

ОЛЕКСАНДЕР ДОБРОВ

# ПРАВОУТВОРЕННЯ БЕЗ ЗАКОНОДАВЦЯ

(НАРИСИ З ТЕОРІЇ ДЖЕРЕЛ ПРАВА)

ЧАСТИНА ПЕРША

## ЗВИЧАЄВЕ ПРАВО

Sed quae est longa consuetudo? Licet enim  
rubrica quaerat, non tamen solvit lex huius tituli.  
(Глоса до Юстиніянового Кодексу, 8, 52).



## П Е Р Е Д Н І СЛОВО.

Учення про джерела права, як і визначення поняття права, не зважаючи на свій поважний вік, викликає нездіченні та нескінчені поміж правниками суперечки. Одна з найголовніших причин цьому — те, що в ученні про джерела права стикаються один з одним твердження догматики права, і реальні з царини соціальної дійсності факти, і збудовані на основі цих фактів, за допомогою юридичної техніки, продукти інтелектуальної творчості — абстрактні поняття, штучні логічні конструкції, фікції, і, нарешті, загально-ідеологічні елементи — соціально-філософські погляди окремих авторів: перістість складових частин науки про джерела права утворює таку саму перістість у цілому.

Звичаєве право, звичай обороту, автономне право, практика судова, наука права, свідомість права — ось ті явища, що за ними одні тісно чи іншою мірою визнають, а інші заперечують значіння джерел права в формальному розумінні. Тільки закон, як джерело права, перебуває в щасливішому становищі (хоч і що-до нього висловили вже сумнів прихильники так званого «вільного права»).

Ці нариси мають розглянути перелічені претенсії на місце джерел права поруч закону, з'ясувати, як ставляться до цих домаганнів правничої літератури сучасні законодавства й практика, й у міру авторових сил оцінити ці домагання.

Першу частину праці присвячено звичаєвому праву, — джерелу права, що колись панувало, а тепер відсунуте на задній план, а, проте, і досі викликає завзяті суперечки з приводу своїх ознак і своєї чинності.

Ця частина містить у собі: 1) короткий огляд того, як розвивалася наука про звичаєве право, змальовуючи погляди римських юристів, середньовічних гlosatorів, постglosatorів та каноністів, правників доби абсолютизму, історичної школи права, представників реакції проти цієї школи і низку поглядів учених XIX й першої чверті XX століттів; 2) установлення методологічних способів знаходити конститутивні ознаки звичаєвого права та основи його чинності й спробу визначити звичаєве право за допомогою оцих способів; 3) з'ясування юридичної природи так званих звичаїв обороту й як стосуються вони до звичаєвого права; 4) огляд того, як ставиться до звичаєвого права сучасне законодавство та судова практика найважливіших держав, і 5) з'ясування, яку ролю відграє звичаєве право в Радянському Союзі.

## РОЗДІЛ ІІ ЕРШИЙ.

### Огляд учеників про звичаєве право.

#### § 1. Вчення римського та канонічного права.

1. Розуміння звичаєвого права в представників доктрини новітніх часів висходить до середньовічних правників-глосаторів та каноністів і має своє коріння, як неважко припустити, в Юстиніяновому *Corpus Juris Civilis* і в *Corpus Juris Canonici*. Отож мусимо почати з цих джерел<sup>1)</sup>.

Треба мати на увазі, що юстиніянове право не дає суцільної й стрункої теорії звичаєвого права: навпаки, воно повне невиразностей і суперечностей, які поясняти треба чи не тим, що компілятори дигест з'єднали уривки з творів тих авторів, котрі додержувалися різних поглядів, і, до того, навели ції уривки в формі фрагментарній, позбавивши їх цим ясності й закінченності думки. Тільки-ж і незалежно від цього, римські правники мало розробили вчення про звичаєве право, бо, як зазначив Puchta, по-перше, юристи римські працювали найбільше над питаннями практичного характеру й мало вважали на абстрактні питання, а по-друге, в ході правного розвитку Риму надто за імператорського періоду, звичаєве право одійшло назад, поступившись місцем законодавчій правотворчості.

Головні терміни, що ними римляни визначали звичаєве право, були: «consuetudo» й «mos» або «mores», рідше трапляється «usus», так само «observantia», «vetustas» та «antiquitas».

2. Римляни відрізняли два моменти, що характеризують утворення звичаєвоправних норм.

Перший момент — зовнішній, властиво *consuetudo*, себ-то одноманітне вживання норми протягом довшого часу. Таке вживання, як необхідний чинник утворення звичаєвого права, визнавали Й. Юліан, що називав звичаєве право «*moris et consuetudine inductum*»<sup>2)</sup>, і Гермогеніян, що називав звичаєво-

<sup>1)</sup> Це завдання значно полегшується завдяки праці бреславльського професора Siegmund Brie — Die Lehre vom Gewohnheitsrecht (1899), яку в першій її, що вийшла, частині присвячено історичному розглядові теорії звичаєвого права од римського періоду тет' аж до кінця середніх віків. Ця праця цінна, треба визначити, тим, що автор, відходячи від думок, які проповідують сучасній йому теорії, засновує свій виклад на самостійній і безпосередній аналізі джерел.

<sup>2)</sup> Fr. 32 pr. § 1 Dig. de legibus 1,3.

правні норми «longa consuetudine comprobata»<sup>1)</sup>, і Модестин, що казав про «ius, quod firmavit consuetudo»<sup>2)</sup>, і Ульпіан, що підкреслював у визначені звичаєвого права (mores) момент довгочасного вживання (tacitus consensus populi longa consuetudine in veteratus)<sup>3)</sup>, і нарешті, упорядчики Юстиніанових інституцій, які вважали, що „ex non scripto ius venit quod usus comprobavit“<sup>4)</sup>.

Другий необхідний момент — *внутрішній*, — *consensus*. Цьому моментові автори пам'ятою, котрі до нас подоходили, надавали різного значення: одні бачили в ньому колективну народну волю (Ульпіан, що каже про tacitus consensus populi<sup>5)</sup>), другі — поєднання воль окремих, що складають народ, громадян (Гермогеніан, який прирівнював норми звичаєвого права до tacita civium conventia<sup>6)</sup>), треті — несвідоме погодження поглядів або переконаннів (Квінтиліан, що називав звичаєве право — persuasio civitatis aut gentis<sup>7)</sup>). Деякі утотожнювали поняття колективної народньої волі й поєднання окремих громадян (Юліан, упорядчики Юстиніанових інституцій)<sup>8)</sup>.

Побіч розглянутих двох основних моментів розуміння звичаєвого права римських правників, джерела містять низку вказівок, іноді досить невиразних і через те надто одмінно витолковуваних у пізніших авторів, що їх можна звестини до таких коротких твердженнів:

а) звичаєво-правні норми можуть утворюватися й діяти не тільки в межах усієї держави (consuetudo civitatis), ба й у межах окремих областей, міських громад, то-що (cousuetudo provinciae, urbis);

б) перешкоджують утворюватися звичаєво-правній формі: помилка, що лежить в основі відповідного звичаю, та іrrаціональність цього звичаю, невідповідність його об'єктивному розумові або логіці (ratio). (Це твердження дуже скінчено освітлюють джерела);

в) норми звичаєвого права мають силу закона (lex); вони можуть доповнити чинне писане право, уставляти те чи інше тлумачіння його й нарешті, касувати його діяння (desuetudo). Що-до останньої derogatorної функції звичаєвого права, джерела містять і протилежні вказівки. Будь-що-будь, derogatorna сила не визнається за місцевим, партікулярним звичаєм окремої римської провінції що-до закону, який видав спеціально для цієї провінції представник Риму;

г) способи, щоб розпізнати звичаєво-правні норми, такі: окремі випадки їхнього вживання, передніше визнання їхнього існування в судовому вирішенні, і опит свідомих людей;

д) установлення чи існує та чи інша норма звичаєвого права, з'ясування її змісту й уживання її в судовому процесі є єдиний обов'язок суду, що

<sup>1)</sup> Fr. 35 D. h. t.    <sup>2)</sup> Fr. 40 D. h. t.    <sup>3)</sup> Ulpiani lib. sing. reg. Praef. § 4.

<sup>4)</sup> § 9 Inst. de iure nat. I, 2.    <sup>5)</sup> Ulpianus I. c.

<sup>6)</sup> Fr. 35, D. h. t.    <sup>7)</sup> Quintilianus. Institutio oratoria, lib. V, cap. 10, § 13.

<sup>8)</sup> Fr. 32, § 1, D. h. t.; § 2, Inst., 1, 2.

розглядає справу. Вказівка на те, що сторона може доводити існування звичаєво-правної норми, трапляється що-до місцевого звичаю;

е) деякі місця джерел розглядають судову практику, як вид звичаєвого права, деякі,— як самостійне джерело права<sup>1)</sup>.

4. Канонічне право, що разом з римським вплинуло на розвиток вчення про звичаєве право в середні віки, зазначило в основному викладені вище твердження *Corpus juris civilis*. Але в канонічному праві помітно дві протилежні тенденції що-до звичаєвого права: одна — сприятлива для його й з'ясовувана загальним консервативним духом церкви, а друга — несприятлива, що намагається обмежити вживання звичаєвого права і з'ясована зміненням на чал авторитету й єдності церкви, а також намаганням обґрунтувати норми церковного права божественною волею.

Згідно з *Corpus canonici* звичай не повинен суперечити божественному одкриттю, божественній істині, Святому Письму, католицькій вірі. Деякі місця джерел позбавляють правного значіння тієї звичаї, які суперечать *jus naturale*, себ-то містять гріх і перешкоджають спасінню душі, або порушають *ratio*, себ-то розминаються з основами церковного ладу чи з природою відповідного юридичного інституту. У питанні про derogatorну силу звичаю що-до закону канонічне право, як і римське, містило розбіжні постанови. А втім, більшість місць джерел припускає скасування закону через звичай за умовою, що діє останній протягом встановленого для набувної давності строку (*legitima praescriptio, canonica praescriptio*), тоб-то 40 років.

## § 2. Вчення середньовічних правників.

1. Школа гlosаторів, що провіщала відродження науки права в середньовічній Європі, виявила чималий інтерес до нашого питання — про звичаєве право. Не можна казати, що гlosатори утворили теорію звичаєвого права, але, будь-що-будь, вони пильно зібрали й прокоментували всі, що до цього питання стосуються, місця джерел, запровадивши до свого коментаря деякі нові ідеї. Робота гlosаторів далі розвивалася у постгlosаторів, що не вертаючись до початкових джерел, а коментуючи гlosу, об'єднали окремі твердження гlosаторів й обернули їх у справжню теорію звичаєвого права. Незадовільно од згаданих двох школ, каноністи, коментуючи твердження церковного права, утворили своє власне вчення про звичаєве право.

Саме поняття звичаєвого права не досить виразно викристалювалося у гlosаторів: вони часом плутали його з законами окремих міст (*lex municipalis*) і з автономним правом громад та інших організацій. Постгlosатори заходилися з'ясовувати це поняття й установили:

а) Термін *consuetudo* має в *Corpus juris civilis* різні значіння; він визначає або звичаї суто-фактичні, або звичаї, що з них утворюються правні

<sup>1)</sup> Por. Brie, l. cit., стор. 18—58.

норми, або, наочанку, правні норми, що випливають із звичаїв. До того-ж звичаї суто-фактичні можуть стосуватися, або до окремих осіб (*consuetudo hominis*), або до певної місцевості, що всенік людність їх переймає їх (*consuetudo loci*). (Цей другий вид фактичних звичаїв, що відповідає так зв. звичаїм обороту наших часів, наближався чинністю своєю до звичаєвого права).

б) Звичаєве право може бути визначене, як право неписане, заведене за силу довгочасних звичаїв<sup>1)</sup>. Деякі постголосатори додавали сюди й інші ознаки, зокрема наявність санкцій народу або більшої його частини<sup>2)</sup>.

в) Одміна меж нормами звичаєвого права й статутами, себ-то місцевими законами, які видавали міські громади і які засновували свою силу на волі громади, полягало в тому, що, коли видавано статут, воля колективу висловлювалася просто й отверто, а коли утворювалася звичаєво-правна норма — посередині й мовчки<sup>3)</sup>.

г) Одміна меж звичаєм і давністю (*praescriptio*) полягає в тому, що звичай установлює об'єктивне право, а давність — конкретні суб'єктивні права.

д) Одміна меж звичаєвим правом і стилем (*stilus*) полягає в тому, що останній не має правного значіння.

Каноністи приймали поняття звичаєвого права у тому вигляді, в якому його дано в *Corpus juris canonici*.

2. Голосатори в утворенні звичаєвого права надавали істотного значіння зовнішньому, фактичному моментові — звичайному вживанню тих чи інших твердженнів (*consuetudo* у другому з вищепоказаних значіннів оцього терміну)<sup>4)</sup>. Постголосатори і надто каноністи надавали значно менше значіння зовнішньому моментові, переносячи центр ваги на момент унутрішній, психологічний.

У зв'язку з тим, як ставилися голосатори до зовнішнього фактичного моменту, вони розробили були такі стосовні до цього моменту питання:

а) Питання про те, як довго мав був вживатися звичай, щоб утворилася з нього правна норма. Спочатку голосатори (Ілацентин) вимагали, щоб звичай був не-запам'ятної довгочасності, основуючись на висновках джерел «*usus longaevus*» «*inveterata consuetudo*». Згодом серед голосаторів запанувала інша думка (Івана Бассіана), яка вважала, що слова *longa* та *diuturna*, застосовуючи їх до *consuetudo*, треба розуміти так само, як і застосовуючи до *longi temporis praescriptio*, себ-то як такі, що визначають 10-річний (чи 20-річний — *inter absentes*) строк.

<sup>1)</sup> А з о, *Summa ad § 1, Inst., 1, 2: Consuetudo est jus non scriptum diuturnis moribus introductum.*

<sup>2)</sup> Bartolus ad I. 32 D. 1, 3: *Ius non scriptum, moribus et usibus populi, vel a maiori parte ipsius, ratione initiatum et continuatum et introductum, habens vim legis.*

<sup>3)</sup> Докладно питання це дослідив G i e r k e *Deutsches Genossenschaftsrecht*, III, стор. 385—389 й 456—460.

<sup>4)</sup> У зв'язку з цим трапляється термін «*jus consuetudinarium*».

Постглосатори відмовилися від цього погляду, вважаючи за неможливе й непотрібне установлювати довгочасність уживання звичаю.

Каноністи слідом за *Coprus juris canonici*, визнавали за звичаєм дерогаторну силу тільки тоді, коли вживано його протягом 40 років.

б) Питання про те, у скількох випадках повинен був уживатися звичай, щоб утворилася з нього правна норма. Глосатори здебільша вимагали, щоб було не менш од двох випадків. До цього вимогання пристала й більшість постглосаторів. Каноністи вважали, що досить і одного випадку вживання.

г) Питання про одноманітне вживання звичаю, як про умову для повстання правної норми. Деякі (небагато) глосаторів, котрі порушували це питання, вважали, наче навіть єдине збочення од звичаю, що повстає, (правда, виявлене в судовому вирішенні), перешкоджає утворенню правної норми.

Межи постглосаторами у цьому питанні згоди не було: одні погоджувалися на думку глоси, а інші взагалі, великої ваги моментові вживання звичаю не надаючи, вважали, що збочення од одноманітного вживання не впливає на утворення звичаєво-правної норми.

д) Питання про те, чи потрібно, щоб дії, які утворюють звичай, були судовими. Чимало місць у глосі розвязують це питання позитивно: щоб визнати звичаєво-правну норму, що повстала заново, потрібне судове вирішення, засноване на відповідному звичаї. А втім такий погляд деяких глосаторів бентежив, бо порушував відому заборону імператора Юстиніана: розвязуючи справу, керуватися прецедентами. Тлумачучи зазначену заборону на різні способи, вони силкувалися усунути цю суперечливість.

Постглосатори припускали можливість обґрунтовувати звичаєве право на судових вирішеннях, але разом з тим гадали, що й позасудові дії достатні на те, щоб утворилася звичаєво-правна норма (договори, вирішення єдальних судів).

**3. Внутрішній, психологічний момент в утворенні звичаєвого права, що стояв у глосаторів, набув переважного значіння в поглядах постглосаторів, а надто каноністів.**

І глосатори й постглосатори розуміли цей внутрішній момент, — *consensus* римських джерел, як загальну волю всенікого народу, висловлену мовчущим виказом громадян, тоб-то як того хтів Юліан. Воля ця повинна бути скерована на те, щоб надати вживаному твердженню правної сили в майбутньому.

Глосатори не були згідні в питанню про те, чи потрібна воля усіх громадян, чи досить волі більшості. Постглосатори розвязували питання в останньому розумінні. У звязку з цим, через те, що за зовнішній вигляд загальної волі визнавано фактичне вживання звичаю, і для утворення звичаєво-правної норми досить було двох випадків отакого вживання, повставало питання, чи можна тих небагатьох осіб, котрі беруть участь у цьому вживанні, вважати за висловників загальної волі або волі більшості. Глосатори обминали ці труд-

нощі за допомогою ідеї́ репрезентативності: вони вважали, що члени ради або магістрату, які беруть участь у вживанні звичаю, являють собою всіх громадян і висловлюють їхню волю. Постголосатори розвязували це питання інакше:— визнаючи імовірність волі більшості, вони презумували, що народ знат про даний звичай і, оскільки він не заперечував його вживання, санкціонував тим самим надавання йому правної сили.

Деякі гласатори, котрі вважали, що законодавча влада перейшла од народу до імператора, презумували мовчуще ствердження збоку останнього звичаєво-правної, що повставала, норми, скоро-но вона касує чинний закон.

Каноністи ускладнили й розвинули вчення про внутрішній момент в утворенні звичаєвого права: вони вимагали, по-перше, щоб був намір додержувати даного твердження в майбутньому, надати йому правної сили — *animus inducendi consuetudinem*; при цьому, вони не вимагали волі всього народу або більшості, а вважали за достатню наявність волі тих осіб, котрі брали участь у вживанні звичаю. По-друге, каноністи вважали за потрібне для утворення звичаєво-правної норми, щоб учасники вживання якогось фактичного положення були переконані в його правній необхідності: один у своїй правоможності на ту чи іншу дію, а другий — у відповідному своєму обов'язкові. Брак такого переконання, вживання звичаю з доброї волі без свідомості правної його необхідності, а так само брак наміру встановити правну норму перешкоджували повстанню звичаєвого права; дію, позбавлену цих двох ознак, звано *actus megae facultatis*. Деякі каноністи, плутаючи звичаєве право з набувною давністю, вимагали що-до переконання в правній необхідності певного положення такої самої сумлінності — *bona fides*, як і що-до давності. А втім згодом каноністи відмовилися од цієї вимоги.

4. Поставлене й не досить докладно в джерелах римського права висвітлене питання, чи перешкоджає повстанню звичаєво-правної норми помилкова думка, що лежить в основі звичаю, гласатори розвязували здебільшого позитивно. Згоди між постголосаторами не було: одні, погоджуючися з думкою гlosis, одзначали, що помилкова думка поражає волю й *consensus*, який утворює звичаєве право; інші вважали помилкову думку за іррелевантну в цьому випадкові, бо римський народ і імператор не можуть помилятися<sup>1)</sup>).

5. Вчення про ірраціональність звичаю, як перешкоду до утворення звичаєво-правної норми, були розвинути постголосатори й, докладніше, каноністи. І ті й ті під впливом канонічного права добавають ірраціональність у звичаю тоді, коли він суперечить твердженням *jus divinum* або *jus naturale*, коли він гріховний, порушує церковні постанови й громадянський інтерес (*utilitas publica*). Розвязувати питання про ірраціональність звичаю оддавали на розсуд судді, що розглядав справу. Визнання ірраціональності перешкоджало повстанню звичаєвого права.

<sup>1)</sup> Деякі гласатори розвязують це питання по різному для різних видів помилкової думки: *error in jure, in facto, in causa impulsiva* (в мотивах) та *in causa finale* (в меті).

**6.** Глосатори та постглосатори відрізняли чотири види чинності звичаєвого права: нормування непередбачених у законі стосунків (*consuetudo praeter legem*), обов'язкове витолкування закону (*secundum legem*), скасування чи зміна закона (*contra legem*), зміцнення закону (теж *secundum legem*, теж *confirmare legem*). За спірне вважають, питання про derogatorну чинність, себ-то про скасування чи зміну закона.

Всі три розглядувані школи розвязували це питання позитивно що-до т. зв. *consuetudo generalis*, себ-то звичаю, поширеного по всенійкій країні.

До того-ж глосатори вимагали мовчазної санкції од імператора, а каноністи, щоб зминув 40-річний строк. Про *consuetudo specialis*, тоб-то про звичай, що має місцеве поширення, було висловлено різні думки: одні вважали, що він відстуває перед загальним законом і не має взагалі жадної дерогативної сили що-до останнього; інші, визначаючи, що місцевий звичай не може скасувати або змінити загальний закон, разом з тим визнавали, що він може виключати діяння цього закону в тій місцевості, де він поширений.

З другого боку визнавалося, що дальший закон може скасувати звичаєво-правну норму.

**7.** Дарма що глосатори вважали звичаєве право за вид права в об'єктивному розумінні й визнавали за обов'язок суду вживати твердження об'єктивного права *ex officio*, для вживання норм звичаєво-правних вони запровадили піпільний порядок, що його прийняли були й постглосатори, й що довго державсь у теорії звичаєвого права. Властиво, виходячи з того, що звичаєве право, як неписане, може бути невідоме судові та що саме існування права залежить від того, чи є певні факти, які треба встановити, вимагали, щоб тая сторона, котра на звичай посилається, неодмінно довела його. Постглосатори одикидали вимогу доводити загально відомі звичай.

Що-до доводів, то за такі вважали (постглосатори) офіційні довідки, довідки, які видали вчені юристи, судові вироки, що набули законної сили, а так само викази експертів (*homines periti*).

**8.** З зробленого огляду видно, що середньовічні європейські правники (од глосаторів до каноністів), силкоуючись визначити звичаєве право відповідно до римських джерел, широко розвинули тую фікцію, на якій римляни, схильні, взагалі, в своїх учениях до фікцій, обґрунтували внутрішній елемент звичаєвого права: *tacitus consensus populi*. Це поняття мовчазно виявленої волі народу, що утворили римські правники для того, щоб виправдати надання звичаєві сили закона, аж геть-то не відповідало фактам дійсності: для багатьох звичаїв не тільки не було волі всіх громадян або навіть більшості їх, але ця більшість зовсім не знала про існування того чи іншого звичаю. Незалежно од цього, фікція згоди народу була за середніх віків не-потрібним анахронізмом: якщо за доби римської республіки законодавчу владу здійснював народ в особі народного зібрання, то вже в період принципата, а тим більш в період середньовічної Великої римської імперії за народоправ-

ство призабуто. А втім, правники, вірні букві джерел, і боячись од неї відійти, зберегали цю фікцію, накопичуючи на неї другу — фікцію мовчазної санкції чи ухвали імператора (*patientia principis*).

Коли постглосатори ще змагалися за правильність та допустимість такого додатку до вчення джерел, то пізніші правники, надто XVIII ст. невідмовно прийняли його, і з такою зміною формулюване в середньовічних правників вчення про звичаєве право панувало по державах Європейського континенту, аж поки закінчилася доба абсолютної монархії (сучасні німецькі вчені називають це вчення, — *Gestattungstheorie* — теорія зізвolenня) <sup>1)</sup>.

### § 3. Вчення історичної школи. Теорія переконання та вживання.

1. Історична школа правників в особі її засновників Ручта й Savigny та численних послідовників одкинула вчення про мовчазну згоду законодавця, як основу чинності звичаєвого права й вернулася до римсько-канонічної теорії, змінивши її.

Puchta в своїй двохтомовій монографії, присвяченій звичаєвому праву, так само як і в своїх систематичних курсах Інституцій та Пандект <sup>2)</sup>, визнає (згідно й, очевидччи, під впливом ідеалістичної філософії Шеллінга та Гегеля, що панувала тоді над усіма розумами), існування якогось метафізичного народного духу (*Volksgeist*), що виявляє фізичну й духову спільність народу, спільність думок, почуттів, здібностей і переконаннів. Ця спільність утворює поруч свідомості індивідів особливу загальнонародну свідомість, загальнонародне переконання (*allgemeine Volksüberzeugung*). На ньому засновує й з нього виводить Puchta існування загальної волі, волі народу. А поняття права він визначає як визнання свободи людини в суспільстві, себ-то вибору межі добром і злом. А як вибір — то акт волі, то Puchta вважає, що право єдиний із виявів загальної волі, яке покоїться на загально-народному переконанні. Це переконання, і то воно одне, є чинник утворення права, конститутивний його момент і основа обов'язкової його чинності (*Geltung*).

Фактичне вживання норми (*Uebung*, *Gewohnheit*, *Herkommen*) визнається за явне вивідне, що випливає, як наслідок, із народного переконання.

Формами вияву народного переконання, або, що на думку Puchta те саме, формами утворення права являються: 1) звичаєве право, 2) закон і 3) т. зв. право правників (*Juristenrecht*), себ-то положення, встановлені в судовій практиці або в науці. При цьому він уважав звичаєве право за безпосередній

<sup>1)</sup> Див., напр. С. F. Glück, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten*, Erster Theil (2 Ausg., 1797). Стор. 446—447. Пор. стор. 427 д. Проте, дехто, напр. Thomasius, не визнавали взагалі чинності звичаєвого права.

<sup>2)</sup> Puchta, *Gewohnheitsrecht*, Bde 1—2 (1828—1837) Pandekten, (1838) *Kursus der Institutionen*, Bd. I (1841).

вияв народнього переконання, а закон і право правників — за посередній, — через законодавців, суддів або вчених<sup>1)</sup>.

Отож, Puchta, як ми вже зазначили, реставрував римсько-канонічну теорію звичаєвого права з її вченням про два істотні елементи останнього — внутрішній, психологічний і зовнішній — матеріальний, внесли до неї такі основні модифікації: а) римсько-канонічна теорія, як ми бачили, розуміла під унутрішнім конститутивним моментом переважно мовчазне поєднання всього народу, себ-то вольовий акт, тимчасом як Puchta, добачаючи в самій звичаєво-правній нормі акт загальної волі, визнає за внутрішній конститутивний її момент загально-народне переконання, свідомість того, що такий вольовий акт є річ необхідна; б) на відзначення од римсько-канонічного вчення Puchta засновує внутрішній елемент звичаєвого права — загально-народне переконання — на існуванні народнього духу, і в) Puchta, визнаючи зовнішній момент — фактичне вживання — за неодмінного сопутника звичаєвого права, що свідчить про його існування, проте позбавляє його значіння конститутивності.

2. Наведені в нас погляди в загальніх рисах висловив був ще раніше, 1814 р., в своїй невеликій відомій праці «Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft» навчитель Puchta — v. Savigny, який згодом приєднався до вчення Puchta про звичаєве право<sup>2)</sup>.

Це-ж учения поділяла низка прихильників історичної школи<sup>3)</sup>, дарма що чимала їх частину відмовилася від тези Puchta й Savigny про існування народнього духу.

Але деякі з правників, починаючи ще з 1837 року (Mühlenbruch), повернулися ще в більшій ніж Puchta й Savigny мірі до вчення гlosatorів про звичаєве право та й визнали за останнім дві конститутивні ознаки: opinio necessitatis

<sup>1)</sup> Puchta, Gewohnheitsrecht, т. II, стор. 144—147. Pandekten, стор. 19, 22, 27. Institutionen, т. I, стор. 22.

<sup>2)</sup> F. C. v. Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Erster Band (1840). §§ 7, 8, 12, 14, 15, 18—20, 25, 28—30.

<sup>3)</sup> Нор. G. Beeseler, Volksrecht und Juristenrecht (1843) (де, проте, одрізняється двоє типів звичаєвого правного ладу — народне право (Volksrecht), що являє собою звичай у первісній його чистоті відомий усеньковому народові безпосередньо, і право правників (Juristenrecht), що являє собою звичай у штучній формі, який народ пізнає не безпосередньо, а за допомогою правників шляхом судової практики та науки права). С. F. Gerber, Das wissenschaftliche Prinzip des gemeinen deutschen Privatrechts (1846), стор. 260 дл. A. Scheurl, Lehrbuch der Institutionen (1850). Bluntschli, Deutsches Privatrecht (1853), E. Böcking, Pandekten Bd. I (1853), стор. 15. L. A. Warnkönig, Juristische Enzyklopädie (1853), стор. 25. F. L. v. Keller, Pandekten (1861), стор. 2. K. A. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten (7 вид., 1863). B. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. I (2 вид.), стор. 40. H. Thöl, Das Handelsrecht, Bd. I (1875), стор. 37. O. Stobbe, Handbuch des Deutschen Privatrechts, Bd. I (3 вид., 1893), стор. 165, 168—169. A. Affolter, Untersuchungen über des Wesen des Rechts (1889). W. Schuppel, Das Gewohnheitsrecht (1890).

і поруч неї фактичне вживання<sup>1)</sup>). Цей погляд панував у юридичній літературі протягом усенького XIX століття й має прихильників досі.

А втім випадає зазначити, що між правниками, які поділяли погляд історичної школи, і між тими, що запровадили до цього погляду коректив про фактичне вживання, як конститутивний момент, не було єдності ні що-до термінів, ні що-до змісту поняття психологічного елементу звичаєвого права. Отож, деякі одмовляються розуміти цей психологічний елемент, як загальне переконання та й добачають у ньому загальну волю. Інші-ж автори, кажучи про opinio necessitatis, добачають у ньому то правне переконання — Rechtsüberzeugung, то правне почуття — Rechtsgefühl, то правну свідомість — Rechtsbewusstsein, то правний погляд, rechtliche Anschauung, то правний розум — Rechtssinn, то правне намагання — Rechtstrieb<sup>2)</sup>.

До всього-ж одні розуміють opinio necessitatis, як переконання в тому, що те чи інше положення повинно стати правом, повинно діяти як право за силою вимаганів справедливості (поривання до справедливості, до правного ідеалу), другі — як переконання в тому, що дане положення є право (юридичний такт, sensus juridicus).

Далі одні вбачають суб'єкта цієї opinio necessitatis у містичному «духові народньому», другі — в не менш іще містичному «духовному спілкуванні, що реально існує» (ein geistiges Gesamtwesen mit realer Existenz), треті — в сукупності всіх окремих осіб, що складають народ, четверті — в сукупності більшості цих осіб, п'яті в сукупності осіб, що беруть участь у здійсненні даного положення, зацікавлених у ньому (die Beteiligte, les intéressés)<sup>3)</sup>.

Що-до матеріального моменту звичаєвого права — вживання (Uebung), то як прихильники його конститутивності, так і ті, що вбачали в ньому вивідну рису звичаєвого права, вважали, що для утворення звичаєво-правної норми треба вживати те чи інше положення довгочасно та одноманітно. Довгочасність оця не підлягала визначеню ні часом, ні кількістю випадків уживання: встановлювали її за загальним вражінням, яке повстає з оцінки різних обставин: територіального розповсюдження вживання, більше чи менш частого повторювання випадків уживання, загального становища народу, то-що. Вимога одноманітності вживання припускала винятки, але кількість їх повинна була бути менша від випадків уживання норми.

<sup>1)</sup> Пор. С. M ü h l e n b r u c h, Lehrbuch des Pandektenrecht, Bd. I (1837), стор. 97—98. C. G. W ä c h t e r, Württembergisches Privatrecht, Bd. II (1839), стор. 33. S i n t e n i s, Das praktische gemeine Civilrecht (1844), стор. 21. A. B r i n z, Lehrbuch der Pandekten, Bd. I (2 вид., 1850), стор. 114, 117. B. W i n d s c h e i d, Lehrbuch des Pandektenrechts, B. I, (5 вид., 1879, й д.), стор. 42—43. J. B a r o n, Pandekten (1879), стор. 12—13. F. R e g e l s b e r g e r, Pandekten, B. I (1893), § 11. Д. Н. М е и е р ъ, Русское гражданское право. Изд. подъ ред. А. И. Вицына (8-е изд., 1902). § 5, стор. 14—17.

<sup>2)</sup> Різницю між оцінками поняттями пробує обрисувати М а х R ü m e l i n, Rechtsgefühl und Rechtsbewusstsein (1925), стор. 6—24.

<sup>3)</sup> Ці розуміння докладно розглядає Е. Z i t e l m a n n, Gewohnheitsrecht und Irrthum Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 66, 1883 р. Див. далі § 5, 2.

Окрім зазначених двох конститутивних моментів звичаевого права, пануюча думка виставила такі вимоги: а) переконання, що утворює звичаево-правну норму, не може бути наслідком помилки суб'єктів його; в іншому разі з'ясування помилки повинно було припинити правну силу звичаю. А втім винадає завважити, що цей погляд знайшов палкіх супротивників<sup>1)</sup>; б) звичаево-правна норма повинна бути раціональною, тоб-то не суперечити моралі та основам суспільного ладу. Вживання іrraціональної норми, хоч-би звязане з opinio necessitatis, не робило з неї норму звичаевого права.

За пануючим поглядом загальне правило — iura novit curia — мало силу й для звичаевого права, але вважали за припустиме, щоб самі сторони доводили снування тієї або тієї звичаево-правної норми. Доведення це могло бути безпосереднє — коли доводили, що норму цю вживано й раніше, і посереднє — коли свідчилися окремими особами, доводячи панування правного звичаю.

Звичаєве право можна було скасувати новим законом,— це твердження суперечок не викликало. Навпаки, питання про так звану derogatorну силу звичаевого права було спірне<sup>2)</sup>.

#### § 4. Реакція проти вчення історичної школи.

1. Вчення історичної школи про звичаєве право, повставши на початку XIX століття, в середині вже його почало викликати проти себе реакцію. Першу повну критику цього вчення дав року 1848-го Reingold Schmid<sup>3)</sup>. Він добачав фікції в персоніфікації поняття народного духу й визнанні правного переконання за чинник правоутворення. Зокрема торкаючись правного переконання, Schmid показує, що ні переконання в тому, що дане правило є правна норма, ні переконання в тому, що воно повинно бути правною нормою, не можуть утворити звичаевого права: перше — через те, що воно припускає, неначе-б звичаево-правна норма вже існує перед тим, як з'явилось переконання, а друге — тому, що воно припускає, ніби існує загальна воля, якої навсправжки немає й яку можна себі уявити тільки персоніфікуючи народний дух, а саме проти цього й повстає Schmid.

За чинника правоутворення Schmid уважає свідоме регулювання громадських стосунків згідно з інтересами членів суспільства. Звичаї, на його думку, повстають із довільних спочатку дій, часто повторюваних через їхню доцільність. А втім, сили звичаевого права вони набувають тільки тоді, коли державна влада явно або мовчазно ухвалить їх; адже-ж ця влада — то єдине можливе джерело всякого права. Отож повставши проти вчення історичної школи, Reingold Schmid повер-

<sup>1)</sup> Докладно про це див. спеціально призначену цьому питанню працю E. Zitelmann, Gewohnheitsrecht und Irrthum в Archiv f. die civilist. Praxis, Bd. 66 (1883 р.).

<sup>2)</sup> Про всі зазначені суперечки див. Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts I. Bd. (9 Aufl., 1906). §§ 15—18. Так само Regelsberger, Pandeken I. Bd. (1893). §§ 11—15.

<sup>3)</sup> R. Schmid, Theorie und Methodik des bürgerlichen Rechts (1848), стор. 53, 173, д. 211.

нувся до давньої теорії зізвolenня (*Gestaltungstheorie*). Слід відзначити, що на дорозі цього повороту траплялися йому й попутники<sup>1)</sup>). Та будь-що-будь, обґрунтовуючи чинність звичаєвого права з погляду теорії зізвolenня, Schmid що-до вимог звичаєвого права додержувався і далі погляду історичної школи: вимагаючи фактичного вживання, він заразом і далі вимагає, щоб чисто-все дане суспільство було в цьому переконано.

2. Реакція проти вчення історичної школи про звичаєве право позначилася і серед самих послідовників цієї школи. Виявилася вона в запровадженні до цього вчення ідеї про те, що звичай — то фактично чинне право і що саме в цьому полягає його сила. Та ця ідея, як ми бачимо, не з'ясовує формальної чинності звичаєвого права, а зводить його до проблеми обоюдних стосунків межи правом і фактом. Через те прихильники цієї ідеї доповнювали її іншими поясніннями. Отож, Stahl уважав, що в'язальну силу звичаєвого права засновано на силі встановленого од Бога світового порядку, що виявляється в свідомості звязаности, в opinio necessitatis<sup>2)</sup>.

Kierulff поступив у бік теорії зізвolenня й вбачав основу формальної чинності звичаєвого права в тому, що держава визнає<sup>3)</sup>, захищає його. При цьому Kierulff, нерелічуєчи ознаки звичаєвого права — численній частині вживання, однomanітність і єдність місця вживання, не згадує про народне переконання. Проте, відмовляючись від теорії переконання, він платить данину вольовій теорії й визнає, що право взагалі є загальна воля, воля держави.

Праці названих авторів визначають не тільки початок реакції супроти вчення історичної школи про звичаєве право, але й початок реакції в самій оцій школі проти тієї виключної ролі загально-народного переконання в утворенні звичаєвого права, яку визнавав Puchta; як ми вже показували, власне з сорокових років XIX століття частина послідовників історичної школи визнала за конститутивну ознакоу звичаєвого права поряд з загальним переконанням і фактичне вживання, а деято до того-ж замінив поняття загального переконання поняттям загальної волі.

3. Врядигоди протягом усенької другої половини XIX століття й далі з'являються праці, що критикують теорію переконання й переносять центр ваги в ученні про звичаєве право на момент фактичного вживання. Так, р. 1872-го Franz Adickes виступив як проти вчення про народний дух, так і проти вчення про загальне переконання. Існування останнього він визнає тільки що-до дуже небагатьох іправних твердженнів, як от необхідність коритися законам і звичаям, обов'язковість судових вироків, здебільшого-ж існують найрізно-

<sup>1)</sup> Ernst Meier, Die Rechtsbildung in Staat und Kirche. 1861,

<sup>2)</sup> Stahl, Philosophie des Rechts, II, 1 (1. Aufl. 1833) 4. Aufl., 1870, S. 214.

<sup>3)</sup> Kierulff, Theorie des gemeinen Civilrechts, I, 1839, S. 12—13.

манітніші думки та переконання. Через це Adickes визнає за джерело права поряд з фактичним уживанням і суб'єктивний розум, свідомість індивіда<sup>1)</sup>.

Року 1877-го проти вчення історичної школи виступає August Sturm, визнаючи, що це вчення суперечить дійсності. Хто може, запитує він, пізнати «народний дух» і що сталося-б з законодавством, коли-б у суб'єктивному поглядові кожного було-б дозволено прикладати чи не прикладати його? Відповідаючи значенню народного переконання в справі утворення права, Sturm покликується на суб'єктивний характер кожного переконання, з якого ніколи не може повстати об'єктивна сила права. На його думку, наслідком боротьби інтересів, що відбувається в суспільстві, утворюється певний фактичний лад, який, коли буде постійний, викликає почуття звязаності, підлегlosti (das Gefühl des Gebundenseins). Почуття це є opinio necessitatis, що школа історична неправдиво розуміє, як народне переконання, а запроваджений фактичний лад і є звичаєво-правний. Отож, основа обов'язкової сили звичаєвого права полягає, на думку Sturm'a, в фактичному вживанні<sup>2)</sup>.

Таким робом, питання, про обґрунтування чинності звичаєвого права стало зводитися до питання про обоюдні стосунки межи фактам і правом, реальною силою та силою юридичної норми. Так поставили були питання Narum i Stintzing.

Перший з названих авторів у виданій своїй промові проте, як повстало право, гостро виступивши проти поглядів історичної школи, показав на обоюдний зв'язок між правом та владою (Macht): право, каже він, є не що інше, як лад, що фактично панує. Право виступає з'явіди, як сила реальна, що підпорядковує волю окремих осіб своїй волі: коли більшість суспільства, а іноді навіть енергійна меншість, одностайно й твердо бажає запровадити певний порядок відносин і чинити в напрямкові здійснення цієї волі, інакше кажучи, — коли воля цієї більшості (чи енергійної меншості) виявляється як сила, що переважає волю окремих осіб, вона набуває загальнообов'язкової чинності, тоб-то стає правом<sup>3)</sup>.

Stintzing спеціально присвячує свою працю питанню про право та владу. Вказуючи, що суб'єктивне право часто утворюється силою (заволодіння ніччю річчю, набувна давність), він визнає за силою таку саму роль в утворенні об'єктивного права. Останнє далеко не раз-у-раз розвивається тим мирним і немітним шляхом, який змалювала історична школа: в царині права діє, на думку автора, загальний закон, що все існуюче мусить боротьбою завоювати собі становище. Проте, і в тих випадках, коли право утворюється без боротьби

<sup>1)</sup> Adickes, Zur Lehre von den Rechtsquellen. 1872. S.S. 4—7, 19—20, 53—55.

<sup>2)</sup> A. Sturm, Der Kampf des Gesetzes mit der Rechtsgewohnheit. 1877. S.S. 2—3, 14—18, 26, 40. Пізніше, року 1883-го, Sturm перейшов до погляду теорії переконання (в праці Recht und Rechtsquellen), р. 1884-го знову вернувся до викладеного погляду (в праці — Gewohnheitsrecht und Irrthum).

<sup>3)</sup> Narum, Von der Entstehung des Rechtes. 1863 (цит. у Zitelmann'a).

ї непомітно, є один момент, що гостро одрізняє право від інших елементів культури, — момент примусу. Правне переконання може повстати непомітно й немов-би інстинктивно, але для того, щоб обернутися в діюче право, воно повинно набути примусової сили. Через те сила є елемент права. Цей елемент Stintzing знаходить і в звичаєвому праві: останнє, на його думку, засноване на загальному правному переконанні, що являє собою, проте, переконання не всього народу, а владущої класи, і решта клас його тільки поділяє, себ-то дужча частина людності наказує слабшій.

Розвиваючи далі думку про правотворче значіння факта, Stintzing розглядає дотичність до права, що діяло, таких явищ, як правотворчість римських преторів, судова практика суду шеффенів у середньовічній Німеччині, реценція римського права в Європі, і робить висновок, що в усіх цих випадках правотворчість засновано на силі влади преторів, шеффенів та суддів, а ті й собі засновують свою владу на владі держави, що стоїть за ними. Отож Stintzing приходить до питання, на чому засновується влада держави. Він визнає, що прямої на це відповіди дати не можна, бо ми не знаємо бездержавного стану. Але ми можемо відповісти на це питання на підставі даних побічних: коли, наприклад, при державних переворотах правний лад тимчасово касується, то згодом, по заспокоєнні, він наново утворюється. І утворює його не що інше як сила, влада переможця. Отже, там, де немає права, владу покликано утворити його<sup>1)</sup>.

4. Критику вчення про право історичної школи дав у 2-ій половині XIX століття також Jhering, що запропонував у своєму «Дусі римського права» відоме визначення права в суб'єктивному розумінні, як юридично захищеного інтересу, та права в об'єктивному розумінні, як порядка відносин організованого й підтримуваного силою самодіяльності окремих осіб (*die persönliche Thatkraft*)<sup>2)</sup>. А втім, завважує Jhering, ця самодіяльність не тотожна з голою фізичною силою: за допомогою правного почуття вона підноситься на ступінь моральної сили, яка слугує ідеї права<sup>3)</sup>. Торкаючися в 2-му томі «Духу римського права» питання про звичаєве право, Jhering уважає, що воно засновується на народному правному переконанні, так само, як і моральних поглядах народу. Отже, між звичаєвим правом і моральністю існує тільки внутрішня одміна, обумовлювана різницею між почуттями, що лежать у їхній основі: правною свідомістю обов'язку й моральним почуттям повинності. Проте, визнає автор, і ця одміна частенько зводиться до одміни в ступені інтенсивності почуття повинності<sup>4)</sup>. Інакше кажучи, — звичаєве право зливається з мораллю.

<sup>1)</sup> Stintzing, Macht und Recht. 1876. S.S. 9—18, 23—24.

<sup>2)</sup> Jhering, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. T. I, (1878<sup>4</sup>), стор. 107, 114.

<sup>3)</sup> Ibid., т. I, стор. 175.

<sup>4)</sup> Ibid., т. II, I (1880<sup>4</sup>), стор. 32—33.

У пізнішій своїй праці «Мета в праві» — Jhering показує, що право, не підперте силою, є порожній звук, нереальність, бо тільки влада, що здійснює правні норми, робить право тим, чим воно єсть<sup>1)</sup>, і робить висновок, що держава — не одиноче джерело права, а примус — істотна його ознака<sup>2)</sup>. Зрозуміло само собою, що, додержуючись такої концепції, логічно необхідно або відмовитися взагалі від визнання звичаєвого права або відродити теорію зізвolenня (*Gestattungstheorie*), яка засновувала чинність звичаєвого права на фіктивній волі законодавця. Проте, Jhering у цій своїй праці безпосередньо не висловлюється про звичаєве право.

5. З гострою критикою пануючої теорії, що вбачала істотний елемент звичаєвого права в загально-народному переконанні, виступив року 1883-го Ernst Zitelmann у голосній на ті часи чималій журнальній статті «*Ge-wohnheitsrecht und Irrthum*»<sup>3)</sup>.

Досліджуючи в оцій статті спеціальне питання про вилів помилки на утворення звичаєвого права, Zitelmann перевів капітальну ревізію всіх, що перед ним існували, вченів про звичаєве право, які він назував — теорія зізвolenня (*Gestattungstheorie*), теорія волі (*Willenstheorie*) й теорія переконання (*Ueberzeugungstheorie*), і відкинувши їх, спітувавсь, як ми побачимо далі, збудувати власне вчення.

Аналізуючи пануючу теорію переконання, Zitelmann зупиняється на різних її видозмінах, що ми вже зазначили. За загальну для всіх оцих видозмін ознаку він уважає намагання обґрунтівувати чинність звичаєвого права на загальному правному переконанні народу або його частини; за одмінні ж специфічні ознаки — різне розуміння змісту цього переконання й надавання різного значіння фактичному вживанню. На цих ознаках Zitelmann і зосереджує свою критику.

Вказуючи, що дехто з послідовників історичної школи розуміє фактичне вживання, як простий спосіб розпізнати звичаєве право, а дехто — як умову його повстання, Zitelmann закидає прихильникам другого розуміння логічну непослідовність. Навінни думку Windscheid'a про те, що правне переконання, фактично невживане, як суто-внутрішнє, не може братися під увагу, та що не просте теоретичне переконання правне утворює право, а тільки таке, енергія якого досить велика для того, щоб впливати визначальним способом на повстання правних переконань, Zitelmann наводить таке заперечення: скоро-но встановлено, каже він, що певне положення становить зміст загального правного переконання, то тим самим з необхідністю припускається, що це переконання якось уже виявилося зовні, бо в противіні разі його не можна було-б розпізнати.

<sup>1)</sup> Jhering, *Der Zweck im Recht*, т. I (1884<sup>2)</sup>), стор. 253.

<sup>2)</sup> Ibid., стор. 320. Торкаючися в передмові до I видання (стор. XIV) питання про ролю правного почуття, Jhering каже: «Nicht das Rechtsgefühl hat das Recht erzeugt, sondern das Recht das Rechtsgefühl».

<sup>3)</sup> *Archiv für die civilistische Praxis*, Bd. 66 (1883), стор. 323—458.

Що-до потреби іншої форми вияву, а власне форми конклudentних дій (*schlüssige Handlungen*), то така потреба ні звідки не виникає й являється недоведеною *petitio principii*. Коли, як стверджують прихильники другого з показаних поглядів, основа обов'язкової сили полягає в загальному правному переконанні, а фактичне вживання є умова для його повстання, то тут повстає внутрішня суперечість: правне переконання визнається одночасно й за достатнє для повстання звичаєвого права (оскільки в ньому — основа обов'язкової сили звичаєвого права), і за недостатнє (оскільки повстання це ставиться в залежність од якоїсь умови).

Торкаючись змісту правного переконання, Zitelmann докладно розглядає три зазначені погляди серед прихильників теорії переконання: чисте вчення Пухти про те, що зміст переконання — то визнання даного положення за саме по собі право (*er sei Recht durch sich selbst*), вчення про те, що зміст правного переконання — то визнання даного положення за відповідне справедливості й тому за таке, що мусить бути правом (*Gerechtigkeits-Ueberzeugung*), і на останку, вчення про те, що зміст переконання сходить до того, що дане положення ще раніше визнано за право (*Rechtmässigkeits-Ueberzeugung*)<sup>1</sup>). Проти перших двох поглядів він заперечує, кажучи, що в дійсності для більшості звичаєво-правних норм такого переконання немає, а для цілої низки норм звичаєвого права воно взагалі не може існувати, бо величезна кількість цих норм містить байдужі, з погляду правного почуття та справедливості, приписи про числа, строки, форми, то-що. Навіть Savigny, відступивши від свого вчення, визнав, що в цих випадках фактичне вживання — то обопільно чинна основа повстання звичаєвого права (*mitwirkender Entstehungsgrund*), а один із послідовників теорії переконання — Thoel — одмовився жадати правового переконання в цих випадках<sup>2</sup>). А коли для деяких норм не вимагається наявності переконання в показаному розумінні, то не можна взагалі вважати його за необхідну ознаку звичаєвого права.

Третє розуміння змісту загального правного переконання,— як визнання даного положення за відповідне встановленому вже праву — *Rechtmässigkeits-theorie*, відається Zitelmann'ові найменше шкідливою видозміною теорії переконання. Помилковість цього розуміння полягає, на його думку, в визнанні самого існування загально-народнього переконання. Таке визнання, як зазначено вище, являється спільним елементом усіх трьох видів теорії переконання, і через те заперечення, що сюди стосуються, поширюється на них усіх, так само як і на теорію «загальної волі».

Переходячи до питання про існування загально-народнього правного переконання, Zitelmann показує, що представники історичної школи вбачають

<sup>1)</sup> Loco cit., стор. 374—384.

<sup>2)</sup> Savigny, System des heutigen Römischen Rechts. I. Bd. (1840), стор. 36 дд. Thoel, Handelsrecht, В. I, стор. 46 дд.

в ньому переконання колективу, одмінне од переконаннів окремих його членів. Існування загального правного переконання в такому його розумінні не можна довести і, взагалі, на думку Zitelmann'a воно неможливе; він одмовляється визнати його, розуміючи, що рискує дістати закид у грубому емпірізмі та плискому матеріалізмі; тут, каже він, де ми маємо діло з з'ясуванням суто-емпіричного факту,— власне факту перетворення відомих положеннів у правні норми,— і в межах емпіричного світу,— не повинно бути місця філософським спекуляціям.

Вказуючи, що переконання повстас з уявлення, себ-то певного психічного процесу, який відбувається в даному індивідові, та що уявлення реальні остильки, оскільки-но їх можна спостерегати, себ-то звязані з фізичною організацією відповідних суб'єктів,— Zitelmann запитує: де-ж той мізок, у якому повстас це загально-народне переконання, як переконання колективу?

Та коли навіть апріорно припустити, що таке колективне переконання існує, воно має себе якось виявляти, бо, в противнім разі, як ми про нього довідаемося? Переконання може виявитися тільки в словах та вчинках індивідів. Слов-ж та вчинки індивідів, навіть коли з них складається більшість нації або певної частини її, не можуть бути словами та вчинками нації, а залишаються сукупністю слів та вчинків індивідів. Отже, ті, хто визнає, неначе-б існує правне переконання колективу, мусить визнати за форму вияву його те, що ніколи цією формою бути не може — загальне переконання окремих членів колективу.

Таке розуміння — формально схиблене, але й незадежно від цього воно само по собі не вдовольняє Zitelmann'a: хто, питаетесь він, опі члени народу, що сукупність переконаннів їхніх може бути визнана за переконання загально-народне? На це можуть відповісти, що всі особи до даного народу або даної його частини належні. Таку відповідь, треба одразу відкинути, бо більшість звичаєво-правних норм зовсім невідома дуже багатьом членам нації, що їм не доводилося з ними стикатися. Тоді можуть сказати, що суб'єктами загального правного переконання повинні бути не всі, а тільки учасники, запікавлені (*die Beteiligte*).

Та тут ми натрапляємо на питання, хто такі ці учасники? Поняття це, на думку Zitelmann'a, в остаточнім підсумку скидається на фікцію. Але, провадить він далі, коли-б і пощастило визначити його та встановити коло учасників, то повстало-б нове питання: як довідатися, чи є загальне переконання серед учасників? Прихильники розглядуваного погляду не вимагають, щоб переконання поділяли всі учасники, та це було-б і неможливо, бо тоді не було-б жадного звичаєво-правного положення. Отож, доводиться за загальне переконання визнавати те, що не є загальне, себ-то переконання більшости тих, що беруть участь у вживанні звичаєвого права. Тут ми натрапляємо на інші труднощі: як усвідмінитися, що така більшість справді є? Деято вважає це можливим за допомогою почуття; але й почуття має бути свідоме свої правоти

чого воно тут зробити не може. Помилковість такої думки надто виявляється в звичаєво-правних положеннях з тоншим юридичним змістом: такі тонкощі не можуть бути за предмет переконання обивателів, себ-то більшості, а можуть бути за предмет переконання тільки правників, що становлять, природньо, меншість.

Через усі ці міркування Zitelmann уважає за нестійне вчення про колективне переконання (як і про колективну волю), що знаходить свій вияв у переконаннях індивідів. Про переконання колективне можна було-б говорити тільки як про явище колективної психіки (*ein psychisches Gesamtpheänomen*), звязане з окремим суб'єктом — колективною особою. А щоб поодинокі індивіди могли утворити з себе таку колективну особу, вони повинні перебувати між собою в «органічному звязку». Puchta зрозумів це, каже Zitelmann, та з властивою йому науковою сміливістю вивів звідси всі наслідки. Проте, погляд цей помилковий у самому своєму корені, був заснований на вигаданому, дійсності невідповідному існуванні органічного звязку поміж індивідами.

Але навіть незалежно од усіх перелічених помилкових думок історичної школи у вченні про звичаєве право, вона не дає відповіді на питання: чому-ж загальноправне переконання, чи то само по собі, чи то за допомогою фактичного вживання, стає правом? Zitelmann показує, що Puchta й його послідовники відхиляли це питання, вважаючи, неначе-б на нього не можна одержати іншої відповіди, віж та, що основа чинності звичаевого права та сама, як і основа чинності права взагалі, як і основа повстання загального правного переконання, як, наприкінці, й основа існування народів<sup>1)</sup>). Але така відповідь, не єсть поясніння: вона встановлює аксіому, що не підлягає доведенню й заснована на *petitio principii*<sup>2)</sup>.

Однідаючи пануючу теорію звичаевого права, що вбачає основу обов'язкового діяння останнього в загально-народному переконанні, Zitelmann одзначає, що обґрунтувати обов'язкову чинність (*Geltung*) звичаевого права встановленням кавзальної його залежності од того чи іншого явища—взагалі неможливо: кожна причина й собі викликає питання про свою первопричину, і досліджуючи таким чином залежність, що нас цікавить, ми неминуче зайдемо в нетри метафізики та релігії, що для правника являють собою трансцендентну царину. Через те Zitelmann відмовляється одповісти на питання, чому діє звичаєве право, і обмежується тим, що досліджує питання, чи діє воно та як діє. Для цього він користується з методи емпіричної індукції, спостерегаючи, як діють норми морали та права, і робить такі висновки.

Людина, коли є певні обставини, свідома того, що вона є внутрішньо уповноважена або обов'язана вчинити таку дію. Регулярне повторювання такого

<sup>1)</sup> Puchta, *Gewohnheitsrecht*, I, стор. 78 й дал., 83 дал., 180 дал. *Pandekten* § 11. Savigny, *System*, I, §§ 7, 12.

<sup>2)</sup> Див. Zitelmann, I. cit., стор. 384—446, зокрема 412—436, що містять критику теорії переконання.

акту свідомості призводить до того, що треба одкинути думку про винадковість і чекати, що й у майбутньому за подібних обставин даний індивід дізваватиме того самого почуття. Йдучи за властивим усім людям пориванням до пізнання, людина ставить собі питання, чому слідом за даними обставинами завсіди йде дане почуття. Не знаходачи відповіді на це питання, уявлення індивіда про те, що він почуває себе обов'язаним, обертається в найвній його психіці в уявлення про те, що за аналогічних умов він та й кожен інший я відляється з обов'язаним. Такою несвідомою заміною поняття «почуття себе за зобов'язаного» (*sich verpflichtet fühlen*) на поняття «становища зобов'язаного» (*verfflichtetsein*) повстає уявлення про норми морали, як про щось таке, що існує об'єктивно.

Подібний-же процес одбувається в психіці й що-до правних норм: регулярне та довгочасне фактичне панування даного правного твердження призводить до того, що й надалі за даних умов можна чекати, що це фактичне панування продовжуватиметься,— і до заміни уявлення про фактично вживані правні норми на уявлення про юридично діючий (*geltende*) правний порядок. При цьому мається на увазі, що правний порядок оцей діє як що-до тих, хто його визнає, так і що-до тих навіть, хто про нього не знає. Отак, на думку Zitelmann'a, повстає правне почуття (*Rechtsgefühl*), яке, відмінно од правного переконання пануючої теорії, йде не перед утворенням права, а за ним.

Описане походження поняття обов'язкової чинності норми стосується, на думку Zitelmann'a, як до закону, так і до звичаєвого права<sup>1)</sup>.

Резюмуючи сказане, мусимо зробити висновок, що Zitelmann, відмовившись обґрунтувати обов'язкову чинність звичаєвого права, пропонує з'ясувати його, для цього покликуючись на властивість людської психіки надавати фактам нормативне значіння, визнавати суще за новинне.

## § 5. Наслідки реакції проти вчення історичної школи.— Т. зв. теорії вживання.

1. Критика вчення історичної школи дуже вилинула на авторів-правників кінця XIX та ХХ століттів, і в їхніх працях ми часто зустрічаемо погляд розглянутих критиків, надто Zitelmann'a та Jhering'a. Так, деякі автори пішли слідом за Zitelmann'ом, відмовившись обґрунтовувати обов'язкову силу звичаєвого права встановленням кавзальної залежності його од того чи іншого явища й обмежувалися констатуванням фактичного його вживання (т. зв. *Uebungstheorie*); другі так само визнають, що обґрунтування чинності звичаєвого права належить до царини метаюридичної— до царини філософії або соціології, але, відмовившись од такого обґрунтування, разом з тим висувають як істотний елемент і ознаку звичаєвого права ті самі два моменти, які була встановила

<sup>1)</sup> Ibidem, стор. 446--468.

ще римсько-канонічна теорія — момент матеріальний — фактичне вживання; і момент психологічний — *opinio necessitatis*, загальне правне переконання (цей погляд уважається за пануючий); треті повернули до давньої теорії зізволення законодавця (*Gestattungstheorie*); четверті обмежили поняття звичаєвого права синонімом санкціонування його судовою практикою; п'яті уточнюють його з твердженнями, що встановила наука права; десяті комбінують перелічені погляди; десято, нарешті, відмовляє звичаєвому праву в значенні формального джерела позитивного приватного права.

Розглянемо перелічені погляди докладніше.

2. Славетний цивіліст Heinrich Dernburg взагалі відмовляється обґрутувати обов'язкову силу звичаєвого права, вважаючи, що це питання сходить до питання про обов'язковість юридичних норм взагалі й належить до царини філософії права. Навпроти ж, каже Dernburg, обов'язкова сила звичаєвого права видається (незалежно від того, чи слушні ті або ті філософські поясніння) історичним фактом, що ліг у підвалину нашого права. Через те суди, розвязуючи питання про те, чи існує звичаєво-правна норма, повинні обмежуватися встановленням факту довгочасного вживання даного звичаю, не цікавлячись, чи відповідає він народньому переконанню. Встановлюючи далі ті умови, що їм повинна відповідати звичаєво-правна норма, Dernburg перелічує: 1) існування звичаю, тобто однозначності дії або недіяльності; 2) довгочасне додержання цього звичаю; 3) юридичний характер його; 4) поширеність звичаю серед усього народу або певної його частини, і 5) несуперечність звичаю здоровому розумові та добрим норовам. Третю з перелічених умов Dernburg формулює так: «Здавна додержуваний звичай повинен бути разом з тим звичаєм юридичним, себ-то повинен містити в собі юридичне правило. Вимагання це заведено означати звичайно, як *opinio necessitatis*. Не буде тому звичаєвим правом те, що прикладається хоч-би й протягом довгого часу, але тільки з міркувань пристойності або норовів. Од звичаєвого права слід гостро відрізняти простісінський діловий звичай, себ-то те, що найчастіше вживается при певного роду угодах, не стаючи при цьому юридичним правилом»<sup>1)</sup>.

Що Dernburg установив це вимагання, показує, що він не міг не знати, що те розуміння звичаєвого права, яке він слідом за Zitelmann'ом приймає, не визначає жадної межі між правними твердженнями та простими фактами. Проте і тая ознака, що її пропонує Dernburg, не встановлює цієї межі, бо містить у собі *petitio principii*: адже питання про те, чи являється норма звичаєво-правною зводиться до того, чи містить вона в собі юридичний принцип,

<sup>1)</sup> H. Dernburg, Pandekten. Bd. I, §§ 26—27. Так само в його *Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens*, Bd. I, 1906<sup>2</sup>, § 28, I, V. В перших виданнях «Пандект», Dernburg тримався теорії переконання.

і через те не можна приймати це друге невідоме за критерій для визначення першого<sup>1)</sup>.

3. Ту поставу питання про основу чинності звичаєвого права, яку ми знаходимо у Zitelmann'a, прийняв був і Georg Jellinek у відомій праці «Право сучасної держави» (в розділі «Держава та право»). Проте, на відзначення од Dernburg'a Jellinek одмовляється вирішувати позаправові питання, що йому трапляються, і часто вдається до філософських, психологічних та соціологічних проблем. Уважаючи, що чинність норми полягає в здатності її впливати, як мотив, визначати волю, Jellinek добаваче джерело цієї здатності в суб'єктивному пересвідчені в тому, що ми зобов'язані йти за цією нормою. Пере-свідчення це й собі має за своє джерело певне, психологічно обумовлене ставлення людини до фактічних подій. Те, що постійно оточує людину, що вона безперестанку сприймає й робить, вона розглядає не тільки, як факт, але й як норму, відповідно до якої вона оцінює, судить те, що од неї ухиляється. Тенденцію підносити фактичне на ступінь нормального Jellinek бачить у всіх сторонах щоденного життя, побуту: вона виявляється в оцінці національного типу, національної кухні, забобонів того чи іншого громадського кола, життєвого побуту тієї чи іншої соціальної класи, в існуванні моди, соціальних норовів, вимог пристойності. В чистому вигляді цю тенденцію спостерегаемо в дітей. Ця-ж тенденція спричинює, як гадає Jellinek, чинність етичних та правних норм. Кажучи за те, як фактичне стосується до нормативного в процесі повстання права, Jellinek показує, що спочатку кожен народ уважає за право те, що фактично здійснюються, як таке. Тривале здійснення відповідає нормі, і разом з тим сама норма являється вже авторитетним велінням суспільства, себ-то правою нормою. Цим, як гадає автор, розвязується й проблема звичаєвого права. Джерелом звичаєвого права, каже він, являється не дух народній, що його санкціонує, не загальне пересвідчення в тому, що що-небудь єсть право через унутрішню необхідність, не мовчазний вольовий акт народу, — звичай повстає з тієї загальної психічної особливості, завдяки якій фактичне, те, що постійно повторюється, розглядається як нормативне; обов'язкова сила звичаєвого права, як і обов'язкова сила церемоніалу або моди, повстають цілком аналогічним способом<sup>2)</sup>.

Отож, Jellinek, слідом за Zitelmann'ом зводить поняття звичаєвого права до фактично прикладуваних положеннів, основа обов'язкової сили яких лежить у властивостях людської психіки.

Такий точнісінсько погляд поділяв і російський цивіліст Ю. С. Гамбров<sup>3)</sup>.

<sup>1)</sup> З цього приводу Th. Kipp завважує: «Не можна закидати Dernburg'ові те, іспаче-бін одкидає іспування підстави для чинності звичаєвого права; він уважає тільки, що немає жадної юридичної підстави для такої чинності». Windscheid-Kipp. Lehrbuch des Pandektenrechts. I. Band (9. Aufl., 1906). § 15, прим. 1, стор. 78 in fine; див. також прим. 2, стор. 80.

<sup>2)</sup> G. Jellinek, Recht des modernen Staates. Bd. I, Allgemeine Staatslehre (3. Aufl. 1921). Розділ XI, стор. 337 дд.

<sup>3)</sup> Ю. С. Гамбровъ, Курсъ гражданскаго права, т. I (1911), стор. 214—217.

4. окремо слід розглянути розуміння звичаєвого права, що його запропонував Bierling у звязку з загальним своїм ученням про право<sup>1)</sup>.

Bierling виходить з розуміння правної норми, яка одієнється од інших видів норм людського спільного життя тим, що її визнають за норму й правило зовнішнього спільного життя (*anerkannt wird als Norm und Regel des äusseren Zusammenlebens*) у певному колі людей в обопільних їхніх стосунках, як членів однієї соціальної групи. В звязку з таким визначенням Bierling докладно з'ясовує, як треба розуміти «визнання за норму» (*Normen-Anerkennung*). Він удається спершу до аналогічного поняття «визнання істин» (*Anerkennung der Wahrheiten*). Всі, каже він, істини являються чи видаються істинами тоді лише, коли вони діють (*wirken*), як істини. Таких істин, котрі не мають чинності що-до якої-небудь розумної істоти (людина), не може бути, так само, як не може існувати коло або звук, якого ніхто взагалі не бачив або не чув. Однак, можуть бути всі умови, потрібні на те, щоб викликати певні сприйняття (кольору чи звуку) або міркування, скоро лише якась істота, що сприймає чи мислить, підпадає впливові цих умов. Доти, доки не буде такого впливу, не можна говорити ні про колір або звук, як за «несприйняті сприйняття», ні про істину, як за «міркування, що не повстало». Звідси Bierling робить висновок, що діяння істини, як діяння світла та звуку треба мислити як вплив (*Gewirktwerten*), що в ньому чималою мірою участь беруть (*mitwirken*) ті істоти, котрі видаються нам за об'єкт цього діяння. За один із видів такої участі єТЬ єсть, як гадає, Bierling, «визнання істини». Воно може статися двояко. По-перше, ту чи іншу істину особа може засвоїти вже готову, після того, як її утворить, себ-то зформулює в вигляді міркування; інша особа, і, по-друге, дізнати її може особа з своєї власної свідомості: така визнана істинна, як, рівно-ж, і самостійно утворена, матиме одинаковий вплив на думку, почуття й волю особи, що її визнала або утворила; вона за відповідних обставин виявлятиметься в свідомості особи то на навмисний її виклик, то мимоволі, доти, доки відтисне її інше пересвідчення, або доти, аж поки забудуть її до краю. Отож тут під «визнанням» Bierling розуміє більше чи менше довготривале засвоєння істини, як певного пересвідчення, незалежно од джерела його походження.

Подібно до цього розуміє Bierling «визнання норм або імперативів». І тут норми засвоюють ті або інші істоти двояко: вони або повстають насамперед і безпосередньо в свідомості того, хто повинен іти за ними, і далі тільки фіксуються в певному його вольовому вирішенні (*Willensentschluss*), або вони з'являються для того, для кого вони повинні бути за мотив його вчинків, зовні й він тільки засвоює їх, тоб-то «визнає їх». І тут в обох випадках засвоєна, «визнана» норма встає в нашій свідомості й виявляє свій вплив або з власного нашого навмисного виклику, або мимоволі, через загальні закони асоціації ду-

<sup>1)</sup> Див. Ernst Rudolf Bierling, Juristische Principienlehre. Erster Band (1894). Zweiter Band. (1898). Так само його zur Kritik der juristischen Grundbegriffe. Erster Band (1897).

мож, доти, аж доки витіснить її норма суперечна або доки зовсім залишить її наша істота. Отже власне, що наша істота мимоволі йде за певними, що ми їх засвоїли, нормами, це звичне, тривале шанування (Respektieren) норм оцих, і єсть саме те, що Bierling називає «визнанням норм» — «Normen-Anerkennung»<sup>1)</sup>.

Спеціфічними-ж ознаками правних норм являється, як ми вже казали, на Bierling'ову думку, визнання їх 1) за регуляційні норми зовнішніх життєвих стосунків, 2) у середині певного кола осіб і 3) з боку одного з членів соціальної групи що-до інших членів. Таке визнання є визнання права—Rechts-Anerkennung. Воно може бути як добровільне (freiwillig), так і мимовільне, необхідне (notwendig), тоб-то, інакше кажучи, коли одну частину членів громади приневолила силоміць друга частина її членів визнавати певні норми (в одзначеному вище розумінні) й коли наслідком цього вона починає звично додержувати цих норм, як правила спільногого життя членів громади, тут треба добачати те саме визнання права.

Далі, Bierling одрізняє визнання безпосереднє (direkte) й посереднє (indirekte): перше буває в тих випадках, коли воно стосується безпосередньо до даної норми, друге — тоді, коли воно стосується до норми іншої, яка наказує підлягати даній нормі. Отож, Bierling робить висновок, що, коли конституція, яка дістала безпосереднє визнання в характері правної норми, задовільняє певний порядок видавання законів, то всі, видані за цим порядком, закони дістають тим самим посереднє визнання, як норми правні. Посереднє визнання поширюється через те й на майбутні норми, котрі ще не повсталі. Це вказує на те, що визнання права може йти рівнобіжно з різними ступенями свідомості того, хто його визнає, та що воно може бути навіть цілком несвідоме<sup>2)</sup>.

Що-до поняття правного звичаю (Rechtsgewohnheit) або правних норовів (Rechtssitte), то воно, як гадає Bierling, являється видозміною поняття норовів взагалі (Sitte). Це останнє поняття він визначає, як «регулярне слідування (Befolgung) і через те найприродніше й повне забезпечення чинності всякого роду правил людського поводження». Отож, поняття правних норовів характеризується регулярним слідуванням або вживанням (Befolgung oder Uebung) правил людського поводження, звязаним з визнанням правил оцих за правні норми з боку членів громади. Звідси Bierling робить висновок, що правні звичаї або норови правні не являються видом об'єктивного права, правними нормами (через те власне він і не називає їх терміном «звичаєве право»). Аналізуючи те визначення правних звичаїв, що запропонував він, Bierling одзначає, що істотне для цього поняття вживання певних норм у характері правних, виявляється низкою вчинків членів громади, але вчинків, скерованих не на вста-

<sup>1)</sup> E. R. Bierling, Juristische Prinzipienlehre. 1. Bd., стор. 40—43.

<sup>2)</sup> Ibidem, стор. 45—47.

новлення правних стосунків, себ-то угод, які мають за передумову свою існування правої норми. Це дає Bierling'ові підставу заперечувати проти вольової теорії, що бачить в актах уживання звичаю вияв волі до того, щоб установити правну норму. На його думку, правна норма повстає з визнання її (в поданому вже в нас розумінні), і, значить до такого визнання звичай являється суто-фактичним, а не правним. Роля, що її Bierling приділяє для визнання, може дати підставу утотожнювати останнє з правним пересвідченням, що його захищали прихильники історичної школи. Він заперечує проти цього, вказуючи, що поняття пересвідчення правного, себ-то переконання, що ієвне положення повинно бути правом або є право, припускає знайомство суб'єктів цього переконання з загальнопопулярним поняттям правої норми, тимчасом як таке знайомство дуже мало поширене й за наших часів, і зовсім його не було в період панування звичаєвого права. Для наявності ж визнання норми за правну досить, за Bierling'ом, мінімальної правої свідомості, хочби зовсім невиразної.

Таке розуміння правних звичаїв і правних норм приводить Bierling'a до висновку, що змістом правного звичаю може бути не тільки звичаєво-правна норма, себ-то не встановлена в законі (*ungesetztes Recht*), але й од нього встановлена (*gesetztes Recht*), причому в суспільстві з розвинутим правним порядком переважає друге<sup>1)</sup>.

Далі Bierling зупиняється на питанні про те, чи являються правні звичаї ознакою тільки чинності права, що вже виникло, чи формою виникнення нового права, і відповідає, що правні звичаї головним чином свідчать за існування правних норм. Що-до виникнення нових правних норм, то звичаї беруть в цьому участь посередні: самі по собі звичаї не утворюють права, але вони фактичним своїм додержанням спричиняються до визнання тих чи інших положеннів за правні норми; стають за мотив до визнання; визнання-ж оце, і тільки воно обертає фактично додержувані положення в звичаєве право й простий, фактичний звичай—у звичай правний<sup>2)</sup>.

Розуміючи чинність (*Geltung*) правних норм, як уявлення людей про те, що з оцих норм випливають взаємні домагання правній обов'язки членів громади<sup>3)</sup>, Bierling добачає одиноку такої чинності підставу в визнанні норми за правну, причому згідно з установленими в нього (див. вище) двома видами визнання—безпосереднім і посереднім—він одрізняє й два види чинності правої норми. За силою безпосереднього визнання право (надто право звичаєве) діє лиш у тих межах і доти, доки визнання права здійснюється безпосередньо й стверджується звичаєм (чинність первісна), а за силою визнання посереднього—навпаки,—незалежно од просторових і часових меж безпосеред-

<sup>1)</sup> Bierling, Juristische Prinzipienlehre. II Band (1898), стор. 291—301.

<sup>2)</sup> Ibidem, стор. 307—312.

<sup>3)</sup> Juristische Prinzipienlehre, Bd. I, стор. 48.

нього визнання, діють усі звичаєво-правні норми, додержуватися яких наказали інші, безперечно визнані норми (чинність вивідна)<sup>1)</sup>.

Таким робом, норми звичаевого права можуть мати чинність подвійну — і первісну і вивідну<sup>2)</sup>.

Первісна чинність права трапляється переважно в певному громадському колі, а вивідна стосується до органів державних, на це до суду<sup>3)</sup>.

З оцього положення Bierling виводить відновідь на питання про можливість скасувати звичаєве право через припис закону. Він уважає, що закон, що позбавляє окрему правну норму чи взагалі все звичаєве право правного захисту, позбавляє звичаєве право вивідної тільки його чинності, заснованої на посередньому визнанні, первісне-ж його діяння зостається, оскільки задержується безпосереднє визнання. Закон-же, що безпосередньо забороняє чинність звичаєво-правної норми, не тільки касує посереднє визнання, але поволі, за силу однієї викання чи утворення нового, змістом протилежного визнання усуває й існуюче безпосереднє визнання, себ-то може скасувати звичаєво-правну норму. Такий самий висновок можна було-б зробити й що-до скасування взагалі звичаевого права, законом його заборонивши; та цього висновку Bierling не робить, бо не припускає можливості такої загальної заборони, вважаючи, що вона суперечить розумові та інтересам правного ладу. Вважає він за можливе лише скасування через загальну заборону всіх звичаєво-правних норм, які суперечать безпосереднім наказам законодавства. При цьому, завважує він, можливість є умовна, бо скасування залежить од того, чи одержить новий закон таке визнання, яке знищить визнання звичаєво-правної норми, а втім, оскільки за приписом закону стойти сила державної влади, вона має засоби примусити до такого визнання<sup>4)</sup>.

Теорія Bierling'ова викликала в літературі різну оцінку, причому одні ладні вбачати в ній модифікацію теорії переконання, вважаючи, що визнання (*Anerkennung*), покладене в основу Bierling'ового вчення, є ще інше, як правне переконання, а інші наближають її до теорії фактичного вживання з нашого погляду, правильніше друге, бо Bierling, як ми бачили, розуміє під визнанням права не що інше, як підлягання даній нормі, як такій, що встановлює взаємні домагання та обов'язки, і вважає, що визнання це може бути поневільне, несвідоме й несамовільне, тоб-то позбавлене елементів переконання й свідомості. Так власне зрозумів Bierling'a Bekker, що прийняв його теорію<sup>5)</sup>. Не можна не відзначити, проте, що Bierling потрапляє в ту саму суперечність, що й Dernburg, бо, коли під визнанням розуміє фактичне додержання даної

<sup>1)</sup> *Juristische Prinzipienlehre*, Bd. II, стор. 319 й далі.

<sup>2)</sup> *Ibidem*, стор. 326.

<sup>3)</sup> *Ibidem*, стор. 333, приміт. 12.

<sup>4)</sup> *Ibidem*, стор. 327—334.

<sup>5)</sup> Bekker, Ueber den Rechtsbegriff у *Zeitschrift für vergl. Rechtswissenschaft*, I, Bd. (1878), стор. 110 й далі—(Bekker мав на увазі ранішу працю Bierling'a—*Zur Kritik*).

норми, то слід виключити вказівку, що норму при цьому розглядається в характері правної: інакше в поняття визнання вноситься певною мірою елемент психологічний, на випадок-же усунення його — втрачається грань між звичаєвим правом і простою поведінкою.

5. Rudolf Stammle<sup>r</sup> у своїй праці «Господарство й право» дає, як відомо, своє загальне вчення про право, проте, поняття звичаєвого права докладно там не розвинено. Відповідні що-до звичаєвого права висновки з Stammle<sup>r</sup>'ового вчення поробив Theodor Kipp, що в основному поділяє це вчення<sup>1)</sup>.

Об'єктивне право, з Stammle<sup>r</sup>'ового погляду, це єсть примусове регулювання суільного життя людей, що непорушно діє з самої своєї природи (*die ihrem Sinne nach unverletzbar geltende Zwangsregelung menschlichen Zusammenlebens*). До того-ж, примусове регулювання не слід розуміти, як фактичну можливість примусити, а як домагання об'єктивного права діяти незалежно од згоди окремих підлеглих цьому діянню осіб. Моментом примусового регулювання право відрізняється од тих званих конвенційних норм, що діють власне за силою добровільного їх підлягання. Од самовільного загаду-ж право одрізняється тим, що той, хто встановлює правну норму, сам бажає бути звязаним нею, поки звязано нею її підлеглих її діянню: право бажає діяти непорушно в тому розумінні, що його може замінити право інше тоді тільки, коли його приписів не треба більше додержувати. Отож, непорушність права під той час, як воно єсть чинне, являє собою умовну непорушність; об'єктивно-ж непорушності, недопустимості змін у самому понятті права немає<sup>2)</sup>.

Нове право, з Stammle<sup>r</sup>'ового погляду, може засновуватися на тих, які передбачають його повстання, нормах чинного досі (до нього) правного ладу. Та крім такого правоутворення вивідного єсть і первісне, оригінальне. Ідучи шляхом, що пройшов розвиток права від давніх до наших часів, у напрямкові зворотному, ми неодмінно натрапимо на такі правні положення, яких не можна вивести з тих, котрі були перед ними. До правоутворення первісного належать: по-перше, встановлення певних норм од тієї влади, котра не опирається на правних, що перед нею існували, нормах, а виникла в наслідок повстання, завоювання, державного перевороту, революції, то-що; по-друге, встановлення певних нових норм через договори публічно-правного характеру, зокрема міжнародні; і по-третє, утворення звичаєвого права наперекір тому, що правний порядок, який існував був перед його повстанням, одмовляється це звичаєве право визнати<sup>3)</sup>.

За такого первісного правоутворення можуть бути дві можливості: єднання поміж тим, хто встановлює право, і особами, що підлягають його чинності, або

<sup>1)</sup> Theodor Kipp у додатках до B. Windscheid. Lehrbuch des Pandektenrechts. I. Band (9. Aufl., 1906), § 15, приміт. 5. Стор. 81—84.

<sup>2)</sup> Rudolf Stammle<sup>r</sup>. Wirtschaft und Recht nach der materialischen Geschichtsauffassung. Eine sozialphilosophische Untersuchung. (1896). Стор. 497—500.

<sup>3)</sup> Ibidem, стор. 492—502.

навпаки, однобічне встановлення права наперекір волі тих, хто підлягає його діянню. Та сяк чи так, хто встановлює право, повинен бути носієм влади (*Macht-haber*). Тим-то приватні особи не можуть утворювати правних норм, так само як і під час революції або громадянської війни норми, що запровадила повстала сторона, не можутьуважатися за право, що замінило давнє, до остаточної перемоги цієї повсталої сторони, до зосередження в її руках влади<sup>1)</sup>.

Прийнявши в основному викладені положення Stammle'a, Kipp уважає, що відносно вчення про звичаєве право вони приводять до таких висновків. Замість давнього погляду на звичаєве право, як на безпосереднє, і на закон, як посереднє, побічне правоутворення, треба вважати, що й звичаєве право, і закон можуть бути за предмет як вивідного, так і первісного правоутворення. Зокрема, звичаєве право може повстати наслідком того, що чинне право визнає правний звичай за джерело нових правних положеннів. У цьому разі звичаєве право повстає так само вивідно, як і закон: воно здобуває свою легітимацію од передніших правних положеннів. Але звичаєве право може повстати й незалежно од передніших правних положеннів і навіть наперекір їм, скоро-но вони забороняють існування звичаєвого права. У таких випадках уважають, що воно повстало, коли те чи інше правило за силу свого в житті прикладання набуває загального визнання в характері правила спільного життя людей, яке непорушно діє по своїй природі. Таке визнання може повстати наслідком повільної поступінної звички, але може повстати й так швидко, що не можна говорити про існування звичаю<sup>2)</sup>.

Не важко побачити, що з викладених положенняв Kipp'a випливає, що він дотримується подвійного погляду на основу чинності звичаєвого права: що-до вивідного звичаєвого права він бачить цю основу в приписах закону (але не в мовчазній санкції законодавця, як представники теорії зізвolenня), а що-до звичаєвого права оригінарного — у фактичному підляганні йому, що має, як і у Bierling'a, характер визнання його за право. Тим-то те, що були ми завважили з приводу Bierling'ового вчення, треба застосувати й сюди.

## § 6. Сучасна теорія вживання та переконання.

1. Як ми зазначали, за один із наслідків реакції проти вчення історичної школи про звичаєве право було нове формулювання теорії переконання, яку й тепер уважають за пануючу. Наведімо тут погляди представників цього напрямку.

Славнозвісний германіст — Otto Gierke<sup>3)</sup> — вважає, що питання про основу чинності звичаєвого права цілком покривалося питанням про основу чинності права взагалі. На це питання, як він гадає, правознавство відповісти не

<sup>1)</sup> Ibidem, стор. 508—510.

<sup>2)</sup> Th. Kipp, loco cit., стор. 84.

<sup>3)</sup> O. Gierke, Deutsches Privatrecht. Band I. (1895). §§ 20—21.

може, бо основа чинності права не може й собі мати правної основи. Через те, каже Gierke, з погляду юридичного сила звичаєвого права являється чимось просто даним (etwas schlechthin Gegebenes), основним фактором, якого не можна обґрунтувати й який не потрібує цього. Можливі тільки спроби розглянути основу чинності звичаєвого права з погляду історичного та філософського, виходячи з фізичної й духовної істоти людини.

З цього погляду Gierke визнає два істотні чинники звичаєвого права — повстання правного переконання й здійснення його через фактичне вживання. Правне переконання, що за допомогою фактичного вживання не набрало зовнішнього вияву, не може, як і невиявлений закон, мати сили норми, що звязує зовні. Але й звичай мусить виявитися, як вживання положення, що видається правним.

Обопільні стосунки між обома чинниками звичаєвого права бувають, як каже Gierke, не завсіди однакові: може існувати таке тверде переконання, що воно з непереможною силою вдирається в життя й утворює фактичне вживання певних положень; і, навпаки, загальне переконання може повстати з довільного первісного фактичного вживання, до якого правна свідомість ставилася байдуже або навіть вороже.

Змалювавши таким чином, як повстало й на якій основі діяло звичаєве право, Gierke деталізує тій вимоги, що їм воно повинно відповідати:

1. Утворення правного переконання.

а) За носія його може бути всяка органічна громада, себ-то довгочасне життєве спілкування людей, із якого виникають стосунки, що їх регулює зовнішня воля. Громада ця може бути й неорганізована.

б) Переконання повинно повстати. Воно при цьому не звязане з свідомим вольовим вирішенням; несвідомі ж вольові процеси мають при цьому значіння побічне.

в) Переконання мусить бути загальне. Воно, правда, може виявлятися в свідомості тільки окремих індивідів, але кожен з них повинен сприймати його, як властиве іншим переконанням, як погляд загальний і пануючий у тому життєвому колі, що за учасника його він є. При цьому не вимагається одностайністі чи більшості членів громади, що поділяють це переконання: доволі переконання тих членів громади, котрим доводиться брати участь у життєвих умовах, що підлягають урегулюванню. Незгідні з загальним переконанням думки окремих осіб — неістотні, оскільки вони виявляються, як індивідуальні переконання.

г) Переконання повинно бути правне, себ-то мати за свій зміст вольову норму, яка виявляється як покажчик поводження, що зовні звязує й безумовно керує. Переконання, скероване на моральне зобов'язання, що внутрішньо звязує, або на не безумовно провідне вимагання морали, не встановлює звичаєвого права.

г') Мотиви, що викликали загальне правне переконання, байдужі, — отже звичаєве право може засновуватися на помилці.

д) Байдужий так само зміст правного переконання,—отже суд не повинен оцінювати звичаєво-правної норми з погляду її раціональності.

## 2. Фактичне вживання.

Звичаєве право набуває сили за допомогою звичаю, завдяки якому його однозначно додержують протягом довгого часу. Кількості потрібних повторюванів і довгочасності вживання не можна наперед установити.

Звичаєве право має, на думку Gierke, рівну з законом силу й судді повинні прикладати його *ex officio*.

Торкаючись значіння так званого права юристів, себ-то судової практики та науки права, Gierke вважає, що ні перша, ні друга не являється джерелом права, бо перша має за мету вживання правних норм, а друга — пізнання їх. А втім, завважує він, потреба в тому, щоб право було міцне, спонукує суди додержувати вироків, які вони чи, особливо, суди вищих інстанцій один раз видали. Це утворює судовий звичай (*Gerichtsgebrauch, usus fori*), який при довголітньому повторюванні однакових вироків набуває ознак звичаевого права—правного переконання й фактичного вживання, і стає з цього моменту за підвід звичаевого права. Одмітна його особливість те, що правне його переконання виникає і прикладання його одбувається не серед громади або зацікавлених її членів, а в його органах—судах<sup>1)</sup>.

2. До пануючого про звичаєве право вчення можна зарахувати й F. Génu. Він у талановитій і змістовній праці, що вийшла між людьми року 1899 й присвячена методам тлумачення та джерелам позитивного приватного права, чимало уваги присвятив проблемі звичаевого права<sup>2)</sup>.

Дослідивши традиційні методи тлумачити право та покритикувавши ці методи, Génu робить висновок, що юриспруденція, в міру свого розвитку, не задовольняється з того, що розкладає юридичні стосунки на їх складові елементи: вона намагається створити суто-абстрактні положення, ізоляє ці елементи од реальної дійсності й кидає їх у гущавину юридичних конструкцій. Не одкидаючи значіння юридичної техніки й тих логічних конструкцій які вона утворює, Génu ставить науці права такі умови користування ними: треба не спускати з ока ідеального й суб'єктивного характеру цих конструкцій, розглядати їх як гіпотези, підлеглі фактам і приймані тільки як спосіб досягти мети, що її ставить собі юриспруденція. Недодержання умов оцих призводить, як гадає автор, до висновків суто-довільних, невідповідних фактам соціального життя, до трансценденталізму в юриспруденції<sup>3)</sup>.

<sup>1)</sup> O. Gierke. Deutsches Privatrecht. B. I. (1895) § 21.

<sup>2)</sup> F. Génu, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique. I вид. 1899; II вид.—Томи 1 і 2—1919. (Далі цитовано II видання).

<sup>3)</sup> Loco cit., т. I, §§ 60—82, стор. 124—204, зокрема §§ 81—82, стор. 188—204. Ті-ж ідеї Génu розвинув докладіше в своїй праці Science et Technique en droit privé positif. III partie—Elaboration technique du droit positif. 1925.

Виходячи з оцих міркуваннів, Génu відмовляється од жадних умоглядних обґрунтовуваннів обов'язкової сили звичаевого права й хоче обґрунтувати її тільки на тих соціологічних фактах, які даетсяя спостерегати емпірично. За перший такий факт, що показує на потребу визнати звичай за формальне джерело правних норм, Génu визнає ту важливу роль, яку відгравав звичай в утворенні позитивного приватного права в різні фази історії. Другий такий факт це те, що й необхідність захищати приватні інтереси, і потреба, щоб індивідуальні права були міцні, і потреба в рівності, що лежить в основі всякої юстиції,— вимагають, щоб правило, встановлене довгочасним вживанням, з юридично обов'язковим характером, регулювало поводження всіх нарівні з законом. Третій, що обґрунтовує чинність звичаевого права, факт, це, як гадає Génu, згідність оції чинності з тим глибоким почуттям людської природи, яке повагою і страхом оповідає предківський звичай і заваджає його зміні. Нарешті, вказує Génu, звичай, оскільки він припускає добровільне, санкціонування його, од зацікавлених сторін, є найкраща гарантія рівноваги інтересів, що їх він торкається.

Усі ці факти Génu зводить до одного — до самої «природи речей» (*la nature des choses*), що й є для нього за основу чинності звичаю.

Виходячи з оцих фактів, Génu встановлює умови, яким повинно відповідати звичаєве право. Умови ці двоякі: позитивні, що торкаються сути звичаевого права й є для нього конститутивні, та негативні, що містять у собі перешкоди до чинності звичаевого права.

Позитивні умови зводяться до двох, до тих самих, що в них-ото давня римсько-канонічна теорія вбачала чинники утворення звичаевого права та основні його ознаки: це — матеріальний елемент, — довгочасне й одноманітне вживання, і елемент психологічний, — переконання в наявності правної санкції.

Перший, як необхідний субстрат кожного юридичного звичаю припускає з боку зацікавлених осіб низку дій та фактів (коли-не-коли й здергання од дій), що встановлюють певні стосунки в громадському житті й можуть бути за предметом юридичної санкції. Нормально це вживання (*usage*) міститься в практиці щоденного життя, що набула міцності й довгочасності повторюванням, що не має запереченнів. питання про необхідну довгочасність уживання та про кількість актів його, як про умови виникнення звичаевого права, не можна, як гадає Génu, вирішувати априорно; його треба полишити толковникам, щоб він вирішив його в окремому, конкретному випадкові, порекомендувавши йому вимагати довгочасного вживання.

Другий елемент звичаевого права — нематеріальний і психологічний, що діягноза його значно складніша й тонша, — *opinio juris seu necessitatis*.

Ця вимога визначає, що фактичне вживання звичаю, щоб породити звичаєве право, повинно мати характер здійснення суб'єктивних прав з боку тих, хто його прикладає, до того-ж здійснення, що містить у собі вияв норми об'єктивного права. Інакше кажучи, дії, що утворюють вживання звичаю, мають для утворення права значіння тільки тоді, коли вкуні з ними йде уявлення про

дійсну соціальну санкцію. У цьому, — підкреслює Gény, — специфічно характерний елемент звичаевого права, що відрізняє юридичні звичаї од численних звичок життєвих. Цей психологічний елемент, що його вимагання висуває Gény, відрізняється од того, що слив невловимого стану загальної свідомості, який мала на увазі школа історична, він звязаний, як гадає Gény, безпосередньо з звичаєм, який характеризує, і полягає в почутті, що викликається у тих, хто його прикладає, під впливом невиявленої норми, котра видається їм за норму об'єктивного права. Наявність чи брак такого почуття виявляється, як гадає Gény, здебільшого досить наочно з обставин вживання звичаю (труднощі, що при цьому повстають, цілком тотожні з труднощами, коли доводиться встановлювати наявність *animus'у* при володінні). Зосібна, наявність оцього почуття можна визнати без ваганнів у випадках, як уживання завжелося в результаті звичного тлумачення, міцно прийнятого в судовій практиці, або більшменш однодушним поглядом доктрини. Будь-що-будь, додає Gény, довід наявності психологічного елементу звичаевого права можна покласти на суб'єкта цього елементу.

Ції два елементи, — вживання звичаю й почуття юридичної необхідності, — автор визнає за необхідні й достатні умови, щоб утворилося звичаєве право.

Поруч із цими позитивними умовами він розглядає й негативні умови, на яких виникає звичаєво-правна норма, що їх установила давня теорія:

1) вимагання, щоб звичай був непомильний, Gény, взагалі, відкидає, вважаючи, що здебільшого переконання, що звичай вживати обов'язково (*opinio iuris*) засновано на помилці;

2) вимагання, щоб у звичаєві не було ірраціональності, Gény приймає і під ірраціональністю розуміє переважно анти-соціальний характер звичаєво-правової норми, вбачаючи його в тому, що вона суперечить приписам писаного права, нормам загальної морали, основним принципам сучасної християнської цивілізації, основам політичної та соціальної організації.

Торкаючись питання про стосунки між судовою практикою й науковою права та звичаєвим правом, Gény відкидає погляд історичної школи, що вбачала в так званому Juristenrecht вид звичаевого права: і практика судова, і наука права самі по собі не мають істотних ознак звичаевого права — вживання звичаю серед зацікавлених кіл, і наявності в них *opinio necessitatis*. А що-до фікції ніби юрести презентують усенький народ (т. зв. ідея реіпрезентативності), що її Puchta кладе в основу свого вчення, то вона, як гадає Gény, може в крайньому разі з натяжкою утворити припущення про загальне переконання, та вона неспроможна надолужити тій виразніші вимоги, які встановив він, як істотні ознаки звичаевого права<sup>1)</sup>.

3. Виходячи з того, що швейцарський цивільний кодекс в арт. 1 виразно визнає звичаєве право за джерело права, Mach Gm üg гадає, що не треба за-

<sup>1)</sup> F. Gény, Méthode d'interprétation. T. 1 (1919). §§ 109—129, стор. 317—417.

сновувати чинності звичаєвого права на правному переконанні або на волі громади, бо воно засноване на виразно виявленій законодавцевій волі. Та, — вказує він далі, — оскільки ця в законі прийнята теорія зізвolenня з'ясовує тільки стосунки звичаєвого права до закону й не встановлює ані змісту поняття звичаєвого права, ані ознак його, над цими питаннями повинна пошукувати наука права й практика.

Загальне поняття звичаєвого права (в Швейцарії) Gmürg формулює так: «звичаєве право складається з правних положеннів, що не формульовані технічно або, принаймні, обов'язкова чинність яких незвязана з технічним їхнім запровадженням; а втім вони мають обов'язкову силу й не потрібують, щоб їх було новово заведено для кожного окремого випадку»<sup>1)</sup>.

За основний істотний момент звичаєвого права Gmürg визнає, як здебільшого й інші дослідники, момент фактичного вживання. Вживання це повинно бути довгочасне, не мати випадкового характеру, мати певну постійність та закономірність. Воно має стосуватися не до поодиноких правних стосунків, а повинно одбуватися в більшому числі випадків серед цілого гурту зацікавлених осіб; випадки ці повинні підлягати доведенню. Торкаючись питання про те, чи повинно фактичне вживання звичаю одбуватися серед зацікавлених верстов людности, чи вживання звичаю по судах та через урядових осіб так само можна розглядати, як елемент звичаєвого права, Gmürg показує, що судді приділено взагалі ролю особи, яка прикладає право; він може запроваджувати нові правні положення для окремих тільки конкретних випадків (*freie Rechtsfindung*). Узагалі-ж, судова та адміністративна практика не є через це за формальне джерело права й не може замінити собою фактичного вживання звичаю, потрібного на те, щоб повстало звичаєве право. Разом з тим вона виливає на практику зацікавлених гуртів людности й через неї на утворення звичаєвого права.

Поруч з цією матеріальною ознакою, що утворює розпізнавальність звичаєво-правної норми, повинен існувати, як гадає Gmürg, реквізит її правної чинності. Визнаючи, що теорія зізвolenня не дає відповіди на цю найважливішу проблему вчення про звичаєве право, а теорія переконання розвязує її незавдовільно, Gmürg іде іншим напрямком та й шукає розвязання її в організації правного порядку. Показавши, що фактично додержувані положення набувають звичаєво-правної сили відтоді, як вони стають частиною правного порядку, Gmürg робить висновок, що за частину правного порядку ці положення стають вже аж тоді, коли громадські та господарчі стосунки стверджують не тільки їхню доречність та доцільність, ба й необхідність, обумовлювану тим, що в житті правному на них все дужче починають уважати. Цю-таки думку автор

<sup>1)</sup> M. Gmürg, *Zivilgesetzbuch und Gewohnheitsrecht* у *Festgabe Eugen Huber zum siebzigsten Geburtstage* даровані Juristischen Fakultät der Universität Bern (1919). Стор. 17—21.

висловлює в негативному формулуванні: правило є обов'язкове, коли його невживання, як положення правного, мало-б своїм наслідком порушення переважних інтересів і з погляду загального правного порядку повинно було-б здаватися шкідливим порушенням. Отже, Гміг поруч з матеріальною ознакою звичаєвого права — фактичним уживанням, встановлює формальну ознакою — входження, як частини його, до складу правного порядку<sup>1)</sup>.

Не важко помітити, що ця формальна ознака містить у собі й момент психологічний: коли входження того чи іншого правила до складу правного порядку обумовлюється тим, що під впливом господарчих стосунків на це правило вважають у правному житті, то це визначає, що в суспільстві існує що-до цього правила якась opinio necessitatis.

### § 7. Сучасна вольова теорія.

Поруч з теорією переконання живе аж до наших часів і теорія вольова. Заступає її Енпессерус. Виходячи з того, що правні норми складаються з наказів та заборон, себ-то вольових актів, він бачить в основі права взагалі волю громади або загальну волю (das Willen einer Gemeinschaft, das Gemeinwillen). А втім, застерегає він, не треба це розуміти так, неначе-б громада має якусь одмінну од волі окремих її членів колективну волю: але в громаді «воля багатьох її членів обопільно діє, об'єднується й обертається в силу, що панує над усією громадою (навіть включаючи осіб з іншим змістом волі). Множество-ж, однією метою об'єднане, видіється нам у своїй сполученій силі та вчинках — одністю. Через те, гадає Ennepescerus, ми можемо й повинні уявляти собі пануючу в громаді волю у вигляді одної волі. Ми це робимо, почасти несвідомо, кожного разу, як говоримо про загальну відлю, про волю держави, про волю союзу, то-що.

Загальна воля може мати в юридичному житті, як гадає Ennepescerus, явний і мовчазний вияв. Перший має форму закона або автономного права, другий — форму загального й постійного фактичного здійснення конкретних правних стосунків, себ-то звичаєвого права. З такого розуміння звичаєвого права автор робить такі висновки:

а) Фактичне вживання відповідної норми є не тільки засіб пізнання звичаєвого права, але й умова його виникнення, бо тільки таке вживання містить у собі вимаганий вияв загальної волі.

б) За правилом загальним, висновок про те, що дана норма виникає з загальної волі, може бути зроблений тільки на основі постійного та довгочасного вживання.

в) Як виняток, загальна воля може дістати певний вияв і в строк короткий, напр., коли новоутворена держава одержує зовнішнє й внутрішнє визнання,

<sup>1)</sup> Ibid., стор. 34—36.

коли після революції або громадянської війни положення, що завела сторона-переможниця, знаходять загальне визнання.

г) Оскільки звичаєве право, як і закон, виявляє волю громади, межі його відповідають владі цієї громади: через те загальнодержавна влада може скасувати звичаєве право якої-небудь частини держави.

Ознаки звичаєвого права, за Еппессерусом, такі: 1) одноманітність уживання звичаю; 2) довгочасність уживання; 3) загальність його в тому колі, де припускається діяння звичаєво-правної норми; 4) згідність уживання звичаю з волею, себ-то з волею здійснити обов'язкове правило (циа правна воля є почасти те, що називають *opinio necessitatis*); і 5) уживання не повинно бути наслідком помилки (звідси автор припускає вийнятки)<sup>1)</sup>.

Як основи чинності права, закон і звичай або виключають одне одного, коли вирішальним являється факт існування звичаю, він повинен бути вирішальним у повному обсягові.

## § 8. Теорія імперативно-атрибутивних психічних переживаннів.

Своєрідне розуміння звичаєвого права в звязку з загальною концепцією права дав Л. Й. Петражицький.

Вихідний пункт його вчення є думка, що всі труднощі загальної теорії права повстають з того, що правники оперують з неправильними поняттями права, які утворилися через помилкові передосилки. Тим-то він одмовляється від «звичайного називання» предметів і утворює нові наукові поняття згідно з вимогами логіки<sup>2)</sup>. Відкидаючи загальнонормитивний в психології поділ психічних елементів на відчування, почуття й вольову спонуку, він замінює його поділом іншим, а саме: 1) двохбічні, пасивно-активні психічні елементи або інакше емоції (так само імпульсії); 2) однобічні елементи, що свою чергою поділяються на: а) однобічно-пассивні, пізнавальні та почуттєві переживання<sup>3)</sup>. Вважаючи, що право являє собою явище виключно індивідуальної психіки, він вбачає в ньому не що інше, як емоції, що пасивний бік їхній полягає в імперативності, або, інакше кажучи, в свідомості обов'язковості, а бік активний — в атрибутивності, себ-то приписуванні правосильності. Атрибутивною стороною своєю право одрізняється від моральності, що має тільки імперативний

<sup>1)</sup> L. Eppeserius, Th. Kipp und M. Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts I Bd., 1 Abt., 1924<sup>10</sup>, §§ 29, 35, 36. Схожий зовсім погляд висловлює Karl Haff, Institutionen des Deutschen Privatrechts auf rechtsvergleichender und soziologischer Grundlage. В. I, 1927 § 23. Також Gerhart Husserl, Rechtskraft und Rechtsgeltung. I. Band. Genesis und Grenzen des Rechtsgeltung. (1925). Стор. 71—72.

<sup>2)</sup> Л. І. Петражицький, Введеніє въ изученіе права и нравственности. Основы эмоциональной психології. (2 изд., 1907). Стор. 58, 21.

<sup>3)</sup> Ibidem, стор. 215, 276. Так само Л. І. Петражицький, Теорія права и государства въ связи съ теоріей нравственности. Т. I (изд. 2-ое, 1910). Стор. 3.

характер<sup>1)</sup>). Застосовуючи, таким чином, до поняття права всі ієпічні переживання імперативно-атрибутивного характеру, Петражицький зараховує до права правила гри, багато правил ввічливості, особливе «любовне право», «дитяче право», «злочинне право», себ-то право злочинних організацій, «натолігнічне право», тоб-то право забобонів та галюцинацій<sup>2)</sup>.

Торкаючись уявлення про те, що правні норми є величина, зовні до нашої волі звернені, Л. Й. Петражицький вважає, що уявлення це не відповідає реальності, а є продукт уяви,— емоціональна фантазія або проекція. Тим-то він зве правні норми емоціональними фантасмами або проектованими ідеологічними величинами. А ті факти, що викликають виникнення оцих фантасмів, як от приміром законодавчі акти, судові вироки, тоб-то джерела права, він зве «фактами нормативними»<sup>3)</sup>.

Коли в імперативно-атрибутивному переживанні є покликання на нормативні факти, ми маємо справу з правом позитивним, а коли такого покликання нема, то з інтуїтивним правом<sup>4)</sup>.

Те право, яке належить прикладати й підтримувати представникам державної влади, Петражицький назвав офіційним правом; те, яке такого значення в державі позбавлено — неофіційним правом<sup>5)</sup>.

Згідно з характером нормативних фактів Петражицький відрізняє: законне право, звичаєве право, право судової практики, книжне право, право прийнятих у науці думок, право юридичної експертизи, право приповідок релігійно-етичних авторитетів, договірне право, то-що.

Торкаючись спеціально звичаєвого права, Л. Й. Петражицький зазначає, що явище довгочасного одноманітного додержання певного правила поводження з свідомістю правної його обов'язковості зовсім інше не визначає, що існує окремий вид позитивного права — звичаєве право. Це явище трапляється й у царині чинності права законного, і права судової практики й книжного права, і інших видів позитивного права, ба навіть права інтуїтивного. За ознаку ж звичаєвого права є наявність відновідного масового поводження інших у характері нормативного факту, що викликає імперативно-атрибутивні переживання. За такий нормативний факт може бути або колишнє поводження предків («давнє місто», «стародавній звичай»), або масове поводження сучасників («так заведено», «так усі роблять»). У першому випадкові ми маємо старкувате звичаєве право, себ-то право звичаїв предків, традицій, старовини, в другому випадкові — звичаєве право новотворне, право сучасних звичаїв, звичайно додержуване. При цьому Л. Й. Петражицький указує, що уявлення про те чи інше масове поводження (предків чи сучасників) часто-густо не відповідає дійсності

<sup>1)</sup> Теорія права. Т. I (изд. 2). Стор. 153.

<sup>2)</sup> Ibid. Т. I. Стор. 85—134.

<sup>3)</sup> Ibid. Т. I (2 изд.), стор. 39 і дал., Т. II (2 изд.), стор. 326 й дал.

<sup>4)</sup> Ibid. т. I, стор. 472—479.

<sup>5)</sup> Ibid. т. I, стор. 242—251.

так через помилки суб'єктів його, як і через подання їм неправдивих од третіх осіб відомостей. Це приводить автора до визначення звичаєвого права, як імперативно-атрибутивного переживання з покликуванням на відповідне уявлене масове поведіння інших, як на нормативний факт.

Але таке психологічне розуміння звичаєвого права повинно привести до утотожнення з правом того, що ми звикли вважати за простісінький звичай, конвенціональне правило й т. ін., оскільки переживання їх психікою людською позначено імперативно-атрибутивним характером. З властивою йому безмежною послідовністю Л. І. Петражицький застосовує ці явища (наприклад, думки що-до права гостей на почесне за столом місце та інші загадко прийняті ознаки уваги) до царини звичаєвого права, поділяючи його на офіційне, що користується захистом од держави, і неофіційне,— цього захисту позбавлене<sup>1)</sup><sup>2)</sup>.

## § 9. Сучасна теорія зізволення.

1. Шоміж авторами кінця XIX в. ми здібаемо вченіх, що відроджують теорію зізволення (Gestattungstheorie). Теорія ця, як ми вже були відзначили, виникла з вольової теорії постголосаторів, панувала аж доки з'явилася історична школа, і в першій половині XIX в. знову знайшла захист (Reingold Schmid).

З пізніших правників, що поділяли її, ми зупинимося на К. Binding'ові й G. Rümelin'ові.

Karl Binding<sup>3)</sup>, видатний криміналіст, що спеціально працював і над питанням загальної теорії права в звязку з правом карним, розглядає кожне об'єктивне право, як виявлену загальну волю. Оцей вияв волі завсіди пряме до того, щоб забезпечити правним авторитетом іншу думку про найдосконаліше регулювання будь-яких життєвих стосунків. Таким чином, кожне правне положення складається з двох різних частин: вияву правної думки й вияву правної волі, а правотворчість полягає в комбінованому встановленні обох частин.

Згідно з цим Binding указує чотири форми правних положеннів:

1) положення, де правну думку й правну волю виявлено в виразно присвячених їм словах;

2) положення, де і правну думку, і правну волю виявлено не безпосередньо, а конклudentними діями;

<sup>1)</sup> Л. І. Петражицький, Общая теория права и государства въ связи съ теорией нравственности. Т. II (2 изд., 1910). § 41, надто стор. 552—556.

<sup>2)</sup> Під значним впливом учения Петражицького знаходитьться Никифор Сорокин, Елементарный учебник общей теории права в связи с теорией государства (Ярославль, 1919). Нор. стор. 1—31, 51—57.

<sup>3)</sup> Karl Binding, Handbuch des Strafrechts. Erster Band. (1885). §§ 40, 42, стор. 197—204. Також його Die Normen und ihre Uebertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts. I. Band. Normen und Strafgesetze (2-te Aufl., 1890). § 23. Стор. 153—157.

3) положення, де правна воля знайшла для себе вияв, безпосередній, тимчасом як думка, що її вона ухвалює, виразно не виявлене;

і 4) положення, де правну думку формулювано безпосередньо, а волю, щоб цю думку прикладти, виявлено через конклюдентні дії.

Першу з перелічених форм правних положеннів Binding зве встановленим правом (*das gesetzte Recht*) або законом (*Gesetz*), а всі інші — правом невиявленим (*ungesetztes Recht*). Це поняття він одрізняє од поняття звичаєвого права ось чим: по-перше, звичаєве право, за інануючим розумінням його, має іншого, ніж закон, творця, тимчасом «право невиявлене», в розумінні Binding'a, це вияв волі того самого суб'єкта (чи буде то народ, чи парламент, чи монарх), що утворює закон. По-друге, «невиявлене право» в тих трьох формах, що їх ми вище були показали, являє собою поняття ширше, ніж звичаєве право: до нього належать і положення, виведені через тлумачення закону всупереч дослівному його розумінню *corrigerendi gratia*, і положення, в законі невиявлені, але такі, які передносилкою закону (напр, заборона чинити той чи інший лихий учинок), або положення, заведені за аналогією. Але всі ці положення не завдоволяють ті вимоги, які де-далі знов і знов висуває життя. А тимчасом останнє не припускає прогалин у праві. Через те, коли такі прогалини є, учасники обороту складають свої угоди за власним своїм розумінням, а суддя кладе в основу свого вироку, за силою наданої йому од законодавця правоможності, припушкувану законодавцеву волю. Одноманітні тих чи інших положеннів прикладання в угодах та вироках, хоч-би які численні вони були, утворює тільки сурогат права, але не саме право, бо тільки законодавцева санкція може надати їм загально обов'язкової сили. Така санкція буває тоді, коли законодавцеві відомо про запроваджений звичай й він не висловив у будь-якій формі своєї неухвали й не показав, що застерегає собі регулювання даних стосунків. Питання про наявність отакої санкції це *quaestio facti* й підлягає вирішенню судді. При цьому, додає Binding, суддя повинен виходити з передносилки, що знання за прогалини в законі чи про недостатність того або іншого закону зобов'язує законодавця запорожнити прогалини й усунути закон, і що законодавець оцю свою повинність презумтивно виконує, доглядаючи вживання звичаю та мовчки його ухвалюючи<sup>1)</sup>.

Виходячи з уявлення про те, що закон і «невиявлене право» мають одного спільногого творця-законодавця, Binding визнає за кожним з них одинаковий авторитет і вважає, що «невиявлене право» може скасувати чинність закону, так само як закон — чинність «права невиявленого». Законодавець може й загалом заборонити чинність «невиявленого права», але це буде тільки самообмеження законодавця, яке не може звязати його й усунути можливості мовчазної ухвали од нього самого звичаїв, що знов виникають.

<sup>1)</sup> K. Binding, Handbuch des Strafrechts. I. Bd. (1885). Стор. 202 й дал.

У викладеному вченні Binding'a ми легко розпізнаємо характерні риси давньої Gestattungstheorie, воно правда, у вигляді модернізованому; тут і фіктивна «загальна воля», яку, проте, автор часом заміняє поняттям «волі законодавця» або «волі джерела права» (Wille der Rechtsquelle), тут і фікція, що виразно виступає, мовчазної законодавцевої санкції<sup>1)</sup>.

2. У літературі вважають за представника цієї самої теорії зізволення Gustav Rümelin'a, що присвятив звичаєвому праву велику журнальну статтю<sup>2)</sup> в 1889 р.

Розуміючи під чинністю норми обов'язок її додержувати, G. Rümelin показує, що обов'язки, взагалі, можуть бути або юридичні, або етичні, і засновуватися вони можуть чи то на авторитеті влади, чи то на явищах психологічного порядку, на міркуваннях про цінність. А втім, завважує далі автор, ні авторитет влади, ні психологічні переживання не є остаточні підвалини для обов'язку додержувати ту чи іншу норму,— вони свою чергою припускають питання: «чому?» Коли при такому питанні основу авторитету влади можна звести до вимаганів етики, то що-до психічних переживання думка людська не може знайти жадного ґрунту й через те повинна розглядати їх, як остаточне кільце в причиновому ланцюзі чинників людського поводження. Це викликає потребу угруптовувати чинність права на моментові психологічному. Багато хто вбачає психологічний момент у правному почутті, у свідомості справедливості: як вони гадають, це почуття чи свідомість установлює певні вимогання, наприклад, вимогання однозначно розвязувати окремі правні казуси, і з оцих вимоганнях випливає потреба додержувати звичаєвого права. Rümelin заперечує таке розуміння психологічної основи чинності звичаєво-правної норми, показуючи, що немає жадної підстави відрізняти правне почуття чи свідомість од вимоганнях етики. Інакше кажучи, він угруптовує чинність звичаєвого права на етичних вимоганнях та поглядах<sup>3)</sup>. Звязок поміж етикою та звичаєвим правом він установлює так: звичаєве право одержує визнання од держави й тим самим стає з його частина державного порядку; додержування-ж запровадженого державного порядку становить зміст вимогання етики, бо цей державний порядок з одного боку дбає, щоб здійснювало було вимогання етики, а з другого — утворює найважливішу й невідніману підвалину громадського добробуту. Rü-

<sup>1)</sup> Як прихильників цієї теорії зізволення слід зазначити: C. G. Bruns, Das Pandektenrecht, § 7, в Holtzendorff's Enzyklopädie der Rechtswissenschaft. Bd. I. Видання 1-е—5-е (в 6-му змінні L. Mitteis). Seydel, Bayrisches Staatsrecht. Bd. II. Стор. 310. Herzfelder, Gewalt und Recht. (1890). Стор. 149 й дал. Так само K. v. Gareis, Rechtsenzyklopädie und Methodologie als Einleitung in die Rechtswissenschaft (5. Aufl., mit Zusätzen von L. Wenger, 1920). § 10, стор. 50 — 52. Д. Д. Гриммт, Къ вопросу о понятии и источникахъ обязательности юридическихъ нормъ (Журн. Минист. Юстиції, 1896, т. VI, стор. 133 й дал.).

<sup>2)</sup> G. Rümelin, Das Gewohnheitsrecht (Jherings Jahrbücher, Bd. XXVII, 1889, стор. 153—252).

<sup>3)</sup> Rümelin, l. cit., стор. 164—167.

melin застерегає, що таке поясніння не претендує на вичерпне уґрунтування чинності звичаєвого права, проте, вважає за непотрібне досліджувати питання далі, бо воно має суто-філософський, а не юридичний інтерес.

У дальшому, викладаючи вчення про звичаєве право, Rümelin надає значення основи чинності звичаєвого права визнанню його від держави, не ставлячи його в залежність від наявності етичної бази. (Це дало декому підставу зарахувати Rümelin'a до прихильників Gestattungstheorie, та часом і він сам уважає себе за нього). Отже, гадає він, норма звичаєвого права обов'язкова й для особи, що не визнає моралі та моральних повинностей, скоро-но вона визнає за потрібне додержувати державного порядку, що існує з причин інших, напр., за силою доцільності. Тільки особа, що відкидає вартість державного порядку може не визнавати за обов'язкову звичаєвого права норму, що її санкціонувала держава<sup>1)</sup>.

Торкаючись запереченнія, яке часто наводять проти теорії зізволення й яке зводиться до вказівки на те, що й сам порядок правний, і сама держава засновані ні на чому іншому, як власне на фактичному вживанні й через те їх можна розглядати, як інститут звичаєвого права,— Rümelin каже, що хоч первісне виникнення державної організації губиться в сутінках історії, проте, не підлягає сумніву, що виникнення це й дальший розвиток держави одбувались за умов страшенної боротьби й величезних напруженнів, які становили основний зміст життя їх учасників. І розмір цих напруженнів, і сила історичних спогадів, відповідають тому значенню, яке надають державі. Коли процес утворення держави закінчився, до спільногого життя людей увійшов новий елемент, що вагою своєю та значенням моральним переважає геть-усі інші чинники: цей елемент — то державна організація. Правник, як гадає Rümelin, повинен зауважитися з цього й виходити в своїх міркуваннях з того, що держава та правний лад існують, і коритися їм — це є моральна повинність.

Санкціонування звичаєвого права від державної влади це головна, необхідна й достатня підвалина чинності звичаєвого права. Поруч з ним можуть бути й інші чинники, що збільшують силу цієї чинності, але не можуть сами по собі запровадити звичаєво-правних норм, напр. фактичне вживання<sup>2)</sup>.

Rümelin показує далі, що самостійне значення звичаєвого права сутово відносне й залежить від розвитку та стану законодавства: коли держава визнає звичаєве право, тоді все гаразд; коли, проте, звичаєвому праву просто відмовлено в державному визнанні,— слід уважати за неприпустиме не коритись державі під мотивом внутрішньої сили звичаєвого права.

Виходячи з положення, що сила звичаєвого права заснована на ствердженні його від держави, Rümelin гадає, що держава може видавати обов'язкові накази що-до порядку виникнення звичаєвого права. А як закон мовчить

<sup>1)</sup> Ibidem, стор. 186—193, 208—215.

<sup>2)</sup> Ibidem, стор. 193—204, 247.

з цього приводу (а закон завсіди мовчить тоді, коли санкціонування звичаєвого права мовчазне), слід визнати, що до звичаєвого права треба прикладти тиї вимоги, за яких воно досі фактично діяло й розглядалося, як чинне. Такі вимоги для права німецького Rümelin знаходить у пандектному праві, що діяло за його часів: це по-перше фактичне вживання, і по-друге, opinio necessitatis, яке Rümelin розуміє, як уявлення індивіда, що прикладає ту чи іншу норму, про те, що вона є правна, або воля його до того, щоб вона стала правною<sup>1)</sup>.

Отже, прилучаючись до Gestattungstheorie, Rümelin'ове вчення відрізняється од неї в чистому її вигляді. Отож, по-перше, він визнає, що санкціонування звичаєвого права від держави не єсть остаточна підстава чинності цього права, по друге, він звязує мотиваційну чинність звичаєвого права з моральним обов'язком додержувати запровадженого од держави правного порядку, і, по-третє, у практичних своїх висновках він наближується до послідовників Überzeugungstheorie, ставлячи звичаєвому праву ті самі вимоги, які була встановила пандектна доктрина.

## § 10. Теорія санкціонування звичаю від органів державних.

1. На початку XIX в. в Англії, що не знає кодифікації й живе переважно звичаєвим правом, видатний правник Austin відкидає вчення про звичаєве право, засноване на знайомій нам римсько-канонічній теорії, і заперечує юридичне значення за звичаєм, хоч-би його давно додержувано й хоч-би він відновідав громадській свідомості: звичай, на його думку, аж доти виявляє правила морали, доки він не дістав визнання од судів (a custom is only a moral rule until unforced by tribunals)<sup>2)</sup>.

Треба зазначити, що в англійській доктрині та практиці існує так звана теорія прецедента, яка визнає, коли є певні умови, обов'язковість для судів, розглядаючи справи, керуватися положеннями, висловленими в судових вироках, виданих перше<sup>3)</sup>. При тому судову практику визнають за самостійне незалежне

<sup>1)</sup> Ibidem, стор. 225—252, 216—224.

<sup>2)</sup> Austin, Lectures on Jurisprudence or the philosophy of positif Law (3-d ed., 1869). Стор. 527—545. Нор. В гrown, The Austinian Theory of Law (1906). Стор. 303—330.

<sup>3)</sup> Теорія ця відрізняє: а) початкові чи оригінальні прецеденти (original precedents), що вперше утворюють і прикладають нові норми, та декларативні (declaratory precedents), що прикладають норми, які виникли перше; б) авторитетивні прецеденти (authoritative precedents) тоб-то такі, котрі мають силу легального джерела права, як то вирішення вищих судів Англії, та переконуючі (persuasive precedents), що можуть бути придатні тільки для запозиченні і називані через те історичним джерелом права,—вирішення чужоземних судів, судів інших частин Британської Імперії, вирішення Тасманій Королівської Ради, як апеляційного суду для англійських колоній, і т. ин. судові dicta (вирази), себ-то положення, висловлені в судовому вирішенні, але не стосовні до суті даної справи. Авторитетивні прецеденти бувають: абсолютні, себ-то такі, котрі мають безумовно обов'язкову силу, це — вирішення Палати Лордів, апеляцій-

од звичаю, формальне джерело права, і утворювані нею норми — так звані case-law стоять на рівні з законом (statute law) і звичаєвим правом (customary law). Оде звичаєве право визнається за таке, що виникає з позасудового вживання звичаю, за умови незапам'ятної давності, згідности з народним opiniō necessitatis, несуперечності з законом, розумності.

Austin і слідом за ним сучасний нам його послідовник Brown, відмовляють, як уже вказувалось, звичаєвому праву будь-яке самостійне значення й обумовлюють його виникнення наявністю судового прецедента. Проте, вони не утотожнюють customary law і case-law: перше, що вони звуть його the custom of the people or a class (звичай народу чи класу) запозичає, вважають вони, свій зміст із звичаїв, що склалися в тих чи інших груп людности, тимчасом як друге, називане custom of the Courts, запозичає свій зміст із переконаннів суддів. Торкаючись заперечення, наведеної проти такого розуміння звичаєвого права, яке зводиться до вказівки на те, що судді завсіди покликуються на звичай, як на норму правного характеру й визнають його діяння за обов'язкове відносно тих суперечок, що винikли до санкціонування його в судовій практиці, Brown бачить у цьому не наукову аналізу звичаю, а фікцію, призначну служити практичним цілям. У дійсності, каже він, як суддя визнає в своєму вирішенні силу того чи іншого звичаю, він законодавствує, але, бажаючи перевісти тягар відповідальності за норму, що він установив, на плечі всього суспільства, він покликується на звичай, утворюючи фікцію свою йому підлягання<sup>1)</sup>.

Звичай стає, таким чином, за джерело правне в догматичному розумінні, а в історичному, як джерело переконання судді—historical source, persuasive source. Справжнє ж джерело звичаєвого права, як і права прецедентного, це авторитет судової практики<sup>2)</sup>.

2. До наведеного погляду Austin'a на звичаєве право наближається сучасний французький правник Ed. Lambert у своїй праці про договори на користь третіх осіб (1889 р.) і ще докладніше в чималій праці «La fonction du droit civil comparé» (1903 р.), де з 927 сторінок близько 700 присвячено питанню про поняття звичаєвого права й, головним чином на те, щоб збити доводи римсько-канонічної теорії звичаєвого права в її відродженому в XIX в. вигляді: Lambert'ова критика містить у собі дві частини—соціологічну та істо-

ного суду, і, взагалі, кожного суду, що стоїть вище од того, котрий розглядає справу; і умовні (conditional), що не підлягають прикладанню, коли суд, який розглядає справу, матиме їх за протизаконні (contrary to law), або нерозумні (unreasonable); суди належать усі авторитетивні прецеденти, що не є абсолютні. Пор. Salmon, Jurisprudence (3-rd ed., 1910), стор. 161—170.

<sup>1)</sup> Деякі судові вирішення перейняли погляд Austin'a, як прим., вирішення судді лорда Campbell p. 1846: «When a general usage has been judicially ascertained and established, it becomes a part of the Law Merchant, which courts of justice are bound to know and recognize». Пор. Brown, I. c., стор. 309.

<sup>2)</sup> Brown, ibidem. Пор. також T. E. Holland, The Elements of jurisprudence (11-th ed., 1910). Стор. 56—64.

ричноу. Перша складається з указівок на штучний, фінгірований характер пануючого вчення, що вбачає в *opinio necessitatis* істотний елемент і ознаку звичаєвого права, та з запереченнів, що їхного часу зробив Zitelmann ученому історичної школи. Друга частина критики Lambert'ової полягає у протиставленні пануючому вченням матеріалів з порівняльного правознавства, запозичених з праць дослідників англійського права (сучасного й давнього), історії германського й французького права, старо-грецького, римського, кельтського, старожидівського, турецького та індійського. З усіх цих дослідів Lambert робить зведення і наводить цитати тих місць, котрі свідчать про роль судової практики, як чинника правоутворення, як творця права. З цього довгого викладу можна зробити висновок, що Lambert відкидає конститутивне значіння як психологічного (*opinio necessitatis*), так і матеріального моменту (*Uebung*) у процесі утворення звичаєвого права й визнає таке значіння тільки за санкціонуванням того чи іншого положення в судовій практиці (*Jurisprudence*).

Після 800 сторінок викладу Lambert приходить до такого висновку. Правник і соціолог, каже він, повинні відмовитися од думки, ніби звичаєве право можна спостерегати у стані спокою, адже-ж воно раз-у-раз одміняється, показуючи нам картину лютої боротьби за існування та звірячої сутинки інтересів. Кожен з учасників цієї боротьби вважає інтерес, який він обстоює, за відповідний праву. Вільна гра угод та індивідуальних воль утворює ділову практику, звичай порядних людей та інші соціальні правила, яких, проте, аж ніяк не можна підвести під поняття правного звичаю, що створили пандектисти. Ці звичаї обертаються у звичаєве право, на Lambert'ову думку, тільки тоді, як низка одноманітних судових вирішеннів, де-далі частіш і частіш повторюючись, утворює тверду судову практику й суперечники втрачають надію її похитнути. Це утворює навколо звичаю авреолу однодушності, що складається з радісного приєднання до нього переможців у процесах і примушеної підлягання (через свідомість свого безсила) подоланих. Корінь помилки прихильників римсько-канонічної теорії звичаю полягає в тому, що вони починають спостерегати його тільки з цього моменту, і не розуміють, що норма, яку всі визнають, повинна була перше вдатися до допомоги судової практики, щоб зломити опір тих, проти чиїх інтересів її скеровано.

Проте, застергає Lambert, не слід гадати, ніби звичаєве право це продукт виключно судової практики: самі судді поділяють почуття, пристрасті й забобони людей свого часу, і таким чином вносять в утворення звичаєвого права вплив інтелектуального, релігійного, економічного та соціального оточення. Судова-ж практика це необхідний чинник перетворення правного почуття (*sentiment juridique*) в правні норми, простих звичаїв, торговельних поведінок та загальнопоширених правил у звичаї правні<sup>1)</sup>.

<sup>1)</sup> Edouard Lambert, *Etudes de droit commun législatif ou de droit civil comparé. 1-re série. Le régime successoral. Introduction. La fonction du droit civil comparé. Tome I. Les conceptions étroites ou unilatérales* (1903), стор. 800 – 804, також 19, 143, *passim*. Такі-ж самі погляди

3. Трохи інакше висловлюється G. Baudry-Lacantinerie: він уважає, що з звичаю, тобто загально засвоеної поведінки, виникає норма звичаєвого права тільки тоді, коли особи, які додержуються цього звичаю, свідомі, що вони підкоряються юридичній необхідності (*opinio necessitatis*).

В дійсності, тлумачать цю свідомість суди: тільки їх однозначні вирішення відзначають існування норми звичаєвого права та надають їй санкцію. За Baudry-Lacantinerie утворення звичаєвого права необхідно ставить перед собою гадку про участь судів<sup>1)</sup>. Цей погляд містить у собі й елементи теорії судової санкції, і елементи теорії свідомості.

4. окремо слід відзначити позицію Paul Oertmann'a, що в своїй праці «Rechtsordnung und Verkehrssitte» (1914 р.) відкидає необхідність психологічного елементу в звичаєвому праві, а до елементу матеріального — фактичного вживання — додає обмеження: не кожне фактичне вживання утворює право, як це виходить у вченні Zitelmann'a, а тільки вживання державне, вживання через органи державної влади (у тому й суди). Коли те чи інше положення, каже Oertmann, прикладає держава чи визнана від неї, як правотворець, організація, в особі органів останньої, воно є чи стає правним положенням; коли ж його прикладає суспільство, себ-то позбавлена організації примусу соціальна група, з його є, без винятків, положення морали<sup>2)</sup>.

5. В санкціонуванні звичаю з боку органів держави вбачають конститутивну ознаку звичаєвого права й прихильники теорії історичного матеріалізму.

Виходячи з основних положеннів K. Marx'a про те, що в громадському житті люди виступають у певні, від їхньої волі незалежні стосунки виробництва, які відповідають певному ступеневі розвитку матеріальних продукційних сил, і про те, що суспільність цих стосунків виробництва становить економічну структуру суспільства, реальний ґрунт, на якому підноситься правне та політичне на будування й якому відповідають форми суспільної свідомості<sup>3)</sup>, Г. В. Ильянов однією з вчених Savigny й Puchta про право, як переконання, і вважає, що правне переконання вже через саме те не може виникати раніше од життєвої практики, що, коли воно не виросло з неї, воно було б цілком безпричинне. Ескімоє, каже він, обстає за особистим привласненням одягу, зброй та знаряддя праці тому тільки, що таке засвоєння багато зручніше його викликають сами властивості речей. Щоб навчитися гарно користуватися з своєї

висловили: P. Cogliolo, Saggi sopra l'evoluzione del diritto privato (1885), Géza Kiss, Gesetzauslegung und «ungeschriebenes» Recht (Jherings Jahrbücher, 58. Band, 1910, стор. 413—489). M. Planiol, Traité élémentaire de droit civil. T. I (8 éd. 1922). № 11, стор. 4.

<sup>1)</sup> G. Baudry-Lacantinerie, Précis de droit civil. T. I (11 éd., 1912). № 8, стор. 7.

<sup>2)</sup> P. Oertmann, Rechtsordnung und Verkehrssitte (1914). Стор. 17. Пор. M. Müggel Festgabe E. Huber zum 70. Geburtstag dargebracht v. d. Jur. Fak. d. Univers. Bern (1919). стор. 33.

<sup>3)</sup> Karl Marx, Zur Kritik der politischen Ökonomie. Vorwort.

зброї, з луку або бумерангу, первісний мисливець повинен пристосуватися до нього, добре вивчити усі його індивідуальні прикмети, і по змозі пристосувати його до своїх індивідуальних особливостів. Приватна власність є тут натурульна значно більшою мірою, ніж будь-який інший вид привласнення, і тому дикун переконаний в її перевагах. Та переконання його повстало з життєвої практики, а не йшло перед нею, і походження све воно завдячує не властивостям його духу, а особливостям тих речей, з якими він має діло, і характерові тих способів виробництва, які неминучі для нього за даного стану його продукційних сил. Далі Г. В. Плеханов зазначає, що в міру того, як змінюється спосіб виробництва, змінюється й життєва практика, правне-ж переконання поки-що й далі зберегає давній свій вигляд. А що воно суперечить новій практиці, то з'являються фікції, символічні знаки, які мають за мету формально погодити нову практику з давнім переконанням. Проте, протягом часу на ґрунті нової економічної практики складається нове правне переконання<sup>1)</sup>.

У цитованому уривкові, як бачимо, мова мовиться про виникнення звичаю, в розумінні однomanітного фактичного вживання («життєва практика»), і про утворення правного переконання, як частини суспільної ідеології. Суспільна-ж ідеологія, відбиваючи звичайно інтереси владушеї класи, хоч вона й прагне виллятися у право<sup>2)</sup>, але сама по собі не є з ним тотовожня: право, чи ми розумітимемо його як сукупність норм, що відзначають ці стосунки (Е. І. Пашуканіс, І. Разумовський, І. Подволоцький та інші), завсіди ставить перед собою гадку про захист од держави, як організації владушеї класи: «право є ніщо без апарату, здатного примушувати до виконання норм права»<sup>3)</sup> (В. І. Ленін).

К. Магх, досліджуючи генезу капіталістичної земельної ренти, робить зauważення такого змісту: владуща частина суспільства зацікавлена надати санкцію закона тому, що існує, як звичай і традиція. Проте, це утворюється само собою через те, що постійна репродукція тих стосунків, які становлять базу даного становища, набирає протягом часу певної урегульованої форми. Коли форма цієї репродукції змінюється, вона одзволюється від звичайного

<sup>1)</sup> Г. В. Плеханов (Н. Бельтов), К вопросу о развитии монистического взгляда на историю. Дис. його «Сочинения», изд. Института К. Маркса и Ф. Энгельса, т. VII (1923). Стор. 176—189.

<sup>2)</sup> Пор. И. Разумовский, Социология и право. Изд. Соц. Академии (1924). Стор. 17 Е. Пашуканис, Общая теория права и марксизм. Изд. Ком. Акад. (3 изд., 1927). Стор. 31—40.

<sup>3)</sup> П. Ленин, Государство и революция. Учение марксизма о государстве и задачи пролетариата в революции (Гос. Изд.. 1924). Стор. 94. Пор. визначення права, що подає І. Подволоцький, Марксистская теория права (2 изд. 1925). Стор. 136: «Право представляет из себя систему принудительных социальных норм, отражающих экономические и другие общественные отношения данного общества, норм, вводимых и охраняемых государственною властью господствующего класса, для санкционирования, регулирования и закрепления этих отношений, и, следовательно, и закрепления господства данного класса». Пор. також И. И. Бухарин, Теория исторического материализма. (Гос. Изд. Укр., 1923). Стор. 145—148. Е. Пашуканис, Общая теория права и марксизм (3 изд., 1927). Стор. 83—96. П. И. Стучка, Курс советского гражданского права. I. Введение в теорию гражданского права (1927). Стор. 12—17.

самовілля та винадку. Більш-менш довге існування цієї форми надає їй силу звичаю й традиції й, врешті, освячує її, як, ніби-то, позитивний закон. Далі Марх доводить, як приклад, звязаний з предметом його досліду, оброчну роботу селян землевласників протягом двох днів на тиждень, що спочатку мала фактичний характер, згодом набула характеру юридичного обов'язку завдяки звичаєвому праву<sup>1)</sup>.

Питання про звичаєве право розглядає Й. І. Стучка. Він зазначає, що до утворення клас, звичай не був за право: це була «всяка звичайна взаєміна людей», що мала за причинових чинників своїх інстинкт, вплив природи, нереймання то-що. Це, каже І. Стучка, є повторні соціальні явища, які при колективному повторюванні можуть обернутися на якісно нові, «внутрішньо» або навіть «зовнішньо» обов'язкові правила поведіння. Але на право ці звичаї обертаються вже аж тоді, як виникає держава, тоб-то панування одної класи. Владуща класа, щоб її звичай переміг звичай пригнобленої класи, повинна мати якийсь плюс, щоб кинути його на терези на свою користь. Оскільки цей плюс полягає в економічній силі, себ-то в праві власності на знаряддя виробництва, він потрібує захисту від державної влади владушеї класи шляхом примусу. Через те тільки, що державна влада повинна діяти юридично, тоб-то організовано, шляхом закону (в найширшому розумінні), цей закон, щоб надати звичаєві правногого характеру, повинен або засвоїти звичай, або, принаймні визнати його або оголосити за терпимий<sup>2)</sup>.

### **§ 11. Заперечення чинності звичаєвого права.**

Погляди сучасних учених, що ми їх оце розглянули, свідчать про те, що криза у вченії про звичаєве право, триває й досі. Ще й надто, — саме-іменно тепер вона досягла апогею, що виявився в цілковитому відкиданні значіння об'єктивного права за звичаєвим правом, у визнаванні неможливості обов'язкової чинності звичаєвого права в суспільстві, де є законодавство.

<sup>1)</sup> Karl Marx, Das Kapital. Kritik der politischen Oekonomie. 3 Band. 2 Theil. Buch III. Der Gesamtprozess der kapitalistischen Produktion. Herausg. v. F. Engels (1894). Kap. 47. III. Стор. 326—327: «...Es ist ferner klar, das es hier wie immer im Interesse des herrschenden Theils der Gesellschaft ist, das Bestehende als Gesetz zu heiligen, und seine durch Gebrauch und Tradition gegebenen Schranken als gesetzliche zu fixiren. Von allem andern abgesehn, macht sich dies übrigens von selbst, sobald die beständige Reproduktion der Basis des bestehenden Zustandes, des ihm zu Grunde liegenden Verhältnisses, im Lauf der Zeit geregelte und geordnete Form annimmt; und diese Regel und Ordnung ist selbst ein unentbehrliches Moment jeder Produktionsweise, die gesellschaftliche Festigkeit und Unabhängigkeit von blossem Zufall oder Willkür annehmen soll... sie erreicht diese Form bei stagnanten Zuständen sowohl des Produktionsprozesses, wie der ihm entsprechenden gesellschaftlichen Verhältnisse, durch die blosse wiederholte Reproduktion ihrer selbst. Hat diese eine Zeitlang gedauert, so befestigt sie sich als Brauch und Tradition, und wird endlich geheiligt als ausdrückliches Gesetz».

<sup>2)</sup> І. І. Стучка, Курс советского гражданского права. I. Введение в теорию гражданского права (Ізд. Ком. Акад., 1927). Стор. 173—174. Щоб розглянути докладніше погляди авторів - марксистів, повернемося до них окремо.

Такий погляд висловлено зокрема яскраво в розвідці бернського професора Walther Burckhardt'a про організацію правного суспільства, де автор розглядає, між іншим, і належні до нашої теми питання—про чинність права взагалі та про звичаєве право<sup>1)</sup>.

Проблема звичаєвого права сходить, як гадає Burckhardt, до питання про те, чи є правні положення, що мають обов'язкову силу без визнання від законодавця, тільки-но через довгочасне їхнє вживання. Питання це звязане з протилежністю формулюваного й неформулюваного права та з спорідненою їй другою протилежністю—установлення права (Rechtsetzung) і вживання його (Rechtsanwendung). Коли,каже автор, конституція держави наказує провадити правні норми одним органам і прикладати їх другим, то як можуть урядові особи, що прикладають ці норми, визнавати поруч з ними якесь інше право, ба навіть деякою мірою, утворювати його через уживання? Питання це, на авторову думку, неминуче мусить повставати і перед теоретиком, що вивчає звичаєве право, і перед кожною урядовою особою, що його прикладає; могло-б його не бути тільки в державі, де не було-б законодавчих органів, а були-б самі органи, що право прикладають.

Свою критику поняття звичаєвого права Burckhardt звертає не на психологічний його момент, як інші, а на момент матеріальний, на момент фактичного вживання. Показуючи, що цей момент різni автори розуміють по-різному,— одні як уживання звичаю урядовими особами, а інші як уживання його самими зацікавленими особами (Beteiligte), він розглядає обидва оці розуміння.

Перше з них визначає, що суддя (урядова особа, котра прикладає право, як каже Burckhardt), розвязуючи так чи інакше зустрінутий казус, завсіди повинен уважати, що його вирішення погоджується з законом.

Отже, те фактичне вживання звичаю, яке визнають за конститутивний елемент звичаєвого права, утворюється через посилання на закон і під виглядом уживання закону.

В дійсності-ж, себ-то як іправильно науково тлумачити закон, це вживання може бути й протизаконне, й тут повстає питання, чи можна буде відкидати закономірність того положення, яке один раз визнав був суд за закономірне. Відповідь безумовно позитивну треба дати тоді, як розвязаний у суді казус повно, без суперечностів і виразно передбачено в законі, і, значить, як суддя діяв явно протизаконно, бо він повинен прикладати право в тому вигляді, в якому воно існує. Коли-ж закон містить у собі неясності, можливість різних тлумаченнів, мова може йти тільки про те, що суд помилково його витолкував, про те, що його не іправдиво вживався. Таке неправдиве вживання закону не утворює обов'язкової об'єктивно-правної норми, що звязує: з його є самий-но факт, і зводиться воно до того, що протягом довшого часу вдавали

<sup>1)</sup> Walther Burckhardt, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft (Basel 1927).

за закон положення, які не були законом, та що вимога, щоб оборот був міцний, а право забезпечене, промовляє на користь збереження запровадженої вже практики. Проте, формально суддя не може бути звязаний інердинішими своїми вирішеннями й виявленим у них номіковим розумінням закона: визнати, що його цим звязано, значило-б уповноважити суддю запроваджувати суперечні законові норми та свідомо неправильно застосовувати закон, що, звичайно, неможливо: урядові особи, призначенні застосовувати право, не можуть це право самі змінювати.

Кажучи про друге розуміння матеріального елементу звичаєвого права — як фактичного вживання приватними особами, Burckhardt показує, що й це вживання не може утворити об'єктивно-правної норми. В царині приватно-правній через те, що, хоча за силою принципа договірної свободи приватні особи можуть установлювати які завгодно правні положення, ці положення, як такі, що випливають із угод, із виявів волі сторін поширюються тільки на дані стосунки поміж даними сторонами, і діють не як вираз правного, що од закону відхиляється, переконання, а як вияв волі сторін скористати з наданої їм договірної свободи. А це має суто-фактичне значіння. В тих-же випадках, як установлена в договірній практиці поведінка і далі вживается без дійсно вживленої волі сторін, це фактичне застосоване положення видають за волю сторін, і коли його й уважають за справжнє правне положення, то тільки завдяки тому, що його засвоїда судова практика. А судовій практиці, як уже зачленено, Burckhardt одмовляє формальну здатність утворювати правні норми.

В царині публічно-правній, де приватні особи підлягають законові з означеною більшою примусовістю й де кожне вживання права відбувається за участю урядових осіб, взагалі, як гадає Burckhardt, не може повставати звичаєве право з практики приватних осіб.

Отож, Burckhardt робить висновок, неначе-б немає жадних сумнівів, що правні норми не можуть повставати наслідком діяльності приватних осіб; може бути сумнів тільки що-до правотворчої діяльності суддів (урядових осіб, котрі застосовують право), сумнів, викликаний протизаконною практикою, що мала на увазі застосовувати закон, але неправдиво його зрозуміла. Така постава питання сама вже розвязує сумнів, чи не треба, мовляв, відкинути судову правотворчість. Так зване «звичаєве право» не має, як гадає Burckhardt, правної чинності, та воно й не може її мати, бо це внесло-б суперечність у саму організацію держави, примусивши визнати дві основи для обов'язковості об'єктивного права і, значить, двоє правних порядків, що одночасно існують у державі, так що й писане право може діяти через те тільки, що його дозволяє звичай. Навпаки, коли панує закон, обов'язкова сила фактично застосованого залежить од законодавцевої волі.

Отож, відкидаючи буцім-то звичаєве право, Burckhardt, заразом застерегає, що він одкидає існування його не взагалі, а тільки як необхідної принадливості правного порядку з законодавчою правотворчістю, заперечує тим,

хто виправдує існування звичаєвого права. Навсправжки-ж не можна не відзначити, що звичаєве право фактично існує в формі судової практики, що змінює й доповнює закон. Цей факт — поняття ні догматичне, а історичне, через те що перешкоджати утворенню нового права та його чинності можуть теж тільки історичні факти<sup>1)</sup>.

Закінчуячи огляд учених про звичаєве право (він не претендує на вичерпливу повноту), треба зазначити, що ми зумисне втрималися од докладної критики цих учених ось через які міркування: 1) ця критика занадто поширила-б обсяг нашої праці; 2) ми мусіли-б повторити ті завваження, що їх побили представники одних учених проти інших і що їх ми вже наводили, і 3) наше ставлення до цих учених, виникає з поглядів, висловлених у розділі II цієї праці, і знаходить свій вираз у «Загальних висновках».

---

<sup>1)</sup> Walther Burckhardt, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft. (1927). С. 163—193, 223—234.

## РОЗДІЛ ДРУГИЙ.

### Чинність звичаєвого права та його основи.

#### § 12. Методологічні завваження.

Огляд учених про звичаєве право, що ми зробили, має дуже перісту картину поглядів різних учених і ставить перед нас те саме півтисячолітнє питання гlosatora: «*Sed quae est longa consuetudo?!*»—«Та що воно таке звичаєве право?!»

Інакше кажучи, нам треба встановити основні моменти поняття звичаєвого права, показати ті вимоги, яким це поняття повинно відповісти, вимоги, що відокремлюють його з найближчого родового поняття й відрізняють його від суміжних видових. Перше, ніж це зробити, згадаймо пересторогу юриста Павла «*omnis definitio periculosa est*» і, щоб не помилитися, зробимо невеличкий методологічний розвід.

Роль логіки в науці права й, взагалі, юридичної техніки, змалював бувще Jhering, а пізніше й піші, зокрема Stammller і Gény<sup>1)</sup>. Як показав Jhering, на певних ступенях правного розвитку нас не задоволяють конкретні правні положення (Rechtssätze); через властивий нам потяг до абстракції та так само через необхідність утворити, за-для економії мислів загальні правила для низки аналогічних випадків, ми виводимо з правних положеннів,

<sup>1)</sup> R. Jhering, Unsere Aufgabe в Jahrbücher für Dogmatik, Bd. 1 (1857), стор. 1—52. Так само його Geist des römischen Rechts, Bd. 1 (5 Aufl., 1891). §§ 2—4, стор. 16—58; Bd. III (4. Aufl., 1883). §§ 37—41, 44, стор. 309—389, 441—470.

R. Stammller, Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung (2. Aufl., 1906). §§ 1—4, 15, 20—40. Так само його Die Lehre von dem richtigen Rechte (1902). Стор. 3—18. 111—116, 601—627. Theorie der Rechtswissenschaft (1911). Розділ 4 і 7, стор. 263—363 і 559—652.

F. Gény. Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif (2 éd., 1919). T. I, n-os 20—25, 60—82. Зокрема його Science et Technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique. 1-re partie. Position actuelle du problème du droit positif et éléments de sa solution (3-me tirage, 1925). 2-de partie, Elaboration scientifique du droit positif (2-me tirage, 1927).—3-me partie. Elaboration technique du droit positif (2-me tirage, 1925).—4-me partie. Rapports entre l'élaboration scientifique et l'élaboration technique du droit positif (1924).

що творять царину «нижчої юриспруденції», правні поняття (Rechtsbegriffe), які Jhering застосовує до царини вищої юриспруденції.

Утворення правних поняттів надзвичайно збагатило юриспруденцію, але разом з тим надало їй низку негативних сторін: надмірне захоплення утворенням правних поняттів та логічні над ними операції призвели правників до відриву од реального життя, до сутто схоластичних міркуваннів і збудуваннів, що їх той самий Jhering пізніше охрестив «die Begriffsjurisprudenz».

Таке збочення од реальності можна пояснити тим, що правні поняття часто утворювалися не безисередньо індукцією з правних положеннів, а подвійною логічною операцією: а) зіходом од правних положеннів до правного принципу, і б) висновком із останнього. Описаний логічний процес утворення правних поняттів здобув назву конструювання, а сами, за його допомогою утворені, поняття — юридичних конструкцій. З двох частин цього процесу другу засновано на дедукції, а перша, що повніна була бути індуктивною операцією, не завсіди відповідає цій вимозі: отож загальні принципи права уstanовлюється часто інтутивно й через те вони виявляють не об'єктивно чинні начала, а суб'єктивний того чи іншого автора погляд, який несвідомо склався за допомогою правного інстинкту чи традиції. Звертання до такої методи обумовлюється тим, що частенько, оперуючи з позитивно-правним матеріялом, ми натрапляємо на цілковитий брак у цьому матеріялі даних, які дозволили-б зробити якийсь висновок з цікавого для нас питання. Виходів із такого становища може бути двоє: один — за допомогою філософського трансценденталізму, а другий за допомогою емпіричних даних метаюридичного порядку, себ-то фактів соціології та психології. Так звана нормативістська школа права піднесла перший з показаних виходів до методи. Представники її (H. Kelsen у Німеччині, П. І. Новгородцев, І. А. Ільїн — у Росії) виходять у своїх дослідах із протиставлення категорії належного категорії буття. Норми права вони застосовують виключно до категорії належного, засновують їх на априорно встановлених етично-логічних постулатах і шляхом сутто-формально-логічних конструкцій утворюють теорію права. Такий одхил цієї теорії од буття та реальності має на увазі «очистити юридичне утворення поняттів од елементів, що мають соціологічний або психологічний характер, помилково висунених у сферу юридичних конструкцій через помилкове ставлення питання» (Kelsen). У цьому збоченні од реальності нормативісти вбачають суть юриспруденції та юридичної методи<sup>1)</sup>. Аналіза й критика такої методи одхилила-б нас далеко од нашої теми. Вистарчить обмежитися вказівкою на те, що коли так ставити питання, утворюється гіпертрофія формально-логічного елементу

<sup>1)</sup>) Див. П. И. Новгородцевъ, Правственный идеализмъ въ философии права (въ збірнику «Проблемы идеализма», 1902 р., стор. 236—246). Його-ж, Государство и право (въ журн. «Вопросы философии и психологии», 1904, кн. 74 і 75). Його-ж, Кризисъ современного правосознанія (1909). И. А. Ильинъ, Понятие права и силы («Вопросы филос. и психол.», 1910, кн. 101). Н. Келсен, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre (1911).

в праві, яка позбавляє правознавство твердого під ногами ґрунту й обертає його в сукупність довільних спекулятивних міркуваннів та висновків, що їх не можна перевірити через їхню трансцендентність<sup>1)</sup>.

Поруч з нормативістським захопленням існують помилки у вигляді ухилив в інші боки. Ми вказали, що з труднощів, які виникають коли теоретично досліджувати правні явища, можна вийти окрім допіру описаного шляху філософського трансценденталізму іншими ще метаюридичними шляхами. За такі шляхи, засновані, проте, не на апріорних висновках, а на даних соціології та психології, є методи соціологічна<sup>2)</sup> та психологічна<sup>3)</sup>. Однобічне цими методами захоплення так само є крайність і призводить до відкидання значіння логічного в праві елементу й до обернення правознавства в соціологію або психологію.

На нашу думку, слід визнати за правильну плюралістичну методу юридичного позитивізму, що його, як нам уже довелося показати, пропонує Gény: способи юридичної техніки й утворювані за їхньою допомогою логічні конструкції надзвичайно корисні для науки права й вона повинна широко їх прикладати; проте, при цьому треба не спускати з ока ідеального й суб'єктивного характеру оцих конструкцій, розглядати їх, як гіпотези, підлеглі фактам і приймані тільки, як засіб досягнути цілів, що стоять перед юриспруденцією<sup>4)</sup>). Такий умовний характер логічних конструкцій надто гостро й наочно виступає тоді, коли матеріали позитивного права не дають нам даних, щоб утворити те чи інше поняття, щоб установити ту чи іншу причинову залежність, і коли нам треба вдатися навіть не до дедукції цих даних, а до поступування їх зовні: тут соціологічній та психологічній методі належить цілковите панування.

<sup>1)</sup> Пор. Б. А. Кистяковскій, Соціальні науки и право (1916). Стор. 298—315.

<sup>2)</sup> Пор., напр., R. Jhering, Der Zweck im Recht. 2 B-de (2. Aufl., 1884). Також Scherz und Ernst in der Jurisprudenz (1884) і Der Besitzwille (1889). R. Stammle, Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung (3. Aufl., 1914). E. Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts (1913).— H. Hinzheimer, Die soziologische Methode in der Privatrechtswissenschaft (1909). Kornfeld, Grundzüge einer allgemeiner Lehre von positiven Rechten auf soziologischer Grundlage (1911). La Grasserie. La sociologie de droit (1911). С. А. Муромцевъ. Определение и основное разделение права (1879). Його же. Очерки общей теории гражданского права (1877). Ю. С. Гамбаровъ. Задачи современного правоведения (в «Журн. Мин. Юст.», 1907, № 1). Його же, Курсъ гражданского права. Т. 1. (1911) і багато інших.

<sup>3)</sup> Пор., напр. B. E. Bierling, Juristische Prinzipienlehre. B-de I, II, III, IV (1893, 1898, 1905, 1911). Л. И. Петражицкій, Общая теория права и государства въ связи съ теоріей нравственности. Тт. I—II (2 изд., 1910).

<sup>4)</sup> Див. F. Gény, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif (2 éd., 1919). T. I, n-os 70—76, зокрема 70 і 74. Також його Science et Technique en droit privé positif. 1-re partie (1925<sup>3</sup>), n-os 54, 58 і далі, зокрема 67.

### § 13. Поставлення питання.

Переходячи до поставлення питання про поняття звичаєвого права, треба порівняти звичаєве право (в загальному розновидженному розумінні його) з суміжним видовим поняттям закона й шляхом такого порівняння вивести як загальні для обох поняттів (родові) ознаки, так і одмінні, специфічні ознаки кожного з них. Здобутий отак матеріал, відповідно до обраної методи досліду вважатимемо за гіпотезу, яка належить перевірці за допомогою емпіричних даних.

Розглядаючи й порівнюючи звичаєво-правну норму й норму закону, ми бачимо, що й ця, й друга регулюють людське поводження, надають людям суб'єктивні права й покладають на них обов'язки, і ця, й друга не мають абсолютноного значення й змінюються протягом історії відповідно до економічних стосунків і загально-культурних умов життя. Єдина ж різниця між звичаєвим правом і законом, що її помічає т. зв. «наївно-емпіричний» погляд, спостерегається тільки що-до способу виникнення того й другого виду норм: норма закону виникає виключно за водною осіб, що складають законодавчі органи держави, і згідно з порядком та з формальними умовами, як то передбачає організація державного устрою; норма ж звичаєвого права не підлягає в своїму виникненні цьому порядку. Отже, специфічна ознака звичаєвого права збігається з істотними моментами, що визначають утворення цього права. Таке припущення є поки що гіпотезою, з якої випливають наші дальші міркування.

Коли, таким чином, питання про те, що таке звичаєве право, переходить на питання про те, як воно утворюється, то це свою чергою зводиться до питання про те, чому саме фактично виконуване положення стає звичаєвим правом, набуває обов'язкової для всіх в'язальної сили. Інакше кажучи, питання про поняття звичаєвого права обертається в питання про основу його чинностей (*Geltung*), в'язальної його сили (*verbindende Kraft*). Питання це не можна вважати за розвязане завдовільно, коли ми відповімо, що чинність звичаєвого права обумовлено сукупністю певних моментів, які характеризують існування звичаєво-правової норми. Адже ці моменти для нас невідомі, і таке міркування було-б *circulus vitiosus*. Отже основа чинності звичаєвого права є логічний *prius* що-до його ознак<sup>1)</sup>. Щоб правильно розвязати питання про основу чинності звичаєвого права, треба знайти кавзальну залежність цієї чинності од будь-якого емпірично встановленого моменту. Позитивне право не дає нам тут матеріалу, щоб установити такий момент, і ми згідно з формулюваними вище методологічними способами вдамося до соціологічної та психологічної метод.

<sup>1)</sup> Нар. E. Zitelmann, *Gewohnheitsrecht und Irrthum* в Archiv f. die Civilistische Praxis, 66. Bd., (1883) стор. 355—360.

## § 14. Чинність права. Примус.

Вживачи термін «чинність», ми надаємо йому різні значіння.

Кажучи про чинність того чи іншого положення, як, наприклад, закона природи, ми маємо на увазі істинність за даних умов цього положення, тобто ми хочемо сказати, що кожного разу, як настає ~~за~~ чи інша передумова, настає й дане положення. Це саме поняття ми маємо на увазі, коли кажемо про чинність правил логіки: ми хочемо сказати, що кожного разу, як ми додержуємо в наших висновках оцінок правил, ми приходимо до однакової правильного (формально) наслідку.

Іншого значіння набуває поняття «чинність», коли її прикладати до правил людського поводження: тут, кажучи про чинність, ми маємо на увазі висловити ту думку, що цих правил люди додержуються, що вони визначають людське поводження. Зокрема поняття чинності правних норм, як одного з видів правил людського поводження, визначає, що люди керуються в своїх діях цими нормами саме як правніми, тобто такими, що 1) дозволяють, наказують або забороняють щось робити, і 2) знаходять у своїому здійсненні захист однієї з організованого в державу суспільства (вірніше: владуючої класи суспільства). Інакше кажучи, чинність права є існування його: право, що не чинить, не існує<sup>1)</sup>.

Друга з наведених двох ознак чинності права є специфічна: ані норми морали, ані т. зв. конвенціональні правила не користуються з організованого захисту од держави,—вони є частина ідеології. Тільки право, як формула, що наказує зберегти встановлений *status quo* соціальних стосунків, який випливає з розподілу засобів виробництва, саме знаходить такий захист, бо без нього цей устрій соціальних стосунків змінився—більшість відповідно до інтересів не владуючої соціальної групи, а більшості суспільства, і володіння знаряддям виробництва було—б змінило своїх суб'єктів. Тому владуча класа, щоб зберегти своє

<sup>1)</sup> Тут, мабуть, слід зазначити, що деякі автори вважають існування права за нереальне, за продукт людської думки, за фікцію, кажучи, що право є тільки психологічне явище, яке відбувається усередині людських голів. Див., напр., Bierling, Juristische Prinzipielehre. Bd. I (1893). Стор. 141, 151. Так само W. Sauer, Grundlagen des Prozessrechts (1919). Стор. 281, J. Hatschek, Deutsches und Preussisches Staatsrecht. Bd. I (1922). Стор. 3—4. M. Рейннеръ, Государство. Ч. I (2 изд. 1912). Стор. XXXV.

Інші вважають за потрібне відрізнати уявлення людей про право (яке є психологічне явище), від самого права, що має реальне існування, як і інші продукти духової творчості людини. Див., напр., G. Hüsserl, Rechtskraft und Rechtsgeltung. Eine rechtsdogmatische Untersuchung. Bd. I. Genesis und Grenzen der Rechtsgeltung (1925). Стор. 6—10.

Слід уважати, що через те, що право регулює поводження людей, як членів суспільства, воно є явищем соціального життя. Тому не можна казати, що воно відбувається лише у людській психіці, а слід визнати що воно існує реально,—реально остильки, оскільки реальне саме соціальне життя. Докладно про це див. Е. Пашуканіс, Общая теория права и марксизм (2 изд. 1924). Гл. II (Идеология и право), III (Отношение и норма). Стор. 29—68.

нанування, повинна захищати здійснення тих формул, що висловлюють дозволи, накази й заборони відповідно до її інтересів. Захист оцей, що його провадять за допомогою цілої низки державних знаряддів — уряду, урядовницького апарату, армії, поліції, суду, — є обертає ці формули на право<sup>1)</sup>). Встановивши отак специфічну рису чинності правних норм, як захист од держави, ми повинні розглянути процес цієї чинності, або, як кажуть, механізм чинності правних норм.

Наведені вище знаряддя державного захисту права вказують на те, що захист оцей провадиться в формі примусу виконувати приписи права.

Jhering, що так виразно й докладно змалював ролю примусу в праві<sup>2)</sup>, визначає його, як здійснення певної мети через подолання чужої волі. Відрізняють примус двох видів: фізичний (або механічний) та психологічний. Іершій полягає в перемозі за допомогою більшої фізичної сили того опору до досягнення бажаної для нас мети, що організувала чужа воля. Другий-же лежить у внутрішній перемозі чужої волі за допомогою мотиваційного впливу, перше, ніж вона виявилася у зовнішній дії.

Знаряддя держави для захисту права, що ми їх зазначили (урядовий апарат, суд, армія, поліція), мають за своє первісне завдання здійснювати примус фізичний, який є абсолютною монополією держави. Та фізичний примус вживають геть не завсіди, здійснюючи правні норми; його призначено тільки для тих випадків, коли хтось відмовиться скоритися під нормам<sup>3)</sup>). Отже кажучи, про фізичний примус, як про елемент чинності права, ми повинні мати на увазі потенційний фізичний примус.

Нормально-ж, здебільшого, люди коряться правним нормам завдяки тому що держава загрожує вжити фізичний примус, тоб-то завдяки примусу психо-

<sup>1)</sup> Пор. В. И. Лепин, «Право есть ничто без аппарата, способного принуждать к соблюдению норм права» (Государство и революция. Изд. 1924 г., Госиздат, стор. 94).

Див. так само авторів, з значених попереду, § 10, 5.

Проте, слід зазначити, що державний захист визнають за властивість правних норм і низка вченіх, що далеко не поділяють марксистських поглядів, як-от, напр. R. Jhering, Der Zweck im Recht. Bd. I (2. Aufl., 1884). Стор. 234—338. R. Stommel, Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung (1896). Стор. 498, 524—562. F. Gény, Science et Technique en droit privé positif. 1-re partie. Position actuelle du problème du droit positif et éléments de sa solution (1925<sup>3</sup>). Стор. 47-66.

Навіть Л. І. Петражицький, розглядаючи право, як явище психіки, відрізняє окремий вид його — офіційне право, що за його ознаку поруч з імперативно-атрибутивною емоцією автор визнає захист од держави. Див. його Теорія права и государства въ связи съ теоріей пра-вственности. Т. I (изд. 2-е, 1909). Стор. 217—221.

<sup>2)</sup> R. Jhering, Der Zweck im Recht. Bd. I (2. Aufl., 1884). Стор. 234—338.

<sup>3)</sup> Пор. F. Regelsberger, Pandekten. Bd. I (1893). § 9, I. Стор. 59. O. Gierke, Deutsches Privatrecht. Bd. I (1895). § 14, 4. Стор. 115. F. Gény, Science et Technique en droit privé positif. 1-re partie. (1925<sup>3</sup>). № 16, Стор. 47—52. С. Дністрянський, Загальна наука права і політики. I том (Прага 1923). Стор. 52.

Цю саму думку висловлює, приміром, принес римських законів XII таблиць: «Si in jus vocat, ito; ni it, atestamino. Igitur im capitulo».

логічному. Уявлення про цю загрозу виникає в індивідуальній психіці не тільки безпосередньо, а й через вплив суспільної свідомості. Це примушує нас докладно зупинитися на понятті останньої, як його розуміє сучасна наука, і на підставі висновків її розглянути чинність права.

### § 15. Чинність правних норм з погляду т. зв. „соціальної психології“.

Питання про колективну свідомість цікавило соціологів ще з 60-х років XIX в.: ціла низка авторів (Лацарус, Лебон, Сигеле, де-ла-Грассері, Россі й ін.) працювали над т. зв. «психологією народів» (*Völkerpsychologie*), «колективною психологією», «соціальною психологією», себ-то, як вони сами кажуть, працювали над вивченням «душі рас», «душі соціального агрегату». Навряд чи треба доводити, що вчення ці нестійкі, надто виразно проступає їх метафізичний характер, що позбавляє їх за наших часів будь-якого наукового значення.

Французький соціолог G a b r i e l T a r d e, найталановитіший представник психологічної школи в соціології, що вбачав основне явище суспільного життя в перейманні, бажав стати на ґрунт твердішій і об'єктивнішій: він одкінув колективну психологію й замінив її «інтер-психологією», що повинна працювати над взаємним психічним виливом членів громади й уточнюється в її концепції з соціологією. Tarde не каже про свідомість соціальну, а тільки сукупність свідомостей індивідуальних, що перебувають у неперервному процесі взаємного вірівнювання (пор. Тардову «аритметику віруваннів та бажаннів»<sup>1)</sup>).

Про свідомість соціальну, про свідомість групи чи виду (consciousness of kind), правда в іншому розумінні, в розумінні, що індивід свідомий своєї до даного виду принадлежності, каже американський соціолог G i d d i n g s, не з'ясовуючи, проте, сути цієї свідомості та процесу її утворення в індивідуальній психіці<sup>2)</sup>.

Теорію групової свідомості розробив докладніше американський психолог Baldwin. Треба одзначити, що Baldwin близький до того порівнюючи нового в психології напрямку, який намагається уґрунтувати її на даних біології та фізіології.

Виходячи з того, що основна властивість живого надіб'я є його вразливість, себ-то здатність відповідати на зовнішні реагенти руховими реакціями, Baldwin (як і інші вчені) гадає, що реакції оці, намагаючись зберегти корисних для організму вразливців і усунути шкідливих, стають за засіб пристосування організму до оточення, засіб «функціонального відбору» на вижиття. Ці реакції виявляються у вищих організмів двояко: фізіологічно — у вигляді

<sup>1)</sup> Див. G. T a r d e, *Les lois de l'imitation* (1890). *La Logique sociale* (2 ed., 1898). *L'Opposition Universelle* (1897). *Les Lois sociales* (1890).

<sup>2)</sup> F r. G i d d i n g s, *The principles of sociology*. (1896). *Inductive Sociology* (1901).

складних груп координованих рухів, і психологічно — у вигляді завдоволення або страждання. Через те, од ступеня завдоволення залежить інтенсивність відбору, і реакції, що дають завдоволення більше, повторюються частіше, ніж реакції з завдоволенням незначним. При цьому особливе належить значення, як гадає Baldwin, явищу переймання: багато корисних пристосованостей (координованих рухів) у тварин і в людини не природжені, а набуті протягом індивідуального розвитку, і тільки за допомогою переймання цій пристосованості передає одна особина іншим схожим особинам і потім переходят вони од покоління до покоління, закріплюючись іноді спадковістю. (Це положення Baldwin звє «законом органічного відбору»).

Аналізуючи переймання, Baldwin викриває процес утворення «свідомости групи». Прикладаючи генетичну методу, себ-то спостерегаючи розвиток особистості в дитини, Baldwin установлює три істотні моменти в процесі переймання:

- 1) набування особою відомостей і властивостей од довколичного оточення психологічного, або момент проективний;
- 2) передомлювання набутих оцих відомостей і властивостей у свідомості індивіду, себ-то включення їх до єдиної синтези всіх сприйняттів і переживань індивіду, — інакше — момент суб'єктивний
- 3) припущення цих суб'єктивно-передомлених властивостей і в довколичних осіб, поширення, «викидання» властивостей свого «я» на інших, або — момент еективний<sup>1)</sup>.

Три моменти, що встановив Baldwin, характеризують процес, як переходить зміст одної індивідуальної свідомості до другої індивідуальної свідомості, процес, як зрівнюються індивідуальні свідомості. В наслідок цього процесу утворюється типова, загальна для всіх членів громади свідомість, що зветься соціальною свідомістю й стає за могутній чинник людського поводження. Отож індивід, перейнявши од довколичного соціального оточення певні властивості, певний зміст свідомості, засвоєвши ці властивості, цей зміст свідомості, робить їх елементами свого власного «я» й, нарешті, обертає їх у критерій, щоб оцінювати поводження інших індивідів. Коли поводження інших індивідів відповідає змістові свідомості даного суб'єкта, остання зміцнюється й у майбутньому з більшою упевненістю підходить до оцінки чужого поводження. Тривала відповідність поводження інших свідомості індивіда ще дужче зміцнює її. Невідповідність поводження інших свідомості індивіда викликає з його боку негативну оцінку й може, залежно від тривалості свідомості, або призвести його до обурення та до активного реагування на це поводження, або, нав-

<sup>1)</sup> J. M. Baldwin, *Interprétation sociale et morale des principes du développement mental* (1899). Також його *Mental development in the child and the race* (1895). — Виклад учення Baldwin'a див. А. С. Звоницкая, Опытъ теоретической социологии т. I. Социальная связь (1914). Стор. 40—87.

наки, послабити свідомість, витискаючи сталий зміст її та заміняючи його іншим. А що схожий процес одбувається в свідомості всіх членів соціальної групи, то всі вони набувають більше-менше однакового змісту свідомості, однаково оцінюють поводження інших і однаково реагують на нього<sup>1)</sup>. Завдяки цьому індивід за допомогою передбачання набутого змісту свідомості не тільки оцінює поводження інших, але й передбачає, як інші оцінять його поводження, як реагуватиме громада на його поводження. У цьому власне передбаченні й полягає сила громадської свідомості (в установленому вище розумінні): передбачаючи, що той чи інший вчинок викличе негативну реакцію з боку членів даної соціальної групи з більшою чи меншою силою, приміром, догану, бойкотування, вилучення з цієї групи, гвалтові вчинки, позбавлення життя, — індивід утримується од того, щоб заподіяти цей вчинок. Тільки тоді, коли сила цього передбачення чи цієї майбутньої реакції слабша од імпульсу протилежного, — фізіологічної потреби чи соціальної, що даний суб'єкт засвоїв, свідомості іншої громадської групи, — передбачення це може не вплинути мотиваційно на поводження індивіду.

Сказане визначає природу й основу обов'язкової чинності т. зв. конвенціональних правил та норм моральності, що мають, як бачимо, всупереч ученню Л. Й. Петражицького, як імперативний, так і атрибутивний характер.

Що-до правних норм, то вони, як встановлено раніше, мають чинність подвійну: з одного боку, їх захищає фізичний примус од держави, а з другого — вони чинять побічний, психічний примус, обумовлений уявленням про загрозливий фізичний примус од держави. Ця друга чинність правних норм є не що інше, як вияв громадської свідомості, що її поняття ми допіру були встановили: сприймаючи досвідом на самому собі або спостереженням над іншими, що невні вчинки спричиняються до негативного впливу проти того, хто їх заподіє, з боку державної влади, індивід засвоює це, чекає або вимагає такого самого впливу що-до всіх інших осіб, які заподіюють схожі-ж учинки, і, нарешті, передбачає, що так само поставляється й до нього, як він заподіє той самий вчинок удруге. Такий зміст свідомості індивіду, за допомогою розгляненого процесу зрівняння індивідуальних свідомостей, переходить у свідомість інших членів громади й стає власністю зрівняної для всіх їх свідомості або, що те саме, — соціальної свідомості. Останнє власне й спонукує додержувати правних норм, не вживаючи що-разу фізичного од держави примусу.

Так стойть справа що-до норм права взагалі. Так само ѿ що-до норм звичаєвого права, з тією тільки відміною, що тут соціальна свідомість заснована на помилковій передумові: як ми знаємо, звичаєве право не має дे-

<sup>1)</sup> Звідсіля виникає поняття про т. зв. середню, абстрактну людину в праві. Див. I. A. Покровский, Абстрактный и конкретный человекъ передъ лицомъ гражданского права («Вѣсти. Гражд. права», 1913 №№ 3, 4). — Пор. також Е. Пашуканис, Общая теория права и марксизм (2 в. 1924). Стор. 14.

жавної санкції, і порушення його не тягне за собою обов'язково впливу з боку держави проти порушника. Проте соціальна свідомість через ті чи інші причини випадкового характеру припускає, що порушення це потягне за собою відповідний вплив з боку держави. Таке припущення іноді підтримує й зміцнює судова практика, що може охороняти звичаєво-правні норми, та аж ніяк не може надати їм тієї абсолютної обов'язковості, яка властива законові: коли закон може зобов'язати суд, то суд сам себе зобов'язати не може<sup>1)</sup>). Отже, у друге кажемо, громадська свідомість на основі довгочасного фактичного додержування звичаю або санкціонування його в судовій практиці утворює хибну, помилкову передумову захищеності даного звичаю од державної влади й так утворює норму, яка дістасе називу звичаєво-правної.

### § 16. Чинність правних норм з погляду рефлексології.

Не зважаючи на те, що Baldwin, як ми були показали, близький до біологічного напрямку в психології, він усеж оперує з суб'ективними психологічними поняттями. Найновіші-ж праці наших учених академіків В. М. Бехтерева та І. П. Павлова й їхніх школ, знов-же й американської school of behaviour, одикидають будь-який суб'ективізм у дослідах над діяльністю й поведінням людини, бо він загрожує призвести до помилкових, довільних висновків, і проголошують строго-об'ективну методу, засновану на вченні про рефлекси.

Поняття рефлексу, як основного акту нервової системи, встановив був у XVII ще столітті Декарт: уважаючи діяльність тварин, в одміну од діяльності людської, за машиноподібну, Декарт казав, що будь-яка діяльність тваринного організму є закономірна відповідь на той чи інший зовнішній агент, причому цей зв'язок діяльного органу з даним агентом, як причина з наслідком, установлюється за допомогою певного нервового шляху. Пізніші дослідники прикладали ідею рефлекса до центральної нервової системи сливе аж до великих півкуль головного мозку й не тільки тварин, а й людини.

Академік І. П. Павлов, що протягом двадцятьох років виучував рефлекси через експериментальні спостереження, розуміє під рефлексом явище, яке полягає в тому, що «в той чи інший рецепторний нервовий пристрій б'є той чи інший агент зовнішнього світу або внутрішнього світу організму. Цей удар трансформується в нервовий процес, в явище нервового зворушення. Зворушення по нервових волокнах, як по проводах, подається до центральної нервової системи й звідти, завдяки встановленим зв'язкам, по інших проводах приноситься до робочого органу, свою чергою трансформуючись у специфічний процес клітин цього органу. Отже той чи інший агент закономірно звязується з тією чи іншою діяльністю організму, як причина з наслідком<sup>2)</sup>.

<sup>1)</sup> Нор. W. Burckhardt, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft (1927). Стор. 223—234.

<sup>2)</sup> І. П. Павлов, Лекции о работе больших полушарий головного мозга. Изд. 2-е 1927, Стор. 17.

Рефлекси характером свого діяння бувають позитивні, що викликають певну діяльність, і негативні або затримувальні, гальмувальні, що припиняють цю діяльність. Відповідним виявом тих чи інших рефлексів обумовлюється пристосування організму до зовнішнього світу: отож, — показує І. П. Навлов, — коли-б тварина замість того, щоб іти до їжі, ухилялася од неї, замість того, щоб тікати од огню, кидалася в огонь, то-що, вона була-б чи так, чи сяк зруйнована.

Переводячи експериментальні досліди над рефлексами у тварин (найбільше у собак) І. П. Навлов та В. М. Бехтерев, незалежно один од одного встановили таке:

Коли будь-який агент (вплив), що викликає з боку тваринного організму певний рефлекс, систематично йтиме поруч з іншим агентом, — індинферентним, себ-то таким, що на його організм не реагує активно, то згодом оцей індинферентний агент починає самостійно викликати той самий рефлекс, який викликав агент перший. Отож, наприклад, спостереження встановило, що давання їжі (агент) негайно викликає у собаки певні рухи хвоста й голови, а так само відхід сlinи з сlinової залози (рефлекси). Коли ми систематично супроводитимемо давання їжі одноманітним звуковим чи світляним явищем, — дзвінком, засвічуванням лампочки (індинферентний агент), а потім дзвонитимемо чи світитимемо самостійно, себ-то не даючи їжі, то ми побачимо, що, чуючи цей дзвінок або бачучи світло од цієї лампочки, собака робить хвостом і головою ті самісінські рухи її у неї так само відходить сlinи (рефлекси), як і тоді, коли давано її їжу.

У першому випадкові І. П. Навлов каже про природжені або безумовні рефлекси, у другому — про рефлекси умовні. В. М. Бехтерев зве перші звичайними рефлексами, а другі — набутими або сполучними. Агенти, що викликають сполучні рефлекси, згідно з цим звуться умовними або сполучними вразливцями<sup>1)</sup>.

Аналізуючи діяльність тварин та людини, акад. Бехтерев знаходить у ній такі види звичайних і сполучних рефлексів: оборонні й зачіпні; рефлекс зосередження, що готове до оборони або наступу й полягає у збудженні одного з центрів, приміром, зорового чи слухового, і в гальмуванні всіх інших; рефлекс насторожування, при якому мобілізується відновідний м'ясневий апарат у формі підготовлення його до оборони чи нападу; рефлекс переймання; рефлекс мімічні та символічні, до яких зокрема належить мова й письменство, її які виявляють в одному випадкові внутрішній стан організму, а в другому — означення зовнішніх речей та їх обов'язкового співвідношення. Поруч з оцими звичайними і сполучними рефлексами, В. М. Бехтерев каже про рефлекси органічні, що їх звуть у психології інстинктами й які припускають природжену або спадкову біологічну потребу у формі потягу, що забезпечує життя самого індивіда та існування виду. Сюди він зараховує рефлекси у вигляді потреби

<sup>1)</sup> І. П. Навлов, I. cit., стор. 31 й дал. В. М. Бехтерев, Общие основы рефлексологии человека, вид. 3-е, 1926. Стор. 113—127.

харчування (годівні) й самоохорони взагалі, потреби в теплі, кисні й світлі, потреби в рухові, а як зайде утома — потреби супокою, і, нарешті, потреби характеру статевого, що забезпечує розвиток потомства. До органічних рефлексів В. М. Бехтерев зараховує так само рефлекси родинний та соціальний<sup>1)</sup>.

Психічна діяльність людини з погляду рефлексолога є не що інше, як реагування вищих, коркових царин нервової системи на зовнішні роздратування. Це реагування має у собі два моменти: момент аналізи або диференціації, що обумовлює різницю рефлексів при різних вразливцях, і момент синтези або сполучного узагальнення, що сходить до об'єднання різних зовнішніх роздратувань у розумінні відповіди на двоє чи кількою різних роздратувань тією самою реакцією й до встановлення тим самим відношення суміжності й послідовності між зовнішніми вразливцями<sup>2)</sup> (мовою суб'єктивної психології ми назвали-б це асоціаціями). Цим синтетичним реагуванням коркових царин нервової системи й пояснюється утворення сполучних рефлексів. На цьому-таки синтетичному реагуванні академік Бехтерев й угрупував свою «рефлексологію людини», яку він перше називав «об'єктивною психологією»<sup>3)</sup>, і свою «колективну рефлексологію», що під нею він розуміє «соціальну психологію» або «інтерментальну психологію»<sup>4)</sup>.

Подавши загальні відомості про рефлексологію, розглянемо з її погляду, в чому полягає «внутрішній примус» норм закону й звичаєвого права, як через неї відбувається мотивація людського поводження<sup>5)</sup>.

Візьмімо, як грубий приклад, випадок вбивства в громаді, де існує кривава помста (звичаєве право), і в громаді, де за вбивство карають на горло (закон). В обох випадках убійників загрожує смерть, викликаючи в нього звичайні, безумовні рефлекси оборони. Коли йому пощастиТЬ уникнути смерті, то в майбутньому, як він знову наміриться на вбивство, його спинить гальмувальний сполучний рефлекс. За безумовний тут вразливець є загроза помсти або кара на горло, а замах на вбивство це спочатку агент індиферентний, а потім, обертається у сполучного вразливця. Припустімо далі, що наш убійник довідається, з переказів чи з писаного тексту закона, що така самісінька кара ( кара на горло) загрожує й за крадіж. Одтоді крадіж, що перше був для нього за агента індиферентного, починає викликати в нього той самий гальмувальний рефлекс сполучний, що й вбивство. Це відбувається через те, що з одного боку індиферентний досі агент — словна погроза карою на горло —

<sup>1)</sup> Бехтерев, I. cit., стор. 116.

<sup>2)</sup> Ibid., стор. 159.

<sup>3)</sup> Пор. В. М. Бехтеревъ, Объективная психологія. 1907. Вип. 1—3.

<sup>4)</sup> Пор. В. М. Бехтеревъ, Коллективная рефлексология. 1921. Докладний виклад та критику рефлексології подає акад. О. П. Гиляров, Схема історії філософії в освітленні історичного матеріалізму. — Записки Соц.-Економ. Відділу Укр. Академії Наук, т. V—VI (1927). Стор. 260—291.

<sup>5)</sup> Таку спробу зробив проф. И. М. Топский у своїй статті «Механизм действия нормы» («Право и Жизнь», 1927 р., кн. 2, стор. 3—9).

синтезується вищими центрами нервової системи з безумовним вразливцем — реальною загрозою смерти — і тим самим обертається в сполучного вразливця (це обертання пояснюється тим, що діють рефлекси символічні, — рефлекси мови та письма). З другого боку з цим сполучним вразливцем — словною загрозою карою на смерть — синтезується (знов-же за допомогою символічних рефлексів) новий індиферентний агент — крадіж, який починає викликати ті самі рефлекси, що й словна загроза смертною карою, і реальна небезпека для життя. Тут ми маємо справу з сполучними рефлексами другого порядку, отак самісінько, як при експериментах над собакою дзвінок може викликати в нього сполучний рефлекс харчовий, а запалюючи поруч з дзвінком лямпочку (і не даючи її) можна викликати той самий сполучний рефлекс; він є рефлексом другого порядку.

На цьому прикладі ми, в грубих рисах, бачимо, що поводження людини з погляду рефлексології треба розглядати, як сукупність складних і найскладніших рефлексів, що їх викликають не менш складні вразливці. Ці вразливці можна звести до двох: до внутрішнього примусу й до примусу зовнішнього. Перший є потреба, що виникає, як наслідок спадкових органічних імпульсів або як наслідок сталої вже звички. Другий-же єсть вразливець, що виникає з умов зовнішніх і може являти собою неминучість даного виходу з становища, що склалося, або мати за своє джерело живу зовнішню силу; сила тая спирається на можливе здійснення кари у вигляді вимаганнів од суспільства, органу влади, або вимаганнів дужкої людини, що з нею сяк чи так звязано долю даної особи, вимог батьків до дітей, господара до робітника, то-що<sup>1)</sup>.

Завдяки досвідові індивідуальному розвиваються різні види людських потреб та стосунків, що своєю чергою викликають різні координації сполучних рефлексів і утворення цілих їх комплексів. За один з головних комплексів є комплекс рефлексів соціального характеру, що складається під впливом родини, товариства, довколічного оточення або громади, народності й людства<sup>2)</sup>.

Сказане стверджує правдивість і з погляду суверено-об'єктивної рефлексології тих висновків про подвійну чинність правних норм, що ми висловили їх, аналізуючи поняття чинності права, і що ми знайшли їм ствердження в даних соціальної психології.

## § 17. Загальний висновок. Поняття звичаєвого права.

Напередній виклад установив, що чинність права взагалі здійснюється у двох видах: у вигляді потенційного фізичного примусу, організованого одержавної вимоги, і в вигляді поширеної в суспільстві свідомості, що, коли буде порушенено правну норму, буде вжито фізичного одержави примусу. Та-

<sup>1)</sup> Бехтерев, Общие основы рефлексологии, стор. 225.

<sup>2)</sup> Ibid., стор. 227.

кий зміст поняття чинності права дає відповідь і на питання про її основу: за основу першого виду чинності є діяльність держави, за основу другого виду — суспільна свідомість. Отже, тає opinio necessitatis, що її існування інтуїтивно відчували правники минулого століття, але яку вони засновували на міркуваннях апріорних, набуває завдяки досягненням сучасної психології та рефлексології зовсім інакшого змісту.

Ця мотиваційна сила, opinio necessitatis, правних норм має й спільні, й одмінні ознаки що-до мотиваційної сили норм моральності й т. зв. конвенціональних правил: і тут і там має місце змальований вище процес виникнення й діяння суспільної свідомості; і тут і там виникає opinio necessitatis; але що-до правних норм зміст opinio necessitatis зводиться до уявлення про загрозливий, коли їх буде порушене, фізичний примус од держави, тимчасом як що-до моральних та конвенціональних правил зміст opinio necessitatis полягає в уявленні про загрозливу, коли їх буде порушене, психологічну, моральну реакцію од суспільства. Таким чином, коли атрибутивний елемент, що його Л. Й. Петражицький уважає за специфічну ознаку права, є властивий і іншим нормам, то імперативний елемент, що його визнає Петражицький за родову ознаку поняттів права й моральності, навсправді для кожного з цих поняттів є різний.

Треба завважити, що обидва види opinio necessitatis можуть збігатися: мотиваційна сила чинності тієї чи іншої норми може обумовлюватись одночасно й уявленням про державний примус, і уявленням про громадську реакцію. Тут норма права збігається з конвенційною нормою й діє з особливою силою.

Та, проте, це не обов'язково й буває геть-то не завсіди.

Переходачи до т. зв. звичаєво-правних норм, бачимо, що вони виникають без участі держави: держава формально ні од кого не вимагає додержувати цих норм, нікому не загрожує, що вживатиме фізичний примус, коли їх буде порушене. А втім, фактичне вживання цих положеннів утворює в психіці членів суспільства упевненість в тому, що коли ції норми так довго й однозначно прикладаються, то їх захищає державна влада. Ця упевненість надто міцнішає тоді, коли звичаєво-правні норми вживає суд. Вона тільки й утворює ту «нормативну силу фактичного», за яку казав Г. Jellinek і прихильники т. зв. Uebungstheorie.

Отже, ми можемо сказати, що звичаєве право має тільки один з двох видів чинності правних норм — чинність у вигляді психічного примусу, під впливом уявлення (формально помилкового) про те, що порушення норм потягне за собою фізичний од держави примус. Другого виду чинності, що властивий закону й випливає з потенційного примусового фізичного примусу, — у звичаєвого права немає.

Цей висновок являє собою досягнення тих завдань, що їх ми поставили собі в § 14: з'ясувати причинову залежність чинності звичаєвого права од позаправних явищ і перевірити наше гіпотетичне припущення, що єдина од-

міна риса звичаєвого права, що відрізняє його від закону, полягає в походженні його без припису од законодавчих органів держави.

Перше з цих завдань виконано протягом усього попереднього вкладу й не потрібує дальших пояснінь.

Що-до другого завдання, слід одзначити, що переведений дослід робить поправку до зазначеного гіпотетичного припущення: поруч з ознакою походження від держави поняття «закону» має другу специфічну ознаку, що відрізняє його від сусіднього видового поняття «звичаєвого права», — ознаку захисту від держави. Спільна-ж для обидвох поняттів ознака, що об'єднує їх в родове поняття «права», є те, що уявляють, ніби держава захищає ту чи іншу норму.

Отже, визнаючи «законодавство» або «писане право» за «сукупність норм людського поводження, які формально встановила й захищає держава, та які мають мотиваційний вплив завдяки уявленню людей про цей захист», — ми повинні визначити «звичаєве право», як сукупність норм людського поводження, що виникли з звичаю (фактичного вживання), яких держава формально не встановила й не захищає, але які мають свій мотиваційний вплив завдяки тому-таки уявленню людей, піби держава захищає звичай.

---

## РОЗДІЛ ТРЕТИЙ.

### Звичаєве право й звичаї обороту.

#### § 18. Laband'ове вчення.

Поруч із звичаєво-правними нормами громадянський оборот знає положення інші, що так само мають ознаки звичаю, але яких пануюча в науці думка не застосовує до юридичних звичаїв: це так звані звичаї обороту, або поведінки, в торговлі — торговельні звичаї (у німців — *Geschäftsgebrauch*, *Geschäftssitte*, *Handelsgebrauch*, *Handelssitte*, *Handelsusancen*). Переважна більшість учених, одмовляючись виводити з цих звичаїв правні норми, засновує вживання їх на відповідному явному або мовчазному впливові волі сторін.

Таку одміну між юридичними звичаями (звичаєвим правом) та звичаями обороту перевів був уперше р. 1864-го видатний німецький комерціяліст Goldschmidt у своєму курсі торговельного права<sup>1)</sup>. Незабаром слідом за цим Laband запропонував своє докладно розроблене вчення про торговельної звичаї, що лягло в основу пануючої теорії звичаїв обороту<sup>2)</sup>.

Laband починає з того, що вяснює, звідки походять та як розвивалися торговельні звичаї. Він показує, що за прототип цих звичаїв є ділова поведінка, що завелася поміж двома окремими купцями в їх довгочасних обоцільних ділових стосунках. Цій стосунки звичайно випливають з одноманітних угод, при яких умови, застережені первісно од контрагента, з огляду на їхню згідність з дійсною волею та інтересами контрагентів, раз-у-раз прикладаються в одинаковому вигляді. Проте, коли угоди утворюються, умови ці аж геть не завсіди прямо і сповна застерегаються: цьому перешкоджає по-перше потреба торговельного обороту швидко складати угоди, по-друге — природне намагання не поновляти умову, що вважається зрозумілою сама собою й формулування якої видається через те зайвим, і, нарешті, те, по-третє, міркування, що разуразне поновлення тих самих застереженнів контрагент міг-би уважити за недовіру до себе. Через те існують скорочені й спрощені способи встановляти такі умови.

<sup>1)</sup> L. Goldschmidt, *Handbuch des Handelsrechts*. 1 Band (1. Aufl, 1864—1868, 2. Aufl., 1874—1875). §§ 35—36.

<sup>2)</sup> P. Laband, *Die Handels-Usancen* у *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*. 17. Band (1872).

1) Складаючи першу угоду, сторони просто згоджуються поширити передбачені в ній умови на всі подібні угоди, що їх у майбутньому складають оці сторони;

2) одноманітні угоди складають повторно, що разу застерегаючи, що на даний випадок поширюються умови, встановлені в попередніх подібних угодах;

і, нарешті, 3) простому мовчанню про умови угоди надається значіння виразного й юридично визаного вияву волі сторін поширити на дану угоду ті умови, які прикладалися перше.

Підвалину для останнього Laband убачає в тому, що, коли сторони раз-у-раз складають угоду на однакових умовах, а потім одна з сторін схоче змінити умови для дальшої угоди, тоді принцип доброї совісти (*Treu und Glauben*) вимагає безпосередньої на це вказівки. А коли такої вказівки нема, цей принцип уповноважує другого контрагента припустити, що на угоду, яка складається, поширюються попередні умови. Причому, скоро-но заведена поведінка в цьому розумінні відхиляється від диспозитивних принципів закону, поведінка має що-до них дерогаторну силу. Laband наводить приклад, коли один купець раз-у-раз купує в другого крам не дуже доброї якості. Коли немає порозуміння про якість у дальших угодах, прикладається заведену поведінку, як невисловлену волю, хоч-би ця поведінка й суперечила нормі закону, що наказує, коли немає порозуміння про якість краму, постачати крам середньої якости.

Далі Laband звертається до випадків, коли на одному боці ділового обігу стоять індивідуально-визначений купець, а на другому боці — невизначена сила контрагентів, — т. зв. клієнтура або публіка. Тут ділова поведінка набуває дального розвитку; отож, навіть клієнти, що доціру звертаються, з якими ще не заведено певних ділових стосунків, підлягають виробленим уже в практиці даного купця договірним умовам; при цьому припускається, що згоду їхню мовчазно виявлено. За головний приклад Laband наводить випадки, коли крам, що має тверду ціну або тарифікований у цінниківі продавця, купується й продається без спеціального про ціну порозуміння: в таких випадках прикладається тая ціна, по якій купець продає цей крам усім іншим своїм клієнтам, — її вважають за мовчазно обумовлену. Коли-б продавець вимагав ціни більшої або покупець — меншої, це порушило-б принцип *Treu und Glauben*.

І ці поведінки у практиці торговельного підприємства, як і поведінки в ділових стосунках поміж двома тільки особами повстають потрійно:

1) Загальні умови угоди можуть бути встановлені раз назавсіди і в уривках надруковані на формуларах, уживаних у кожному окремому випадкові (напр., умови страхових полісів). Тут у кожному випадкові немов-би окремо застерегаються ті самі умови.

2) Умови угоди можуть бути встановлені так само один раз, причому в кожній окремій угоді вживання їх передбачається не поновленням усенького їхнього змісту, а тільки поекспресуванням на них.

3) Підлягання звичайно запровадженим у практиці даного підприємства умовам може статися шляхом простого мовчання, коли обставини сподорожні дозволяють визнати, що мовчання має значіння відповідного вияву волі.

Нарешті, вказує Laband, тоді, коли ми припустимо, що в обороті з обох боків бере участь невизначена кількість контрагентів, ми матимемо поняття звичаю обороту, одмінного од звичаєвого права. Звичай обороту, каже він, є не що інше, як вища потенція ділової поведінки, що розвинулася межі двома контрагентами. З цього погляду звичай обороту своїм змістом є не що інше, як одноманітний зміст установлених у договорі положень, що завсіди увіходять у склад певних угод певного кола учасників обороту. Через свою стереотипність оці положення вважаються за частину договору, яка сама собою розуміється, і діють, доки явно виявлена воля сторін не заведе відворотного. Ті самі підстави фактичні, за силою яких одно торговельне підприємство надає своїй клієнтурі певні умови, примушують і інші підприємства тієї самої місцевості чи тієї самої галузі торговлі надати своїй клієнтурі такі-ж умови. Завдяки цьому встановлена поведінка окремого торговельного закладу обертається у звичай торговельного обороту цілої місцевости чи галузі торговлі.

Таке торговельних звичаїв установлення та значіння їх не дозволяють Laband'ові вбачати в них місцеве або допомічне джерело права. Кодифікацію торговельних звичаїв і свідоме їх установлення не можна розглядати і як здійснення т. зв. автономії купецьких корпорацій, торговельних палат, то-що: така кодифікація чи встановлення є не що інше, як збирання або утворення проекту «нормативних умов» певних угод, як пропозиція більше-менше повного формуляру угоди. Через те власне зовсім нові положення, які досі не прикладалися, але які видаються за доцільні, можна запровадити до обороту в характері торговельних звичаїв: це тільки визначає, що зацікавлені особи сповіщають, що в майбутньому ці положення визнаватимуться за частини угод, які приймається мовчазно. Інакше кажучи, з погляду учасників торговельного обороту байдужісінько, чи дістають стереотипні й через те мовчазно приймані положення формулування своє після фактичного-но їх уживання, чи, навпаки, вони набувають фактичного вживання після їх спеціального для цієї мети формування. Будь-що-будь, за вирішальний момент для поняття торговельного звичаю є його вживання; без цього саме формування тих чи інших положень не можна розглядати як звичай.

Звичай торговельного обороту прикладаються в таких самих формах, у яких прикладаються й ділові поведінки у практиці окремого підприємства або двох постійних контрагентів:

1) Вживанням при складанні угод наперед установленых формуллярів, що містять у собі звичайні положення й є через те за типову складову частину всіх договорів певного роду, але які показуються спеціально застереженими в кожному випадкові.

2) Включенням до тих, що складаються, угод загального застереження «згідно з торговельним звичаем», «відповідно до біржової поведінки».

3) Простим мовчанням, коли з обставин, що сподорожують складанню угоди, випливає, що мовчання заховує в собі відповідну волю контрагентів.

Розуміючи отак звичай обороту, Laband показує, що вони в відміну одні норм звичаєвого права можуть суперечити диспозитивним приписам закону, бо з волі сторін останніх можна не вживати. Чинність-же норм звичаєвого права обумовлено тим, що вони не суперечать законові. З другого боку, для звичаїв обороту неістотна ознака правного переконання, *opinio necessitatis*, потрібна для звичаєвого права.

Од диспозитивних правних норм, що застосовуються теж на підставі припусканої волі сторін, звичай обороту відрізняються тим, що при перших припущеннях волі сторін фікція, і норма диспозитивна діє завсіди, коли не має прямо виявленої протилежної волі сторін; а звичай обороту застосовуються тільки тоді, коли доведено, що сторони мали це на увазі, або що мовчання про це треба згідно з супровідними обставинами, витолковувати, як наявність волі сторін<sup>1)</sup>.

Це Laband'ове вчення швидко запанувало в німецькій літературі торговельного й цивільного права і його засвоїла була судова практика. Вдало формулював це вчення Regelsberger. Він означає двоїсту роль звичаїв обороту: інтерпретативну, що зводиться до витолковування невиразних висловів угоди, та заповнальну, що полягає в визначенні змісту угоди в тих пунктах, котрі в вияві волі прямо не визначено. А втім, і в другій своїй чинності звичай обороту надолужує, як гадає Regelsberger, не волю сторін, а тільки зовнішній її вияв. Інакше кажучи, Regelsberger установлює презумпцію наявності волі сторін, скерованої на вживання даного звичаю. Така презумпція припускає, що сторони обізнані з цим звичаєм, а втім, Regelsberger допускає, що обізнання може стосуватися не до змісту звичаю, а тільки до факту його існування, бо кожен може підлягати й невідомому для нього правилу. Навіть більше: хто ввіходить у певний діловий оборот, той не може потім покликуватися на незнання прийнятої в цьому обороті практики, оскільки особи, що ввіходять з ним у стосунки, припускають і мають право припускати знайомство його з цією практикою. Обов'язок знати прирівнюється тут до самого знання. Одміни в практичних наслідках од уживання звичаєвого права й звичаїв обороту Regelsberger зводить ось до чого:

а) звичай обороту, як мовчазно виявлене воля сторін усуває чинність диспозитивних норм закону навіть там, де вживання звичаєвого права виключено;

б) суд не повинен з власної ініціативи встановляти існування того чи іншого звичаю обороту, полишаючи доводити це сторонам, тимчасом як існування норм звичаєвого права повинен установити суд *ex officio*.

<sup>1)</sup> Laband, Die Handels-Usanzen u. Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 17 (1872). Стор. 466 – 511.

Цим поглядом німецької доктрини перейнялися<sup>1)</sup> й інші країни. Так, видатний італійський комерціаліст С. Vivante відрізняє звичаї законодавчі (gli usi legislativi), себ-то правні, та інтерпретативні (gli usi interpretativi), себ-то звичаї обороту. Останні він розглядає, як складову частину договору (clausole di contratto), роблячи звідсі місцем норми:

а) суд може на увагу взяти інтерпретативні звичаї навіть тоді, коли бракуватиме загального одноманітного й постійного вживання, а так само і в тому випадкові, коли суперечать вони диспозитивним нормам закону;

б) тільки судя може застосовувати інтерпретативні звичаї, коли він переважаний, що це відповідає волі контрагентів при складанні угоди: звідсі випливає, що, коли один із контрагентів доведе, що він не знає про існування даного звичаю, останній не повинен бути застосований до цього;

с) помилка що-до інтерпретативного звичаю розглядається, як помилка супроти фактичних обставин (error facti), тимчасом як помилка що-до правних звичаїв — як помилка в праві (error juris).

д) невживання на суді інтерпретативного звичаю належить до царини оцінки фактів і через те не може бути за підставу, щоб скасувати вирок касаційним порядком, відміну од порушення правного звичаю на суді;

е) процесуальні норми, запроваджені що-до звичаєвого права, не поширюються на інтерпретативні звичаї, що мають бути доведені, як прості факти<sup>2)</sup>.

Із французьких правників, Gény уважає одміну між правними звичаями (coutumes) та звичаями обороту (usages conventionnels) у тому, що перших забезпечує санкція opinio necessitatis і через те утворюють вони правні норми, тимчасом як другі не мають такої санкції й застосовуються за силовою принципу автономії волі, як передбачені порозумінням сторін. До того-ж, каже Gény, звичаїв обороту не тільки можна не вживати, коли доведено буде, що відповідної волі сторін немає, але, навпаки, вживати їх не треба, коли відповідну волю сторін не була виявлено прямо або виведено на основі обставин, що це дозволяють. А втім, завважує далі Gény, що-до звичаїв обороту найчастіше припускається презумпція facti (présumés en fait), що сторонам вони відомі. Практичні наслідки такої одміни, на які вказує Gény, загалом збігаються з тими, що показав Vivante<sup>3)</sup>.

Так само французький комерціаліст Thaller відрізняє coutumes i usages, розуміючи під останнім мовчазні застереження, що за силовою установленої практики розуміються в поєднаннях сторін. Обов'язковий таких звичаїв характер ґрунтуеться, як гадає Thaller, на простій презумпції факту (présomption de fait) наявності відповідної волі сторін<sup>4)</sup>.

<sup>1)</sup> Regelsberger, Pandekten. Bd. I. (1893) § 22, I. Стор. 100—102.

<sup>2)</sup> C. Vivante, Trattato di diritto commerciale. Vol. I (1902), стор. 67-й дал.

<sup>3)</sup> F. Gény. Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif (2-de éd., 1919) T. I, n-os 130—133, стор. 418—432.

<sup>4)</sup> E. Thaller, Traité élémentaire de droit commercial. 7-me éd. revue par J. Percerou, (1925) §§ 49—51, стор. 44—48.

### § 19. Вчення Danz'a.

Вчення про звичаї обороту в тому вигляді, як у Laband'a та численних його в цьому питанні послідовників, цілком гармоніювало з теорією юридичної угоди — т. зв. вольовою теорією (Willenstheorie), що панувала в Німеччині перед виданням Цивільного Кодексу 1896 р.: оскільки, згідно з цією теорією, юридична угода спричинялася до тих правних наслідків, на котрі скеровано було волю учасників її, то здавалося, що можна й що буде послідовно казати, що в випадкові прогалини в зовнішньому виявові волі зміст її було спрямовано на вживання тих положеннів, яких звичайно застосовують в обороті. А втім, друге вчення про юридичну угоду — т. зв. теорія вияву (Erklärungstheorie), що поширилося під той час, як обмірковувано проект Німецького Цивільного Кодексу, спонукало його прихильників переглянути й вчення про звичаї обороту: бо, коли вважати, що правні юридичної угоди наслідки залежать не од волі сторін, а од їхнього вияву волі, то воля не може бути за основу для вживання звичаїв; вияв-же волі так само не може бути за таку основу, бо дуже часто звичаї застосовують власне тоді, коли вияв волі не містить у собі жадних за дане питання вказівок.

Грунтуючись на цих міркуваннях німецький правник Erich Danz зробив на підставі своїх праць висновок, що звичаї обороту містять у собі положення об'єктивного права, які мають таку саму силу, як і норми права звичаєвого<sup>1)</sup>.

Простежмо коротенько тій кільця міркуваннів, що на підставі їх Danz робить зазначений висновок.

Виходить він з основного, що встановлює його сам, засновку, неначебуд внутрішня воля того, хто чинить угоду, аж ніяк не скерована на встановлення тих чи інших правних наслідків, а має за предмет свій виключно певну господарчу чи громадську мету: таک, замовляючи в ресторані обід, наймаючи квартиру, позичаючи в приятеля парасолик, складаючи духівницю, будь-кого весиновлюючи, учасники обороту ставляться до цих угод не як правники, а як обивателі, і мають на увазі не правні стосунки, а господарчі та соціальні наслідки (вони можуть мати при цьому на увазі й правні наслідки, але це буває не завсіди й зовсім не обов'язково)<sup>2)</sup>.

Встановивши такий зміст волі при складанні угоди, Danz показує далі, що правні стосунки повстають, змінюються й припиняються зовсім не через унутрішню волю, яка їх і не має на увазі, а за силою норм об'єктивного права, що приписують настання тих чи інших наслідків залежно од наявності певного фактичного складу (Tatbestand). Цей фактичний склад має за свій зміст

<sup>1)</sup> E. Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte. 1897. 3-е вид. 1912. — Так само E. Danz Laienverständ und Rechtsprechung в Jherings Jahrbücher, XXXVIII, 1898 р., стор. 372—500.

<sup>2)</sup> Такий погляд висловив був іще раніше O. Lenel, Parteiabsicht und Rechtserfolg в Jherings Jahrbücher XIX, 1881 р., стор. 154—253, пор. стор. 238.

отакі об'єктивні моменти: 1) наявність вияву волі, 2) наявність необхідної діездатності особи, 3) несуперечність змісту вияву волі законові чи добрим нормам, 4) у деяких випадках — додержання в законі встановленої обов'язкової форми й 5) в деяких випадках — виконання додаткових дій (напр. традиції, коли право власності переходить).

Серед перелічених моментів фактичного складу, що в залежність од нього поставлено настання правних наслідків угоди, волі немає й, отож, вона не звязана з цими наслідками ні безпосередньо, ні побічно. А що-до вияву волі, що стоїть на першому місці серед названих моментів фактичного складу, то Danz визначає його, як «таке поводження особи, яке згідно з поглядами обороту й уважаючи на всі обставини даного випадку, дозволяє, за загальним правилом, робити висновок про наявність певної волі, незалежно від того, чи відповідає цей висновок в окремих випадках істині, чи ні, себ-то чи існує справді в даної особи така воля, чи ні». Отож, до поняття вияву волі Danz уважає за можливе застосувати не тільки обмін словами між учасниками угоди, але й певні дії (помах голови) та бездіяльність (мовчання). До того він уважає, що, як воля того, хто складає угоду, має на увазі досягти якоїсь певної господарчої чи громадської мети, то й вияв волі, як основа для висновку про існування внутрішньої волі, завсіди має господарчу або громадську мету. Отож наслідком юридичної угоди настають правні наслідки, що відповідають господарчій або громадській меті, передбаченій не внутрішньою волею учасників угоди, а тією волею, що наявність її кожен повинен був-би припустити на основі поводження учасників угоди<sup>1)</sup>.

Переходячи до діяльності судді, що розглядає цивільно-правний позов, Danz означає, що необхідно відрізняти в ній два моменти: дослідження фактичного складу, тоб-то оцінку тих, що подали сторони, доводів, які стосуються до наявності тих або інших фактів, і тлумачення правної норми, тоб-то визначення тих правних наслідків, які повинні настати в звязку з наявністю даного фактичного складу. Тлумачення правної норми полягає в з'ясуванні законодавцевого вияву волі й зводиться до з'ясування того, що визначають слова та вирази законодавця. Щоб перевести це з'ясування, по-рівніють текст закону з загальношироким слововживанням, що є не що інше, як частина звичайових оборотів.

В тих випадках, коли встановити ті чи інші моменти фактичного складу надано виявові волі не законодавця, а учасників обороту, праця судді ускладнюється: тут треба спочатку (в порядкові дослідів над фактичним складом) встановити наявність даного вияву волі, а тоді (в порядкові тлумачення цього самого вияву волі в звязку з тлумаченням вияву законодавцевої волі визначити правні наслідки угоди. Тлумачення вияву волі, як законодавця, так і учасника угоди, полягає в тому, щоб підвести під абстрактні приписи цього

<sup>1)</sup> Danz, Auslegung. Стор. 14—15.

вияву волі конкретні явища, і Danz розглядає через те всяке тлумачення вияву волі, як його заповнення.

За головний спосіб тлумачити Danz уважає мислену заміну суперечників на двох розумних людей і з'ясування того, як-би вони сприйняли її зрозумілі дане поводження, що утворює вияв волі. Для такого з'ясування Danz уважає за важливe встановити господарчу мету угоди та застосувати неюридичне знання,— життєвий досвід і звичай обороту (Anwendung des nichtjuristischen Wissens, der Erfahrungssätze, der Sätze der Verkehrssitte).

Кажучи за природу правил тлумачення, Danz заперечує проти висловлюваного де-не-де погляду на них, як на правила думання (Verstandesregeln), він уважає їх за норми позитивного права,— закону, якщо той закон їх формулює, і звичаєвого права, коли воно їх утворило. Стверджує цю думку те, що вживання зазначених норм це не предмет вільного погляду суду, а його обов'язок. Правила тлумачення відрізняються од інших правних норм тільки тим, що вони накладають обов'язки не на учасників обороту, а на суддів. Скорі-но отже об'єктивне право (вигляді правил тлумачення) наказує застосовувати ті чи інші положення, в самому обороті вироблені, звідси виходить, що самі оці положення набирають правної сили, стають за частину позитивного права. А втім, як гадає Danz, це одбувається тільки тоді, коли суд починає офіційно вживати той чи інший окремий звичай обороту як правне положення: до цього моменту звичай мають суто-фактичний характер<sup>4)</sup>.

Щоб показати наочно суть звичаїв обороту, Danz розглядає, як розвиваються окрім такі звичаї. Отож, він одзначає, що згідно з римським правом (I. 31 § 20 D. de aedil. edicto 21,1), відповідальність продавця за евікцію, коли її раз-у-раз передбачувано в договорах купівлі-продажу й коли це стало за звичай, повинно було визнавати за таку, що існує, і в тих випадках, коли її не було передбачено. Це, як гадає Danz, визначало: скоро-но складено договір купівлі-продажу, де міститься тільки визначення ціни й краму, то його треба витолкувати в тому розумінні, що єднальні слова сторін встановлюють і відповідальність за евікцію, або: скоро лиши складено отакий договір купівлі-продажу, то одночасно з цим постає для продавця відповідальність за евікцію.

Як ми знаємо, в цьому випадкові, справді, положення про відповідальність за евікцію, що його спочатку запровадили сторони для кожного окремого випадку, поступінно перетворилося на звичайну частину купівлі - продажу й, нарешті, стало за положення об'єктивного права, після чого почали вживати в судовій практиці, що й собі засновувала це вживання на звичаєвоправних нормах тлумачення.

Другий отакий самий приклад стосується до нового часу: слово «Verlag» (видання) утворилося тільки в XVII столітті. Доти слова «in Verlag geben»,

<sup>4)</sup> Danz, Auslegung. Стор. 128 й далі.

«in Verlag nehmen» (продати видання, купити видання) не могли вживатися на те, щоб встановити який-небудь зобов'язальний правний стосунок поміж сторонами, бо не можна було встановити, який обов'язок мали на увазі оці слова. Тим-то сторони повинні були виразно сказати, що одна з них зобов'язується даний твір надрукувати, і до того надрукувати в певній кількості примірників, поширювати його й т. ін. Згодом, у міру того, як обумовлювано ті самі обов'язки сторін, установлювалося певне значення слів «продати видання», «купити видання», яке охоплювало всі оці обов'язки. Тільки тоді, як виникло таке слововживання, що являє собою не що інше, як звичай обороту, повстала спромога означити через уживання цього слова у вияві волі при складанні угоди прийняття на себе зобов'язання, що охоплює пізку різних обов'язків. Настання цих правних наслідків пояснюється тим, що, вживачи слово «видання», сторони простують до тієї господарчої мети, яку, за заведеною поведінкою, слово це означує.

І тут виникнення норм видавничого права ґрунтуються спершу на постійному складанні договорів з однаковим змістом, далі на утворенні звичаю обороту (слововживання), і нарешті, на вживанні в судовій практиці цього звичаю за силою правил тлумачення, встановлених у звичаєвім праві. Отже, норми, що регулюють видавничий договір, існували в Німеччині у вигляді звичаєво-правних норм і до того, як видано німецький закон про видавниче право з дня 19 червня 1901 р.

Доводячи, що положення, вироблені звичаями обороту, є правні норми, Danz підкреслює диспозитивний їх характер: вони свого вживання вимагають тільки тоді, коли не було волевизуву сторін, що виключило їх або інакше урегулювало взаємні стосунки сторін. Цей диспозитивний характер збиває, на його думку, заперечення, що висовують проти визнання звичаїв обороту за правній що полягає у вказівці, що відносно них бракує *opinio necessitatis*: Danz уважає, що до диспозитивних норм звичаєвого права не можна пред'являти вимоги *opinio necessitatis*, бо вона може мати на увазі тільки безумовну обов'язковість уживання звичаю, себ-то примусову правну норму<sup>1</sup>).

Найважливіші висновки практичні, що їх робить Danz з свого розуміння звичаїв обороту, зводяться ось до чого: 1) звичаїв обороту прикладається незалежно од того, є чи немає волі сторін їх прикладати; навіть коли сторона не хотіла їх прикладати, але забула надати цій волі зовнішній вияв, складаючи угоду, звичаї ці прикладаються. Бажання не прикладати їх, щоб воно мало силу, повинне бути при однобічних угодах виразно висловлене, а при договорах — бути за предмет порозуміння сторін. Навіть коли контрагент не знає, що існує той чи інший звичай обороту, останній треба прикладати, а контрагентові, що не знає про нього, повинно бути надане (коли є відповідні умови) право сперечатися проти угоди, як складеної під впливом помилки<sup>2</sup>).

<sup>1)</sup> Danz, Auslegung, стор. 131. <sup>2)</sup> Ibidem, стор. 140.

2) Правні норми, встановлені за допомогою звичаїв обороту, повинні прикладатися переважно над заповітальними диспозитивними принципами закону. Це положення, як ми бачили, встановила була вольова теорія звичаїв обороту, що цілком з свого погляду поспішено вважала, що звичаї обороту, скоро - навіть є за презумовану волю сторін, повинні перевувати що-до диспозитивних норм закону в такому самому становищі, як і виразно виявлена воля контрагентів. Danz обґрунттує це положення інакше. Він гадає, що перша діяльність при розглядові позви це витолкування угоди (див. вище) й що воно має йти перед застосуванням закону; бо тільки витлумачивши угоду можна з'ясувати, чи дійсно тут угода, і які наслідки передбачено в самому виявованій волі. Тільки після цього настає черга застосовувати норми закону, серед них і диспозитивні. Звичаїв-же обороту, як звязаних з тлумаченням угод, треба вжити найпередше<sup>1)</sup>.

3) Вживання звичаїв обороту не треба вважати за надання судові волі розсуду або т. зв. «зважування інтересів сторін» (Abwägung der Interessen der Parteien): навпаки, суд підлягає об'єктивним положенням, встановленим в обороті; він повинен їх тільки відшукати<sup>2)</sup>.

4) Вживати звичаїв обороту треба не за допомогою юридичних конструкцій, а виключно на основі обивательського розуміння (Laienverständ) та життєвого досвіду: отже Danz, як ми бачили, визнає за предмет волевияву не юридичні наслідки, що про них у сторін і гадки не було, а ту чи іншу господарчу мету; а щоб з'ясувати отую мету, потрібні не юридичні знання та конструкції, а треба в думці поставити себе в становище учасників обороту, що керуються обивательським розумінням.

Після того, як набув чинності Німецький Цивільний Кодекс, Danz'ове вчення про тлумачення юридичних угод почало в Німеччині все більш поширюватися й, нарешті, запанувало і в теорії, і в судовій практиці<sup>4)</sup>. А втім, долю цілого цього вчення не поділила тая його частина, котра стосувалася до визначення природи звичаїв обороту. Що-до цього дуже небагато дослідників пішло слідом за Danz'ом: так, Andreas von Tuhr, виходячи з того, що сила звичаїв обороту заснована на принципах позитивного права (§§ 157 та 242 B. G. B.), вбачає в цих звичаях допомічне джерело права<sup>5)</sup>; з цих-же міркуванів Rudolf Müller-

<sup>1)</sup> Danz, Laienverständ, Jherings Jahrb., XXXVIII, стор. 463 й дал. — Auslegung, стор. 141 й дал.

<sup>2)</sup> Danz, Auslegung, стор. 137 й дал.

<sup>3)</sup> Danz, Laienverständ, Jher. J., XXXVIII, стор. 470 й дал. — Auslegung, стор. 144 й дал.

<sup>4)</sup> У передмові до 3-го видання (1912 р.) Auslegung der Rechtsgeschäfte (стор. VIII) Danz сам одзначає цей успіх, кажучи, що його працю рекомендувало судам Баварське Міністерство Юстиції та що по багатьох німецьких університетах під її впливом запроваджено спеціальні курси «Тлумачення угод».

<sup>5)</sup> A. v. Tuhr, Der Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, I. Bd. (1910), стор. 31. Так само його Der Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, I. Hälfte (1916), стор. 4.

Erzbach визнає, що звичаї обороту мають, хоч і неповну, силу правного джерела і творять свого роду «право другого ступеня» (ein Recht zweiten Grades<sup>1</sup>), так само угорський правник Geza Kiss, покликуючись на Danz'а, бачить у звичаях обороту побічний зміст закону — indirecktes Gesetzesinhalt<sup>2</sup>), у Франції ми здibaємо Danz'ів погляд на юридичну природу звичаїв обороту в одній з докторських thèses<sup>3</sup>).

Проте, як ми вже були відзначили, більшість учених не погоджується з Danz'овим поглядом на звичаї обороту, як на правні положення: одні додержують давнього вчення Laband'a, що бачив був у них презумовану волю сторін (напр. Dernburg<sup>4</sup>), Gény<sup>5</sup>), інші, не встоюючи за цим, заразом уважають, що припиня закону застосовувати звичаї обороту не перетворює їх у правні положення (пор. Oertmann<sup>6</sup>), Rehme<sup>7</sup>), Ennecerus<sup>8</sup>), Staudinger<sup>9</sup>), Staub — Pinner<sup>10</sup>).

## § 20. Висновки про природу звичаїв обороту.

Переходячи до оцінки розглянутих поглядів на звичаї обороту, ми повинні розвязати отакі питання: 1) чи можна вважати, що прикладання звичаїв обороту ґрунтуються на волі учасників юридичної угоди? 2) чи можна прирівняти звичаї обороту до правних норм? і 3) чи можливе, на винадок негативної на перші два питання відповіди, яке-небудь третє розуміння звичаїв обороту?

Шукаючи відповіди на ці питання, ми повинні звернутися до фактів, до реальностей соціального життя, з яких за допомогою відомих нам способів юридичної техніки (абстрагування, конструювання, то-що) утворюються правні поняття. Згідність цих фактів з тими поняттями, які висловлено в питаннях,

<sup>1</sup>) R. Müller-Erzbach, Deutsches Handelsrecht, I. Teil (2 Aufl., 1927), стор. 49.

<sup>2</sup>) G. Kiss, Gesetzauslegung und «ungeschriebenes» Recht в Jherings Jahrbücher, Bd. 58 (1910 р.), стор. 470. Там-же вказано праці інших угорських авторів, що поділяють такий погляд.

<sup>3</sup>) Dereux, De l'interprétation des actes juridiques privés. Th. Paris 1905.

<sup>4</sup>) H. Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens. I. Bd. (3 Aufl., 1906). Стор. 82.

<sup>5</sup>) F. Gény, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. T. 1 (2-de éd., 1919) n-os 130—134. Стор. 418—432.

<sup>6</sup>) P. Oertmann, Rechtsordnung und Verkehrssitte (1914), стор. 347 й дал.

<sup>7</sup>) P. Rehme, Das heutige deutsche Handelsrecht y Handbuch des gesamten Handelsrechts, v. Ehrenberg, I. Bd. (1913.) Стор. 273.

<sup>8</sup>) L. Ennecerus, Th. Kipp und M. Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. I. Bd., I Abt. (22.—24. Aufl., 1924) § 38, III.

<sup>9</sup>) J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz, hsg. v. Th. Loewenfeld u. a. I Band, Allgemeiner Teil. Erläutert von Th. Loewenfeld und E. Riesler (9. Aufl., 1925) Einleitung, V, 6, стор. 16. § 157, Anm. 2—4, стор. 642 й дал.

<sup>10</sup>) Staub's Kommentar zum Handelsgesetzbuch, bearb. von H. Koenige, A. Pinner u. F. Bondi, I. Bd. (12—13. Aufl., 1926) Allgm. Einleitung, Anm. 31. Стор. 11.

що ми поставили вище, приведе нас до позитивної відповіди, а незгідність — приведе або до негативної відповіди, або до встановлення фікції, коли не можна знайти реального обґрунтuvання даного поняття чи положення<sup>1)</sup>.

Автори, що розвязують перше питання — про обґрунтuvання сили звичаїв обороту на волі учасників даної угоди — в позитивному розумінні, бачать у такому обґрунтuvанні презумпцію волі учасників угоди, скеровану на вживання того чи іншого звичаю обороту. При цьому більшість каже про заперечну презумпцію (*praesumptio juris sive de facto*), і тільки деякі — про презумпцію незаперечну (*praesumptio juris et de jure*). Як відомо, перший вид презумпції то тільки спосіб звільнити одну з сторін од повинності доказувати, але цей спосіб не виключає можливості доводити супротивне. Тут, неначе-б, не можна додбачити суперечності з наявними фактами. Презумпція незаперечна більше наближається до фікції, але все-таки виходить із більшої або меншої імовірності, того що презумоване положення погоджується з реальними фактами<sup>2)</sup>, тільки коли такої імовірності цілком бракує, можна вважати, що дане положення має суто-штучний характер, що воно фіктивне<sup>3)</sup>. Розглядаючи торговельний та цивільний оборот, техніку складання угод і виконання їх, ми повинні зробити висновок, що в чималій частині складуваних угод сторони знають про існування тих або інших звичаїв обороту і, здійснюючи угоди, вважають на ці звичаї, хоча-б пряме їх уживання в угоді передбачене не було. Ці факти утворюють імовірність того, що справді є воля сторін, скерована на прикладання звичаїв обороту, і зміцнюють позицію тих, хто бачить в основі звичаїв обороту не фінковану, а незаперечно-презумовану волю сторін.

Але здобута таким чином позитивна відповідь на перше з поставлених питаннів єсть відносно-правильна: а власне, за панування в даній системі правний так званої вольової теорії юридичної угоди. Бо не можна не визнати за слушні Danz'ові міркування про те, що з погляду теорії вияву волі внутрішню волю сторін, прикладаючи звичаї обороту, не треба брати на увагу. В цьому разі презумування волі сторін треба замінити презумуванням відповідного їхнього вияву волі, але така заміна оберне презумпцію у фікцію, що зводиться до твердження, неначе-б вияв волі, який не містить у собі вказівок на вживання звичаїв обороту, певнико вважати за такий, що містить отакі вказівки. Отож, за панування теорії вияву волі Laband'ів погляд на юридичну природу звичаїв обороту не витримує перевірки реальними фактами й примушує юридичну техніку вдатися до фікції, щоб обґрунтuvати його. А втім, обґрунтuvання таке ми можемо прийняти в тому тільки випадкові, коли іншої спромоги обґрунтuvати, без допомоги фікції, знайти не можна. Це ми побачимо з відповідів на інші два питання, що їх ми поставили перед собою.

<sup>1)</sup> Нор. François Gény, *Science et Technique en droit privé positif. Troisième partie. Elaboration technique du droit positif*. 1925. Стор. 316—447.

<sup>2)</sup> Ibidem, стор. 296—313, 334—356.

<sup>3)</sup> Ibidem, стор. 378—389, 445—447.

Друге з цих питаннів — про можливість прирівнювати звичай обороту до джерел об'єктивного права, — що його Danz розвязував позитивно, викликавши такі заперечення проти позитивного свого розвязку: 1) в положеннях, що виробили їх звичай обороту, не можна бачити норм звичаєвого права, бо вони припускають наявність opinio necessitatis, свідомості безумовної потреби прикладати їх, тимчасом як уживання первинних виключається протилежним виявом волі сторін; і 2) та обставина, що одне з джерел об'єктивного права — закон або звичай — приписує прикладати звичай обороту, не обертає їх само собою в джерело права, хоча-б допомічне.

Перше з цих заперечень не можна визнати за правильне, бо ж існують і диспозитивні норми звичаєвого права, які мають санкцію opinio necessitatis і прикладання яких можна усунути відновідним виявом волі сторін (змістом opinio necessitatis буде тут свідомість необхідності прикладати дану норму власне в тому випадкові, коли в вияві волі є прогалини).

З іншим-же Danz'овим запереченням слід погодитися, бо, коли одне з джерел права закон або звичай — ставить настання певних юридичних наслідків у залежність від існування тих або інших фактів (приміром, од наявності вияву волі, од факту смерті, од упливу часу), воно визнає ці факти за юридичні, себ-то за такі, які можуть впливати на повстання або припинення суб'єктивних прав, але не є працівторчі, що являють собою джерело об'єктивного права. Звичай обороту, що до них посилає закон або звичаєве право при тлумаченні угод або при деталізації складу правних стосунків сторін, являються такими самими юридичними фактами, що од наявності їх залежить повстання суб'єктивних прав і обов'язків, як і вияв волі учасників угоди.

Тут ми вже дістали відповідь і на третє з поставлених оце питаннів про можливість третього розуміння звичаїв обороту, не як волі сторін і не як норм об'єктивного права. Ми приходимо до висновку, що звичаїв обороту власне через те, що вони діють за силу приписів об'єктивного права, ми не можемо розглядати їх як джерело об'єктивного права (хоч-би й допомічне), ні як побічний зміст об'єктивного права: вони належать до фактичного складу, що його передбачило об'єктивне право, як основу повстання правних стосунків, і серед моментів цього фактичного складу стоять на рівні з виявом волі, граючи роль субсидіарного юридичного факта, який повинен обнати місце волевияву на випадок прогалини в ньому.

## РОЗДІЛ ЧЕТВЕРТИЙ.

### Звичаєве право в правних системах сучасних держав.

#### § 21. Німеччина.

Германські племена, що за римського ще панування залюднювали центральну й східну Європу, користувалися самим тільки національним неписаним звичаєвим правом. Тільки за ранньої середньовіччя, в так званий франкський період німецької історії, згідно з вимогами життя, переводиться запи-сування звичаєво-правних норм, що мали силу в різних германських племін. Записи ції мали загальну назву «народні права», — *Volksrechte*, *leges barbarorum*, і кожна з них мала ім'я відповідного племін: *lex Salica* (салічих франків), *lex Ribuaria* (рибуарських франків), *lex Saxonum*, *Frisionum*, *Franconum*, *Chamavorum*, то-що. До того самого періоду належить поява нового чинника правоутворення — законодавця в особі королівської влади. Закони, що видавали королі, звалися за династії Меровінгської — *edictum*, *praesceptio*, *decretem*, за Каролінгської династії — *capitulum*, і виновнили право народне (звичаєве), — *capitula legibus addenda*. Перший законодавчий збірник видає був року 475-го у вест-готській державі король Ерік (*Leges Eurici*). Його часто переглядали й перевидавали Ерікові наступники і в пізніших своїх редакціях він відомий під назвою *Lex Visigothorum*. Для римлян, що оселяли вест-готську державу, видає був р. 1506-го король Аларих II, на підставі римсько-візантійських джерел збірник законів під назвою *Lex Romana Visigothorum* або *Breviarium Alaricianum*. По інших германських державах так само з'явилися законодавчі збірники — *Lex Gundobada* або *Lex Burgundionum*, *Edictus Langobardorum*, а згодом *Liber legis Langobardorum*.

По тому, як утворено Священну Римську Імперію, що включала до свого складу окремі германські держави (962 р.), всі ці законодавства перестали чинити, і їх забуто. Відтоді знову діє тільки звичаєве право, підсилюване діяльністю судів, але воно різне для різних місцевостей та груп людності: поруч з територіальними одмінами, відрізняються право земське (*Landrecht*), право ленне (*Lehnrecht*), церковне.

Законодавство імперії цього періоду обмежується так званими *constitutiones pacis*, що оголошували мир і забороняли війну поміж феодалами, та законами конституційного характеру.

З XIII століття з'являються приватні записи звичаєвого права, так звані *Rechtsbücher*. Найстарший із таких відомих нам записів є збірник Саксонського звичаєвого права — *Sachsenspiegel*, що склав його шеффен Eike von Repkow між 1198 та 1235 рр. Слідом за цим з'являються й офіційні записи звичаєвого права, що коло їх заходжувалися міста, громади та стани й що їх звано статутами, положеннями (*Satzungen*) і т. ін.

До цього самого часу належить реценція римського права, що сталася в двоякій формі — теоретичній і практичній. Реценція таємна, що почалася ще в XII столітті, полягала у постанні переконання, що Священна Римська Імперія не що інше, як продовження давньої Римської Імперії, і що через те Юстиніанові закони являються законами попередника германських імператорів і мають субсидіарну силу. Германські імператори допомагали цій теоретичній реценції, сприяючи школі гlosatorів, подорожам німців до Італії, щоб вивчати римське та канонічне право, відкриттю німецьких університетів (середина XIV століття). Виховані на римському праві правники ставали суддями й допомагали практичній реценції — перейняттю німецьких судів римським правом. Отож практична реценція римського права сталася не за силою законодавчого акту, а за силою довгочасного прикладання, за силою звичаю, що утворився. Звичайно, повстання такого звичаю можливе було через те, що рециноване римське право являлося виявом тих самих стосунків товарового господарства, котрі розвивалися тоді в Германії.

Треба завважити, що хоча з погляду обґрунтування реценції, яке панувало тоді (наступство влади германських імператорів од римських), слід би визнати реценцію всенікого римського імператорського права *in complexu*, проте практика обмежилася реценцією *corpus juris civilis* тільки в тих його частинах, котрі прокоментували були італійські гlosatori: *quod non agnoscit glossa, non agnoscit curia*. Це ще виразніше підкреслює звичаєво-правний характер чинності рецинованого римського права, не вважаючи на його зовнішній вигляд писаних законів. Згодом зміст чинних рецинованих норм, так само під впливом звичаю, частково трохи відмінився і в такому вигляді дістав назву *usus modernus pandectarum*.

А втім рециноване римське право діяло в характері субсидіарного джерела права поруч з міським та земським правом. Це знайшло собі вислів у такому теж звичаєво-правному положенні: *Stadtrecht bricht Landrecht, Landrecht bricht Reichsrecht (kaiserliches Recht)*.

Що-до законодавчих норм розглядуваного періоду, то вони почали розвиватися з XVI століття в вигляді імператорських декретів, постанов райхстагу (*Reichsabschied, recessus imperii*), законів окремих держав, що входили до складу Германської Імперії (*Landrechte*), і законів окремих міст (*Stadtrechte, Statuten*). При цьому законодавство імперське торкалося окремих приватно-правних питань: напр., нотаріальне положення 1512 р., що запровадило форму духівниць, постанова райхстагу 1529 р. в питаннях сиадкоємства. Най-

головніше-ж, цивільно-праві стосунки регулювало законодавство поодиноких германських держав, — «Земське право», що зберегало національний характер, який особливо виразно виявився з XVIII століття.

Поруч із законодавством поодиноких германських держав, так званим партікулярним законодавством, поєстася й партікулярне звичаєве право: так, на ґрунті відомого нам «Саксонського Зерцала» утворюється й діє в північній Німеччині так зване саксонське загальне право (*gemeines Sachsenrecht*). Колізії норм звичаєвого рецинованого права (римського) та звичаєвого партікулярного права допомагали появі кодифікації окремих германських держав. Ції кодифікації здебільшого ставилися вороже до звичаєвого права: деякотрі (їх було небагато, напр. Вюртемберзьке *Landrecht* 1555 р.) визнавали звичаєве право за субсидіярне джерело права, заперечуючи derogatorну чинність його що-до писаного права країни й допускаючи таку чинність що-до так званого загального права, себ-то рецинованого римського та канонічного; а всі інші зумовлювали силу звичаєвого права наявністю безпосередньої на це вказівки в законі, вважаючи у всіх інших випадках за одиноче субсидіярне джерело рециноване римське право.

Пізніші кодифікації, надто періоду абсолютизму, звязаного з уявленням про виключне панування й усемогутність закону, поставилися ще негативніше до звичаєвого права. Так, *Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten*, видане р. 1794-го, оголошувало чинне перед ним загальне звичаєве право скасованим і наказувало протягом двох років зібрати місцеві звичаї в кодекси окремих провінцій з тим, що місцеві звичаї, котрі ввійшли до цих кодексів, не можуть ані змінювати приписів *Landrecht*'у, ані запроваджувати нові, не-відомі йому інститути. Окрім того, виключалася на майбутнє можливість утворювати нове, як загальне, так і місцеве звичаєве право, що запроваджує нові положення або касує давні<sup>1)</sup>.

Так само негативно ставилися до звичаєвого права кодекси австрійські: *Josephinisches Gesetzbuch* 1786 р., *Westgalizisches Bürgerliches Gesetzbuch* 1797 р. й *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* 1811 р.

Навпаки, баденське *Landrecht* 1809 р. та пізніше саксонське *Bürgerliches Gesetzbuch* 1865 р. дозволяли вживати звичаїв, як способу тлумачити законодавчу волю й волю сторін у договорі, але не дозволяли звичаям касувати або змінювати закони.

Так само й загальнонімецький Торговельний Кодекс 1869 р. наказав прикладти торговельні звичаї (*Handelsgebräuche*), як допомічне до власних своїх приписів джерело права, причому норми цивільного права повинні поступитися місцем торговельним звичаям. Інакше кажучи, за останніми визнано було допомічну роль що-до торгових законів і припускалася можливість розбіжності їхньої з законами цивільними.

<sup>1)</sup> Див., напр. Н. Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte. Bd. I (2. Aufl., 1906), §§ 34—57. O. Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts. Bd. I (2. Aufl. 1882), § 21.

Призначена од німецької союзної ради року 1874-го комісія для складання проекту Цивільного Кодексу теж виявила тенденцію обмежити чинність звичаєвого права. І проект Кодексу з докладними до цього «мотивами», що опублікувала вона р. 1888-го, приписав у § 2 чинність звичаєво-правних норм лише остатілки, оскільки в законі є покликування на звичаєве право. В «Мотивах» одзначено, що складачі проекту виходили тут з того, що, не заперечуючи ролі звичаю в походженні та первісному розвиткові приватного права, визнавали, що теперішня централізація та ускладнені соціальні стосунки позбавили звичаєве право його значіння в царині приватно-правній, що міркування доцільності, інтереси міцності обороту, необхідність закріпити здійснюване через кодифікацію об'єднання цивільного права німецьких держав, вимагають, щоб сила звичаю підпорядковувалася силі закону й чинність першого обмежувалася випадками, безпосередньо в законі передбаченими.

І при цьому зазначено було, що обмеження чинності звичаєвого права не поширюється на звичай обороту (*Geschäftsgebrauch*), розглядувані, як виявляється на волі сторін.

Багато хто заперечував проти пропозиції І проекту 1888 р. обмежити чинність звичаєвого права: зазначали, що не можна фактично перешкодити чинності звичаю, навіть коли він суперечить законові (*consuetudo contra legem, abrogatoria, desuetudo*); казали, що в кожнім разі треба визнавати за правосильний той звичай, котрий заповнє прогалини закону (*consuetudo praeter legem*), бо інакше доведеться зробити неправдоподібний висновок, не-наче-б отаких прогалин немає; інші зазначали, що заборона прикладати звичай як допомічне до закону джерело права, вимагатиме, щоб судова практика та наука права, заповняли ці прогалини, себ-то замінить об'єктивний, що по-за суддею лежить, критерій для розвязування справ, суб'єктивним поглядом суду; нарешті, казали, що коли скасовано буде звичаєве право, то це позбавить майбутнього законодавця цінної вказівки на тенденції розвитку громадських стосунків.

Друга комісія, що призначено її р. 1890 на те, щоб переглянути складаний проект Цивільного Кодексу, і що подала р. 1895-го перероблений проект, викинула вищепоказаний параграф, що забороняв прикладати звичаєве право (опріч випадків, безпосередньо передбачених у законі) і в тексті проекту кодексу мовчки обминула питання про звичаєве право. В опублікованих протоколах другої комісії ми знаходимо міркування про необхідність заборонити вживання тільки місцевих звичаїв, бо вони суперечать загальній меті кодифікації, та про потребу дозволити чинність загальних (загальноімперських) звичаїв у вигляді допомічного джерела права. При цьому вказувано, що подібний наказ повинен знайти собі місце у вступнім до Цивільного Кодексу законі<sup>1)</sup>.

<sup>1)</sup> Див. Motive zu dem Entwurfe eines B. G. B., VI. I (1888). Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes eines B. G. B. I. Lief. (1897). § 2.

Остаточна редакція Цивільного Кодексу, що її р. 1896-го прийняли законодавчі органи, не містить у собі жадних вказівок у справі звичаєвого права: так само немає їх і у вступнім законі. Кодекс містить у собі тільки вказівки на вживання звичаїв обороту (*Geschäftsgebrauch, Verkehrssitte*), як способу тлумачити договори: *Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern* (§ 157), як засобу визначати зміст зобов'язання: «*Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern*» (§ 242); єсть покликування на звичаї обороту й в окремих конкретних приписах Кодексу, напр. §§ 91, 97, 119 ч. 2, 151.

Прийнята р. 1897-го редакція нового Торговельного Кодексу і вступного закону теж немає в собі згадки про звичаєве право, і показує тільки на вживання звичаїв обороту, як на спосіб визначати значіння вчинків учасників торговельного обороту: «*Unter Kaufleute ist in Ansehung der Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen auf die im Handelsverkehre geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen*» (§ 346).

Німецька юридична література законодавців мовчання про звичаєве право розуміє, як визнання останнього за джерело права. Ствердження цьому знаходять у 2 арт. вступного закону до Німецького Цивільного Кодексу, який каже, що під терміном «закон» Кодекс розуміє всяку правну норму (звідси висновок: коли законодавець визнає, що побіч норм закону існують інші правні норми, він має на увазі, що закон не являється одноким джерелом права)<sup>1)</sup>. А втім у справі визнання сили звичаєвого права автори одностайні тільки що-до звичаїв загальноімперських, причому й тут дехто<sup>2)</sup> обмежується визнанням за звичаєвим правом тільки допомічної функції (*praeter legem*), а інші знов (більшість)<sup>3)</sup>, визнають і дерогаторне його значіння, виходачи з того, що дже-

<sup>1)</sup> Нор. Krückmann. Das Gewohnheitsrecht und das B. G. B. (Jherings Jahrb. Bd. 38, 1898, Стор. 191) — Achille. Das Bürgerliche Gesetzbuch (2 Aufl., 1899, Стор. 1). — E. Hölder. Kommentar zum allgemeinen Theil des Bürgerlichen Gesetzbuches. (1900). Стор. 58—59. — Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches Bd. I. (1903). Стор. 21. — Planck. Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. I (4 Auf. 1913). Стор. XXXVII—XXXIX. Cromé System des deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. I. (1900). Стор. 84—86. — Dernburg. Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens. Bd. I (3 Aufl., 1906). Стор. 80. — Staudinger's Kommentar zum B. G. B. Bd. I (9 Aufl., 1927). Стор. 13. Bd. VI. Стор. 10—13. Enneckerus, Kipp, Wolff. Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. I. Bd., 1. Abt. (22—24. Aufl. 1924) § 37. — Rehme. Das heutige deutsche Handelsrecht в Ehrenberg's Handbuch des gesamten Handelsrechts. Bd. I. (1913). Стор. 226—268. — Staub's Kommentar zum Handelsgesetzbuch Bd. I (12—13. Aufl. 1926). Стор. 8.

<sup>2)</sup> F. Endemann. Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. I. (5 Aufl., 1899). § 12, Стор. 52. — Staub. Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. I (6—7. Aufl. Allgem. Einleitung. Anm. 23, 24 инакше 12—13 Aufl.).

<sup>3)</sup> Див. авторів, цитованих у примітці 1.

рела права своєю силою рівні одне з одним, і дальша правна норма може скасувати чинність переднішої.

Питання про чинність так званого партікулярного звичаєвого права, тобто чинного в окремих частинах Німеччини, розвязав позитивно Р. Krückmann, що визнавав за ним як виновняльну, так і дерогаторну що-до загально-імперського законодавства силу<sup>1)</sup>.

Krückmann подає насамперед практичні міркування, доводячи, що треба дозволити чинність партікулярного звичаєвого права: він каже, що судді на місцях, натрапляючи на звичаєво-правну норму, ніколи не можуть визнати за браком відповідних даних, чи загальноімперська вона чи партікулярна.

Що-до міркуваннів теоретичних, то Krückmann каже, що по-перше, закон про надання чинності Цивільному Кодексові в арт. 3 залишає в силі чинне партікулярне законодавство в тих частинах, котрі не регулює Цивільний Кодекс, і дозволяє в дальнішому розвивати партікулярне още законодавство в тих самих межах; по друге, той самий вступний закон в арт. 2 пояснює, що під терміном «закон» розуміється кожна правна норма, отже й звичаєво-правна, і по-третє, імперська конституція в арт. 2 каже тільки про те, що імперські закони переважне мають значіння порівнюючи з законами поодиноких німецьких держав. Із перших двох тверджень Krückmann робить висновок, що сам законодавець визнав чинність партікулярного звичаєвого права в тих самих межах, що й партікулярне законодавство, себ-то в царинах, од імперського закону нерегульованих. Із третього положення він робить висновок, що конституція не забороняє такої партікулярного звичаю чинності, яка не порушує переважного значіння імперського права, себ-то являється виновняльною що-до останнього, а не дерогаторною.

Звідси Krückmann іде далі: він уважає, що поясніння арт. 2 закону про надання чинності Цивільному Кодексові відносно розуміння терміну «закон» не можна поширити на арт. 2 імперської конституції, і що, значить, остання забороняє тільки партікулярне законодавство, яке порушує перевагу імперського, жадним способом не партікулярне звичаєве право, і що через те партікулярне звичаєве право може мати й дерогаторну силу що-до імперського закону, зокрема Цивільному Кодексу. Такий висновок Krückmann підсилює міркуваннями про те, що звичаєвого права не можна утотожнювати що-до його значіння з законом, бо воно, по-перше, являється, так-би мовити, запасним крантом, через який проходять вказівки на хиби законодавства, вносяться корективи до останнього, а, по-друге, не являє собою, як партікулярне законодавство, загрози національній єдності країни, бо тепер воно може вносити тільки дрібні зміни, але ніяк не утворювати цілої відокремленої і правної системи.

<sup>1)</sup> Paul Krückmann, Das Gewohnheitsrecht und das B. G. B. в Jherings Jahrb., Bd. 38.

А втім таке припущення дерогаторної чинності партікулярного звичаю Krückmann без застережень і поширює тільки на диспозитивні норми імперського законодавства, вважаючи, що, коли законодавець дозволив усувати чинність оцих норм з волі двох учасників угоди, то тим більш вільно усувати чинність їх з волі більшої кількості людей. Що-до імперських примусових норм, то, оскільки їх утворено через виці міркування законодавця, Krückmann згоджується з принциповою неможливістю скасувати їх партікулярним звичаєм, але разом з тим каже, що на практиці таке скасування трапляється, як факт історичний, і відбувається під виглядом виновнення закону, утворення нового інституту правного. Через те Krückmann уважає за потрібне встановити межу припустимості діяння партікулярного звичаю що-до примусового імперського закону й убачає межу оци в змістові норми, що її запроваджує звичай: коли вона утворює новий правний інститут, який не виключає чинність регламентованого в примусовому імперському законі інституту, а існує рівнобіжно з ним — то треба визнати, що вона має силу, а коли ні, — її треба відкинути. Отож, Krückmann визнає за партікулярним звичаєвим правом такий ефект:

- 1) воно може виповняти, змінювати й касувати законодавство поодиноких німецьких держав,
- 2) воно може виповнити всі норми загальноімперського законодавства,
- 3) воно може змінювати й касувати диспозитивні норми імперського законодавства,
- 4) воно може змінювати примусові норми імперського законодавства, коли тільки цим не буде:
  - а) порушене позитивного принципу закону або б) обернуто на свою противірчість основну ідею правного інституту.

Проти зазначеного Krückmann'ового погляду рішуче повстав Сроме в статті, спеціально присвяченій партікулярному звичаєвому праву<sup>1)</sup>; тут він, розглядаючи питання й з практичного, і з теоретичного погляду, не визнає як виновняльної, так і змінювальної та касувальної сили партікулярного звичаєвого права що-до загальноімперського законодавства.

Cromе проти виновняльної функції партікулярного звичаю робить такі заперечення практичного характеру: 1. цивільний оборот тепер цілком не потрібє того, щоб, як каже Krückmann, звичай виповнював прогалини в праві, бо сучасний законодавчий апарат працює швидко; 2. кожне виповнення закону містить у собі елемент зміни чинного права, і тому не можна говорити про суто-виповняльні звичаї; 3. Німецький Цивільний Кодекс достатньою мірою дав змогу виповнити прогалини в законі тими своїми приписами, що дозволяють судові брати на увагу всі місцеві умови та конкретні потреби.

Проти визнання дерогаторної чинності (обох видів — змінювальної й касувальної) партікулярного звичаю що-до загальноімперського закону Cromе

<sup>1)</sup> Carl Cromе Partikulares Gewohnheitsrecht (в Jherings Jahrb., т. 39, 1898 р., стор. 322—389).

розвиває цілу низку міркуваннів практичного, політичного та юридичного характеру. Він одзначає передусім те, що в сучасному цивільному обороті значення закону й звичаю, як джерел права, аж геть-то не однакове: звичай взагалі не відповідає практичним потребам сучасного суспільства, бо, по-перше, звязане з ним безладне та безконтрольне правоутворення завсіди загрожує набрати антисоціального характеру, жертвуючи інтересами слабших клас на користь клас дужих, тимчасом як участь законодавця в правоутворенні за-безпечує безсторонність; по-друге, звичаєве право з своєю невизначеністю, не-відомістю й часто необхідністю доводити існування тієї чи іншої норми не погоджується з вимогами міцності обороту, і по-третє, допущення партікулярної звичаєво-правної творчості в царині, що її регулює імперське законодавство, загрожує зруйнувати з труднощами заведену єдність німецького права. Однаке, ці міркування про хиби звичаєвого права не перешкоджають Сгоме визнати дерогаторну силу загальноімперського звичаю: у тім бо, що ввесь народ застосовує дане положення й пройнявся відповідним правним переконанням, міститься гарантія правильності нової звичаєво-правної норми. Те саме стосується й до звичаю партікулярного, що дерогує партікулярний закон.

Під політичним поглядом Сгоме розуміє поставу питання про дерогаторну силу звичаю, як питання про співвідношення сил, про голий, не юридичний факт (Cosack, Schuppe). Він не заперечує, що вихідний пункт в утворенні звичаєвого права лежить у царині суто-фактичного, але вважає, що з цієї самостійності звичаю, як джерела права, жадним способом не випливає неможливість для держави й законодавця обмежувати й забороняти чинність звичаю. Навпаки, сучасний політичний лад, у відміну від старовини, вимагає, щоб держава не давала окремим невеликим гурткам осіб одриватися від усієї громади й творити свою правину та культуру історію. Так само, як сучасний закон, каже Сгоме, не вважаючи на формальну всемогутність держави, обмежений імманентними межами, певними наявними стосунками й необхідністю сприяти перемозі матеріальної ідеї справедливості в цих стосунках,— так і звичаєве право, не бувши безпосередньо звязане якою-небудь гнуздечкою, не являється проте всемогутнім і обмежується в своїй чинності всім тим, чого досягло й що створило суспільство в царині культури, правних звичаїв та громадських інститутів. Скасування досягненнів оцих не може бути надане діям і волі окремих від людності. Як приклад, Сгоме припускає, що жителі якої-небудь округи або міста, пройнявшись соціал-демократичними вченнями, сприйняли-б ідею вільного кохання й забажали-б на грунті цього переконання змінити теперішній правний порядок. У цьому випадкові держава не могла-б дозволити ані скасувати чинне родинне право, ані визнати значення нового юридичного інституту, поруч з інститутом шлюбу, за стосунками, що фактично встановилися.

Незалежно від цього, Сгоме вважає, що постава питання про дерогаторну чинність звичаю, як питання про право дужчого з двох джерел права (закон

і звичай), повинна привести до такого висновку: оскільки суто-фактичне положення, визначуване співвідношенням сил (Machtzustand), є їй правне положення (Rechtszustand), тоді тільки, коли воно несе в собі певну гарантію даного співвідношення,— треба визнати, що самий факт боротьби держави проти звичаю цілком усуває необхідну цю гарантію й цим звичаєві залишає значіння суто-фактичного положення, не даючи утворитися з нього правній нормі<sup>1)</sup>.

Торкаючись міркуваннів Krückmann'a про те, що диспозитивні норми імперського закону, у відміну од примусових, що їх подиктували мотиви вищого порядку, можуть підпадати дерогаторній чинності партікулярного звичаю, бо досить простого поєднання двох воль, щоб усунути їх чинність, Сгоме наводить отакі заперечення: з одного боку точно розмежувати норми диспозитивні од примусових відається на практиці важкою справою й спірною, а з другого боку, воля тих сторін, котрі умовляються, зовсім не одміняє сили існування диспозитивних норм закону: навпаки, їх видано на той випадок, коли сторони не висловлють своєї в даній справі волі. Отож покликання на це не може бути за аргумент на користь визнання дерогаторної чинності партікулярного звичаю що-до диспозитивних норм закону.

Нарешті, Сгоме, щоб підсилити свій погляд, наводить міркування й суто-догматично-правного характеру: він одзначає, що арт. 2 німецької конституції 1871 р. застерегає перевагу імперського законодавства над партікулярним, що арт. 32 вступного закону до Цивільного Кодексу наказує застосовувати положення, висловлені в Конституції, до царини приватно-правної, оскільки в Цивільному Кодексові не вказано протилежне, та що арт. 2 того самого вступного закону наказує розуміти під словом «закон» — кожну правну норму (закон і звичай). Із приписів оцих Сгоме робить висновок, що законодавець запровадив і в царині приватно-правній перевагу загальноімперських правних норм над партікулярними, та що останні, чи-то висловлено їх у законі чи в звичаї, не можуть касувати або змінити перших<sup>2)</sup>.

До Сгоме'вих висновків про партікулярне звичаєве право приєдналися мало не всі пізніші автори, і заперечення чинності його в тій царині, котру регулює імперське право, це тепер переважний погляд у Німеччині<sup>3)</sup>.

<sup>1)</sup> L, cit., стор. 341—354.

<sup>2)</sup> Сгоме, Icc. cit., стор. 373—386. Див. також його *System des Deutschen Bürgerlichen Rechts*. 1. Bd. (1900), § 17, стор. 85.

<sup>3)</sup> Пор., напр., Dernburg, *Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs u. Preussens* 1. Bd. (1906) § 28, II стор. 80. — Ennecerus, Kipp, Wolff, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*. 1. Bd. (1924<sup>22-24</sup>) § 37, стор. 85. Oertmann, *Volksrecht und Gesetzesrecht* (1898), стор. 20 й далі. Planck, *Bürgerliches Gesetzbuch*. Bd. I (1913). Стор. XXXIX. — Staudinger, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. Bd. VI. (7.—8. Aufl., 1914). Стор. 12, 157, 227. Staub's *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*. 1. Bd. (12—13. Aufl., 1926). Стор. 9. — Навіть Cosack, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, I. Bd., що в першім виданні (1898) тримався того самого погляду, як і Krückmann, згодом пристав до пануючого погляду (пор. 7 вид., 1922 р., § 7, стор. 16).

Обмінувши мовчки питання про чинність звичаєвого права, Німецький Цивільний Кодекс, навпаки, подає загальні приписи що-до вживання звичаїв обороту. Так, § 157 наказує керуватися цими звичаями, витолковуючи договори: «*Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern*», § 242 — визначаючи обов'язки довжника: «*Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern*».

Як ми вже знаємо, погляд на звичаї обороту, як на звичаєве право, що його висловив був Danz, одинула німецька доктрина, яка розуміє під *Verkehrssitte* суто-фактичне вживання тих чи інших положенні<sup>1)</sup>.

При цьому, в § 157 В Г В звичаї обороту розглядається, як допомічний спосіб, щоб витолковувати (в широкому розумінні, — зокрема — виповнити) вияв волі сторін, себ-то щоб встановити фактичний склад, тимчасом як у § 242 їх розглядається, як спосіб допомічний для встановлення правних наслідків<sup>2)</sup>. Через те дехто визнає, що в другому випадкові звичаї обороту, хоча й не є за джерело права, все-таки мають деяке об'єктивно-правне значення, через те, що покликуються на них закон<sup>3)</sup>. Покликування це в звязку з покликуваннями на порядність — *Treu und Glauben* — має на увазі подати об'єктивний критерій, що керуючись ним сами сторони й, на випадок суперечки меж ними, суд можуть і повинні визначити неврегульовані наперед взаємини<sup>4)</sup>.

## § 22. Франція.

Історія французького права до XVI століття являє собою період панування звичаю: в північній частині Франції діяли національні звичаєво-правні норми, що походили в чималій своїй частині од звичаїв германських племін, які захопили були давню Галлію, а в південній частині Франції, що задержала глибші сліди римського панування, діяли з XII століття римські правні норми, які зафіксовано в Юстиніяновім *Corpus juris civilis* і які являлися через те писаним правом (звісі — назва північної частини Франції — *pays de coutumes* і південної — *pays de droit écrit*).

З XVI століття, картина, що змальовує стан джерел права Франції, починає змінюватися: за наказом од королівської влади<sup>5)</sup> переводиться офіцій-

<sup>1)</sup> Див. вище, § 20.

<sup>2)</sup> Нор. K. Schneider. Abänderliches Recht und Verkehrssitte (в Jherings Jahrb., т. 59 1911 р., стор. 386.) — P. Oertmann. Rechtsordnung und Verkehrssitte (1914) § 36.

<sup>3)</sup> Staub's Kommentar zum H. G. B. I. Bd. (12—13. Aufl., 1926). Стор. 11.

<sup>4)</sup> Staudingers Kommentar zum B. G. B. I. Bd. (9. Aufl., 1927), § 157, Anm. 2. Стор. 642.

<sup>5)</sup> Ordonnance de Montil-les-Tours Кароля VII в 1453 р. А втім записи опі здійснено згодом — за Людовика XII та Франциска I. Перед цим існували приватні записи звичаєвого права.

ний запис звичаєво-правних норм, що являються ніби місцевими кодексами. (Найвідоміші з них *Coutume de Paris i Coutume d'Orléans*).

Відтоді стародавні звичаї набувають непорушності закону, місцеві їхні парткулярні риси вигладжуються, королівська влада своїми актами починає їх модифікувати. В наступному XVII столітті поруч із звичаєво-правними нормами діють так звані королівські ордонанси — *Ordonnance de procédure* (1667 р.), *Ordonnance de commerce* (1673 р.), *Ordonnance de la Marine* (1681 р.), що являли собою кодифікації процесуального права, торговельного й морського права. За Людовика XV законодавцем праця жвавішає. До цього часу належать звязані з планом загальної кодифікації канцлера *d'Aguesseau* великі ордонанси про подарування (1731 р.), про духівниці (1735 р.), за фідейкоміси (1747 р.) й ін., що й стали за істотну основу майбутнього цивільного кодексу<sup>1)</sup>. З цього-ж часу починає занепадати вага звичаєвого права, так що з кінця XVII-го й надто у XVIII столітті судова практика починає заперечувати за ним здатність усувати та касувати чинність законів і відмовляється вбачати в порушенні його касаційний привід<sup>2)</sup><sup>3)</sup>.

Велика французька революція 1789 р. скасувала всі королівські закони, що випливали з феодальної організації громади й суперечили новому її ладові, та разом з тим поставила питання про видання єдиного для всієї Франції кодексу цивільних законів, що поки не був замінити різні, різних місцевостей і провінцій чинні звичаї за декрети революційної влади.

*Cabmacérès*, що склав проекта цивільного кодексу, подав був його 9 серпня 1793 р. до конвенту, але той його одинув. Цей самий проект у зміненому вигляді подано за директорії — 24 преріяля IV року (за революційним літочисленням) до ради п'ятисот, але політичні події стали на заваді до його прийняття. Тільки урядові консулів нещастливо зрушитися з місця у справі утворення цивільного кодексу: призначена у VIII році (24 термідора) комісія з 4-х осіб виробила протягом чотирьох місяців новий проект кодексу; його по довгім на місцях обміркуванні — в касаційних та апеляційних судах — і в державній раді було ухвалено частинами, з низкою змін, і переведено в життя в характері окремих 36 законів. I, нарешті, закон 30 вентоза XII року (21 березня року 1804-го) об'єднав ці закони в єдиний, що має чинність і досі, кодекс.

<sup>1)</sup> Докладно див. P. Viollet, *Histoire de droit français* (2-édition, 1893). Стор. 135 — 200. A. Esmein, *Cours élémentaire d'histoire du droit français*. (15-édition, 1915). Стор. 677 — 740.

<sup>2)</sup> Merlin, *Reptertoire de la Jurisprudence*, v°. *Usages*, § II, №3. v°. *Légs*, VII n°2 цит. в E. H. Perreault, *Technique de la jurisprudence en droit privé*. T. I (1923), стор. 205.

<sup>3)</sup> У першій половині XVIII століття питання още здавалося, очевидчики, спірним, бо канцлер *d'Aguesseau* в своєму листі до першого голови Тулузького Парламенту (суду) дnia 29 жовтня 1736 р. висловлюється на користь визнання дерогаторної сили за звичаєм: «Toutes les lois sont sujettes à tomber en désuétude, et il est bien certain que, quand cela est arrivé on ne peut plus tirer un moyen de cassation d'une loi qui a été abrogée tacitement par un usage contraire». Пор. F. Génouy. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*. (2-me édition). T. I (1919). Стор. 397.

Соціальний характер революції 1789 р., тая власне обставина, що одним ударом, одним законодавчим актом 4 серпня 1789 р. було зруйновано старий громадський і політичний лад і покликано до влади нову класу, призвела громадську ідеологію до унівненості в безмежній силі закону. Ця обставина, в звязку з природною ворожістю революційного законодавця до передреволюційного права та звичаїв, дозволяє наперед казати, що ця віра у всемогутність закону протиставила сліпій силі звичаю свідому діяльність законодавця, що оберегає природні й невіднятні права людини-громадянина (учасника товарового обороту).

А втім, комісія VII року, що складалася, як ми бачили, з юристів-практиків, у вступній книзі (*Livre préliminaire*) свого проекту кодексу визнавала звичаєве право за джерело права позитивного, зберегаючи, зрештою, за ним дономічне що-до закону значіння<sup>1)</sup>. Місцеві суди, які обмірковували проект, здебільша не висловлювалися проти допущення звичаєвого права, хоча з боку деяких (паризького, ам'ського, руанського, почасти аяччійського), допущення оце викликало гострі запереченні<sup>2)</sup>. Як ухвалювали були кодекса, усунули з нього всеніку вступну книгу, і таким чином із кодекса випали артикули, що трактують про звичаєве право<sup>3)</sup>. Тільки закон 30 вентоза XII року про об'єднання докупи частин цивільного кодексу торкається цього питання:

„A compter du jour où ces lois sont exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les règlements cessent d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui sont objets des dites lois composant le présent code“ (Art. 7).

Дальший по часові *Code de procédure civil* 1806 року теж містить у собі схожий припис:

„Le présent code sera exécuté, à dater du 1-er janvier 1807; en conséquence, tous procès, qui seront intentés depuis cette époque, seront instruits conformément à ses dispositions. Toutes lois, coutumes, usages et règlements, relatifs à la procédure civile, seront abrogés“. (Art. 1041).

<sup>1)</sup> Нор. Fenet, *Recueil des travaux préparatoires du Code civil*. T. II. Стор. 4—6. *Projet de l'an VIII. Livre préliminaire*, titre I, art. 4—5; titre V, art. 11.—Geny. L. c. I, стор. 331. З рештою, як каже один із авторів *Code Civil Portalis* при складанні проекту кодексу малася на увазі й дерогаторна роль звичаю: «Elle (désuétude) n'a point échappé aux rédacteurs. On leurs reproche de ne l'avoir pas définie: le devaient ils? Quand on sait ce que c'est coutume, on sait suffisamment ce que c'est que désuétude, puisque désuétude n'est que l'abrogation d'une loi par le non-usage ou par la coutume contraire à cette loi. En parlant de la désuétude, les rédacteurs l'ont présentée comme l'ouvrage d'une puissance invisible qui sans commotion et sans secousse, nous fait justice des mauvaises lois et semble protéger le peuple contre les surprises faites au législateur et le législateur contre lui même». Ibidem T. I. Стор. 479.

<sup>2)</sup> Fenet, Ibidem. T. III, стор. 125, 118; T. V, стор. 92, 459—460

<sup>3)</sup> Як завважує Portalis, усунення оцих артикулів сталося не через негативне ставлення до звичаєвого права, а з міркуванні філософських, що вимагали взагалі усунення вступної книги. Нор. Fenet, Ibidem. T. VI, стор. 42—43. *Exposé des motifs de Portalis au Corps législatif. Geny. L. c. I*, стор. 332.

І тільки закон 16 вересня 1807 року про надання чинності *Code de commerce* обмежується скасуванням давніх законів, не згадуючи про звичай (art. 2).

Проте, деякі артикули Цивільного Кодексу містять прямі приписи зверта-тися до звичаїв (*usages*):

Art. 1135: „Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature“.

Art. 1159: „Ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé“.

Art. 1160: „On doit suppléer dans les contrats les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles ne soient point exprimées“.

Як ми бачимо, цитовані артикули наказують удаватися до звичаїв оборо-ту, щоб витолкувати волю сторін і зміст зобов'язаннів із договорів.

Аналогічні-ж покликання до звичаїв містяться в артикулах, що трактують за сервітути та сусідське право (art. 645, 663, 671, 674 С. civ.), про договір наймів (art. 1736, 1748, 1753, 1780), про товариства (art. 1873), то-що, а так само в законах про сільську власність з 9 липня 1889 р., 22 червня 1890 р. (art. 2, 4, 8, 15) і 21 червня 1898 р. (art. 75).

Нарешті, в царині торговельного права спеціальний закон з 13 червня 1886 р., наказує оскільки супротивне не встановлено за згодою сторін, прикладати в торговельних угодах купівлі-продажу звичаї, що торкаються умов, та-ри, то-що, і яких кодифіковано в цьому законі.

З цитованих місць закону можна цілком безперечно зробити лиш такі висновки: 1) звичаєво-правні норми, що повстали перед революцією й трактують про стосунки, які регулює Цивільний Кодекс, позбавлені правної чинності, і 2) звичаї обороту мають обов'язковий характер завдяки приписові за-кону й у межах оцього припису.

Не знаходять прямого розвязку в законі отакі питання: 1) чи визнаються як формальне джерело права цивільно-правні звичаї, що повстали в пореволю-ційний час, а так само ті, що повстали перед революцією, але торкаються стосунків, неврегульованих у Цивільному Кодексі; 2) чи визнаються звичаї (пореволюційні й передреволюційні) за джерело торговельного права і 3) чи можна скасувати силу закону довгочасним його незастосуванням, одвиканням (*desuetudo*).

Величезна більшість французьких авторів вирішила негативно перше й третє з поставлених питаннів: виходячи з поширеного в XIX столітті у Франції уявлення про всемогутність законодавця, вони ототожнювали право з довільним актом волі законодавця, який не лише місця для інших джерел права, і вважали через те за єдину можливий спосіб виповнення прогалин за-кону витолкування законодавцевої волі (екзегетична школа) <sup>1)</sup>.

<sup>1)</sup> Докладну характеристику цієї школи та її представників див. Jules Bonnecase, L'Ecole de l'Exégèse en droit civil (2 éd. 1924).

Шідо впливом оцього уявлення більшість авторів, взагалі, відмовляється визнавати звичаєве право й мотивує цю відмову тим, що за силою чинної французької конституції законодавча влада належить не всьому суспільству, а тільки його надежно обраним представникам, котрі зобов'язані законодавствувати в певному порядкові й не мають права передавати кому-небудь своїх уповноваженнів; через те вони вважають за абсолютно неприпустиме, щоб загальна воля, в масовому й безладному своєму вияві, могла утворити правну норму.

У такому розумінні висловилися Aubry et Rau, Demolombe, Laurent, Crome, Zachariä v. Lingenthal, Huc, A. Esmein, E. Thaller, G. Baudry-Lacantinerie, Colin et Capitant, Lacour et Bouteron<sup>1)</sup>.

Вийняток із цього вони припускають тільки що-до звичаїв, безпосередньо санкціонованих (*consacrés*) у законі, причому різниці поміж юридичними звичаями (*coutumes*) та звичаями обороту (*usages*) більшість названих авторів не переводить, уважаючи останні за видозміну перших<sup>2)</sup>. Що-до торговельного права вони тримаються іншого погляду, визнаючи тут важу звичаїв, незалежно єд санкціонування їх у законі, але не обґрунтуючи такого відступу.

Дехто з авторів, що заперечують принципове за звичаями значіння джерела цивільного права, припускають іншу суперечність, визнаючи, що *Code*

<sup>1)</sup> Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*. Tome 1. (5-me éd., 1897) §§ 23 i 29, стор. 75—76 та 96—97.— Demolombe, *Cours de Code Napoléon*. T I. № 32—35, 130.— F. Laurent, *Principes de droit civil français*. T. I (1869) Nos 280—281, стор. 357—360. Так само його *Commentaire* t. I (1882). № 5, стор. 171—173.— С. Crome, *Allgemeiner Theil der modernen französischen Privatrechtswissenschaft* (1892). Стор. 36—37.— K. Zachariä v. Lingenthal, *Handbuch des Französischen Civilrechts*. I. Band (7. Aufl., 1886). § 23, стор. 9—61. Th. Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*. T. I (1892) Nos. 49—51, стор. 58—60. A. Esmein, *La coutume doit-elle être reconnue comme source du droit civil français?* у «*Bulletin de la société d'études législatives*», 1905, t. IV, стор. 533 й дал. E. Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial* (7 éd. revue et mise au jour par J. Percerou 1925) № 49. Стор. 44—46. G. Baudry - Lacantinerie, *Précis de droit civil*. T. I. (11 éd. 1912) № 30, стор. 23—24.— A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*. T. I (4 éd., 1923). Стор. 27 й дал.— L. Lacour et J. Bouteron, *Précis de droit commercial*. T. I (3 éd., 1925) § 3, стор. 14 й дал.

А втім деякі з перелічених авторів — Colin et Capitant, Lacour et Bouteron і, надто Thaller, заперечуючи принципово важу звичасового права у Франції, примушені визнати фактичну його чинність. Див. далі.

<sup>2)</sup> Нор. напр. A. Colin et H. Capitant. L. cit., t. I (1923), стор. 27: ...*usages*, c'est à dire une certaine variété de la coutume". З погляду практичних наслідків, може бути, названі автори мають рацію; бо звичаї, що за ними не визнається правної чинності, не що інше як прості власні звичаї обороту. Але з погляду логічної будови поняттів автори допускають помилку, бо поняття «*coutume*» («юридичний звичай») містить у собі, як ми бачили (див. угорі, розд. III, § 20), інші ознаки порівнюючи з поняттям «*usage*» («звичай обороту»). Служно підкреслює потребу розрізняти оці поняття: E. Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial* (7 éd. révue par J. Percerou, 1925) № 49, стор. 45 й дал. L. Lacour et J. Bouteron, *Précis de droit commercial* T. I (3 éd., 1925). Nos. 17—19, стор. 14—16.

civil не може охопити в своїх 2281 артикулах усе чинне цивільне право, яке існує й по-за Кодексом у вигляді цілого фонду звичаєво-правних норм (Colin et Capitant<sup>1)</sup>).

Що до питання про юридичну природу звичаїв, то автори, що заперечують у принципі чинність звичаєвого права, розвязують його неоднаково. Отже, одні — Aubry et Rau, Zachariä, Colin et Capitant, — утотожнюючи звичаєве право з правом неписаним (*droit non écrit*), вважають, що звичаї (*coutumes et usages*) являються виявом норм, власне — норм правних, оскільки, як війняток (у показаних вище випадках), за звичаями визнається правну силу. При цім указується, що звичай визнається наявним тільки за умови, що практику, яка його запровадила, загальна думка вважає (*d'après l'opinion commune*) за наслідок юридичної необхідності (*une nécessité juridique*) — *opinio juris vel necessitatis*, що факти, які стверджують повстання звичаю, численні й однomanітні, відбуваються протягом певного періоду отверто й не зустрічають явного або мовчазного од законодавця осуду. А втім встановлення, чи існує звичай, належить до царини доказування фактів, тим-то воно підлягає розсудові суду, а відмова останнього визнати звичай не підлягає перевірці касаційним порядком<sup>2)</sup>. Питання про derogatorну силу звичаю розвязується тут негативно через тій умови, які поставлено звичаєві: наявність того чи іншого закону розглядається, як заздалегідь висловлений од законодавця осуд розбіжного з цим законом звичаю. Так само негативно розвязується питання про можливість скасувати закон, не прикладаючи його — *désuétude*: тут відограє роль те саме міркування конституційного порядку, яке викликало принципові заперечення проти допущення звичаю, як джерела права, — недопустимість за поділу влади одмінити законодавцеву волю інакше, як порядком законодавчим<sup>3)</sup>.

Інші — Lyon-Caen et Renault — допускають у своєму уявленні про юридичну природу звичаїв (кажучи тільки про торговельні звичаї — *usages commerciaux*) деяку суперечність: з одного боку вони вказують, що звичаї встановлюють правну норму (*impliquent une règle de droit*) й суть за джерело позитивного права<sup>4)</sup>, а з другого визнають, що обов'язкову силу звичаю засновано на презумованій мовчазній волі сторін<sup>5)</sup>, і нарешті, з третього, завважують, що в остаточному підсумку вага звичаїв залежить од явно виявленої чи мов-

<sup>1)</sup> A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*. T. I<sup>4</sup> (1923). Стор. 28. Так само L. Lacouret J. Bouteron, L. cit., № 18, стор. 15. Thaller, L. cit., № 49, стор. 45.

<sup>2)</sup> Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*. T. I<sup>5</sup>, § 23, стор. 75 й дал. Zachariä v. Lingenthal, *Handbuch des Französischen Civilrechts*. Bd. I<sup>7</sup>. § 23, стор. 59 й дал. A. Colin et H. Capitant. L. cit. T. I<sup>4</sup>. Стор. 11, 28. Інчасті також G. Baudry - La cantinerie, *Précis du droit civil*. T. I<sup>1</sup>, Nos 8, 30, стор. 7—8, 23—24.

<sup>3)</sup> Aubry et Rau. L. cit. § 29, стор. 96 й дал.

<sup>4)</sup> Ch. Lyon-Caen et L. Renault, *Traité de droit commercial*. T. I (4 éd., 1906) № 77, стор. 85. Так само їхній *Manuel de droit commercial* (14 éd., 1924) № 13, стор. 15.

<sup>5)</sup> *Traité*. T. I, № 82, стор. 90. — *Manuel*. No. 13, стор. 14 in fine, стор. 15.

чазної волі законодавця<sup>1)</sup>). З оцих, одно з одним не погоджених, завваженнів, друге, що визначає звичай, як зміст волі сторін, висловлює основний погляд Lyon-Caen et Renault, який переводять вони крізь увесь виклад розділу про звичай.

Виходячи з цього твердження й беручи на увагу межі договірної свободи, зазначені автори вважають, що кожен звичай, існування якого визнав суд, належить прикладати, коли немає вказівок на протилежну волю сторін і коли зміст звичаю не суперечить громадському ладові (*à l'ordre public*), добрим нормам або категоричній забороні чи наказові закону. Вважаючи на це, суд може застосовувати звичай тільки тоді, коли на його покликання одна з сторін і коли подасть вона довід на те, що він існує. Виходячи з цих самих міркувань про юридичну природу звичаїв, автори вважають, що звичай можуть усунути чинність диспозитивної норми закону, і що в торговельних стосунках звичай торговельні треба застосовувати виповнально до торговельного кодексу, але переважно перед кодексом цивільним. Але звичай, як вияв волі сторін, не можуть скасувати діяння імперативної норми закону<sup>2)</sup>.

Інакше розглядає звичай E. Thaller, а слідом за ним L. Lacour et J. Bouteron. Thaller сувро розмежовує поняття *coutume* та *usage*: перше він визначає, як імперативну норму права й громадського ладу, що виповняє писаний закон чи стоїть навпроти його, а друге — як мовчазне застереження, що саме мається на думці в угоді, якою сторони регулюють свої обопільні стосунки згідно з запровадженою практикою. Що-до першого поняття звичаєвого права Thaller рішуче висловлюється в розумінні негативному, вважаючи, що визнання його за джерело права суперечить конституційній організації сучасної Франції й буде замахом на чинне писане право. А втім, — мусить він застерегти, — під впливом юристів і судів до складу чинного права входять положення, в законі не встановлені, які виповнюють прогалини останнього, ба навіть касують його приписи. Коли-б хто заперечував існування такої правотворчості, то він, як гадає Thaller, заперечував-би був очевидце. Така правотворчість засновується на владі суду ставити себе замість парламента й санкціонувати, — щоб полегшити розвиток права, — потрібне правило, але не інакше, як під виглядом тлумачення закону: суд може утворювати нові норми тільки дорогою схоластичних міркувань, що зовні засновуються на текстові закону, але приводять до суперечніх з ним висновків.

Запроваджувати ж нову норму іншим шляхом — прямо порушуючи закон — не відповідає судовій місії. Звичаєво-правна норма в цих межах повстає заджено од того, що дане положення одноманітно відтворюється в кількох судових вироках протягом певного часу<sup>3)</sup>.

<sup>1)</sup> *Traité*, № 85, стор. 93.

<sup>2)</sup> Ch. Lyon Caen et L. Renault. L. cit. T. I<sup>4</sup>. Nos. 77—85, стор. 85—93.

<sup>3)</sup> Зробивши ще в першому виданні свого курсу (1898) такий відступ од принципової відмови визнати звичаєве право за чинне в Франції, Thaller у дальших виданнях застерегає од перебільшування ваги цього відступу.

Що-до звичаїв обороту (*usages*), які Thaller розглядає, як зміст презумованої волі сторін, він робить відносно них ті самі висновки, що й Lyon-Caen та Renault<sup>1)</sup>.

Перший із авторів, що висловилися на користь визнання звичаєвого права за джерело позитивного права, був Ch. Beudant. Виходячи з того, що закон і звичаєве право це тільки різні вияви однієї сути, він уважає за цілком природне визнати за звичаєм, коли він укоренився і має загальний характер, таку саму обов'язкову силу, як і за законом. Переївши цю думку по слідовно, Beudant визнає за звичаєм і дерогаторну силу що-до закону<sup>2)</sup>.

Цей погляд знайшов палкого захисника в особі F. Gény, що присвятив частину своєї ґрунтовної праці про методи тлумачення та джерела права обґрунтуванню обов'язкової сили звичаєвого права. Розглядаючи вчення про звичаєве право й зупиняючись на поглядах Gény (§§ 6 і 19), ми бачили, що він засновує чинність звичаєвого права на так званій «природі речей» (*nature des choses*), що виявляється в низці «соціологічних фактів», приступних для емпіричного спостереження, а саме: в ролі, що її відогравав і відограє звичай в утворенні позитивного приватного права; в потребі міцності обороту, яка вимагає, щоб правила, які запроваджені довгочасним прикладанням та які мають за свій зміст охорону індивідуальних прав, додержували всі; у властивому людині почутті пошани до звичаю предків; в гарантуванні рівноваги поміж індивідуальними інтересами, що їх зачінає звичай<sup>3)</sup>. Гостро відрізняючи юридичні звичаї (*coutumes*), що правлять за джерело права, та звичаї умовні (*usages conventionaux*), які засновують свою чинність на припустанні волі сторін, Gény вважає за конститутивні ознаки перших довгочасне фактичне вживання їх у відповідному колі, наявність серед членів оцього кола свідомості, що ці звичаї суть правного характеру — *opinio juris*, — та брак іrrаціональності й антисоціальності у звичаєві<sup>4)</sup>.

Виходячи з отаких поглядів на звичаєве право та на підставі його чинності й відмовляючись од учнення про законодавцеву всемогутність, Gény проголосує формальну межу законом та звичаєвим правом рівність, як джерелами позитивного права, і рішуче відкидає ті заперечення проти звичаєвого права, які більшина авторів виводить із конституційного ладу Франції. Він уважає, що виповняльна (відносно прогалин чинного права) або інтерпретативна роля звичаєвого права виявляється в такому реальному явищі, викликаному через саме життя, що жадна законодавцева заборона не може її усунути.

<sup>1)</sup> E. Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial* (7 éd. revue par J. Perceron 1925). Nos. 49—51, стор. 44—48. Пор. L. Lacour et J. Bouteron, *Précis de droit commercial*. T. I (3 éd., 1925). Nos. 18—20, стор. 15—17.

<sup>2)</sup> Ch. Beudant, *Cours de droit civil français. Introduction* (1896) Nos. 54—56. Стор. 61—65.

<sup>3)</sup> F. Gény, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif* (2 éd., 1919). T. I. Nos. 109—116, падто стор. 345—350.

<sup>4)</sup> Ibidem. Nos. 119—121, стор. 355—374.

А що-до derogatorної проти закону сили звичаю й можливості скасувати закон «*одзвичаюванням*», не прикладаючи його (*desuetudo, non-use*), то Génu вагається дати позитивну відповідь на це питання: правда, така позитивна відповідь є ніби логічний висновок із викладеної його концепції, але, з другого боку, — завважує він, чи не буде така відповідь небезпечна й для найвищої влади, запікавленої в тому, щоб додержано було законів, які вона видає, чи не буде вона небезпечна й для суспільства, підпорядковуючи свідому й організований силу закона несвідомій і неорганізований сплі звичаю? Із цього вагання Génu виходить так: він, по-перше, визнає derogatorну силу звичаю що-до диспозитивних норм закону (які може скасувати воля контрагентів), і по-друге, заперечує її що-до тих норм закону, які являються виявом основних принципів організації сучасного суспільства (порушення яких позбавляє звичай одної з істотних умов діяння звичаєвого права — браку в ньому анти-соціальних моментів). Отож, питання про derogatorну силу звичаю існує далі тільки відносно тих імперативних норм закону, які не виявляють показаних основних принципів, а мають суто регламентаційний характер. Питання це, як гадає Génu, годилося-б розвязати негативно, коли-б на це була пряма вказівка в законодавстві, бо за законодавцем треба визнати можливість домагатися щоб закон додержувано. А втім те, що французьке законодавство, як ми бачили, містить у собі тільки заборону застосовувати передреволюційні звичаї, лишає питання нерозвязаним. Розвязок його, як гадає Génu, есть справа не так чистої логіки, як висновків із політичних та соціологічних умов, серед яких повстав конфлікт межі звичаєвого права та законом. Правда, і міркування соціологічного характеру доводять необхідність визнати derogatorну силу звичаю: бо як обстоювати силу писаного закону, що його знищив звичай, як виправдати штуче воскрешення померлої норми? А втім, наведені вгорі міркування про небезпеку для державної влади й для громадянства од того, що буде визнано derogatorну силу, переважають, і Génu розвязує питання негативно, рекомендуючи судам, коли буде потреба, відмовитися, через міркування соціологічного та політичного характеру, застосовувати давно недодержувану норму, зробити це шляхом її тлумачення: а саме, покликуючись на недостачу фактичного, що вона вимагає, складу, відкинути її, як для даного випадку непридатну, і за браком іншої норми вдається до звичаєвого права, як допоміжного джерела права. Цей вихід видається авторові за доцільніший із погляду практичного, бо встановити факт довгочасного невживання закону буває дуже важко<sup>1)</sup>.

Французька судова та адміністративна практика ставиться до звичаєвого права ліберальніше за доктрину: вона не тільки широко припускає вживати звичаї при тлумаченні законів або угод, але визнає за пиз-

<sup>1)</sup> F. Génu, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*. T. 1<sup>2</sup>. Nos. 124—129, стор. 387—417.

кою звичаїв значення джерела права з виповняльною й часто derogаторною чинністю<sup>1)</sup>.

### § 23. Великобританія.

Англію вважають за країну, де й досі звичаєве право відограє величезну роль.

За раннього середньовіччя, як у V столітті давню римську Британію, захопили були й заселили сакси та англи, що утворили з неї 8 держав, право її мало той самий характер, що й право континентальної тогочасної Європи: це було звичаєве право, що походило од спільногого всім германським племенам коріння.

Правда, тій пам'ятки, які дійшли до нас, свідчать про те, що, починаючи вже з кінця VII століття, з'являються й писані норми в вигляді декретів англо-саксонських князів (приміром, кентського — Етельберта), але є підстава заперечувати правильність оцих вказівок і вважати за авторів оцих пам'яток права приватних осіб, що позаписували були звичаєво-правні норми<sup>2)</sup>. Будь-що-будь, імовірно, що законодавча діяльність виявляється з початку IX століття, коли вессекський князь Егберт об'єднав саксонські та англійські князівства в єдине королівство — Англію. Ця діяльність була, проте, не така велика, щоб вплинути на панування звичаєвого права. Відомі нам збірники писаних норм — law-books, які належать до царювання Едуарда Сновідника (середина XI століття) і звуться *Leges, Laga Edwardi*, являють собою записи звичаєво-правних норм, розпочаті на те, щоб протиставити їх виливові права норманів, що просунулися в Англію. Вільгельм Завойовник декларував збереження сили англійського права, що мало чинність за Едуарда, з тими додатками, які він, Вільгельм, поробив (Додатки ці були не дуже численні й торкалися переважно карного права, судочинства та управління<sup>3)</sup>). Право норманських завойовників, totожне з правом франкським і виявлюване у формі звичаєвого, одрізнялося од англо-саксонського особливо феодальним устроем держави та судовими установами. Це франко-норманське право мало спочатку чинність тільки щодо норманів і вже згодом зіллялося з англо-саксонським. Будь-що-будь, до нас дійшли писані збірники звичаєвого права англо-саксонського походження латинською мовою — *Quadrupartitus* та *Leges Henrici primi*, що належать до початку XII століття.

Дальший англійського права розвиток на основі сполучення англо-саксонських і норманських елементів звязаний із запровадженням у тому самому XII столітті суду присяжних, де брали участь судді-професіонали, щоб розвя-

<sup>1)</sup> Цю практику наводить та зазначає визнані од неї звичаї Е. Н. Регреа, *Technique de la jurisprudence en droit privé*. Т. I (1923), стор. 206—259.

<sup>2)</sup> Prof. Sir Frederick Pollock and Frederic W. Maitland, *The History of English Law before the time of Edward I*. V. I. I (1895). Стор. 3.

<sup>3)</sup> Ibidem, стор. 66—67.

зувати виключно правні питання (matter of law), та засідателі од людності, щоб розвязувати питання факту (matter of fact), а так само з повстанням законодавчого органу.

Як року 1215-го Іван Безземельний видав був Велику Хартію Вільностей, участь окремих станів у законодавстві та управлінні збільшилася: наприкінці XIII століття поряд з королем існував парламент, що складавсь з верхньої палати — magnum concilium, себ-то зібрания найвищого духовництва та баронів, і палати нижньої або палати громад — house of commons, себ-то зібрания представників лицарів та горожан.

Спочатку законодавчу функцію виконувала верхня палата, але з Річарда II — і нижня. Постанови парламенту, що їх затверджував король, — т. зв. парламентські акти або статути — acts of Parliament, statutes — і являли собою закони. За королем лишається право видавати укази — ordinances, proclamations, але й це право згодом підпадає обмеженням, і король поділяє його з окремою державною радою — continual council, згодом privy council.

Розвиток правознавства, викликаний утворенням окремого правничого стану, припав на добу рецензії римського в континентальній Європі права та збігся з розвитком права канонічного. Проте, сталість англійських звичаїв не дала пройти до Англії рецензії римського права й обмежила вплив канонічного. Всеєнький дальший розвиток англійського звичаєвого права одбувається за діяльної участі суддів: мандрівні королівські судді — the king's itinerant justices — їздили по країні й брали участь у розвязуванні сирів, вибираючи з них, що існували по різних частинах Англії, різноманітних звичаєво-правних у даному питанні норм, — найсправедливішу й прикладаючи її як загально-англійську по всіх графствах краю. Отож із низки звичаєво-правних систем виробилося єдине, загальне звичаєве право, що дістало назву common law (ius commune, lex communis, communis dret, commune lei). Вироки судів, що їх видавано було усно, згодом записували, і записи ції звалися «reports». Окрім того, складали офіційні списки оцих вироків, що містили короткі тези й звалися «records». Власне ці reports і records були висловом т. зв. звичаїв королівського суду — consuetudo curiae regis, the custom of king's court, обов'язкових для всієї Англії в характері common law. Поруч з останнім існували місцеві, партікулярні звичаї — local customs, силу яких королівські судді принципово не відкидали, але дальншому розвиткові яких вони стали на заваді. Правда, місцеві суди графства — county courts, що перебували під головенством шерифів, прикладали місцеві звичаї, але вплив практики королівських суддів витиснув їх і звідси (вийняток становить Кент, де вони задержали свою чинність).

Згодом виробилося положення, за силою якого правна норма, висловлена в судовому вирокові, обов'язкова для суду нижчої або рівної інстанції. Це так звана теорія прецеденту, що утворила систему казуального права — case law.

Поруч з королівськими судами, згідно з старим звичаєм, судову функцію міг здійснювати й сам король. Що більш розвивалося common law, то все частіше почали вдаватися до короля, який розвязував справи з погляду загальних начал справедливості (equity), а за Едуарда III в XIV столітті було запроваджено спеціальний суд канцлера (Court of Chancery), як довіреного королівського секретаря, що був звичайно особою духовною, але не юристом, і, значить, не знав common law, а керувався тією самою справедливістю. Практика канцлерського суду теж утворила за допомогою прецедентів низку звичаєво-правних норм, у вигляді case law, під назвою equity law. Колізії, що повставали між нормами останнього та нормами common law, розвязувала була королівська влада в XVII столітті на користь канцлерського суду, звичаї якого було визнано за дерогаторні проти common law. І нарешті, законом 1873 року Judicature Act—доповненим в дальші роки й виданим у новій редакції р. 1925-го — давні королівські суди (королівської лави — of Kings Bench, громадський — Common Pleas, скарбниці — Exchequer, то-що) було злито разом з канцлерським в єдиний Найвищий Суд — High Court of Justice — з відповідними відділами, причому було вказано, що надалі всім судам належить керуватися й common law, і разом з тим принципами equity; та що на випадок колізій між ними слід давати перевагу останнім. Поняття Common law (у показанім значенні) і equity law зливаються в родове поняття common law, уточнене з unwritten law (правом неписаним) і протиставлюване statute law.

Чимала частина англійського права, надто приватного, являє собою common law. Законодавчим шляхом урегульовано тільки такі інститути: право власності (Property Act 1925 р., почасти Trustee Act 1925 р.), хиби волі Statute of Frauds 1677 р.), купівля-продаж (Sale of Goods Act 1893 р.), вексель та чек (Bills of Exchange Act 1882 р.), морське страхування (Marine Insurance Act 1906 р.), торговельні товариства (Companies Acts 1908—1917 р.р., Partnership Act 1890 р. й Limited Partnership Act 1907 р.), договір перевозів залізничних та морських (Railway and Canal Traffic Act 1854 р. й Railway Act 1921 р. Carriers Act 1830 р., Bills of Lading Act 1855 р. та Carriage of Goods by Sea Act 1924 р.), морське право (Merchant Shipping Acts 1894—1926 рр.), виключні права (Patents and Designs Acts 1907—1919 р.р., Copyrights Act 1911 р., Trademarks Act 1919 р.), конкурсове переведення (Bankruptcy Act 1914 р.), трудовий договір (Employers and Workmen Act, 1875 р., Factories and Workshops Act 1901 р., Employers Liability Act 1880 р. Workmens Compensation Act 1925 р.), соціальне страхування (Unemployment Insurance Acts 1920—1925 р.р., National Health Insurance Act 1924 р.), робітничі спілки (Trade Unions Acts 1873—1913 р.р. Trade Disputes Act 1906 р.), стосунки поміж подружжям (Marriage Acts 1823—1898 р.р., Matrimonial Causes Acts 1857—1923 р.р. Married Womens Property Acts 1882—1893 рр.), становище дітей (Guardianship of Infants Act 1925 р.)

Adoption Act 1926 р. й Legitimacy Act 1926 р.)<sup>1)</sup>. Як ми бачимо з цього переліку, сфера законодавчого регламентування де-далі все більш та більш ширшає, звужуючи сферу чинності common law.

У період між XIII та XVII століттями common law виявляло не так судову практику, як звичай народу, що їх ця практика відбивала, і навіть у XVIII столітті правник Blackstone, який відіграв велику в розвиткові англійського правознавства роля, вказував, що common law або *lex non scripta* складається з трьох частин: а) загально-англійських звичаїв — general customs або common law у власнім розумінні, б) партікулярних звичаїв — particular customs, додержуваних по окремих частинах королівства, і в) звичаїв, установлених виключно судовою практикою. Для другої категорії — партікулярних звичаїв — Blackstone укаzuє такі умови їхньої обов'язкової чинності: 1) незапам'ятна давніна (умова ця спочатку припускала довгочасність існування звичаю, що переважала пам'ять живих людей; у XIII столітті судова практика уставила буда буцім досить довести, що звичай існував близько початку царювання Ричарда I, себ-то близько р. 1189; це правило було встановлено спершу, щоб набувати право власності за давністю); 2) непереривність додержання звичаю; 3) відсутність запереченнів проти нього, що свідчить за наявність загальної згоди людності; 4) розумність звичаю; 5) його виразність; 6) обов'язковий його характер (*opinio necessitatis*); 7) погодженість його з іншими чинними звичаями. Умови ці, запозичені з учнів канонічного права, не поширювалися на звичаї загально-англійські: мабуть, їх було заведено з спеціальною метою обмежити вживання партікулярних звичаїв і тим допомагати встановленню правної одности краю. Тим-то, кажучи про загальне звичаєве право, Blackstone обмежується короткою вказівкою, що потрібна мовчазна згода народу.

Але, в цім разі повстає питання, як розпізнати звичаї, що ввіходять до common law. На це Blackstone відповідає, що за одинокі доводи існування звичаєво-правних норм пралять судові вироки. Судді — «охоронці звичаїв, живі оракули, що у всіх сумнівних випадках повинні видавать свої вироки згідно з правом краю»<sup>2)</sup>. Інакше кажучи, автор визнає звичаєве право, — не тільки в вигляді case law, але й у вигляді права народного, — тільки за довід, доки не дістане воно судової санкції. Цей погляд, що його прийняв коментатор англійського права Stephen та інші правники, викликав заперечення з боку Sumner - Maine: «Вважається за абсолютно доведене, — каже він, характеризуючи цей погляд, — що десь існують

<sup>1)</sup> Prof. H. C. Guttridge в Rechtsvergleichendes Handwörterbuch f. d. Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes. Hrsg. v. F. Schlegelberger. 1. Bd. 1. Hälfte (1927), v. Grossbritannien, стор. 84—85.

<sup>2)</sup> Blackstone, Commentaries on the laws of England. Introduction. V. 1. (1765; 23-d ed.—1854) Sect. 3, II. Prof. Stephen, New Commentaries on the laws of England. Introduction. v. 1. (13-th ed. 1899). Sect. 3, II.

юридичні норми, які можна прикладти до даного випадку, і коли цих норм не відкрито, то тільки за браком терпіння, знання та проникливості... Ми припускаємо, що нове вирішення могло змінити право, або часом кажемо, помилюючись проти точності мови, що прикладувані правила зробилися еластичніші... Але ми не помічаемо того, що давнє правило знищено й замінено на нове. Пануюча в старовину доктрина була, мабуть, та, що десь у хмарах або у грудях суддів, існує кодекс англійського права, добре звязаний у своїх частинах, упорядкований і досить повний для того, щоб його вистарчило на всякі випадки... Цей арсенал законів зачинився, як вироки Вестмінстерського Суду стали такі численні, що на них можна було міцно побудувати всеньюку систему судових вироків. Відтоді англійські юристи й почали висловлюватися так, як коли-б вони справді вірили в те парадоксальне твердження, що англійське право, не рахуючи статутів та вироків канцлерського суду, завсіди залишалося незмінне.

Ми не кажемо, що наші суди утворюють звичай, ми припускаємо навіть, що вони ніколи не утворювали їх, і разом з тим ми запевнююмо, що норми англійського звичаєвого права досить широкі, щоб удовольнити всі складні інтереси сучасного суспільства».

Несподічність оцих двох положеннів примушує автора зробити висновок, що пануючий погляд засновано на фікції, яка сполучається з деякими елементами істинності. Ці елементи зводяться до визнання активної ролі судової практики в розвиткові англійського common law, а елементи фікції полягають у проголошенні всіх норм common law за існуючі перед тим, як визнають їх суди, та в обмеженні ролі суду констатуванням звичаєво-правних норм, які буцім-то вже існують<sup>1)</sup>). Усунення цієї фікції повинно було призвести до утотожнення звичаєвого права з правом, установленим судовою практикою, і, як ми знаємо (див. § 10), такий погляд висловив був і обґрунтував Austin. Погляд цей мав вплив на пізніших юристів, і тепер в англійській юридичній літературі хоч і визнається існування customary law, заснованого на народному звичаєві (custom of the people), і case law, заснованого на звичаєві судовому (custom of the courts), але поняттям оцим надається взаємно неадекватне значіння: тимчасом як під case law розуміються норми, вживання яких обов'язкове для суду, і case law являє собою джерело права у справжньому, догматичному розумінні цього слова — legal source of law, під customary law розуміються норми, вживання яких залежить од погляду суду, і згідно з цим customary law визнається за джерело права в історичному розумінні, за джерело, що постачає тільки матеріял для справжнього, догматичного джерела права й діє не примусом, а тільки переконанням, — historical source, persuasive

<sup>1)</sup> Sumner - Maine, Ancient Law and Custom (1861).

Підтвердження цього погляду можна знайти у Pollock and Maitland, The History of English Law. Vol. I (1895). Стор. 85—87, 110—111 та 114—186. Налікий захисник цього погляду — E. Lambert, La fonction du droit civil comparé. T. I (1903) Стор. 174—208.

source of law<sup>1)</sup>). Інакше кажучи, за case law і customary law визнається цілком одмінна чинність. Через те треба вважати, що customary law не входить до складу common law, як системи позитивного права.

При такому поставленні питання ті обмеження й умови, які ставила римсько-канонічна теорія звичаєві, заміняються одною умовою — наявністю судового вироку, що визнає звичай, і до того, вироку не будь-якого суду, а тільки судів вищих — палати лордів, апеляційного суду (Court of Appeal) й найвищого суду (High Court of Justice), а для колоній — судового комітету таємної ради (Judical Committee of the Privy Council), бо вироки інших судів утворюють прецеденти, які тільки «переконують», але не звязують<sup>2)</sup>.

Однак, оскільки вживання інших звичаїв, не бувши для суду обов'язковим, разом з тим не виключається, — література й практика вимагають, щоб звичай завдовольняв певні умови або «спроби» — «tests». Для місцевих, парткулярних звичаїв більшість приймає умови, що їх указав Blackstone, під впливом канонічного права, і які ми навели попереду<sup>3)</sup>.

Для загально-англійських звичаїв різні автори встановлюють різні умови. Так, Salmond вимагає, щоб звичай: 1) був розумний, себ-то відповідав справедливості та громадській користі; 2) супроводився opinio necessitatis, себ-то переконанням частини тих, хто прикладає цей звичай, що останній є обов'язковий; 3) не суперечив законові; 4) не суперечив common law. Одні вимоги незапам'ятної давнини Salmond тут одмовляється<sup>4)</sup>. Другий автор Greer вимагає тільки, щоб загальний звичай був відомий і безперечний<sup>5)</sup>.

Судова практика визнає за необхідні реквізити загально-англійських звичаїв — їхню розумність і несуперечність common law, додаючи для звичаїв парткулярних іще вимогу незапам'ятної давнини, себ-то з початку царювання Річарда I (1189 р.), причому давніна ця презумується, як буде доведено 20-річне існування звичаю<sup>6)</sup>.

<sup>1)</sup> W. Jethro Brown, The Austinian theory of law. (1906) Excursus D. Customary law in modern England. Стор. 303—314. — Holland, The Elements of Jurisprudence (1910<sup>11</sup>), стор. 57, визнаючи неправильність традиційного погляду, висловив думку, що звичай, які до певної міри поширені та корисні, набувають з судовою санкцією правної сили не тільки на майбутній час, ба й ретроспективно.

До давнього традиційного погляду прилучається Salmond, Jurisprudence or the theory of law (3-d ed. 1910). Стор. 158.

<sup>2)</sup> Prof. F. Pollock, Essays in Jurisprudence and Ethics (1882). Ch. IX. Стор. 240—271.

<sup>3)</sup> Salmond. L. cit. стор. 147—154 (додає вимогу, щоб звичай не суперечив законові, statute law) — F. Pollock, First Book of Jurisprudence (1896), стор. 264—266 (вимагає не тільки щоб звичай був розумний, але й щоб виникнення його було розумне; вимогу ж незапам'ятної давнини він замінює вимогою просто стародавності звичаю).

<sup>4)</sup> Salmond. L. cit., стор. 147—154.

<sup>5)</sup> F. A Greer, Custom in the Common Law („Law Quarterly Review“, IX, 156—157. Цит. у Brown, l. c., стор. 318.

<sup>6)</sup> Покликування на вироки у Salmond'a. l. cit., стор. 147, 151, 153, у Brown'a, l. cit., стор. 319 — 323.

Слід відзначити, що в англійській практиці до останнього часу за провідні вироки вважалися власне ті, які заперечували конститутивне за судовим вироком значіння в утворенні звичаєвого права й визнавали, що т.зв. customary law являється позитивним правом на рівні з case law<sup>1)</sup>.

Од звичаїв юридичних одрізняють звичаї обороту — usages, conventional customs, що діють найбільше у царині торговельного права. Їх уважають за основані на мовчазно виявлений волі сторін, і через те не поширюють на них вимоги стародавності звичаю.

## § 24. Швайцарія.

Піднавши ще в III віці християнської ери з-під влади Риму під владу германських племін і увійшовши потім до складу імперії Карла Великого, Швайцарія (у римлян — Гельвеція) міцно прийняла елементи германського права в формі правних звичаїв. Це звичаєво-правне регулювання громадських стосунків задержувалося й протягом часу з 1499 р., як Швайцарія обернулася в незалежний на самоврядуванні союз кантонів (Eidgenossenschaft), по р. 1798-й, коли за вказівкою революційної Франції Швайцарія обернулася на 6 років в єдину Гельветичну республіку. Цей «нео-гельветичний» період містив у собі спроби об'єднати швайцарське цивільне право законодавчим шляхом. Як відновлено було федерацію,—з 1804 р. по р. 1874-й продовжується період кодифікаційно-законодавчої творчості окремих кантонів. Деякі з них поклали в основу своїх кодифікацій французький цивільний кодекс 1804 р., своєрідно змінивши його (вельські кантони, зокрема Женева, Ваадт, Тессин). Другі взяли за основу кодекс австрійський 1811 р. (Берн, Люцерн, Солотурн, Ааргау). Треті уґрунтуючи свої кодекси на чинному звичаєвому праві й судовій практиці, які кодифікували для кантону Цюриха професор Bluntschli в 1853—55 рр. під назвою „Zürcherische privatrechtliche Gesetzbuch“ (Цюрих, Шаффгаузен, Цуг, Нідвальден, Гларус, Гравбюнден). Нарешті, низка кантонів (Урі, Швіц, Обвальден, Аппенцель, Сент-Галлен, Тургау, Базель) не розпочали кодифікації і далі керувалися звичаєвим правом та окремими законодавчими актами. А втім, треба завважити, що й по кантонах з кодифікаціями звичаєве право й далі відогравало чималу роль, як субсидіярне джерело права: тільки деякі кантонські кодекси проголосували закон за одиноке джерело права.

Загальношвайцарські союзні законодавчі акти (Приватноправні) видається тільки після року 1848-го, та й то як вийняток. Перегляд союзної конституції р. 1874-го наказав об'єднати приватне право, передавши законодавчу в цій царині функцію союзним органам.

Згідно з цим того самого 1874 р. було видано загальношвайцарський закон про цивільний стан та шлюб, року 1881-го — закон про зобов'язання, перероблений і змінений потім у 1911 р. і, нарешті, після старанної підготовчої

<sup>1)</sup> Вироки Суду Скарбниці 1875 р. в справі Goodwin v. Robarts (L. C., 10 Exch., 337). Наведено у Brown'a, I, с. стор. 321 й дал.

роботи над історичним і порівняльно-правним вивченням кантонального права, що її зробив був професор Е. Huber<sup>1)</sup>, естанньому доручено р. 1893-го скласти проекта Швейцарського Цивільного Кодекса. Року 1900-го він подав був проект оцей до союзного департаменту юстиції, де передали його до експертної комісії, а потім у переробленім вигляді — до Союзного Зібрания, де він після грунтовного 3-х річного розгляду обернувся 10 грудня 1907 р. в Кодекс, чинний з 1 січня 1912 р.

І первісний проект Huber'ів (*Vorentwurf*), і проект перероблений (*Entwurf des Bundesrats*) декларували визнання за звичаєвим правом сили джерела права, причому перший проект говорив про виповняльну й інтерпретативну що-до союзного законодавства чинність, а другий — тільки про виповняльну<sup>2)</sup>. Остаточна-ж редакція замінила декларативне оце визнання приспом, зверненим до судді, прикладати, як бракуватиме законодавчих норм щоб розвязати суперечку, звичаєве право:

... „Kann dem Gesetze keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde. Er folgt dabei bewährter Lehre und Ueberlieferung“ (Art. 1).

Текст арт. 1 швейцарського цивільного кодексу прямо вказує на субсидіальну, виповняльну чинність звичаєвого права. Тим-то швейцарський правник Gmür зробив висновок, що оскільки законодавець обмеживсь цією вказівкою й усунув визнання інтерпретативної чинності звичаєвого права, що було в первісному Huber'овому проекті, треба вважати за такі, що не мають сили, норми інтерпретативні, а ще більше дерогаторні. Однаке, застерегає Gmür, це не виключає можливості діяння інтерпретативних та дерогаторних звичаїв: вони повстають усупереч законовій судові, і їхня чинність видається виявом не права, а сили. Ім іноді підлягають і судді, застосовуючи їх під виглядом тлумачення закону<sup>3)</sup>.

А втім більшість авторів стоять за погляд протилежний. Так, Reichel узказав, що наявність у законодавстві заборони того чи іншого виду звичаєвого права не може мати жадного значіння, бо власне заборону цю й паралізує чинність звичаєвого права: законодавець у цьому випадкові виходить за межі своєї влади й компетенції, і, коли те чи інше звичаєво-правне положення забезпечено дужчою санкцією народного переконання, аніж суперечливі правні

<sup>1)</sup> Eugen Huber, System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts. 4 Bde. (1886—1893).

<sup>2)</sup> „Hat sich zur Erläuterung oder Ergänzung eines bundesrechtlichen Bestimmung ein Gewohnheitsrecht gebildet, so wird es als Bundesrecht anerkannt“ (*Vorentwurf*, Art. 2).

„Besteht im Gebiete der Gesetzgebungshoheit des Bundes ein die gesetzlichen Vorschriften ergänzendes Gewohnheitsrecht, so wird es als Bundesrecht anerkannt“ (*Entwurf*, Art. 2).

<sup>3)</sup> Max Gmür, Die Anwendung des Rechts nach Art. 1 des schweizerischen Zivilgesetzbuches. (1908). Стор. 92—96 — Він-таки, Kommentar zum Z. G. B. I. Bd. (1 Aufl., 1908). Прим. 21 до арт. 1.

норми, що повстали раніше,—ці останні треба вважати за змінені або скасовані<sup>1)</sup>. До цього погляду приєднавсь згодом і Gmür, визнавши, що як громадянство розглядає те чи інше фактично додержуване положення, як іправне, воно стає частиною правного ладу, і всі, що повстали перед цим суперечливі частини цього правного ладу обертаються в мертву букву, — касуються або змінюються<sup>2)</sup>.

Хоча арт. 1 безпосередньо й не вказує на те, чи має він на увазі загальносоюзне швейцарське звичаєве право, чи так само партікулярне, місцеве, питання це розвязують у першому розумінні, покликуючись на те, що допущення партікулярного звичаєвого права окремих кантонів або їхніх округ в характері виновняльного, а ще більше інтерпретативного та дерогаторного джерела права відносно союзного законодавства утворило б загрозу правній єдності Швайцарії й низку серйозних практичних перешкод для суддів. До цього ще додають міркування, що в арт. 1 під словом «закон» розуміється Цивільний Кодекс, себ-то загальносоюзний закон, бо чинності місцевих, кантональних законів присвячено арт. 5, який обмежує компетенцію кантональних законодавців тими тільки питаннями, що загальношвейцарський закон передасть їхньому регулюванню. Обмежуючи ж границі чинності партікулярного законодавства, слід це саме обмеження поширити й на чинність партікулярного звичаєвого права. Таким робом, роблять висновки, що партікулярне звичаєве право може існувати супроти тих тільки сторін громадського життя, що регулювати їх союзний закон дав право кантональному законодавству<sup>3)</sup>. Gmür, що так само висловлював вищезазначений погляд, тепер трохи змінив його: він каже, що не можна вимагати, як умови визнання правної за звичаєм сили, вживання його на всій Швайцарії, бо єсть правні інститути, котрі регулює Швейцарський Цивільний Кодекс і котрі існують тільки по деяких кантонах або за силою приписів Кодексу, або фактично, і щоб виновнити або витолкувати відповідні постанови Кодексу, утворюються звичаї, до яких, природньо, не можна ставити вимоги загально-союзного вживання. Тимчасом, ці звичаї треба вважати за такі, що мають правну чинність<sup>4)</sup>.

Окрім арт. 1, про звичаї каже й арт. 5 Швейцарського Цивільного Кодексу, який приписує в випадках, коли закон одсилає до звичаю або до місцевої звички, вбачати вияв їх у партікулярному праві, що діяло в цьому кантоні

<sup>1)</sup> Hans Reichel, Gesetz und Richterspruch (1915). Стор. 130, 135, 145. — Він таки. Kommentar zum ZGB Bd. I (1912). Прим. до арт. 1 — Також Max Rümelin, Das neue schweizerische Z.G.B. und seine Bedeutung für uns (1908) Стор. 35. — V. Rossel et F. K. Menthé, Manuel du droit civil suisse. T. 1. (2 éd., 1925). Стор. 65.

<sup>2)</sup> M. Gmür, Zivilgesetzbuch und Gewohnheitsrecht y Festgabe Eugen Huber zum 70. Geburtstage dargebracht von der Juristischen Fakultät der Universität Bern (1919). Стор. 42—46.

<sup>3)</sup> H. Reichel, Kommentar zum Z.G.B., Bd. I, стор. 7. — V. Rossel, Code civil suisse, éd. annotée. Стор. 11—12. — M. Gmür, Die Anwendung des Rechts nach Art. 1 des schweizerischen Zivilgesetzbuches. Стор. 85—89 — Він-таки, Kommentar zum ZGB. Bd. I (1 Aufl.) Прим. 18 до арт. 1.

<sup>4)</sup> M. Gmür. Zivilgesetzbuch und Gewohnheitsrecht (l. cit.). Стор. 23—25.

перед виданням Кодексу. Проте, коли доведено буде інший зміст звичаю, що не відповідає кантональному праву, презумпція ця одиадає, і належить керуватися звичаєм.

„Wo das Gesetz auf die Uebung oder den Ortsgebrauch verweist, gilt das bisherige kantonale Recht als deren Ausdruck, solange nicht eine abrogierende Uebung nachgewiesen ist“<sup>1)</sup>.

Тут, як ми бачимо, мова за прості звичаї. Із того, що закон наказує прикладати оці звичаї, Gmür зробив раніш висновки, що їхній зміст обернувся у праві норми, в норми цартикулярного звичаєвого права<sup>2)</sup>. Згодом він і в цьому питанні змінив свій погляд, визнавши, що коли ції звичаї мають правну чинність не сами собою, а за силу закону, то, значить, зміст їхній можна вважати за посередній зміст закону, але жадним способом не звичаєвого права<sup>3)</sup>.

## § 25. Союз Радянських Соціалістичних Республік.

Історичні про стародавню Русь відомості, що їх ми маємо, свідчать про те, що звичай у стародавніх слов'ян мало не виключно панував як джерело обов'язкових норм поводження: «и на мягкують обычай своя, и законы отець своих и преданья, каждо свой норов», каже літопис за стародавніх слов'ян<sup>4)</sup>. Тільки з Х століття, як розвинулася князівська влада, виходять на кін і інші джерела права. Так, складаються договори руських князів з греками (907, 911, 945 і 972 рр.), що встановлюють низку норм об'єктивного права змішаного характеру — руського й візантійського. Одбувається, у звязку з прийняттям християнства рецепція візантійських кодексів церковного й світського права — Номоканонів (Кормчих Книг), Еклоги Лева Ісаврянина та Костянтина Конроніма, почасти — Прохірона Васпія Македонянина й ін. Ця рецепція торкалася родинного права й частини карного, а так само й церковного. При цьому одбувалася гостра колізія між чинним слов'янським звичаєвим правом і запроваджуваним візантійським (напр., у питаннях про многоженство, про спосіб і умови складати шлюб, відпущення жінки, прочанства, то-що),

<sup>1)</sup> M. Gmür. Zivilgesetzbuch und Gewohnheitsrecht (loco cit.). Стор. 23—25.

<sup>2)</sup> M. Gmür, Anwendung des Rechts. Стор. 88. Так само його Kommentar (1 Aufl.) Прим. до арт. 5.

<sup>3)</sup> M. Gmür, Zivilgesetzbuch und Gewohnheitsrecht (l. c.) Стор. 46—48. Пор. з ним — Pfeiffer, Uebung und Ortsgebrauch in schweizerischen ZGB Стор. 71.

<sup>4)</sup> Терміни «обычай», «законы», «преданія», «споров» літописець ужив, як синоніми. Протилежний погляд Мацеїловського (Історія славяно-скіфського законодавства) цілком слухно збив В. Сергєевичъ, Лекции и изслѣдованія по древней истории русского права (4 вид., 1910). Стор. 16—20.— Пор. так само М. Ф. Владимиристій-Будановъ, Обзоръ истории русского права (6 вид., 1909), стор. 86—87.

Окрім перелічених термінів, звичай означувано також словами «поплиса» й «поконъ». Тільки з X віку «законъ» і «поконъ» стали означати право писане.

Збірник пр. Ком. звич. пр., в. 2.

що здебільша розвязувано її на користь візантійського права. А втім, збірники рецинованих законів—«Кормчія Книги», «Книги законного», «Мѣрила праведныя» широко дозволяли переробити її пристосувати їх до умов руського життя.

Одночасно з рецепцією візантійського права починається й законодавча діяльність руських князів. Вже Володимирові Святому приписують видання скількох постанов реформаторського характеру, названих уставами. Князівські устави дістають дальший розвиток за наступників Володимира Святого. А втім, і після того, як з'явилися нові джерела права, й далі діяло звичаєве право, що охоплювало своїм регулюванням переважне число громадських стосунків. Це звичаєве право разом з правом князівських уставів, а почасти з рецинованими візантійськими нормами знайшло свій вияв у низці збірників, що їх склали у XII та XIII століттях приватні особи, що відомі під назвою «Руської Правди». XIII—XV століття знаменують собою дальше збільшення законодавства: і в Московській Русі, і в землях українських та білоруських, що ввійшли до складу Великого Князівства Литовського, широко розгортається видання князівських устав, грамот, «ухвал» та «привідеїв» (на Литві-Україні), які встановлювали і суб'єктивні права, і норми права об'єктивного. Разом з тим збільшується законодавча діяльність віча, що перше працювало переважно над питаннями зовнішньої політики. В Новгороді та Іскові законодавство робиться функцією виключно віча, що починає першу офіційну кодифікацію чинного права: в середині XV віку (як гадають р. 1467-го) видано Ісковську Судну Грамоту, і більше-менше тоді-ж і Новгородську Судну Грамоту. Ці устави й грамоти чималою мірою обертають у закон чинні перед ними звичаєво-правні норми.

Першим справжнім на Московщині кодексом був Судебник великого князя Івана III Васильовича, виданий р. 1497-го. Судебник цей містив у собі положення про судовий устрій та судочинство, а так само й норми матеріального цивільного права про давність, спадщину, позику, найми, купівлю-продаж, перехід селян, холопства. А втім, Судебник 1497 р. охоплював аж геть-то не всі цивільні стосунки, що тоді існували, і останні по-давньому регулювало звичаєве таки право<sup>1)</sup>.

Виданий за Івана Лютого року 1550-го царський Судебник являв собою переробку Судебника 1497 р. з деякими додатками.

Хоча Судебник царський теж не охоплював усіх громадських стосунків, вінуважав себе за єдине й певне джерело права, наказуючи «впередъ всякоѣ дѣла судити по сему Судебнику» (арт. 97). Правда, прогалини в законі Судебник передбачав, але, щоб виповнити їх, суд не міг, як перше, удаватися до звичаєвого права, а повинен був робити подання законодавчій владі, щоб та видала

<sup>1)</sup> Пор. М. Ф. Владімірскій-Будановъ, Обзоръ исторіи русскаго права (6-е вид. 1909). Стор. 217.

була нові закони. (Владу таку володівав цар і боярська дума). Отож, Судебник 1550 р., як і інші кодекси самодержавних монархій, негативно поставивсь до звичаєвого права. А втім, на практиці навряд чи цілком усунено звичаєве право<sup>1</sup>). Однаке, обіцянку свою виповнили прогалину Судебника законодавець виконував за весь час, поки діяв Судебник, себ-то аж до р. 1648-го: на запити приказів видавали укази, заводячи до указних книг приказів. Межує з царським Судебником виданий р. 1551-го збірник законів з церковного права Століття.

Те саме XVI століття одзначилося кодифікаціями й у Великому Князівстві Литовському: князівські устави, ухвали та привилеї, що мали тут чинність, охоплювали невеличку частину громадських стосунків; Судебник польського короля Казимира Ягайловича з р. 1468-го теж не завдовольняв потреб часу, і українсько-білоруські землі в складі Литви керувалися, «водлугъ обычая давнего», себ-то звичаєвим правом. Через те р. 1529-го на Віленському Соймі ухвалено кодекс писаних законів під назвою Литовського Статуту, що являв собою сукупність як писаних норм, що перед ним існували, так і, головним чином, норм звичаєвого права українського та білоруського. В основному характер оцей зберегли 2-га й 3-тя редакції Литовського Статуту 1566-го й 1588-го рр., не вважаючи на помітний тут вилив польського, римського й німецького права<sup>2</sup>).

Отож, з XVI століття, за основне джерело права московських, українських і білоруських земель правив закон, що прийняв у себе передніше од нього звичаєве право.

Дальша кодифікація російського права це було Уложеніє царя Алексея Михайловича 1649 р., доповнене новоуказними артикулами.

На Україну, приєднану р. 1654-го до Росії, це Уложеніє не поширювало своєї чинності: в низці актів договірного характеру, що склали їх царський уряд та козацьке військо, встановлювано, що Україна повинна правуватися й судитися на підставі своїх «стародавніх» прав, звичаїв і законів<sup>3</sup>). Отож, на Україні зберегли свою чинність Литовський Статут і Магдебурзьке право, що запровадили литовські «привилеї».

З XVII століття, починаючи з Петрівської доби, в Росії заводиться самодержавство, що не дозволяє чинності звичаєвого права.

Видані р. 1802-го за Олександра I «Основные законы» уставляли, що «Империя Российской управляетъся на твердомъ основаніи положительныхъ законовъ, учрежденій и уставовъ, отъ самодержавной власти исходящихъ» (арт. 47),

<sup>1</sup>) М. Ф. Владими́рский-Буда́новъ, Обзоръ исторіи русского права (1909), ст. 219.

<sup>2</sup>) Ростислав Лашенко, Литовський Статут, яко пам'ятник українського права (Науковий Збірник Українського Університету в Празі. Том I, 1923 р.), стор. 83 й дал.

<sup>3</sup>) Пор. А. Ф. Кистяковскій, Очеркъ историческихъ свѣдѣній о сводѣ законовъ, дѣйствовавшихъ въ Малороссіи, подъ заглавіемъ «Права, по которымъ судится малороссійской народъ» (1879). Стор. 3.

і забороняли суддям засновувати свої вироки на судовому звичаї (арт. 69). Як вийняток, Збірник законів Російської Імперії дозволяв керуватися місцевими юридичними звичаями лише у випадках у законі передбачених, а саме — прикладаючи їх до побуту чужородців та селян. Через це по деяких українських губерніях і далі діяла частина норм Литовського Статуту, що втратили вже характер закону й мали чинність звичаєвого права.

Становище змінилося, коли видано Судові Устави 1864 р. Так, Устав судочинства цивільного в арт. 130 проголосував:

«При постановлені рішення мирової судьї можеть по ссылкѣ одной или обѣихъ сторонъ руководствоваться общепрѣѣстными мѣстными обычаями, но лишь въ томъ случаѣ, когда примѣненіе мѣстныхъ обычаевъ дозволяется именно закономъ, или въ случаяхъ, положительно не разрѣшаемыхъ закономъ».

Тут, як ми бачимо, передбачено й санкціоновано двояку роль звичаєвого права: а) виновніальну на випадок прогалану у законі, і б) усувальну супроти закону (але не касувальну що-до нього).

Вказівки на виновніальну функцію звичаєвого права ми подибуємо і в законі 29 грудня 1889 р. про міських суддів та земських начальників, і в Уставі Торговельному, що наказує:

«Рѣшенія коммерческихъ судовъ утверждаются на законахъ; въ тѣхъ же случаяхъ, на кои нѣть точныхъ и ясныхъ законовъ, дозволяется принимать въ основаніе торговые обычай и примѣры рѣшеній, въ томъ же судѣ послѣдовавшихъ и вступившихъ окончательно въ законную силу» (арт. 1724, т. XI, ч. 2; пор. також арт. арт. 352 і 1408).

Згодом цитований арт. 130 Устава Судочинства Цивільного було викинуто, і замість нього до арт. арт. 9 й 10, що зобов'язували всі судові установи (а не тільки мирові) «рѣшать дѣла по точному разуму дѣйствующихъ законовъ, а въ случаѣ ихъ неполноты, неясности, недостатка, или противорѣчія,— основывать рѣшенія на общемъ смыслѣ законовъ», додано було арт. арт. 10<sup>1</sup> і 10<sup>2</sup> такого змісту:

«Сверхъ случаевъ, когда, въ силу самаго закона, примѣненіе обычая обязательное, суд при постановленіи рѣшенія можетъ, по ссылкѣ одной или обѣихъ сторонъ, руководствоваться общепрѣѣстными мѣстными обычаями, когда примѣненіе мѣстныхъ обычаевъ дозволяется именно закономъ, или въ случаяхъ положительно не разрѣшаемыхъ закономъ. Сторона, ссылающаяся въ подтверждение своихъ требованій на неизвѣстный суду мѣстный обычай, обязана доказать его существование».

«При разрѣшеніи вопроса о существованії обычая, судъ можетъ принимать въ соображеніе, сверхъ общеустановленныхъ доказательствъ, прежнія рѣшенія по однороднымъ дѣламъ и удостовѣренія подлежащихъ учрежденій».

Із допіру оце цитованих положеннів видко, що звичай у характері субсидіярного, виповняльного джерела права у передреволюційній Росії користувавсь цілковитим визнанням.

Що-до другого усувального супроти закону значіння звичаю, як джерела права, то його визнавали в таких випадках:

а) В селянському побуті: «Общее положение о крестьянахъ» дозволяло (а Сенат витлумачив дозвіл оцей, як наказ) селянам керуватися в порядкові наслідування та оїкі місцевими звичаями своїми. «Временные правила о волостномъ судѣ» 1889 р., так само й 1912 р. (правда, в меншій мірі) наказували волосному судові, що розглядав справи між селянами, керуватися місцевими звичаями та правилами, в селянському побутові вживаними.

б) У стосунках між деякими чужородцями, що оселяли східню й південно-східню частину Росії: вотяками, чувашами, черемісами, якутами, киргизами, татарами, кімліками, бурятами, гірськими племенами Кавказу. Побут, культурний рівень і загальний уклад громадських стосунків у цих народностей виключали можливість прикладати том Х і спонукали законодавця замінити його приписом керуватися народними звичаями названих племін. (Додатки до т. IX Збірника Законів і арт. 154 т. XII; так само арт. арт. 90, 452 454 та 1700. т. X, ч. I — про шлюбні справи чужородців; арт. арт. 119—152 Устава про сільське господарство — про користування водами).

На практиці звичаєве право грато видатну роль в обох своїх функціях<sup>1)</sup>.

Поруч із визнанням за звичаєм сили джерела права, ми зустрічаємо в передреволюційному законодавстві покликування на звичай, як на спосіб тлумачити договори та виповняти волю сторін (узагальній формі це висловлено в арт. 1539 т. X, ч. I).

Жовтнева революція скасувала, хоч і не відразу, а поступово царські закони, наказавши судам керуватися радянськими декретами та революційною правосвідомістю<sup>2)</sup>. І той і другий з перелічених критеріїв в основному ґрунтовно суперечили передреволюційному правному ладові, не допускаючи можливості прикладати звичаєве право, що ввіходило до цього ладу: всі декрети мали на увазі заміну анархічно-індивідуалістичного товарового господарства централізовано-плановим, націоналізацію промисловості, централізацію розподілу благ, — одне слово — заміну приватно-правного порядку стосунків публічно-правним; револю-

<sup>1)</sup> Пор. В. Л. Ісааченко, Сводъ кассационныхъ положений по вопросамъ русского гражданского процессуального права (Вид. 2-е, 1914). Тези 4868—4910. Сиробу систематичного вкладу звичаєвого цивільного права Росії див. В. Нахманъ, Обычное гражданское право России. Томи I—IV (1876—1882). Докладного покажчика літератури про звичаєве право в Росії дано в програмах до збирання матеріалів звичаєвого права, вироблених у Комісії для вивчення звичаєвого права України, Збірник Соц.-Економ. Відділу Укр. Академії Наук № 1, 1925 р.

<sup>2)</sup> Пор. ст. 22 «Положения о Народном Суде Российской Социалистической Советской Республики» від 30.XI.1918 р. (Собр. Уз. 1918 г. № 85, ст. 889). Докладно див. Ф. Вольфсон, Суд и закон («Сов. И право», 1927, № 6).

ційна правосвідомість являлася соціалістичною, бо зміст її визначувано міркуваннями про те, який повинен бути той чи інший стосунок у соціалістичному суспільстві, і як повинно бути розвязане питання з погляду сприяння розвиткові соціалізму<sup>1)</sup>). Утворена таким чином система правних норм не мала в собі й сліду приватно-правних стосунків, так що, як зазначив А. Г. Гойхбарг, коли на з'їзді радянських правників у літку 1920 року порушено питання за деяку кодифікацію цивільного права, учасники з'їзду не могли навести жадного сліве приватно-правового стосунку, окрім наймів пастуха на селі<sup>2)</sup>). Однак, такий стан законодавства не відповідав реальним стосункам, бо скасувати приватне господарство не пощастило. Як завважує П. І. Стучка, «комунізму заведено не було, переорганізація виробництва буда більш на напері, колишні стосунки юридично було зведені до нуля (продукцію, обмін принесено) або продовжувалися вони в найгіршій формі, недегальним злочинним шляхом»<sup>3)</sup>). Тут на практиці підтверджилася відома Маркса теза про те, що суспільство, завагоніле, як він каже, новим ладом, не може обминути необхідних фаз свого розвитку: воно може, зрозумівши шляхи останнього, тільки зм'якшити народини<sup>4)</sup>). Чимада частина стосунків приватно-товарового характеру, що їх не міг скасувати революційний декрет, разом з тим не дісталася санкції з боку державної влади й зоставалася стосунками суто-фактичного, неправного порядку (пор., приміром, відоме «торбарство»). А друга частина таких стосунків користувалася захистом держави в особі народних судів, що практиці їхній за рр. 1918—22 добре відомі були й віндикаційні позви, і позви з купівлі-продажу, позики, наймів, доручення, заподіяння шкоди, ба навіть

<sup>1)</sup> На думку П. І. Стучка, Курс советского гражданского права, I (1927), стор. 36, «тоді жадної окремої революційної правосвідомості не було. Через те, на пропозицію Леніна, і пояснено було, що вважаються за скасовані всі закони, які суперечать декретам ЦВК, а так само програмам-мінімум РСДРП та партії С.-Р. (до уряду тоді ввіходили ліві есери)». А втім, на іншому місці П. І. Стучка, не заперечуючи існування революційної правосвідомості, визначив її, як свідомість класи, що перемогла, свого класового інтересу, який охороняє організована її влада шляхом законів». (Ученіє о государстве пролетариата и крестьянства и его конституции. 5 вид., 1926, стор. 5).

<sup>2)</sup> А. Г. Гойхбарг, Хозяйственное право РСФСР. Т. I (3 вид., 1925). Стор. 5.

<sup>3)</sup> П. И. Стучка, Классовое государство и гражданское право (1924). Стор. 51.

<sup>4)</sup> К. Маркс, Капітал, т. I, авторова передмова. Щоб правильно зрозуміти наш «відступ», що мав економічний, а не політичний характер, варто згадати слова В. І. Леніна (з р. 1923-го): «Россия не достигла такой высоты развития производительных сил, при которой возможен социализм. С этим положением все героя И. интернационала... иносится, поистине, как с писаний торбой. Это бесспорное положение они пережевывают на тысячу ладов, а мне кажется, что оно не является решающим для оценки нашей революции». «Если для создания социализма требуется определенный уровень культуры (хотя никто не может сказать, каков этот определенный «уровень культуры»), то почему нам нельзя начать сначала с завоевания революционным путем предпосылок для этого определенного уровня, а потом уже, на основе рабоче-крестьянской власти и советского строя, двинуться догонять другие народы» (Собрание сочинений, т. XVIII, 2 стор. 118). «Если окажется правильным отступление, то сокинутся

з товариських договорів<sup>1</sup>). Норми, що за ними розвязувано перелічені справи, виробила судова практика й вона являла собою певною мірою звичаєве право. Цю обставину, що спростовує наведені вгорі твердження А. Г. Гойхбарга, констатовано в промові М. І. Калініна на IV Всеросійському З'їзді діячів радианської юстиції року 1922-го<sup>2</sup>).

А втім, питання про погляд на звичаєве право дістало пише освітлення в доповіді Я. А. Бранденбурзького про проект Цивільного Процесуального Кодексу, що він зробив на 2-й сесії Всеросійського Центрального Виконавчого Комітету Х скликання р. 1923-го. Підкреслючи, що в проекті нема ані жадного слова за звичаєве право, доповідач сказав: «Мы не позволяем судье в своем решении ссылаться на обычное право. И мы сделали это по двум причинам, из которых каждой в отдельности более чем достаточно. Первый мотив — это политический. Он сводится к тому, что обычай это не есть какое-либо правило, установленное какой бы то ни было властью; это есть правило, которое освящается многолетним практическим применением. Поскольку мы при советской власти за 5 лет существования никаких своих обычаем не создали и создать не могли, постольку, очевидно, что, если бы мы допустили ссылку

---

отступивши, с крестьянской массой и вместе с ней в сто раз медленнее, но зато твердо и неуклонно ити вперед, чтобы она всегда видела, что мы все таки идем вперед. Тогда наше дело будет абсолютно непобедимо... Тогда ускорение этого движения в свое время наступит такое, о котором мы сейчас мечтать не можем. Это, по моему, первый основной урок новой экономической политики» (Ibidem, стор. 29). Пор. П. И. Стучка, Учение о государстве пролетариата и крестьянства и его конституции (5 вид., 1926), стор. 44—47.

<sup>1</sup>) Так, за даними, які нам пощастило здобути, статистично опрацювавши матеріали про діяльність 4-х дільниць Нар. Суду м. Київа в квітні—липні 1919 р. (матеріали ці зібрали в березні—квітні 1920 р. студенти-правники під керуванням проф. В. І. Синайського й С. І. Кельмана), з 162 переведених справ було: 12 віндикаційних позивів, 47 позивів, що виникають із договору найму (стягнення квартирної плати та виселення), 29 позивів про відшкодження, 12 позивів про аліменти, 4 векселевих позви, 24 позви про стягнення боргу за іншими підставами, 4 справи про затвердження права спадкосмця.

<sup>2</sup>) «В настоящий момент органы юстиции..., внедряя советскую законность, вырабатывая новое право, дают выражение непосредственному народному творчеству в этой области. В органах юстиции, хотя и принимается в отдельных случаях субъективное мнение, но здесь должен всегда приниматься во внимание и коллектив, должен приниматься во внимание обычай, целый ряд precedентов, которые случаются, наконец, до известной степени, мировоззрение окружающего слоя, где явление происходит. Ведь недаром же в царском судопроизводстве, когда суд касался непосредственно низов, крестьянства, там свод законов оказывался недействительным, и государственный суд решал дела на основании обычая, который развивался у самих крестьян, обычаев, вырабатывавшихся и существовавших в течение десятков и сотен лет... В настоящий момент вырабатывается, действительно, народное самосознание. Как оно будет выражаться,— это трудно сказать... Но я вижу здесь Т. Лисицына среди присутствующих, который сам руководил народным судом и при объезде со мной России сам удивлялся тем своеобразным формам, до известной степени красивым формам, которые принимались на местах в решениях того или иного вопроса. Он говорил: это развивается революционное творчество» (Див. «Вестник Советской Юстиции на Украине», 1922, № 2, стор. 65—66).

на обычное право, мы ввели бы те обычай, которые сложились в прежней обстановке старого времени, отошедшего теперь в вечность, и которые шли бы вразрез с современным социально-экономическим строем. Этот политический момент учтен, и кодекс не разрешает пользоваться обычным правом, как источником судебного решения. Имеется также и чисто юридическое соображение, которое совпадает с политическим мотивом. Судья должен руководствоваться в своих решениях теми законодательными нормами, которые существуют, а если при разрешении какого-нибудь вопроса он не находит необходимых законодательных норм, он должен исходить из общего смысла наличных законодательных норм, посредством их логического развития. Это — то, что мы называем судебной практикой... Применение этих наличных законодательных норм идет вразрез с тем, что называется обычным правом, ибо обычное право — это самостоятельный источник решений, который не изменяет, не толкует действующий закон, а, наоборот, заменяет наличные законы для определенного круга юридических отношений. Поэтому и по соображениям политического свойства, и по соображениям юридического построения, которые на этот раз совершенно совпадают, мы тщательно вытравили из проекта Г.П.К. малейшую ссылку на обычное право»<sup>1)</sup>.

Учасники законодавчого органу не заперечували проти думки, висловленої в наведеній частині доповіди, і арт. 4 ЦИК ухвалено було в такій редакції: «За недостатком узаконений и распоряжений для решения какого-либо дела, суд решает его, руководствуясь общими началами советского законодательства и общей политикой Рабоче-Крестьянского правительства».

З інших законодавчих актів вказівки на допустимість застосовувати звичай містить у собі Земельний Кодекс і Положення про арбітражні комісії при товарових біржах. Земельний Кодекс дозволяє користуватися місцевими звичаями, за умовою, що вони не суперечать законові в отаких випадках: визначуючи земельні права й обов'язки земельних громад (арт. 8), тоді, коли органи земельної громади розвязують земельні справи (арт. 56), і коли ділять землі — в громадах не з громадським порядком землекористування (арт. 85). В оцих випадках закон розглядає звичай, як субсидіарне джерело права<sup>2)</sup>.

В положенні про арбітражні комісії при Товарових Біржах зазначається, що, розглядаючи справи, комісії керуються побіч закону біржовими правилами й торговельною практикою (арт. 92 Пол. про Тов. Біржі, С. 3., 1925, № 69). Аналогічний принцип містився в проекті Торговельного Кодексу 1923 р., що дозволяв застосовувати заведені в торговельнім обороті звичай, як спосіб витлумачувати договори та визначати обов'язки сторін, за умовою, що звичай ці не

<sup>1)</sup> Вторая сессия Всероссийского Центрального Исполнительного Комитета X созыва. Стенографический отчет (1924).

<sup>2)</sup> Нор. А. Е. Кристер, Вступні уваги до «Програми до збирання матеріалів звичасного права», Збірник Соц-Економ. Відділу Укр Академії Наук I, 1925 р., стор. V—VI.

суперечать законові (арт. 100). Тут під звичаями треба розуміти не норми звичаєвого права, а прості поведінки, звичай обороту<sup>1)</sup>.

За джерело права визнає звичай арт. 12 угоди СРСР з Німеччиною про єднальні суди в торговельних та цивільних справах, що наказує: «в первую очередь применять международные торговые обычай» (СЗ., 1926, № 28).

У радянській правницькій літературі питання про звичаєве право не притягло до себе особливої уваги, дарма що й примусило ізізку авторів загадатися над ним. Одні з них, як, напр., А. Г. Гойхбарг, досі тримаються погляду, що його висловив Я. А. Бранденбурзький р. 1923-го, і відмовляються визнати силу за звичаєвим правом<sup>2)</sup>. Протилежний погляд висловив був у літературі І. Ільїнського; він одзначив, що не можна думати, буцім-то всю систему пролетарського права можна збудувати самим декретуванням згори. Маси відграють свою роль в правотворчості: поруч з офіційним писаним правом, що має печатку державного визнання, виростає право звичаєве, що заповнює прогалини законодавства, а почасти навіть конкурює з ним<sup>3)</sup>. Такий самий погляд висловив В. А. Удинцев, покликуючись на арт. 2 полож. про Раду Народностів<sup>4)</sup>.

Так само Й. П. Стучка, зазначивши, що для пролетаріату, який перемагає, негативне до давнього правного звичаю відношення, здавалося-б, само собою розуміється, визнає, що навсправжки питання складніше, аніж здається: коли ми, каже він, з писаним правом старого режиму легко виоралися, то під виглядом звичаю це саме давнє право цунко-таки тримається. Воно панує й досить довго пануватиме серед селянства, де ми його навіть визнаємо, оскільки воно байдуже для нашого революційного права та оскільки селянство не хоче од нього доброхітъ одмовитися. Ми його до певної міри терпимо і в торговельнім обороті, оскільки ми ще не досить організаційно опанували цю царину, ба й з міркуваннів сuto практичних. Ми призначуємо йому тільки обмежене місце в цивільному праві у вигляді покликування на скасоване право, але тільки в інтересах трудящих мас і держави. В трудових стосунках або публічно-господарських стосунках немає місця давньому звичаєві. Немає місця звичаєві й у теорії, бо наше революційне право виводиться з розвитку, тоб-то руху економічних стосунків та з революційного декрету<sup>5)</sup>.

<sup>1)</sup> Пор. М. І. Мітіліно, Торговельное право Радянських Республік (1927), стор. 243. В. Н. Шретер, Советское хозяйственное право (1928), стор. 39.

<sup>2)</sup> Пор. А. Г. Гойхбарг, Курс гражданского процесса (1928). Стор. 124.

<sup>3)</sup> «Еженед. Сов. Юстиции», 1924 р., № 20, стор. 571. Див. також його, Право и быт (1925). Стор. 12.

<sup>4)</sup> В. Удинцев, Русское торговово-промышленное право (2 вид., 1923), стор. 48.

<sup>5)</sup> І. П. Стучка, Курс советского гражданского права. I, (1927). Стор. 175—176. Так само див. Енциклопедия государства и права (Вид. Ком. Академії). Вип. 5 (1925—27). Стор. 100—102.

Низка наукових установ та організацій, що заходилися складати програми для вивчення звичаєвого права й збирати матеріали, поділяють, лише, погляд на звичай, як на фактично чинні правні норми. Досить назвати Комісію для вивчення звичаєвого права України при Українській Академії Наук<sup>1)</sup>, Секцію Права та Держави при Комуністичній Академії<sup>2)</sup>, Юридичну Секцію при Інституті Білоруської Культури<sup>3)</sup>, Центральне Бюро краєзнавства та низку краєзнавчих організацій<sup>4)</sup>. Матеріал, що вони зібрали, підтверджує існування звичаїв, які стосуються до родинного побуту, до спадкування на селі, до взаємин усередині селянського двору<sup>5)</sup>.

Особливе значення мають правничі звичаї в автономних республіках<sup>6)</sup>.

У нашому торговельному обороті теж встановилися певні звичаї. Головним робом це звичаї обороту. Вони почасти знаходять свій вияв у правилах біржової торговлі, що їх видають товарові біржі, та в рішеннях арбітражних комісій при товарових біржах<sup>7)</sup>, а так само в типових угодах та правилах, що

<sup>1)</sup> Програми до збирання матеріалів звичаєвого права, вироблені в Комісії для вивчення звичаєвого права України за редакцією проф. А. Е. Кристера (Збірник Соціально-Економічного Відділу Української Академії Наук № 1, 1925).

<sup>2)</sup> Див. «Революция Права» (Ізд. Ком. Акад.), 1927 г., № 1, стор. 184.

<sup>3)</sup> Пор. Я. Бонч-Осмоловский, Об изучении обычного права в Белоруссии («Наш край», 1927, № 5, стор. 5—12) и Краткая программа по изучению семейного обычного права («Наш край», 1926, № 2—3, стор. 77 й далі).

<sup>4)</sup> Н. Павлов-Сильванский, Краеведение и обычное право («Краеведение», 1923 № 2). Вин же, Программа по изучению правового быта и правовых обычаев. («Краеведение», 1927, №№ 3 і 4). В. А. Танаевский, Программа для собирания сведений по обычному крестьянскому праву. «Вятская Жизнь», 1923, № 2.

<sup>5)</sup> Див. для Росії: П. Семенов, Крестьянский двор по материалам пробного обследования быта и правовых отношений крестьянского двора, произведенного Секцией Права и Государства Комм. Академии в январе—марте 1926 г. («Революция Права», 1927, № 1), А. Панферов, Обычное право в укладе крестьянского двора (там-таки, 1927, № 1), М. Рабинович, Раздел и выдел в крестьянском быту («Рев. Законность», 1926, № 15—18), В. Танаевский, Покупка жены («Вятская Жизнь» 1923, № 5—6). Вин-таки, Крестьянский двор (Там-таки, 1924, № 2).

Для України: А. Кристер, Спадкування за звичаєм («Праці Комісії для вивчення звичаєвого права України при Укр. Академії Наук», Збірник Соц.-Економ. Відділу Укр. Академії Наук, № 4). Б. Язловський, Сьогочасне родинне звичаєве право (там-таки). С. Єзерський, Про виділи приймаків (там-таки).

<sup>6)</sup> Див., напр., А. Кусиков, Водопользование в ССР Грузии (Збірник «Промышленность и Право», 1926, стор. 63—70).

<sup>7)</sup> Див. Типові правила біржової торговлі, що затвердила Всесоюзна Рада З'їздів Біржової торговлі — Граве, Плесков и Фрейдман, Биржевое законодательство (1925). окремі біржі, напр., Київська, видали й надрукували власні правила торговлі тим чи іншим крамом. Див. «Вести. Сов. Юст.», 1924, № 12, — «Обычаи, принятые на Киевской товар. бирже», «Торг.-Пром. Курьер», 1925, — «Обычаи Ленинградского торгового порта». Так само «Биржевая торговля Украины в 1926—25 году» (1926), стор. 165—169. Теж за 1926 р. Сборник решений арбитражной комиссии при Сев.-Зап. Торговой Палате и Ленинградской бирже (1925). Из практики Арбитражных Комиссий при товарных Биржах («Вопросы торгового права и практики», 1926, стор. 196—204).

їх уживають в окремих галузях господарчого обороту. Так само в царині взаємнин державних торговельно-промислових підприємств, які діють у плановому порядку, вироблено за допомогою практики державних арбітражних комісій низку правил, що мають характер звичаєво-правний<sup>1)</sup>). Це загально відоме явище угруповане на праві арбітражних комісій, беручи на увагу загально-державні інтереси, змінити зміст майнових правовзаемин. Ця правотворча діяльність, що дехто (Б. Мартинов) порівнює її з діяльністю римського претора, властива певною мірою й Найвищим Судам Союзних Республік; вони постановами своїх пленумів та ухвалами касаційних колегій утворюють нові правні норми<sup>2)</sup>). Проте, на цьому явищі ми тут не можемо докладно зупинитися, тому що воно становить предмет окремого дослідження в другій частині цієї праці.

Врешті, можна казати, що дійсність усунула деякою мірою те вороже ставлення, що зустріло у нас звичаєве право<sup>3)</sup>). Тому в проекті «Схемы программы работы подкомиссии по общей части основ гражданского законодательства СССР», (що вироблено під керуванням П. П. Стучки), ми знаходимо таку тезу (§ 13):

«Применение обычая допускается лишь при условии непротиворечия его положительному праву».

### ЗАГАЛЬНІ ВІСНОВКИ.

Отож, з усього сказаного можна поробити отакі висновки.

Перший розділ нашої праці дав нам образ того, як різно розуміє теорія права явище, зване «звичаєвим правом», як різно встановлює вона конститутивні його ознаки, як різно ставиться вона до нього залежно од філософської й політично-правних засновків. Другий розділ дозволив нам з'ясувати суть чинності правної норми; ми пересвідчилися, що закон має двоякого роду чинність: з одного боку він користується потенційним захистом держави, що здійснюється через фізичний примус, з другого боку він впливає мотиваційно на людське поводження шляхом примусу психічного, власне — за силою уявлення про фізичний примус, що загрожує їм держава на той випадок, коли закон буде порушенено. Там-таки ми зробили висновок, що звичаєве право відміну од закону позбавлене первого роду чинності — захисту од держави, але має чинність другого роду — мотиваційним на людське поводження впливом, заснованим на поширеній серед громадянства свідомості, буцім-то держава захищає дане положення.

<sup>1)</sup> Пор. Б. Мартинов, Об особенностях имущественных договоров Советского Права («Вопросы торгового права и практики», 1926, стор. 14—16). И. Лебедев, К трехлетию существования арбитражных комиссий («Вестник Верховного Суда СССР», 1926, № 2). Вин-же, Гражданский Кодекс и государственное хозяйство («Вести. Верховного Суда СССР и Прокуратуры Верхсуда СССР», 1927, № 2 (5). В. И. Шретер, Планирование гособорота и гражданский кодекс (там-таки, 1927, № 3 (6).

<sup>2)</sup> Див. И. Вавин, Формы права. («Право и Жизнь», 1927, №№ 3, 4, 5).

<sup>3)</sup> Про ставлення суд. практики до звичаєвого права див. И. Вавин, I. с., № 3, стор. 73

Повертаючись з таким розумінням звичаєвого права до першого розділу нашої праці, ми пересвідчуємося, що викладені там різні й назверх суперечливі учения про звичаєве право містять у собі кожне певну частку істини й видаються суперечливими через те, що звертають увагу тільки на одну якусь рису явища, названого звичаєвим правом. Так, теорії переконання та волі, що вбачають характерну й конститутивну ознаку звичаєвого права в *opinio necessitatis* або в *tacitus consensus*, безперечно були близькі до правди, розуміючи, що в цьому психологічному або інтелектуальному моменті криється основа чинності звичаєвого права. Слабке-ж місце оцих теорій полягає в тому, що вони не дали аналізи цієї чинності й, відійшовши від реальних фактів у царину апіріорно-спекулятивних міркуваннів, надали поняттям загального переконання й волі метафізичного характеру. Окрім того, встановивши по-своєму ознаки звичаєвого права, названі теорії не з'ясували характерної відміни його од закону, яка полягає в тому, що закон має окрім мотиваційного впливу на людське поводження іншу чинність — потенційний захист од держави.

Теорії фактичного вживання так само містять у собі зерно правди, змалювуючи власне процес чинності звичаєвого права, але, захопившись оцим змалюванням, не роблять тих висновків, до яких воно приводить: вони обмежуються констатуванням «нормативної сили фактичного», не даючи жадних ознак звичаєвого права.

Одна тільки теорія зізвolenня стоїть на абсолютно неправильній позиції, виходячи з фантастичного, що живовидачки не відповідає дійсності, засновку про буцім-то мовчазно виявлену законодавцеву волю.

Учення Л. Й. Петражицького, обертаючи теорію права в психологію з цілком своєрідними, довільно встановленими основними поняттями та засновками, має найбільшу свою хибу в тому, що усуває межу поміж правом та іншими нормами поводження, оскільки, як ми з'ясували в §§ 15 і 17, різниця між нормами етичними, як нормами імперативними, та правними, як імперативно-атрибутивними, що її провадить Петражицький, не відповідає дійсності, і норми етичні, конвенціональні та ін. нарівні з правними мають імперативно-атрибутивну мотиваційну чинність (різниця тільки в підставах цієї чинності). Цікаве для нас в ученні Петражицького те, що він, уважаючи на реальні факти, визнає що-до частини тих норм, які він має за правні, наявність,— поруч з мотиваційною їх чинністю,— іншої ознаки — визнання од держави («право офіційне»). До цієї категорії належить і частина звичаєво-правних норм.

Нарешті, теорії, які вбачають основу обов'язковості звичаєвого права в тому, що санкціонують його органи держави, так само містять у собі чимало правди: вони підкresлюють тут власне чинність закону, за яку забувалася теорія переконання,— потенційний захист норми з боку держави, але при цьому вони застосовують її не тільки до закону, ба й до права взагалі. Ставши на таку позицію, вони повинні зробити висновок, що звичаєве право

навсправжки не є право, бо воно таким захистом не користується. Однак що-дотих звичаєво-правних норм, які застосовують суди, вони вважають, що в цьому застосуванні виявляється захист їх од держави й тільки їх визнають за справжні звичаєво-правні норми. Інакше кажучи, вони обмежують звичаєве право граничами визнання їх у судовій практиці.

Цей погляд ані трохи не розходиться з тими даними, які ми здобули в другому розділі, — він буде свої висновки згідно з ними, але в іншому логічному порядкові. Перевірмо це. Як ми встановили, поняття «закон» має такі ознаки:

1) норма людського поводження (позначмо цю ознаку літерою *A*),

2) що її встановлює держава (*B*),

3) що її охороняє держава (*C*)

та 4) що має мотиваційний вплив, через поширене серед громадянства уявлення про те, буцім її охороняє держава (*D*).

Ознаки-ж звичаєвого права такі:

1) норма людського поводження (*A*),

2) що має мотиваційний вплив через те, що серед громадянства поширене уявлення про те, буцім-то її охороняє держава (*D*).

В деяких випадках сюди приєднується третя ознака — охорона з боку держави, — звичай, які захищають суди (*C*).

Отож, спільні для поняттів закону та звичаю права, ознаки *A* й *D* дозволяють нам за силу логічних правил утворити для обох названих поняттів нове родове поняття.

Теорії-ж державної охорони, розглянуті в § 10, переводять іншу операцію: вони вибирають для родового поняття ознаки *A* й *C* і здобувають, як родове, поняття «право». Тим-то у них поняття «звичаєвого права» неадекватне родовому поняттю «права» й не може зватися правом, окрім тих винадків, коли через судову практику до ознак *A* й *D* приєднується ознака *C*.

Отже, ознаки поняттів закону і звичаєвого права, що ми встановили, дають змогу побудувати на їхніх комбінаціях різні родові поняття, кожне з яких відповідає правилам формальної логіки. З цього погляду не можна говорити про помилковість теорії державної охорони звичаєвого права, — можна вказати тільки те, що родове поняття, яке припускаємо ми, складене з комбінації ознак *A* й *D*, охоплює собою більше явищ і, що головне, відповідає реальній дійсності. Отож, маємо дві родових поняттів: а) права, що охоплює закон і частину звичаєво-правних норм (яких захищає держава), і б) норми з правовою мотивацією, що охоплює закон і все т. зв. звичаєве право. Нашому поглядові не можна забинути «психологічність», одіраність од економічної «бази»: кажучи в розділі другому за мотиваційний вплив права, ми весь час мали на увазі (і підкреслювали це) не індивідуально-психологічні переживання, а «соціальну свідомість», що виявляється в поширеніх серед громадянства уявленнях та переконаннях і становить частину громадської ідеології. А наскільки остання є відбиток економічних стосунків, і собі зумовлених роз-

вітком продукційних сил, настільки й елемент поняття права, що полягає в мотиваційному впливові правної норми завдяки поширеному серед громадянства уявленню про те, буцім-то охороняє її держава, задежить од тих самих економічних стосунків.

Власне останні дають змогу зрозуміти змальовану в розділі четвертому картину того, як розвивалося й як тепер виглядає звичаєве право по різних країнах. У суспільстві переддержавному, де економічні стосунки не утворили ще апарату примушування, де порушення існуючого ладу та звязаних з ним інтересів тягне за собою неорганізовану реакцію проти порушника, — «самоправство», — в такому суспільстві, за силою сказаного, не може бути й уявлення про те, що організований апарат охороняє те чи інше правило поводження, отже, не існує й право; ті-ж, що повстають, правила спільногого життя, належать до царини моралі й релігії. А коли економічні стосунки скупчують основні засоби продукції в руках певної частини суспільства, й повстає держава, що береться охороняти встановлені стосунки, тоді поруч з уявленнями про неорганізовану реакцію членів громади і про каральний вплив божества повстає уявлення про організовану реакцію державної влади, тоді поруч з мораллю та релігією повстає право. Як ми бачили в розділі четвертому, чимала частина історії суспільства, організованого в державу, одбувається за тих часів, коли панує звичаєве право: існування певних економічних стосунків відповідає звичайно за кожного даного періоду інтересам владущих класів; а що в руках останніх перебуває державний апарат, — серед громадянства поширюється уявлення про те, що держава охороняє ці стосунки, що норми, які можна вивести з фактичного стану речей, хоча й не встановила безпосередньо держава, але їх захистить, скоро-но хтось поспітаеться ці норми порушити. Наявність цього захисту, отже, не необхідна; треба тільки, щоб члени суспільства уявляли собі, буцім захист справді є, причому уявлення це може засновуватися на досвіді, на фактах дійсності, але може виходити і з висновків про те, що держава безперечно захистить дану норму як таку, що відповідає інтересам владущих класів. В такім разі, звичайно, може трапитися й часом трапляється помилка, але засноване на ній уявлення триває й далі.

Важливе значення має тут той факт, що звичай уживають суди й, узагалі, державні органи: він підтверджує поширене серед громадянства уявлення про те, що держава захищає дану норму, а иноді й утворює це уявлення, інакше кажучи, зміцнює чинне звичаєве право або утворює нове. Навпаки, коли суд або інший державний орган одмовляється застосовувати звичай, то це може виявити, що уявлення, буцім-то держава захищає оцей звичай, — помилкове, може зруйнувати це уявлення й разом з ним відповідну звичаєво-правну норму. Це значення судової практики одбивається й на сучасній добі, коли закон панує над звичаем і коли поширило сферу судового погляду (розсуду): ми бачимо, що в Англії, де закон здебільша не регламентує правні стосунки суспільства, і в Швейцарії, де законодавець сам декларував уживання в суді

звичаєвого права, і в Німеччині, де законодавець перейшов це питання про звичаєве право прихильним мовчанням, і у Франції та СРСР, де звичаєве право не користується законодавцевим співчуттям, існування звичаєвого права й розвязок звязаних з ним питаннів (про звичай партікулярні, про виновність, змінність та касувальну чинність, то-що) залежить од судової практики: отож, напр., коли ця практика одмовиться визнати силу за партікулярними або дерогаторними звичаями, то це викликає відповідний погляд у доктрині й у поглядах людности, а воно-ж перешкоджує повстати уявленню про те, буцім держава захищає оці звичай, або касує таке уявлення, коли воно раніше повстало, і звичай не має правної чинності. З-поміж тих звичаїв, які не мають правної чинності, ми з'ясували в розділі третьому юридичну природу так званих звичаїв обороту й зробили висновок, що ці звичаї правлять не за джерело об'єктивного права, а за юридичні факти і залежно од наявності їх можуть повставати або припинятися тільки суб'єктивні права.

Питанню про те, чого важить судова практика в правоутворенні, буде присвячено другу частину праці.

*Олександер Лобров.*