

Є. Ерліх

ЮРИДИЧНА ЛОГІКА.

РОЗДІЛ IV. УЯВЛЕННЯ ПРО ЄДНІСТЬ ПРАВА

Державне праворозуміння має своїм наслідком те, що завжди мінлива з плином часу природа держави стає одним з визначальних чинників для домінуючого в суспільстві уявлення про природу права. По мірі того, як сама по собі держава дедалі більше здається єдиним цілим, державне праворозуміння з необхідністю приводить до того, щоб і право, яке походить від неї, також розглядати як єдине утворення. Це передусім означає, що кожне чинне на державній території правове положення (правоположення) є вираженням єдиної державної волі, і що кожне правоположення, коли б воно не виникло, виражає єдину державну волю. Отже, при розумінні права як єдиного цілого всі правоположення на території держави, якою мірою вона також є територією права, та всі правоположення цієї самої території держави та права у своїй часовій послідовності поєднуються в одне.

Уявлення про єдність права не є первісним, як і уявлення про єдність держави та уявлення про державну територію. Східна, стародавня антична та феодальна держава з правової точки зору не мають державної території; вони простягаються настільки, наскільки їм дозволяють їх військові засоби примусу. Ідея державної території зароджується в античному та середньовічному містидержаві як ідея території міста, пізніше вона з'являється в набагато розвиненішій формі в Римській імперії як *orbis Romanus*; вона потім зникає, незважаючи на міста-держави, у феодальному середньовіччі, щоб потім знову ожити в XVI та XVII століттях. Генрі Сумнер Майн вперше звернув увагу на те, як повільно та поступово *rex Francorum* перетворився на короля Франції, і як старіша форма титулу заново оживає в революційних утвореннях (*empereur des Français*, король бельгійців, король греків). Британська Співдружність своїми колоніями зараз ще не утворює єдину державну територію, так само США ще не стали єдиною державною структурою. Як і державні органи в державній сфері, первісно вони не становлять монолітне утворення. Здавна голова держави не вважає себе зв'язаним розпорядженнями та деклараціями його попередників; так і державний посадовець не зв'язаний тим, що робив чи доручав інший дер-

жавний посадовець, нехай це навіть буде його безпосередній попередник. Окремий носій державної влади спочатку дуже поступово вчиться підкорятися цілому та розуміти, що він мусить не просто займатися своєю справою, а продовжувати роботу своїх попередників. Краббе (*Krabbe*) в своїй прекрасній книзі про державний суверенітет правильно співвідносить між собою поняття: суверенітет, державне верховенство, державна особистість.

Через територіальну єдність права в державі територія держави стає територією права; тому уявлення про єдність права не могло існувати перед тим, як виникло поняття про державну територію. До тих пір право є особистим правом спільності, яким ще було римське право юристів (*ius civile*), котре являло собою просто право римських громадян, та німецьке звичаєве право, яке було правом вільного народу, або це право суду, як преторське право римлян, яке встановлювалося претором лише для того суду, котрий він очолював. Цей стан права панує у всьому середньовіччі і триває в Англії десь до середини XIX ст. Англійське *common law* складалося більшою мірою до того часу з правоположень, які в процесі правосуддя створили п'ять великих та безліч менших судів і які в більшості випадків мали юридичну силу лише для того суду, який їх проголосив. Так само й *equity*: воно виходило від лорда-канцлера і не застосовувалося ні в якій іншій установі, окрім *Chancery*. Право громадян Риму лише за пізніших імператорів поступово стає правом імперії, і не раніше, ніж в середині XIX ст., внаслідок прийняття *Judicature acts*, які об'єднали суди, *common law* та *equity* були злиті в одне обов'язкове для кожного англійського суду право. Але ще й сьогодні окремі частини імперії, Англії, Шотландії, Ірландії, островів навколо Великобританії, колоній утворюють свою власну територію права. З іншого боку, думка про те, що правоположення стають одним цілим через їх відношення до держави, може вперше з'явитися тоді, коли в їх авторах, яким би різноманітним не був їх статус, починають вбачати завжди лише орган цілісної держави. В Римі в класичний час ще не з'являється сама по собі держава як творець правоположення, але є юрист, який його вперше

висловив, претор, який обнародував його в едикті, імператор, який видав конституцію, що містить його. В період імперії взаємозв'язок права юристів та преторського права з державою встановлює лише *ius respon-dendi*, надане імператором юристам, та ініційована імператором кодифікація едикту; при конституціях це відбувається, можливо, через *lex de imperio*. В Англії державне праворозуміння панує ще з часів Гоббса, але все ж тільки в окремих підходах: власне, сьогодні кожне положення прецедентного права вважається творінням судді, який прийняв рішення, та наводиться під його іменем. Тому на цьому ступені розвитку втрата правоположенням юридичної сили часто пов'язується з його автором. Римське право юристів діє не довше того часу, поки залишається в силі авторитет юриста, від якого воно пішло; римське право, створене посадовою особою, припиняло свою дію зі спливом строку перебування її на посаді, імператорське конституційне право в Римі, принаймні більша його частина, як здається, – зі смертю імператора або залишенням ним своєї посади. Як справжнє право, і без часових обмежень, розглядається лише закон: державне право (*statute law*) в англійському розумінні; в Римі це *leges*, пізніше також рішення сенату (*leges de iure civili*, які є обов'язковими лише для громадян, були, скоріше, винятком); в Англії – рішення парламенту з силою закону, але знову не без винятків.

Поки правоположення не зводяться до єдиної державної волі, поки вони виникають незалежно одне від одного в різних частинах державної території і в різні часи, мова не йде про їх обов'язковість для внутрішньо взаємопов'язаного цілого: кожне правоположення позначено відміткою про його походження, виникло незалежно від інших і повинно тлумачитись, виходячи з його власних передумов. Це змінюється, лише коли укріплюється сприйняття законодавця не як фізичної особи, яка надає чинності правоположенням від імені держави, а як вічного, ідеального творця усього правопорядку в державі, закріпленого в правоположеннях. Тому уявлення про єдність права має своєю передумовою уявлення про єдність законодавця: внаслідок цього воно стосується тільки створеного законодавцем права, закону. У безмежній, абсолютистській, централізованій чиновницькій державі Юстиніана, з майже повністю одержавленим, почасти справді низькопробним судочинством, старовинною, незвичайно багатою системою правоположень та механікою правотворчості, з якої ма-

ло-помалу були майже повністю усунені суспільні елементи, вперше за всю історію людства так сильно закріпилася думка про єдність держави. Право і правосуддя так сильно зрослися з державою, що потрібен був лише тільки зовнішній поштовх у вигляді зведення в кодекс усієї існуючої в правоположеннях правової матерії, аби остаточно сформувати передумови уявлення про те, що все право являє собою міцно поєднаний в усіх своїх частинах закон. У вступних розділах юстиніанських збірників права, особливо в приписах стосовно тлумачення, чітко простежується думка про те, що за їх допомогою все відібране до збірників право утворює досконалу єдність. На це спрямоване прагнення, також у Юстиніана, подати право в збірниках настільки повно, щоб суддя міг знайти у ньому будь-яке рішення, якщо він тільки розуміє, як його шукати.

У римських збірниках права юристи, починаючи ще з глосаторів, вбачають як повне зібрання права, так і у всіх своїх частинах споріднене ціле: що було у Юстиніана простим наміром, їм здається вже фактом. Але повнота римських збірників для них є все ж потенційною: збірники, як правило, надають не саме рішення, а лише матеріал, внаслідок опрацювання якого юристами за усіма правилами юридичного мистецтва повинно було б з'явитися вирішення кожної судової справи. Вульгарне державне праворозуміння тоді зводить таке вирішення до основи (причини) закону, конструкції, волі законодавця, і посилене державне праворозуміння толерує його доти, доки воно не суперечить намірам законодавця чи втіленій у законі волі суспільства. Але при цьому глосатори вважають, що правоположення, які містяться в римських збірниках, безпрогальні і є виразом єдиної волі. Це припущення спочатку ще не призводить до чіткого уявлення про єдність усього поміщеного в них права, а хіба тільки до певного методу поведінки з ним: кожне правоположення завжди відноситься до цілого, і результати конструкції розглядаються не як самостійні здобутки юридичного мистецтва, а крізь призму збірників. Тому глосатори все ж ставилися до включених у римські збірники права уривків праць римських юристів та імператорських конституцій, які почасти розділяють століття і які виникли без усілякого взаємозв'язку, є різниці за змістом та спрямуванням, таким чином, якби вони були єдиним законом, котрий вийшов би з одних вуст і котрий був би натхненний одним духом. Лише тільки завдяки мисленнєвій діяльності коментатора безкрая множинність повинна була стати одним цілим; між тими місцями

в тексті, які, безперечно, є повністю незалежними одне від одного, були встановлені зв'язки з метою взаємодоповнення та взаємопояснення, усунені протиріччя за допомогою штучних, без сумніву, не властивих авторам обмежень. Цей спосіб, коли кожне правоположення розглядається крізь сукупність правоположень, і в сукупності правоположень вбачається все право, був збережений потім у якості методу і розвинений у багатьох напрямках юристами за часів спільного права, згодом перенесений в країнах рецепційованого римського права на сучасні кодекси та, врешті-решт, на весь викладений в законах правовий матеріал. В розсіянні в безлічі томів сучасних збірників законодавства неосяжній масі кожне правоположення мусить суміщатися з усіма іншими, кожне правоположення може бути використане для тлумачення іншого, і між ними не може залишатися жодного протиріччя. Таким чином, з усім правом обходилися так, ніби воно було вміть створене геніальним розумом, що значно перевершує земний. Чим більше цей метод вдосконалюється, тим яскравіше проявляється уявлення про єдність права.

Уявлення про єдність права отримало сильний поштовх від природноправового утворення понять у XVII та XVIII століттях. Як я показав в "Основах соціології права" ("*Grundlegung der Soziologie des Rechts*"), всі юридичні поняття є поняттями або суспільних організацій, або конфліктів суспільних інтересів: поняття права особи, корпорації, сім'ї, речового права, договору, заповіту – це поняття суспільної організації, поняття порушення володіння, порушення договору, недозволеної дії, злочину, безпідставного збагачення – це поняття конфлікту суспільних інтересів. Оскільки у всіх цих правовідносинах та конфліктах інтересів можна пересвідчитися на досвіді, то, очевидно, також і поняття про них є емпіричними, взятими з досвіду поняттями. Звісно, юриспруденція ніколи не дійшла б до поняття шлюбу, заставного права, позики, відкриття спадщини, порушення володіння чи зловживання довірою, або взагалі найсучаснішого поняття залізної дороги та недобросовісної конкуренції, якби ці правовідносини та конфлікти інтересів вже не були б присутніми в досвіді. Дуже поширеним вченням про те, що юрист ніби будує ці поняття на основі приписів закону, відповідь лише відкладається: якщо, в поверховій манері вульгарного державного праворозуміння, знехтувати тим, що правовідносини та конфлікти інтересів спочатку були створені державним законодавством, то потрібно буде саме запитати,

звідки законодавець черпає зміст понять. В дійсності більшість правових понять все ж набагато раніше знаходилися в юриспруденції, ніж у законодавстві. Юрист утворює поняття або первісно, на основі свого власного живого споглядання суспільної організації чи конфлікту суспільних інтересів, або ж виводить його з правила, яке міститься в законодавстві чи праві юристів. Але і в останньому випадку юрист, який написав проект закону або від якого походить право юристів, все ж повинен був мати сам досвід живого споглядання суспільної організації чи конфлікту інтересів, адже без цього встановлення правила було б для нього неможливим; крім того, кожен юрист, який приступає до утворення понять на основі закону чи права юристів, повинен певною мірою мати власний досвід спостереження за відповідною організацією чи конфліктом інтересів, оскільки того, що закон або право юристів надають для цього, недостатньо, якщо в законі чи праві юристів вже не міститься повне поняття. Живе споглядання реальності є тому завжди найкращим джерелом юридичних понять. Окрім юридичних понять чинного права, існують також політико-правові поняття, в основі яких знаходиться форма, яку юрист прагне надати існуючому суспільному устрою. Отже, характерною рисою вчення про природне право є те, що воно, не беручи до уваги законодавство та право юристів, намагалося вивести свої поняття виключно з живого споглядання суспільних організацій та конфліктів інтересів і з форми, до якої воно прагне або яка ним запропонована, при цьому воно не робило точного розрізнення між вже існуючим та бажаним устроєм. З кожного юридичного поняття завжди можна вивести норми, які були використані для їх утворення: якщо в чинному праві купівлю визначають як договір, в якому покупець зобов'язується сплатити ціну, то з цього впливає обов'язок сплати купівельної ціни; якщо поняття трудового договору формулюється на політико-правових засадах і визначає його як договір, що не зачіпає особу працівника, то з цього впливають усі політико-правові норми, які охороняють особу працівника. Представники вчення про природне право здійснювали цей спосіб утворення понять та виводу норм з понять з великою майстерністю, правда, не усвідомлюючи, що вони отримували всі бажані для них норми з своїх понять лише тому, що вони їх вже використали для утворення понять. В силу закону економії, який, як довів Мах, панує в усьому людському мисленні, представники природноправового напрямку намагалися сформулювати свої

поняття цілісно та взаємовідповідно, і цього вони могли досягти великою мірою тому, що природне право було не результатом історичного розвитку, як чинне право, а витвором людського розуму: вони прагнули за допомогою своїх понять цілісно охопити суспільство і з них логічно виводити все право. Тому в природному праві уявлення про єдність права вже не визначає методу, за яким опрацьовується чинне право, як у дотеперішній юриспруденції, за порогом свідомості, а стає основою, на якій прагнуть звести будову правознавства. Природноправові поняття знайомлять як із соціологічної точки зору з фактичним станом суспільства, так і з політичної точки зору з картиною устрою, якого варто домагатися, але не розділяючи строго між соціологічним і політичним.

Класична німецька юриспруденція з першої половини XIX століття пішла ще далі від цього завдяки німецькій ідеалістичній філософії. Явно всупереч Канту, на якого вони несправедливо посилалися, філософи цього напрямку вважали, що не тільки споглядання часу й простору, категорії та “максими поведінки”, але й ряд наукових понять не засновуються на досвіді, а існують з самого початку (*a priori*) внаслідок природи людського мислення; поняття мають свою власну, незалежну від досвіду закономірність, людський розум вносить зовнішній світ у світ понять і дає можливість йому там слідувати логічним законам утворення понять або, за Гегелем, діалектичним законам розвитку понять. Рівняючись на них, юристи вчили, що правові поняття позначають не дійсні суспільні відносини чи процеси суспільного життя, а утворені законодавцем (чи самим правом?): правові норми є для них вніслідок цього просто результатом внутрішньої логічної закономірності утворення понять або діалектики розвитку понять. Відповідно завдання юриспруденції полягає в тому, щоб виводити логічно правові норми з понять або діалектично з руху понять, вносити зовнішній світ у правовий світ понять і підкоряти його логічним або діалектичним законам. Згідно з цим поглядом єдність права полягає не в правоположеннях, а в поняттях, з яких випливають правоположення.

Своє завершення юриспруденція поняття знаходить у “природничонауковому методі” у досі неперевершеному викладенні Ієрінга. Відповідно до нього правовідносини вважаються юридичними тілами, аналогічними фізичним тілам: як фізичні тіла причинно-наслідковим чином діють одне на одне, так і юридичні тіла в силу юридичних законів мислення знаходяться у причинно-

наслідковому зв'язку одне з одним. Відповідно причинами змін у світі права постають правоположення: їх дія виявляється в оформленні правовідносин, яке повинно відбуватися згідно з їх приписами. Між цим “природничонауковим методом” і методом природничих наук безодня. Відповідно до природничих законів причина ніколи не породжує належне, а натомість зміну в явищах. Якщо цю форму мислення застосувати в правознавстві, то в якості наслідків дії правоположень можуть вважатися лише суспільні, окремі та загальні фізичні явища, які ними спричиняються: належне є навпаки не наслідком, а змістом правоположення. Правоположення є причиною не тому, що воно встановлює належне: воно є нею тільки у випадках, в яких воно надає привід для людської поведінки. Змістом закону про смертну кару є те, що в певних випадках повинна застосовуватися смертна кара: його дія полягає в тому, що вона фактично накладається в окремих випадках, що в інших випадках присяжні, можливо, щоб уникнути смертної кари, виправдають злочинця, якого б вони в іншому разі засудили, що кількість злочинів зменшується або, як інші, мабуть, правильно вважають, збільшується. Наслідки правоположення відповідають змісту належного тією мірою, якою воно фактично визначає дії людей та рішення судів, але вони не зводяться до цього, оскільки, як правило, вони йдуть значно далі. Змістом правоположення (але не лише тільки ним) займається юриспруденція, його суспільними, окремими і загальними психологічними причинами і наслідками – соціологія, окрема і загальна психологія права. “Природничонауковий метод” Ієрінга був би природничонауковим методом лише в Кантівській “сфері цілей”, де “розумні істоти” керуються виключно моральними та правовими “максимами поведінки.”

Передумови юриспруденції поняття є так само науково безгрунтовними, як і передумови ідеалістичної філософії, від якої вони походять. З Кантом все-таки можна було б погодитися в тому, що форми нашого мислення існують з самого початку: але матеріальний зміст думок згідно з його власним вченням приходить виключно з досвіду. Передусім сам Кант це і довів, що через форми мислення ми не досягнемо матеріального пізнання, скільки б мало він не звертав на цю істину уваги в працях, що зачіпають правознавство, в “Метафізиці звичаїв”, “Критиці практичного розуму”, основах юнацького вчення. Ідеалістична натурфілософія, філософія історії та суспільства також бере з досвіду поняття та за-

кономірності, про які вона вчить: звідкіля ж іще повинна вона це брати, як не із спостережень за природою, історією та суспільством? Якщо вона вважає, що поняття слід виводити із задалегідь існуючих форм мислення, то вона цим тільки обманюється щодо їх емпіричного походження: кожній з її тез передував досвід, певна річ, часто несвідомий. Ідеалістична філософія відрізняється від емпіричної не тим, що вона могла б обійтися без досвіду, а лише тим, що вона в деяких відношеннях марно воліє відійти від нього. Але саме тому вона відмовляється, на відміну від емпіричної філософії, застосовувати часто цілком наукові методи дослідження та використати результати вивчення природи, історичних, суспільних наук: вона задовольняється почасти аматорськими спостереженнями, неперевіреними узагальненнями, поверховими аналогіями. Юриспруденцію поняття, яка хотіла йти шляхами ідеалістичної філософії, спіткала схожа доля. В юриспруденції також можуть бути чисті форми мислення, хоча до них, звісно, не належить все те, що туди відноситься Штаммлером. Але власне юридичні поняття, держава, шлюб, сім'я, володіння, власність, речові права, вимога, договір, окремий та загальний порядок спадкування, вина, покарання, осудність, є не формами мислення, а матеріальними поняттями, які юридичне мислення завдячує живому спогляданню реальності в суспільстві. Це, зрозуміло, має місце і тоді, коли визначення поняття відбувається в законі або в юриспруденції на основі законодавчих норм, адже законодавець завжди засновував свої норми на існуючих суспільних організаціях та конфліктах інтересів. Юриспруденція поняття, яка розглядала юридичні поняття, чи то в законі, чи в праві, як щось таке, що існує задалегідь, отже, не переміщала свого джерела в інше місце, а просто шукала не там, де слід. Але саме з цієї причини її утворення понять було наражене на небезпеку, яку несе з собою кожний хибний метод: вона не перевіряла його знову й знову реальністю, вона вже не запитувала більше, як говорив Мах (*Mach*), про те, як вони узгоджуються з речами, а лише про те, чи узгоджуються вони одне з одним. Оскільки поняття були неаргументованими, то їх легко було побудувати так, щоб вони були повністю у відповідності одне з одним, а норми, які були потрібні, виявлялися не-суперечливими: про ту обставину, що вони показували світ лише у кривому дзеркалі, не потрібно було турбуватися, адже світ повинен був рівнятися на них, а не вони на світ.

Уявлення про єдність права спочатку засновується на зв'язку між уже застосовуваною глосаторами гармонізацією з природноправовим утворенням понять та властивим природному праву способом виведення з понять. В цьому вигляді воно існує вже у XVIII столітті в німецькій, французькій, італійській та голандській юриспруденції і повсюди зберігає свій вплив у XIX столітті, в особливості також на класичну німецьку юриспруденцію. Дедалі менше уваги звертається на те, яку велику роль зіграли представники вчення про природне право як попередники історичної школи в Німеччині, і якою значною мірою вона продовжила справу природного права. Однак поки юриспруденція деінде стоїть на місці з традиційною гармонізацією, природноправовим утворенням понять та виведенням, ідеалістична філософія в Німеччині приводить до власне юриспруденції поняття, схожой на яку за межами Німеччини ніколи не було. Її можна вже добре побачити в часи Савіньї та Пухти, але в наступні десятиліття вона все далі вдосконалювалася. Коли Тьоль (*Thöl*) звернувся до того, щоб у світлі ліберального праворозуміння замінити з'ясування думки законодавця на з'ясування висловленої в законі волі суспільства, він також вперше виразив провідну думку юриспруденції поняття: закон, завдяки системному зв'язку його окремих правоположень між собою та з уже чинним правом, виступає як обнародована воля законодавчої влади настільки самостійно, що воля і думка самих авторів закону не має значення. На цій самостійності ґрунтується те, що закон може бути розумнішим за законодавця чи законодавців. Думка про повністю незалежну від волі законодавця понятійну єдність права здається тут, звичайно, лише висновком з ліберального державного праворозуміння. Про закритість правової системи, як я вже наголошував у моїй юнацькій праці "Про прогалини в праві" ("*Über Lücken im Rechte*"), спочатку недвозначно висловився Брінц (*Brinz*) у своєму відзиві на твір Адікеса (*Adickes*) "До теорії джерел права" ("*Zur Theorie der Rechtsquellen*"): не існує прогалин у праві, те, що так називають, є лише прогалинами з боку позивачів. Глузування, яким Ієрінг вкрив юриспруденцію поняття після свого обернення до юриспруденції інтересів, не вбила її: вона продовжує відчутно діяти й до сьогодні, вона помітно вплинула на, правда, набагато глибші, роботи Штаммлера.

По-новому та зовсім своєрідно юриспруденція поняття висловила свою позицію щодо вічного завдання юриспруденції завжди забезпечу-

вати суддю правоположеннями, які стають для правосуддя опорою та водночас надають йому свободу, якої він потребує, щоб мати змогу встигати за рухом суспільства. Римське процесуальне право не дозволяло судді вчиняти те, на обґрунтування чого процесуальні засоби оскарження (позов, скарга) не наводили деякі правоположення, спільна юриспруденція намагалася створити метод, за допомогою якого суддя зміг би повсякчас обходитися існуючими правоположеннями, державне праворозуміння хоче обмежити суддів у тих речах, які вже визначені наперед у правоположеннях: а в цей час юриспруденція поняття десь у височині звила з правоположень велетенську сіть, яку вона спустить на людство, аби спіймати у свої то ширші, то вузчі петлі без залишку все, що відбувається у цьому світі. Царство понять є цілісним, тому що все, що стало поняттям, вже знайшло в ньому місце, тому що до нього не входить нічого, що перед тим не було б перетворено на поняття: будь-яке формування права є лише утворенням понять. Тут юрист може прогулюватися без перешкод, адже все, що йому могло б ще завадити на землі, буде швидко приборкано за допомогою понять. Державне праворозуміння могло ще примиритися з незалежним правом юристів, оскільки воно було необхідним допоміжним засобом, не доміком, але не розколиною в його системі думок. Завдяки своєму останньому положенню про закритість правової системи юриспруденція поняття взагалі не залишила місця для права юристів: будь-яке правоположення, до якого юриспруденція прийшла б незалежно від закону, вже не могло б належати до цілого, яке утворюють державні правоположення. Тому єдине завдання охопленої уявленням про єдність права юриспруденції полягає в тому, щоб виробити цю єдність, усунути найменші протиріччя та зробити логічні висновки з єдиних передумов.

Наукова цінність вчення залежить від того, скільки матеріальної істини міститься в його записках. Уявлення про єдність права, в якій би формі воно не зустрічалося, завжди спирається на припущення, що різні течії, які несуть на собі право, витікають зі спільного джерела десь у таємничій даліні. Середньовічна юриспруденція, передуючи йому, пішла свідомо шляхами теології, в середовищі якої вона провела своє дитинство; пізніша юриспруденція спільного права, хоча і несвідомо, зберегла обраний напрям. Юриспруденція поняття надала їй лише пізнавально-теоретичного оформлення. Для теології одкровення і традиція слушно являють собою цілі-

сні речі, адже вони містять в собі слово одного Бога; щоб іти вслід за нею, юриспруденція також встановила на початку всіх начал богоподібного законодавця, який настільки досконало володіє великим законом або навіть усім правовим матеріалом, що він, беручи до уваги все ціле, формулює кожне нове правоположення заздалегідь і може узгодити його з уже існуючим правом. Вже середньовічна та пізніша юриспруденція спільного права не брала за основу своїх конструкцій окремі правоположення, а пов'язувала різні правоположення в одне ціле. Для мислених творінь юриспруденції поняття постачати деталі має загалом усе право. В ній властива спільному праву зв'язаність правоположенням стала зв'язаністю правом як цілим. Якщо право справді було б цілісним утворенням, тоді воно було б також придатною основою для такого роду юриспруденції. Право, яке проголошують закони, є рваним, нетривким, вбогим людським створінням. Хто коли-небудь працював над великою книгою, той знає, що майже неможливо написати її зовсім без суперечностей і цілісно, оскільки під час роботи змінюється розуміння, і сліди думок, від яких відмовилися, так і залишаються не поміченими: у випадку великих законів, над якими, більш того, разом працювали декілька осіб, це, принаймні, так само важко, а по відношенню до всього наявного правового матеріалу повністю немислимо. Законодавець, якого передбачає уявлення про єдність права, звісно, ніколи не існував як жива особа або декілька осіб: він – лише персоніфікована єдність держави як джерело єдиного права.

Тільки для наукового, історичного тлумачення кожне правоположення є індивідуальністю, самостійною істотою, яка живе своїм життям і має власну історію. В ній немає нічого, що б не з'явилося в ході історії. Ми бачимо статтю в німецькому цивільному кодексі: ми можемо прослідкувати її походження через усю спільно-правову юриспруденцію до коментаторів і глосаторів, потім до дигестів, від них знову до праць римських юристів, звідкіля і було взято уривок, далі ще, можливо, до збірника права часів римської республіки і, нарешті, вона зводиться, можливо, до якого-небудь ще невідомого нам первісного права. Щоб сповна оцінити кодекс, ми повинні знати, що саме хотів сказати кожен з його авторів, а це значить: як він розумів своїх попередників, що він хотів змінити, додати до цього. На довгому шляху, пройденому правоположенням до цивільного кодексу, кожна частина його змісту походить від того, хто востанне

вклав у нього зміст. Окреме правоположення у законі є тому не просто частиною цілого, а передусім окреме історичне явище, яке вічно несе з собою тягар свого минулого. Усі розсіянні, незалежні один від одного шматки правопорядку в правоположенні стали єдиними, але це тому, що вони пройшли через завжди цілісну в даний момент часу людську свідомість. Тлумачення, яке хоче тільки відтворити смисл, який законодавець пов'язав з правоположенням, повинне зрозуміти його спочатку як окреме історичне явище. З середовища, в якому виникло правоположення, з кодексу, в якому воно знаходиться, з решти правопорядку, що його оточує, до правоположення потрапило лише стільки, скільки містилося у свідомості законодавця в той момент, коли він його складав. Цей зміст свідомості тлумач повинен з'ясувати, не більше того; якщо ж він вийде за його межі, то він вже не тлумачитиме смисл закону, а вкладатиме замість нього інший смисл. Звичайно, автори кодексу мали намір створити загалом цілісну працю та узгодити її з іншим чинним в країні правом; однак вона стала справжньою єдністю лише тією мірою, якою вони досягли цього наміру. Тлумачення може нам показати лише зміст фактично досягнутої єдності, але не зовсім відсутній зміст тієї єдності, якої марно намагалися досягнути.

Тому, якщо в різних місцях одного закону або взагалі в різних законах знаходиться одне й те ж слово, ми не можемо, як це робили старі юристи, одразу вважати, що воно означає одне й те саме: це було б виправданим лише тоді, коли законодавець, встановлюючи значення слова в кожному окремому місці, поширював би його одночасно і на всі інші місця. Якщо в різних місцях одного закону або в різних законах для одного й того ж юридичного складу встановлюються різні наслідки, або протилежні юридичні склади розглядаються однаково, то обмежувальне тлумачення одного припису з урахуванням іншого все ж дозволяється тільки там, де воно відповідає наміру законодавця, де, законодавець, отже, формулюючи одне місце, враховував також і інше. Тому більш пізній закон скасовує той, що йому суперечить, більш ранній, лише якщо законодавець справді цього хотів. Коли здається, що поняття, яке міститься в законі, охоплює інше правове поняття, то все ж таки ми можемо застосовувати перший закон до юридичного складу, що позначається іншим правовим поняттям, тільки коли автор першого закону дійсно це передбачав. Підпорядкування юридичних складів правовим поняттям у законі законодавець повинен здійс-

нювати самостійно, тлумач має тільки завдання з'ясувати встановлене законодавцем підпорядкування. Те, що тут говориться про тлумачення закону, є очевидним щодо права юристів. Ніколи у римлян, англійців чи в спільній юриспруденції правоположення права юристів не відносилося до юридичного складу, про який юрист нічого не хотів сказати. Ми також спостерігаємо сьогодні все ті ж принципи тлумачення по відношенню до висловлювань автора юридичної праці або до підстав рішення суду, на які ми інколи посилаємося. Коли ми при тлумаченні закону так часто грішимо проти нього, то це через те, що ми вимагаємо від законодавця набагато вищої, надлюдської єдності свідомості. Але в дійсності законодавцю з надлюдською свідомістю ми даємо більше, ніж йому може бути потрібно, і спричиняємо насилля над його працями. Звідси виникають усі суворі, безглузді, нестерпні рішення, від яких правосуддя страждає так само, як і ті, що йому підпорядковані.

Відповідно до німецького цивільного кодексу оголошення померлою фізичної особи, яка пропала безвісти, неможливе, якщо від неї у визначений законом строк поступила звістка. Віденський академічний викладач тепер вважає, що оголошення пропалого безвісти померлим не може бути заявлено його дружиною, якщо вона протягом законного строку народить дитину, оскільки це, з урахуванням встановленої законом презумпції шлюбного походження кожної народженої в шлюбі дитини, повинно було б розглядатися як звістка від пропалого безвісти. Над цими міркуваннями дуже багато насміхалися, але, мабуть, несправедливо. Законодавець, який включив до закону поняття звістки від пропалої безвісти особи, при цьому, звичайно, не думав про поняття презумпції шлюбного походження, і це є грубою помилкою підпорядковувати останнє поняття поняттю звістки від пропалої безвісти особи, не питаючи, чи це підпорядкування також було закладено в намірі законодавця. Але майже вся сьогоднішня юридична література все-таки робить те ж саме: від дуже відомих коментарів та монографій дійсно залишилось би небагато, якби з них захотіли б забрати все, створене в той же спосіб. Хто не погоджується з певним дослідженням, повинен був би мати мужність відкидати його не через випадково химерний висновок, а через метод, за допомогою якого воно приходить до нього, і він скоро зрозуміє, що цей метод, який загалом властивий панівній юриспруденції, не витримує ніякої серйозної перевірки.

Уявлення про єдність права означає, що закон як вираз єдиної державної волі являє собою єдність, яка витягує тлумачення на світ Божий. Більше того, класична німецька юриспруденція, згідно з ідеалістичною німецькою філософією, приписує єдності власне логічне життя правових понять, що містяться в законах. Правда, ці поняття є витвором законодавця, оскільки, на відміну від заперечуваного природного права, відповідно до державного праворозуміння – яке, навіть якщо почасти несвідомо, включає в себе класичну школу – правові поняття, які існують незалежно від права, тобто за державним праворозумінням – незалежно від законодавця, однозначно і рішуче відхиляються. Саме по собі це вчення означало б лише те, що законодавець не може встановлювати правові наслідки, які суперечать його власній логіці утворення понять. Тим не менш, римські правові поняття часто розглядаються класичною юриспруденцією як дані раз і назавжди, а їх логіка ставиться вище за логіку законодавця. З цієї причини класична німецька юриспруденція хоче конструювати німецькі та сучасні правові інститути за допомогою римських понять, і коли вони цьому опираються, вона і їх відкидає як “такі, що не піддаються конструюванню”. Цей спосіб дій не можна пояснити однією лише чинністю спільного права у Німеччині, бо, незважаючи на те, що він нерідко має місце і в законодавстві земель, було б необхідно у відповідності до визнаного класичною юриспруденцією принципу, який встановлює, що більш пізніє в часі право скасовує більш раннє, створювати нові поняття для нових правових явищ, не беручи до уваги той факт, чи узгоджуються вони з римськими правовими поняттями. В дійсності мова йде про те, щоб обходитися поняттями спільного права, спільним процесуальним правом та розробленою для нього юридичною технікою, попри її недостатність, також у німецькому, сучасному праві і навіть праві земель. Але те, що класична юриспруденція не замислюючись поширила поняття спільного права і навіть спільне процесуальне право разом з його технікою на сторонні для них сфери, пояснюється все ж лише тим, що єдність, в якій їй уявлялося спільне право, мала для неї певну вічну цінність, і що вона хотіла з цієї причини охопити ними будь-яке інше право.

Незважаючи на це, прагнення єдності права є цілком виправданим: тільки вихідний пункт обрано невірною. Юрист-практик не може працювати з роздрібними, невзасмопов'язаними, суперечливими правоположеннями, викладач або

науковець в галузі права повинен прийти до цілісного розуміння правового матеріалу, якщо він хоче дати дещо більше, ніж його зібрання. Отже, юриспруденція завжди повинна буде прагнути до того, щоб встановити міцний зв'язок між різноманітними, такими, що виникли незалежно одна від одної, частинами правової спадщини. Помилка, на якій засновується уявлення про єдність права, полягає лише в тому, що єдність розуміється як вже існуюча, так що вона через своє тлумачення ніби тільки розкриває юриспруденцію. В дійсності ж єдність є результатом не тлумачення, а правотворчості. Тлумачити закон як єдність і перетворювати його на єдність – це дещо різні речі: перше тільки показує єдність, яка лежить в основі закону, друге створює єдність, яка була чужа закону, вона не взята з закону, а вноситься в закон, вона йде не від матеріалу, а від того, хто його обробляє, вона є роботою не законодавця, а юриста, який її представляє. Таким чином, велика помилка уявлення про єдність права в тому, що воно хоче розв'язати завдання правотворчості засобами тлумачення. Юрист, який усвідомлює, що він не в змозі усунути розбіжність в законі за допомогою тлумачення, не буде чинити над законом примус, щоб дійти до правильного зваження інтересів.

Коли положення про конкурсне провадження виходить з того, що відкриття конкурсного провадження передбачає здатність неспроможного боржника декількох кредиторів погасити борг за рахунок належного йому майна, то законодавець цим, безперечно, позначив ряд випадків, які він хотів внести до визначення. Ці випадки можна з'ясувати внаслідок простого тлумачення. При цьому та обставина, що в іншому законі за певним правовим інститутом визнається здатність погасити борг за рахунок майна, буде лише тоді враховуватись при тлумаченні, коли з'ясується, що законодавець це сам передбачив. Курортні землі австрійської монархії, безсумнівно, мають таку здатність, але вряди вони можуть оголосити себе неплатоспроможними, в будь-якому разі, це не вирішувалося б положенням про конкурсне провадження, оскільки законодавцем таке не передбачалося. Тому юрист повинен, виходячи за межі простого тлумачення, досягнути всю галузь права, і в усіх випадках, де виникають сумніви щодо питання про здатність осіб оголошувати себе неплатоспроможними, або де законодавцем воно не ставилося, вирішити це питання шляхом самостійного зваження інтересів. В такий спосіб юрист приходять до цілісного розуміння всього правового матеріалу. Але було

б зовсім неправильно розглядати такі рішення як рішення законодавця: йдеться виключно про рішення юриста.

Імперський верховний суд так само виходить з уявлення про єдність права, коли він застосовує визначення цивільного кодексу – про те, що за наявності вини постраждалого обов'язок відшкодування шкоди, а також розміри відшкодування залежать від того, чи була шкода спричинена переважно однією чи іншою стороною – до обов'язку залізниць з відшкодування шкоди, встановленого Законом про майнову відповідальність за завдання шкоди, і тому зобов'язує залізницю нести частину відшкодування шкоди і тоді, коли б з її боку зовсім не було вини. Це не є результатом тлумачення, адже ніщо не говорить на користь того, що автори цивільного кодексу або нової редакції Закону про майнову відповідальність за завдання шкоди мали намір пов'язати обидва визначення між собою. Це самостійна правотворчість Імперського верховного суду, якій ми завдячуємо те, що за наявності вини постраждалого відшкодування шкоди належним чином розподіляється між ним і залізницею.

Якщо ж намагатися знайти такі самостійні норми-рішення, на догоду уявленню про єдність права, не шляхом вільного зваження інтересів, то вони будуть ні чим іншим, як конструкціями. Як і будь-яка інша конструкція, конструкція юриспруденції поняття також полягає у прийомі, згідно з яким правоположення, без жодних помітних змін у ньому, застосовується до установи чи конфлікту інтересів, для яких воно не призначалося. Стара спільна юриспруденція конструювала таким чином, що нове відношення або конфлікт інтересів вона підпорядковувала старому правоположенню, юриспруденція поняття, на відміну від цього, утворює незалежно від правоположення власне поняття, яке, будучи більш загальним, ніж те, про яке йде мова у правоположенні, включає його в себе і виводить звідси правоположення для нової правової установи або нового конфлікту інтересів. Цей метод є лише наслідком видозмінення, часто також викривлення методу спільного права, в результаті ж конструкції спільного права, як правило, співпадають з конструкціями юриспруденції поняття. Тому юриспруденція поняття до вже існуючих компонентів юридичної логіки (римського процесуального права, властивій спільному праву прив'язки до правоположення, державного праворозуміння) додала тільки один новий компонент – понятійну єдність усього права, і цим зробила структуру набагато заплутанішою та незро-

зумілішою, а не міцнішою. Як конструкції спільного права, так і конструкції юриспруденції поняття завжди приводили до самостійного права юристів. То ж юриспруденція поняття, слідом за спільною юриспруденцією та державним праворозумінням, знову-таки приходять через уявлення про закритість і єдність права до конструкції та права юристів, як би вона того не хотіла. Нічого іншого і не слід було чекати, оскільки всі вони, спільна юриспруденція, державне праворозуміння та юриспруденція поняття, прямують в сутності зі схожого вихідного пункту до, очевидно, однакової мети. Вони повинні сталим набором правоположень забезпечити весь суспільний розвиток, тобто крок за кроком йти вслід за змінами, не рухаючись при цьому з місця. Цей закид, звичайно, не припускає справжнього рішення, натомість можливі лише уявні рішення. Спільна юриспруденція хотіла застосовувати правоположення, але все ж таки застосовувала не правоположення, а результати своєї власної вправності, державне праворозуміння робило вигляд, ніби воно тлумачить закон, і все ж не тлумачило його, а змінювало під себе, юриспруденція поняття ніби зверталася до вічних понять, що знаходяться в основі правоположень, і все-таки щоразу утворювала поняття таким чином, що вони забезпечували заздалегідь бажаний результат. Спільна юриспруденція конструювала правоположення, державне праворозуміння – закон, юриспруденція поняття – поняття; в той час як конструкція в спільній юриспруденції являє собою результат її власної діяльності, то державним праворозумінням вона повертається до закону, а юриспруденцією поняття наперед визначається у понятті. Різниця полягає більше в способі виконання, ніж у результаті. Тому поняття юриспруденції поняття в цілому співпадають зі старими конструкціями, тільки вираження є абстрактнішим, в стилі ідеалістичної філософії. Правда, на ній позначилося те, що вона не зважала на суспільне походження своїх понять, що вона хотіла зануритися в словесні формулювання римських збірників права, що вона турбувалася більше про логічність, аніж про практичну корисність цього утворення понять, що вона розраховувала обійтися у всіх випадках чистою логікою, або тим, що вона нею вважала, і внаслідок цього часто приходила до висновків, які явно суперечили будь-якому розумному зваженню інтересів, що вона, аби тільки уникнути протиріччя, не відступала ні перед яким педантизмом. Це часто надавало їй роботам відірваного від життя, екстравагантного вигляду, але, врешті-решт, помил-

ково утворене поняття про реальність попри все залишається поняттям про реальність, хоча, як звичайно, і хибним.

Право в дійсності хоча і становить єдність, але не єдність правоположень. Правоположення утворюють єдність лише у зв'язку з суспільством, в якому вони діють. Якщо хто хоче зрозуміти єдність права, йому слід враховувати, крім правоположень, ще й існуючий у правовідносинах порядок. Але цей порядок не є чимось сталим, він змінюється, постійно створюється заново завдяки тому, що конфліктуючі суспільні інтереси з плином часу нарешті розчиняються в правопорядках. Можливо, дехто з сучасного

покоління ще побачить правопорядок, до якого увіллються суперечки між державами, які борються одна з одною прямо тепер. Ми, люди, можемо не більше, як долучитися до того, щоб протягом короткого часу продовжити будівництво, а правоположення, вони можуть походити від законодавця або юриста, означають лише окремі етапи, які при цьому досягаються: вони не являють собою єдине ціле, як будь-які людські творіння. Велика єдність суспільства знову ж таки є лише часткою великої єдності світу, яка готується протягом усього розвитку, але яка не може бути досягнута, поки в цьому світі розвиток ще має місце.

Переклад з німецької Д. С. Дороша

Е. Эрлих

«ЮРИДИЧЕСКАЯ ЛОГИКА».
РАЗДЕЛ IV. ПРЕДСТАВЛЕНИЕ О ЦЕЛОСТНОСТИ ПРАВА

Эрлих, на основании исторически правового анализа, размышляет о целостности права и приходит к заключению о том, что право в действительности, хотя и представляет собою целостность, есть не целостность правовых положений. Учёный критикует умозрные представления о праве от юриспруденции понятий. Он подчёркивает, что правовые положения также формируют часть целостности права только через связь с обществом, в котором они действуют. Желающий понять целостность права, должен учитывать, кроме правовых положений, существующий в правоотношениях порядок.

Е. Ehrlich

«THE JURIDICAL LOGIC».
CHAPTER IV. THE IMAGE OF THE UNITY OF LAW

Eugen Ehrlich, using the historical analysis, contemplates on the unity (integrity) of law and concludes that law in reality, though it is a unity, is not the unity of legal provisions. The scholar criticizes notional and speculative concepts of the *Begriffsjurisprudenz*. He emphasizes that legal provisions also form the unity of law but yet by its relation with the society in which they exist. In order to comprehend the unity of law one has to take into account not only legal provisions but also the existing order of legal relations.