

Закони про опіку над недолітками в джерелах Магдебурзького права Західньої Русі й Гетьманщини.

I. Вага вивчення джерел Магдебурзького права в Західній Русі й Гетьманщині.

Року 1374 Кам'янець на Поділлю, перший з українських міст, дістав привилей на Магдебурзьке право. Відтоді воно почало ширитись у містах і містечках українських, і XV вік був добою інтенсивного поширення його там. На території правобічної України, що одійшла була до Польщі, Магдебурзьке право вдержалось до 1791 р., а на Гетьманщині аж до 1831 р., дарма що фактично тут перестали вживати його в судах раніше. Отже чотири століття значне число міст України мало магістрати й суди, що були уряджені на підставі норм Магдебурзького права й керувалися в цивільних і карних справах, цивільному й карному судочинстві тим самим правом.

Звідки-ж наші міста черпали знання цього права? Попередні наукові досліді й опубліковані вже матеріяли дають змогу цілком певно сказати, що за таке джерело права в магдебургіях часів литовсько-польського панування були не офіційні кодекси, а приватні правні книги—твори Гроїцького й Щербича. Те саме, але вже з меншою певністю, можна сказати про міста на Гетьманщині; принаймні, можна сказати напевно, що як і не сами оригінали цих творів були за законні книги там, то, в усякому разі, хоч і інші книги, але такі, де в основі лежали твори Гроїцького й Щербича, тоб-то або переклади їх, або перероблення їх, а не яких інших редакцій Магдебурзького права.

Отже з сказаного, здавалось-би, впливає зовсім ясно потреба для історика українського права виучувати книги, що були за джерело права в значному числі українських міст на протязі чотирьох віків. Проте й тут можуть бути вагання.

Повстає питання, чи треба виучувати сами твори Гроїцького й Щербича, або, може, минаючи їх, можна вдатись просто до самих оригіналів німецького права; це дуже полегшило-б завдання, бо тоді на послугу нам стала-б багатюща література історії німецького права; тоді робота історика українського права була-б тут просто за продовження роботи істориків німецького права.

Але досить розгорнути книги Гроїцького й Щербича, щоб сказати, що така метода не дала-б нам знання того, на якому праві жили, за тих часів, українські магдебургії. Бо з першого-ж погляду на ці книги стає ясно, що з них не звичайний переклад з німецьких оригіналів, — тільки Weichbild просто перекладено в книзі Щербича, а решта це вже якесь перероблення. Але яке, якою мірою воно одступає від оригіналів, і чи не брало воно собі за джерело, окрім *Sachsenspiegel* і *Weichbild*, ще чогось? Такі питання ставили собі всі, хто брався за грубезні книги Гроїцького й Щербича, але відповідь на це питання давалося не що-разу однаково.

Так от, проф. Антонович, що перший мимохідь озвався був за ці книги, вважав, що їх швидче можна назвати „юридичними трактатами й науковими розправами, складеними краківськими й львівськими юристами XV і XVI століття, аніж збірками артикулів обов'язкового закону¹⁾).

Проф. Кістяківський²⁾ вважає Порядок Гроїцького за вчений трактат, а *Saxon* Щербича за самостійне перероблення.

Але ці висновки зроблено навмання, не порівнявши творів Гроїцького й Щербича до джерел. Таку роботу зробили тільки проф. Даргун і акад. Тарановський³⁾, що порівнювали були згадані твори з джерелами артикул за артикулом. Отже тільки з їхніх робіт до цього часу й можна було уявити собі, що таке є ці твори.

Акад. Тарановський поставив собі за завдання „встановити правильний погляд на ручні книги польських юристів, щоб розв'язати питання, чи були вони юридичними трактатами, незручними для практичного вжитку, або, може, мали практичну мету, і тільки вони й були спроможні задовольнити потреби в писаному праві, що їх не задовольняли *Speculum Saxonum* і *Ius Municipale*, незрозумілі, а через те й неприступні для сірої маси міщан“⁴⁾. У наслідок порівняльної роботи, що її проробив був Тарановський, він приходять до висновку, що твори Гроїцького й Щербича були популярним викладом Магдебурзького права.

Гроїцький сам не претендував на повноту викладу, — в передмові перед своїми Артикулами він радив шукати пропущені місця в латинському примірникові *Speculi Saxonum* і *Iuris Municipalis*. І справді, в його творах перекладено тільки поодинокі місця з Саксонського Зерцала і Вейхбільда, а в Постемпкові — з *Constitutio Criminalis Carolina*, карного кодексу імператора Карла V; перекладено часто не до слова, — передається раз-у-раз лише зміст норми. Роботи проф. Даргуна й акад. Тарановського виявили, що до Постемпку ввійшло не більш од половини артикулів Кароліни; в деяких місцях зміст норми передано з змінами,

¹⁾ А. Ю.-З. Р. ч. V, т. I, передмова, стор. 59.

²⁾ Передмова до „Прав, по котрым судится малороссийский народ“.

³⁾ Тарановський. „Обзор памятников Магдебургского права в з.-р. городах литовской эпохи“ (Варш. Унив. Изв. 1897 р.).

⁴⁾ І. с., стор. 59.

як от там, де мова мовиться за катування на суді. В кількох випадках Гроїцький збільшує, проти Кароліни, кару. Перекладаючи процесуальні постанови Кароліни, Гроїцький принатурює їх до судового ладу за Магдебурзьким правом, замінюючи, напр., там загальну назву Richter на інші відповідні назвища—війти, райці, лавники.

Усі ці моменти привели акад. Тарановського ось до якої оцінки Постемпка. „Нас уражає,—пише він,—та легкість, з якою Гроїцький задовольняє потребу суспільства в певних законних нормах. Він, ані трохи не замислюючись, бере акт законодавчої діяльності чужої держави, робить з нього велику виписку, безцеремонно врізує, а іноді й відмінює його, викладає рідною мовою й пропонує своїм землякам цю приватну роботу на законну книгу, і це значіння його твір і справді набуває й зберегає через два століття. Такий дивний, з теперішнього погляду, факт цілком гармоніює з поглядами й становищем у XVI віці, коли, за висловом Ейхгорна, брали закони повсюди, де їх тільки находили, не дуже на те вважаючи, чи мали збірники, звідки брано закони, зовнішню санкцію“¹⁾.

Безцеремонність, з якою Гроїцький розправився з Кароліною, повинна була б настроїти особливо обережно й до інших творів Гроїцького, навіть там, де він точно позначає свої джерела. Тимчасом у акад. Тарановського знаходимо про Артикули й Титули Гроїцького висновок, що переклад Гроїцького завсіди передає зміст оригінала достоту й без змін.

Погодитися з цим, великої ваги, висновком акад. Тарановського не можна, бо йому аж надто суперечать факти, що за них мова буде нижче. Ці факти ми добуваємо, порівнюючи рядок за рядком твори Гроїцького з його джерелами, тоб-то продовжуючи велику роботу Тарановського й Даргуна. Їх роботи звязали твори Гроїцького й Щербича з їхніми джерелами, виявили ці останні,—це перший, логічний етап, щоб науково дослідити ці твори. Одне з завдань нашої роботи буде інше: простежити, як Гроїцький і Щербич поставились були до своїх джерел, чи передавали вони їх достеменно, як думає акад. Тарановський, чи, може, відступали від них, і тоді—через що й для чого відступали. Ми побачимо в цій роботі, що відхилення від оригінальних джерел Магдебурзького права були тут нерідко; побачимо, що це часто-густо робилося підо впливами польського земського права. І це робить особливо цікавим цей дослід, бо ми тут натрапляємо тоді на один із тих шляхів, що їм норми польського права протискувались у право українських міст.

Але мало того, що на Магдебурзькому праві жили магдебургії Західньої Русі й Гетьманщини. Проф. Кістяківський²⁾ наводить приклад, де на твори Гроїцького й Щербича посилаються і в містах, що не мали

¹⁾ Тарановський, I. с.

²⁾ I. с., стор. 85.

привилеїв на Магдебурзьке право; на його посилаються навіть і сотенні суди. А „Права, по которым судится малороссийский народ“, — проект загально-земського кодекса з датою 1743 р., що мав бути однакової сили як для міст, так і для повітів,—відбиваючи, очевидно, тодішню практику, не робить жадної різниці між джерелами Магдебурзького й Хелминського права та Литовським Статутом, посилаючись однаково й на ті, й на другий.

І не тільки це збільшує значіння виучування творів Гроїцького й Щербича, як і взагалі Магдебурзького права. Адже-ж це право було подекуди за джерело литовських статутів, і сліди цього впливу ми знаходимо часто там, де їм, здавалось-би, зовсім не місце, де вони не гармоніювали з духом відповідного правного інституту й були приточені наосліп. В історичній літературі досліджено вплив Магдебурзького права тільки що-до карних законів¹⁾. Але це була галузь права, де вплив чужоземних правних систем найменше позначився, бо попередні національні законодавчі пам'ятки найбільше трактували про карне право: судебник 1468 р. трохи не весь присвячено карному праву; в Руській Правді (академ. список) тільки три артикули стосуються до цивільного права, а з решти трохи не все трактує про право карне. Отже, тут були свої не бідні національні правні норми. Не те було з іншими галузями права; тим-то й вплив чужоземних правних систем, треба сподіватись, був там більший.

Нарешті, ще одне міркування. В Литовсько-руській державі, так само як і в Польщі, *Sachsenspiegel* і *Weichbild* було рецеговано разом з їх глосами, що в багато разів перевищували обсягом самий закон. Тимчасом глоса ґрунтувалася не тільки на законі, але ще більше на імперському праві, а під цим правом розумілося римське право й німецьке імперське право. Як побачимо далі, Гроїцький і самостійно запозичав з римського права те, що йому здавалось за придатне для польських міст. Отже, маємо знов-таки шлях, що ним у правне життя наших магдебургій, у Литовський Статут, а звідти згодом в російське законодавство протискувались норми з чужих систем права.

Думаю, що наведене досить яскраво виявляє, яку вагу має виучування творів Гроїцького й Щербича. Це було право магдебургій; це був той канал, що їм чуже право вливалось в наше життя; це був той вузол, де були зав'язані різні правні системи. Всі вони були чужі для давнього права українських земель, і проте всі прищепились, більшою чи меншою мірою, до нього.

У дальшому викладі ми обмежимось спробою вивчити один тільки правний інститут — опіку над недолітками. Проф. Даргун справедливо був зауважив, що передати зміст тільки трьох праць Гроїцького, де він трактує норми карного права, була-б справа надзвичайно велика²⁾. Не

¹⁾ Максимейко. Источники уголовных законов литовского статута.

²⁾ Dargun. O źródłach przepisów karnych w dziełach Groickiego, стор. 8.

зважаючи відразу поставити собі таке широке завдання, я проте вважаю за доцільне на одному правному інституті, як на прикладі, ілюструвати важливість тих висновків і того матеріалу, що його дає вивчення зазначених джерел Магдебурзького права. Разом із тим, коли вивчення одного тільки правного інституту й не дасть змоги зробити категоричні загальні висновки, то воно, в усякому разі, позначить подекуди ті шляхи, якими можна дійти цих висновків.

II. Спосіб викладання.

Переходячи тепер до викладання законів про опіку над недолітками в Магдебурзькому праві, слід умовитись що-до способу цього викладання. За основу я беру оригінальні джерела, звідки черпано право в Магдебурзі: *Sachsenspiegel* і *Weichbild*. Всі інші джерела Магдебурзького права, вількіри й шеффенські вироки, що не ввійшли до цих кодексів, я обминаю, бо нам бракує всяких підстав думати, що й вони були за джерело права в Польщі або в Західній Русі й Гетьманщині; опріч того, твори Гроїцького й Щербича, що в отих країнах заступили місце оригінальних джерел Магдебурзького права, посилаються тільки на *Sachsenspiegel* і *Weichbild*.

Щербич за малим ніде не одступає од своїх джерел, переклавши *Ius Municipale* навіть усе. Тим-то викладаючи норми Магдебурзького права, мені, щоб показати, як це викладено в Щербича, здебільшого доводиться просто позначити відповідне місце в його *Saxon*'і. Не так з творами Гроїцького, бо, не кажучи вже про силу пропусків у його викладі, він нерідко відходить і од правдивого змісту норм Магдебурзького права, виправляючи їх, — очевидно, свідомо. Там, де під якою нормою бракує посилки на Гроїцького, там ми маємо пропуск. А випадки одхилення од Магдебурзького права в його творах я повсюди позначаю.

Sachsenspiegel і *Weichbild* є невеликі кодекси. Яскер, Гроїцький, Щербич, — всі вони користувались, окрім самих кодексів, і глосами до них, що в багато разів перевищують розміром сами кодекси. Глоси запровадили багато змін в Магдебурзьке право, формально спираючись, здебільшого, на римське право, бо в Німеччині тоді чим раз більш ширився погляд, що римське право, як імперське, має практичне значіння¹⁾. Але, як побачимо, глосатори, якщо, може, трохи і випереджали правне життя німецьких країн, проте всупереч із ним вони не йшли. Усупереч вони йшли лише з текстом тих кодексів, що їх вони наче-б-то тлумачили, — йшли остільки явно, що цей факт становить найкращі ілюстрації до того, яке могутне джерело права була за тих часів діяльність юристів.

Але для нас найбільше значіння має не те, яку вагу мала глоса в самому Магдебурзі, а те, що для Щербича й Гроїцького це є такий закон, як і *Sachsenspiegel* та *Weichbild*. Гроїцький у своїх посилках на дже-

¹⁾ Stobbe. *Geschichte der deutschen Rechtsquellen*, 1860, B. I, S. 375.

рела навіть не позначає—з тексту, чи з глоси він бере яку норму. У Щербича, що-правда, не тільки позначено це, але й фрагменти, що він бере з тексту, він починає з більших літер, ніж фрагменти з глоси. Проте й Щербич ніде не висловлює думки, щоб глоса мала менше від самого закону значіння. А ще важніше те, що такого самого погляду держалась і практика наших магдебургій. Тарановський¹⁾ каже, що він знає один тільки випадок, де одна з сторін у процесі заперечувала проти норми, що її виставляла друга сторона на тій підставі „*že to nie prawem ziemstiem cituje albo artykulem z prawa Maydeburskiego, ale comentariuszem glossy*“, проте на цю заяву не звернено було навіть уваги. Отже й мені, щоб змалювати право наших магдебургій, випадає йти за цими поглядами й цією практикою. Це робить дуже невеликою поміч, що її може дати в виучуванні Магдебурзького права література історії німецького права. Систематичного виучування ця глоса там не діждалась: встановлення факта, що глосатори намагались погодити національне саксонське право з римським і канонічним правом, сподіваючись підсилити його тим, зменшило цікавість істориків німецького права до цієї глоси. Немає навіть критичного видання глоси, дарма що його давно вже почав готувати Steffenhagen.

Для історії західньо-руського та українського права однаково чужі й німецька, і римська, і католицька канонічна правні системи. Тим-то ми не можемо робити жадної одлички між текстом і глосою: обое вони заправляли правним життям наших магдебургій і обое вони ждуть нашого виучування.

Скажу дещо з приводу стосунків *Sachsenspiegel* до *Weichbild*. Перший кодекс давніший од другого. У праві, каже глоса *Iuris Municipalis*, арт. I, давніший закон зберегає свою силу тільки остільки, оскільки він не перечить новішому, але такої колізії глосатор тут не сподівається, бо I. M. має лише доповнити *Speculum Saxorum*. Проте, як бачимо нижче, суперечливі норми тут таки трапляються. Як має поставитись до них історичний дослід. Як-би ми виучували догматично не давнє, а теперішнє право, ми повинні були-б вибрати одну й, певно, були-б додержувались новішого закона перед давнішими,—за принципом, що його визнає й глоса до I. M. Але в історичному досліді, думаємо, ми маємо просто одзначити оцю незгоду між двома кодексами, а виучування судових актів має вже виявити догматичний погляд тодішньої практики; адже нас цікавить не та система правних норм, що її міг-би збудувати на основі S. S. і I. M. теперішній історик права, озброєний новішими методами інтерпретації права: цікавить нас те, як зрозуміли оті кодекси тодішні правники, і які законні норми було покладено фактично в основу правдивого правного життя наших магдебургій. Тим-то в усіх випадках отаких незгідних одна з одною з приводу того самого питання норм я буду викладати обидва погляди, залишаючи виучуванню давніх актів показати, який з них дістав перемогу в житті.

¹⁾ L. c., стор. 175.

III. Загальний напрямок розвитку опікунського права.

В усіх відомих нам історичних народів перша історична стадія їхнього державного життя характеризується широкою самодіяльністю родових об'єднань. Їм передусім належить піклуватися про сиріт. Але починається розпад родових об'єднань, і з ними паралельно зміцнюються органи влади, що стоять по-над такими об'єднаннями; великі патріархальні сім'ї що-раз більше розпадаються на менші, індивідуальні; побутові й моральні основи родової організації слабшають; в індивідуальних сім'ях частіш трапляються випадки бездоглядности сиріт, занедбаности їх; державна влада, набувши свідомости своїх повинностей що-до громадян, починає правними нормами регулювати пильнування недолітніх сиріт.

В опікунському праві, на найдавнішій стадії розвитку його, яку ми знаємо, опіка над недолітками належить родичам, причому на першому плані стоїть дбання за його майно, в інтересах цілого рода. Опіка має характер попередньої охорони можливої в майбутньому спадщини. Там-то до опіки родичів покликається в такому самому порядку, як до спадщини: найближчий наслідник недоліткові є його законний опікун. Тільки згодом повстає батькове право призначити своїй дитині опікуна в дувниці.

На первісній стадії розвитку опіка є не повинність, а право опікуна. Помалу елемент повинности піклуватись долею недолітка виступає на перший план, і права служать опікунові вже щоб виконати цю повинність. Природній висновок із цієї зміни—це повстання права державної влади настановляти опікунів і пильнувати доброго справування опіки; з останнього випливають різного рода контрольні заходи. Звичайно, ці зміни одбуваються поволі й помалу; давні погляди не здають одразу своїх позицій, що виявляється в компромісових формах, але в усякому разі дальший розвиток опікунського права йде вже в напрямку що-раз послідовнішого запровадження в право принципу опіки, як інституту, де може бути тільки один критерій—пожиточність для підопічного, і де ніщо не стоїть вже на перешкоді органам державної влади регулювати опікунську справу.

Отаким є загальний напрямок розвитку опікунського права в історичних народів, як ми уявляємо його, коли виділимо з їх правних систем спільні для них норми; решта норм, більш-менш важливі деталі, неоднакові. Але сказане дасть нам змогу зрозуміти місце на загальній лінії розвитку опікунського права, що на ньому пробувало Магдебурзьке право за тих часів, як воно набуває для нас ваги, і ми починаємо виучувати його; зрозуміти теж причини й значіння тих змін, що одбувалися в ньому самому, і тих змін, що в нього запроваджував, принатурюючи до інших часів й іншої країни, Гроїцький;—за Щербича я не згадую тут, бо він таких змін ніде свідомо не робить.

Після цих зауважень переходжу до самої теми цього досліду.

IV. Настановлення опікуна.

Обидва джерела—Саксонське Зерцало (1,23) і Вейхбільд (49) знають одну тільки підставу для опікунства—споріднення; за опікуна має бути найближчий родич недоліткові з батькового боку (Saxon¹⁾, Bliski po mieczu). Це є *tutela legitima* — найдавніша історична форма опіки в німецькому праві. Дальший розвиток її йшов шляхом поширення кола родичів, що мали право на справування опіки,—покликано родичів не тільки з батькового, ба й з материного боку, в різноманітних комбінаціях; починають виставляти певні вимоги, що їм має відповідати опікун; місце простого чергування родичів у певному порядку заступає вирок судді, який може з визначеного кола родичів призначати за опікуна того, хто йому здається за найкращого, — це є вже момент, де зливається *tutela legitima* з *tutela dativa*²⁾.

В саксонське земське й міське право всі оці зміни запровадили глосатори. Глоса встановлює такий порядок настановлювати опікуна: той, хто, на його власну думку, має бути за опікуна недоліткові, повинен піти з ним до райців міста,—од них він і дістає опікунський уряд, якщо на те є материна згода, а як немає, то настановляє суддя своїм декретом, порозумівшись з лавниками (I. M. 49; Saxon, Opiekun 47). Суддя має право обрати за опікуна одного з родичів, з власного розсуду, кого вважатиме за кориснішого недоліткові,—всі обмеження тут опадають; він може дати й дальшому родичеві по матері перевагу перед родичем по батькові.

Усі ці норми висловлено ясно й просто, так що ніякого іншого зрозуміння їх бути не могло; достеменно так перекладено їх і в Щербича в Saxon'і. Отож і дивно, що Гроїцький дає судді вибирати лише поміж родичами, що мають рівне право на опіку (Tuły, у Opieka, 5). Хто має рівне, а хто більше право бути за опікуна, ми в нього ніде не знайдемо; тому, очевидячки, це слід розуміти так, що до опіки родичів слід покликати в загальному порядку, і тільки, як вони одного коліна, суддя може вибирати між ними.

Яка-ж причина такого явного й свідомого одхилення Гроїцького од джерел, що на них він посилається? Пошукаймо її в польському земськ. праві; погляньмо, на якій стадії був у середині XVI віку правний розвиток опіки в цьому праві,—адже-ж з Гроїцького був син свого віку й своєї країни, і тому польське право не могло не одбиватись на його правосвідомості. В польському статutowому праві ми не маємо норми, що просто уставляла-б, у якому порядку родичів недолітка слід покликати до опіки над ним. Про це тільки мимохідь є згадка в Вартських статутах короля Ягайла з р. 1423. На підставі отих статутів можна догадуватись, що порядок мав бути такий: спершу рідні брати дорослі, потім

¹⁾ Щербичів Saxon; цифри визначають числа фрагментів,—в Saxon'і вони не понумеровані, але це є єдиний спосіб, яким тут можна посилатися на Saxon.

²⁾ Rive. Geschichte der deutschen Vormundschaft. Braunschweig 1862, 1875 p., B. II, S. 15 — 16.

дядько з батькової сторони, а далі просто сказано: *amicī proximiores*. З цього ми, в усякому разі, довідуємось, що в польському праві законна опіка була, і була певна черга між родичами недолітка. *Amicī proximiores* — це найближчі родичі, а через те, що тут не позначено, що родичі тільки з батькового боку, можна догадатись, що до опіки покликано всіх родичів без різниці. Певна річ, згадане вище право судді в Магдебурзі — обрати з родичів того, хто йому здавався за кращого, ішло всупереч з описаними польськими порядками. Тим-то не було-б нічого неймовірного в тому, коли-б Гроїцький, саме підо впливом польського права, був-би одхилився тут од оригінальних джерел Магдебурзького права. Не роблячи поки-що такого висновку, ми все-ж-таки звертаємо увагу на можливість його, коли знайдуться ще факти, що підтвердять його.

Тут треба тільки згадати й про те, що таку саму норму, несхожу з джерелами Магдебурзького права, ми знаходимо й у Церазіна в його *Enchiridion*'і (титул *tutela*). Але в інших випадках Гроїцький вільно ставиться й до *Enchiridion*'а, відмінюючи те, що йому здавалося за недобре, — це ми ще побачимо. Тим-то не слід думати, що він запозичив це місце у Церазіна осліп.

Далі в Гроїцького ми знаходимо отаку норму: „*Opiekuna gdzie by nie było, tedy Pan Zwierzchni albo Urząd Rayce w Mieście mają postawić opiekuny, ktore zowią łacinnicy Curatores*“ і зроблено навіть посилку на *S. S. 41 i 47*, та на *I. M. 26 (Artykuły 10)*. Що райці настановляли опікунів, але тільки тоді, як не було яких заперечень з боку матери недолітка, ми вже були бачили, — отже тут у Гроїцького помилка, що для неї іншої причини, окрім браку уваги, здається, немає. Що-до господаря, *Pana Zwierzchniego*, то за його право настановляти опікуна в позначених у Гроїцького, як джерело його норми, місцях, немає ані згадки. Цікаво тому знов взяти довідку з польського земського права. — Про зверхню опіку короля в писаному польському праві нічого немає, але в практиці ми там знаходимо сліди того, що король уважав себе в праві втручатися в опікунську справу. Так от, є привилей Сигізмунда I з р. 1539, яким той уставляв уважати якогось Івана Збоншина, за його заслуги, старшим, аніж він справді був, і здатним вести свої справи без опікунів¹⁾. Далі світло на цей бік польського права кидає конституція з р. 1638²⁾. Король дає тут обіцянку, що його канцелярія не буде видавати кураторій на *mente capti* без попереднього дослідження стану хорого через певних, позначених там осіб. Це є довід, що перше такі кураторії король видавав, навіть не додержуючи отих гарантій. Далі, Чацький каже, що бували випадки, що королеві, вмираючи, заповідано опіку, а то й бувало, що його брав на себе сам король і або сам справував опіку, або приручав справувати її кому іншому його ім'ям. Чацький наводить

¹⁾ Czacki. O litewskich i polskich prawach. Warszawa 1801, t. II, st. 54.

²⁾ Vol. leg. (вид. піярів), III, 952.

тому навіть і приклади з XV й XVI віку ¹⁾). Нарешті, у Załaszowskiego ²⁾ ми знаходимо підтвердження того, що в польських магдебургіях початку XVIII століття, коли було видано оцю книгу, королеві таки й справді належало право втручатися в опікунську справу, принаймні право визнавати за недолітками повнолітство до того, як вони справді дійдуть літ: „Hanc adjudicationem annorum sola Regia Maestas, non solum personis nobilibus, viso prius adolescente atque aetate illius considerata, sed etiam hominibus Iure Magdeburgensi subjectis dat“.

Отже стає імовірним, що Гроїцький намагався тут під прапором Магдебурзького права знов-таки запровадити в життя польських міст принцип польського земського права. Це тим більш уражає, що отой принцип ішов усупереч з принципами самоврядування, які лежали в основі Магдебурзького права. Що Гроїцький робив тим недобру послугу містам, про це ми можемо догадуватись з міркувань Островського з приводу згаданої вже конституції з р. 1638 та субсидіярного права короля настановляти опікуна, яке йому надала конституція з р. 1775 ³⁾). Островський висловлюється проти таких прерогатив королівської влади, бо вони порушували функції й діяльність встановлених урядів ⁴⁾). Очевидно, практика життя показала незручність такого порядку, принаймні хоч без тих гарантій, які давали конституції з р. 1638 й 1775.

Згуртуймо тепер сказане поки-що про порядок настановлення опікуна. *Speculum Saxorum* знало опіку тільки законну й до того тільки родичів з батькового боку в певному порядку. Глосатори перетворили її в опіку з призначенням од судді споміж родичів, без ніяких обмежень його вибору. А Гроїцький знов посунув право назад, поновивши законну опіку, бо суддя має право вибирати тільки між двома рівного права родичами, причім коло опікунів з родичів поширено, порівнюючи з *Speculum Saxorum*: до родичів з батькового боку прилучено й родичів з материного боку. Всі оці зміни в писаному праві роблено під тиском життєвих потреб, очевидно, а виявленню їх не пошкодило й оте писане право,—здавалось-би, дуже своїм авторитетом закону.

Щоб скінчити про *tutela dativa* в Магдебурзькому праві, треба ще сказати, що суддя таки й справді, як каже Гроїцький, мав право настановляти опікуна в усіх тих випадках, як його не було. Такої загальної норми бракувало в джерелах Магдебурзького права, але наведені там приклади дають підставу вивести її (*S. S. I*, 47 гл.; *Saxon, Opiekun*, 3).

Третій спосіб настановлення опікуна — од батьків дітям на випадок смерті—в розвинутих правних системах стоїть на першому місці, —інші способи тільки доповнюють його; але хронологічно він повстав не перший, а в німецькому праві навіть по *tutela dativa*. Проте поволі, вагаючись, *tutela testamentaria* ввійшла в практику життя й тут, і саме спершу

¹⁾ L. c. 55.

²⁾ *Ius regni Poloniae*, t. II, st. 258.

³⁾ *Vol. leg. VIII*, 183.

⁴⁾ T. Ostrowski, *Prawo cywilne albo szególne narodu polskiego*, Warszawa. 1784 r. t. I. S. 82—84.

в містах. Перша стадія розвитку тут характеризується деякими обмеженнями, між иншим у деяких німецьких правах дозволялося призначити опікуна в духівниці тільки тоді, як не було законного опікуна, або він був нездатний до опіки¹⁾).

Глосатори наших джерел дають право батькові обрати опікуна своїм дітям на випадок своєї смерти. Це можна зробити й за доброго здоров'я, причому батько має заявити про законні причини, чому він минає законного опікуна, і довести виставлені факти; як приклади, позначено випадки, коли з законного опікуна був-би раб, божевільний, безчесний, важив-би на його, то-що; таке обрання опікуна суддя має по тім ствердити своїм декретом (S. S. I, 23 гл.; I. M. 26 гл.; Saxon, Opiekun, 8). Отже глосатор у цих нормах, як бачимо, не різнив з правним життям своєї країни; і справді в глосі цього разу зроблено посилку не на римське право, а на право й звичаї магдебурзькі,—цій посилці можна поняти віри, бо в інших випадках глоса просто посилається на римське право.

У Гроїцького з усіх оцих продуманих і пройнятих певною думкою норм лишилася одна тільки норма: „Opiekuny może każdy ustawić dzieciom swym, mimo inne przyrodzone, tylko aby to uczynił przed sądem a powiedział przyczyny, czemu to czyni (Artykuły, 2). Незрозумілим стає для читача, для чого розповідати судді про причини призначення опікуна, бо про правні наслідки такого розповідання нічого не сказано. Немає підстави думати, що так неправдиво Гроїцький виклав ці норми просто того, що не збагнув їх. Правдивіший буде инший. здогад, що він тут знов погоджував Магдебурзьке право з родинними стосунками за тих часів у Польщі: там, ще р. 1423 в статутах короля Ягайла батькові надано право самому обрати опікуна своїм дітям без жадних обмежень²⁾). Це був принцип і Юстиніанового права. Тим-то р. 1559, як Гроїцький писав свої Артикули, за сто з гарбом років після видання статутів короля Ягайла, йому обмеження Магдебурзького права повинні були здаватись за непотрібні, зайві й застарілі. А як він у таких випадках вільно ставився до своїх джерел, це ми вже бачили. Але на Sp. Saxonum у Гроїцького ми й тут знайдемо посилку.

Давнішій стадії розвитку опіки відповідає погляд на неї, як на право найближчих родичів, навіть майнове право, бо здебільшого це була tutela usufructuaria. В наших джерелах ми теж знайдемо одлиск такого погляду, навіть в Ius Municipale, що постало пізніш од Speculum Saxonum.

В тексті арт. 49. I. M. ми прочитаємо, що як найближчий родич з батькового боку сам не дійшов ще літ, то в справуванні опіки йому має пособляти його найближчий родич (I. M. 49; Saxon, Opiekun, 47). Отже тут найшов собі вислів погляд на опіку, як на якесь майнове право. При такому погляді, коли не встиг ще витворитись або завоювати собі повного панування инший погляд на неї, як на інститут пильнування особи

¹⁾ Rive, l. c., S. 18—20.

²⁾ Vol. leg. I, 73.

й майна підопічного, в отакому порядкові немає нічого неприроднього, бо користуванню правом не може шкодити недолітство. В теперішньому праві нічого схожого напевно ми зустрінути не можемо.

Тільки як погляди на опіку відмінилися, і на перший план було висунуто корисність її для підопічного, з права опікуна вона стає за повинність, і тоді повстають і правила, коли той, на кого спадала опіка, міг одмовитись од неї. В Магдебурзькому праві норми про це ми не знаходимо в глосі до обох джерел (S. S. I, 11; I. M. 26). Про них я скажу нижче, як буду говорити про здатність до опіки, бо в Щербича й Гроїцького ці два питання помилково переплутано.

Щоб закінчити з порядком настановлення опікуна, треба ще сказати, що на матері лежала повинність просити своїм дітям опікуна од уряду, якщо іншого опікуна не було (S. S. I, 23 гл.; Saxon, Opiekun, 6). Гроїцький тут додає: „Gdzieby tego nie czyniła tedy, gdy dzieci zmarły, spadku nie będzie się mogła po nich domagać, wedle prawa cesarskiego, do ktorego się ucieć maia, gdy maydeburskiego nie stawa. Ut de hoc Speculo Saxonum libro I, articulo 23 “(Artikuly, 12). Норма дуже важлива, але в Sp. Saxonum, що на нього посилається Гроїцький, її немає. Взято це просто з Enchiridiona Церазіна, який узяв це з римського права, позначивши й джерело.

V. Здатність до опіки.

Питання про здатність до опіки набуває особливого значіння теж тільки з того часу, як зростає погляд на опіку, як на інститут, де єдина мета — охороняти інтереси підопічного. З цієї мети, звичайно, впливає принцип,—хто не здатний охоронити інтереси підопічного, той не може справувати й опіки. Якого-ж погляду додержуються наші джерела в цьому пункті?

Уже в тексті Sp. Saxonum ми знаходимо норму, що недоліток до 21 року не може бути за опікуна (S. S. I, 42). Проте I. M., що повстало пізніш од Sp. Saxonum, як ми вже бачили, не вважає недолітство опікуна за перешкоду до справування опіки, — він стає за опікуна, а пособляє йому його найближчий родич по мечу, тоб-то його опікун (I. M., 49). Гроїцький згадує про це, а Щербич, як і завсіди, перекладає всі згадані місця джерел, лишаючи читачам розбиратись, яка з тих двох норм має силу (Saxon, Opiekun, 16, 47).

Друга перешкода до справування опіки є позбавлення чести (S. S. I, 11 гл.; Saxon, Opiekun, 3).

Що-до жіноцтва, то в тексті S. S. (I, 11) ми знайдемо глуху згадку, що мати може бути за опікунку своїм дітям. Глоса материні права на опікування своїх дітей визначає так: її право переважає право бічних кривних, а інших кривних тільки тоді, коли вони живуть де-інде, або як це опіка над її незаконородженою дитиною. Інші жінки, не матері, могли бути за опікунок, як бракувало родичів близьких по мечу ascendentibus або опікуна, призначеного од батька. Жінка при тому завсіди могла одмовитись від опіки (S. S. I, 11 гл.).

Усі ці норми знаходимо й у Щербича (Saxon Ojciec, Via — łagłowa, 4), а Гроїцький про них не згадує, дарма що в Enchiridion'і, звідки він так часто бере правні норми, ми знаходимо про це постанову, правда, взяту не з джерел Магдебурзького права, а іншого змісту — з римського права. Чи не мовчить Гроїцький знов-таки через те, що і в польському праві ми не знаходимо нічого про право жінок бути за опікунок?

В Юстиніановому праві було позначено ще чимало обставин, що перешкождали бути за опікуна, але в глосі тут викладено їх укупі з обставинами, що давали право одмовитись прийняти опіку (S. S. I, 11 гл.; I. M. 26 гл.). Гроїцький і Щербич додали до цієї плутанини ще своєї (Saxon, Opiekun, 3 і 45; Tytuły 4). У всякому разі, в глосі за абсолютну перешкоду до справування опіки є вік молодший од 21 року й старший од 70 років, а у Гроїцького про ці обставини сказано, що вони дають право одмовитись од справування опіки. Далі в глосі до I. M., як абсолютні перешкоди для опікуна, позначено слабування, недужість, божевілья, а у Щербича все це стоїть поміж обставинами, що дають тільки право одмовитись од опіки; отже божевільний, за Щербичем, як-би був не одмовився прийняти опіку, міг-би справувати її. Певно, це помилка, що її мала виправити вже практика життя.

VI. Скінчення опіки.

Ясна річ, що опіка над недолітками кінчається тоді, як кінчається недолітство. Отже коли воно кінчається? Давніше право не знало визначеної межі між недолітством і повнолітством, — за ознаку повнолітства вважалася фізична стиглість людини. Але цей момент не для всіх людей однаковий, і перехід його не виявляється в певних і для всіх людей ясних ознаках; тим-то розвинуте ділове й економічне життя не може вже погодитись з таким становищем, і тоді починають визначати певну добу, що з неї починається повнолітство людини. В Sp. Saxonum сліди давнього способу встановлення фізичної стиглості людини збереглися, як підсобна форма тоді, як не знати певно віку хлопця. За ознаку було те, чи вкриває волосся певні місця на тілі (S. S. I, 42). Глоса до I. M. зазначає, що цей спосіб було відкинуто навіть як підсобний, щоб не вражати соромливості (I. M. 26). Гроїцький і Щербич зовсім обминають відповідні місця в джерелах.

Перший певний реченець скінчення опіки не міг бути високий, — це допускала як простота давнього життя, так і швидче, ніж тепер, досягання людини за давніх часів. Текст арт. 42 S. S. давав якийсь час ґрунт для помилки, що S. S. знає один тільки реченець повнолітства — 21 рік, коли й кінчається опіка. Приклад такого помилкового зрозуміння цього артикулу знаходимо в одного з давніх істориків німецького права Weiske ¹⁾.

¹⁾ Grundzätze des deutschen Privatrechts nach dem Sachsenspiegel. Leipzig 1826, § 5, 16.

Пізніші досліди виявили, що доба до 21 року поділялася в саксонському праві на дві частини: перша до 13 року, коли кінчалася обов'язкова опіка, і друга до 21 року, коли чоловік міг мати опікуна, якщо в тому була потреба ¹⁾. З наших джерел підтвердження цьому ми знаходимо тільки в глосі. Так, з глоси до S. S. довідуємось, що *pubertas* починається, за саксонським правом, у 12 років, що духівниці писати можна було лише по 14 році, маєтки збувати по 18 р. і, нарешті, справувати опіки лише по 21 року. Глоса до іншого арт. S. S. (I, 42) повторює, що *pubertas* починається по 12 р., *anni discretionis* по 21 року. Проте в глосі до I. M. (26) ми знаходимо вже інший реченець: глосатор пише, що в саксонському праві починається *pubertas* і кінчається опіка для хлопця в 14 років, а для дівчини в 13 років, з того-ж-таки часу людина дістає право розпоряджатися своїм маєтком, а опікуна може собі обрати, як схоче мати його взагалі,—це вже новий принцип, не знати, звідки взятий, бо й у Юстиніановому праві реченець цей був інший: 14 і 12 років. До цієї плутанини Яскерова *glossa marginalis* докидає, що глоси *Iuris Municipaleis* треба вважати за *perplexa*, бо справді *pubertas* починалась по 14 і 13 роках, а *anni discretionis* по 21 року (I. M., 26).

Після сказаного не дивно, що в Гроїцького і Щербича немає однастайности в тім, коли кінчається опіка: адже перед ним був текст S. S. і дві глоси, і кожне з них держалось в цьому питанні свого погляду. Щербич проте тягне за текстом арт. 42 S. S., і тому в його опіка кінчається по 21 році, і опікуна взагалі може не бути, як немає потреби,—отже останній принцип, що має справді силу для другої частини неповнолітства, він помилково поширив на весь час неповнолітства. Не можна дивуватись з цієї помилки Щербича, як ми пригадаємо, що її поділяли й люди, озброєні новішими методами історичного дослідження, ніж ті, що могли бути в XVI столітті.

Що-до Гроїцького, то опіка в його кінчається для хлопця по 14 році, а для дівчини по 13 році, коли опікун має передати їм їхнє добро,—це узяті з глоси. А по 14 році хлопець може обрати собі куратора і „*Kurator trwa, byłoli by potrzeba w swym urzędzie do dwudziestu u pięci lat*“,—останній речінець узяті з Юстиніанового права, бо в глосі його визначено в 21 рік. Можна тепер собі уявити, які труднощі мала практика магдебургій з отакими джерелами права, що з них кожне по-своєму визначало час скінчення опіки.

VII. Забезпечення доброго справування опіки.

Думка отакого забезпечення не чужа й S. S. (I, 23), але розвинуто її тільки в глосі. Способів забезпечення наші джерела знають чотири: інвентар, зарука, повідомлення й заборона набувати маєтки від підопічного.

А) І н в е н т а р. Опікун, поки не спишуть інвентаря майна, що його він приймає в своє опікування, не має права приступити до опіки, вилу-

¹⁾ Rive, l. c., II, 59--60.

чаючи те, що не терпить загайства (S. S. I, 11 гл.; Saxon, Opiekun, 2; Artykuły, Kto ma czynić inwentarz?). Одповідальність його в усякому разі починається з того часу, як він довідався про своє настановлення за опікуна (S. S. I, 23 гл.; Saxon Opiekun, 6). Гроїцький додає, що опікуни, призначені від батька, не повинні списувати інвентаря; тимчасом у джерелах про цю вільготу сказано тільки, що до опікунової повинності давати заруку; тоб-то тут Гроїцький товкує своє джерело за аналогією і не на користь підопічному.

Як опіка скінчиться, опікун повинен здавати все майно підопічному за інвентарем; коли інвентаря бракує, то за довід того, яке було оте майно, вважалось присягу підопічного (S. S. I, 11 гл.; Saxon, Opiekun, 2; Artykuły, Pożytek inwentarza) ¹⁾.

Списування інвентаря в польському житті не давало тих наслідків, що від нього сподівалися; навпаки, воно часто помагало кривдити сиріт. Про це ми довідуємось од Гроїцького. Уряд, — пише він, — може списувати в інвентар тільки те, що йому показують. Тим-то опікун може заздальгидь попереносити в инше місце, що хоче, і тоді вже, списавши інвентаря, захистити себе їм од домагань того, що в ньому не позначено; адже, — додає він, — я знаю чимало людей, що шукають опік, живуть з них, прагнуть дуже до них „chodząc dom od domu, a pilnie przyglądając gdzie która baba już głową trzèsie, a drząc się napia“. Тим-то він радить, поки не списано інвентаря, замикати й запечатувати всеньке добро підопічного (Artykuły, Czas ku czynieniu inwentarza). Глас Гроїцького зостався проте „гласом вопиющего в пустыне“, бо через 6 років після цього, коли в польському земському праві було встановлено повинність списувати інвентар, в законі ми не знаходимо гарантій, рекомендованих у Гроїцького, дарма що він і вдавався був з своєю порадою до *supremi omnium orphano-rum tutores*, тоб-то до королів ²⁾.

Б) З а р у к а. Переходимо до найголовнішого роду забезпечення доброго справування опіки — заруки. Sp. Saxonum остільки ще пройнятий давніми родовими принципами, що одзволяє од заруки опікуна, коли з нього рівночасно й наблизчий законний спадкоємець недоліткові (S. S. I, 23). Щоб показати, яке практичне значіння в давньому житті мали такі опіки, дамо слово Чацькому. Він пише: „Edward Cocks в Англії, Kofold Acher в Данії попереджали, що не слід приручати опіки родичам недолітків, що по його смерті будуть йому спадкоємці, бо такого рода опіка є „quasi agnum committere lupo ad devorandum“ ³⁾. Отже при світлі цього свідчення й того, що писав Гроїцький про польські опікунські порядки, ми знатимемо, як дивитись на дальше поширення згаданої вільготи в гласі до Sp. Saxonum. Бо ця глоса, йдучи слідом за Юсти-

¹⁾ У Гроїцького ми знаходимо ще отаку норму: „Природній опікун, як не спише інвентаря, мав заплатити всі борги, хоч майна підопічного на те й не вистачало-б (Artykuły O opiekunach, 3). Гроїцький посилається тут на Sp. Sax., але не слушно, бо там це сказано лише про спадкоємців.

²⁾ Vol. leg. II, 692.

³⁾ Czacki, l. c., t. II, s. 55.

ніяновим правом (pr. Inst. I, 24), до тих опікунів, які не повинні були давати заруки, прилучила й опікунів, призначених од уряду чи од батька (S. S. I, 23 гл.; *Saxon Oriekun*, 6). Мотив був той, що певність отаких опікунів перевірів уже уряд або батько підопічного. Глоса до I. M. пише вже про цю вільготу тільки для опікуна, призначеного од батька (I. M., 26).

Що-до згаданої вище норми S. *Saxonum* про одзволення од заруки опікуна, коли з нього рівночасно є й законний спадкоємець підопічного, то й Яскер в своєму латинському перекладі, і Щербич у *Saxon*'і переклали арт. 23 не гаразд. Оригінальний текст S. S. не лишає місця для будь-якого вагання, що мова тут мовиться за того опікуна, що був-би спадкоємець недоліткові по його смерті, а не за того, хто дістає спадщину по смерті його батька разом з ним ¹⁾. У Яскера це місце перекладено так, що не можна зрозуміти, який випадок з отих двох він має на увазі: „*Ubi autem tutela et hereditatis successio in unam concurrant personam*“... А що-до Щербича, то тут помилка очевидна: „*A tak gdzieby u opieka u spadek dziedziczny na jednę osobę przyszły*“,—тоб-то тут він має на увазі випадок, коли опікун вже дістав спадщину, разом з своїм підопічним, по смерті його батька. Для помилки Щербича за причину могла бути глоса до S. S. (I, 23), де сказано, що S. S. має тут на увазі той випадок, коли опікун і його підопічний мають спільну спадщину, як от два брати, що з них один є опікун другому (*Saxon, Oriesun*, 10). Але й глосатор тут одхиляється від тексту *Sp. Saxonum*, і з тексту глоси стає зовсім ясно, що тут позначилася саме та тенденція погоджувати, хоч і з натяжкою, *Sp. Saxonum* з римським правом, яку спостеріг був у автора глоси J. von Buch'a Homeyer'a погоджувати доводилося тому, що римське право не знало такого вийнятку.

У тексті *Sp. Saxon* (I, 23) заруку розумілося як персональну (*bürgen setzen*). В німецькому праві того періоду, що-до цього, не було одна-нітності: в одних правах вимагалось реального, а в інших персонального забезпечення ²⁾. Усупереч з текстом *Speculi Saxonum*, глоса встановлює, що опікун має дати в заставу своєму підопічному, в забезпечення доброго справування опіки, якесь своє нерухоме добро (I. M. 26 гл.; *Saxon, Bliski po mieczu*, 9). Достеменно так передає це й Щербич (*Saxon, Oriesun*, 7, 37). У Гроїцького ані в *Artyculach*, ані в *Tytulach* немає ні слова про цей рід забезпечення інтересів підопічного. Схаменувшись, він

¹⁾ Ось цей текст: „*Sve aver des Kindes erve is, dem sol des Kindes vormunde bere- den von jare to jare des Kindes gudes... Wende it is dicke ein der Kindere vormunde, unde ein anderer ir erve. Svar aber die vormunde is ok erve, die ne darf nemanne berekennen des Kindes gut, noch bürgen setten*“. А ось достеменний переклад: „Хто є спадкоємець дитині тому опікун дитини має що-року давати справоздання за майно дитини... Адже часто буває один за опікуна дитині, а другий її (ir) спадкоємець. Якщо-ж опікун (дитини) є теж її спадкоємець (is—другий відмінок од es), то він не повинен нікому давати справоздання за майно дитини, ані давати заруку. (Перекладено з *Wort- i Sach-Register*, що його дав Homeyer в своєму виданні *Speculi Saxonum*).

²⁾ Rive, l. c. 24—25.

захтів був заповнити оцю прогалину за допомогою свого реєстру до Порядку й Артикулів, але робить це, вже ніяк не рахуючись з своїми джерелами. Тим-то в його підопічний начеб-то має *tacitam hypothecam* на маєтностях опікуна (*Registr, Hypoteka*). Годі й казати, що ця конструкція не відповідає змісту оригінальних джерел Магдебурзького права, бо там *hypoteca*, як ми бачили, була не *tacita*, а *expressa*. Не важко знайти і джерело для норми, що її дає Гроїцький, — він ішов за пізнішим римським правом, яке підопічному давало генеральну гіпотечку проти опікуна.

В) Звiдомлення. Це є третій рiд забезпечення доброго справування опіки. Про звiдомлення згадано вже у тексті *Sr. Saxonum*, де від нього відзволено, так само як і від заруки, опікуна, що є враз і майбутній спадкоємець підопічного (*S. S. I, 23; Saxon, Opiekun, 5; Tytuły, Opieka, 8*). Далі глоса встановила, що, здаючи опіку, по скінченні її, і такий опікун має дати справоздання своєму підопічному, або коли він помре, його спадкоємцям (*I. M. 26 гл.; Saxon, Opiekun, 39*). Проте, ця повинність давати, як скінчиться, опіка звiдомлення, не могла лякати опікуна, бо якщо його справозданню не йнято віри, то, щоб підтвердити його, опікунові досить було присягнути (*I. M. 26 гл.; Saxon, Opiekun, 37*). Отже, здавалось-би, інтереси опікуна в опіці й тим вже досить були забезпечені; проте глоса ще додає, що спадкоємець, квітуючи опікуна в зданні майна, має дати йому заруку в забезпечення од майбутніх вимог з приводу опіки од будь-кого (в Яскера цього місця немає). В чім полягала ця зарука, не знати. Скажемо тільки, що в Гроїцького надруковано форму розписки, що її має видати підопічний опікунові, прийнявши од його все добро. З цієї форми довідуємось, що це мала бути генеральна гіпотечка всього рухомого й нерухомого добра підопічного (*Tytuły, Forma kwitu z opieki*). Можна думати, що цю форму Гроїцький узяв з практики Краківської магдебургії, — з неї він не помалу користується в своїх творах. Подекуди підставу для такої думки дає вираз у цій формі, де є згадка про Краків: „...quia nobiles NN., cives Crakovienses“... У всякому разі, це взято не з римського права, де такої норми не було.

Не можна не звернути уваги на те, як у цьому надзвичайному піклуванні тодішнього права про інтереси опікуна виявляються пережитки давнього погляду на цілі опіки, а компроміс двох поглядів у праві не міг у житті не давати перемоги елементові, фактично дужчому—опікунові, як це ми вже й бачили.

Г) Заборона опікунові набувати маєтки з добра підопічного. Глоса до *S. S. (I, 44)* забороняє опікунові всяке таке набування, як грошове, так і даремне, як самому, так і через яку третю підставну людину. Так само цю норму висловлено й в Щербича та Гроїцького (*Saxon, Opiekun, 22, 24; Artykuły, O opiekunach 11; Tytuły 9*).

VIII. Урядовий контроль.

Тут маємо розглянути дві групи норм: а) контроль над збуванням маєтків підопічного й б) одстановлення опікуна за погане справування опіки.

А) Контроль над збуванням маєтків підопічного. Опікун міг збути їх лише з дозволу од суду і тільки з законних і справедливих причин, які він мав довести перед судом. Шість родів таких причин в глосі позначено,—на них слід дивитись лише, як на приклад, бо сьомим пунктом стоїть гуртовий вираз: *propter justas et legitimas causas*. Проте Гроїцький цитує в своїх Артикулах тільки оті шість випадків, звужуючи отак норму (О *opiekunach* 3—5). Тут він іде слідом за *Enchiridion*'ом, але мотив цього одхилення од точного й ясного тексту, можливо, знов треба шукати в польському земському праві. Ще Вислицькі статuti Казимира Великого заборонили опікунам будь-яким способом збувати маєтки підопічного і жадних виїнятків не позначено¹⁾. Не дивно тому, що Гроїцькому широка формула Магдебурзького права здавалася недоброю і він її повузив.

Коли описаний порядок ламав був опікун, то на протест підопічного, як опіка скінчилася, збуття маєтку страчувало свою силу. Реченець для протесту був рік і 6 тижнів, а коли під той час, як опіка скінчилася, підопічний жив у иншій землі (Щербич додає: „під иншим дзвоном“), то 31 рік і 6 тижнів (I. M. 26 гл.; *Sax.*, *Opiekun*, 40).

Вагу описаного контролю зменшено в глосі тим, що як-би опікун збув маєток навіть без судового дозволу, але довів-би потім, що здобуті гроші потратив на користь свого підопічного, то цей останній міг знов дістати свій маєток, тільки повернувши покупцеві гроші.

Знов ми бачимо тут, як право, виходячи з двох противних один одному поглядів, одіймає однією рукою те, що дає другою, а фактичну перемогу в житті повинен дістати й тут не недоліток, а його опікун.

Б) Одстановлення опікуна. Якщо виявиться недобре справування опіки, опікун має бути відстановлений од опіки. Це можна зробити не тільки тоді, як розтрачено яке добро, але й до того (*S. S. I*, 41 гл.; *Sax.*, *Opiekun*, 13).

Позваний до суду опікун, якщо він не стане й на третій раз, стає *balemund*, тоб-то йому забороняється справувати будь-яку опіку (*S. S. I*, 41; *Sax.*, *Opiekun*, 12). Останню норму встановлено спеціально що-до опіки над жіноцтвом, але її не можна не поширити на всяку опіку, як це й робить глоса.

Глоса позначає поодинокі випадки, що можуть бути за підставу для прохання про одстановлення опікуна. Тут ми знаходимо випадок, коли він позбавив підопічного маєтку, погано порядкував маєтками, не давав підопічному як слід удержання, не списав інвентаря, за *culpa lata* (дав значну причину до шкоди—у Щербича), непожиточно продавав речі, не віддав грошей підопічного на відсоток, був неслухняним урядові, почав правити свої власні борги з підопічного, не чекаючи скінчення опіки (*S. S. I*, 41 текст і глоса; *Sax.*, *Opiekun*, 12—14). Усе це тільки приклади; з них можна й слід зробити висновок, що опікуна можна було скинути

¹⁾ Vol. leg, I, 44.

в усіх випадках, де виявлялося погане справування опіки. Проте безчесний він ставав лише в випадку ошукання підопічного, що мало бути виразно зазначено в присуді (*ibidem*). За невеликими винятками всі описані норми повторено у Гроїцького без змін (*Artykuły, O opiekuńcach, 7 i 9*).

Підозрений опікун на час, поки точиться його справа, не може справувати опіки,—на його місце до часу призначають іншого (*S. S. I, 44 гл.; Sax., Opiekun, 22*).

За зразком Юстиніанового права, де *accusatio suspecti* проти опікуна була *quasi publica*, і глоса до *S. S. (I, 42)* дає право скаржитися на опікуна кожній людині, не вилучаючи й жінок (у глосі сказано: матері, бабі, тітці й кожній жінці, що робила-б це з добрим умислом), але спеціально про жінок згадано тут тільки через те, що в інших випадках жінкам давалось право скаржитись тільки за кривди, їм самим пороблені (*Sax., Opiesun, 14*).

Гроїцький (*Артикули, 7 i 9*) дає право скаржитися матері, бабі й тітці, ламаючи отак публічний характер скарг на опікуна, що його глосатори цілком свідомо пересаджували в саксонське право з римського; це право здавалось йому надто широким, і він, не спиняючись, вкоротив його. Тут Гроїцький одхилився був не тільки од оригінальних джерел Магдебурзького права, ба навіть і од *Enchiridion'a*, за яким він так часто йде. В свідомості цього одхилення, отже, не можна вагатись, а найправдоподібнішу причину тому ми знайдемо знов-таки в польському земському праві. Воно не знало публічного характеру *accusatio suspecti* проти опікуна, як це було в римському праві. Тим-то це право кожної, нехай і сторонньої, людини та ще й кожної жінки скаржитися на опікуна не могло не здатись Гроїцькому дивним. А ми вже знаємо, що Гроїцький ніколи не стіснявся з нормами, які йому були не до вподоби; не постіснявся він і тут, не послухавшись навіть свого звичайного порадника Церазіна, що в нього він раз-у-раз бере норми, не позначаючи навіть джерела,—це йому проф. Даргун закидає навіть, як літературний плагіят.

З приводу порядку одстановлення підозреного опікуна слід ще сказати, що суддя може, не дожидаючись скарги на опікуна, сам порушити справу проти нього (*S. S. I, 41 гл.; Sax., Opiekun, 14*). Инакше про це каже одне місце в глосі до *I. M., 26*, що його Щербич у свій *Saxon* не вмістив.

Для одстановлення опікуна треба було, щоб виставлені проти його факти посвідчило сім свідків (*I. M., 26 гл., в Saxon'i*—не згадано).

Для справи проти опікуна суддя має дати недоліткові куратора.

Що-до того, чи повинен був опікун подбати, щоб гроші підопічного не лежали без відсотків, то тут ми маємо спинитись довше. В Юстиніановому праві опікун, якщо не дав на протязі певного часу отих грошей на процент, мав платити проценти сам. Глоса до *S. S.* пішла в тому-ж-таки напрямкові,—такого опікуна можна було навіть одстановити

од опіки за недобре справування її (S. S. I, 11 гл.; Sax., *Oriekun*, 2). Церазін у своєму *Enchiridion*'і висловивсь був проти такого порядку,—це аж надто обтяжує опікуна, бо ставить його під ризик відповідальности за невдатну видачу грошей у позику, не даючи йому жадного пожитку; Церазін посилається на глосу до I. M. арт. 26, цитуючи місце, якого немає ані в Яскера, ані в тих примірниках I. M., що з них робив переклад Щербич; посилається Церазін теж і на краківські порядки, де був звичай складати гроші для переховування в якесь певне місце, аж поки скінчиться опіка. Усе це з Церазіна Гроїцький переписує і в свої Титули (*Orieka*), знов-таки охоче йдучи за польським правом, навіть тоді, як воно не погоджується з нормами Магдебурзького права.

Згадуючи про цю контроверзу, звичайно, ми не можемо становитись ані на один, ані на другий бік,—вагу для нас може мати лише те, на який бік стало життя. Скажемо лише, що од Чацького довідуємось, що не тільки в Кракові, але й в Литві давання грошей на процент була річ соромотна й гріховна, купувати маєтки опікуни боялися, тому гроші лежали без зиску; у Вильні значнішу суму складалося в катедральному костьолі, про що є записи й у Литовській метриці ¹⁾.

ІХ. Платня опікунові.

Лишається розглянути ще це питання, цікаве тим, що воно має зв'язок із цілою організацією опіки. У тій стадії розвитку опікунського права, як опіка мала характер деякої попередньої охорони з боку найближчих спадкоємців можливої в майбутньому спадщини, тоді це питання розв'язувалося в напрямкові *tutelaе usufructuariae*, тоб-то опікунові приналежало користування з цілого майна підопічного, за що він мав удержувати підопічного, а як опіка скінчиться, видати йому без прибутку, але й без одрахування на витрати. На такій стадії стояло й *Sp. Saxonum* (текст 1, 11 і 23; Sax. *Ojciec*, 1) і навіть давніша глоса (S. S. I, 23 гл.; Sax, *Oriekun*, 9). Але пізніша глоса вже покладає на опікуна повинність дбати, щоб навіть і рухоме добро давало якийсь зиск, якщо буде до того змога (*ibidem*). Тоді повинна була повстати думка й про платню опікунові; і справді, в глосі ми знаходимо вже, що суддя може призначити йому платню (S. S. I, 11 гл.; Sax., *Oriekun*, 2).

Глоса до I. M. (26) намагається внести певну систему в поладження цього питання. Якщо опікун витратив свої гроші на маєток підопічного, то він може користуватись з нього, не заплативши чиншу; якщо опікун, доки опіка скінчиться, не встиг повернути собі витрачені гроші, то підопічний має повернути їх опікунові; якщо опікун прийняв засіяну землю, то засіяну має й здати; якщо засіяв сам, і опіка кінчається до дня св. Урбана, то опікун втрачує свої гроші й працю, покладену на засів; а якщо опіка кінчається тоді, як жито час вже жати, то опікун бере жито, а підопічний солому. Якщо опікун якесь рухоме добро, оцінене в певну

¹⁾ Czacki l. c., t. II, s. 58.

суму, пускає в оборот на свій ризик, то зиск од цієї операції він і його спадкоємці беруть собі, як і в інших аналогічних випадках (цьому суперечить глоса до S. S. I, 11, де сказано, що все, набуте грішми підопічного, належить йому, а не опікунові (Sax., Opiekun 2). Рухоме добро, не оцінене, опікун має зберегати (цьому знов-таки суперечить згадане вже місце в глосі до S. S., де сказано, що опікун має дбати, щоб і рухоме добро приносило зиск).

От усі правила глоси що-до платні опікунові, — правила аж надто суперечливі. Погодити їх ніяк не можна; тому знов-таки лишається ждати досліду давніх актів, — він має показати, до якої сторони пристало життя.

Щербич, вірний своєму принципіві, умістив усі оті, без вийнятку, суперечливі норми в свій *Saxon*; Гроїцький не згадує за них ніяк, мовчки обминає їх. Може бути, що причина його мовчанню лежить у тому, що тут мовчить і польське право: в польському писаному праві першу згадку про платню опікунові ми зустрічаємо тільки р. 1775¹⁾.

На цьому закінчуємо виклад опікунського права в наших джерелах. Що можна сказати на підставі наведеного матеріялу про твори Гроїцького й Щербича?—Досліджено одну невеличку частину їхніх творів. Робити тому будь-які конечні висновки не можна. Можна тільки сказати, що коли вибрана для досліду галузь права—закони про опіку над недолітками—є не вийняток, а навпаки, має характерні для творів Гроїцького й Щербича ознаки, то ми маємо: у Щербича, за малими вийнятками, дуже об'єктивну, повну й правдиву передачу своїх джерел, дарма що не вільну од помилок; зате у Гроїцького знаходимо криве дзеркало Магдебурзького права. Він дає аж надто неповний образ цього права, причому не можна навіть сказати тут про нього те, що він сам про себе каже, — що взято з джерел тільки те й саме те, що найчастіше трапляється в житті; не можна сказати цього тому, що бракує багато чого дуже важливого з норм опікунського права. Найменше в творах Гроїцького є об'єктивности: він є суб'єктивний, як вибираючи з своїх джерел те, що вмістити в свою книгу, і одкидаючи решту, так і врізуючи та відмінюючи вміщені норми, як йому розсудиться. У цій суб'єктивності, проте, не могло не бути якоїсь провідної думки,—інакше ми повинні були-б сказати, що тут важив один випадок, а допустити цього не можна, бо, вчитуючись у твори Гроїцького, бачимо, що він мав певні правні погляди, що з нього не є письменник без фізіономії. Паралелізм між численними випадками одхилення його од змісту своїх джерел і навіть випадками обминання їх, з одного боку, і польським земським писаним правом, з другого боку, надто вражає, щоб не спинитись на ньому: адже ми не бачили жадного випадку, де такого паралелізму не було-б. Це вже є така важлива ознака, що вона дає деяке право сподіватись, що й дальші досліди підтвердять

¹⁾ Vol. leg. VIII, 183.

її. Дарма що конечного висновку зробити не можна, а проте цей дослід позначає вже той напрямок, у якому слід шукати такого висновку. Якщо згадаємо, що не Щербич, а Гроїцький був популярніший з них двох у магдебургіях Західньої Руси, а надто Гетьманщини, що для вжитку в судах перекладувано твори не Щербича, а Гроїцького, то нам стане яснішою вага цього висновку й цього досліду.

Щоб закінчити цю розвідку, маємо поставити ще одне запитання: який буде наш присуд над опікунським правом наших магдебургій і чи є потреба такого присуду?

Право, а надто писане право, є, дарма що не всемогутній, а проте дужий соціяльний фактор. Воно кладе на вагу, де важуться суспільні стосунки, своє поважне слово: тим-то вивчити життя якоїсь епохи, не знаючи права її, не можна. Ми бачили, якого змісту було оте слово закону, що-до опіки, в наших магдебургіях. Тепер, покликане на суд історії, воно має ще показати нам, якої воно було вартости, чи відповідало воно отим своїм змістом своєму призначенню, поставленій їм для себе меті, — чи давало воно охорону сиротам-недоліткам і їхньому майну.

В тексті доповіді ми вже не раз були звертали увагу на те, що в *Spec. Saxonicum* і *Ius Municipale* з їхніми глосами, коли брати оті джерела як щось єдине і суцільне, — а ми тут тільки так і можемо брати їх, бо вони вкупі становили діюче право в магдебургіях, — опікунське право пішло по лінії середній, компромісовій між двома поглядами — опіка для охорони інтересів майбутніх можливих спадкоємців і опіка для охорони особи й майна сироти-недолітка. Висловлювали ми і ту думку, що цей компроміс у праві повинен був дати в житті перемогу дужчому елементові — опікунозі. Чули ми й не позбавлений гумору одзив Гроїцького про те, що є в Польщі чимало людей, що живуть з опік, вишукують їх, придивляючись, „чи не трясе вже яка баба головою“. Цей одзив — цінний для нас найбільш через те, що його дає сучасник, самовидець. Сам Гроїцький причину таких порядків убачав у поганому способі укладання інвентарів. Але, очевидно, причина цьому була не тільки в цьому, і ми, справді, не раз були бачили, на який слизький шлях ставало саме право в тих пунктах, що найбільш мали-б забезпечувати інтереси підопічного й добре справування опіки над ним: в питаннях про одзволення трохи не всіх опікунів од укладання інвентаря, дання заруки й звідомлення, про порядок збування маєтків, про матеріяльну відповідальність опікуна й платню йому. *Summa sumptuum*, це таки давало недобрі наслідки, що й примушує Гроїцького знову висловити думки, які ми тепер не можемо читати без усміху.

„Здається, — пише він, — доволі написано в праві, щоб сироти не були ні в чім ошукані; показано й те, як опікуни мають справувати опіку. Але мало вони того додержують, родичі за те не дбають, а уряд не пильнує. Тому по всій короні польській сиротам роблять великі кривди й шкоди, так що, як діти доростуть літ, рідко буває, щоб вони дійшли свого і

щоб їм усе повернулось, що по справедливості належить, а надто гроші й інші рухомі речі. Треба за все те боятись гніву Божого та карання (Artykuly, O opiekuinach 13).

В отакому стані опікунська справа була по всій Короні Польській. Після всього сказаного було-б дивно, як-би вона в іншому стані була в наших магдебургіях,—ми не бачимо факторів, що могли-б внести тут коректив. Хіба тільки те, що життя, може, поставилося до творів Гроїцького та Щербича так, як сам Гроїцький поставився до своїх джерел: поклавши їх осторонь для довідок, вдивлялося більше в щось інше. А як це „щось інше“ були ясні потреби життя, то, може, сиротам і жилося в наших магдебургіях краще, ніж у польських. Про це мають сказати нам акти, але слово за ними ще в будучому.

Сергій Іваницький-Василенко.
