

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

## ЕРЛІХ, ЄВГЕН. МОНТЕСК'Є ТА СОЦІОЛОГІЧНА ЮРИСПРУДЕНЦІЯ

(Пер. з англ. і передмова С.І. Нежурбіди)

Євген Ерліх вважається ключовою постаттю, з якою пов'язується виникнення соціології права як нової дисципліни [11, с. 124]. За результатами яскравої наукової творчості мислитель світового рівня залишив багату творчу спадщину, яка вважається не до кінця дослідженою і заслуговує на увагу вчених-юристів [2, с. 149].

Серед основних його праць виділяють: «Про прогалини в праві» (1888), «Вільне правознаходження та вільне правознавство» (1903), «Соціологія і юриспруденція» (1906), «Про живе право» (1911), «Основи соціології права» (1913), «Юридична логіка» (1917, 1918), «Соціологія права» (1922). Не тільки ці праці, а й багато інших були написані Євгеном Ерліхом його рідною мовою – німецькою. Однак німецька для вченого не була єдиною мовою, за допомогою якої він висловлював свої наукові погляди. Характеризуючи особу Ерліха як видатного вченого, В.П. Марчук писав, що він володів майже всіма європейськими мовами: англійською, французькою, італійською, датською, норвезькою, російською, сербською, польською й угорською [2, с. 148-149]. Про вільне володіння Ерліхом німецькою, французькою та англійською мовами писав Роско Паунд, указуючи, що вчений був автором статей для наукових періодичних видань всього світу. Крім того Роско Паунд звернув увагу читачів журналу «Harvard Law Review» на майстерне володіння Ерліхом англійською мовою, вказавши, що стаття Ерліха «Монтеск'є та соціологічна юриспруденція» опублікована в тій редакції, в якій вона надійшла від автора [18, р. 130].

Відзначимо, що праці Євгена Ерліха перекладені на багато мов: українську (Віктор Трутень [3], Іван Торончук [4], І.Я. Яцюк [5], В'ячеслав Бігун [6, 7], Д.С. Дорош [8, 9] та інші [10]), англійську (Натан Айзекс [15], Уолтер Л. Молл [16]), японську (Тасуносукі Нісімото, Кен Такесіта, Цуне Оногі), італійську (Альберто Феббрайо), французьку (Робер Каймер [1, с. 118-121]), російську (М.В. Антонов [12, 13, 14]) ті інші. Їх аналіз показав, що відбулись переклади (повністю або частково) таких праць Ерліха, як «Соціологія права», «Основи соціології права», «Соціологія та юриспруденція», «Юридична логіка», «Вільне правознаходження та вільне правознавство», «Карл Маркс та суспільне питання», «Теорія суддівського знаходження права», «Про живе право».

Стаття ж Євгена Ерліха «Монтеск'є та соціологічна юриспруденція» [17], написана ним у Відні та опублікована у «Harvard Law Review» у 1916 році англійською мовою, не перекладалась.

Впевнені, що переклад цієї статті Ерліха представить інтерес для наукової громадськості України, особливо для соціологів права, оскільки в ній вчений з Чернівецького університету Франца Йозефа зробив спробу відновити справедливість щодо Шарля-Луї де Монтеск'є, якого він вважав одним з перших соціологів, розповідно всієї правди про нього. Ми ж пропонуємо почути цю правду – **Правду про Монтеск'є від Ерліха.**



Charles-Louis de Seconda,  
Baron de la Brede et de Montesquieu



Eugen  
Ehrlich

## МОНТЕСК'Є ТА СОЦІОЛОГІЧНА ЮРИСПРУДЕНЦІЯ

У доволі хвалебному листі містер Джастіс Холмс висловив критику моєї книги із соціології права (*Grundlegung der Soziologie des Rechts*) стосовно того, що він не знаходить у ній посилання до Монтеск'є. Приймаю критику, але прошу, щоби з цього не робився висновок, оскільки, намагаючись пояснити власні погляди на соціоло-

гію права, я знехтував повною версією історії предмета. Але моя повага до автора *L'Esprit des Lois* надзвичайно велика. Тому в цій статті, віддаючи належну шану славетному американському юристу, я зроблю спробу компенсувати упущення та відновити справедливість щодо одного з перших соціологів минулого у спосіб, гідний його генія, а

сама розповіддю всієї правди про нього, як бачу це я, не шкодуючи обов'язкової критики.

Коли Монтеस्क'є почав писати, доктрина природного права, закладена головно Гуго Гроцієм і Пуфендорфом, була на вершині своєї впливовості. Її прибічники вважали, що людське суспільство утворене суспільним договором, прямим або непрямым, і це право було тільки наслідком цього первозданного договору, з чого можна було би зробити висновок науковим міркуванням. Оскільки суспільний договір був однаковим у кожній частині землі, його логічний наслідок, природне право, повинно також бути однаковим всюди та завжди; але оскільки це право було не завжди зрозумілим, то має бути представленим у справжньому світлі наукою. Воно сформувало базис та стандарт муніципального права, яке зазнавало невдач всюди, де відхилялося від його начал.

Монтеस्क'є також веде мову про природне право, але в іншому сенсі. Він використовує його для розуміння природних інстинктів людства, які не повинні відкидатися правом; жадання жити в мирі з іншими людьми, сексуальний імпульс, самозахист, необхідність пошуку їжі, стриманість жінок. Природне право за цим описом доволі безмістове та доволі малозначуще, щоби бути зразком для права суспільства.

Його власні погляди на науку права викладені в першому розділі його книги у словах, які слід процитувати в оригіналі:

[Les lois] doivent être relatives au physique du pays; au climat glacé, brûlant ou tempéré; à la qualité du terrain, à sa situation, à sa grandeur; au genre de vie des peuples, laboureurs, chasseurs, ou pasteurs; elles doivent se rapporter au degré de liberté que la constitution peut souffrir; à la religion des habitants, à leurs inclinations, à leurs richesses, à leur nombre, à leur commerce, à leurs mœurs, à leurs manières. Enfin elles ont des rapports entre elles, elles en ont avec leur origine, avec l'objet du législateur, avec l'ordre des choses sur lesquelles elles sont établies. C'est dans toutes ces vues qu'il faut les considérer.

Отже, у супереч школі природного права, яка допускає однотипність, яка дефініцію безперервності закону виводить з ймовірного договору, по суті однакового у всьому світі, Монтеस्क'є вчить, що право залежить від багатьох різноманітних умов та змінюється відразу з цими умовами. Ця ідея відповідності права зовнішнім обставинам, можливо, знаменує найбільший прогрес, результований одинаком в юридичній науці. Але тут ми повинні засудити певну невизначеність, яка з'являється в самому формулюванні тексту. Французький термін *devoir*, використа-

ний Монтеस्क'є, означає і те, що має бути, й те, що повинно бути.

В уривку, процитованому вище, та у книзі в цілому Монтеस्क'є вживає його в першому значенні. В основному його книга стосується законодавчої політики. Але він настільки перебував під впливом школи природного права, що був неспроможний провести чітку лінію між правом, яке має бути, і правом, фактично існуючим. “Закон, – каже він, – лише людський розум, керуючий всіма людьми, і публічні та приватні закони мають бути (*doivent*) тільки рідкісними випадками, до яких застосований людський розум”. Більше того, йому відомо, що ми можемо досягти успіху в опануванні законодавством, тільки розуміючи справжні причини існування права. Внаслідок цього предмет його обговорення змінюється. З ним два питання, як слід скласти закон, щоби він відповідав зовнішнім умовам, та як йому неминуче надається форма цими умовами, впливають одне з одного. Але, таким чином, поряд із критичним обговоренням меж дії закону, ми отримуємо соціологічне пояснення закону за допомогою його причин. Фактично *L'Esprit des Lois* слід вважати першою спробою створення соціології права.

Хоча в розумі їх автора тільки другорядне й побічне, соціологічні частини книги сьогодні викликають науковий інтерес і одразу привертають увагу сучасного соціолога. Дозвольте нам почати з них. Ідея соціологічної науки права, поки в цілому неупорядкована та нечітка, у певних випадках сприйнята Монтеस्क'є дуже чітко. У вступі він стверджує, що не пише лише задля критики того, що існує, а щоби надати підстави та принципи цього. У іншому уривку, побоюючись, що читач може бути вражений його оглядом принципів монархії, він рішуче заперечує, що не каже, що мало би бути, а каже, що дійсно є. У розмові про полігамію, він викликає: “Я не виправдовую звичаї, я розкриваю їх причини”. Численні суто соціологічні вишукування, вільні від інших поглядів на законодавчу політику, розкидані по всій книзі.

Оскільки право по суті є формою соціального життя, його не можна пояснити науково, інакше, як впливом соціальних сил. Природні обставини, висунуті Монтеस्क'є, географічна конфігурація або клімат, не можуть мати будь-якого впливу на право, крім дії на суспільство, яке в свою чергу діє на право. Отже, щоби виявити соціальне підґрунтя закону, необхідно знайти ту саму форму, в якій закон породжується суспільством. Це не верховенство права, що ми бачи-

мо в кодексах, підручниках і правових трактатах. Верховенство права не походить безпосередньо з суспільства, воно розробляється законодавцями та юристами. Суспільство само формує тільки законний порядок основних соціальних інституцій, порядок роду, сім'ї, сільської общини, власності, договору, спадкування. Правляча цього законного порядку, без будь-якого сліду верховенства права, так би мовити, створює право, яке можна знайти у примітивних племен або на нижчих щаблях розвитку цивілізації, і навіть у наш час, право багато в чому ще визначається законним порядком соціальних інституцій. З цього головного законного порядку верховенство права отримується юристами та законодавцями внаслідок вельми заплутаних процесів, які я намагався викласти в «Соціології права». Верховенство права не можна зрозуміти соціологічно без розуміння законного порядку, з якого воно походить. Тим не менш, переважна більшість соціологів приділила увагу тільки верховенству права, а не основному законному порядку. Таким чином, вони втрачають всі проміжкові зв'язки, сформовані юридичними інституціями, між верховенством права та суспільством, усе трактування суб'єкта стає незадовільним.

За Монтеस्क'є, право є також сукупністю правил. Однак у своїй праці він побічно звертає увагу та висловлює припущення щодо визначення суспільства. Термін «суспільство», який він часто застосовує, не означає для нього суспільство у сучасному сенсі; цей термін вживає у значенні «держава», як у термінології школи природного права, якою він послуговується. Але кожне суспільство, яке розглядається як держава, у його розумінні, - більше ніж неприродна річ, як це представляє собі школа природного права, створене договором, про який думають, але не приймають. Це живий організм, породжений силами природи та у певній мірі існуючий незалежно від уряду держави. У *Lettres Persanes* він висміює дослідження походження суспільства, здійснені сучасними прибічниками школи природного права: якщо люди не створили суспільства, якщо вони жили далеко один від одного та втекли, побачивши своїх товаришів, ми могли б запитати про причину цього; але оскільки вони тримаються гуртом, син залишається у свого батька, то це суспільство та дійсна причина формації суспільства. Деякі уривки, які натякають на природні основи держави, також можна відшукати у *L'Esprit des Lois*, особливо у розділі, який стосується права завоювання.

Сучасне розуміння суспільства являє собою, на думку Монтеस्क'є, під різними масками,

протилежність державі, найважливішим з якого є те, що він називає «загальним духом». «Декілька речей керують людьми, каже він, - клімат, релігія, принципи правління, прецеденти, звичаї, манери; в них загальний дух має своє начало, будучи їх відгалуженням». Ми можемо використати тут термін «суспільство» замість «загального духу» без будь-яких труднощів, та отримаємо більш ясне і точне визначення відносин права і суспільств, ніж за допомогою вивчення німецької історичної школи, де «загальний дух» з'являється, що вельми незрозуміло, під назвою масової свідомості (*Volksbewusstsein*).

«Речі, які керують людьми», до яких ми можемо додати, цілком в розумінні Монтеस्क'є, економічну ситуацію, відіграють свою роль у сучасній соціології як елементи соціального життя. Тут помітна відмінність між останнім уривком та уривком, наведеним французькою з першої книги на початку. У першому, закон згадується, поряд із кліматом, релігією, принципами правління, прецедентами, звичаями, манерами, серед компонентів «загального духу», тоді як у другому підкреслюється відповідність закону цим речам. Якщо відмінність не випадковість, ми повинні вбачати тут перцепцію того, що закон є компонентом соціального життя поряд з іншими «речами, які керують людьми» і що кожна з них визначає інші. Це чудова початкова вказівка на соціальний консенсус в уявленнях Огюста Конта та Герберта Спенсера. Ми знаходимо це знову у спостереженні англійців: «Я не стверджую, що чимала частина законів та манер цієї нації не є продуктом клімату, але я кажу, що звичаї та манери цієї нації можуть мати велике відношення до її законів». Тут також прийнятий взаємозв'язок всіх елементів соціального життя. Тому, на думку Монтеस्क'є, закон сформований суспільством і формує його в той самий час. Це у суворому протиріччі із загальною думкою його віку, а саме, що право було нав'язане суспільству законодавцем зовні, ідея, яка, щоб там не було, справила значний вплив у його книзі.

Знов за якісь двадцять років до Блекстоуна, який, проте, навчився багато в нього, і за півстоліття до Бакла і Савінї він усвідомив, що історія права була набагато більшою, ніж послідовний зв'язок цікавих випадків, він побачив, що вона була засобом пояснення структури суспільства, висвітлюючи прогрес його інституцій, і він вже упевнився у важливості історичної нерозривності для розуміння сьогодення минулим. З цією метою він присвячує вчені дискусії римському праву спадкування, ранньому французькому проце-

су та феодалному праву Середньовіччя. За вісімдесят років до Рошера та Кніса він формує основну історію економіки та доповнює свою книгу чудовими розділами про економічне підгрунтя завоювань Олександра Македонського та інших, щодо розвитку світової торгівлі. За століття до Карла Маркса він наполегливо стверджує про тісний зв'язок економічної ситуації та її «юридичної надбудови», він, можливо, першим торкається економічних проблем – обміну, сільського господарства, грошей, населення, колонізації – в юридичній книзі. Приблизно за сто двадцять років до Ратцеля та Брункаса він передвіщує політичну географію та антропогеографію у розділах про вплив клімату на закон, рабство, внутрішні відносини та правління та в розділах про вплив географічної конфігурації на закон. Ми можемо віднайти там, поряд з багатьма уривчастими та поверховими спостереженнями, такі оригінальні роздуми, як-от: «Існують різні вимоги різних кліматів, які сформували різні устава життя та поза різними уставами життя резулюють різні закони». Це чітка (особливо в економічному відношенні) концепція суспільства, сформованого географічними обставинами, та формуюча право відповідно до власних вимог. Майже за сто п'ятдесят років до того, як порівняльна та етнологічна юриспруденція почала збирати камені та цеглу для будівлі, яку й досі слід зводити, він почав збирати дані про закони та звичаї Китаю, Японії, Індії, Персії та навіть диких племен. Більше того, в його працях є надзвичайно велика кількість підказок та вишукувань, які й досі не перевершені. Можливо, немає теми в соціології права, для якої *L'Esprit des Lois* не містять цінної пропозиції.

Замолоду Монтеск'є займався природознавством і, ймовірно, набув способу мислення, характерного для цього роду занять, він застосовує переважно індуктивний метод наукового дослідження навіть у питаннях закону, будучи, таким чином у цьому напрямі також предтечею сучасних тенденцій. Це, певною мірою, є поворотним моментом. У вступі, здається, він подає цілком інше тлумачення способу, за допомогою якого прийшов до своїх передових ідей:

«Я починав мою працю знову і знову; я тисячі разів викидав сторінки, мною написані. Я відчував, як опускаються кожен день мої батьківські руки. Я слідував моєму об'єкту без будь-якої спланованої мети; я не знав ні правил, ні винятків; я не знайшов правди, щоби втратити її. Але щойно я відкрив мої принципи, усе, чого я прагнув, прийшло до мене, я побачив, як моя праця починається, росте, завершується».

І знову:

«Я заклав свої начала і побачив, як певні приклади піддаються ним самі; що історія всіх народів була тільки наслідком цього».

Це, як здається, істинний схоластичний метод, який починається з начал та розвивається до певних прикладів логічним міркуванням. Але насправді, начала, з яких починає Монтеск'є, не вигадані *a priori*. Всі вони отримані з фактів, зібраних, пильно вивчених і продуманих ним упродовж двадцяти років, протягом яких він був зайнятий своєю працею. Насправді у вступі подається вельми вражаючий опис лабораторії генія та його самообманів. Великі мислителі часто вірять, що вони дійшли своїх фундаментальних ідей завдяки раптовому прозрінню, оскільки вони формуються підсвідомо впродовж десятиліть, і те, що в певний момент здається інтуїцією, виявляється лише проявом уяви, сповненим детонаційної речовини ціною життя.

Його твердження про начала трьох форм правління, чесноту в республіці, честь в монархії, страх у деспотизмі, безумовно, виглядає як істинна пропозиція *a priori*. Однак, це виводиться з незліченних фактів. У його уявленні, республіки – це маленькі міста – держави античності та пізніше Італії та Нідерландів; монархії – феодалні та напівфеодалні королівства Франції та Англії в Середньовіччі та в його часи; деспотії – великі імперії Сходу, Римська імперія в занепаді та Росія. Те, що він називає началами, – рушійні сили цих держав. Його справжнє вчення – три форми правління, які з'являються в історії, кожне з яких спрямоване та визначене певними силами, залежать від розміру, географічної конфігурації, клімату, звичаїв, укладів та інших «керуючих людьми речей». «Начала» – просто коротка та яскрава характеристика сил, впливаючих із соціальної структури держав, з якими три форми правління пов'язані в історії; і тільки глибокі знання історії та детальне вивчення подій того часу дозволило йому розставити саме такі акценти. Тут його перевага над попередниками, які розглядали це питання, включаючи Арістотеля, стає очевидною; оскільки він не думає про форми правління як про беззмістовні схематичні формули та про їх результати як наслідки умисно створених указів, а розуміє їх, скоріше, як підсумок роботи природних сил у суспільстві.

Як наслідок, можливо, жоден авторправознавець не турбувався більше за накопичені факти. Його праці, насамперед його *L'Esprit des Lois*, буквально наповнені фактами – соціальними, історичними, економічними, етнологічними. Допомогу йому у зборі цих фактів надала дивовижна освіченість в античній історії та літе-

ратурі. Він також ґрунтовно вивчив розповіді мандрівників із зарубіжних країн та використав власні спостереження, які був у змозі зробити завдяки своїй освіченості. Його тривалі подорожі по Англії, Німеччині, Австрії та Італії, часті періоди проживання в Парижі та нетривала робота придворним у Версалі дали йому чудову можливість. Це правда, що ми знаходимо в *L'Esprit des Lois* - скоріше натяки, пропозиції та матеріали для соціології права, ніж їх дослідження. Але з цих розкиданих часток з'являється ядро науки майбутнього, образ деякого природного узгодження з правом у соціальному житті. Безумовно, що послідовники школи природного права звикли писати про узгодження природи з правом і юридичною та моральною нормою, як багатоманітність деяких видів; і Монтеस्क'є також висловлює цю думку у своєму вступному розділі. Але це ідея цілком різного порядку. Це не означає, що право та моральні принципи є об'єктом деякої природної конформності права, вони є формою природного права, яке розглядається як природний феномен. З іншого боку, меркантилісти та фізіократи, обоє попередники та сучасники Монтеस्क'є, вже досліджували економічні закони. Але хоча сьогодні ми можемо запропонувати закони обміну або виробництва, про які вони говорили як про окремих вид соціальних законів, на їх думку було більше законів про вироблені або обміняні речі, ніж законів людської поведінки. Соціологічний закон реалізує закон причинності по відношенню до поведінки людини в суспільстві. В соціології права це б означало, що поява юридичних норм та їх наслідків є об'єктом причинності деякого опису як інших явищ природи. Це така сама ідея, яка лежить в основі соціологічних і політичних досліджень Монтеस्क'є – за ідентичних обставин люди будуть поводитися однаково. Його висновки для юридичної науки полягають в тому, що за тих самих умов закон буде мати той самий наслідок і що за різних умов він буде мати різні наслідки. У цьому зв'язку деякі назви розділів двадцять дев'ятої книги, в яких мова йде про створення законів, дуже повчальні, як, наприклад: «Норми, які здаються однаковими, не завжди мають однакові наслідки»; «Норми, які здаються однаковими, не завжди мають однакові мотиви»; «Норми, які здаються різними можуть походити з одного духу»; «Норми, які з'являються ідентично, можуть іноді бути дуже різними».

З цієї причини, факти, зібрані Монтеस्क'є не відіграють ролі простої збірки заміток. Вони є ілюстраціями загальних законів, якими вони

припускаються, але не завжди чітко визначені автором. Для цього, за його словами, «не завжди важливо мотивувати людей читати, а важливо мотивувати їх думати». Його справжнє розуміння таке: я надаю вам факти, зважуйте їх ґрунтовно. Ви потім усвідомите, що певні причини заподіяли наслідок. Звідти ви можете зробити висновок щодо загального закону, що всюди за подібних обставин стануться подібні речі. Якщо ви звернете увагу на відповідність закону, виражену фактами, мною наведеними, ви побачите майбутнє у сьогоднішній та будете в змозі організувати вашу діяльність відповідно. Цей хід думок явно спрямовується назад до Бекона та є набагато більш британським ніж французьким; він рідніший Локку та Юму, ніж Кюжі, Донеллусу, Вольтеру та Руссо.

Розділ під назвою «Як закон може впливати на спосіб життя, традиції, уклад та характер нації» є чудовим прикладом його складу розуму. У цьому розділі він ставить за мету показати, що певні риси національного характеру обов'язково розвиваються під впливом вільної конституції. Ми відразу розуміємо, що він говорить про англійців, і розділ, можливо, являє собою найбільш витончений, поліпшений, та прискіпливий аналіз англійського національного характеру, який коли-небудь був написаний. До цього не було взагалі згадування про Велику Британію чи Англію або англійське взагалі. Розділ задуманий у загальних рисах. Усі риси англійського національного характеру, включаючи особливості у порівнянні з Францією його часу, такі як стриманість та ізоляція жінок, розкіш і марнотратство дворянства у вісімнадцятому сторіччі, і навіть такі історичні події, як завоювання та пригнічення Ірландії, яке, безумовно, виражене імпліцитно і не згадується виразно, пояснені роботою вільної конституції, та розуміється, що при створенні подібних умов, ці явища будуть зустрічатися всюди. Без сумніву, наслідки конституційного закону занадто перебільшені. Національний характер є результатом численних обставин, більшість з яких неможливо навіть дослідити сучасному соціологу. Конституція – набагато більший наслідок, ніж причина національного характеру. Але ми можемо подивитися на це зверху. Найприкметніша точка – це бажання автора *L'Esprit des Lois* триматись лінії особливого випадку так, що він формально не веде мову про випадок узагалі.

Така тенденція з'являється також у тих частинах його книги, де йде мова про законодавчу політику. Ми не повинні, однак, приділяти багато уваги його проектам реформи. Вони народжені з практичним змістом і глибоким почуттям

справедливості та моралі. Вони зазвичай чудові за стилем, відзначені проникливістю та кмітливостю, а деякі з них, як-от убивчий сарказм щодо торгівлі неграми або відомого листа єврея Святій інквізиції щодо *auto-da-fé* (Прим. перекладача: *auto-da-fé* - урочисте оголошення вироку Інквізиційного суду у середньовічній Іспанії, Португалії та їхніх колоніях, у справах єретиків і апостатів) дев'ятнадцятирічної єврейки, лист непомірний своєю гіркою іронією, займають місце серед шедеврів літератури. Але врешті-решт, вони не вищі за середню поточну політичну мудрість його часу. Реформи конституційного права, кримінального права та цивільного права, за які він боровся, стали переважно змістом курсу і його витончені аргументи та гарячі атаки на деспотизм, рабство та тортури, і його клопотання щодо заборони ересі, хоча дуже сміливі при написанні та дуже вразливі для його сучасників, зараз з'являються щодня. Але вони як і раніше можуть бути рекомендовані тим, хто схильний пробачати свої лінощі щодо публічних справ вигаданою неможливістю досягнення будь-якого прогресу. Прогрес очевидний, коли два сторіччя тому такий геній, як Монтеस्क'є, був змушений переконувати у покращеннях, які сьогодні є змістом курсу.

У всіх цих речах Монтеस्क'є – тільки дитя своєї епохи: гуманне, філантропне, раціоналістичне, сміливе, винахідливе, дотепне; але, зрештою, у цих визнаннях він не показує значного прогресу. Однак він, безперечно, кращий серед публіцистів вісімнадцятого сторіччя у своїй провідній ідеї, що законодавство повинно бути покладено на науковий базис. Це саме те, що він пропонує у вступі до *L'Esprit des Lois*. Він вчить, що люди повинні бути освіченими. У разі занурення у невігластво у людей немає сумнівів навіть під час вчинення фатальних грубих помилок. У разі достатнього рівня знань вони тремтять, навіть коли вчиняють добре. Вони бачать недоліки реформ; вони страждають від поганого, побоюючись гіршого; вони дозволяють тільки добре, коливаючись у його покращенні; вони розглядають частини, щоби зрозуміти ціле; вони розглядають причини, щоби визначити наслідки. Щоби дістатися знань, яких він прагне, людина повинна мати знання про власну природу. (*De connaître sa propre nature lors qu'on lui montre.*) Те, що він називає людською природою, мовою нашого часу може бути виражене фразою «людське суспільство». Збільшуючи розуміння суспільства та його сил, для яких знання людської природи є умовою, ми можемо реалізувати контроль суспільства законодавством, як інженер, який керує паровим двигуном, контролює його за

допомогою свого знання механізму. Монтеस्क'є нехтував виконавчою владою та судовою владою, які надають більшу можливість контролювати суспільство, ніж це робить законодавство.

Ми можемо простежити відбиток цієї думки у багатьох частинах книги, де мова йде про законодавчу політику, особливо в тих частинах, які стосуються кримінального права. А можливо, краще просто подати деякі коментарі щодо його поглядів на свободу. Свобода, його словами, є не чим іншим, як суспільством у протиставленні уряду держави. На відміну від Гоббса та школи природного права, він чітко розуміє вимогу суспільством життя, незалежного від держави, та головний об'єкт його дослідження – захист від втручання державної влади. І зараз ми підходимо до розділу *L'Esprit des Lois*, під назвою "*De la Constitution d' Angleterre,*" розділу, який є одним з головних заголовків слави та, можливо, більше, ніж будь-які інші, заслуговує на безсмертя.

Аранжування цього розділу дуже схоже на розділ, про який говорилось вище, в якому він торкається впливу політичної конституції на характер народу. Немає сумніву в тому, що воно засноване цілком на огляді функціонування британської конституції. До цього все ще немає згадки про Велику Британію, крім заголовка та кількох слів у кінці розділу. Питання, якого він торкається, – не будова британської конституції, а як конституція вільного народу повинна бути побудована. І він розглядає принципи конституції, «де свобода з'явиться, як у дзеркалі» тільки тому, процитуємо його слова з попереднього розділу, що «у світі існує народ, який має політичну свободу прямим об'єктом своєї конституції». Тут він також має намір загальне право втілити в особливий випадок.

У розділі, про який йде мова, утверджується в подальшому доктрина балансу влад. Три гілки правління – законодавча, виконавча та судова влада – повинні бути ввірені різним органам та повинні триматись у бездоганній рівновазі з метою унеможливити свавільну діяльність з боку державного службовця; щоби законодавча влада була обмежена утвердженням загальних норм та контролем виконавчої влади в загальному без звернення до будь-якого особливого випадку; щоби виконавча влада була обмежена у міжнародній політиці та воєнних відносинах; і судова влада мала своїм єдиним завданням розв'язання позовів і кримінальних обвинувачень на основі статутного права. Унаслідок цього кожна влада перевіряється двома іншими і всі пригнічення та вимагання уникаються. І як людина, яка володіє

воєнною силою, що могла би не надто перейматись конституційними стримуваннями при плануванні посягання на свободу, Монтеस्क'є представляє собі воєнну організацію, яка робить армію доволі недієздатною вдома без приділення уваги її дієздатності за межами країни.

Відповідно свобода, на думку Монтеस्क'є, означає стан суспільства, в якому вона не заброньована урядом за межами, визначеними законодавством, яке в свою чергу, відповідно до поглядів на представницький уряд, які вона підтримує, перебуває у функціональному зв'язку з суспільством. Судовій владі також, проте в інший спосіб, ввірені представники суспільства. Ця доктрина ґрунтовно обговорювалась, і фактично вона частково неясна, неповна, та не позбавлена протиріч. На першому місці, нам кажуть, що законодавча влада просто утверджує загальні норми, визначає статuti, встановлює бюджет, але не має справи з особливими випадками. Якщо виконавча влада торкається тільки відносин міжнародного права, а судова влада – відносин цивільного права, можна припустити, що виконавчій владі нема що робити з внутрішніми відносинами. Але існує маса внутрішніх справ, за яких не можна керуватися загальними нормами та регулюватися суддями. Ми повинні дізнатись, який же орган це робить. Згодом Монтеस्क'є, здається, припускає, що виконавча влада має своєю функцією виконання статутів та указів, розроблених законодавчою владою. І він каже, що міністри, яким доручено королем за цим обов'язком їх виконання, підзвітні законодавчій владі за це. Але виконавча влада виходить за межі своєї компетенції, описаної в першому випадку. Врешті-решт існує багато урядових справ, які не полягають у виконанні законів, та якщо це не пов'язане з будь-яким витратами, які не мають відношення до бюджету, немає натяку в Монтеस्क'є, яка влада повинна цим займатися. Це найбільш разюча непослідовність у роз'ясненнях Монтеस्क'є, але ми можемо легко знайти більше, ніж таке пояснення.

Існують дві неточності у питанні факту. Баланс влади, про який зазначає Монтеस्क'є, реально ніколи не існував ні у Великій Британії, ні деінде. Англійський парламент був спочатку судовим органом. Він ніколи не був виключно законодавчим та контролюючим органом. Він і сьогодні здійснює виконавчу та судову роботу для виконання, та він мав більше такої роботи за часів Монтеस्क'є. Більшість владних функцій короля та, відповідно, Кабінету міністрів Великої Британії і, крім того, влади деяких керівних органів можуть бути з достатніми підставами розг-

лянені законодавчо; король у минулому також був суддею і ніколи не позбавлявся цієї функції законом, деяка судова влада і сьогодні здійснюється його службовцями. Суди у Великій Британії і всюди не обмежені у застосуванні законів, як стверджує Монтеस्क'є внаслідок свого неправильного розуміння суддівської функції. Британські судді знаходять право самі та встановлюють норми суддівського права. Тому, у сенсі Монтеस्क'є, вони – законотворці.

У зв'язку з цими та деякими іншими недоліками, на які вказують, особливо німецькі вчені, теорія Монтеस्क'є не стоїть твердо на землі в науковому світі. І врешті-решт, Монтеस्क'є бачив більше та глибше, ніж його освічені критики. Заслуга Монтеस्क'є в тому, що з ускладненої заплутаності державних інституцій він виокремив елементи фундаментальних функцій, яким вони сприяли, та виділив конкретні органи, якими ці фундаментальні функції виконувались у Великій Британії за його часів. Державна влада, магістрати, чиновники, керівники можуть з'являтися для урядових цілей, привласнювати та узурпувати протягом тривалого часу доволі невимірні юрисдикції, і як раніше є потреби урядової справи, тенденції соціального життя, яке визначає їх в їх розвитку, та проникливість генія побачить у їх складності значні напрями розвитку та вкаже на сили, які спрямовані у певному напрямі.

Тобто саме те, що і зробив Монтеस्क'є. Він дослідив три гілки влади, які обов'язково повинні існувати в будь-якій державі, бути дійсно якомога більш виділеними. Він бачив загальну тенденцію їх поділу та віднесення до різних міністерств або органів. Він розумів важливість їх від'єднання та балансування для індивідуального благополуччя та свободи народу. Він усвідомлював велике значення парламентського контролю та відповідальності Кабінету. У цьому всьому він любив набагато більше окреслювати основні риси, ніж точно викладати подробиці. З метою віднайти правильний напрям руху він відкинув другорядні сили, які могли продукувати випадкові девіації. У такому способі мислення він по суті француз. Що неочевидне – не французьке. (*Ce qui n'est pas clair n'est pas français.*) Звичайно, він мав великого попередника в Локкові, але це тільки в плані його доповнень та упущень, які визначають загальні риси його вчень, тоді як положення Локка стосуються британської конституції. В цій частині його книги, яку ми повинні визнати шедевром, Монтеस्क'є показав себе сильним та проникливим дослідником, здатним бачити не тільки те, що виросло, а перебачити те, що

зростає. Очевидно, британська конституція з того моменту пішла шляхом, на який він натякав. Сьогодні вона узгоджується з його поясненням набагато більше, ніж це було в часи, коли він писав. Будівники конституції Сполучених Штатів адаптували велику частину його вчення, особливо в тому, що стосується балансу влад. Конституція першої Французької республіки та Реставрації були під великим впливом його доктрини. Але більше за всіх конституція Бельгії, модель написаних конституцій в Європі та інших частинах світу у дев'ятнадцятому сторіччі, засвідчує цей вплив. Отже одинадцятий розділ одинадцятої книги *L'Esprit des Lois* став подією у світовій історії.

В іншій частині його праці, а саме в тій частині, де мова йде про федеральні республіки, він показав себе не лише ерудованим ученим та дослідником чудової гостроти, але й провідником і провісником у конституційній політиці. Він бачив єдиний вид республіканського правління, який він знав з власного досвіду, а саме містдержави в античності та пізніше в Італії, процвітали, будучи маленькими та слабкими, піддаючись загрози завоювання, та коли вони зросли у розмірі та силі стали об'єктом корупції всіх видів. Тому він вважав, що найкращим шляхом для них було федеративне правління. Він мав перед своїми очима федерацію республік у Швейцарії, федерацію Нідерландів та Священну Римську імперію Німеччини, яку він розумів як федерацію монархій та республік. Він дійшов висновку, що федерація маленьких монархій цілком можлива, але чого не було віднайдено в історії, це те, що федерація монархій та республік обов'язково неповноцінна, якою, очевидно, потім стала Німецька імперія, оскільки дух монархії, який потребує війни та збільшення, непорівнянний з духом республіки, який бажав миру та стриманості. Але федерація малих республік буде процвітати, як це доведено Швейцарією та Нідерландами. У союзі вони би отримали військову силу для протистояння завоюванню та зберегли б перевагу суто республіканського правління всередині. Яскраве процвітання федеральних республік в Америці та Австралії продемонструвало правильність його поглядів.

Але бути піонером – небезпечна річ. Ідея побудови соціології права засобами та матеріалами вісімнадцятого сторіччя – одна з вражаючих розкошей, але тут, як і скрізь, розкіш віддалена від сміхотворного тільки дистанцією. Ефективність розумових зусиль зумовлена не тільки достоїнствами творця, але також в цілому становищем країни. Навіть геній, який біжить попереду свого часу, не може повністю позбутися атмо-

сфери, в якій він дихає. Він перевіряється на кожному кроці упередженими думками та недоліками, якими ділиться зі своїми сучасниками. З іншого боку, він позбавлений підтримки, яку може надати наука, оскільки досі не зібрані матеріали для розв'язання проблем, які він порушує, і він не впливає на своїх сучасників, які можуть зрозуміти тільки те, що знаходиться в межах розуміння їх часу. Доля великих досягнень Монтеस्क'є нагадує певною мірою долю парового двигуна, сконструйованого Дені Папеном у сімнадцятому сторіччі, який, безсумнівно, був недосконалим, залишився непоміченим у той час, щоби бути винайденим через кілька століть. У своєму віці Монтеस्क'є захоплювався головню тією частиною роботи, яка була тлінною, та зникла. Його найважливішим науковим працям не було приділено уваги. Сьогодні вони забуті, витіснені науковим прогресом, що мав місце у пізніші часи, та повинні бути викопані з пилу його біографами.

Насамперед, основа його праці вкрай ненадійна по суті. Він дійсно був великим знавцем античної історії та історії раннього середньовіччя, але, звичайно, історія, яка була близькою для нього, не була критичною історією, якою вона є сьогодні. Він сприймає кожне слово з чудес, встановлених Лівієм і Діонісієм, за правду. Він вірить в Лікурга, а також у Ромула і Рема. Він знає все про конституцію Риму в період королів і відразу ж після них, з повагою до якої сучасні історики з великим сумом визнають, що нічого не знають узагалі. Він набагато ліпше обізнаний про франків у шостому і сьомому сторіччі, ніж Зом і Бруннер. Так само з джерелами, до яких він мав доступ, з посиланнями на дикі племена, Китай, Японію, Персію, Туреччину, татар, московитів. Ми повинні дуже поважати його прагнення знати про ці далекі народи та королівства. Але ми не можемо ігнорувати той факт, що зв'язки мандрівників, звіти місіонерів та історичні праці його часу перестали мати наукову цінність.

Крім того, завдання, за яке він взявся, виходить за межі навіть того, що сучасні соціологи були би в змозі виконати. Для того, щоби пояснити право суспільством ми повинні мати глибоке знання економічної та соціальної ситуації суспільства, про яке йде мова. До певної міри ми не маємо суттєвої допомоги древніх авторів, ми повинні шукати додаткову інформацію в тому, що залишилось від минулих епох, у пам'ятниках, у меблях, в інструментах, зображеннях ваз, у надписах, які дають нам у деяких напрямках набагато більше світла, ніж письмові джерела. Наукове використання старожитностей (*Altertümer*),



необов'язкове для знання соціальних та економічних відносин, навіть зараз у зародковому стані. Коли працював Монтеस्क'є, складання та перевірка таких даних тільки почалася. На жаль, Монтеस्क'є не взяв до уваги того, що існувало в його часи. Це саме треба сказати про частини книги, де мова йде про фактичні зв'язки права і суспільства. Йому не вистачало статистичних, географічних, етнологічних, етологічних даних, недоліки чого навіть зараз роблять наукову основу соціології неможливою в багатьох напрямках. Що стоєть далекі держав і народів, диких племен, китайців, японців, московитів, персів та турків, єдине, що ми можемо стверджувати, – зв'язки мандрівників і звіти місіонерів, і навіть історичні праці, з яких він намагався отримати деяку інформацію, виявилися позбавленими наукової цінності. Отже, єдине, що він міг справді використати, було його власне спостереження. Насправді найбільш помітні параграфи, які ми читаємо, як і раніше, з надзвичайним інтересом, просто базуються на його спостереженнях. У цій категорії розділи про британську конституцію та англійський національний характер, про який було сказано; також розділ про честь як начало монархії, про (французьку) освіту в монархії, про характер іспанців, про суди та придворних, натяки на Священну Римську імперію та на Польщу. З цієї точки зору *Lettres Persanes*, засновану виключно на спостереженні, можна вважати кращою з його праць. Інший недолік праці Монтеस्क'є, який він, однак, поділяє із сучасними соціологами, – визначення права та верховенства закону, які знайшов у кодексах, підручниках та юридичних трактатах. Отже, оскільки він не бачить правового регулювання соціальних інституцій, формуючого проміжний зв'язок між верховенством права та суспільством, то не в змозі й встановити будь-який взаємозв'язок між ними. Де він намагається викласти причини якогось закону, це він може, але висуває припущення, які зазвичай не підтримуються з наукової точки зору, здебільшого уривчасті й помилкові, часто абсурдні, навіть безглузді. Розділи про клімат, географічну конфігурацію та релігію сповнені цим. Причина в тому, що він практично не враховує те, що сприймає теоретично, а саме те, що вони повинні формувати соціальні інституції до того, як зможуть виробляти норми права. Знову, коли він приступає до дослідження як соціальної, так і економічної ситуації, він не в змозі визначити їх наслідки в праві, оскільки упускає соціальні інститути, через які вони діють. Історія світової торгівлі і трактат про феодальне право, чудові

самі по собі, виявляються деякою мірою завислими в повітрі. Ми можемо запитати, що вони роблять у книзі про дух законів. Усе було б інакше, якби він намагався показати, як землевласницький інтерес у середньовіччі піддався впливу феодальної військової організації і успішне збільшення торгівлі обов'язково повинно зумовити перетворення та поліпшення в праві договору.

У законодавчих частинах книги його політичні погляди не узгоджуються із сучасними ідеями. Його думки доволі ліберальні, але його тенденції скоріше феодальні. Він був дуже гордим своїм походженням з древньої раси і його пропозиції постійно перебували під впливом цього почуття. Він прагне зберегти за знаттю більше прерогатив минулих епох. Ця конституція передбачає першу палату для знаті, а також привілейований суд дворян, які, будучи піддані ревнощам народу, не можуть бути звинувачені перед народним трибуналом. Торгівля заборонена для *дворянства*. Великі торгові компанії не повинні бути ліцензовані, оскільки вони могли би відчутти вплив інших класів. Честь у цій феодальній концепції називається началом монархії. Запропоноване стародавнє французьке право, яким накладається штраф на дворянина набагато більший, ніж на лиходія, але по відношенню до інших покарань – набагато суворішими до людей. З іншого боку, його класичні вчення часто приводили його до відчуття прихильності до республік античності, до їх суворості, чесноти, їх патріотизму та ощадливості. Цей старомодний ухил в обох напрямках негативно позначився на частинах його книги, присвячених законодавству.

Зрештою Монтеस्क'є не розуміє сучасної концепції розвитку та еволюції. Причинність у суспільстві та праві, в його тлумаченні, означає зміни, викликані зовнішніми обставинами. Це не той розвиток, який уявляв Бакл та Савін'ї, який передбачає зміни, що йдуть від природи суб'єкта, змінені, а отже, й зумовлені самою структурою суспільства. Тільки в деяких історичних уривках можемо знайти відображення цього поняття. Причинність у свідомості Монтеस्क'є, як і раніше, – менша еволюція в сенсі натурфілософії, яка передбачає повільну адаптацію суб'єкта, розвиненого відповідно до зовнішніх обставин, та містить ідею самовдосконалення, як кожний наступний етап вочевидь представляє вищий ступінь існування, ніж ті, які йому передували. У Монтеस्क'є це поняття відсутнє повністю. Він не знає нічого про ступені структурного розвитку. Він порівнює характер китайців та іспанців (*Du caractère des Espagnols et celui des Chinois*). Він

кладає в один ряд республіку Лікію (Прим. перекладача: Лікія (дав.-гр. Λυκία, лат. *Lucia*, лік. *Trīmis*) - історичний регіон, держава на північному заході Анатолії (Малой Азії)), провінція Римської імперії) й Нідерланди. На його думку, доцільність закону залежить в основному від розуму та гарної натури законодавця, який має намір подолати обставини. Якщо імператори Китаю були достатньо мудрими й достатньо добрими до своїх людей, вони би мали можливість дати народу конституцію такої ж якості, як в Англії.

Монтеске сповна відчув трагедію генія, випереджаючи епоху. Його сучасники розуміли його тільки в тому, що було відносно дріб'язковим та швидкоплинним у його праці; усе, що заслуговувало на безсмертя, не отримало відгуку. Майбутні покоління віддавали перевагу побудові нової праці з фундаменту замість використання основ, досить поспішно зведених Монтеске. Тому ефект *L'Esprit des Lois* не узгоджується з ментальною силою, яку він демонструє. У світлі сучасних наукових вимог це примхлива, дилетантська, фрагментарна праця скоріше великого сенйора, а не вченого. Однак це чудова праця, яка охоплює незмірні скарби думки, з якої покоління науковців можуть черпати ідеї та пропозиції. Якщо комусь призначено досягти років Мафусаїла (Прим. перекладача: Метушала́х, Матусаї́л, Мафусаї́л (івр. מֹתְשָׁלַח) – у Біблії (старий Заповіт), один із патріархів, прабатьків людства (Буття, 5:21—27), який нібито прожив 969 років. Найстарша людина, чий вік вказаний у Біблії), він міг би, можливо, спробувати в останньому сторіччі своєї епохи, забезпечений цілим науковим арсеналом наступного тисячоліття, здійснити роботу, яку планував Монтеске. Я не думаю, що він був би змушений робити які-небудь фундаментальні зміни. Я вважаю, що він міг підтримати підмостки та будову, провідні ідеї, структуру та більшість деталей. В основному було б достатньо подати нові заголовки частин розділів, зміст яких можна залишити незмінним. Тоді, звичайно, це була б одна з найкращих книг, які могли би бути написані з філософії та політики права.

**Євген Ерліх. Відень**

### Список літератури

1. Бігун В.С. Євген Ерліх: життя і правознавча спадщина (актуальний наукознавчий нарис) / В.С. Бігун // Проблеми філософії права. – 2005. - Том III. – № 1-2. – С. 105-126.

2. Марчук В.П. Євген Ерліх – основоположник соціології права / В.П. Марчук // Проблеми філософії права. – 2005. - Том III. – № 1-2. – С. 147-151.

3. Ерліх Є. Основи соціології права. XX.I. Дослідження живого права / Євген Ерліх; пер. В. Трутня // Проблеми філософії права. – 2005. - Том III. – № 1-2. – С. 211-220.

4. Ерліх Є. Карл Маркс та суспільне питання / Євген Ерліх; пер. І.Ж. Торончука // Проблеми філософії права. – 2005. - Том III. – № 1-2. – С. 221-226.

5. Ерліх Є. Соціологія та юриспруденція / Євген Ерліх; пер. І.Я. Яцюка // Науковий вісник Чернівецького університету: Правознавство. – 2013. – Вип. 644. – С. 5-11.

6. Ерліх Є. Соціологія і юриспруденція / Євген Ерліх; пер. В.С. Бігуна // Проблеми філософії права. – 2005. - Том III. – № 1-2. – С. 185-193.

7. Ерліх Є. Соціологія права / Євген Ерліх; пер. В.С. Бігуна // Проблеми філософії права. – 2005. - Том III. – № 1-2. – С. 161-167.

8. Ерліх Є. Юридична логіка. Розділ IV. Уявлення про єдність права / Євген Ерліх; пер. Д.С. Дороша // Проблеми філософії права. – 2005. - Том III. – № 1-2. – С. 201-210.

9. Ерліх Є. Вільне правознаходження та вільне правознавство. Доповідь, зроблена на засіданні Юридичного товариства у Відні, 4 березня 1903 р. / Євген Ерліх; пер. Д.С. Дороша // Проблеми філософії права. – 2005. - Том III. – № 1-2. – С. 168-184.

10. Ерліх Є. Про живуче право / Євген Ерліх; пер. з нім. // Правничий вісник [Орган товариства Українсько-Руських правників. – Редактор Станіслав Дністрянський. – Львів]. – 1911. – Ч. 3/4. – С. 191-204.

11. Ребіндер М. Євген Ерліх: деякі сторінки з останніх років життя і творчості / М. Ребіндер // Проблеми філософії права. – 2005. - Том III. – № 1-2. – С. 127-134.

12. Эрлих О. Социология права / Ойген Эрлих; пер. М.В. Антонова // Российский ежегодник теории права. – 2008. – № 1. – С. 593-603.

13. Эрлих О. Судейское нахождение права на основании правового предположения. Четыре отрывка из незавершенной работы «Теория судейского нахождения права» / Ойген Эрлих; пер. М.В. Антонова // Российский ежегодник теории права. – 2009. – № 2. – С. 332-375.

14. Эрлих О. Основположение социологии права / Ойген Эрлих; [пер. М.В. Антонова]. – СПб.: Университ. издательский консорциум, 2011. – 704 с.

15. Ehrlich, Eugen (1922). The Sociology of Law. [transl. by Nathan Isaacs]. *Harvard Law Review* 36(2): 130-145.

16. Ehrlich E. (1936). *Fundamental Principles of Sociology of Law*. [transl. by Walter L. Moll]. – Cambridge MA: Harvard University Press, xxxvi, 541 p.

17. Ehrlich, Eugen (1916). Montesquieu and Sociological Jurisprudence. *Harvard Law Review* 29(6): 582-600.

18. Pound, Roscoe (1922). An Appreciation of Eugen Ehrlich. *Harvard Law Review* 36(2): 129-130.

Стаття надійшла до редколегії 20 лютого 2014 року.

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