

*Andrzej Kojder*

## **Z CZERNIOWCÓW W SZEROKI ŚWIAT... Eugen Ehrlich i narodziny idei socjologii prawa**

Prawo, tak jak jest powszechnie ujmowane zarówno w socjologii, jak i w innych naukach, ma – jak pisze Profesor Piotr Sztompka – trojaką specyfikę.

Po pierwsze, nie wytwarza się spontanicznie, lecz jest celowo stanowione przez państwo lub w jego imieniu. Jest więc zawsze związane z jakąś organizacją polityczną, od wodza plemienia czy rady starszych aż po współczesne parlamenty. Po drugie, [...] prawo jest artykułowane w formie pisemnej, publikowane i systematyzowane w kodeksach czy zbiorach przepisów. Po trzecie, na straży prawa stoi szczególny system sankcji, administrowanych przez powołane do tego organy wymiaru sprawiedliwości: sądy, prokuraturę, policję, adwokaturę, więziennictwo<sup>1</sup>.

Takie też mniej więcej rozumienie prawa przyjmowali prekursorzy socjologii prawa, którzy usiłowali odkryć i ustalić związki między prawem a życiem społecznym i jego ewolucją. Monteskiusz, uchodzący za praojca socjologii prawa, dowodził w pierwszej połowie XVIII wieku, że skuteczność prawa w republice zależy od innych czynników niż w monarchii i w ustroju despotycznym. Podkreślał również, że na prawo wpływa forma rządu, charakter instytucji publicznych i panujące obyczaje. Kilkadziesiąt lat później przedstawiciele historycznej szkoły nauki prawa, z Friedrichem Carlem von

<sup>1</sup> P. Sztompka, *Socjologia. Analiza społeczeństwa*, Wydawnictwo Znak, Kraków 2002, s. 272.

Savigny na czele, twierdzili, że prawo jest przejawem „ducha narodu” i wraz z nim się rozwija, doskonali i obumiera.

Pod koniec XIX wieku w pracach pierwszych socjologów kwestie prawne były albo całkowicie pomijane (być może był to rezonans tezy Augusta Comte’a, że prawo jest emanacją metafizycznego stadium rozwoju społeczeństwa), albo co najwyżej wzmiankowano o nich na marginesie rozważań o zorganizowanych formach stosunków społecznych. Jak pisze Nicholas S. Timasheff: „Nauka prawa była być może lepiej przygotowana na spotkanie z socjologią niż socjologia na spotkanie z problematyką prawną”<sup>2</sup>. Główne bowiem dziedziny prawa – prawo cywilne, karne, konstytucyjne czy kryminologia – nie uchylały się od wykraczania poza analizy treści norm prawnych, lecz na ogół badane zjawiska były w nich traktowane jako zwroty językowe, a nie fakty społeczne.

Idea stworzenia socjologii prawa jako odrębnej dziedziny wiedzy mogła się jednak zrodzić dopiero wtedy, kiedy powstała sama socjologia i osiągnęła status wiedzy autonomicznej, zinstytucjonalizowanej oraz kiedy zostało poddane rewizji tradycyjne rozumienie prawa. Oba te zjawiska miały miejsce na przełomie XIX i XX wieku.

Jak twierdzi wspomniany Timasheff<sup>3</sup>, nazwą „socjologia prawa” po raz pierwszy posłużył się włoski profesor prawa międzynarodowego Dionisio Anzilotti w książce *La filosofia del diritto e la sociologia*<sup>4</sup>. Nowa nauka powinna jego zdaniem zajmować się badaniem empirycznych przejawów faktów prawnych. W podobnym duchu wypowiedział się młody, 23-letni autor Carlo Nardi-Greco w książce *Sociologia giuridica* (Torino 1907). Jest to, jak można sądzić, pierwsza publikacja książkowa, której tytuł zapowiada pojawienie się nowej dziedziny wiedzy, łączącej wielowiekową naukę prawa z kilkudziesięcioletnią zaledwie socjologią.

Ale to nie żadnemu z wymienionych autorów historia przyznała miano ojca socjologii prawa, lecz komuś zupełnie innemu, kto pracował z dala od cywilizacyjnych centrów ówczesnego świata, bo na dalekich krańcach monarchii austro-węgierskiej, w jej najuboższej części, a nadto w niedawno założonym, prowincjonalnym uniwersytecie w Czerniowcach.

Niewątpliwie dość rzadki to przypadek, by uczony z peryferyjnego uniwersytetu, który nadto za życia nie opublikował żadnej wzbudzającej szereg

<sup>2</sup> N.S. Timasheff, *An Introduction to the Sociology of Law*, Harvard University Committee on Research in the Social Sciences, Cambridge 1939, s. 49.

<sup>3</sup> Ibidem, s. 52.

<sup>4</sup> Tip. Bonducciana, Firenze 1892. W latach 1921–1928 Anzilotti był sędzią Stałego Trybunału Sprawiedliwości Międzynarodowej w Hadze, a w latach 1928–1930 jego przewodniczącym. Zmarł w roku 1950 w wieku 83 lat.

szy rezonans książki, zdobył po latach światową renomę i został uznany za prekursora i „ojca socjologii prawa”. A to właśnie przydarzyło się Eugenowi Ehrlichowi, który nie tylko zaproponował stworzenie nowej dziedziny wiedzy o prawie – socjologii prawa właśnie – lecz miał także odwagę zakwestionować tradycyjne rozumienie prawa, notabene do dzisiaj funkcjonujące w literaturze prawniczej i socjologicznej. Co więcej, kilkadziesiąt lat po śmierci Ehrlich jest znacznie bardziej znany niż za życia. Wszystkie te okoliczności zapewne wystarczają, by pokusić się o przedstawienie jego wizji socjologii prawa w ogólnym bodaj zarysie, tym bardziej że jego twórczość, nawet w kręgu socjologów prawa i historyków doktryn prawnych, jest w Polsce bardzo mało znana i żadna jego praca – poza jednym drobnym przyczynkiem – nie jest dotąd dostępna w języku polskim<sup>5</sup>.

Eugen Ehrlich, syn prawnika, urodził się 14 września 1862 r. w Czerniowcach, w położonej nad Prutem dawnej stolicy Bukowiny – historycznej, wielonarodowej i wielokulturowej krainie między Karpatami a środkowym Dniestrem, podzielonej obecnie między Ukrainę, Rumunię i Mołdowę. W Czerniowcach, których powstanie datowane jest na rok 1407, kiedy to należały do Królestwa Polski i Litwy, a które od XV wieku znajdowały się pod rządami Mołdawii (w XVI wieku podlegały Turcji, a od roku 1775 jako Czernowitzi należały do Austrii), założony został w roku 1875 uniwersytet niemiecki nazwany imieniem cesarza Franza Josepha. Ehrlich pracował w tym uniwersytecie na stanowisku profesora prawa rzymskiego w latach 1897–1914. Jeszcze za jego życia, w roku 1918, po rozpadzie w wyniku I wojny światowej monarchii austro-węgierskiej, Czerniowce zostały włączone do Rumunii<sup>6</sup>.

Studia prawnicze Ehrlich ukończył na Uniwersytecie Wiedeńskim w roku 1883. Trzy lata później uzyskał tam doktorat, a w roku 1894 habilitował się z prawa rzymskiego i przez blisko trzy lata był *privatdocentem* w macierzystej uczelni. W roku 1893 ukazała się pierwsza jego książka *Die stillschweigende Willenserklärung* (Milcząca deklaracja woli). Podjął w niej jeden z trudniejszych problemów w dziejach prawa cywilnego. W roku 1900, po trzech latach pracy w Uniwersytecie w Czerniowcach, został mianowany profesorem

<sup>5</sup> E. Ehrlich, *Żywe prawo ludów Bukowiny*, „Prawnik” (Lwów) 1912, nr 5, s. 155–160, przeł. M. Plechowski. Zapowiedziany ciąg dalszy nie nastąpił.

<sup>6</sup> W roku 1940 Czerniowce zajęła Czerwona Armia, potem miasto było okupowane przez wojska niemieckie i rumuńskie, a w roku 1944 znalazło się w obrębie ZSRR, w Ukraińskiej SRR pod nazwą Czerni. Od roku 1991 Czerniowce należą do Ukrainy jako Czernivci licząc około ćwierć miliona mieszkańców i stanowiąc dość ważny ośrodek przemysłu drzewnego, chemicznego i tekstylnego. Losy Czerniowców w XX stuleciu obrazują niezwykle złożoną historię tej części Europy.

rem zwyczajnym i kierownikiem Katedry Prawa Rzymskiego. W roku 1902 wydał pracę *Beitrge zur Theorie der Rechtsquellen* (Przyczynki do teorii źródeł prawa). W następnym roku ukazała się jego broszura *Freirechtsfindung und freie Rechtswissenschaft* (Wynajdywanie wolnego prawa i wolna nauka o prawie) z tekstem wykładu, który wygłosił przed Towarzystwem Prawniczym w Wiedniu<sup>7</sup>. W latach 1906–1907 był rektorem uniwersytetu, a od roku 1910 prowadził popularne Seminarium nt. Żywego prawa. Opisał je w pracy *Die Erforschung des lebenden Rechts* (Badania nad żywym prawem)<sup>8</sup>. Podstawą źródłową dyskusji seminaryjnych były etnograficzne studia terenowe. Ehrlich nawiązywał w nich do dokonań wielce przez siebie cenionego Valtazara Bogišića, który m.in. opracował w roku 1888 Kodeks Cywilny Chorwacji korzystając m.in. z wywiadów z miejscową ludnością na temat zwyczajowych praktyk prawnych<sup>9</sup>.

Główna praca Ehrlicha, która po latach przyniosła mu międzynarodowe uznanie, ukazała się w roku 1913 i nosi tytuł *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (Podstawy socjologii prawa)<sup>10</sup>. W roku 1918 wydał następną, uważaną za mniej doniosłą pracę zatytułowaną *Die juristische Logik* (Logika prawnicza). Podał w niej krytyce utarte schematy rozumowań prawniczych.

<sup>7</sup> Fragmenty tego wykładu ukazały się w przekładzie angielskim w IX tomie *Modern Legal Philosophy Series*.

<sup>8</sup> Praca ta została zamieszczona w Schmollera „Jahrbuch fr Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich” 1911, t. 35, s. 129–147. Została też przedrukowana w zbiorze *Das lebende Recht der Vlker von Bukowina* (1913) oraz w pracy prof. Williama Herberta Page’a pt. *Ehrlich’s Czernowitz Seminar of Living Law*, opublikowanej w *Proceeding of Fourteenth Annual Meeting of the Association of American Law Schools* z roku 1914 i w zbiorze tekstów Ehrlicha wydanych przez Manfreda Rahbindera pt. *Recht und Leben. Gesamtelte Schriften zur Rechtsstatsachenforschung und zur Freirechtslehre*, Duncker und Humblot, Berlin 1967.

<sup>9</sup> We współczesnej literaturze serbskiej Valtazar Bogišić (1834–1908) jest przedstawiany jako „najznacajnij pravnik slovenskog juga, velikan evropske pravne misli”. W roku 2004 ukazały się jego *Dziela zbrane (Izbrana djela)* liczące 2039 stron, a także obszerna biografia (S. Pupovci, *Valtazar Bogišić – Život i djelo*, CID, Podgorica 2004). Ehrlich w swoich studiach nad „żywym prawem” korzystał przede wszystkim z dwóch prac Bogišića: *Pravni običaji u Slovena. Privatno pravo* (Albrecht, Zabreb 1867) i *Zbornik sadašnjih pravnih običaja u Južnih Slovena* (JAZU, Zagreb 1874).

<sup>10</sup> W przekładzie na angielski (dokonanym przez Waltera L. Molla) ta ponad 500-stronicowa książka ukazała się w roku 1936 pt. *Fundamental Principles of the Sociology of Law* w Harvard University Press, z przedmową Roscoe Pounda. Była wznawiana w latach 1962, 1975, 1994, 2000 i 2002. Ukazały się także jej przekłady na inne języki, m.in. na włoski w roku 1975 i na portugalski w roku 1986. Niemieckie edycje ukazały się w latach 1913, 1967, 1973 i 1989. Książka jest zadedykowana: „W dowód przyjaźni i szacunku Paulowi Frédéricowi Girard”. Był on wybitnym romanistą (żył w latach 1852–1926), a jego podręczniki historii prawa rzymskiego są do dzisiaj wydawane.

Trzecim zamierzonym dziełem, również krytycznie ustosunkowującym się do dotychczasowej teorii i praktyki prawniczej, miała być analiza podejmowania decyzji sądowej<sup>11</sup>.

Uchodził za człowieka o „kłótlwym usposobieniu”<sup>12</sup>. W młodości przeszedł z judaizmu na katolicyzm, lecz w ostatnich latach życia wiele uwagi poświęcał problemom żydowskim<sup>13</sup>. Przyczyniło się do tego zapewne to, że po I wojnie światowej nie mógł kontynuować pracy uniwersyteckiej z powodu silnych antysemitycznych nastrojów w Czerniowcach.

Pisał jednakowo swobodnie w językach: niemieckim, francuskim i angielskim, a czytał podobno w dwunastu językach. Praca *Montesquieu and Sociological Jurisprudence*<sup>14</sup> została opublikowana bez żadnych poprawek z manuskryptu, który był dostarczył. W czerwcu roku 1914 miał wygłosić – dzięki staraniom Roscoe Pounda – serię wykładów w Lowell Institute w Bostonie i wystąpić na forum Association of American Law Schools, lecz wybuch wojny uniemożliwił te plany. Odmówiono mu paszportu m.in. z powodu głoszenia poglądów pacyfistycznych<sup>15</sup>. Po zakończeniu wojny Ehrlich nadal spodziewał się, że jego wyjazd do Ameryki dojdzie do skutku, lecz zamiar ten uniemożliwiło pogorszenie się stanu jego zdrowia.

Zmarł na cukrzycę<sup>16</sup> w pełni sił twórczych 2 maja 1922 roku w Wiedniu, w wieku sześćdziesięciu lat, niedługo po przekazaniu do czasopisma „Harvard Law Review” swojej ostatniej rozprawy pt. *The Sociology of Law*<sup>17</sup>.

<sup>11</sup> Inne prace Ehrlicha nie wymienione w tekście a zasługujące na uwagę to: *Die Zukunft des Römischen Rechtsunterrichts in Österreich*, „Österreichische Rundschau”, t. 6, 1906; *Soziologie und Jurisprudenz*, „Österreichische Rechtszeitung”, nr 3, 1906; *Die rechterliche Rechtsfindung auf Grund des Rechtssatzes*, „Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts”, t. 67, 1917, s. 203–252; *Gesetz und lebendes Recht. Vermischte kleinere Schriften*, Duncker, Berlin 1986.

<sup>12</sup> C. Morris (red.), *The Great Legal Philosophers. Selected Readings in Jurisprudence*, wyd. 12, University of Pennsylvania Press, Philadelphia 1997, s. 437.

<sup>13</sup> Zob. H. Sinzheimer, *Jüdische Klassiker der deutschen Rechtswissenschaft*, Hertzberger, Amsterdam 1938. Spośród bardziej znanych uczonych w książce są m.in. przedstawieni: Heinrich Dernburg, Julius Glaser, Paul Laband, Otto Lenel, Georg Jellinek i Philip Lotmar.

<sup>14</sup> „Harvard Law Review”, 1915–1916, t. 29.

<sup>15</sup> Ponadto pracownicy ambasady USA w Wiedniu donosili, że Ehrlich wyraża „radikalne poglądy społeczne”. Pound miał jednakże nadzieję, że Departament Stanu zdoła – za pośrednictwem władz brytyjskich – doprowadzić do przyjazdu Ehrlicha do Ameryki, lecz plany te zawiodły. Zob. Melin I. Urofsky, David W. Levy (red.), *Letters of Louis D. Brandeis*, t. 3, 1913–1915: *Progressive and Zionist*, Suny Press, New York 1973, s. 382, przyp. 2.

<sup>16</sup> W.M. Johnson, *The Austrian Mind. An Intellectual and Social History 1848–1938*, California University Press, Berkeley 1972, s. 90.

<sup>17</sup> Praca ta ukazała się w „Harvard Law Review” już po śmierci autora w grudniu 1922 roku (t. 36, nr 2, s. 97–143).

Na poglądach Ehrlicha niewątpliwie zaważyło to, że był nie tylko świetnym znawcą prawa rzymskiego, lecz był także dobrze obeznany z prawem angielskim i z współczesnym mu kontynentalnym prawem stanowionym. Żył i nauczał w środowisku, w którym nowożytne prawo sąsiadowało z prawem pierwotnym różnych grup etnicznych, tradycyjna zaś społeczność stykała się z początkami uprzemysłowienia. Miał więc wyjątkową okazję, by obserwować żywe prawo (*lebendes Recht*) w działaniu, i możliwość tę w pełni wykorzystał. Dostrzegł, że prawo na Bukowinie nie miało tych cech, które przypisywała mu doktryna prawna, lecz cechy przez nią zupełnie nie uwzględniane. Ta rozbieżność między doktrynalnym, pozytywistycznym wizerunkiem prawa a prawem rzeczywiście regulującym stosunki międzyludzkie stanowiła dla niego fascynujące wyzwanie poznawcze. Okazało się ono równoznaczne z koniecznością reformy podstaw całej dotychczasowej jurysprudencji – ogólnej nauki prawa. Instrumentem niezbędnym do tego celu okazała się socjologia<sup>18</sup>. Jak stwierdza Klaus A. Ziegert: „Socjologia była dla Ehrlicha kamieniem węgielnym projektu reformy i odrodzenia jurysprudencji”<sup>19</sup>. Nie tyle przyswoił sobie dorobek ówczesnej mu socjologii<sup>20</sup>, co jej główne przesłanie, że wszystkie zjawiska prawne, religijne, moralne czy obyczajowe są częścią rzeczywistości społecznej, przez nią są warunkowane, a także wzajemnie na siebie oddziałują<sup>21</sup>.

W autorskiej przedmowie do *Grundlegung*, którą opatrzył datą „Paryż, w dniu Bożego Narodzenia 1912 r.”, tak napisał: „Często się powiada, że książka musi być napisana w sposób pozwalający podsumować jej treść jednym zdaniem. Jeśli ten tom byłby poddany takiemu sprawdzianowi, to zdanie mogłoby być takie: Obecnie, a także w każdym innym czasie, punkt ciężkości rozwoju prawa nie leży w legislacji, nie w nauce prawa ani w de-

<sup>18</sup> Wcześniej do podobnego wniosku doszedł L. Petrażycki, który po wyłożeniu własnej teorii prawa, całkowicie rozbieżnej z teoriami dotychczasowymi, zapowiedział wydanie książki pt. *Zarys socjologii i historii doktryn politycznych* zawierającej „wykład teorii oddziaływania prawa oraz historycznych praw rozwoju prawa” (zob. L. Petrażycki, *Teoria prawa i państwa w związku z teorią moralności*, t. 2, oprac. W. Leśniewski, PWN, Warszawa 1960, s. 682; wydanie rosyjskie będące podstawą przekładu na język polski ukazało się w roku 1910).

<sup>19</sup> K.A. Ziegert, *New Introduction*, w: E. Ehrlich, *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, Transaction Publisher, New Brunswick 2002, s. xxiv.

<sup>20</sup> W *Grundlegung*... nie jest wspomniany Durkheim, Weber, Simmel czy Gumpłowicz.

<sup>21</sup> Od roku 1909 Ehrlich był członkiem Niemieckiego Towarzystwa Socjologicznego (zob. C. Fleck, «No Brains, No Initiative, No Collaboration» – *The Austrian Case*, „International Sociology” 2002, t. 17, nr 2, s. 202–2003), a od roku 1918 International Academy for Philosophy (zob. D. van Dalen, *Mystic, Geometer and Intuitionist. The Life of L.E. Brouwer*, t. 1: *The Dawning Revolution*, Oxford University Press, Oxford 1999, s. 78).

cyzjach sądowych, lecz w samym społeczeństwie. To zdanie zawiera, być może, istotę każdej próby ustanowienia podstawowych zasad socjologii prawa”<sup>22</sup>.

Być może mając w pamięci to zalecenie podjął po dziesięciu latach próbę przedstawienia na użytek czytelnika amerykańskiego bardzo treściwego, skondensowanego wizerunku swojej socjologii prawa. Jej materializacją jest wspomniana wyżej rozprawa *The Sociology of Law*<sup>23</sup>. Podjęte tam rozważania<sup>24</sup> rozpoczął od pytania: Czy istnieje coś takiego, jak ogólnościatowe Prawo? A może istnieją Prawa, w różnych państwach i wśród różnych ludów odmienne? Większość prawników i wielu laików jest skłonnych odpowiedzieć twierdząco na to drugie pytanie. Słyszeli bowiem o prawie francuskim, angielskim czy rumuńskim, wydaje im się więc naturalna wielość Praw. Gdyby zaś ktoś im sugerował, że ponad wszystkimi tymi różnorodnymi prawami istnieje jakaś uniwersalna idea prawa, wówczas zapewne usłyszałby w odpowiedzi, że chodzi mu o Prawo Natury, w które żaden naukowo zorientowany prawnik już nie wierzy.

Lecz cóż byśmy odpowiedzieli na następującą argumentację – zastanawia się dalej Ehrlich. Przypuśćmy, że mamy wybrać się do kraju, o którym niemal nic nie wiemy. Domyślamy się, że istnieje tam małżeństwo, rodzina, własność, dziedziczenie, umowa. Spodziewamy się też, że za pieniądze coś kupimy w sklepie, że będziemy mogli wynająć pokój, zaciągnąć dług, a potem zwrócić pożyczkę. Wszystko to z trudem daje się pomyśleć bez Prawa. A jeśli te i podobne zjawiska występują wśród wszystkich cywilizowanych ludów, to musi być coś wspólnego w ogólnej idei Prawa. Wśród ludów nie cywilizowanych lub na wpol cywilizowanych niektórych z wymienionych instytucji (w oryginale *things*) nie znajdziemy, ale nie powiemy, że w ogóle ich tam nie ma. „Pod pewnymi względami – pisze Ehrlich – wyjątek [wyrażający się w braku pewnych instytucji prawnych – przyp. A.K.] stanowi dzisiaj Bolszewicka Rosja, lecz wyjątek ten jest bardzo pouczający, jak mam nadzieję pokazać, i jest jednym z tych, które potwierdzają regułę”<sup>25</sup>.

Ci którzy głoszą, że w poszczególnych państwach istnieją odmienne Prawa – powiada Ehrlich – rozumieją przez „Prawo” li tylko Przepisy Prawne, a te, rzeczywiście, w każdym państwie są inne. Ci natomiast którzy podkreślają, że w różnorodności przepisów istnieją wspólne elementy, skupiają uwagę

<sup>22</sup> Ehrlich, *Grundlegung...*, 1936, s. xv.

<sup>23</sup> Zob. przyp. 17.

<sup>24</sup> Nazwy: prawo, prawa, przepisy prawne, porządek społeczny itp. Ehrlich pisze z reguły dużymi literami, co w tekście jest zachowane, gdy przywoływane są jego poglądy przedstawione we wzmiankowanym artykule z roku 1922.

<sup>25</sup> E. Ehrlich, *The Sociology of Law*, „Harvard Law Review” 1922, t. 36, nr 2, s. 131.

nie tyle na Przepisach Prawnych, ile na Porządku Społecznym, który ma podobne cechy zarówno w państwach cywilizowanych, jak i w społecznościach pierwotnych.

Podstawą każdego Porządku Społecznego są takie instytucje, jak: małżeństwo, rodzina, własność, umowa, dziedziczenie. Instytucje te nie są, co oczywiste, przedmiotami materialnymi, takimi jak stół czy szafa, lecz ludzie zachowują się wobec nich tak, jakby były czymś konkretnym, fizycznym. Wiedzą, że cudzą własność należy szanować, umowy należy dotrzymywać, majątek po śmierci posiadacza powinien przejść w ręce krewnych lub osób wymienionych w testamencie itd., i stosownie do tej wiedzy się zachowują. Przeświadczenia te są niezależne od istnienia czy nieistnienia Przepisów Prawnych. To one konstytuują Porządek Społeczny.

Kiedy jesteśmy w jakimś obcym kraju, częstokroć widzimy, że ludność miejscowa w niektórych sytuacjach zachowuje się inaczej niż nasi rodacy. Często z tego powodu jesteśmy narażeni na kłopoty. Dość szybko potrafimy się jednak przystosować do nowych warunków. I nie jest nam do tego potrzebna znajomość Przepisów Prawnych. Wystarczy, że znamy podstawowe zasady Porządku Społecznego.

Czym wobec tego są Przepisy Prawne? Przepisy Prawne są instrukcją słowną skierowaną do sądu i mówiącą o tym, jaką powinien podjąć decyzję w kwestii prawnej (*Entscheidungsnorm*) lub jest podobną instrukcją skierowaną do urzędników administracyjnych mówiącą o tym, jak powinni postąpić w danym wypadku (*Verwaltungsnorm*). Współcześni prawnicy – pisze Ehrlich – rozumieją przez słowo „Prawo” wyłącznie Przepisy Prawne, ponieważ są one częścią Prawa, które interesuje ich w codziennej praktyce zawodowej.

A czy jest możliwy system prawny bez Przepisów Prawnych? Innymi słowy, czy można sobie wyobrazić system prawny składający się wyłącznie z zasad Porządku Społecznego? Na to pytanie należy odpowiedzieć twierdząco – zdaniem Ehrlicha – choćby dlatego, że społeczeństwo jest starsze niż Przepisy Prawne i musi być w jakiś sposób uporządkowane, zanim pojawią się Przepisy Prawne. Jeśli czyta się np. *Germanię* Tacyta, to znajduje się w niej dość wyczerpujący opis hierarchii społecznej (księżęta, szlachta, wolni, półwolni, niewolnicy); są tam też fragmenty poświęcone stosunkom rodzinnym. Potem następuje słynny zagadkowy fragment o własności ziemskiej u Germanów, a po nim ogólne uwagi o umowach i bardziej szczegółowe o dziedziczeniu. Ale próżno byłoby szukać u Tacyta fragmentów mówiących o tym, według jakich zasad sądy rozstrzygały spory. Nie natrafimy też na tego typu wiadomości w relacjach podróżników czy misjonarzy z pobytu wśród ludów niecywilizowanych czy wpółcywilizowanych, choć możemy się z nich wiele



dowiedzieć np. o sposobach zawierania małżeństw, o życiu rodzinnym, hierarchii, własności, umowach, dziedziczeniu itp. Niczego natomiast, co by przypominało współczesne Przepisy Prawne, w tych opisach nie znajdziemy.

Przepisy Prawne pojawiają się dopiero w późniejszym okresie rozwoju cywilizacji, ale i one nie obejmują całości Porządku Społecznego, a poza tym tylko część dawniejszego prawa była ujęta w formie Przepisów Prawnych. Nawet współcześnie nie jest możliwe włączenie całego prawa do Przepisów Prawnych, chociaż ich liczba wzrosła niepomniernie i żaden prawnik nie jest w stanie ich wszystkich ogarnąć. Próba ujęcia w Przepisach Prawnych wszystkich ludzkich działań jest równie daremna, jak usiłowanie schwywania wartkiego strumienia i zatrzymania go w sadzawce; pochwycona część nie jest już żywym strumieniem, lecz stojącą wodą, a poza tym większej części strumienia w ogóle się nie da schwytać<sup>26</sup>.

Taki wizerunek Przepisów Prawa zawarł Ehrlich – jak sam przypomina – w *Grundlegung der Soziologie des Rechts* i w *Juristische Logik*. W tzw. prehistorii prawa w ogóle nie było sądów. Spory były pokojowo rozwiązywane przez kompromis albo kończyły się krwawą pomstą. Sądy pojawiły się znacznie później. Niemieckie prawo ludowe, tzw. *Leges Barbarorum*, składało się głównie z tablic kar. Zawierały one takie mniej więcej zapisy: Jeśli wolny człowiek zabije szlachcica płaci tyle a tyle sztuk złota; jeśli ktoś wybije oko drugiemu płaci tyle a tyle; jeśli ukradnie krowę, kurę, świnie... płaci tyle a tyle. Fragmenty rzymskich *Dwunastu Tablic*, które przetrwały do naszych czasów, pochodzą z różnych okresów ewolucji prawa, lecz najstarsze należą do wzmiankowanego okresu tablic kar.

Pierwotną formą przepisów prawnych były właśnie tablice kar. Nie istniały one jednak zbyt długo. Rozwijało się bowiem życie gospodarcze, własność i handel. Spory prawne zmieniały charakter. Rozwiązywanie nowych problemów wymagało nowej wiedzy i nie znanych wcześniej umiejętności. Decyzje sądowe wzbudzające coraz większe zainteresowanie zaczęły być spisywane, porządkowane i porównywane. Coraz powszechniejsze było oczekiwanie, że nowe sprawy będą podobnie rozstrzygane jak sprawy dawniejsze, że decyzje sądowe będą zapadały według tych samych Przepisów Prawnych. Potrzebni się więc stali wykwalifikowani juryści i sędziowie. Stopniowo decyzje sądowe stawały się Przepisami Prawnymi, które zawierały normy określające, jak będą podejmowane decyzje w przyszłych sprawach.

Pierwotną formą Przepisu Prawnego jest więc – jak twierdzi Ehrlich – decyzja sądowa<sup>27</sup>. Każdy rozwinięty system prawny przeszedł przez okres,

<sup>26</sup> Ibidem, s. 97.

<sup>27</sup> Ibidem, s. 99.

kiedy Przepisy Prawne wyrażane były przede wszystkim w decyzjach sądowych. Prawo amerykańskie i angielskie, *common law*, w tym stadium do dzisiaj pozostaje. Przepisy Prawne są tu zawarte w setkach i tysiącach woluminów decyzji sądowych.

Przepisy Prawne rozwijały się przez uogólnianie decyzji sądowych. Elementy mało istotne (np. wygląd oskarżonego) były pomijane, utrwały się natomiast elementy istotne. Ehrlich przypomina, że Przepis Prawny *Dwunastu Tablic* dotyczący nieumyślnego zabójstwa zaczyna się słowami: „*Si telum manu fugit magis quam jecit*” – jeśli oszczep wysunął mu się z ręki, zanim nim rzucił. Widzimy w tych słowach ślady pierwotnego wydarzenia, które ukształtowało wyrok sądowy. Później sędziowie stwierdzili, że nie ma znaczenia, czy oskarżonemu wysliznął się oszczep z dłoni, czy dopuścił się jakiegось innego zaniedbania. Z czasem Przepis Prawny przybrał postać: „Każdy, kto nieumyślnie spowodował śmierć człowieka...” W ciągu dalszej praktyki prawnej Przepisy Prawne były tworzone dla sytuacji, których sąd jeszcze nie rozpatrywał.

Takie jurydyczne prawo zastąpiło w wielu wypadkach wszelkie inne prawo, zarówno w starożytnym Rzymie, jak i we Włoszech, Niemczech, Francji, w Holandii w XVI i XVII wieku, a w wielu częściach Niemiec w XIX wieku. Sądy nie orzekały już według wcześniejszych decyzji sędziowskich, lecz na podstawie tekstów pisanych przez prawników. Teksty te były wszelako monstrualnie rozbudowane, pełne sprzeczności i niejasności. W tym chaosie próbowano więc z czasem zrobić porządek dla dobra państwa. Uczynił to przede wszystkim rzymski cesarz Justynian. Druga część *Corpus Iuris Civilis* (Pandekty) składa się z wyjątków z pism rzymskich prawników, z których usunął on sprzeczności i w miarę możliwości wątpliwe punkty. Podobna praca została wykonana w państwach europejskich pod koniec XVIII i w XIX wieku. Tak powstało pruskie *Landrecht*, *Kodeks Napoleona*, kodeks austriacki, niemieckie *Bürgerliches Gesetzbuch*, szwajcarski *Zivilgesetzbuch* i wiele innych podobnych kodeksów. Błędem jest traktowanie tych prac jako legislacji we właściwym znaczeniu tego słowa. Są one głównie zbiorem już istniejących uregulowań prawnych. Nawet jeśli próbowano uregulować kwestie, które nie były rozstrzygane przez sąd, starano się dostosować je do zwyczajów sędziowskich.

Niesłuszny jest przeto pogląd, że całe prawo jest tworzone przez państwo w wydawanych przez nie ustawach. Innymi słowy, nigdy prawo stanowione przez państwo nie było jedynym prawem. Znaczna część prawa powstaje bezpośrednio w samym społeczeństwie w formie spontanicznego uporządkowania stosunków społecznych. Także rozmaitego typu stowarzyszenia, organizacje czy kluby posługują się własnym prawem (*gesellschaft-*

*liches Recht*), które reguluje ich wewnętrzny porządek (organizację) i sposób funkcjonowania. Wynika stąd, że większość reguł Porządku Społecznego nie jest objęta Przepisami Prawa<sup>28</sup>.

Nie można oczywiście twierdzić, że nie istnieje coś takiego, jak prawo państwowe (*staatliches Recht*), tj. prawo tworzone przez państwo w postaci legislacji. Państwo tworzy i stosuje prawo posługując się władzą przymusu. Prawo państwowe obejmuje konstytucję, a następnie regulacje dotyczące wojska, finansów, policji, zdrowia publicznego, bezpieczeństwa i obyczajów (*morals*), a współcześnie opieki społecznej i ubezpieczeń. Prawo państwowe składa się w większej części z reguł administracyjnych (instrukcji adresowanych do urzędników). Nadal obejmuje także normy podejmowania decyzji (*Entscheidungsnormen*), a więc instrukcje dla sędziów (*Juristenrecht*), jak powinni procedować i w jakim trybie orzekać.

Ustawodawstwo jest powszechnie uważane za najstarsze, pierwotne i szczególne zadanie państwa. W rzeczywistości państwo staje się prawodawcą w późnym okresie swego istnienia. Pierwotnie państwo było czysto militarnym ośrodkiem władzy i nie było związane ani z prawem, ani z sądami – twierdzi Ehrlich<sup>29</sup>. Mówimy wprawdzie o prawodawstwie Mojżesza, Zaratustry, Maniego, Hammurabiego, ale są to jedynie zbiory sądowych i administracyjnych postanowień wymieszane z wieloma przepisami religijnymi, moralnymi, ceremonialnymi, zasadami higieny itp. Wschodni despotą mógł, jeśli tego chciał, zrównać miasto z ziemią albo pozbawić życia kilka tysięcy ludzi, ale nie mógł np. wprowadzić w swym królestwie małżeństw cywilnych.

Legislacja pojawiła się najpierw w starożytnych Atenach, a następnie w sposób doskonały rozwinęła się w starożytnym Rzymie. Pod wpływem rzymskiej tradycji kształtowały się w wiekach średnich państwa niemieckie. Swoistym rodzajem ustawodawstwa były wtedy królewskie kapitularze (quasi-ustawy). Ale im bliżej współczesności, tym kapitularze stawały się rzadsze. Kiedy w XII wieku angielscy biskupi zwrócili się do Parlamentu, by zalegalizował małżeństwo rodziców dziecka urodzonego poza małżeństwem, świecki członek parlamentu odpowiedział: *Nolumus mutare leges Angliae* – nie chcemy zmiany praw Anglii. Jak pokazuje ta odpowiedź, postawa parlamentarzystów nie była spowodowana niechęcią zaakceptowania zasady samej legitymizacji, ale raczej poglądem, iż sprawa nie powinna podlegać decyzji parlamentu. Państwowa legislacja pojawiła się już w XII wieku we Włoszech, w XIII wieku w Anglii, w XIV wieku we Francji i w XV wieku w Niemczech.

<sup>28</sup> Ibidem, s. 100.

<sup>29</sup> Ibidem, s. 137.

Samo wydawanie ustaw jednak nie wystarczało. Powinny one być wprowadzane w życie. Państwo musiało więc mieć swoich sędziów i inne organy, które byłyby w stanie stosować prawo w praktyce. Potrzebni się stali również ludzie umiejący czytać, rozumieć i stosować ustawy. Takich ludzi brakowało w państwach orientalnych i długi czas w Europie w epoce średniowiecza. Z tego powodu Turcja, a właściwie Imperium Ottomańskie, nie miała ustawodawstwa do połowy XIX wieku. Dopiero po wojnie krymskiej, tj. po roku 1856, państwo to zaczęło się europeizować dzięki reformom znanym jako Tanzimat<sup>30</sup>. Ich wyrazem było m.in. wprowadzenie państwowych sądów, kodeksów prawa handlowego i prawa karnego, systemu podatkowego i świeckiej edukacji.

Te zagadnienia Ehrlich bardziej szczegółowo przedstawia w *Grundlegung der Soziologie des Rechts*. Dochodzi tam do wniosku, że całkowicie błędne jest przeświadczenie, iż takie instytucje społeczne, jak małżeństwo, związki rodzinne, własność, umowy, dziedziczenie powstały w wyniku Przepisów Prawnych, albo, co jest jeszcze gorszym domniemaniem, na mocy ustaw. Najpierw pewne problemy musiały pojawić się w życiu społecznym, aby później mogły być uregulowane przez prawo. „Państwo jest starsze niż prawo państwowe. Przepisy Prawne dotyczące małżeństwa i prawo rodzinne implikują uprzednie istnienie małżeństwa i rodziny. Przepisy Prawne, które tworzą prawo własności, nie mogły być ustanowione przed powstaniem systemu własności”<sup>31</sup>. To samo dotyczy umów, rodziny, dziedziczenia własności itp.

Nie tylko było tak w zamierzchłej przeszłości, lecz także jest tak współcześnie. System społeczny nie jest raz na zawsze ustalony i nie jest niezmienny. Od czasu do czasu ulega zmianom dzięki legislacji. Stare instytucje zanikają, pojawiają się nowe, a te które trwają, zmieniają swój charakter. Dzisiejsze małżeństwo nie jest tym, czym było dawniej. Zmieniły się stosunki między mężem a żoną i między rodzicami i dziećmi. Powstanie wielkich miast spowodowało zmiany w wielu dziedzinach życia. Kto 30 lat temu słyszał o *Arbeitertarifvertrag*? – pyta Ehrlich. Kto 40 lat temu wyobrażał sobie klauzule o konkurencji w umowach między instytucjami handlowymi? Kto setki lat temu słyszał o umowach dotyczących ładunku kolejowego? W krótkim okresie ludzkiego życia tych zmian się nie dostrzega, lecz z perspektywy wieków mają one rewolucyjne znaczenie.

W nowych warunkach społecznych pojawiają się nowe konflikty interesów, nowe typy sporów powołujących do życia nowe Przepisy Prawne.

<sup>30</sup> Zob. *Tanzimat*, w: Encyklopedia of the Orient; <http://lexicorient.com/e.o/tanzimat.htm> (z 28.12.2005).

<sup>31</sup> Ehrlich, *The Sociology...*, s. 139.

W obecnych czasach nowe potrzeby społeczne reguluje przede wszystkim ustawodawstwo. Prawodawca jest jednakże w stanie podejmować decyzje za pośrednictwem ustaw tylko w tych kwestiach prawnych, które z jakichś powodów zwracają jego uwagę. Dlatego z ustaw nie można wywieść żadnych decyzji prawnych co do spraw, których ustawodawca nigdy nie rozpatrywał lub nie był w stanie ich rozważyć.

Ale Przepisy Prawne nie mogą obejmować – powtarza Ehrlich – całego Prawa. Decyzje sądowe odnoszą się tylko do tych spraw, które zostały wniesione do sądu. Również prawnicy zajmują się głównie sprawami, które rozpatrują sądy. Większość spraw prawnych jest jednakże rozstrzygana bez rozpraw sądowych. Niezliczona ilość ludzi pozostaje w niezliczonej ilości stosunków prawnych nie mając w ogóle do czynienia z sądami i urzędnikami państwowymi. I nawet wtedy, kiedy powstaje spór, strony z różnych powodów – kosztów, czasu, braku odpowiedniej wiedzy – starają się uniknąć wymiaru sprawiedliwości i osiągnąć kompromis (lub zadośćuczynienie) w sposób pozasądowy. Czasami również obawa przed silnym i wpływowym antagonistą powstrzymuje przed uruchomieniem formalnej procedury prawnej. Należy również pamiętać, że odnośnie do nowych sytuacji prawnych tak długo brakuje Przepisów Prawnych, aż pojawi się przeświadczenie, że sytuacje te powinny być uregulowane.

Istnienie i treść Przepisów Prawnych zależą więc – powiada Ehrlich – od społeczeństwa (dzisiaj byśmy powiedzieli, że zależą od różnych czynników społecznych). Tak długo nie mogą się one pojawić, jak długo brakuje w społeczeństwie instytucji, w których te przepisy mogłyby funkcjonować. Prawo jest stanowione przede wszystkim wtedy, kiedy konflikty interesów w społeczeństwie są tak ostre, że musi interweniować państwo. Jeśli zmieniły się warunki, które powołały do życia określone przepisy, jeśli ustał konflikt interesów, wówczas Przepisy Prawne stają się martwą literą, nawet jeśli formalnie nie zostały odwołane. W państwach demokratycznych przepisy dotyczące *lése majeste* – obrazy majestatu i zniewagi członków rodziny panującej – stały się zwyczajnie zbyteczne, podobnie jak od czasu, kiedy ludzie przestali wierzyć w czarownice i czarodziejów, przestały być stosowane w Niemczech przepisy kodeksu karnego cesarza Karola V (tzw. Karolina) dotyczące czarownictwa.

Może się wydawać – stwierdza dalej Ehrlich – że kilka dobrze znanych faktów jest w konflikcie z tymi założeniami. Wiadomo bowiem, że we Włoszech, Hiszpanii, Francji, Niemczech i Holandii pod koniec wieków średnich zostało przyjęte Prawo Rzymskie, czy też – dokładniej mówiąc – Kodeks Justyniana (*Corpus Iuris Civilis*) i było stosowane do końca XVIII wieku, a w pewnym zakresie nawet do końca XIX wieku. Podobnie w wielu pań-

stwach europejskich, a także pozaeuropejskich stosowane kodeksy były jedynie przepracowanymi kodeksami francuskimi, zwłaszcza *Code Civil*. Dowodów na podobne zjawiska dostarczają i inne źródła. Można więc dojść do wniosku, że żaden z tych kodeksów nie jest powiązany ze społeczeństwem, dla którego został zapożyczony. Sprzeczność ta jest jednak pozorna. Zasadnicze instytucje społeczeństw cywilizowanych są w wielu punktach ze sobą zgodne. Gdziekolwiek się udamy, znajdziemy małżeństwo, związki rodzinne, własność, umowy, dziedziczenie. W tym zakresie społeczeństwo, które stworzyło Przepisy Prawne, przypominało to, które je przyjęło, i dlatego Przepisy Prawne jednego państwa mogą być stosowane przez inne państwo<sup>32</sup>. Gdyby społeczeństwa zbyt różniły się między sobą – kontynuuje Ehrlich – to transfer Przepisów Prawnych byłby niemożliwy.

Aż do czasów współczesnych jurysprudencja (nauka prawa) zajmowała się niemal wyłącznie Przepisami Prawnymi. Było to spowodowane względami praktycznymi – potrzebami praktykujących prawników, sędziów, notariuszy, dla których Przepisy Prawne są artykułami pierwszej potrzeby. Jednakże owe przepisy są tylko jedną z form Prawa i stosunkowo późno zostały z niego wywiezione. Większa część Prawa rozwinęła się nie w odległych, pradawnych czasach, jak mógłby ktoś przypuszczać, lecz powstaje w żywej teraźniejszości (*living present*) jako naturalne „potomstwo” samego społeczeństwa.

Nowa nauka, socjologia prawa, powinna rozpatrywać prawo jako rezultat życia społecznego. Nie może się ona ograniczać do Przepisów Prawnych jako takich. Musi opisywać, badać i analizować całe Prawo we wszystkich jego społecznych uwarunkowaniach i umieszczać państwowe Przepisy Prawne w tym złożonym układzie społecznym, w którym istnieje też żywe prawo i wewnętrzne prawo stowarzyszeń, organizacji, klubów itp. Warunkiem wstępnym umożliwiającym osiągnięcie tego celu jest posiadanie możliwie najpełniejszej wiedzy o strukturze społeczeństwa, o wszystkich jego instytucjach, nie tylko o tych, które są regulowane ustawami.

Socjologia prawa – zdaniem Ehrlicha – powinna zmierzać do tworzenia teoretycznej wiedzy o prawie przez ustalanie wzajemnych relacji między żywym prawem a prawem państwowym. Takie zadanie wykracza daleko poza możliwości jednego badacza. Tak jak w przeszłości kartografowie opisywali, z pomocą agend państwowych, powierzchnię ziemi, tak obecnie – dzięki zorganizowanej pracy zespołowej – powinien zostać dokonany możliwie pełny opis społeczeństwa. Biura statystyczne już to robią, wiele przeto zjawisk można dziś przedstawiać za pomocą liczb, wykresów, zestawień. Ale trzeba

<sup>32</sup> Ibidem, s. 142–143.

się też zająć zjawiskami, które mają wielkie naukowe i praktyczne znaczenie, lecz nie dają się przedstawić liczbowo. Do takich zagadnień w pierwszej kolejności należy problematyka wzajemnych związków żywego prawa i prawa państwowego. W badaniach socjologicznoprawnych należy wykorzystywać dwa uzupełniające się źródła wiedzy o pluralistycznie ujmowanym prawie, a mianowicie historię prawa i jurysprudencję oraz żywe prawo, które przejawia się przede wszystkim w zwyczajach społecznych.

Ideę żywego prawa sformułował Ehrlich we wspomnianym artykule opublikowanym w roku 1911<sup>33</sup>. „Żywym prawem” nazywa reguły zachowania, które ludzie uważają za wiążące w swoich wzajemnych stosunkach. Reguły te, a więc żywe prawo, są jego zdaniem zasadniczą formą życia społecznego. „Żywym prawem jest prawo, które panuje nad samym życiem, nawet jeśli prawo to nie zostało ustanowione w postaci przepisów”<sup>34</sup>. To właśnie przez żywe prawo, a nie przez przepisy prawa państwowego, jest utrzymywany porządek społeczny. Prawo, które tego porządku nie utrzymuje, przestaje być prawem.

Za Ehrlichem można przytoczyć następujący przykład funkcjonowania żywego prawa. Kiedy wierzyciel uznaje zobowiązanie dłużnika za wystarczające, by zapewnić spłatę długu, a przewidywane korzyści obu stron odpowiadają ich oczekiwaniom, wtedy nie odczuwają potrzeby odwołania się do jakiejś zewnętrznej egzekutywy, np. prawa państwowego (pozytywnego). W tym wypadku prawo to może zostać zignorowane lub odrzucone. Jeśli natomiast zwrot długu, np. w sprzedaży kredytowej, jest uzależniony od dobrej woli dłużnika, z którym wierzyciel nie ma bezpośredniego kontaktu, wtedy do zapewnienia pomyślnego przebiegu i zakończenia transakcji niezbędne jest odwołanie się do zewnętrznej instancji – prawa państwowego.

Jak dowodzi Ehrlich

[...] naukowe znaczenie żywego prawa nie polega na jego wpływie na reguły decyzji, które stosują sądy, ani na treść ustaw. Wiedza o żywym prawie ma niezależną wartość i wyraża się w tym, że tworzy ono podstawę prawnego porządku społeczeństwa ludzkiego. Aby uzyskać wiedzę o tym porządku, musimy znać zwyczaje, stosunki władzy, stosunki prawne, umowy, regulaminy stowarzyszeń, oświadczenia ostatniej woli i testamenty, zupełnie niezależnie od tego, czy znalazły one wyraz w decyzjach sądowych lub ustawach albo czy kiedykolwiek znajdują taki wyraz<sup>35</sup>.

W czasach Ehrlicha związki zawodowe walczyły o prawne uznanie i na fakt ten powoływał się on jako na przykład żywego prawa, które nie ma usta-

<sup>33</sup> E. Ehrlich, *Die Erforschung des lebenden Rechts...*

<sup>34</sup> Ehrlich, *Grundlegung...*, s. 493.

<sup>35</sup> Ehrlich, *Fundamental Principles...*, s. 502.

wowego umocowania. Z drugiej strony cytował austriacki kodeks cywilny, który ustanawiał wysoce zindywidualizowane i egalitarne stosunki rodzinne, nie mające nic wspólnego z faktycznie przestrzegającym żywym prawem ludów Bukowiny, wśród których ciągle obowiązywały zasady *patria potestas*.

Projekt terenowych badań żywego prawa przedstawił Ehrlich w roku 1912<sup>36</sup>.

W księstwie Bukowina – pisał – żyje obecnie dziewięć narodowości: Ormianie, Niemcy, Żydzi, Rumuni, Rosjanie, Ukraińcy, Słowacy [...], Węgrzy, Cyganie. Przedstawiciel tradycyjnej nauki prawa niewątpliwie twierdziłby, że wszystkie te narodowości mają tylko jeden, mianowicie dokładnie ten sam, austriacki kodeks prawny. [...] A wystarczyłoby jedno spojrzenie, by przekonał się, że każda z tych narodowości przestrzega zupełnie innych zasad prawnych w każdej sytuacji prawnej codziennego życia<sup>37</sup>.

Zamierzał zbadać świadomość prawną i ideę prawa (*Rechtsauffassung der Leute*) ludów Bukowiny, a zwłaszcza to, jak według żywego prawa jest zorganizowane gospodarstwo domowe, jak określa ono stosunki w rodzinie i jakie normy odnośnie do nich formułuje.

Wybuch I wojny światowej uniemożliwił zrealizowanie zamierzonych badań. Po latach okazało się, że spośród całej Ehrlichowskiej terminologii socjologii prawa największą karierę zrobiło pojęcie żywego prawa. Na temat żywego prawa organizowane są konferencje<sup>38</sup>, pojęcie to występuje w tytułach książek i czasopism<sup>39</sup>, a także w programach edukacyjnych<sup>40</sup>. Nie wszyscy wszelako współcześni propagatorzy idei żywego prawa wiedzą, że Ehrlich dostrzegał ograniczoną jej zastosowania, zwłaszcza w niektórych dziedzinach studiów nad prawem. Zdawał sobie sprawę (czemu dał głównie wyraz

<sup>36</sup> E. Ehrlich, *Das lebende Recht der Völker der Bukowina*, „Recht und Wirtschaft” 1912, nr 1. Praca ta została przedrukowana w zbiorze tekstów Ehrlicha wydanych przez Manfreda Rahbindera pt. *Recht und Leben*.

<sup>37</sup> Ehrlich, *Recht und Leben...*, s. 43.

<sup>38</sup> Na dorocznej konferencji The Law and Society Association w maju 2004 roku jedna z sesji została zatytułowana: „Living Law: Rediscovering Eugen Ehrlich”. Pod tym samym tytułem zapowiadana jest w maju 2006 roku konferencja organizowana przez Oñati International Institute for the Sociology of Law, w czasie której ma zostać wygłoszonych kilkanaście referatów poświęconych żywemu prawu.

<sup>39</sup> Zob. np.: E. Winkel, *Islam and the Living Law*, Oxford University Press, Oxford 1996; J.B. Greenberg, B. Kozolchyk, *Living Law: An Indisciplinary Look at Migration, Land Use, and Violence in Mexico*, „Arizona Journal of International and Comparative Law” 1988, vol. 66.

<sup>40</sup> W Petersburgu sześć szkół średnich i ponad dwadzieścia szkół w czterech innych regionach Rosji prowadzi obowiązkowy program edukacyjny pod nazwą *Living Law* (zob. [www.streetlaw.org/Russia.html](http://www.streetlaw.org/Russia.html) z 28.12.2005). Notabene w Internecie można znaleźć ponad 46 tys. stron odsyłających do „*living law*” i ponad 227 tys. – do „*lebendes Recht*”.



w recenzji z książki Ernesta Zitelmana *Internationales Privatrecht 1897–1912*), że w XX wieku prawo w coraz większym stopniu staje się wyrazem woli państwa, a sądy – organem państwowym.

Oczywiście – pisał – musi to wpływać na międzynarodowe prawo prywatne. Dzisiaj jest tak, że tylko państwo określa, jakie prawo powinno być stosowane w jego granicach. Sędzia natomiast nie musi już poszukiwać prawa, które dla danego przypadku zostało ustanowione, lecz jako przedstawiciel państwa musi stosować prawo, które państwo nakazuje mu stosować. Jeśli dzisiaj się mówi o prawie narodowym, w coraz mniejszym stopniu oznacza ono prawo narodu jako społeczności zespolonej pochodzeniem, językiem, historią i kulturą, lecz odnosi się do prawa państwa, czyli rządowej kontroli nad określonym terytorium, które zazwyczaj obejmuje tylko część lub częśćkę danego narodu. I obecnie to państwo stanowi, że każdy i wszystko, co znajduje się na jego terytorium, jest podporządkowane prawu; tylko to, czego nie mogą ogarnąć państwowe instrumenty władzy, jest w rzeczy samej wyłączone spod jego prawa. [...] Współcześnie zagadnienie międzynarodowego prawa prywatnego sprowadza się do kwestii: jakie prawo państwo nakazuje stosować w każdym jednostkowym przypadku<sup>41</sup>.

Cytat ten wyraźnie pokazuje, że zdaniem samego Ehrlicha żywe prawo nie mieści się w problematyce międzynarodowego prawa prywatnego.

W czasie ponad osiemdziesięciu lat, które minęły od śmierci Ehrlicha, dominujące nurty w socjologii prawa rozwijały się zgodnie z wyrażonymi przez niego ideami. Choć nie każdy socjolog prawa jest tego świadomy, wszyscy są w większej lub mniejszej mierze jego dłużnikami. Ukazał bowiem prawo, jego istotę i podstawowe funkcje w zupełnie nowym świetle niż to przyjmowano w nauce prawa. Wskazał główne słabości doktrynalnych i dogmatycznych analiz i rozumowań prawniczych oraz możliwe sposoby ich ograniczenia i przewyżczenia.

Oddziaływanie koncepcyj Ehrlicha było i jest wielokierunkowe<sup>42</sup>. W latach trzydziestych XX wieku wpłynęły one w istotny sposób na amerykań-

<sup>41</sup> E. Ehrlich, *Internationales Privatrecht...*, s. 425–426,

<sup>42</sup> Oto przykłady prac z różnych stron świata, poza cytowanymi w tekście, poświęconych twórczości Ehrlicha: M. Luwig, *Sein und Sollen. Eine Untersuchung zur Abgrenzung der Rechtsnormen von den sozialen Normen bei Max Weber und Eugen Ehrlicha*, Tectum Verlag, Marburg 1999; C. Morris (red.), *The Great Legal Philosophers. Selected Readings in Jurisprudence*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia 1997, s. 437–465; D. Nelken, *Law in Action or Living Law? Back to Beginning in Sociology of Law*, „Legal Studies” 1984, t. 4, s. 157–170; M. Nishimura, *Über die Begründung der deutschen Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich – in staendiger Hinsicht auf ihre geschichtliche Lage*, „Legal History Review” 1978, t. 28, s. 35–70; M. Reh binder, *Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich*, Duncker und Humblot, Berlin 1986; M. Villey, *Études récentes sur Ehrlich et le sociologisme juridique*, „Archives de philosophie du droit” 1968, t. 13, s. 353–368; S. Vogl, *Soziale Gesetzgebung, freie Rechtsfindung und soziologische Rechtswissenschaft bei Eugen Ehrlich*, Nomos, Baden Baden 2003; K.A. Ziegert, *A Note on Eugen Ehrlich and the Production of Legal Know-*

ską i skandynawską szkołę tzw. realizmu prawniczego<sup>43</sup>, której przedstawiciele przeciwstawiali się skrajnie pozytywistycznemu ujęciu prawa wyrażanemu przez Hansa Kelsena. Od lat czterdziestych myśl Ehrlicha inspirowała wielu antropologów i etnografów prawa<sup>44</sup>, a od lat sześćdziesiątych i siedemdziesiątych socjologia prawa rozwijała się w duchu Ehrlichowskiego pluralizmu prawnego<sup>45</sup>. W tym samym czasie Ehrlich stał się patronem międzynarodowego nurtu badań i studiów teoretycznych określanych mianem *law and society studies*<sup>46</sup>.

Na podkreślenie zasługuje zwłaszcza to, że poglądy, które wyrażał Ehrlich, przyczyniły się do rozwoju koncepcji pluralizmu prawnego, tj. stanowiska zakładającego, że państwo nie jest jedynym twórcą prawa, tworzą je bowiem także na własny użytek społeczności lokalne, organizacje, instytucje i kościoły. Pierwotna idea „państwowego pluralizmu prawnego”, według którego obok państwowego porządku prawnego istnieją prawa niepaństwowe (charakterystycznym tego przykładem są państwa kolonialne), albo uznawane, albo nie uznawane przez oficjalne prawo (np. kolonizatorów), została rozszerzona na państwa zachodnie, w których również znajdowane są przejawy pluralizmu prawnego. Jak pisze Ralf Michaels:

W szczególności Eugen Ehrlich rozwinął ideę, że nawet w ramach zachodniego państwa narodowego istnieje wielość porządków normatywnych, które zasługują na to, by nazwać je «prawem». [...] w ramach jednego terytorium może istnieć wielość porządków prawnych, z których większość to porządki niepaństwowe. Państwo dostarcza wypracowanego systemu prawa stanowionego, który pośredniczy między różnymi porządkami prawnymi<sup>47</sup>.

*ledge*, „The Sydney Law Review” 1998, t. 20, nr 1, s. 108–126; idem, *The Sociology Behind Eugen Ehrlich's Sociology of Law*, „International Journal of Sociology of Law” 1979, t. 7, s. 225–274.

<sup>43</sup> W.W. Fisher III, M.J. Horwitz, T.A. Reed, *American Legal Realism*, Oxford University Press, Oxford 1993; J.H. Schlegel, *American Legal Realism and Empirical Social Science*, The University of North Carolina Press, Chapel Hill, London 1995; J. Bjarup, *The Philosophy of Scandinavian Legal Realism*, „Ratio Juris” 2005, t. 18, nr 1.

<sup>44</sup> L. Nader, *The Life of the Law. Anthropological Projects*, University of California Press, Berkeley 2002.

<sup>45</sup> M.B. Hooker, *Legal Pluralism. An Introduction to Colonial and Neocolonial Law*, Clarendon Press, Oxford 1975; M. Chiba, *Legal Pluralism: Toward a General Theory through Japanese Legal Culture*, Tokai University Press, Tokyo 1989; idem, *Legal Cultures in Human Societies*, Shinzansha, Tokyo 2002.

<sup>46</sup> L.M. Friedman, *Coming of Age: Law and Society Enters an Exclusive Club*, „Annual Review of Law and Social Sciences” 2005, nr 1, s. 1–16.

<sup>47</sup> R. Michaels, *The Re-State-ment of Non-State Law. The State, Choice of Law, and Challenge from Global Legal Pluralism*, tekst nie publikowany, 2005.

Trafne jest również spostrzeżenie jednego z głównych specjalistów w dziedzinie pluralizmu prawnego, Johna Griffithsa, który zauważył, że:

Pluralizm prawny jest właściwością dziedziny społecznej (*social field*), a nie «prawa» lub «systemu prawnego». Opisowa teoria pluralizmu prawnego ma do czynienia z faktem, że w ramach danej dziedziny może działać prawo różnego pochodzenia. Jest tak wtedy, kiedy w pewnej dziedzinie społecznej postrzega się więcej niż jedno źródło «prawa», więcej niż jeden «porządek prawny» i można powiedzieć, że porządek społeczny tej dziedziny ujawnia pluralizm prawny. [...] prawo jest obecne w *każdej* dziedzinie społecznej, a ponieważ w każdym społeczeństwie jest wiele takich dziedzin, pluralizm prawny jest powszechną cechą organizacji społecznej<sup>48</sup>.

Mimo że recepcja myśli Ehrlicha jest współcześnie szeroka, ma ona także wiele słabych punktów. Na niektóre jeszcze za życia autora *Grundlegund* zwracał uwagę w polemicznych tekstach Hans Kelsen<sup>49</sup>. Podkreślał przede wszystkim, że Ehrlich pomieszał analizy opisowe z analizami normatywnymi i przyjął błędne rozumienie prawa. Nie wskazał ponadto, jaka jest *differentia specifica* żywego prawa, co je odróżnia od innych norm społecznych. Jest to zarzut bynajmniej nie błahy, lecz co osobliwe, nie osłabił entuzjazmu komentatorów dzieła Ehrlicha dla jego idei żywego prawa. A przecież nie jest pozbawiona metodologicznego, empirycznego i teoretycznego znaczenia kwestia delimitacji prawa i innych porządków normatywnych: obyczajów, religii czy moralności, które też porządkują zachowania ludzi. Gdyby zaś żywe prawo miało obejmować wszystkie inne reguły normatywne wraz ze specyficznymi dla nich nakazami, zakazami i sankcjami, wówczas taka kategoria pojęciowa byłaby treściowo niejednorodna, a przez to pozbawiona walorów eksplikacyjnych, nazwa zaś „prawo” z takim czy innym przymiotnikowym dookreśleniem byłaby w tym wypadku równie dobra jak każda inna.

Pojęcie „żywe prawo” bywa przez Ehrlicha używane w takim znaczeniu, które w wielu kontekstach czyni je równoznacznym z pojęciem „ogół pozaprawnych norm społecznych”. Erwin M. Schur sądzi nawet, że żywe prawo ma niemal to samo znaczenie, co „wzór kulturowy” w pracach współczes-

<sup>48</sup> J. Griffiths, *What is Legal Pluralism?*, „Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law” 1986, nr 24, s. 38. Wypada nadmienić, że pod wpływem Ehrlicha wielce ceniony profesor prawa cywilnego Gunther Teubner rozwinął koncepcję globalnego pluralizmu prawnego pod nazwą „global Bukowina” (zob. G. Teubner, *«Global Bukowina»: Legal Pluralism in the World Society*, w: idem, *Global Law without State*, Aldershot, Dartmouth 1997).

<sup>49</sup> Zbiór tekstów polemicznych obu autorów ukazał się jako 78-stronicowa broszura zatytułowana: Eugen Ehrlich, Hans Kelsen: *Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft. Eine Kontroverse (1915/17)*, Nomos, Berlin 2003. Zob. także: A. Carino, *Eugen Ehrlich e Hans Kelsen: una controversia sulla sociologia del diritto*, Università di Napoli, Working Paper No. 79, Barcelona 1993.

nych antropologów<sup>50</sup>. Z kolei Sally Falk Moore zwraca uwagę, że w pracach Ehrlicha, podobnie zresztą jak i Bronisława Malinowskiego, trudno odróżnić prawo od tych wszystkich aspektów stosunków społecznych, które nakładają na jednostkę najrozmaitsze zobowiązania<sup>51</sup>. Jeżeli różne rodzaje prawa mają tę wspólną cechę, że utrzymują porządek społeczny, to w tej funkcji nie są bynajmniej odosobnione, istnieją bowiem również pozaprawne czynniki spełniające analogiczną rolę (gospodarcze, religijne czy moralne). Można przypuszczać, że gdyby Ehrlich zamiast określeniem żywe prawo posługiwał się pojęciem „normy społeczne”, to jego spuścizna spotkałaby się ze znacznie mniejszym odzewem. Czyżby więc udany wynalazek terminologiczny potrafił nadać niezbyt wyrafinowanej koncepcji teoretycznej nie tylko znaczną widoczność, lecz także długą żywotność?

Wypada przytoczyć jeszcze jedną opinię krytyczną. William M. Johnson, historyk myśli społecznej, zwraca uwagę, że socjologia prawa Ehrlicha odniosła większe sukcesy w krytyce zastanego stanu wiedzy prawniczej niż w budowaniu nowych jej podstaw<sup>52</sup>. Autor *Grundlegund* przecenił różnice między żywym prawem wspólnoty (*Gemeinschaft*), a tworzonym przez państwo prawem zrzeszenia (*Gesellschaft*). Przecenił również samoregulujące mechanizmy życia wspólnoty. Zuniwersalizował partykularyzm prawny prowincji i przeniósł go na poziom centrum przemysłowego. Nie dostrzegł, że gospodarka kapitalistyczna potrzebuje ogólnych, powszechnych, sformalizowanych norm prawnych i że wraz z rozwojem ekonomicznym i komplikowaniem się stosunków społecznych zwiększa się rola państwa i tworzonych przez nie prawa.

I jeszcze jedna uwaga. Oryginalność idei żywego prawa już dawno była kwestionowana<sup>53</sup>. Adam Podgórecki dowodził – zgodnie zresztą z chronologią ukazywania się dzieł Petrażyckiego i Ehrlicha – że zanim ten drugi sformułował pojęcie żywego prawa, Petrażycki kilka lat wcześniej przedstawił i szczegółowo scharakteryzował pojęcie prawa intuicyjnego<sup>54</sup>. Trudno wszakże ustalić, jaki wpływ wywarły prace Petrażyckiego na koncepcje Ehrlicha i w jakim stopniu był on z nimi obeznany. Nie ulega wszakże wątpliwości,

<sup>50</sup> E.M. Schur, *Law and Society: A Sociological View*, Random House, New York 1968, s. 37.

<sup>51</sup> S.F. Moore, *Law as Process: An Anthropological Approach*, Routledge & Kegan Paul, London 1978, s. 200.

<sup>52</sup> W.M. Johnson, *The Austrian Mind. An Intellectual and Social History 1848–1938*, California University Press, Berkeley 2000, s. 91.

<sup>53</sup> Zob. A. Podgórecki, *Zarys socjologii prawa*, PWN, Warszawa 1971, s. 30.

<sup>54</sup> A. Podgórecki, *Intuitive Law versus Folk Law*, „Zeitschrift für Rechtssoziologie” 1982, t. 3, nr 1.

że ich prace zawierają analogiczne wątki. Ehrlich, podobnie jak Petrażycki, utrzymywał, że prawo pozytywne (oficjalne) jest tylko częścią szerszej kategorii prawa. Większość ludzi przestrzega zakazów i nakazów prawa państwowego nie dlatego, że ich pogwałcenie jest zagrożone sankcjami, lecz dlatego, że pożądane zachowania są po prostu „imperatywem stosunków społecznych”. Tak jak dla Ehrlicha „bezpośrednia obserwacja życia” stanowiła równie doniosły sposób zdobywania wiedzy o prawie, jak analizy obowiązujących dokumentów prawnych i tego, co dzieje się w sądach, tak dla Petrażyckiego studiowanie „naturalnych eksperymentów historii” oraz introspekcyjny wgląd w naturę emocjonalnych przeżyć imperatywno-atrybutywnych (to jest prawnych) były głównym źródłem poznawania mechanizmów działania prawa<sup>55</sup>. Poza wzmiankowanymi podobieństwami są to stanowiska naukowe z gruntu odmienne<sup>56</sup>. Z różnych, złożonych powodów, na których omawianie nie ma tutaj miejsca, teoria zrodzona w prowincjonalnych Czerniowcach, poznawczo płytsza i mniej metodologicznie zaawansowana, zyskała współcześnie znacznie większy rozgłos niż teoria głębsza, o znacznie szerszych horyzontach poznawczych, ukształtowana w stołecznym Petersburgu. Być może z nauką bywa tak, jak z pieniądzem: gorsza wypiera lepszą.

Nie ulega wszakże wątpliwości, że twórczość autora *Grundlegund der Soziologie des Recht* wydatnie wspomogła wykrystalizowanie się problematyki socjologii prawa i jej późniejszą instytucjonalizację. Wprawdzie stało się to wiele lat po śmierci autora, ale bynajmniej nie umniejsza to jego zasługi. Fakt, że swe koncepcje tworzył w uniwersytecie odległym od światowych centrów myśli naukowej, jest wielce znamienne<sup>57</sup>.

Zamiast konkluzji warto przypomnieć siedem najważniejszych, jak sądzę, tez socjologii prawa Eugena Ehrlicha.

<sup>55</sup> Zob. A. Kojder, *Godność i siła prawa*, Oficyna Naukowa, Warszawa 2001, s. 27–28.

<sup>56</sup> Nie ma również zbieżności – choć niektórzy autorzy zdają się ją dostrzegać (zob. np. Chłeba: *Legal Pluralism...*, s. 132) – między postulatami Roscoe Pounda badania „prawa w działaniu” a Petrażyckiego koncepcją prawa intuicyjnego i Ehrlicha żywym prawem. Amerykańskiemu autorowi chodziło bowiem o to, jak w praktyce jest stosowane „prawo w książkach”, czyli prawo pozytywne, a nie prawo jakiegoś innego rodzaju. Zob. R. Pound, *Law in the Books and Law in Action*, „American Law Review” 1910, t. 44.

<sup>57</sup> Notabene w Uniwersytecie w Czerniowcach rozpoczynał karierę naukową znany ekonomista Joseph Alois Schumpeter, który pracował tam na Wydziale Prawa w latach 1909–1911. Tam też napisał jedną najgłośniejszych swoich książek *Teoria rozwoju gospodarczego* (1912). Przyjaźnił się m.in. z Ehrlichem. Zob. J.C. Wood (red.), *Joseph A. Schumpeter. Critical Assessment*, tom 1, Routledge and Kegan Paul, London 1991; R.L. Allen, *Opening Doors. The Life and Work of Joseph Schumpeter*, t. 1: *Europe*, Transaction Publishers, New Brunswick 1994 (o pobycie Schumpetera w Czerniowcach autor pisze na s. 96–116).

1. Społeczeństwo jest starsze niż przepisy prawne i musi być już w jakiś sposób ustrukturalizowane, aby przepisy te mogły się pojawić.
  2. Błędne jest przeświadczenie, że takie instytucje społeczne, jak małżeństwo, pokrewieństwo, własność, umowy, dziedziczenie itp., powstały w wyniku ustanowienia odpowiednich przepisów prawnych.
  3. Pierwotną formą przepisów prawnych były decyzje sądowe.
  4. Państwo staje się prawodawcą w późnym okresie swojego rozwoju.
  5. Przepisy prawne są tylko jedną z form istnienia prawa i nie obejmują całości porządku społecznego.
  6. Znaczna część prawa powstaje spontanicznie w życiu społecznym jako żywe prawo i tylko część prawa tworzy państwo w wydawanych przez nie ustawach.
  7. Ludzie codziennie nawiązują ze sobą niezliczoną ilość stosunków prawnych nie mając w ogóle do czynienia z przepisami prawnymi i instytucjami wymiaru sprawiedliwości.
- Ponieważ wyrażone w powyższych tezach przeświadczenia nie są zgodne z tym, co o prawie myśli bardzo wielu socjologów i jeszcze więcej prawników, można przypuszczać, że długo jeszcze będą przedmiotem ożywionych dyskusji i sporów. *Immensum gloria calcar habet.*