практичною дисципліною. Вона навчає практичному застосуванню права, тоді як розвиток юриспруденції у правову науку, її перехід із практичної дисципліни у галузь соціології повністю відповідає процесу в інших наукових сферах, і є таким, що з кожним днем знаходить дедалі більше розуміння.

*Ключові слова:* закон; норма для вирішення; організаційна норма; правова норма; соціологія права; судові рішення; юриспруденція.

Кожен, хто порівнював закон із написаним про нього працями, мабуть помітив, що вони за обсягом перевершують власне закон у багато, інколи навіть у стократ разів. Як можна написати про такий короткий закон такі товсті книги? Коли постає це питання, то в юристів відразу під рукою знаходиться готова відповідь. Будь-який закон, яким би чітким і детальним він не був, тим не менше, залишає простір для багатьох сумнівів; усунення цих сумнівів є завданням юридичної літератури. От тільки сумніви, вочевидь, мають бути численними, якщо їх можна усунути лише в наукових працях, які набагато більші за обсягом за самі закони. І тут, мабуть, обґрунтовано постає інше питання: Чому ж закони не укладаються так, щоб не залишати місця жодним сумнівам? Адже ж нічого ніхто не виграє при теперішніх методах, коли для з'ясування всього того, що приписує закон, потрібно спершу взятися за книгу/коментар, написану про нього. Тобто або закони повинні бути детальнішими, або в юридичній літературі є багато чого зайвого.

Колись так думали і юристи. Вони намагалися так детально укласти закони, щоб сумніви щодо їх сенсу взагалі більше не були можливими. Успіхом спочатку було потовстішання законів; однак юридичні книги/коментарі через це не потоншали. З часом збагнули те, що кожне слово, яке додають до закону, породжує якраз лише нові приводи для сумнівів. Сьогодні ж майже всі тямущі юристи схиляються до думки, що закон тим ліпший, чим він коротший і не багатослівніший. Тому загальноприйнята відповідь, чому те, що стоїть у книгах/коментарях, не міститься попередньо у відповідних законах, сьогодні вже аж ніяк не може задовольняти.

При глибшому з'ясуванні переконуєшся в тому, що різниця між законом і працею, яка стосується цього закону, не кількісна, а якісна. Не щось Більше, а щось Інше написане у юридичних книгах.

Вони якраз належать до науки. А наука не входить до змісту закону. Якщо ж її туди внесуть, як це намагаються зробити ті, хто хоче дати все в самому законі, то тоді виникає щось ні те ні се, що, не сприяючи науці, спотворює, однак, закон і нерідко завдає шкоди його дії.

Якщо до цього часу мова постійно велася про закон, то причина цього полягає в тому, що він являє собою найбільш наочну та відому, у тому числі й неспеціалістам, форму права. Те ж саме справджується й щодо будь-якої іншої форми права, особливо звичаєвого права. Питання, яке тут ставиться, є загальним питанням про співвідношення юридичної науки й правової норми. Це взагалі одне з найскладніших питань, які постають у науці.

Спершу нехай наведу приклад, що я маю на увазі. Сімейне право Австрійського цивільного кодексу є, як відомо, строго індивідуалістичним, можливо найбільш індивідуалістичним серед усіх, які діють сьогодні в Європі. Жінка стосовно чоловіка і діти стосовно батьків загалом є абсолютно самостійними, так нібито вони повністю чужі одне одному. Дитина може мати повністю свою власність і розпоряджається нею так само вільно, як батьки своєю; будь-який дохід дитини зараховується їй, а не батькам; дитина має повне право на самовизначення і може також з повною свободою використовувати для самої себе свою робочу силу. Лише допоки дитина є неповнолітньою, вона перебуває під батьківською владою; однак батько, розпорядник цієї влади, є не чимось більшим за опікуна; його завдання полягає винятково у турботі про те, щоб дитина не нашкодила сама собі через свою недосвідченість, легковажність чи слабкість. Лише в цьому сенсі батько може розпоряджатися майном, робочою силою, долею дитини; і навіть при цьому за ним ще здійснює нагляд спеціалізований суд у справах опіки, який приймає рішення у випадках скарги дитини проти батька. Однак на Буковині, яка належить Австрії, і де, як можна було б подумати, цивільний кодекс діє так само, як і в інших частинах Австрії, батьківська влада – дуже серйозна справа. Румунський селянин, імовірно, єдиний справжній римлянин, який зберігся аж до нашого часу, знає *patria potestas* (влада (римського) господаря дому над дітьми), яка видається знавцю старого римського права до болі знайомою. Тут діти справді ще належать батькові, і якщо навіть не впродовж усього їхнього життя, то як-не-як до настання повноліття на 24-му році життя, щоправда не так необмежено, як

колись у Римі, але, тим не менше, своїм тілом, своїм майном, своєю робочою силою. І не лише допоки вони перебувають у батьківському будинку, але й поза ним. І якщо така дитина, яка живе у батьківському домі, перебуває десь на службі, то кожного місяця батько чи мати пунктуально з'являються у роботодавця і спокійно забирають її заробітну платню додому. Так само вільно батьки розпоряджаються майном дитини і всіма надходженнями від майна. На запитання, чому діти спокійно зносять усе це, отримуєш відповідь, що непокора цьому була б чимось нечуваним.

Як пояснюється суперечність між чітким правовим правилом і правилом, яке панує в реальному житті? Юрист, якому було б поставлене таке питання, і тут не забарився би з відповіддю. Просто мова йде, сказав би він, про антагонізм між фактом і правом. Що є правом – це визначає громадянський кодекс; у житті, однак, трапляється дещо таке, що не узгоджується з правом. Однак якщо по тій чи іншій справі приймається судове рішення, то воно все-таки має прийматися відповідно до цивільного кодексу. Ця позиція обґрунтовується вже навіть поверховим розглядом речей. Я вже вказував на те, що положення подібного змісту і однакового зразка можна знайти вже у римському праві. Вони, без сумніву, утворювали право і мусили закладатися в основу судових рішень. Взагалі неможливо збагнути, чому однаково оформлені норми, норми, у яких всі суттєві ознаки є спільними, можуть виступати або не виступати як право лише у залежності від того, чи є вони визначальними для прийняття судових рішень. Це, вочевидь, було б цілком зовнішньою розпізнавальною ознакою. Є норма правом чи ні, може залежати лише від її природи. Сьогодні значною мірою загальноновизнаним є те, що право існувало ще до того, як суддя мав приймати рішення щодо «Мое» і «Твое»; ще й сьогодні є сфери права, для яких не існує суддів: конституційне право і міжнародне право.

Суть справи інша. Право виступає тут перед нами у подвійній функції – як організаційна форма і як норма, за якою приймаються судові рішення. Принцип відсутності майна у дітей, які живуть у батьківському домі, панує тепер на Буковині майже у тій формі, в якій він колись панував у Римі, тому що, очевидно, подібною є організація сім'ї; лише правові суперечки вирішуються за іншими принципами, ніж у Римі. Якби Буковина була територіальною одиницею, самостійною у сфері права, мала б власне законодавство, то її законодавці, покликані упорядковувати сімейне право, навряд чи були б спроможні ухилитися від необхідності визнання відсутності власності у дітей, які проживають у батьківському домі, законною за всією формою. Тепер же на Буковині діє австрійський цивільний кодекс, чужий закон, сімейне право якого розвинулося на основі зовсім іншої організації сім'ї: діє він, однак, чисто поверхово, чисто як норма, на основі якої приймаються судові рішення, і застосовується тільки в дуже поодиноких випадках, там, де відносини між батьками і дітьми дають органам влади підставу для втручання. В усіх інших випадках сім'я росте і процвітає відповідно до свого власного споконвічного права, не переймаючись ніякими нормами, на основі яких приймаються судові рішення.

Як відомо, будь-яка спілка мусить мати свій статут. А що є сенсом такого статуту? Юрист і тут схилитиметься до припущення про те, що статут спілки слугує прийняттю рішень при виникненні суперечок, які стосуються тих чи інших справ спілки. Насправді ж статут має інше завдання: організація спілки. Ним установлюється мета діяльності спілки, її органи, їхні права й обов'язки, її майно та управління ним, права й обов'язки членів спілки. Якщо виникають спори у тих чи інших справах спілки, то вони, в усякому випадку, також можуть вирішуватися відповідно до статуту спілки. Отже, статут спілки є передусім організаційною нормою, однак у другу чергу він є нормою, на основі якої приймаються рішення; ця норма виводиться тут, як і, як правило, в інших випадках, із організаційної норми, і в цілому узгоджується з нею за змістом. Те ж саме можна сказати і про інші спільноти, про юридичні особи, як-то держава, громада, церква, (благодійний) фонд, а також про спільноти без юридичної особи: конституція, положення про громаду, установча угода, договір про заснування товариства відіграють тут ту ж подвійну роль, виступаючи організаційною нормою та нормою, на основі якої приймаються рішення, тобто таку ж роль, як уже згаданий статут спілки. Такий же (якщо навіть і неписаний) статут має кожна сім'я: у ньому упорядковані права батька, матері, дітей щодо осіб і майна. Різний у кожній сім'ї, він, однак, в одного й того ж народу загалом збігається на один і той же момент часу; адже всюди організація сім'ї є, врешті-решт, результатом здавна збереженого і діючого в цього народу у цей час устою, а також морально-етичних поглядів й економічних відносин. Результатом загальноузгодженої організаційної норми є сімейне право народу, яке розглядається винятково як організаційна норма. Норми сімейного права, на основі яких приймаються судові рішення, також, як виявляється, можуть мати такий зміст, який суперечить сімейній організації в

цього народу. Проте наслідком дії цієї обставини є лише те, що суддя приймає рішення у випадках сімейних суперечок у спосіб, який суперечить фактичній організації сім'ї.

В економічному плані наше суспільство організовується через власність, договір і спадкове право. Це є його організаційними нормами, які, щоправда, виражені дуже різними варіантами<sup>1</sup>. Із цієї економічної організації випливають повноваження власника (особи, яка має речові права) та кредитора, впливає далі те, що має вважатися втручанням у чужу правову площину, впливає, нарешті, переважна більшість норм, на основі яких приймаються судові рішення щодо речових претензій, позовів на відшкодування збитків і порушення умов договору, ведення справ без доручення й відповідних повноважень й щодо інших подібних процесів, у яких відбувається взаємопроникнення різних правових площин. Оскільки організаційні форми цивілізованих народів з часу виникнення відносин власності у своїх суттєвих рисах дуже подібні, то дуже подібні й норми, на основі яких приймаються судові рішення, незважаючи на всю їхню зовнішню відмінність. Німецька юридична наука часто називає форми організації «природою речі», вона виводить норми, на основі яких приймаються судові рішення, із «природи речі».

Антагонізм між правом як формою організації і правом як нормою, на основі якої приймаються судові рішення, особливо чітко проявився у сімейному праві румунських селян на Буковині з тієї причини, що у цьому випадку між ними обома наявна очевидна суперечність. На щастя, це не завжди так. Як у Римі відсутність майна в дітей, які проживали у батьківському домі, не лише відповідала організації сім'ї, а й утворювала підґрунтя норм, на основі яких приймалися судові рішення, так і тепер ще про власність, сервітути, заставне право, договори, сімейні стосунки, землю, громаду, церкву, фонд, спілку судять на основі норм, які безпосередньо впливають з тієї форми, яку прийняли ці інституції у житті: принаймні про них могли б чи повинні б складати судження на цій основі.

Чим же ж займається юридична наука: організаційними формами, чи нормами, на основі яких приймаються судові рішення? Юрист-практик переймається звичайно лише нормами, на основі яких приймаються судові рішення; та оскільки значна кількість таких норм впливає безпосередньо із організаційних форм, то він мусить вивчити і їх. Для людини, яка перебуває в епіцентрі життя, це не складно. Якщо вона уважно спостерігає за всім, що відбувається навколо неї, то вона досить швидко побачить, що їй необхідно. Важливішим за знання тут є, як і у кожному мистецтві, «відчуття», вираження всіх мисленневих процесів, які відбуваються нижче порогу свідомості. І в знанні, так само як і у відчутті, є рівневі відмінності: є крупні і маленькі юристи; маленькі повинні вчитися у крупних. Це початки юриспруденції. Вона навчає юриста основі живого спостереження за відносинами, які породжує життя, добувати норми, які потрібні йому для розбору юридичних справ.

Загалом юрист-практик помітно зневажає всяку книжну мудрість. Це можна легко зрозуміти. Живе спостереження навчає його більше, ніж це змогли б зробити цілі бібліотеки. Для людини ж із задатками теоретичного мислення ця література має зовсім інше значення. Оскільки норми, на основі яких приймаються судові рішення, є безпосереднім результатом суспільних конфігурацій, то вони самі є певною мірою проекцією цих конфігурацій і не можуть до великої міри бути представлені по-іншому, ніж у цих і цими конфігураціями. Тому опис норм, на основі яких приймаються рішення, мусить одночасно бути описом суспільних інституцій, спроектованих особами, які присвятили такому спостереженню своє життя, є особливо кваліфікованими у цій справі і володіють тонким відчуттям реальності речей. У цьому сенсі юриспруденція була названа одним римським юристом *divinarum atque humanarum rerum notitia* (пізнання божих і людських справ), а одним із сучасних юристів – преясною наукою щоденного життя. Звідси впливає, незважаючи на незначну практичну, велика педагогічна цінність цього виду юридичної літератури. Вона замінює бажаному вивчати закони, який ще не знає життя, усі спостереження, які в усіх інших випадках необхідно було б робити самому, для того, щоб стати юристом, і вона дає йому інші спостереження, які вона сама ніколи б не зробила, які розширюють її світогляд і відточують її відчуття. Тому юриспруденція цього виду і справді є морфологією людського суспільства. Право неможливо викладати, не даючи водночас картини суспільства, у якому це право має діяти. Тепер також зрозуміло, чому юриспруденція не входить у закон. Закон якраз не може бути морфологією. Якщо вона входить у закон, вона відразу перетворюється у дещо інше: із зображення наявного у припис того, що має бути. Вона втрачає також свою гнучкість, яка надає їй здатності слідувати за кожним ліпшим процесом пізнання і тенденцією

<sup>1</sup> «Власність» охоплює також речові права користування, відносини найму й оренди; договір як економічна форма організації – речові забезпечувальні права, право оренди.

розвитку. Як часто вже та чи інша юридична теорія відкидалася, змінювалася іншою, хоча під приводом необхідності ліпшого пізнання усе ж таки приховувалася потреба врахування нової тенденції розвитку. Однак те, що стосовно теорії є повністю прийнятним, стосовно закону було би взагалі неможливим або принаймні не так просто можливим.

Нормам, на основі яких приймаються судові рішення і які у такий спосіб є безпосереднім наслідком суспільних конфігурацій, протистоять усі ті, які суперечать цим конфігураціям. Суперечність того виду, яка була охарактеризована на початку цієї публікації, може мати дуже різні причини. Вона може бути мимовільною; для цього я хочу назвати деякі приклади. По-перше: встановлена законом і наукою норма, на основі якої приймаються судові рішення, зберігається, хоча життя вже давно оминуло її. «Закон і права передаються у спадок як вічна хвороба». У цьому сенсі Герберт Спенсер дотримується тієї думки, що закон є постійною формою панування мертвого над живим. По-друге: норма, на основі якої приймаються судові рішення, запозичається із чужини, хоча вона більше і не відповідає суспільним конфігураціям. По-третє, не усвідомлюється природа суспільних конфігурацій, звідси встановлення норми, на основі якої приймаються судові рішення, відбувається з помилками. Тому нам відомі два види норм, на основі яких приймаються судові рішення, спершу такі, які безпосередньо впливають з відносин, із «природи речі», і такі, які закон чи наука із уже згаданих причин нав'язують відносинам, що виникають у суспільстві.

Наскільки мало вдалося через норми, на основі яких приймаються судові рішення, зробити огляд пануючих у реальному житті відносин, настільки ж не можна недооцінювати вплив цих норм на життя. Така норма, навіть безпосередньо виведена із відносин реального життя, справляє на життя під час свого застосування зворотну дію. Передумовою будь-якого рішення є зіткнення інтересів, боротьба; і пануючі в реальному житті відносини рідко коли виходять з боротьби у такому ж вигляді, у якому вони в цю боротьбу вступили. І лише тепер постає необхідність чітко відділити обидві площини одну від одної; шляхом того, що чітко усвідомлюються кордони «Мого» і «Твого», права й обов'язку, той чи інший новий елемент включається навіть тоді, коли ці кордони були наявні вже раніше. При цьому необхідно попутно приймати рішення щодо великої кількості питань, для яких з відносин реального життя неможливо нічого взяти, тому що у цих відносинах і справді не міститься ніякої відповіді на ці питання. Недостатньо визнати за власником земельної ділянки його власність, з усіма повноваженнями, які у житті надає власність над земельною ділянкою: що буде з плодами культур, які вирощував попередній власник, з роботою, яку він виконував, з понесеними затратами? Недостатньо застосовувати договір на практиці так, як він був укладений; адже ж потрібно приймати рішення й щодо справ, про які сторони договору навіть не здогадувалися. Що буде, коли заборгована річ стане непридатною до її оплати? Коли вона іншого виду, ніж було передбачено? На питання цього виду юриспруденція може знайти відповідь лише творчо, отримавши імпульс від форми, яку відносини реального життя набрали не під час мирного розвитку, а під час процесу. В усіх цих випадках норми, на основі яких приймаються судові рішення, не дані безпосередньо через конфігурацію відносин реального життя, однак вони чинять вплив на життя. Це, зокрема, стосується тих норм, на основі яких приймаються судові рішення, які не розвинулися із відносин реального життя.

Звідси випливає, що норми, на основі яких приймаються судові рішення, без сумніву, можуть наповнити відносини реального життя новим змістом. І в тій мірі, як це відбувається, вони набувають цілком нового значення: бо завдяки цьому стає можливим устанавлення норм, на основі яких приймаються судові рішення, для здійснення їхнього впливу на хід і розвиток відносин реального життя. Це намагалася мабуть уже здавна робити юриспруденція, і ще в набагато більшому обсязі держава шляхом законодавства як такого виду формування права, який від держави ж і виходить.

Який би формотворчий вплив норма, на основі якої приймаються судові рішення, не справляла на життя, вона у цьому випадку перетворюється у самостійну суспільну силу, яка продукує суспільні впливи. Однак не такою простою, як її собі зазвичай уявляють, є ця справа. Здебільшого роблять припущення, що достатньо прийняти закон, для того щоб досягти того чи іншого результату. Це мало б за передумову те, що будь-який прийнятий закон і справді діяв би, що він породжував би лише задуману і ніяку іншу дію. Усі ці передумови є однак бездоказовими. Гіпотеза про те, що кожен прийнятий закон і справді діє, не є правильною. Неможливо повірити, наскільки неактивне право переважає активне. Мабуть не буде надмірним перебільшенням твердження, що третина від числа параграфів прийнятого майже століття тому австрійського цивільного кодексу ніяк не вплинула на життя, а їх скасування не мала б для реального життя жодного значення. При цьому деякі з них, які,

здавалося б, містять положення неабиякої важливості і їх у будь-який момент можна було б застосувати, тим не менше, жодного разу не наведені у 15 тисячах рішень Імперського верховного суду, поміщених у збірнику Глязера й Унгера. Якщо ж те чи інше правове положення інколи й застосовується у тому чи іншому рішенні, то цей факт ще не доводить того, що воно й справді увійшло у життя і чинить вплив на його процеси. Однак те, що правове положення зовсім не досягає задуманої дії, що воно породжує наслідки, про які, коли це положення формулювалося, ніхто не й здогадувався, це ми спостерігаємо кожного дня.

Отже, потрібно звикнути з думкою, що деяких речей узагалі неможливо домогтися через ті чи інші правові приписи і що влада права має досить вузькі межі. Ми мусимо звикнути з думкою про те, що для наслідків того чи іншого юридичного правила намір його укладача не відіграє жодної ролі. Право, одного разу введене в дію, йде власним шляхом: чи працює правове положення, чи воно працює лише так, як того від нього очікували, – це залежить винятково від того, чи воно є придатним засобом для досягнення цього успіху. Необхідно, врешті-решт, звикнути з думкою, що для наслідків тієї чи іншої правової норми не є визначальним її тлумачення, яке, наприклад, дають юристи, а що для цього набагато важливішими є інші обставини: самобутність народу, його суспільне структурування й освіченість, пануючі морально-етичні устої, якості осіб, покликаних упровадити цю норму у практику, владні засоби, які повинні утвердити її, вид ведення процесу в спірній справі.

Тут я хочу також навести приклад. Австрійські юристи, які десь 20 років тому прибули як запрошені на урочистості гості на відкриття палацу юстиції в Брюссель, почули тут, на своє здивування, що кайзер Йосиф Другий поціновується як особа, яка запровадила там усну судову процедуру. Законом, через який було здійснено це диво, був Загальний порядок судочинства, багато в чому огуджена Йозефіна, яка і в Австрії діяла достатньо довго, і ніхто тут і не думав, що вона здатна створити усну судову процедуру. Порядок судочинства, щоправда, визначає, що в «сільській місцевості» (тобто повсюди за межами провінційних міст) процес має вестися усно. В Австрії «усна» судова процедура полягала, як правило, в тому, що процесуальні документи не подавалися до суду, а, укладені у формі протоколів, передавалися під час судового розгляду судді; іноді, щоправда, бувало так, що сторони справи і справді вносили свої покази безпосередньо під час розгляду до протоколу. Судове рішення по процесу приймалося ж лише на основі протоколів, нерідко суддею, який не брав участі в цьому процесі. У Нідерландах, які належали тоді до Австрії, до усної судової процедури, навпаки, ставилися серйозно. Під час судового розгляду і справді велися дебати, в кінці за їх результатами укладався протокол і суддя, який вів судовий розгляд справи, ухвалював рішення хоча й за допомогою протоколу, але все ж таки під впливом усної судової процедури. І, отже, один і той же закон призводив в Австрії до протокольної й опосередкованої, у Нідерландах до усної й безпосередньої судової процедури; відмітність полягала не в законі, а в народах.

Звідси випливає, що для юридичного правила можуть бути важливими такі докорінні зміни, які відбулися в іншій, не належній до нього сфері. Сьогодні визнається, що в основу німецького загального права був, вочевидь, покладений римський закон, що, однак, римське право насправді ніколи не діяло як загальне право: усі спроби витлумачити *corpus iuris civilis* (звід цивільних законів) на римський манер і з цієї позиції практично застосувати його зазнали невдачі через неможливість практичного втілення одного й того ж права у двох таких зовсім по-різному організованих суспільствах, як римське й німецьке. В Австрії вже було так, що сотні параграфів громадянського кодексу законів, у яких новий цивільний процесуальний процес не змінив ані коми, тим не менше, отримали завдяки йому нове обличчя. Якщо за австрійським правом підставою для розірвання католицького подружжя (скасування подружньої спільності) є неодноразові жорстока наруга і дуже відчутні образи, а для розірвання некатолицького подружжя – неодноразова жорстока наруга, то сьогодні, тим не менше, перед нашими судами як жорстока наруга чи відчутна образа розглядається щось зовсім інше, ніж у 1811 році, оскільки було скасоване відповідне положення: морально-етичні норми залишили його позаду. Ще й сьогодні діє кримінальний закон, положення якого значно походять із 1803 р.: незважаючи на це, тепер з якимось бідолахою, який через голод украв би шматок хліба, поводитись би зовсім по-іншому, ніж сто років тому.

З усього цього випливає, що поряд із чисто юридичним є ще суспільний погляд на право. Чисто юридичний погляд хоче передусім витлумачити будь-яке юридичне правило у сенсі й дусі того, від кого воно походить; небагато відрізняється від цього погляду історично-юридичний, який хоче дослідити сприйняття й застосування юридичного правила у сенсі й дусі часу, у якому воно виникло.

Суспільно-науковий погляд ставить питання про те, як діє правове положення, яка суспільна сила, якого виду і в якій мірі виходять з нього. При цьому не повинен залишатися поза увагою й намір укладача цього правового положення, бо й цей намір також є суспільною силою; однак це лише одна сила, яка діє поряд з іншими, і аж ніяк не завжди є вирішальною; чисто юридичний й історично-юридичний погляди, отже, ненаукові і непедагогічні; вони ненаукові, бо вони односторонні: односторонність і науковість – протилежності; вони непедагогічні, адже це нерозважливо – викладати лише те, що повинно діяти і не помічати того, що діє насправді.

Як же ж тепер співвідноситься юридична наука з іншими науками? Яке місце посідає вона у структурі наук? Тут, мабуть, було б зайвим зупинитися на детальному аналізі багатьох намагань створити систематику наук: усі вони, мабуть, обґрунтовані, позаяк здійснюються з різних, самих по собі обґрунтованих точок зору. Для моєї мети найбільш придатна стара структура, запропонована Комте<sup>1</sup>, основну ідею якої прийняв також Спенсер. Ця структура говорить сама за себе передусім завдяки своїй чудовій простоті й цілісності, завдяки способу, на основі якого вона вибудовує ієрархію науки, ґрунтуючи кожен наступний на попередній і аналізуючи її результати, причому, звичайно, від недопустимої гіпотези про хронологічне слідування наук одна за одною необхідно відмовитися. Математика, вчення про абстрактну величину, є основою будь-якої науки; за нею йде фізика, вчення про фізичні тіла, яке використовує результати математики; за нею – біологія, вчення про живі тіла, ґрунтуючись на фізиці; тоді психологія – фізика свідомості живих фізичних тіл; нарешті соціологія – вчення про суспільства живих, наділених свідомістю фізичних тіл, яке за своєю суттю є масовою психологією. Якщо Комте не згадав історію, то це відповідає французькій позиції, відповідно до якої історія зараховується не до sciences (наук), а до belles lettres (красного письменства); у німців є вибір – обмежити структуру наук у сенсі французів юридичними науками; виключення історії, так само як і геології, описових природничих наук, географії, зоології, ботаніки, мінералогії впливатиме звідси само по собі; або ж доразуміти як матеріал, або самостійну сферу описові природничі науки фізики і біології, історію, скажімо з народознавством, статистикою, соціологією. Принципово виправданим у структурі Комте є чітке розділення наук, які слугують чистому науковому пізнанню, і практичних дисциплін, які використовують результати наукових досліджень для практичних цілей.

Юриспруденція ж передусім є практичною дисципліною; вона навчає практичному застосуванню права. Як така, вона існує вже впродовж тисячоліть, але це завдання вона може, як було показано, виконувати у повному обсязі, лише коли вона стане морфологією людського суспільства, і коли вона досліджуватиме сили, які діють у суспільстві, на їх суть та їх міру. Так юриспруденція стає правовою наукою, вченням про право як суспільне явище; і, як така, вона є галуззю соціології. Для уникнення будь-якого непорозуміння потрібно особливо підкреслити, що тут мова йде про соціологію у тому сенсі, як вона розумілася Аугустом Комте і як вона впродовж 19-го століття поступово сформувалася в особливу науку. Вона є природознавчим ученням про утворення груп, у сенсі Комте передусім вочевидь у людей, хоча й це обмеження не є ні необхідним, ні бажаним. Її завданням є винятково дослідження й опис суспільних інституцій; суспільні течії й намагання розглядаються нею лише як предмет; у неї немає завдання служити їм чи якимось їм сприяти; je n'impose rien, je ne propose rien: j'expose (Я нічого не нав'язую, я нічого не пропоную: я змальовую). Від соціальної політики їй треба відділяти так само строго, як і від будь-якої іншої політики чи політичної економії. Щоправда, теоретична національна політична економія, яка досліджує й описує формування та закономірність економічних явищ, належить до соціології.

Розвиток юриспруденції у правову науку, її перехід із практичної дисципліни у галузь соціології повністю відповідає процесу в інших сферах. Усі теоретичні науки мають своє коріння в практичних дисциплінах. Можливо, без календарознавства й астрології ми б не мали астрономії, без земельних вимірів – геометрії, не мали б хімії, якби не було спроб видобути золото із неблагородних металів; майже вся біологія розвинулася із лікувального мистецтва минулих століть. Мабуть, що загальноновизнане те, що великим підйомом наукових досліджень в останні століття ми завдячуємо цьому переорієнтуванню цілей наукової роботи. І цей підйом полягає не лише в збільшенні наших знань у незнаній до цього мірі: також і наші вміння в першу чергу завдяки цьому зросли; якби наукова робота завжди переслідувала лише практичні цілі, то вона у сфері практики не була б

<sup>1</sup> З невеликими змінами: астрономія не розглядається як самостійна наука: вона є застосуванням фізики до космічних процесів. Залучення психології вимагає сучасний розвиток. Хімія є молекулярною фізикою.

спроможна досягти тих здобутків, яких вона насправді досягла. Дослідники, а не практики заклали основи сучасної медицини, сучасної техніки. Отже, мабуть, можна висловити надію на те, що й юристи не будуть висловлювати жаль з приводу перетворення юридичних факультетів на суспільствознавчі. Воно поволі, як усе велике в духовній сфері, відбувається на наших очах. У Німеччині вже сто років тому історична школа сказала перше слово; її значення полягає тут не в її догматиці і законодавчій політиці, які в принципі не досягли мети. Майже незліченна кількість ініціатив вийшла від Ферінга і окремих германістів.

В останні роки множаться ознаки нового часу; щоправда, дії ще не є усвідомленими й чіткими. Набагато чіткіший напрямок, який кілька років тому започаткований у Франції. Його лідером може вважатися Райман Салей із Парижа, один із найвитонченіших умів воістину не бідної на витончені уми французької правової науки. Франсуа Жені зібрав у своїй праці «Методи інтерпретації і джерела приватного права» (Париж, 1889) майже неозорий за обсягом матеріал. Передусім варто, однак, згадати Едуарда Ламбера з Ліона. Він викладає свою теорію у солідній за розмірами праці «Функція порівняльного цивільного права», з якої дотепер з'явився перший вступний том. У Німеччині подібну точку зору розділяє Ернст Штампе. Дуже близька до представлених французами також «Загальна теорія права» Штернберга (Ляйпціг, 1904 р.). На власні намагання, які за часом передують намаганням французів і є незалежними від них, я тут хочу тільки послатися: їх програму я розробив у праці «Вільний розсуд судді» та у своїй доповіді, яку я зачитав на засіданні Віденського юридичного товариства і яка була опублікована під назвою «Вільна правова наука» (Ляйпціг, 1904 р.).

Із цією соціологічною правовою наукою практична юриспруденція співвідноситься приблизно так, як медицина з біологією, будівництво – з математикою й фізикою. Цим, мабуть, також сказано й те, що вона її ніколи не поглине; нам завжди буде потрібна настанова, яка перекидає місточок від знання до вміння. На одну дуже важливу обставину вже вказувалося: жодна практична дисципліна не черпає своїх імпульсів лише з якоїсь однієї науки; яким багатством знань мусить, крім ботаніки, володіти, скажімо, садівник-декоратор. До цих пір юриспруденція працювала з несказанно мізерним матеріалом: для створення «доброго практика» вистачало трохи знань діючого права, нерідко лише закону, у поєднанні з умінням шукати потрібну інформацію у традиційних довідниках, до цього трохи логіки і горезвісний «здоровий людський глузд». Однак поступово прийшло визнання того, що цього всього «доброму практику» не вистачало для забезпечення належного розв'язання хоча б відносно простих завдань: цьому визнанню завдячують своїм існуванням докази, що їх представляють експерти. Вони повинні передавати юристам знання з найрізноманітніших сфер, які їм потрібні у їхній професійній діяльності, і засвоєння яких, як вважають юристи, не вартує їхньої професії: ці докази є лише мізерним допоміжним засобом. Подекуди вони спричинилися до виникнення нової юридичної дисципліни: найважливішим таким випадком є виникнення судової медицини, яка, власне, є медичною юриспруденцією. Наскільки мало медик з юридичною підготовкою спроможний замінити юриста з медичною підготовкою, у цьому, у всякому випадку, можна переконатися кожного дня.

І за цим напрямком також готується радикальна зміна. Необхідність компетентного застосування результатів наукової роботи для розв'язання юридичних завдань з кожним днем знаходить дедалі більше розуміння.

Отже, напрямок, яким мусить піти юриспруденція як чисто практична дисципліна, окреслений заздалегідь: передаючи свій суспільствознавчий зміст соціології, вона по-новому завойовує свою найбільш одвічну сферу.

## THE INSTITUTE OF LIVING LAW\*

*Author Eugen Ehrlich*

*Translated from German by I. Ya. Yatsiuk (Yuriy Fedkovych Chernivtsi*

*National University, Ukraine)*

*Scientific edition of the translation M. V. Nykyforak (Yuriy Fedkovych Chernivtsi*

*National University, Ukraine)*

*Abstract S. V. Savchuk (Yuriy Fedkovych Chernivtsi National University, Ukraine)*

*Abstract.* The paper, published in 1911 on the pages of the *Juristische Blätter*, refers, firstly, to a dispute between Eugen Ehrlich and a scientific and practical priority in the aspect of the creation of an institution of applied law (in contrast to his dispute with another subject) with Geny Francois in 1903 (*Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft* [The Free Law Finding and Free Jurisprudence]), or a dispute with Max Ernst Mayer in 1913 (*Grundlegung der Soziologie des Rechts* [Foundation of the Sociology of Law]), secondly, about the critique of the program of the Institute of Applied Law, thirdly, about the task of the Institute of living law of Ehrlich himself.

In the first case it's about a proposal and a plan of the professor of the Wien University (prof. Sperl) to establish the Institute of Applied Law. Ehrlich notes that, on the one hand, his own initiative to establish the Institute of Living Law and its implementation appears earlier, and on the other hand, that the institute of living law has tasks that coincide with the ones of the corresponding Sperl's institute, and well as others that don't, with the latter being more valuable both for science (scholarship) and practice. In general, Ehrlich denies the need to create the mentioned Institute of Sperl. This "should be the institution of the application of the established law that therefore, is exclusively enclosed in the paragraphs, not the institute of studying the real-life law that develops and which is not spelled out in paragraphs". Consequently, the Institute of Applied Law should deal only with utilitarian tasks (for example, a collection of teaching materials for conducting classes on the basis of visibility, etc.), and not scientific, related to the study of living law. In turn, the Institute of Living Law, according to the plan of Eugen Ehrlich, has a task of teaching scientific methods, encouraging students to independent mental activity. A branch of living law can be easily imagined as an integral part of the Institute of Living Law, the task of which would be to supply the Institute with materials and equipment, as well as archiving the results of the data, collected and processed by the Institute.

*Keywords:* Department of Living Law; Institute of Living Law; Institute of Applied Law; scientific method.

---

## ІНСТИТУТ ЖИВОГО ПРАВА\*

*Автор Євген Ерліх*

*Пер. з нім. І. Я. Яцюка (Чернівецький національний університет*

*імені Юрія Федьковича, Україна)*

*Наукова редакція перекладу М. В. Никифорака (Чернівецький національний університет*

*імені Юрія Федьковича, Україна)*

*Анотація С. В. Савчука (Чернівецький національний університет*

*імені Юрія Федьковича, Україна)*

*Анотація.* В роботі, опублікованій в 1911 році на сторінках *Juristische Blätter*, йдеться, по-перше, про характерний для Є. Ерліха спір щодо наукового і практичного пріоритету в аспекті створення інституту прикладного права (пор. його спір (із іншим предметом) із Ф. Жені в 1903 р. (*Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft* [Вільне правознаходження і вільне правознавство]) чи спір з М. Е. Майєром в 1913 р. (*Grundlegung der Soziologie des Rechts* [Закладення основ соціології права]), по-друге, про критику програми інституту прикладного права, по-третє, про завдання Інституту живого права самого Є. Ерліха.

У першому випадку йдеться про пропозицію і план професора Віденського університету Шперля заснувати Інститут прикладного права. Ерліх відзначає, що, з одного боку, його власна ініціатива щодо створення Інституту живого права та її реалізація з'являється раніше, а з іншого, що Інститут живого

---

\* The article published in *Juristische Blätter*. 1911. № 20. p. 229-231; № 21. p. 241-244.

\* Стаття опублікована у тижневику «Юридичні записки» («Juristische Blätter»). 1911. № 20. С. 229-231. № 21. С. 241-244.

права має завдання як ті, що збігаються із завданнями відповідного Інституту Шперля, так й інші, причому ці останні завдання мають більше значення для науки і практики, ніж перші. Загалом Є. Ерліх заперечує необхідність створення згаданого Інституту Шперля, адже це «має бути інститут застосування встановленого, а це, вочевидь, означає винятково укладеного в параграфи права, а не інститут дослідження пануючого в реальному житті права, яке розвивається і яке не розписане по параграфах». Отже, Інститут прикладного права має вирішувати лише утилітарні завдання (наприклад, зібрання навчальних матеріалів для проведення занять на засадах наочності тощо), а не наукові, пов'язані з дослідженням живого права. В свою чергу, Інститут живого права, за задумом Є. Ерліха, має завданням викладання наукових методів, заохочення студентів до самостійної розумової діяльності. Складовою інституту живого права легко можна уявити собі відділення живого права, завданням якого було б постачання інституту матеріалами й оснащенням, а також збереження в архіві результатів зібраних й опрацьованих інститутом даних.

*Ключові слова:* відділення живого права; інститут живого права; інститут прикладного права; науковий метод.

Пропозиція професора Віденського університету Шперля заснувати інститут прикладного права, викликала у мене неабияку увагу. Вже впродовж тривалого часу мене цікавлять подібні думки. Ще кілька років тому я виклав їх, хоча й коротко, у письмовій формі (пор. мою працю: «Вільний розсуд судді та вільна юриспруденція», с. 34–37.) та детально обґрунтував їх у меморандумі, який я 16 червня 1909 р. передав міністерству освіти Австрії і, нарешті, зреалізував дещо з того, що вже такий довгий час планую. Неважко зрозуміти, що мої наміри, які я вже частково втілював у життя, потрібно зіставити з опублікованими пропозиціями.

Проф. Шперль помиляється, коли він вважає, що така «установа», як запропонований ним інститут прикладного права, дотепер відсутній як в Австрії, так і деінде. Принаймні у цей момент у Чернівецькому університеті у цьому питанні мабуть що реалізовується більше, ніж у Відні. У моєму меморандумі, переданому, як уже згадувалося, Міністерству освіти Австрії й опублікованому з того часу у щорічнику Шмоллера (том 35, с. 129 і наступні), на основі чого я подав клопотання про дозвіл на відкриття інституту з питань живого права, вже було доведено майже в такий спосіб, як і в його зверненні, цінність фахової підготовки юристів на засадах наочності і збір матеріалів для сфери прикладного права належить до завдань названого інституту, який я відкрив у зимовому семестрі 1909–1910 рр. на факультеті права та суспільно-політичних наук Чернівецького університету та яким я відтоді керую.

І якщо до цього часу збір матеріалів для сфери прикладного права не міг бути проведений у значному обсязі, то причиною цього була відсутність в інституту практичного права відповідних коштів. Лише на цей рік урядом виділено, як одноразова підтримка, 400 крон для всього інституту і його діяльності. За цю суму, само собою зрозуміло, багато не зробиш. Тому архів матеріалів містить лише сільськогосподарські орендні договори. У цьому році його мають поповнити договори про вирубку лісу та спадкоємну забудову. На відміну від цього, до нього було додано значну кількість протоколів про зібрані інститутом відомості й дані. Вони стосуються усних договорів оренди лугів та орних земель у прилеглих до Чернівців місцевостях і громадських гірських пасовищ на Буковині.

З іншого боку, проф. Шперль чинить принаймні щодо сьогоднішніх викладачів–юристів несправедливо, вважаючи, що вони дотепер не визнають цінності матеріалів з прикладного права як навчальних засобів. «Правники» йому відразу заявили, що це в жодному випадку не так (том 15, с. 90). Документи, договори, вироки вже давно вивчаються й опрацьовуються в інститутах німецьких університетів. І якщо власне інститут прикладного права і справді не існував, то причина цього передусім полягала у тому, що він видавався зайвим. У такому випадку він замінюється приватними колекціями актів і документів: актів про проведені процеси та документів про здійснені правові операції. Тут необхідно згадати чудовий збірник зразків документів Фрідберга, юридичний атлас Крюкмана, процесуальні документи Штайна і Шмідта. Я б дуже радо поздоровляв Віденський інститут прикладного права, якби він зміг перевершити багато приватних колекцій за місткістю і добротністю матеріалів. Однак, щоправда, в Австрії бракує таких поважних зібрань. При цьому численні, частково прекрасні австрійські збірники зразків документів Блоха-Бітореллі, Блоха і Ноймана-Еттенрайха, Барча, Геллера і Тренквельдера тут, само собою зрозуміло, розглядатися не можуть, оскільки вони переслідують зовсім інші цілі. Тому, звичайно виправданим був би той крок, коли у цій справі на допомогу прийшов би якийсь авторитетний і шанований учений, який видав би збірку зразків документів. Робота, якою не знехтував навіть Фрідберг.

І якщо я ніяк не можу стати другом планів проф. Шперля, то передусім через те, що я замість запропонованого ним інституту хотів би започаткувати щось набагато важливіше: інститут живого права. Однак інститут прикладного права повинен, як натякає уже саме слово «право» – і також з іншого боку було сказане те ж саме – (пор. Альберт Еренцвайг у «Відомостях Спілки австрійських суддів», IV випуск, № 7, с. 6 і наступні) – не повинен бути нічим іншим, ніж зібранням навчальних матеріалів для проведення занять на засадах наочності: Юридичний атлас Крюкмана, розкладений на складові частини і виставлений на огляд у деяких залах для користі й вигоди бажаючих вивчати закони. Вираз «зібрання навчальних матеріалів», який позначає допоміжні навчальні матеріали в середній школі, а не у вищому навчальному закладі, використовується тут свідомо: Я детально перевіряв опубліковане у Записках звернення і план створення інституту і не знайшов там жодного слова, з якого б випливало, що його інститут мав би служити не лише простій школярській передачі знань, а й, як це, мабуть, можна би було й очікувати від вищого навчального закладу, і самостійній розумовій роботі студентів і дослідницькій діяльності вчених. Лише в опублікованому додатку до «Відомостей Спілки австрійських суддів» згадується про те, що й наука зможе черпати поживу з цього «повноводного потоку». Однак про те, як це розуміти, у решті оприлюднених матеріалів не говориться нічого, і план створення інституту, який власне тут і є головним предметом розмови, прямо-таки суперечить такому наміру. Хто хоче працювати на науковій основі, той зможе, як і дотепер, самостійно діставати «договори у взірцевій формі», «папери документообігу у сфері торговельного права», «значне число скарг з відповідною юридичною процедурою і рішеннями, усі ретельно оброблені з метою досягнення їхньої предметної та мовної правильності», а також зможе особисто ознайомлюватися із земельними кадастрами, державними реєстрами, документами державних юридичних установ, а саме судів, адвокатури, нотаріату, оскільки ці речі сьогодні не такі-то же й важкодоступні. І якщо ця людина є вченим з більш-менш сучасним мисленням, яка дорожить власними поглядами і, головне, визнає цінність реального непідробного матеріалу, то він навіть не зможе покластися на такий інститут, адже сучасний учений не працює із «секонд хендом», а самостійно відбирає свої матеріали, і остерегається, так само, як і докорів совісті, всього того заздалегідь ретельно відібраного, опрацьованого за формою і змістом для досягнення бездоганної правильності, що йому надається. Тобто, що спільного матиме такий інститут з наукою? Можливо, якийсь звичайний розробник підручника чи автор монографії знаходитиме там місцями деяку потрібну йому наочність для того чи іншого аналізованого ним матеріалу або певні формуляри. Однак це, само собою зрозуміло, не є ні наукою, ні дослідництвом.

Воістину, гострих нападків на юристів, закони, юриспруденцію і здійснення правосуддя не бракувало ніколи; однак навряд чи ще колись переконання в тому, що все наше правове життя хворе на важкі недуги, було навіть у колах юристів настільки поширеним і так глибоко укоріненим, як тепер. При цьому, як не дивно, юридичну науку звинувачують у цьому найменше. Та чи ж можна поліпшити процес викладання, здійснення правосуддя чи закони, не турбуючись про юридичну науку? Здається, що загалом на це питання дається позитивна відповідь, і це, мабуть, украй сумне свідчення того, як малі тепер здобутки юридичної науки і наскільки низька у широких колах її оцінка. Чи, може, лікар, технік, фермер з огляду на складність своїх завдань вважають можливим значний прогрес у своїх сферах без постійного плідного застосування результатів наукової роботи у їхній практичній діяльності? Якщо більшість найкомпетентніших юристів–практиків нічого не очікують від своєї науки, а це загальновідомо, то це передусім є доказом того, що її теперішній стан доводить практиків до зневіри в можливості її поліпшення шляхом ґрунтовної зміни методів і цілей науково-дослідницької діяльності.

А викладання права все ж таки цілком залежить від стану юридичної науки. Само собою зрозуміло, що здійснення правосуддя та законодавство повсюди визначаються викладанням правових дисциплін, а, отже, принаймні опосередковано, юридичною наукою. Мова йде передусім про відірваність від реального життя не лише одних тільки юристів–практиків, яким це найчастіше ставиться в докір, а й авторів юридичних праць, викладачів і законодавців. Предмет наукового дослідження та викладання є тепер лише незначною частиною права – це, передусім, те із нього, що виражене словами і сформульоване у правових нормах, і навіть з цього до розгляду приймається майже винятково лише та частина, яка вже оформлена у вигляді закону. Велика частина живого права видається з цього погляду лише «прикладним застосуванням права» у вигляді практичної діяльності судів та інших органів. Тобто воно в науці, за винятком, можливо, торговельного права, самостійно

не розглядається, а перевіряється лише наявність його узгодження зі встановленим правом; воно не викладається, а, в найкращому випадку, використовується лише як приклад при складанні навчального договору. Через те немає нічого дивного в тому, що настільки відстала в методологічному плані юридична наука, яка використовує такі вбогі засоби, якщо й навіть вона відповідала вимогам дуже простих правовідносин, які панували у Німеччині й Австрії до середини 19 ст., відтоді дедалі більше ставала об'єктом глузування розсудливих і компетентних фахівців. Навіть чимало огуджений схоластичний метод є не коренем, а всього лише ознакою повзучої хвороби.

Те, що задуманий інститут прикладного права повністю лежить у площині цієї відсталості, проявляється вже у його назві, та й у кожному слові звернення і плану створення. Це має бути інститут прикладного права, тобто інститут застосування встановленого, а це, вочевидь, означає винятково укладеного в параграфи права, а не інститут дослідження пануючого в реальному житті права, яке розвивається і яке не розписане по параграфах. В інституті будуть знаходитися для ознайомлення договори у «взірцевій формі», тобто лише у формі зразків, «скарги з відповідною юридичною процедурою і рішеннями, всі ретельно оброблені і перероблені лише з метою досягнення їхньої предметної та мовної правильності», тобто як формуляри. Автор проекту проявляє настільки ж мало розуміння живого права, як і вся традиційна юридична наука і побудоване на її основі викладання юридичних дисциплін; для нього все це є «прикладним правом», приватний документ і судові рішення, земельний кадастр, державні реєстри, випадки неявки в суд, виконання судових чи інших юридичних рішень, графік судів, адвокатських контор, допоміжна діяльність при здійсненні суспільного правосуддя, юридична статистика. І навіть тут ще багато чого бракує. Як, наприклад, виглядають справи з торговельними звичаями? Вони не належать до «прикладного права»? Та звичайно належать: до сфери дії ст. 17 Загального Торговельного кодексу (§ 346 Торговельного кодексу). Вони, вочевидь, були виключені через те, що вони не повністю позбавлені підозри щодо їх належності до практичного права. Про третейські суди і третейські юридичні процедур також нічого не згадується. Це, вочевидь, так само має свої вагомі причини. У справах третейських судів, зазвичай, час від часу проявляються ті чи інші аспекти практичного права, перш ніж їх «рознесуть» десь в інших юридичних установах.

У плані створення інституту можна знайти нагромадження найрізноманітніших речей. Заради адекватності їх оцінювання їх потрібно відділити одне від одного. Так, VI відділ (юридична статистика) є, напевно, нічим іншим, ніж бібліотекою; за умови належного керівництва цим відділом він буде виконувати функцію, яку виконує бібліотека з добрим управлінням. III відділ, здійснення суспільного правосуддя, має містити процесуальні документи, процедурні документи, крім документів судових процесів, далі документи з виконання судових рішень і документи по банкрутству; щоправда, міститися там мають лише документи по справах, які «реально трапилися, а не якісь винайдені речі». Чи буде цей відділ завдяки цьому чимось більшим, ніж зібранням формулярів? Він справді був би чимось іншим, якби туди приймалися документи у їхній первинній незмінній формі, а не «ретельно оброблені з метою досягнення їхньої предметної та мовної правильності» та без огляду на їхню взірцевість. Тоді вони були б бажаним матеріалом для семінарських занять, студенти могли б тоді вивчати, у якій послідовності відбувається перебіг тієї чи іншої процедури, на які форми при цьому, як правило, зважають, а які традиційно залишають поза увагою, вони могли б відточувати свій інтелект і спостережливість, виявляючи помилки чи якісь особливі тонкощі. Усе це, само собою зрозуміло, не є живим правом, діяльність різного роду установ є лише практикою, прикладним застосуванням права, щонайбільше відправленням правосуддя. Але там, де діяльність різного роду установ втручається у життя, ще наявна вдячна сфера для дослідників реального життя, яка, однак, само собою зрозуміло, залишається поза увагою інституту прикладного права з огляду на його вузькі цілі. Те, як позов, судові рішення, примусове виконання судового рішення, судова процедура зі встановлення майна померлого і його передачі родичам, опікунство впливають на життя, як життя послуговується чи доходить згоди з ними, як воно страждає чи ухиляється від них, є вочевидь більш уद्याчною темою для спеціалістів у сфері процесуального права, ніж це, як видається, припускає нова наука з процесуального права. Юридична статистика надає лише сухі цифри, а що вони означають, мала б дослідити наука живого процесуального права. Швидке правосуддя, яким Австрія завдячує новому цивільному процесу, прекрасно відображається в юридичній статистиці; і ніхто не говорить про те, що не один польський дрібний чи безземельний селянин має завдячувати цьому правосуддю саме тим, що його будинок і подвір'я були продані, перш

ніж він, найнявшись на роботу зі збору врожаю в чужу країну, міг здогадатися про те, що якомусь адвокату в окружному місті, який є його куратором, була доставлена позовна заява з цілком конкретним злим умислом. Чи переймається хоч якийсь один учений у галузі процесуального права тим, що виключення апеляції на заочне рішення суду вже стало власне цілою процесуальною індустрією, і що австрійські лихварі і продавці товарів у кредит ретельно підбирають для подачі позову такий момент, щоб відповідачу було якомога важче особисто з'явитися в суд на розгляд справи.

Серед процесуальних документів є такий вид документів, важливість якого для юридичної науки вже давно усвідомлена: Це ухвали тієї чи іншої установи, зокрема присуд. Що з цього виду документів може надати інститут прикладного права? Звичайно, той чи інший формуляр. Однак очевидним є те, що це ще набагато менше, ніж нічого. Те чи інше рішення важливе своїм змістом, а не формою. Для пануючого ж напрямку судовий присуд знову ж таки є всього-на-всього одним з випадків прикладного права, своїм завданням цей напрямок вважає передусім перевірку правильності застосування закону. Вже позиція французьких арретистів значно глибша, ніж юристів, які вважають своїм завданням написання пояснювальних коментарів до судових рішень, опублікованих у великих збірниках Даллоца і Сірея під назвою «*Journal du Palais*». Для них судові рішення є вираженням права не в тому розумінні, як це право уявляв собі законо-давець, а в тому розумінні, як воно розвивалося у свідомості французьких суддів упродовж ста років дії французьких юридичних кодексів. Вони знаходять у них, кажучи словами Вейніала, який за столітню історію дії *Code civil* натхненно висвітлював цей напрямок: «Поняття зміни права, яких зазнала юриспруденція і завдяки яким юриспруденція примушує підкорятися закону; поняття загальної мовчазної згоди, яка перетворює юриспруденцію не тільки в слугу закону, але й у конкурента та помічника закону.»

Під впливом цієї думки перебував і я, коли близько чверті століття тому почав працювати над своєю роботою про мовчазне волевиявлення. Я хотів, після того як я простудював понад 600 томів збірок судових рішень німецьких, австрійських і французьких судів, зобразити картину того, що зробило судочинство із мовчазного волевиявлення судів. Але незабаром мене набагато більше за судові рішення захопив той фактичний процес, який лежав в основі їх прийняття. І тому в моїй книзі, принаймні у значній її частині, висвітлюються факти й обставини конкретних судових справ, які привели до відповідних судових рішень, перебіг цих фактів і обставин у реальному житті, а також функція мовчазного волевиявлення у юридичному повсякденні. І в цій праці я вже фактично використовував соціологічний метод юридичної науки, який я пізніше намагався теоретично обґрунтувати.

Згодом я побачив, що й цей метод не повністю приводить до мети. Судові рішення не дають бездоганної картини юридичного повсякдення. Наскільки мало з того, що відбувається насправді, доходить до державних органів, скільки багато всього у принципі або за фактом залишається виключеним з юридичних процедур. І при цьому правовідносини, які характеризуються полемікою щодо них, усе-таки проявляють зовсім інші спотворені риси, які здебільшого зовсім не притаманні правовідносинам у спокійному стані. Хто б хотів судити про наше сімейне життя чи діяльність об'єднань громадян за сімейними судовими спорами чи спорами за справами спілок? З іншого боку, цей досвід висвітлюватиметься, як тільки текст відповідного договору стане предметом розмови. Тобто соціологічний метод обов'язково передбачає доповнення результатів, отриманих з рішень, прийнятих державними органами, безпосереднім спостереженням за життям.

У відділах II, IV, V інституту прикладного права студентам повинні показувати устаткування судів і їхніх допоміжних установ, земельних кадастрів і державних реєстрів, адвокатських і нотаріальних контор. Це видається щонайменше зайвим. Як уже сказав Альберт Еренцвайг, відвідини таких установ і закладів надали б про них набагато більше відомостей. Сподіваюся, що вже тепер місцями дехто буде наважуватися на такий вид проведення занять на засадах наочності. Чогось серйознішого можна буде, в усякому випадку, досягти лише тоді, коли можна буде втілити пропозицію Цітельмана про направлення молодих юристів під час навчання на кілька місяців до суду або в адвокатуру. Як легко тоді можна було б вивчити цивільний і карний процес.

Дещо іншу особливість має перший відділ інституту: зразки договорів, документи спадкоємного права, ділові документи зі сфери торговельного права. На важливість документації для догматичної юридичної науки я вказував, мабуть, одним із перших уже у своїй праці «Вільний розсуд судді» (с. 35) і я маю право, мабуть, оцінювати як успіх спричиненого нею руху те, що цього разу її принаймні взагалі згадали з належною пошаною. Однак, на жаль, у такий спосіб, у який вона повинна висвітлюватися в інституті прикладного права, вона не зможе значною мірою прислужитися ні науці, ні

практиці викладання, ні закону, ні правосуддю, а найменше вона у такий спосіб зможе виконати ту службу, яку очікую від неї я.

Уже перший погляд на правове повсякдення показує, що в ньому здебільшого панівне становище посідає не закон, а документ. Усе податливе право витісняється змістом документа. У шлюбних договорах, договорах купівлі, оренди, надання кредиту на будівництво, договорах іпотечної позики, у заповітах, договорах про спадок, статутах спілок і торговельних компаній, а не в параграфах кодексів законів необхідно шукати живе право. Усі ці договори мають поруч із індивідуальним змістом, який стосується лише конкретної сфери ділової діяльності, також свій типовий, знову й знову повторюваний зміст. Цей типовий, знову й знову повторюваний зміст документа є його найважливішою характеристикою. У нас тоді, мабуть, було б більше монографій про договір районування буряків, продаж лікарських практик або про застава у договорі сільськогосподарської оренди, ніж про структуру заставного права за його суттю. Однак що ж робити студенту із сучасним документом? Чи отримує він належну допомогу в тому, щоб він якось одного дня побачив чи то договір про оренду, чи нотаріально завірені шлюбні договори? Для того, щоб тепер, коли ще практично навіть не розпочали думати про наукове освоєння сучасної документації, можна було чогось навчитися із неї, потрібно насамперед самому бути вченим-документознавцем. Передусім самій науці необхідно володіти як чітким уявленням, так і вмінням показати студентам те, як відбувається наукове опрацювання сучасних документів. І це настільки нове і складне завдання, що воно точно не може бути виконане мимоходом, за сумісництвом і до цього ж ще й в одну мить. Яку користь тут може принести збірник навчальних матеріалів? Оскільки професор Шперль не ставив перед собою відповідного завдання, то зайвим було б і запитання до нього щодо того, як він уявляє собі його вирішення: він міг би з повним правом відмовитися давати відповідь. Мені, однак, має бути дозволено послатися на споріднену сферу досліджень, яка вже викликала значну зацікавленість: це сфера історичного документознавства. Історику, зокрема історику права, добре відомо, що саме тут сформувалася техніка, яка належить до найскрупульозніших і найскладніших у науці, а для опанування всіх її тонкощів не вистачило б і цілого, присвяченого винятково лише роботі над цією технікою життя. І оскільки я вже роками займаюся питанням шляхів і способів опрацювання сучасних документів у догматичній юриспруденції – вимогу оприлюднення наукової юридичної праці, присвяченій сучасному документознавству, я поставив уже у своїй роботі «Вільний розсуд судді» (с. 36) – то я також уважно стежив і за історичними методами дослідження. Частково стосовно сучасних документів постають зовсім інші, однак аж ніяк не менші завдання, ніж стосовно історичних.

При цьому особливу увагу потрібно звернути на такі дві речі. Передусім розділ сучасної юридичної науки, який вивчає проблематику приватного права, мав би перевіряти документи на їхній узагальнено-важливий, типовий, знову й знову повторюваний зміст, опрацьовувати його на юридичних засадах і належно та всебічно оцінювати з погляду соціальної, економічної й законодавчої політики. Окрім того, він мав би представити загальну картину того, що відбувається у веденні документації по всій імперії. І хоча тут у цілому до певної міри спостерігається відповідність, усе-таки в деталях документи дуже різняться залежно від регіонів, класів, станів, народностей, віросповідань імперії. Тут, мабуть, постає завдання виконання робіт у галузі юридичної статистики із застосуванням методів дослідження документації. Без нових методів цього, мабуть, не вийде, а їхня розробка точно буде справою не з легких. Але які серйозні перспективи успіхів відкриваються тут перед юристом, якщо йому до того ж удасться розкрити історичні, економічні чи суспільні передумови цих розбіжностей.

І все-таки, чи не занадто сильно завищується оцінка документації, якщо думати, що в ній без особливих проблем можна вбачати живе право? Коли я почав займатися дослідженням документації, то це в мене взагалі не викликало запитань, настільки само собою зрозумілою річчю здавалося мені те, що документ усім своїм змістом є носієм і свідченням живого права; сьогодні ж у мене немає сумніву в тому, що на це питання потрібно дати заперечну відповідь. Живе право у змісті документа – це не те, що, наприклад, визнають обов'язковим до виконання суди при прийнятті рішення в тому чи іншому юридичному спорі, а всього-на-всього лише те, чого сторони дотримуються у реальному житті. Це живе право знову-таки реалізується не завжди так, як воно повинно було б реалізуватися відповідно до планів сторін чи їх юридичних конструкцій. Дію оформлених документально справ аж ніяк не можна пізнати з їхніх потенційно досяжних правових наслідків. Чи був би спроможний хто-небудь вивести зі статутів спілок чи акціонерних товариств те, що такі на

папері всесильні збори членів найчастіше виявляються звичайнісіньким, без будь-якого значення зібранням людей, які з усім погоджуються, і що їм серйозно можна допомогти, лише надавши їм особисті права? Однак зміст документа, який має юридичну силу, не надає надійних відомостей не лише про дії, які не входять у плани юридичних сторін, але й про дії, які вони очікують. Багато чого у документі є просто традиційно-звичним: укладач документа переписує це зі свого зразка, юридичні сторони цього зовсім не усвідомлюють; тому вони не будуть того, що міститься у відповідному документі, ані вимагати, ані забезпечувати, аж поки цей документ на випадок юридичної суперечки не потрапить у руки юриста, який тоді пустить його в суді в дію. Розпорядження на включення інших положень у документ юридичні сторони віддають лише для того, щоб бути у всеозброєнні, коли наступить крайній випадок; однак само собою зрозуміло, що про це не йде мова до тих пір, доки всі справи йдуть гладко. Інша частина розуміє це дуже добре: вона незворушно мириться з усіма найбільш жорсткими пунктами договору такого типу, у той же час наполегливо відшліфовуючи усе те, що справді серйозно мається на увазі. Коли читаєш договір оренди прусського управління державними землями або Буковинського греко-східного (православного) релігійного фонду, то дивишся тому, як узагалі орендар може рухатися всередині цього створеного з параграфів вузького плоту з колючим дротом. І, тим не менше, орендар перебуває при цьому в дуже непоганій ситуації: всі ці положення щодо штрафів, передбачених у договорі, обмежувальних умов стосовно тих чи інших термінів, звільнень у скорочений порівняно з передбаченим законом термін після повідомлення про звільнення, втрати застави через власну вину, відшкодування збитків ніколи не вступають у дію, якщо вдається якось дійти згоди з орендарем. Хто живе реальним життям, той хоче передусім мирно здійснювати з людьми ділові операції; йому зовсім не йдеться про те, щоб вести судові процеси, навіть якби він їх і виграв.

Також і що стосується документів, то варто розрізняти діюче і живе право. Діючим право (норма, на основі якої приймається рішення) є, мабуть, повний дійсний зміст документа, бо ним визначається перебіг процесу: однак живим правом цей зміст є лише настільки, наскільки юридичні сторони регулярно дотримуються його, у тому числі й тоді, коли вони не хочуть допуститися до судового процесу. Науковці й викладачі повинні ретельно розрізняти ці відмітні одна від одної складові частини документа, який містить той чи інший договір, інакше цей документ передаватиме викривлену і спотворену картину реального життя. Однак і для правосуддя та законодавства ця протилежність само собою зрозуміло є надзвичайно важливою, хоча, безперечно, виникає сумнів, чи вони погодяться серйозно сприймати те, що взагалі не було призначено для появи у житті.

Будь-який документ, само собою зрозуміло, лише настільки засвідчує живе право, наскільки воно оформлено документально. Однак і не оформлене документально право є достатньо великим і важливим, щоб його не оминула увага дослідника. Однак як його встановити? Безперечно, немає іншого засобу, окрім відкрити очі, зібрати всі необхідні відомості, уважно спостерігаючи за життям, розпитувати людей, записувати їхні свідчення. Однак це, щоправда, майже завищено-нахабна вимога до юриста, коли від нього жадають, щоб він намагався учитися і на основі власного сприйняття, а не тільки на основі параграфів і підшивок документів, однак саме такої вимоги якраз не уникнути, і тут ще можна отримати чудові здобутки.

З незліченної кількості того, що заслуговує на дослідження у такий спосіб, я хочу виділити лише дещо. Це передусім старе право, яке вижило й діє і тепер. Часто у цьому плані відзначається те, що будь-який новий кодекс законів не усуває одним махом здавна усталених і діючих у повсякденні правових інституцій і положень. Старе право, яке є звичаєвим правом, а не правом юристів, продовжує існувати під тонкою оболонкою, воно визначає дії і правову свідомість народу. Фахівець з історії права може тут не лише знайти багато чого такого, що відсутнє у його джерелах, а й отримати живе унаочнення того, про що загалом склалася думка, що воно ніби то стосується тільки давно минулих часів. Документи при цьому треба залишити поза розглядом; адже відомо, як часто вони існують у формі компромісу між усталено-традиційним і вимогами нового права: напр., у селянському спадковому праві, у шлюбному майновому праві. Однак тепер існує набагато більша, ніж дотепер, необхідність концентрації уваги на всьому тому зі старого права, що без документального оформлення продовжує жити у народі, тим більше, що воно навряд чи ще довго зможе чинити опір натиску теперішнього рівня комунікації й контактів. Навіть у сфері дії австрійського громадянського кодексу законів Вогішчу вдалося відкрити цадругу, одну з найдавніших форм організації людства; в іншому куточку Австрії, у східній Галичині, Дністрянський

(«Звичаєве право і соціальні союзи», Чернівці, 1905 р.) відкрив торговельне товариство, яке у незвичній і, само собою зрозуміло, повністю чужій австрійським законам формі охоплює всю українську народність бойків. Я сам також зміг установити, що серед українців східної Галичини і Буковини ще приблизно півстоліття тому місцями існували селянські сімейні кооперативи: сьогодні вони, мабуть, уже повністю зникли. І також те, що і в австрійських німців не бракує фрагментів діючого старого права, нещодавно довів Манчка («Старе право в народній свідомості», Відень, 1907 р, (також: Судова газета (Gerichtszeitung), № 10 і 11, 1907). На моє прохання дещо для мого інституту живого права записав також віденський письменник др. Роблер.

Однак для юриста важливішими за такі відмираючі фрагменти старого права є, мабуть, життєздатні зародки нового права. І тут перед нами постає дуже своєрідний факт. Повсюди як вікопомний здобуток історичної школи розглядається висновок про те, що право перебуває у процесі постійного розвитку, і при цьому необхідно вважати, що це твердження істинне не лише для давно минулих часів, а й для нашого століття. Однак науковці й викладачі використовують цю прописну істину дуже своєрідно. Допоки мова йде про стародавніх римлян або про німців десь до середини XIV чи XV століть включно, тобто про часи, у які ще значною мірою не існувало системного і структурованого законодавства, то й у сфері приватного права історія права явно намагається зобразити розвиток правових інституцій, сім'ї, відносин особистої підлеглості, земельної власності, договору практично зовсім не враховуючи мізерної кількості, тодішніх, як правило, маловпливових законів. Стосовно пізнішого періоду часу цей метод історії права не спрацьовує вже майже зовсім; упродовж усього останнього століття, яке для юриста-практика все-таки найважливіше, тому що з нього походить крупний масив і сьогодні ще обов'язкового для виконання права, наукові дослідження і викладання історії права повністю розчиняються в історії законодавства. Що це означає? Може у XIX ст. припинився розвиток правових інституцій поза сферою закону? Мабуть, треба наважитися на висловлення тези про те, що причина такого великого значення, яке сьогодні майже інстинктивно надається викладанню історії права, полягає у тому, що це викладання є єдиним засобом, який принаймні стосовно давно минулих часів зображає студентам картину, хоча й неповну, реального процесу розвитку права в суспільстві у тих чи інших крупних сферах? Ще і сьогодні, так само як це було у давнину чи у Середньовіччі, історія права ґрунтується не стільки на виникненні, а потім припиненні дії сформульованих, викладених словами правових положень, скільки передусім на виникненні нових правових інституцій, а також на тому, що вже існуючі інституції поступово набувають нового змісту. Адже жоден історик права не погодиться з тим, що основоположні правовідносини Німеччини напр., у XIV столітті проявляють ті ж характеристики, що й у XV столітті, чи з тим, що до певної міри дуже радикальні зміни наступили б лише внаслідок рідкого і слабого втручання законодавства: чи не справджується це твердження стосовно XIX століття, часу настільки стрімкого у суспільному, економічному та політичному планах, що його людство дотепер мабуть, ще й не переживало? Питання тут якраз у тому, що належить розуміти під поняттям «розвиток». Сімейне право розвинулося, це означає сьогодні те ж саме, що й у Середньовіччі: відносини чоловіка й жінки, стосунки між батьками й дітьми мають тепер іншу сутність; розвинулося земельне право, – навіть якщо не враховувати здійснене органами державного управління на основі відповідних законів звільнення селян з відносин залежності від їхніх поміщиків – що означає: склалася інша ситуація щодо землі, тому що засновуються інші типи речових і обов'язкових прав, які стосуються землі, а також тому що змінився економічний стан селянина та крупного землевласника; розвинулося договірне право; цей розвиток підкріплюється виникненням нових видів договору, а традиційні види договорів при укладанні наповнюються іншим змістом; розвинулося спадкове право: свідченням цього розвитку є передусім те, що тепер заповіти та інші дарчі дії на випадок смерті звучать по-іншому, ніж сто років тому. У порівнянні з цими корінними перетвореннями всі дотеперішні здобутки законодавства видаються вкрай незначними.

У багатьох речах ключове значення належить правовій природі організації. Для того, хто уважно спостерігає за живим правом, право якраз не є «примусовим укладом», а організацією державного, суспільного й економічного життя. Право організовує (упорядковує) державу, сім'ю, спілку, економічну діяльність, різного роду відносини (їх у першу чергу через договори). Воно організовує передусім через свої норми, через накази і заборони, а не через примус органів управління: яким «добрим» було б сімейне чи церковне життя, функціонування держави чи діяльність спілки, яким «добрим» порядок у сільськогосподарському помісті, на фабриці чи в

майстерні, якби вони трималися лише на примусі чи включали можливість його застосування. Навіть значна маса договорів виконується добровільно, без думки про загрозу примусу: а ті, що не передбачають застосування примусу, часто-густо виконуються найбільш добросовісно (суспільні зобов'язання, ігрові борги). Держава, суспільство чи економіка не проіснували б і 24 години, якби їхнє функціонування і справді необхідно було б забезпечувати реальними чи потенційними виконавцями примусу або жандармами. Зрозуміло, що економічний чи суспільний примус тут наявний завжди, але економічний, суспільний примус існує і в інших нормах суспільної поведінки, моралі, релігії, порядності, доброго тону. Однак цей вид примусу не може розглядатися як особливість правової норми. Сьогодні без проблем визнається правова природа організації держави, церкви, спілок і здебільшого також і сім'ї, навіть якщо примус справді виключається чи немислимий; вельми очевидною є також правова природа організації державних економічних закладів, створених у формі офіційних установ: вона притаманна навіть державним банкам, державним тютюновим фабрикам, управлінню лотереями. Однак майже не звертається увага на правову природу організації приватних економічних підприємств та інших суспільних об'єднань. Чи така організація повинна набувати правової природи, лише, напр., у випадку націоналізації приватної залізниці? Мені видається безсумнівним, що така організація має правовий характер, є не завжди діючим, однак натомість постійно практичним правом. Тому організацію селянського господарства, крупного землеволодіння, фабрики, майстерні чи торговельного дому юристи мають досліджувати, вивчати і викладати на заняттях так само як, як вони це роблять щодо організації держави, церкви, спілки чи сім'ї.

Однак як це все можна застосувати під час навчальних занять? Не варто у цьому плані, щоправда, поки-що розглядати наукову лекцію, бо її завдання – представлення готових результатів наукового дослідження, яких, за незначними винятками, зараз ще немає і ще довго не буде. Зовсім інша справа зі згаданим інститутом: його завдання – викладання наукових методів, заохочення студентів до самостійної розумової діяльності. Складовою частиною інституту живого права легко можна уявити собі відділення живого права, завданням якого було б постачання інституту матеріалами й оснащенням, а також збереження в архіві результатів зібраних й опрацьованих інститутом даних. Збирання документів з усіх сфер без розбору навряд чи має сенс, сам по собі документ нічого не говорить студентам, для того щоб чогось навчитися на основі документа, студенту потрібно тривале, детальне й систематичне наставництво: але тим продуктивнішим було б збирання документів, відповідних меті діяльності інституту.

Щоправда потрібно бути готовим до докору, що ця справа є занадто важкою для студентів. Однак ця трудність притаманна будь-яким навчальним заняттям у вищій школі, а тим більше на юридичних факультетах чи факультетах суспільно-політичних наук: навчальні заняття дають дещо або широким масам студентства, які хочуть мати «розмовляючий» підручник, або невеликій групі обраних, які шукають стимулу для самостійної інтелектуальної діяльності. Викладач вищої школи може вибирати між цими двома вимогами, виконати обидві одночасно неможливо. Те, що для проведення занять в інституті практичного права знайдеться достатньо студентів, мабуть, безсумнівне. Вимоги, які висуваються на філологічному факультеті, часто йдуть набагато далі. Однак і на семінарах з національної економіки, у яких повсюди беруть участь багато юристів, а в Австрії майже винятково тільки юристи, з успіхом проводяться тренування цього виду.

І все-таки такий інститут та відділ можуть бути недостатніми. Живе право занадто важливе для всіх сфер державного життя, щоб припиняти його дослідження через відсутність державної підтримки<sup>1</sup>. Звичайно, вчені незабаром присвятять свої старання недавно відкритій ділянці дослідження і будуть намагатися отримати необхідний матеріал завдяки власній діяльності: однак для виконання вичерпної і надійної роботи, тим більше для усієї імперії, зусиль однієї особи, без сумніву, не вистачить. Це потребуватиме організованої, кваліфікованої роботи багатьох людей, із залученням апарату державних установ, у державному інституті на зразок статистичних установ.

Однак справа мусить до цього дійти. Як би у керівних колах не ігнорували вимоги дослідження і викладання, та й навіть правосуддя, проти насущної потреби законодавства й управління довго не поборешся. Фатальною помилкою історичної школи було те, що вона вимагала від законодавця передусім знання історії права: набагато важливішим є для нього точне знання сучасності. І тому ми, мабуть, при застосуванні кожного законодавчого чи управлінського заходу, який проявляє глибшу

<sup>1</sup> У Росії звичаєве право, яке застосовується муніципальними судами, офіційно зібране у збірнику: Труды комиссии по преобразованию волосных судов – Петербург, 1873/74, 6 томов).

дію, мусимо казати собі, що ми не лише не володіємо знаннями щодо його справжніх передумов, а й – на сучасному етапі – жодним засобом для отримання таких знань. Ми повсюди блукаємо в темряві. Іноді офіційний, на основі розпорядження, збір даних, який проводиться некваліфікованими, перевантаженими іншою роботою, невмотивованими працівниками без використання наукових методів, які можуть сформуватися лише на основі багаторічних студій і досвіду, виявлявся вкрай недостатнім. Опитування й анкетування дають у кращому випадку уявлення про настрої, бажання й прагнення окремих вибраних навмання осіб, але точно не об'єктивну картину дійсності. А статистика? Будучи єдиним, мабуть, у даний час джерелом методичного пізнання дійсності вона прямо-таки волає про доповнення. Чого вартують усі числові показники заборгованості якогось земельного помістя, якщо не встановлено й не опрацьовано юридичних основ заборгованості і змісту виконавчих документів на оплату боргу? Яку цінність мають дані статистичного управління, якщо одночасно не є відомим мінливий і такий різноманітний зміст трудових і тарифних договорів? Новий президент центральної статистичної комісії у Відні оголосив про бажання звернути свою увагу на статистичні дані щодо гірських альпійських пасовищ. Він, без сумніву, зможе встановити обсяг, продуктивність, та й, мабуть, особливості ведення господарства в альпійських гірських пасовищах, які належать громадам; але чи це все, що нам необхідно знати про ці пасовища? Правовідносини у них змінюються від однієї коронної землі чи місцевості до іншої, від одного населеного пункту до іншого. Проведені інститутом практичного права дослідження гірських пасовищ на Буковині, які перебувають у власності громад, показали, якими складними, заплутаними і аж до деталей урегульованими старими звичаями вони є: а чи скажуть нам щось числові показники про це?

Як відомо, звільнення селян східної Галичини з відносин залежності від їхніх поміщиків, проведене австрійськими урядовими органами у 50-х роках минулого століття із невимушеністю, зовсім не обтяженою компетентністю, призвела тоді до серйозних селянських заворушень у цьому куточку імперії. Тисячі селян через відкриті кримінальні справи проти них потрапили в нещастя, мир у краї був надовго зруйнований, а розв'язок аграрного питання унеможливлений до сьогодні. Подібні завдання тепер стоять перед Австрією у Південному Тіролі, Австрійському Примор'ї й Далмації. Від способу їх розв'язання відносини імперії з італійським народом у його кордонах, а можливо навіть майбутнє самої імперії залежать, мабуть, набагато більше, ніж від питань високої політики, якими лише, як здається, всі сьогодні й переймаються. І якщо це завдання буде вирішено успішно, то цим треба буде завдячувати в першу чергу професору Шуллерну фон Шраттнергофену, який опікувався збором даних про колонат і проводив такі збори. Він проводив їх як економіст, застосовуючи звичні для економістів методи, які, однак, дуже близькі до методів, котрі пропонуються юристам у цій праці.