

# I. МЕТОДОЛОГІЯ ЮРИДИЧНОЇ НАУКИ. ФІЛОСОФІЯ ПРАВА. ТЕОРІЯ ТА ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

**ЄВГЕН ЕРЛІХ. ІНСТИТУТ ЖИВОГО ПРАВА\***

/ Пер. з нім. І.Я. Яцюка; наук. ред. М.В. Никифорака

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 інституті 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 «пра-

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

во» - 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 покласти на такий інститут, адже сучасний учений не працює із «секонд хендом», а самостійно відбирає свої матеріали, і остерігається, 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 нао-

чність 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 застосування 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 статистики. 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 вагомні 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 удачною 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. Швидко 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 крупних збірниках Даллоа і Сірея під назвою «Journal du Palais». Для них судові рішення є вираженням права не в тому розумінні, як це право уявляв собі законодавець, 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 збірників 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 відповід-

них 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.

Деяку 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 прислу-

житися 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 заставу 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. Історіку, зокрема історіку права, добре відомо, що саме тут сформувалася техніка, яка належить до найскрупкульозніших 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 опрацю-

вання 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 реалізовуватися 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 су-

дового 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 звичасвим 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 Вогішічу вдалося відкри-

ти 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 очевидно 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 живо-

го 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 висувуються 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

<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).



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 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, переважаними 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 аль-

пійських 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, призвело 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.

*Стаття надійшла до редколегії 5 вересня 2012 року.*

*Рекомендована до опублікування у "Віснику" науковим редактором П.С.Пацурківським.*