

Фігун Н.
*студентка IV курсу юридичного факультету
Тернопільського національного
економічного університету
Науковий керівник: к.ю.н., доцент кафедри теорії
та історії держави і права Подковенко Т.О.*

КОНЦЕПЦІЯ «ЖИВОГО ПРАВА» ЄВГЕНА ЕРЛІХА

Євген Ерліх – всесвітньо відомий вчений-юрист, доктор соціології права, професор, ректор Чернівецького університету. Світову славу та визнання вченому принесли дослідження в галузі соціології права, засновником якої по праву вважають Євгена Ерліха. Плеяда відомих американських та японських соціологів, таких як Роско Паунд, Отосіро Ісісака, Тетсу Ізомура, називали Є.Ерліха своїм попередником.

Друкована наукова спадщина вченого складає понад 70 праць, які публікувалися в основному німецькою мовою, проте неодноразово перевидувалися багатьма іншими мовами, зокрема англійською, французькою, японською та ін., що свідчить про інтерес до доробку Є.Ерліха та його актуальність. Особливе значення в творчості професора має розроблена ним концепція «живого права».

Метою даної роботи є дослідження загальних положень вчення Є.Ерліха про «живе право» та їх актуальність для правової науки на сучасному етапі.

Дослідження творчості Є. Ерліха здійснювали як зарубіжні, так і вітчизняні науковці, зокрема Р. Паунд, М. Ребіндер, К. Кульчар, В. Бігун, М. Братасюк, Р.Гаврилюк, В. Марчук та інші.

Сама історична епоха вплинула на ідеї й коло наукових інтересів Євгена Ерліха. Живучи на теренах Буковини та Галичини, вчений спостерігав за життям цього полінаціонального краю, де етнічні групи намагалися зберегти культурну ідентичність. Мислитель зауважив, що не всі положення чинного законодавства застосовуються або виконуються, існує чимало відносин, які взагалі не врегульовані законодавством, однак діють і стосовно них суди часто застосовують інші норми, створені у процесі співжиття – «живе право», як його пізніше назвав Ерліх[2, с. 106]. Євген Ерліх у праці «Про живе право» зазначає: «В Буковині, наприклад, поряд проживають чимало національностей: русини, румуни, німці, євреї, росіяни, словаки, мадяри, цигани. Юрист старого ґатунку скаже напевно, що всі вони мають лише одне й те ж цілком однакове право, що діє в усій Австрії. Однак вже навіть поверхневий погляд на речі переконав би його, що кожен з тих народів притримується в усіх своїх правничих відносинах щоденного життя цілком відмінних правових засад. Давній принцип особності (особовості) в праві в дійсності продовжує жити, тільки на папері він заступлений принципом територіальності»[5, с. 194].

Так, існувало багато відмінностей між нормами, за якими поряд жили різні етнічні групи. Закони лише частково відображали життєві потреби суспільства, їхні норми містили багато прогалин або ж залишалися «мертвими», бо в суспільстві застосовувалися інші норми. Про неможливість застосування одного закону до усіх національностей Є. Ерліх наголошує у праці «Соціологія і юриспруденція» на прикладі сімейного права: «На Буковині діє австрійський цивільний кодекс, чужий закон, сімейне право якого виникло на основі зовсім

іншої організації сім'ї» [7]. Отож традиції сімейного життя різнилися, а тому очевидним є факт, що такий закон був недієвим, «мертвим».

У своїй ранній праці «Вільне правознаходження та вільне правознавство» Є. Ерліх слушно зауважував: «Яким мізерним є вплив норм сімейного права на фактичне життя сім'ї, як зовсім по-іншому у торгівлі та житті тлумачаться і виконуються договори...»[3, с.182]. Щоб дізнатися, яке право насправді є чинним, вважав вчений, необхідно «відшукати живе право», тобто дослідити й проаналізувати середовище виникнення й дії права як емпіричної реальності.

Яким же способом за Є. Ерліхом варто досліджувати «живе право»? По-перше, необхідно приділити увагу правовим документам – договорам, установчим документам товариств, заповітам, судовим рішенням. Це перше, з чим стикається юрист, який досліджує реальні правовідносини. Проте в той же час вчений застерігає, що не варто розглядати документальний матеріал як єдине джерело, яким представлене реальне правове життя, адже очевидно, що документ з живого права відображає тільки те, що в ньому закріплено[1, с.12].

По-друге, дослідження «живого права» має відбуватися на основі безпосереднього спостереження за життям та вчинками, вивчення звичаїв, документів, які відображають здійснення «права». Вчений вважав за доцільне при дослідженні «живого права» послуговуватися індуктивною методологією, застосовуючи при цьому методи емпіричних соціологічних досліджень, зокрема анкетування, опитування, збирання й аналіз документів тощо[2, с. 107].

З цією метою у праці «Про живе право» Ерліх поміщає квестіонар для отримання інформації щодо окремих фактів особистих відносин, сімейного та майнового права, службових угод. З його допомогою мислитель намагався отримати додаткові відомості про реальне живе право. Щодо мети створення опитувальника вчений зазначав: «Самозрозуміло, що квестіонар має дати тільки в загальному деякі основи для дослідження: чим самостійніше виходитиме дослідник за ті кордони, чим ширше зрозуміє своє завдання, чим більше спостерігатиме все своїми очима, тим більше зможе відкрити та подати» [6, с. 23].

Все ж до цього часу зібраний Є.Ерліхом матеріал не опрацьований науковцями, не здійснено аналіз актуальності, потрібності та відповідності розроблених питань сутності дослідження. Є. Ерліх вважав, що дослідженню особистих відносин має сприяти аналіз відповідей респондентів на низку питань, поставлених в опитувальнику, зокрема щодо національної приналежності, сімейного права, майнового права, умов та оплати праці, купівлі нерухомого майна; службових угод, спадкового права та правової охорони тощо.

Певна частина питань на сьогодні є неактуальними. Наприклад, чи батьки одружують своїх дітей чи діти самі обирають собі наречених? чи трапляється, що одружені сини залишаються у батьківському будинку і працюють на нього? що отримують наречений і наречена від своїх родичів? якого роду спори належать до компетенції мирового судді? [5, с.196]. Серед інших в опитувальнику міститься ряд питань, які не втратили своєї значимості і сьогодні, зокрема: кого народ вважає належним до нації? чи вирішальним є походження? чи віросповідання? чи трапляється так, що хтось змінює віросповідання, але продовжує належати до своєї нації? [5, с. 197].

Євген Ерліх передбачав, що на створену ним анкету правники будуть надсилати результати своїх досліджень про народне право. Він закликав

«якнайскоріше приступити до зібрання тих всіх звичаїв і правових норм, які живуть в народі без огляду на зобов'язуючі закони. Якщо це не наступить зараз, то є небезпека, що найкраща скарбниця народного права пропаде без сліду, бо воно й так раз у раз поступається мертвій букві закону» [5, с.196]. Відповіді планувалося опублікувати в друкованому органі Товариства українсько-руських правників. Вони мали бути докладними, підкріпленими різноманітними свідченням, об'єктивними, а не «власним моральним переконанням».

У третій частині праці «Про живе право» вчений наводить приклад правильного оформлення анкетних даних, за зразком яких планувалося їх проаналізувати і лише потім опублікувати.

Роль живого права неодноразово підкреслювалася Є. Ерліхом у багатьох його працях, зокрема у вступі до «Основоположень соціології права» він зазначає: «центр розвитку права у наш час, рівно як у всі часи, лежить не в законодавстві, не в юриспруденції і не в правозастосування, а в самому суспільстві» [4, с.64].

Вчений вважав, що виникаючі в суспільстві конфлікти вирішуються більшою мірою не завдяки абстрактним правовим нормам, а з урахуванням конкретних обставин самими сторонами на основі принципу справедливості. У соціології Є. Ерліха на перше місце виходить право в дії.

Найбільш вагомим внеском Є. Ерліха в розвиток уявлень про функціонування права є звернення ним уваги не на правові норми, тобто положення законодавства, а на реальні правові відносини, які складають зміст «живого права» та які здійснюються в конкретно взятому суспільстві, регіоні, різних соціальних верствах. Це ті правові відносини, які обумовлені господарськими, природними умовами, в яких перебувають учасники відносин, а також традиціями, певними господарськими і торговельними звичаями. При цьому, до складу «живого права» входять лише юридичні конструкції, права і обов'язки, які фактично використовуються цими суб'єктами.

Мислитель не доводить протилежності офіційного та соціального права й не заперечує можливість державного права набути соціальної значимості, стати реальним заклик до дії – «живим правом». Він говорить про існування поруч із державним правом, яке офіційно закріплене в писаному законі, права «живого», яке хоч і не знайшло відображення в офіційній нормі, проте діє поряд з ним й також є регулятором суспільних відносин.

Концепція «живого» права та соціологія Є. Ерліха в цілому не намагалася замінити собою юриспруденцію, а лише прагнула змусити її досліджувати соціальну дійсність. Адже джерелом права є суспільство, оскільки закон не здатен вмістити в собі всі сторони людського життя.

Є.Ерліх доводить, що на будь-якому етапі розвитку суспільства правовідносини завжди будуть різноманітніші і динамічніші у порівнянні з писаними кодексами і законами. «Бажання включити в параграфи кодексу право цілої епохи чи цілого народу є таким же нерозумним, як і бажання зупинити струмок в калюжі – те, що з цього вийде, буде вже не живим струмком, а застоюною водою» [4, с. 479]. Закон завжди буде відставати від живого права.

Таким чином, «живе» право за твердженням Євгена Ерліха є те, «що входить у життя, стає живою нормою, все інше є лише голе вчення, норма рішення, догма або теорія». Лишете право, що сформується в процесі суспільного життя як живий порядок, ніким окремо не створений, однак такий, що

відповідає потребам життя, є за Є.Ерліхом, справжнім регулятором суспільних відносин. Тільки в цьому вчений вбачав справжню суть права.

Список використаних джерел

1. Балабанова Д. Становлення поняття "живе право" в сучасній філософії права / Д. Балабанова // Актуальні проблеми державного управління. – 2012. – №3. – С. 10–13.
2. Бігун В. С. Євген Ерліх: життя і правознавча спадщина (актуальний наукознавчий нарис) / В. С. Бігун // Проблеми філософії права. – 2005. – №1. – С. 105–126.
3. Ерліх Є. Вільне правознаходження та вільне правознавство / Є. Ерліх // Проблеми філософії права. – 2005. – №1. – С. 168–184.
4. Эрлих О. Основоположение социологии права / Пер. с нем. М. В. Антонова ; под ред. В. Г. Графского, Ю. И. Гревцова. – СПб. : ООО «Университетский издательский кон-сорциум. – 704 с.
5. Ерліх Є. Про живе право / Є. Ерліх // Проблеми філософії права. – 2005. – №1. – С. 194–200.
6. Кобан О. Г. Вчення Є.Ерліха про живе право: витребуваність сьогоденням / О. Г. Кобан // Юридичний науковий електронний журнал. – 2014. – №1. – С. 22–24.
7. Кобан О. Г. "Живе право" Євгена Ерліха та сучасні цифрові технології [Електронний ресурс] / О. Г. Кобан // Матеріали науково-практичної інтернет-конференції "Актуальна юриспруденція". – 2016. – Режим доступу до ресурсу: http://www.legalactivity.com.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=1348%3A061016-12&catid=160%3A1-1016&Itemid=200&lang=en.

Чорний А.
*студент III курсу юридичного факультету
Тернопільського національного
економічного університету
Науковий керівник: к.ю.н., доцент кафедри теорії
та історії держави і права Подковенко Т.О.*

СУДИ ТА СУДОУСТРІЙ У ЗАПОРІЗЬКІЙ СІЧІ

Сьогодні Українська судова система, незважаючи на ряд реформ, становить об'єкт справедливої критики як зарубіжних, так і вітчизняних фахівців. В умовах численних судових реформ а також інших змін державно-правових інститутів України, зростає інтерес до поглибленого вивчення і порівняння процесів державо та правотворення на українських землях у минулому. Одним із таких актуальних питань є судочинство у Запорозькій Січі. Для його вирішення важливо передусім вивчити генезис незалежності судді та особливості здійснення судочинства у правовій доктрині та світовій юридичній практиці минулих століть. Не всі проблеми історії України XVI—XVIII ст. глибоко вивчені істориками. До мало досліджених належать питання судоустрою, права і судочинства у Запорізькій Січі. Питанням суддівства і судоустрою у Запорізькій Січі займались зокрема такі науковці як: Бондаренко Г. Д., Пашук А. Й., Дорошенко Д. І., Грушевський М. С. та інші.

Історія судівництва в Україні надає безцінний фактичний матеріал для сучасних законодавців, який дозволяє провести судову реформу на основі вітчизняного правового досвіду, враховуючи національні інтереси і традиції українського народу. Такий підхід до формування концепції проведення судової реформи в Україні робить надзвичайно актуальними дослідження історико-правової науки з питань судочинства в Україні [4,167].

Маючи глибокі історичні корені, система козацького звичаєвого права сформувалась саме в XV – середині XVII ст. і закріплювала військово-адміністративну організацію землекористування козацтва, окремі правила військових дій, діяльність судових органів, порядок укладання окремих договорів. На підставі тих же звичаїв і традицій чітко регламентувались права і обов'язки старшин.

До найбільш вагомих джерел права належать універсали, які видавались козацькою старшиною. Вони мали характер письмового розпорядження, адміністративно-правового акта. Найпоширенішими були ті, які регулювали питання про розподіл земельних володінь, підтверджували право власності на маєтки, про встановлення повинностей і податків, а також універсали з військових питань та про призначення старшини на посади. [5, с.153]

Підґрунтя звичаєвого права становили правові традиції та звичаї часів «Руської Правди». Із Запорізької Січі звичаєві норми в XVI-XVII ст. поширювались на всю Україну. Пізніше вони простежуються в українських актових джерелах, правових пам'ятках – Литовському Статуті, Кодексі Гетьманщини 1743 р. «Правах, за якими судиться малоросійський народ» Важливим чинником державотворчих процесів на Січі була чітко вироблена судова система, яка складалася з кількох судових інстанцій

- Судом першої інстанції вважався паланковий суд, компетенція якого поширювалась на територію паланки. Він розглядав як кримінальні, так і цивільні справи, за які передбачалися незначні покарання .

- Судом другої інстанції був курінний суд, або суд курінного отамана, куди потрапляли апеляційні справи з паланкових судів. Як правило, курінний суд розглядав справи козаків одного куреня. Однак, якщо позивач і відповідач належали до різних куренів, таку справу заслуховував суд отаманів обох куренів.

- Наступною ланкою судової системи на Січі був суд військового судді, до розгляду якого відносилися важливі кримінальні справи. Вироки цього суду можна було оскаржити в суді кошового отамана. В разі, якщо військовий суддя одночасно тимчасово виконував обов'язки кошового отамана, вирок міг бути оскарженим лише на військовій козацькій раді.

- Суд кошового отамана здійснював свою юрисдикцію на всій території Війська Запорозького. Його вирок, зазвичай, були остаточними і оскарженню не підлягали. - Останньою, найвищою судовою інстанцією була загальна козацька рада, яка за висловом П.Захарченка, була своєрідним верховним судом на Запорозькій Січі [1,4].

Вчені виділяють три періоди, які пройшло судівництво Запорізької Січі:

перший – період окремих вироків-прецедентів (до 1648 р.),

другий – період, коли на підставі прецедентів утворювались звичаї (з 1648 р. до 1709 р.),

третій – коли записували деякі судові рішення й ухвали козаків (з 1709 р. до 1775 р.). На підставі наявних достатніх відомостей можемо відзначити, що не

існувало окремої судової процедури у справах цивільних і кримінальних. Процес в основному був однаковим для всіх справ, які розглядалися судами. Але можемо відзначити, що станова нерівність й господарська система Січі спричиняла те, що цивільних справ було не багато й вони не були настільки складними, щоб вимагати особливих процедурних постанов.

Рада старшин нагадувала собою своєрідний становий парламент, який мав широкі законодавчі і виконавчі, а також судові права. Суд в її руках був одним із засобів захисту класових інтересів верхівки. Судова функція Ради старшин проявлялась вже при гетьмануванні Богдана Хмельницького. Введена спочатку на основі запорізьких звичаєвих норм, вона згодом була узаконена. Однак Рада старшин не могла вирішувати щоденних, поточних справ. Ними займалися на вузькому чи малому пленумі лише за участю генеральної старшини. Рада генеральної старшини була більш діяльним і оперативним органом. До її складу входило невелике коло старшин, яких легко скликали на засідання. Вони здебільшого перебували в резиденції гетьмана. Формально Рада генеральних старшин вважалась дорадчим органом при гетьмані, а насправді з часом набула великих прав. Вона видавала окремі інструкції, приймала ухвали, віддала зовнішніми зносинами, вирішувала ряд військових справ. Крім того, була наділена також і судовими функціями. Склад Ради генеральної старшини як судового органу чітко не визначався. Звичайно до неї входили генеральний писар, судді, обозний, хорунжий, бунчужний, осавули. Іноді на її засіданнях при здійсненні правосуддя, були присутні також полковники, сотники та духовні особи [3,25].

Крім перелічених вище ланок, судова система Гетьманщини охоплювала також і так звані спеціалізовані суди, існування яких є доказом того, що суспільна система України навіть під час Національно-визвольної війни під проводом Б. Хмельницького мала становий характер. До числа спеціалізованих судів, зокрема, слід віднести: 1) духовні суди; 2) цехові суди; 3) ярмаркові суди; 4) митні суди; 5) третейські суди. Характеризуючи процес побудови судової системи української держави, слід зазначити, що він здійснювався в обстановці безперервних бойових дій, і це також значно вплинуло на вибір моделі її побудови. В екстремальних умовах війни, коли потрібно було максимально об'єднати та мобілізувати на боротьбу увесь народ, ця організація, яка характеризувалася своєю чіткістю та спрощеністю і ефективністю якої, як ми вже вище зазначали, була перевірена історичною практикою, на той час була найбільш оптимальною [4,168].

Перші відомості про генеральний військовий суд знаходимо в документах Запорізького війська початку XVII ст. Так, за пунктами Куруківської умови 1625 року до складу генеральної старшини вводився суддя. Після 1648 року він також зараховувався до верхівки. У 1654 році генеральних суддів було три, згодом стала два, а потім — один. Генеральний суддя брав участь у засіданні судової колегії генерального суду, який складався з більшості, козацьких старшин. Склад генерального військового суду довгий час не був чітко визначений. Генеральний військовий суд продовжував свою діяльність і після скасування гетьманщини в 1764 році, аж до введення намісництва на Україні, коли він був формально ліквідований, хоч фактично продовжував ще функціонувати до 1786 року. Склад генерального військового суду свідчить про класовий характер цього органу. Окремі члени генерального військового суду відомі в історії не тільки як видатні

юристи, але одночасно і як приналежні до багатой знаті захисники інтересів свого класу [3,31].

Уже поверхове дослідження судового права Запорізької Січі, зокрема права кримінального, виявляє, крім впливу власного звичаєвого, ще й великий вплив Литовського Статуту та поширеного на той час у всій Україні права німецького або магдебурзького. Крім того, відчутними були впливи права орієнтального, зокрема татарського, що виявлялось у застосуванні січовими судами покарань, які за своєю жорстокістю не були притаманними традиційно людяній українській духовності та її кримінальному праву.

Проаналізувавши види злочинів, систему покарань та інститут помилування можемо стверджувати, що застосування смертної кари (простої та кваліфікованої), тілесних покарань, вигнання злочинців за межі Запорозьких Вольностей мали на меті - підтримання дисципліни в козацькому середовищі. Система покарань та інститут помилування виступають як своєрідне збереження давніх традицій. Всупереч деяким християнським нормам, тогочасне неписане кримінальне право та його інститути, не зважаючи на жорстокість, включали в себе як і кваліфікацію злочинів та покарань за них, так і інститут помилування [2,71].

Таким чином, процедура від розслідування злочину до винесення вироку, у тому числі й вибір покарання, у Запорізькій Січі базувалася винятково на засадах звичаєвого права. Система запорізького судочинства спиралася на давні козацькі звичаї розглядати судові справи на козацькій раді, і їхнім основним правовим джерелом було давнє козацьке звичаєве право. Суддями у запорізьких козаків була уся військова старшина, тобто кошовий отаман, суддя, писар, військовий єсаул, крім того, довбуш, курінні отамани, паланочний полковник і іноді весь Кіш.

Список використаних джерел

1. Захарченко П. Запорозька Січ – передтеча української гетьманської держави // Історія України № 18, 2003 – с. 1-5.
2. Колодійчук, Н. Покарання за злочини як один із факторів підтримання існування та розвитку козацтва [Текст] / Н. Колодійчук // Правова система України в умовах європейської інтеграції : погляд студентської молоді : зб. тез доп. І Міжнар. студ. наук. конф. [м. Тернопіль, 3-4 квіт. 2017 р.] / редкол. : С. В. Банах, Ян Зімни, А. В. Вихруц [та ін.] ; відп. за вип. А. В. Грубінко. - Тернопіль : Вектор, 2017. - Секції 1-2. - С. 69-72.
3. Пашук А.Й. Суді судочинство на лівобережній Україні в XVII—XVIII ст. / Видавництво Львівського Університету / А. Й. Пашук., 1967. – 152 с
4. Бондаренко Г. Д. Полковий Суд у системі загальних козацьких судів Війська Запорізького в другій половині XVII—XVIII СТ. / Актуальні проблеми держави і права / Г.Д. Бондаренко., 2009р. – 170 с.
5. Українська минувшина: Ілюстрований етнографічний довідник. – К.: Либідь, 1993. – 256 с.