

неє море, так Ви, Пане Президенте, збирайте і наші дрібніші зусилля, спрямовуйте на один шлчх, по якому мусять перейти всі народи а з ними і ми, вдивлені у найвисший свій ідеал яким є найвисша й найдоскональша орґанізаційна надбудова, осяяна справжньою волею, свободою та національною незалежністю. Наш Президент Союза Укр. Адвокатів хай живе! Слава!

(Всі зібрані грімко повторили трикратно Слава! Слава! Слава!).

СТАНИСЛАВ ДНІСТРЯНСЬКИЙ.

Старі й нові шляхи в науці приватного права.

Редакція віденського часопису публичного права скликала в 1917. р., саме не цілий рік перед розвалом Австро-Угорщини, анкету про питання „автономії країв“. В цій анкеті, до якої запрошено наукові організації всіх австрійських народностей, брав і я сталу участь, склавши свою окрему наукову опінію, та забираючи голос у дискусії, що розвинулась після реферату головного докладчика, проф. Ра в х б е р г а з Праги. Я одинокий висловився тоді за знесенням автономії країв та заступленям її системою автономії народів.

Але це тут не важне. Важливіше те, що по нинішний день залишилось у моїй памяти, а саме, що про юристів сказав тоді в дискусії відомий професор Б р о к г а в з е н. Вислухавши головний реферат і декілька промов, він визнав, що юристи мають з правила великий нахил до консерватизму, та до дискусії над важливими проблемами дня приходять звичайно за пізно, а й тоді залишаються здебільшого при старих поглядах. Це найкраща характеристика годішньої ситуації.

Заміт — по мойому — правдивий. Зосібна, коли маємо на думці науку приватного права, то в цій ділянці панує непохитно царство римського права, і справді треба великих правно-політичних потрясень, щоб у цьому царстві завести необхідні реформи, що вже давно чекають здійснення ізза нових потреб даної доби. Та, як воно й вигідно, спиратись на такий тривкій основі, яку дає римське право, як воно й підтримує гордість кожного цивіліста, що його стара наука — по словах У л п я н а — *divinarum et humanarum rerum notitia*, — всеж таки вона не звільняє його від обовязку звертати бачну увагу на всі обставини економічного та соціального життя й на нові змагання на цьому полі, вона навпаки заставляє його до щораз нової провірки дав-

ніх шляхів, щоби розважити, чи вони його заведуть до бажаної цілі. Це-ж робили вже й римські правники, й тому слід їх у цьому наслідувати, а не в тому, що вони вирішили в старовічу і як вони це вирішили.

Розважуючи становище, в якому знаходиться сьогодні наука цивільного права, пригадую собі мою розмову з професором віденського університету Піском; не буде це довше, ніж два роки тому, коли він признав, що наука цивільного права застрягла сьогодні у „вулиці без виходу“ (in einer Sackgasse) — та це я зазначую з особливим натиском, щоб вказати, куди загналась пануюча наука цивільного права, поступаючи консервативними шляхами давньої романістичної доктрини. Але нема такої вулиці, з якої не було б виходу: треба завернути, та вибрати інший шлях! Всеж таки й на новому шляху придасться одначе стара школа та й старий досвід!

Так і нам прийдеться, шукаючи нових шляхів, згадати старі шляхи, щоби не повторювати старих похибок, але зі старого досвіду використати все, що до нового може знадобитися. Це шлях справжньої еволюції, яким повинна поступати й наука приватного права.

Зачнемо, значить, від старих шляхів. Тут слід нам зупинитись на теорії т. зв. природнього права (права натури), що панувала в 17. і 18. століттях. Основи цієї теорії загальнознані, зосібна те, що її прихильники, шукаючи у філософських міркуваннях незмінних підстав права поза позитивним правом, знаходили саме в римському праві нераз тривку підпору для своїх відповідно сконструованих висновків. Це чисто-юридична сторінка цього змагання. Воно має одначе в історії культури далеко більше, політичне значіння. Абсолютизм тодішньої доби пішов у розріз із змаганням широких кругів населення до індивідуалізму. Шлях до цього останнього відкрила епоха італійського ренесансу та церковної реформації: почалась наукова боротьба за „права людини“ (les droits de l'homme, що завершилася великою революцією у Франції. І в цьому підперла згадану теорію рецепція індивідуалістичного римського права; римське право, побудоване на принципі індивідуальної волі, до якої змагала тодішня індивідуалістична система, стало живчиком цілого руху. Поняття індивідуальної свободи римського права приготувало публично-правне поняття „свободи“ французької революції.

Так відіграло римське право в історії культури 17. та 18. століття дуже визначну роль. З рецепцією римського права перейшла і його система до тодішньої науки. Принято поділ на три часті: *personae, res, actiones*. Але на цьому не кінець. Наука почала уважно слідити за теоріями грецької філософії та за конструкцією правничого думання рим-

ських юристів, і так повстала правнича школа Крістіана Вольфа¹⁾, який учив, що всякі правничі висновки можуть мати тільки тоді науковий характер, якщо спираються на певному „понятті“, що з нього виходять; із такого поняття повинні слідувати поодинокі речення при допомозі нерозривного звязку силлогізмів, що творитимуть одну цілість. Тим дедуктивним методом починаються перші спроби юридичної наукової систематики²⁾, яка пізніше панує в 19. столітті. Але побачимо, що не Вольф, але Кант є справжнім творцем нової систематики.

Французька революція осягнула свою мету, та для нової теорії права намітились нові шляхи. „Свобода“ стоїть тепер на початку нового шляху, не при кінці. Римське право все ще могутне, але сильніший державний резон, що починає домагатись кодифікації нового права. Ще під кінець 18. віку оповіщено пруський ляндрехт, опісля в 19. віці французький *code civil* та австрійську книгу загальних цивільних законів. В усіх тих законах верховодять принципи римського права, але при тому не вгасає вплив теорії природного права. Після оповіщення тих законозборів настає розлука між філософічною теорією та правничою практикою.

На чолі філософічного напрямку цієї доби стоїть Кант. У людському мишенні зосереджується узагалі все, що називаємо пізнанням, та кульмінаційна точка теорії пізнання заключається на погляд Канта в можливости „синтетичних осудів *a priori*“, які чоловік розпізнає при допомозі „чистого розуму“. Ця теорія дала, як низче побачимо, почин до конструкційно-догматичного напрямку в науці права. Крім цього заслужився Кант головно тим, що поклав логічні основи під наукову систематику. Суть системи лежить на його думку саме в тому, що наука впорядковує весь зміст свого досліду, звязуючи його в один необхідний логічний звязок, та придержуючися при сполуці поодиноких уяв одного тривкого правила³⁾.

Але сам Кант не склав загальної системи права; він обмежився тільки до „Метафізичних починів науки права“, як частини „Метафізики обичаїв“⁴⁾. Те, що він дав нам у своїй теорії права, по його власному названні: метафізика, і то зосібна тільки „початкові основи“ метафізики. Так він

¹⁾ Пор. ст. Jeruzalem, *Sociologie des Rechts* I. (1925) ст. 63 і д.; Swoboda, *Das allg. bürg. Gesetzbuch im Lichte der Lehren Kants*, 19 6, ст. 26 і д.

²⁾ Пор. А. В. Schwarz, *J. Zeitschr. der Savigny-Stiftung für Rechtsgesch. Rom. Abt.* 42, ст. 578 і д.

³⁾ Пор. до цього Fritz Münch, *Erlebnis und Geltung, y: Kant-Studien*, Erg. heft 30, ст. 2 і д.

⁴⁾ Пор. Кант, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre — Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*.

поклав в основу правничої системи філософічну метафізику. Слід зазначити, що Кант зачислює цілу ділянку права до царства „волі“, значить до області теорії „практичного розуму“, не до області „чистого розуму“, в якій панує виключно апіорне „мишлення“. Вихідною точкою згаданої метафізики була „свобода“ людини, свобода, яку вже здобула французька революція та якій Кант дав спеціальну філософічну санкцію класичного німецького ідеалізму. В Кантівській концепції панує без обмеження індивідуалістичний напрямок попередньої філософічної епохи природнього права, хоч і як старається Кант іти своїми власними шляхами. На „свободі“ ґрунтує він у приватному праві поділ на „особи“ й „речі“, а за тим поділ на особове й річeve право. Міркування його критики практичного розуму заступають давні філософічні конструкції теорії природнього права і — що важливіше — зривають звязок з давнім авторитетом римського права.

Могутній був вплив Канта в ділянці наукової систематики, але найблизчі генерації правників не спішилися присвоїти собі цей метод. Та порода правників, що мала перед собою нові кодифікації цивільного права, вважала за свій обовязок перевести точну аналізу нових законних постанов, щоби запізнати правничі круги з правними приписами. Так запанував у правничому світі з початком 19. віку екзегетичний метод, зосібна у Франції (code civil) та в Австрії (книга заг. цив. зак.). Але при самій кодифікації не могло бути мови про екзегезу; тут залишився величезний вплив римського права, та при тому й вплив дуже поширеної доктрини природнього права. Комбінація обидвох тих систем об'явилась так влучною, що саме знаменитому переведенні сполуки тих систем завдячуємо визначну вартість французького й австр. цивільного права тієї доби. Зосібна велика є заслуга референта австр. к. з. ц. з. Цайлера, що зумів в цьому законозборі получить нові ідеї французької революції та тодішньої теорії природнього права з трівкими основами римського права в одно, маючи на оці вимоги духа часу й потреби населення. Грацький професор Свобода приписує у вище цитованому творі цю заслугу впливові Канта на погляди Цайлера — але, в дійсности, цей вплив є більш безпосередній, під адресою загально відомих постанов французької революції, з якої черпали всі тодішні вчені, крім цього головна юридична праця при редакції к. з. ц. з. є виключно геніяльним ділом та заслугою самого Цайлера, до чого Кант не міг йому в нічім помочи, бо сам не був правником і в правничих питаннях *par excellence* часто помилявся.

Як сказано, в Австрії й у Франції обмежувалась тодішня наука права на саму екзегезу: римське право, як таке.

вже не зобов'язувало, а зміни закону з огляду на природне право знаходили свою основу або в тезах французької революції, або щодо австрійської літератури в авторитетному коментарі Цайлера. Тодішні юристи якось не відчували потреби, прикласти систематичний метод Канта безпосередньо до науки права, з другого боку вони не ставляли собі питання, чи йти шляхами індивідуалізму Канта, чи вступити на новий шлях зі змаганням до колективізму, який почав помалу зарисовуватися в англійській і пізніше в німецькій літературі. В австрійській правничій літературі не було тієї потреби тому, бо сам Цайлер не був безумовним прихильником індивідуалізму; він не тільки в понятті права, але й у поодиноких постановках закону брав на увагу соціальний момент, хоч — природно — не в цій мірі, як це діється сьогодні. Правничий позитивізм у Франції й Австрії не був з початком 19. віку визнанням сухої букви закону, тільки екзегезою закона, який по своїй суті не був „сухий“, але саме в своїй основі перебрив етичну закраску з теорії права натури.

В Німеччині мала тільки Прусія свій окремий законозбір у т. зв. пруському ляндрехті. Інші німецькі держави, що не прийшли під безпосередній вплив французького *code civil*, задержали давнє „повсюдне“ право (*gemeines Recht*), яке було продуктом римського права в новому виданні. А що й пруський ляндрехт не багато ріжнився в приватному праві від повсюдного права, то в Німеччині наука права звертала дальше головну увагу на т. зв. „пандекти“, тобто на постанови римського права з тими змінами, які прийнято із старогерманського права. Тут зарисовуються помалу нові напрямки в науці.

Виринає новий позитивізм і нова юридична школа, тобто історична.

Німецький позитивізм я назвав: новий, бо він з екзегетичним методом австрійської й французької школи не мав нічого спільного; він більше зближений до англійського утилітаризму Бенггема. Головний представник цього позитивізму в Німеччині: Тібо. Він звертає в праві увагу на практичну сторінку та на користи, жадаючи, щоб право служило етичному поступові й економічному добробуту людства; але він має на думці тільки позитивне, законне право, не покликаючись у нічому на давнє право натури. Його позитивізм обмежується на чисто-правничу сторінку права. Крім цього „наукового“ позитивізму розвинувся в першій половині 19. віку й дещо пізніше: тактичний, індиферентний, спекулятивний та практичний позитивізм; всі ті роди позитивізму ріжняються одначе від французького позитивізму Конта.

Далеко більше значіння, чим цей позитивізм, має в на-

уді права й у історії культури історична школа Савінія. Перш ніж зрозуміємо, відкіля вона взялась, та чому вона завдячує свою експанзивну силу на майбутнє, мусимо коротко зупинитись на духові часу й на філософічних та літературних змаганнях тієї доби. Це доба найкращого розвитку німецького ідеалізму, що зазначається такими велетнями духа, як Фіхте, Шеллінг, Гегель і ін.

Не місце тут розбирати подрібно вплив тих філософів на розвиток науки права — ми мусимо вдоволитись загальними увагами, а саме остільки, оскільки ті філософи причинились до повстання історичної школи в юриспруденції. Фіхте зачав від ідеї індивідуалізму, щоб перейти опісля до колективізму. Він переходить від індивідуума до поняття спільноти, від соціалістичної теорії „замкненої торговельної держави“ до націоналістичної теорії народу. З одного боку вказує на велике значіння праці в правному житті, з другого боку на нестримну, стихійну силу народа, як найвищого культурного твору, з правом на одну, спільну державу. Від Канта до Фіхте: цілий світ — та цим живчиком, що молодого прихильника Канта запровадив на нові шляхи, це повне зірвання з методом „чистого думання“ й перехід у ділянку людського „переживання“, у ділянку „життя“ й „чину“ (діла). „Спільнота“, „народ“, „народне почування“ — це поняття, яким Фіхте дав нову, філософічну основу. Він став першим філософічним проповідником нового напрямку в історії європейської культури, тобто — романтизму. Він іще не романтик *par excellence*, але необхідний предтеча романтизму.

Свідомий філософ романтизму — це Шеллінг. Признаючи стихійні сили природи та змагаючи до того, щоб усе, що є у світі, звести до спільного знаменника, він визнає поняття „душі всесвіта“, „душі народа“ або „духа народа“ й підготовляє у свому системі теорію Гегеля про поняття „абсолютного духа“.

Завершення цього розвитку філософічної думки стрічаємо у Гегеля в його теорії духового монізму та філософічного погляду на історію й право. Поняття „розвитку“ (еволюції) тріюмфує в історії та в праві, а в діалектичному методі виявляє дух усесвіта своє здійснення. Дійсне життя стає безпосереднім предметом філософічного досліді, а правне життя відбувається між родиною (теза), суспільністю (антітеза) й державою (синтеза). Ідея індивідуалізму щоправда не гине, але мусить підпорядкуватись колективізмові, який, визнаючи право одиниці, всетаки приневолює її підчинитися вищим цілям. Гегель поставив перший філософію суспільности, хоч само поняття було вже знане англійським мораль-філософам 18. віку, було політично розроблене в „*contrat social*“ Русса,

та з культурного боку обмірковане в „ідеях“ Гердера.

Виходячи із філософії Гегеля, поставив Маркс соціалістичну теорію капіталу й вартости, та визнав економіку рішачим чинником у житті людини, доказуючи, що історію можна розуміти тільки з матеріяльного боку. Поняття економіки вижеться безпосередньо з поняттям суспільности, та справжній матеріяльний колективізм стає на місце індивідуалізму.

Цей живий процес перебудови філософичної думки не міг залишитись без впливу на науку права. Всеж таки вибрала наука права свій декуди відмінний шлях.

Перш за все німецька юриспруденція й не думала розпрачатись з римським правом. Як після французької революції не винайдено у Франції нової системи адміністрації, тільки завернено до давнього, передреволюційного *ancien régime*-у, так і в Німеччині не тільки задержано традиції повсюдного права, але саме настав час, коли звернено цілу увагу на чисте римське право й на історичний розвиток його в старовині й у пізніших століттях. Під впливом реакції супроти норм французької революції піднісся протест проти теорії права натури та звернено безпосередню увагу на історичний розвиток права. На цій основі повсталася історична школа в науці права. Розвиткова теорія Гегеля знайшла в науці права загальний приєм — дарма, що історична школа не зуміла перевести в дійсність усі розвиткові ідеї Гегеля, та вдоволилася тільки історичним дослідом поодиноких правних явищ римського права.

Друга сторінка правного історизму Савінія та його школи носить характер романтики. На чолі системи приватного права стає не закон, але звичаєве, народне право. Право виходить із „духа народу“, та й закон повинен відповідати цьому духові. Тому доки не просліджено історичного розвитку „народнього духа“ в праві, час на кодифікації не пригожий, і тому Савіні висловлюється виразно проти нового законодавства.

Але юрист тієї міри, що Савіні, не міг не добачити, що правне життя всетаки іде своїм путтям, і що ані історичний дослід не може сам собою вияснити, яке право як слід зобов'язує, ані теорія звичаєвого чи народнього права не може заставити суддю до нехтування закону. Так він мусів покласти собі питання, як приступити до пізнання позитивного, тобто обов'язуючого права. На це питання він не шукав одначе відповіді ні в філософії Фіхта, ні в філософії Шеллінга або Гегеля. Тут Кант був його провідником. Він прийняв від Канта систематичний метод, та з ним і Кантівську теорію „синтетичних осудів *a priori*“. Поборюючи теорію права натури, виступив однак Савіні проти висновування правних норм із філософичних міркувань, та

приймаючи науковий метод Канта, філософічну метафізику Канта заступив юридичною метафізикою. Його „Система“ — це зведення правних норм до загальних абстрактних понять, щоб їх повязати зі собою в одну логічну цілість. При творенні тих понять рішали тільки абстрактні юридичні моменти — абстрактна юридична форма без огляду на конкретний життєвий зміст: чудова логічно-юридична будова, в повній абстракції від пульсуючого правного життя. Колиж іще зважимо, що фундаменти тієї „Системи“ ґрунтувались на індивідуальному римському праві, то зрозуміємо, що в ній не існувало ні поняття „суспільності“, ні поняття „економіки“, що все живе й конкретне означувалось правничою апріорною абстракцією, начеб задання приватного права заключалось саме в абстрагуючих від життя поняттях.

ґеніяльна концепція Савінівської „Системи“ захопила весь юридичний світ. У реторті юристів тієї школи родилися щораз нові *homunculi* у формі ново спрепарованих юридичних понять, не виснуваних із правного життя, але віддукованих при допомозі спеціальної правничої спекуляції з джерел чужого, тобто римського права. Цій метафізиці забракло небаром навіть тих основ, які давала Кантівська „Критика практичного розуму“, та її приклонники почали губитись у районах безпринципної схоластики. Юристи забули про етику, забули про життя; правничі абстрактні поняття стали самометою: сконструовані правниками та й призначені тільки для правників, для їх питомого вжитку й самовдоволення. Багато із так сконструованих понять перейшло й на нинішнє правниче покоління — і багато ще води уплине, ніж юриспруденція розпращається з такими витворами правничої конструкції, як напр. з поняттям правного відношення, правного діла, широким поняттям договору, т. зв. правничих осіб і т. д.!

І на літературу австрійського права мала історична школа дуже визначний вплив. Унґер пішов шляхами Савінія, поборов екзегетичний метод, та не жахався впроваджувати до системи позитивного права такі постанови, що противились його науковому поглядові на римське право, хоч і як вони могли бути оправдані й *de lege ferenda*. В другій половині 19. століття стояла наука приватного права в Австрії під безпосереднім впливом історичної школи Савінія. Згодом прибрала ця школа в Німеччині загальний характер конструкційного догматизму. Вона знайшла своє завершення у Віндшайда. Використавши всю правничу літературу 19. в., він сконструував цілу систему тодішнього цивільного права, збираючи всі правні норми пандектів до відповідного числа правничих понять, звязаних зі собою в одну метафізичну „єдність“.

Теорія В і н д ш а й д а мала рішачий вплив на кодифікацію нового цивільного законозбору для Німецької Держави. Головно перший проект цього закону був чистою відбиткою того конструктивно-схолястичного методу, який панував у Німеччині. Та хоч цивільний закон перебув у своєму повстанні ще дуже основну чистку загальної opinio широких кругів німецького населення, то всеж таки він задержав у своїй формі загальний характер пануючої тоді юридичної системи. Німецький закон з 1896. р. склонив голову перед технічною рутинною своєю конструкційною юриспруденцією. Від оповіщення цього закону минуло ледви трицять літ, але ім'я його теоретичного творця, тобто В і н д ш а й д а, в самій Німеччині майже вже забулось; чи це не ясний доказ, що модерне покоління правниче прийшло над конструкційно-догматичним методом до порядку дня? За те слава головного референта австр. цивільного закону Ц а й л е р а, щораз то більше росте, хоч давно вже минуло сто літ від видачі закону.

Видання німецького цивільного закону було останньою побідою конструкційного догматизму на полі приватного права. Вже в останніх десятиліттях 19. віку прокинулася в німецьких наукових кругах сильна опозиція проти того напрямку, та коли проголошено сам закон, було вже в науці вирішено, що основи теорії С а в і н і я - В і н д ш а й д а належать до історії. На чолі опозиції станув І е р і н г. Славна його полеміка проти „юриспруденції понять“ (*Begriffsjurisprudenz*); славна його теза: „Життя є не ізза понять, тільки поняття ізза життя; не це має бути, що жадає логіка, але те, що жадає життя, правний оборот та правне почування“¹⁾. Розкривши, який був справжній дух римського права, відкрив І е р і н г шляхами римських юристів „юриспруденцію щоденного життя“²⁾, але тут мусів зупинитися на головних основах правної науки, й цим чином приступив до розв'язки двох принципіальних питань у праві, питання про „мету права“³⁾ й про „боротьбу за право“⁴⁾. Між німецькими юристами він належить безперечно до перших, що признали суспільности велике значіння в праві. І е р і н г проломив вплив апріористичної теорії Канта в праві та пішов шляхами Ф і х т а й Г е г е л я. Він промовив юридичною мовою в душі філософії життя й суспільности.

І е р і н г поглибив історичний метод С а в і н і я та його школи, зазначаючи зокрема момент еволюції в розумінні Г е г е л я — тому його науковий метод у першому

1) Ihering, Geist des römischen Rechts III. § 59.

2) Ihering, Jurisprudenz des täglichen Lebens.

3) Ihering, Zweck im Recht

4) Ihering, Kampf ums Recht.

ряді історично-еволюційний (Пор. *Geist des römischen Rechts*).“ Але головна його ціль у методі позитивного права це боротьба проти правничої метафізики історичної школи; він ставить у місце її „мету в праві“ та заміняє її методом реально-утилітарним (Пор. *Zweck im Recht*“), з виразною соціально-етичною закраскою. Він присвячує соціальній етиці визначне місце у своїй системі.

Коротко кажучи: Герінг зберіг самостійність юриспруденції, піддаючи навіть філософічні проблеми в праві юридичному обміркованню — й цим дав почин до нових правничих дослідів на полі філософії права, до т. зв. „загальної науки права“¹⁾.

На цьому місці мусимо однак зупинитись, щоб згадати про науку приватного права у Франції. Тут панував у першій половині 19. віку екзегетичний метод. У другій половині проявився визначний вплив Конта (*Comte*). Називають його, хоч невірно, „батьком“ нової науки, тобто соціології, але вірно є, що з нього починається у Франції соціологічний метод у науці права, хоча він сам у своїх творах не займався правом. Він проголосив позитивізм у науці, але й цей позитивізм не так дуже чистий, бо має питому етичну закраску. Це й вистарчило, щоб у науці права побіч соціологічного методу прийнято також огляд на природне право з усіма прикметами етичного світопогляду. Загально признається соціальні основи права, але зазначається й етичні елементи, хоч нова теорія права натури прибирає інше обличчя, ніж раніше; право натури не є вже незмінне, воно постійно міняється. Завершення соціологічного напрямку стрічаємо у Дюгю (*Duguit*²⁾); він учить м. і., що держава не творить права, але що право повстає із соціологічних починів, які детермінують право.

Французька теорія права виступає дуже різко проти конструкційного догматизму в Німеччині. Під впливом її здобули собі судді значну свободу в судовій практиці і так повстала ще в 19. віці школа свободи досліду права у Франції. Суддям дозволюється в деяких границях виходити поза рамці законів, якщо за цим промовляють соціальні або етичні мотиви.

Зазначивши відмінне становище французької науки права, можемо повернути до німецької науки; після побіди Герінга наближується німецький науковий метод до французького, з тією різницею, що німецька наука зірвала покищо весь звязок з природнім правом. І свобода судей-

¹⁾ Пор. *A. Merkel, Juristische Enzyklopädie; Bierling, Juristische Prinzipienlehre* — 5 томів; *Binding, Die Norm und ihre Übertretung; Bekker, Grundbegriffe des Rechts und Missgriffe der Gesetzgebung*

²⁾ *Duguit, L'Etat.*

ського досліду права знаходить у Німеччині нових приклонників — але саме аж у першому десятилітті 20-го століття. Що правда, був я в німецькій літературі мабуть один із перших, що вже в 1898. р.¹⁾ виступив з думкою розширення судейської свободи, але ця думка не здобула собі покищо ширшого терену, аж у 1906. році появилася агітаційна брошура Канторовича під псевдонімом „Гнеус Флявіус“²⁾. Тут жадається, щоб суддя не ввязався законними нормами та вважав їх тільки за загальні вказівки, що одначе не стіснюють категорично суддів у свободі вирішування поодиноких випадків. Повстав окремий науковий напрям, знаний у Німеччині під назвою „freirechtliche Bewegung“. Він доповнював соціологічний метод у праві. Але при цьому не могло обійтись без уваги на відношення права до економіки.

Вже в 50-их роках минулого століття підносяться в Німеччині голоси за признання впливу економіки на право³⁾ та ці голоси змагаються при кінці 19. століття⁴⁾. Що зробила Німеччина для економічного проблему в праві, зробила Австрія. Спеціального і тут заслугоють зосібна наукові праці Штайнбаха⁵⁾ й Офнера⁶⁾ на особливу увагу.

В 1902 р. поставив я (в Часописі Пр. і Ек.) теорію соціальних звязків та звязав із нею теорію звичаєвого права. Віджила ідея народньої творчости в області приватного права й давня ідея Савінія про „народню душу“ воскресла в новій формі. Декілька літ пізніше виступив Ерліх з повною науковою програмою соціологічного методу в праві, а саме в своїх знаменитих творах про „Соціологію права“ й „Правничу логіку“⁷⁾.

Ерліх бачить підставу всего права в суспільности; право не тільки твориться в поодиноких суспільних звязках, але й спирається виключно на суспільности; тільки мала частина правних норм припадає на державу; всі інститути приватного права це не юридичні абстракти, але прояви живої суспільности; правнича логіка не будівля абстрактних силлогізмів, але впорядкування проявів суспіль-

1) Дністрянський, Das Wesen des Werklieferungsvertrages, 1898.

2) Gnaeus Flavius, Der Kampf um die Rechtswissenschaft, 1906.

3) Pop. Dankwardt, Nationalökonomie und Jurisprudenz, 1857—1859.

4) W. Endemann, Lehrbuch des Handelsrechts.

5) Steinbach, Erwerb und Beruf; — Rechtsgeschäfte der wirtschaftlichen Organisation

6) Ofner, Das soziale Rechtsdenken.

7) Ehrlich, Soziologie des Rechts, 1913; Juristische Logik, 1 Auflage 1918.

ного життя; навіть поняття справедливості має соціальну основу, і т. д. і т. д. Поглиблюючи правничу теорію „інтересу“ (Ієрінґа¹⁾), виставив Ерліх теорію соціальної інтересу²⁾, та вона й становить *punctum saliens* соціологічної школи в праві.

Колиж до цього додамо, до яких розмірів розрослася модерна наука соціології, шукаючи цілком оригінальних шляхів до „зрозуміння“ суспільного життя³⁾ — то виявиться нам, що саме соціологічний метод у праві знайшов трівку основу свого існування.

Всі нові наукові напрямки, про які ми саме згадали, чи вони торкались „загальної науки права“, чи економічних та соціальних елементів у праві, чи вкінці т. зв. соціологічного методу, всі вони знайшли свій вираз у найкращому модерному законозборі, тобто в швейцарському цивільному законі з 1907. р. Він перевів теорію „соціальних звязків“, спираючися свідомо на історичних основах свого кантонального законодавства, він старався поглибити свої правні поняття в напрямку економічного та соціального призначення, він зазначив укінці, що й у приватному праві суспільність грає визначну роль.

Головні прикмети нових напрямків стрічаємо вкінці й у таких письменників, як Дєрнбург⁴⁾ або Ф. Ендеман⁵⁾, що в своїх правничих системах ідуть уже модерними шляхами.

Одначе мусимо признати, що й згаданий соціально-економічний метод не закінчує історії наукових поглядів останньої доби. Від кінця 19. віку зголошується й філософія з новими теоріями.

Хоча після виступів Ієрінґа побідив у юриспруденції той напрямок, що являється продовженням філософії Фіхта й Гегеля, не завмерли в філософії й традиції Кантівської теорії. Під кінець 19. віку повсталася школа новокантіанців; вона приступила згодом і до дальшої розробки Кантівської філософії права. Серед прихильників цієї школи визначився Штамлер теоріями „соціального ідеалу“ (*soziale Ideal*) і „правдивого права“ (*das richtige Recht*)⁶⁾ Він дивиться на право тільки з формального боку, як на „*formale Richtung*“, не оглядаючись цілком на зміст. Пануюча наука не погодилася щоправда:

¹⁾ Ihering, Geist des röm. R. III. §§ 60, 61; Zweck im Recht I. ст. 443 і д.

²⁾ Ehrlich, Juristische Logik, I. Aufl. ст. 199 і д.

³⁾ Пор. Max Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, 1922.

⁴⁾ Пор. Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs 5 томів.

⁵⁾ Пор. F. Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts — 3 томи

⁶⁾ Пор. Stammler, Wirtschaft und Recht, — Die Lehre vom richtigen Rechte, — Theorie der Rechtswissenschaft, — Lehrb. der Rechtsphilosophie.

з його методом, але ідеї, які він проголосив, зосібна-ж ідеї правдивого права й соціального ідеалу в науці так спопуляризовані, що наука, відкидаючи його формалістичну конструкцію, намагається вложити в ці поняття відповідний зміст, хоч і як сам автор проти цього борониться.

До інших висновків дійшли інші новокантіянці: Кельзен і Сандер, перший, як речник чистого догматизму¹⁾ й т. зв. „чистої“ теорії права, другий як конструктор трансцендентальної концепції т. зв. правного досвіду²⁾.

Обік Кельзена витворилася добре зорганізована нова „австрійська школа“. Щоб винайти нову основу для Кантівських „синтетичних осудів a priori“, що із полеміки Герінга вийшли цілком розбиті, Кельзен вибрав за вихідну точку різницю між „буттям“ (Sein) та „повинністю“ (Sollen) — дарма, що й інші філософи та й Кант знали цю різницю, не привязуючи до неї цієї ексклюзивної міри, що Кельзен. „Sollen“ — це на його думку щось так діаметрально різного від „Sein“, що вони становлять окремі царини: „царину буття“ й царину повинності“; вони не мають нічого спільного й тому виключається при теоретичному пізнанні (erkenntnistheoretisch) вплив одної царини на другу: справжнє пізнання є різне зогляду на буття, ніж зогляду на поняття повинності. До „царини повинності“ належить право, до „царини буття“ м. і. людське життя, тому коли Кельзен займається тим, що є „чисте право“, він приходять до висновку, що годі перемішувати пізнання людського життя з пізнанням права, але слід пізнавати право, тобто норму, цілком незалежно від життя. Тільки тоді сподіється Кельзен прийти до тривких результатів у науці права, якщо він її ізолює від життя — та рівночасно він кидає її в обійми „чистого розуму“, відкриваючи вільне поле для апіорної, нічим не детермінованої, самоволі „розумного“ субекта. Відмеживши „царину повинності“ китайським муром від зовнішнього світа, головню від людського життя, відкидає Кельзен у правній області всяку етику, всяку історію, всяке життя, тільки виплекує у своїй „геометрично“ сконструованій реторті, наче начало всего „Sollen“ т. звану правну постанову (Rec' tssatz), якою все починається й задля якої все „Sollen“ існує. Звідкіля ця постанова взялась — цим юрист не займається... Справжній Deus ex machina!

¹⁾ Поп. Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 1911; — Der soziologische und juristische Staatsbegriff, 1922, — Allgemeine Staatslehre 1925.

²⁾ Sander, Zeitschrift für öffentliches Recht N. F. 1919/1920.

Не входячи в подробиці, зазначу, що метод Кельзена, як він сам каже, стремить до теоретичного пізнання (Erkenntnis), та вважаю, що нові досліді на полі фізики (Айнштайн) підкопали вже так-основно славно-звісну теорію пізнання, що з нею упадають усі експерименти, що орудують фразою „пізнання“. В науці права діло не в пізнанні (Erkenntnis), але в досліді (Erforschung) та всякі теоретичні міркування на тему „пізнання“ тут ні при чому. Залишається тільки огляд на людське „мишлення“, як головний осередок, яким займається теорія Канта й Кельзена. Але й з цього боку вона вже тому невірна, бо вона знає в чоловіці тільки функцію мышлення (і то апіорного), не знаючи ні інтуїції, ні почувань.

Коротко кажучи, ні Кельзен ні Сандер не могли знайти признання в науці цивільного права, бо першому не вдалось воскресити погребану вже теорію правничої метафізики з другої половини 19. віку, а другий не зумів заціпити свій трансцендентальний метод у кругах юриспруденції, при чому завважується, що його актуальні висновки не рижняться по суті від теорії Ерліха. Так можна сказати, що це нове видання філософічної метафізики не дописало.

Більше значіння для науки приватного права матимуть досліді трансцендентальної філософії нового критичного ідеалізму. Мюнх¹⁾ привязує велику вагу до ідеї права, до якої припоручає доходити двома шляхами, шляхом критично-сконструованої „історичної логіки“ та ідейно спрямованої „історичної етики“; це на його погляд трівкі наукові шляхи, що поведуть до справжнього наукового еволюціонізму.

Вкінці слід на цьому місці зазначити, що в останніх часах сильно прокидається змагання повороту до теорії права на натури — розуміється одначе: в новій формі та з новими аргументами. В цьому напрямку звертають на себе увагу твори італійського юриста Джіорджіо дель Веккіо²⁾ та німецького філософа Л. Нельзона³⁾. Показується отже, що позитивістичний напрямок правничих шкіл 19. віку вже не вдоволяє нових письменників, і що вони пильно звертають увагу на основні принципи права, зокрема на ідею права.

На цьому кінчу мій короткий огляд старих і нових шляхів у науці приватного права. Який із цього висновок?

¹⁾ Fritz Münch, Die wissenschaftliche Rechtsphilosophie der Gegenwart — у: Beiträge zur Philosophie des Deutschen Idealismus I. (1918), ст. 139 і д.

²⁾ Giorgio del Vecchio, Die Grundprinzipien des Rechts 1923 (нім. переклад з італ. мови).

³⁾ L. Nelson, System der philosophischen Rechtslehre und Politik, 192..

Скажу коротко: Модерний юрист мусить звертати увагу на економічні й соціальні елементи в приватному праві. Коли говорю про соціальні моменти, обіймаю також і етичні, а саме в розумінню соціальної етики. Для пізнання модерного приватного права треба виходити від римського права та від його розвитку в історії культури по нинішній день. Постанови римського права матимуть одначе тільки історичне значіння. Більш важливе для модерного юриста є зрозуміння геніяльної наукової й практичної техніки римських юристів: з того джерела правничої мудрости й досвіду черпали вже віки й черпатимуть ще дальші віки. Брати норми безпосередньо з життя, прикладаючи їх до потреб економічного та суспільного життя — це була їх девіза.

І германське право має в історії культури велике значіння. Порівнюючи норми модерного права з римським, бачиться ясно, як великий був вплив германського права на розвиток правних норм модерного світа. Розуміється, що й германське право матиме сьогодні тільки історичне значіння.

Та не в порівнюванні римських чи германських правних норм з модерними заключається завдання модерної науки приватного права — але в розумінні розвитку еволюції, що довели з давніх початків до нинішних правних витворів. Науковий метод мусить бути історично-еволюційний.

Цим методом приступить модерний юрист, щоб зрозуміти модерне право. Тут стріне його соціологічний метод, про який була мова. Але й цей метод мусить взяти під розвагу не тільки поняття й форму права, але й ідею права.

Не може бути сумніву, що ці шляхи мусять знайти відповідну логічну конструкцію, тільки що конструкція не сміє бути основою правної науки, але формою, що має звести весь історично-соціологічний матеріал до спільного, логічного знаменника. Не від логіки залежить людське життя, яке правом нормується, але навпаки. „В началі“ є правне життя, не конструкція. Ця остання є у службі правного життя, у службі правного порядку.

Тому система приватного права не може сьогодні вдовольнятись давніми методами, не може послуговуватись ні апріорними конструкціями філософської ні юридичної метафізики. На місце абстрактних понять, що їх витворили обі метафізики, мусять вступити конкретні поняття, звязані з життям, звязані з економічними, соціальними та етичними елементами в праві. Мусить тому наступити чистка всіх тих понять, що є витворами згаданих метафізик, та заміна іншими поняттями, взя-

тими з економічних та соціальних моментів правного життя. Таким чином прийдеться неодноразово змінити в загально вживаних поняттях приватного права. Та коли переведемо цю зміну, побачимо, яка гармонія панує між тими поняттями, та як природно вони укладаються в велику, трітку, правну систему.

В моїх чеських і німецьких працях про „Основи модерного приватного права“ зробив я спробу такої чистки й переоцінки головних правничих понять приватного права. Я певний, що це тільки перша, хоч вельми основна, спроба, та що в цьому напрямку залишається ще неодноразово до зроблення, але й переконаний, що цей шлях необхідний, щоб потягнути консеквенції із усього того, що принесла зі собою нова доба. Годі повторювати без кінця фразу про це, що наше приватне право ґрунтується на римському праві, — бо ця фраза піддержує нас тільки в науковому квієтизмі й виключає правдивий погляд на це, що діється, що живе й розвивається. Тільки цим шляхом зуміємо вийти із тієї „вулиці без виходу“, про яку на вступі була мова.

ВОЛОДИМИР СТАРОСОЛЬСЬКИЙ.

До питання про тимчасовий арешт в стадії доходження.

Стара „вічна“ проблема відношення теорії до практики і навпаки виступає в правовім житті в різних формах. В найзагальнішій формі, зустрічаємо її в межах самої законодавчої діяльності. Відношення законів загального змісту, до законів, в яких законні „загальники“ знаходять свою чимраз більшу конкретизацію, на шляху до практичного їх здійснювання, це також в певній мірі відношення теорії до практики. Історичний досвід показує, як часто те, що було проголошене в засадничій формі н. пр. в конституційних законах — отримало в конкретних законах, вид зовсім несподіваний, далекий від цього, чого можна було і треба було сподіватися на основі конституційного приречення.

Але відношення поміж законами, це такі відношення в межах теорії: відношення загальнішої а через те і дальшої від життя теорії, більш конкретної, яка вже такби мовити чує на собі подув життєвої практики. В цілій гостроті виступає проблема, коли йде про примінювання закону в житті. Тут ясно виступає можливість відхилення від змісту закону, можливість, що закон остане „теоретичним“ правом, а живе, дійсне право піде своїми шляхами іноді дуже далекими від цього, що є змістом закону. На жаль ця реформація закону практикою не все є реформацією на ліпше.