

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 потовстінання 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 глибокому 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 варіантами¹. 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 відмітність. 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 відмітності: 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 – прясною наукою щоденного життя. Звідси випливає, 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

¹ «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 установа 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 Унґера. 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 звикнутися з думкою, що деяких речей узагалі неможливо домогтися через ті чи інші правові приписи і що влада права має досить вузькі межі. Ми мусимо звикнутися 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, звикнутися 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 бідолохом, 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 однокі: однокістю 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 Комте¹, 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 випливатиме звідси само по собі; або ж доразуміти як матеріал, або самостійну сферу описових природничих наук 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 її 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

¹ 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 незорий 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 неказанно 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 переконуватися 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 задалегідь: передаючи свій суспільствознавчий зміст соціології, вона по-новому завойовує свою найбільш одвічну сферу.