

**СУЧАСНІ УКРАЇНСЬКІ ПЕРЕКЛАДИ
ПРАЦЬ ЄВГЕНА ЕРЛІХА
MODERN UKRAINIAN TRANSLATIONS
OF EUGEN EHRLICH'S PAPERS**

УДК 34.01-027.21

DOI <https://doi.org/10.32782/ehrlichsjournal-2020-4.01>

Юридична логіка

Тюбінген

Видавництво Й. К. Б. Мор (Пауль Зібек)

1918

Євген Ерліх¹

ЄВГЕН ЕРЛІХ

*Пер. з нім., наукова редакція та анотація В. В. Трутня
Чернівецького національного університету, Україна*

Анотація. У розділі «Уявлення про єдність права» із «Юридичної логіки» Є. Ерліха за виданнями 1918/1917 року йдеться про три питання, а саме: про історію і критику уявлення про єдність права як одного із будівельних каменів юридичної логіки, а також про конструктивний вихід із становища, що склалося.

У випадку з історією Є. Ерліх демонструє те, як юристи справлялися з проблемою єдності права в рамках рецепції римського права, в контексті доктрини природного, а також так званої юриспруденції понять, якій приділяється особлива увага.

Історія уявлення про єдність тісно переплітається у Є. Ерліха з його критикою, яку можна звести, зокрема, до критики герменевтичного уявлення про те, що текст може бути розумнішим за його автора, відкидання системного підходу до права на користь індивідуального аналізу правової норми тощо. При тлумаченні Є. Ерліх віддає перевагу волі законодавця перед дослівним текстом правової норми.

Особливо цікавим є формулювання постулату методичної чесності, який, якщо скористатися словами Є. Ерліха, має зважати на те, що «у дійсності єдність є результатом не тлумачення, а правотворчості. ... Велика вада уявлення про єдність права полягає ... в тому, що воно бажає розв'язувати завдання правотворчості засобами тлумачення» (див. стор. 143 або 267 оригіналу відповідно 1918 або 1917 року).

У підсумку Є. Ерліх пропонує зважування інтересів як вихід із ситуації, що склалася, а також показує, що чисто нормативне уявлення про єдність права має поступитися місцем нормативно-емпіричному уявленню.

Розділ про єдність права може бути цікавим українському юристові, який задумується над питанням про матеріальну і методичну відкритість права.

Видання «Юридичної логіки» Є. Ерліха 1918 і 1917 року є стереотипними в частині основного тексту (відповідно стор. 1–315 = 125–439, в т. ч. стор. 121–147 = 245–271), причому видання 1917 – це велика журнальна стаття, а видання 1918 – монографія, яка містить зміст, передмову, предметний покажчик та ін., а також ідентичний, за винятком нумерації сторінок, попередній текст. В цілому йдеться не стільки про юридичну логіку, скільки про її історію і конструктивну критику з погляду соціологічної юриспруденції (юриспруденції інтересів) і соціології права.

Ключові поняття: історія і критика юридичної логіки, конструкція, юриспруденція понять, постулат методичної чесності, зважування інтересів.

Передмова

Більшість дилетантів і багато юристів вважають сьогодні само собою зрозумілим, що завдання суддівського правознаходження полягає в основному в логічному виведенні вирішення окремої справи

¹ Ehrlich E. Die juristische Logik. Tübingen: Mohr, 1918. VII, 337 (≈ Ehrlich E. Die juristische Logik // Archiv für die civilistische Praxis. 1917. Bd. 115. Heft 2/3. S. 125–439).

Пагінація оригіналу передана за допомогою ■|, причому номер сторінки вказується на її початку, ■ означає кінець попередньої сторінки, а □ – пусту сторінку. Спочатку вказана сторінка публікації 1918, а потім 1917 року.

У перекладі слова, які в оригіналі виділені розрядкою, виділяються малими прописними літерами. Вставки перекладача беруться в дужки і виділяються словом sc. (scilicet, ≈ тобто). Підготував виноски і анотацію В. Трутень.

з розпоряджень закону. В цій само собою зрозумілості є так багато того, що аж ніяк не є само собою зрозумілим, що теорія пізнання, історія права, логіка, психологія і соціологія мусять об'єднати зусилля, щоб ми усвідомили, звідки походить ця теза, що опановує всією сучасною юриспруденцією, що вона означає, як далеко сягає, куди веде. Це я відзначив уже більш ніж тридцять років тому, коли вперше з юнацьким запалом взявся за цей предмет у своїй праці: «Про прогалини в праві»². Відтоді я ніколи не відривав від нього очей і стою тепер, зрілою людиною, перед тривожним питанням, чи впорався я уже певною мірою з ним.

Йдеться про те, із яких суспільних взаємозв'язків вийшла згадана теза і в які суспільні взаємозв'язки вона скерувала правознаходження. Тому запропонована праця є загалом доповненням мого «Закладання основ соціології права»³. Як там про усілякі інші явища правового життя було заявлено, що вони виростають із суспільства і породжують суспільну дію, так це тут повинно бути показано для методів юридичного мислення.

Відень у лютому 1918 року.

■|_{VI}|□|_{VII}

Зміст

		стор.	
		[1918]	1917
[Передмова]		[V]	–
[Зміст]		[VII]	–
Перша частина:			
Історичні основи юридичної логіки			
I.	Зв'язаність правоположенням в акційному праві	1	125
II.	Загально-правова зв'язаність правоположенням	48	172
III.	Державне праворозуміння.....	81	205
IV.	Уявлення про єдність права.....	121	245
V.	Ціле юридичної логіки	147	271
VI.	Сучасні кодекси	165	289
Друга частина:			
Методи юридичної логіки			
I.	Логічне виведення.....	179	303
II.	Розширення правоположення	223	347
III.	Юридична конструкція.....	252	376
IV.	Цінність юридичної логіки	288	411
V.	Предметний покажчик.....	316	–

ПЕРША ЧАСТИНА

Історичні основи юридичної логіки

IV. Уявлення про єдність права⁴

Державне праворозуміння має наслідком те, що постійно мінлива природа держави з плином часу стає співвизначальною для панівного в суспільстві уявлення про природу права. Чим більше сама держава уявляється як єдність, тим більше державне праворозуміння веде з необхідністю до розгляду

2 Ehrlich E. Über Lücken im Rechte // Juristische Blätter. 1888 Nr. 38–53, Jg. 17. S. 447–630: 447–449, 459–461, 471–473, 483–185, 495–498, 510–512, 522–525, 535–536, 546–547, 558, 569–570, 581–583, 594–597, 603–605, 618–620, 627–630.

3 Ehrlich E. Grundlegung der Soziologie des Rechts. München Leipzig: Duncker & Humblot, 1913. 409 S.

4 Die Vorstellung von der Einheit des Rechts // Ehrlich E. Die juristische Logik. Tübingen: Mohr, 1918. S. V–VII, 121–147 (= Die Vorstellung von der Einheit des Rechts // Ehrlich E. Die juristische Logik // Archiv für die civilistische Praxis. 1917. Bd. 115. Heft 2/3. S. 245–271).

також права, яке бере початок від неї, як єдності. Це передусім означає, що кожне чинне на території держави правоположення є виразом єдиної державної волі і що кожне правоположення, коли б воно не виникло, виражає єдину державну волю. Тому в уявленні про єдність права всі правоположення на якійсь території держави тією мірою, якою ця територія держави є також територією права, і всі правоположення тієї самої території держави і права сполучаються в єдність в своїй часовій послідовності.

Уявлення про єдність права є так само мало первісним, як й явлення про єдність держави й уявлення про територію держави. Східна, рання антична і феодальна держава юридично не мають території держави; вони сягають так далеко, як й їхні засоби військової могутності. Думка про територію держави проростає в античному й середньовічному місті-державі тільки як думка про територію міста, а пізніше з'являється ще у значно більш розвиненій формі в римській імперії як (*sc.* думка про) *orbis Romanus*; вона зникає потім, якщо відволіктися від міст-держав, у феодальному Середньовіччі, щоб знову ожити в XVI та XVII століттях. Генрі Самнер Мен вперше вказав на те, як повільно й поступово *rex Francorum* перетворювався в короля Франції і як рання форма титулу оживає раз ■_{122/246} у раз в революційних формах (*empereur des Français*, король бельгійців, король греків). Британська світова імперія не утворює зі своїми колоніями ще зараз єдину територію держави і також Сполучені Штати Америки не зрослися в повністю єдину державну сутність. Так само мало, як і державні органи на державному просторі, вони є на початку в своїй послідовності єдиним утворенням. Первісно глава держави не вважає себе зв'язаним розпорядженнями й заявами своїх попередників; так само мало службовець – тим, що інший службовець, навіть якщо це його безпосередній попередник на посаді, зробив або полишив. Тільки дуже поступово окремий носій державної влади вчиться скорятися цілому і розуміти, що він має робити не суто свою власну справу, а й продовжувати справу своїх попередників. В своїй прекрасній книзі про правовий суверенітет Краббе доречно пов'язує разом такі поняття, як: суверенітет, верховенство держави, державна особистість. Завдяки просторовій єдності права на території держави територія держави стає територією права; тому уявлення про єдність права було немислимим, перш ніж не виникло явлення про територію держави. До того часу право – це особисте право союзу, як ще римське право юристів (*ius civile*), яке було суто правом римських громадян, і німецькі народні права були правом сукупності вільних людей народу, або це право суду, як-от преторське право римлян, яке претор пропонував завжди тільки суду, в якому він головував. Цей стан права панує протягом всього Середньовіччя й триває в Англії до пізнього XIX століття. Англійське *common law* складалося раніше здебільшого з правоположень, які створили п'ять великих і безліч менших судів у своєму здійсненні правосуддя і які найчастіше були чинними тільки для ■_{123/247} суду, який їх висловив. Так і *equity*: вона виходила від канцлера й не існувала для жодного іншого відомства, крім суду лорда-канцлера. Право громадян міста Рима поступово стає імперським правом тільки за часів пізніх імператорів і не раніше середини XIX століття *common law* і *equity* сплавилися, завдяки *Judicature acts*, які об'єднали суди, в обов'язкове для кожного англійського суду територіальне право. Але навіть в цей час окремі частини імперії – Англія, Шотландія, Ірландія, острови довкола Великобританії, колонії – утворюють кожна свою власну територію права. З іншого боку, думка, що правоположення стають внутрішньо зв'язною єдністю завдяки своєму зв'язку з державою, може з'явитися все ж тільки після того, як досягли бачення в їхніх авторах, яким би різним не було їхнє становище, все ж всього тільки органу єдиної держави. У Римі навіть у класичний період творцем правоположення уявляється ще не держава, а юрист, який його вперше висловив, претор, який його обнародує в едикті, імператор, який ухвалив конституції, які його містять. В імператорський період тільки надане юристам імператором *ius respondendi* і викликана імператором кодифікація едикту створює вільний взаємозв'язок права юристів і преторського права з державою: у конституціях це відбувається, можливо, завдяки *lex de imperio*. В Англії державне праворозуміння посідає панівне становище, щоправда, вже з часів Гоббса, але все ж тільки в окремих підходах: навіть сьогодні кожне положення суддівського права має чинність як витвір судді, який ухвалив рішення, і наводиться під його іменем. Тому правоположення на цьому ступені розвитку часто складає свої повноваження разом зі своїм автором. Римське право юристів продовжується не далі, ніж залишається дієвим авторитет юриста, від якого воно виходило; римське ■_{124/248} посадове право втрачало силу разом із посадовим роком, імператорське право конституцій у Римі, принаймні у принципі, як здається, з кончиною або відставкою імператора. Як дійсне територіальне право й без часового обмеження трактується тільки закон: державне право (*statute law*) в англійському сенсі; у Римі це *leges*, пізніше також

сенатусконсульти (*leges de iure civile*, які обов'язкові тільки для громадян, були, мабуть, винятком); в Англії – ухвали парламенту з силою закону, але знову не без винятку. Доки правоположення не зводяться до єдиної державної волі, доки вони виникають у різних частинах території держави й в різні часи незалежно одне від одного, про їхнє сполучення в одне внутрішньо зв'язне ціле немає й мови: кожне правоположення оснащено своєю маркою походження, виникло незалежно від інших і повинне тлумачитися зі своїх власних передумов. Це змінюється тільки тоді, коли утверджується думка, що законодавця слід розглядати не як фізичну особу, яка за дорученням держави надає чинності правоположенню, а як позачасового, ідеального автора усього правового порядку в державі, який збігся до правоположень. Тому уявлення про єдність права передбачає уявлення про єдність законодавця: воно стосується внаслідок цього тільки отриманого від законодавця права, закону. В безмежній, абсолютистській, централізованій державі службовців Юстиніана, з мало не цілком одержавленим, частково доволі малоякісним суддівським станом, стародавнім, надзвичайно багатим корпусом правоположень і механікою утворення правоположень, із якої суспільні елементи поступово були виключені мало не цілком, утвердилася вперше в історії людства думка про єдність держави вже так сильно, право й правосуддя ■_{125/249} так тісно зрослося з державою, що потрібен був всього тільки якийсь зовнішній поштовх завдяки об'єднанню в кодексі всього юридичного матеріалу, існуючого в правоположеннях, щоб створити передумови для уявлення, що все право є зв'язним у всіх частинах законом. У вступних конституціях юстиніанівських правових збірників, особливо в приписах про тлумачення, вже світилася ясно відчутна думка, що завдяки ним все перейняте в правові збірники право було оформлене в досконалу єдність. У Юстиніана до цього приєднується також прагнення надавати право в правових збірниках так повно, щоб суддя міг знаходити кожне рішення, якби він тільки розумів, як його там шукати.

В римських правових збірниках юристи бачать уже з часу глосаторів як повне об'єднання права, так й у всіх частинах зв'язне ціле: те, що у Юстиніана було простим наміром, їм здається уже фактом. Але повнота римських правових збірників має значення для них усе ще як потенційна: правові збірники надають, як правило, не самі рішення, а тільки постачають матеріал, із мистецького трактування якого юристом мусило б випливати вирішення кожної правової справи. Вульгарне державне праворозуміння зводить потім мистецьке вирішення на підставі закону, конструкцію, до волі законодавця, а підвищене державне праворозуміння терпить її тією мірою, якою вона не суперечить наміру законодавця або втілений в законі волі суспільства. Однак уже глосатори передбачають при цьому, що вміщені у римських правових збірниках правоположення є безпрогальними і виражають єдину волю. Ця передумова спочатку ■_{126/250} ще не веде до ясного уявлення про єдність усього ухваленого в них права, а тільки до певного методу його трактування: кожне правоположення завжди стосується, згідно з цим, усього права, а результати конструкції не розглядаються як самостійні вироби юридичного мистецтва, а додумуються (*hineinlesen*) в правові збірники. Тому глосатори розглядали перейняті в римські правові збірники фрагменти із праць римських юристів і імператорських конституцій, що частково виникали впродовж століть роздільно і без якого-небудь взаємозв'язку, будучи цілком по-різному налаштованими за змістом й прагненням, все ж так, начебто вони були єдиним законом, який злетів з одних вуст і був би натхненний одним духом. Завдяки простій роботі думки тлумача нескінченна множина повинна була стати одним цілим; між вочевидь цілком незалежними один від одного фрагментами були проведені сполучення, щоб вони взаємно доповнювали і пояснювали одне одного, а також були згладжені в гармонії суперечності штучними обмеженнями, без сумніву незнайомими авторам. Цей спосіб розглядати у кожному правоположенні сукупність правоположень й вбачати все право в сукупності правоположень був збережений потім як метод пізніми загально-правовими юристами і розвинутий далі у багатьох напрямках, а згодом в країнах реципованого римського права був перенесений на сучасні кодекси і, зрештою, на весь юридичний матеріал, що викладений у законах. У неозорій масі, розпорошеній у нескінченних томах сучасних зібрань законів, кожне правоположення мусить з'єднуватися зі всіма іншими, кожне правоположення може використовуватися для витлумачення іншого і жодна суперечність серед них не може залишатися незгладженою. Тому все право трактувалося так, немов воно було відлито із одного шматка духом з іскрою Божою, який ■_{127/251} далеко перевершує земну міру. Чим більше вдосконалюється метод, тим сильніше виражається в ньому уявлення про єдність права.

Могутню спонуку уявлення про єдність права отримує від природно-правового утворення поняття в XVII та XVIII століттях. Як я роз'яснив у «Закладанні основ соціології права», всі без

винятку юридичні поняття – це або поняття про суспільні установи, або про суспільні протилежності інтересів: поняття права особистості, корпорації, сім'ї, речового права, договору, останньовольового розпорядження – це поняття суспільної установи, поняття порушення володіння, порушення договору, поняття недозволеної дії, злочину, невинуватого збагачення – це поняття про суспільну протилежність інтересів. Оскільки всі ці правовідносини й протилежності інтересів – це досвідні факти, то вочевидь також поняття про них є емпіричними поняттями, запозиченими з досвіду. Звісна річ, юриспруденція ніколи не дійшла б до поняття шлюбу, права застави, позички, відкриття спадщини, порушення володіння чи розтрати або й поготів до вкрай сучасного поняття залізниці й нечесної конкуренції, якби ці правовідносини й протилежності інтересів не були вже дані в досвіді. Завдяки дуже поширеному вченню, що юрист утворює ці поняття на підставі законних розпоряджень, відповідь тільки відкладається: якщо не хочеться припускати, як це поверхнево робить вульгарне державне праворозуміння, що правовідносини й протилежності інтересів були вперше створені державним законодавством, то відразу мусимо запитати, звідки законодавець черпав би зміст понять. Проте у дійсності більшість правових понять були наявними в юриспруденції набагато ■_{128/252} раніше, ніж в законодавстві. Юрист утворює поняття або первісно, на підставі свого власного живого споглядання суспільної установи й суспільної протилежності інтересів, або він виводить його з регулювання, яке установа або протилежність інтересів відчули на собі у законодавстві або в праві юристів. Але й останнього разу юрист, який проектував закон або від якого бере початок право юристів, все ж мусить сам мати живе споглядання установи або протилежності інтересів, бо для нього регулювання без цього не було б можливим; крім того, кожний юрист, який береться за утворення поняття на підставі закону або права юристів, мусить мати певну міру власного споглядання відповідної установи або протилежності інтересів, бо того, що дає для цього закон або право юристів, недостатньо, якщо повне поняття вже не вміщено в законі або в праві юристів. Тому живе споглядання дійсності завжди є найкращим джерелом юридичних понять. Крім юридичних понять чинного права існують також політико-правові поняття, в основу яких покладено оформлення, яке юрист намагається дати існуючому суспільному устрою. Показовим для доктрини природного права тепер є те, що вона намагалася запозичувати свої поняття, з виключенням законодавства й права юристів, винятково із живого споглядання суспільних установ і протилежностей інтересів і з оформлення, якого вона прагнула або пропонувала, при цьому, однак, не проводячи чіткої відмінності між уже наявним устроєм і таким, якого прагнула. З кожного юридичного поняття завжди можна запозичити норми, які були використані для його побудови: якщо визначають купівлю-продаж чинного права як договір, завдяки якому покупець ■_{129/253} зобов'язується сплатити ціну, то із цього впливає обов'язок сплати купівельної ціни; якщо поняття трудового договору виражають політико-юридично як поняття договору, яке не торкається особистості робітника, то із цього впливають всі політико-юридичні норми, які оберігають особистість робітника. Викладачі природного права вдавалися з великою майстерністю до цього способу утворення поняття й виведення норм із понять, не усвідомлюючи, однак, того, що вони одержували всі бажані для них норми тільки тому з їхніх понять, що вони уже використали їх для утворення поняття. Завдяки закону економії, який, як довів Мах, опановує всім людським мисленням, викладачі природного права старалися формувати свої поняття одноманітно й узгоджено одне з одним і вони могли цього досягати найвищою мірою тому, що природне право не було, як-от чинне право, результатом історичного розвитку, а було виробом людського духу: вони намагалися одноманітно осягати суспільство за допомогою своїх понять й логічно розкривати з них все право. Тому у природному праві уявлення про єдність права уже не визначає, як у попередній юриспруденції, під порогом свідомості, метод, згідно з яким трактується чинне право, а стає основою, на якій намагаються будувати правову науку. Природно-правові поняття знайомлять як соціологічно з фактичною конституцією суспільства, так й політично з картиною привабливого устрою, але без суворого відокремлення соціологічного (*sc.* аспекту) від політичного.

Класична німецька юриспруденція пішла з першої половини XIX століття, завдяки німецькій ідеалістичній філософії, значно далі. Вкрай на противагу Канту, до якого вони ■_{130/254} неправомірно апелювали, філософи цього напрямку припускали, що не лише споглядання часу й простору, категорії й «максими вчинення дій», але й низка наукових понять запозичені не з досвіду, а надані заздалегідь (*a priori*) природою людського мислення; поняття мають начебто свою власну, незалежну від досвіду закономірність, людський дух впорядковує зовнішній світ у світ понять і там дозволяє йому дотримуватися

логічних законів утворення поняття або, за ГЕГЕЛЕМ, діалектичних законів розвитку поняття. Рівняючись на них, юристи навчали, що правові поняття не позначають дійсні суспільні відносини або процеси суспільного життя, а були створені законодавцем (або самим правом?): правові норми для них внаслідок цього є лише результатом внутрішньої логічної закономірності утворення поняття або діалектики розвитку поняття. Згідно з цим, завдання юриспруденції полягає в тому, щоб виводити правові норми логічно з понять або діалектично з руху понять, вставляти зовнішній світ у правовий світ понять і змусити його підкорятися його логічним або діалектичним законам. Згідно з цим розумінням, єдність права полягає не в правоположеннях, а вже в поняттях, із яких випливають правоположення.

Своє завершення юриспруденція понять знаходить в «науково-природничому методі» у його Ієринговій версії, яку вже неможливо перевершити. Для неї правовідносини мають вагу як юридичні тіла, які однорідні з фізичними тілами: так само як фізичні тіла каузально діють одне на одного згідно з законами природи, так й юридичні тіла перебувають, в силу юридичних законів мислення, у каузальному зв'язку одне з одним. Згідно з цим, причинами [■]_{131/255} змін у світі права є правоположення: їхньою дією є оформлення правовідносин, яке *повинне* наставати у відповідності з їхніми приписами. З'яє прірва між цим «науково-природничим методом» і методом природничих наук. Згідно з законами природи, причина ніколи не заподіює належне, а – зміну в явищах. Якщо застосувати цю форму мислення в правовій науці, то дією правоположень можуть вважатися тільки суспільні, індивідуально-й загально-психічні явища, які спонукаються ними: належне, навпаки, є не дією, а змістом правоположення. Правоположення є причиною не тому, що воно постановляє належне: воно є цим тільки у випадках, у яких воно являє собою рушійний мотив для вчинення дії людиною. Змістом закону про смертну кару є те, що у відомих випадках смертна кара повинна наставати: його дією є те, що її в окремих випадках фактично присуджують, що в інших випадках, присяжні судді, щоб уникнути смертної кари, можливо, виправдовують злочинця, якого вони інакше засудили б, що число злочинів скорочується, або, як думають, можливо доречно, інші, збільшується. Дія правоположення відповідає змісту належного тією мірою, якою воно фактично визначає вчинки людей і рішення судів, але вони цим не збігаються, оскільки вона сягає, як правило, далеко понад це. Змістом правоположень (але не лише цим) займається юриспруденція, його суспільними, індивідуально- і загально-психологічними причинами й діями – соціологія, індивідуальна і загальна психологія права. «Науково-природничий метод» Ієринга був би науково-природничим методом тільки в кантовій «імперії цілей», де «розумні істоти» керуються винятково моральними [■]_{132/256} й правовими «максимами вчинення дій». Передумови юриспруденції понять науково так само хисткі, як і передумови ідеалістичної філософії, з якої вони походять. Все ж можна погодитися з Кантом, що форми нашого мислення дані заздалегідь: але матеріальний зміст мислення приходить згідно з його власним вченням винятково з досвіду. Якщо хтось і довів, що ми не досягаємо жодного матеріального пізнання завдяки формам мислення, то це сам КАНТ, хоч як би мало він брав до уваги цю істину саме в працях, які стикаються із правовою наукою: у «Метафізиці звичаїв», «Критиці практичного розуму», «Основах вчення про чесноти». Також ідеалістична філософія природи, історії й суспільства черпає поняття й закономірності, яких вона навчає, із досвіду: звідки ж вона повинна інакше це брати, як не з розгляду природи, історії, суспільства? Якщо вона вважає, що виводить поняття із заздалегідь даних форм мислення, вона цим тільки обманює себе щодо їхнього емпіричного походження: досвід передував кожній з її розробок, щоправда, часто несвідомо. Ідеалістична філософія відрізняється від емпіричної філософії не тим, що могла б обходитися без досвіду, а тільки тим, що в деяких аспектах марно прагне не брати його до уваги. Але саме тому вона, на противагу емпіричній філософії, досить часто нехтує застосуванням наукових методів дослідження і використанням результатів дослідження природи, результатів історії, суспільних наук: вона часто-густо задовольняється дилетантськими спостереженнями, невивіреними узагальненнями, поверхневими аналогіями. У юриспруденції понять, яка намагалася блукати шляхами ідеалістичної філософії, була схожа доля. [■]_{133/257} Також у юриспруденції існують, мабуть, чисті форми мислення, хоч, звісна річ, не все те належить до них, що зараховує до них Штамлер. Але справжні юридичні поняття: держава, шлюб, сім'я, володіння, власність, речові права, вимога, договір, загальний й особливий порядок спадкування, провина, покарання, осудність, є не формами мислення, а матеріальними поняттями, які юридичне мислення має завдяки живому спогляданню дійсності в суспільстві. Це має значення, само собою зрозуміло, також тоді, коли визначення поняття міститься в законі або

утворюється в юриспруденції на підставі законних правил: бо законодавець свої норми завжди прив'язував до наявних суспільних установ й протилежностей інтересів. Тому юриспруденція понять, яка розглядала юридичні поняття як дещо чи то в законі, чи то в праві задалегідь дане, не перенесла своє джерело в інше місце, а лише шукала в хибному місці. Але саме на цій підставі її утворення поняття зазнало небезпеки, яку несе з собою кожний невдалий метод: вона забувала перевіряти їх раз у раз на дійсності, вона запитувала, словами МАХА, зовсім не про те, як вони узгоджуються з речами, а тільки про те, чи узгоджуються вони одні з одними. Оскільки поняття були довільними, то їх легко можна було утворювати так, щоб вони були одне з одним повністю у злагоді й давали у підсумку без суперечностей норми, у яких мали потребу: тому про те, що вони показували світ тільки в кривому дзеркалі, не потрібно було турбуватися, адже це світ повинен був зважати на них, а не вони на світ. Уявлення про єдність права ґрунтується спочатку на сполученні вже звичної для глосаторів гармонізації з природно-правовим утворенням поняття й властивим для природного права способом висновування із понять. У цьому яскравому вияві його можна знайти вже в XVIII столітті ■_{134/258} в німецькій, французькій, італійській і голландській юриспруденції і воно зберігає свій вплив усюди в XIX столітті, зокрема й на класичну німецьку юриспруденцію. Все менше звертають увагу на те, наскільки викладачі природного права були попередниками історичної школи в Німеччині і наскільки вона продовжила справу природного права. Але тоді як юриспруденція зупиняється десь в іншому місці на традиційному процесі гармонізації, на природно-правовому утворенні поняття і висновуваннях, у Німеччині до цього приєднується дієвість ідеалістичної філософії і веде до справжньої юриспруденції понять, рівної якій поза Німеччиною ніколи не було. Вона ясно відчутна вже у Савінії та Пухти, а в наступні десятиліття була розроблена якнайповніше. Коли Тьоль дійшов до заміни в сенсі ліберального праворозуміння дослідження наміру законодавця на дослідження висловленої в законі волі суспільства, то він уперше виразив також провідну думку юриспруденції понять: закон виходить на перший план завдяки систематичному взаємозв'язку, у якому потрібно розуміти його окремі правоположення одне щодо одного і щодо вже чинного права, так самостійно як опублікована воля законодавчої влади, що воля й погляд справжніх авторів закону байдужі. На цій самостійності ґрунтується те, що закон може бути розумнішим за законодавця або законодавців. Тут, однак, думка про цілком незалежну від волі законодавця понятійну єдність права з'являється тільки як висновування із ліберального державного праворозуміння. Закритість правової системи, як я це відмітив уже в своїй юнацькій роботі: «Про прогалини в праві», недвозначно висловлюється вперше Брінцем в його анонсі праці Адікеса: «До теорії джерел ■_{135/259} права»: не існує жодних прогалин в праві, те, що так позначають, це тільки прогалини на боці того, хто добивається свого права. Глузування, якими Ієринг, після свого навернення до юриспруденції інтересів, осипав юриспруденцію понять, її не вбило: вона відчутно діє далі ще аж до сучасності, помітно вплинула також на, однак, набагато глибше розвідані твори Штамлера.

Щодо вічного завдання юриспруденції оснащувати суддю повсякчас правоположеннями, які надають підтримку правосуддю і дозволяють йому в той же час мати свободу, якої він потребує, щоб могли йти за рухом суспільства, юриспруденція понять зайняла позицію в новий і цілком своєрідний спосіб. Акційне право прагнуло оберігати суддю від усього, для чого ще не були надані разом з правовим засобом також деякі правоположення, загальна юриспруденція намагалася розробити метод, завдяки якому суддя був би спроможний у будь-який час обходитися наявними правоположеннями, державне праворозуміння бажає обмежувати суддів справами, які вже визначені наперед в правоположеннях: юриспруденція понять, навпаки, нанесла десь у захмарній вишині із правоположень гігантську сіть понять, яку вона спускає на людство, щоб без залишку спіймати в свої то ширші, то вужчі вічка все, що відбувається на цьому світі. Імперія понять є повною, оскільки все те, що стало поняттям, уже в ній містилося, вона є закритою, оскільки нічого не належить до неї, що не було б до того сублімовано до поняття: кожне правоутворення – це тільки утворення поняття. Тут юрист може безперешкодно прогулюватися, бо те, що могло б йому ще заважати глибоко внизу на землі, швидко втихомирюється поняттями. Державне праворозуміння ще могло задовольнятися самостійним правом юристів, оскільки те було необхідним виходом зі скрутного становища, невеликою вадою, ■_{136/260} але не проривом його будови думки. Юриспруденція понять зі своїм кінцевим висновком, закритістю правової системи, не має взагалі ніякого простору для права юристів: кожне правоположення, якого юриспруденція досягнула б незалежно від закону, уже не могло б належати до цілого, яке утворюють державні правоположення. Тому єдиним

завданням опанованої уявленням про єдність права юриспруденції є розробка цієї єдності, згладжування суперечностей, які можуть бути тільки уявними, і логічне висновування із єдиних передумов.

Наукова цінність вчення залежить від того, скільки матеріальної істини вміщено в його передумовах. Уявлення про єдність права, в якій би формі воно не траплялося, завжди ґрунтується на припущенні, що різні потоки, які несуть із собою право, десь у таємничій далечині витікають із спільного джерела. Середньовічна юриспруденція, в той час як вона задалегідь подбала про нього, усвідомлено йшла шляхом теології, у середовищі якої вона провела своє дитинство; пізніша загально-правова юриспруденція зберігала обраний напрям, хоча й несвідомо. Юриспруденція понять тільки надала йому теоретико-пізнавальне вбрання. Одкровення і традиція доречно мають для теології значення єдності, оскільки вони містять слово єдиного Бога; щоб іти за нею, також юриспруденція поставила на початку всіх речей богоподібного законодавця, який так всемогутньо опановує об'ємним законом або навіть загальним юридичним матеріалом, що формує кожне нове правоположення вже задалегідь з огляду на ціле і є спроможним припасувати його до вже наявного права. Вже середньовічна й пізніша загально-правова юриспруденція не клала в основу своїх конструкцій окремі правоположення, а ■_{137/261} сполучала різні правоположення в єдність. Для юриспруденції понять, у принципі, усе право повинно постачати будівельні камені для її мисленнєвих утворень. У ній загально-правова зв'язаність правоположенням стала зв'язаністю правом як цілим.

Якби право було фактично єдністю, то воно було б також придатною основою для такої юриспруденції. Але уявленню про єдність права нічого не відповідає в дійсності. Право, яке сповіщають закони, є рваним, крихким, злиденим людським творінням. Той, хто працював коли-небудь над великою книгою, знає, що майже неможливо одноманітно її оформити цілковито без суперечностей, оскільки під час роботи розуміння змінюється, а сліди ходів думки, від яких відмовилися, завжди залишаються непоміченими й зберігаються: у випадку з об'ємними законами, над якими до того ж працювали разом декілька осіб, це, звісна річ, принаймні так само важко, а щодо всього традиційного юридичного матеріалу повністю немислимо. Законодавець, якого передбачає уявлення про єдність права, звісна річ, ніколи не був у наявності як жива людина або множина людей: він є тільки персоніфікованою єдністю держави як джерела єдиного права.

Для єдиного наукового, історичного тлумачення кожне правоположення – це індивідуальність, самостійна сутність, яка живе своїм власним життям і має свою власну історію. Ніщо не вміщено в ньому з того, що не приєдналося до нього з плином історії. Ми бачимо параграф у німецькому Цивільному кодексі: ми можемо спрямувати його назад через всю загально-правову юриспруденцію до коментаторів і глоси, а потім до Дигест, від них знову до праць римських юристів, із яких був запозичений фрагмент, потім, можливо, ще до правового збірника із часів римської Республіки, і, нарешті, ■_{138/262} він повертається, можливо що, до як-небудь нами ще не розгаданого праправа. Якщо ми бажаємо повністю віддати належне параграфу Цив. кодексу, то мусимо знати, що кожний з його авторів бажав цим сказати, а це означає: як він зрозумів свого попередника, що бажав би змінити у тому, що бажав би додати. Отже, на довгому шляху, який пройшло правоположення до Цив. кодексу, кожна частинка його змісту походить від того, хто надав йому його останній зміст. Тому окреме правоположення в законі – це не лише частина цілого, а передусім історичне окреме явище, яке вічно несе із собою тягар свого минулого. Усі ці розпорощені, одні від одного незалежні частини правопорядку стали єдністю в правоположенні, але все ж тільки через те, що вони пройшли через в цей момент завжди єдину людську свідомість. Тлумачення, яке бажає дізнаватися тільки про сенс, який законодавець сполучив з правоположенням, мусить осягати його насамперед як історичне окреме явище. Із середовища, у якому виникло правоположення, з кодексу, у якому воно перебуває, з іншого правопорядку, його який оточує, тільки стільки потрапило в правоположення, скільки з нього було вміщено у свідомості законодавця в той момент, коли він складав правоположення. Саме цей зміст свідомості повинен встановлювати тлумач, і не більше; якщо він вийшов би за межі цього, то він уже не тлумачив би сенс закону, а вкладав би в нього інший сенс (auslegen/unterlegen). Звісна річ, автори кодексу мали намір створити сповна єдиний твір і досягти його злагоди з іншим чинним в країні правом; але все ж він став дійсною єдністю тільки тією мірою, якою вони досягли цього наміру. Тлумачення може показати нам тільки зміст фактично досягнутої єдності, але не ■_{139/263} взагалі відсутній зміст єдності, до якої марно прагнули.

Тому, якщо одне й те саме слово зустрічається в різних місцях закону або й зовсім у різних законах, ми не можемо просто припускати, – як це робили старі юристи, – що воно завжди означає одне й те саме: це було б виправдано тільки тоді, коли для законодавця у кожному окремому місці були б дійсно присутніми всі інші місця. Якщо в різних місцях закону чи в різних законах для одного й того самого фактичного складу встановлені різні наслідки або протилежні фактичні склади трактуються в однаковий спосіб, то обмежувальне тлумачення одного припису з огляду на інший все ж тільки там велено, де воно відповідає наміру законодавця, де законодавець, отже, при формулюванні одного місця думав також про інше. Тому пізніший закон скасовує раніший тільки тією мірою, якою цього дійсно бажав законодавець. Якщо вміщене у законі поняття зовні охоплює інше правове поняття, то ми можемо застосовувати перший закон до фактичного складу, який позначається іншим правовим поняттям, все ж тільки тоді, коли автор першого закону дійсно мав такий намір. Законодавець мусить сам вчинити підпорядкування фактичних складів під правові поняття закону, завданням тлумача є тільки з'ясування запропонованого законодавцем підпорядкування. Те, що тут сказано про тлумачення закону, само собою зрозуміле у випадку з правом юристів. Ніколи римлянами, англійцями або в загальній юриспруденції правоположення права юристів не співвідносилося з фактичним складом, про який юрист нічого не захотів сказати. Також ми дотримуємося сьогодні ще тих самих засад тлумачення щодо міркувань юридичного письменника або підстав ухвалення рішення суду, до яких ■^{140/264} ми, скажімо, апелюємо. Якщо ми так часто грішимо проти цього при тлумаченні закону, то це трапляється тому, що зухвало вимагаємо від законодавця набагато вищої, надлюдської єдності свідомості. Але у дійсності ми надаємо законодавцеві з надлюдською свідомістю більше, ніж він може потребувати і чинимо насилля над його справою. З цього виникають всі ці жорстокі, безглузді, нестерпні рішення, від яких страждає юдикатура так само, як і підкорені їй особи.

Згідно з німецьким Цив. кодексом, оголошення померлим зниклого безвісти неприпустиме, якщо про нього надійшло повідомлення у законний строк. Один віденський академічний викладач нині стверджує, що про оголошення померлим зниклого безвісти не може клопотати його дружина, якщо вона народила дитину в законний строк, оскільки це, з огляду на законну презумпцію шлюбності кожної народженої у шлюбі дитини, мусить розглядатися начебто як повідомлення про зниклого безвісти. З цих міркувань сильно підсміювалися, але, мабуть, даремно. І справді, законодавець, який включив у закон правове поняття повідомлення про зниклого безвісти, звісна річ, не думав при цьому про правове поняття презумпції шлюбності і було б грубою помилкою підпорядковувати останнє правове поняття правовому поняттю повідомлення про зниклого безвісти, не запитуючи, чи входило таке підпорядкування також у намір законодавця. Але мало не вся сьогоднішня юридична література поводить все ж не інакше: від дуже знаменитих коментарів й монографій залишилося б, і справді, небагато, якби з них бажали вилучити все те, що було знайдено якраз тим самим шляхом. Той, хто відкидає твір, нехай має мужність відхилити його не через випадково химерний результат, а через метод, завдяки якому він ■^{141/265} його досягає, і він невдовзі зрозуміє, що цей метод, який взагалі є методом панівної юриспруденції, неспроможний витримати жодного серйозного іспиту.

Уявлення про єдність права означає, що закон як вираз єдиної волі держави є єдністю, яку висвітлює тлумачення. Класична німецька юриспруденція, крім того, відміряє, у злагоді з ідеалістичною німецькою філософією, для єдності логічне власне життя вміщених у законах правових понять. Однак ці поняття – це витвір законодавця, оскільки в сенсі державного праворозуміння, яке притаманне, хоч і частково несвідомо, класичній школі, правові поняття, які існували б незалежно від права, тобто, згідно з державним праворозумінням, незалежно від законодавця, виразно й рішуче, на противагу подоланому природному праву, відхиляються. Тому в цьому вченні могло б міститися, власне, тільки те, що законодавець не може встановлювати жодні правові наслідки, які суперечили б логіці його власного утворення поняття. Незважаючи на це, римські правові поняття трактуються класичною юриспруденцією часто-густо як раз і назавжди дані, а їхня логіка ставиться вище логіки законодавця. На цій підставі класична німецька юриспруденція намагається конструювати за допомогою римських понять німецько-правові й сучасні правові утворення, а якщо вони цьому опираються, то, мабуть, й відкидає їх як такі, «що не можуть бути сконструйовані». Тільки чинністю загального права у Німеччині цей спосіб дій обґрунтувати не можна, оскільки, якщо відволіктися від того, що це трапляється нерідко також і щодо права земель, ми мусили б створювати все ж нові поняття, – згідно з визнаним

класичною юриспруденцією положенням, що пізніше право скасовує давніше, – для нових юридичних явищ без огляду на те, чи можна їх вставляти у римські правові поняття. В дійсності йдеться про те, щоб обходитися загально-правовими [■]_{142/266} поняттями, загальним акційним правом і розробленою для нього юридичною технікою, незважаючи на їхню недостатність, також у німецькому, у сучасному праві й навіть у праві земель. А те, що класична юриспруденція перейняла, не замислюючись, загально-правові поняття й навіть загальне акційне право і його техніку для чужих для них областей, пояснюється все ж тільки тим, що єдність, у якій їй уявлялося загальне право, мала для неї певна вічну цінність і що вона бажала на цій підставі цим охоплювати також всяке інше право.

Прагнення до єдності права є, незважаючи на це, сповна управненим: тільки вихідний пункт вибраний хибно. Практикуючий юрист не може працювати з розколеними на шматки, незв'язними, суперечливими правоположеннями, юридичний викладач і письменник неминуче мусять прокладати собі шлях до єдиного розуміння юридичного матеріалу, якщо вони бажать дати щось більше, ніж якийсь підбір матеріалу. Тому юриспруденція завжди буде мусити прагнути твердо співвідносити різні частини правової традиції, які виникли незалежно одна від одної. Помилка, на якій ґрунтується уявлення про єдність права, полягає тільки в тому, що єдність передбачається як уже дана, так що юриспруденція її тільки відкривала б завдяки своєму тлумаченню. У дійсності єдність є результатом не тлумачення, а правотворчості. Одна річ – тлумачити закон як єдність, а інша – оформляти його в єдність: перше тільки показує єдність, яку покладено в основу закону, друге створює єдність, яка була незнайома закону, вона запозичена не із закону, а вноситься в закон, вона приходить не з матеріалу, а від того, хто його (*sc.* матеріал) освоює, вона є витвором не законодавця, а юриста, який його презентує. Велика вада [■]_{143/267} уявлення про єдність права полягає, отже, в тому, що воно бажать розв'язувати завдання правотворчості засобами тлумачення. Юрист, який усвідомлює, що не може усунути суперечність в законі тлумаченням, не буде застосовувати примус до закону, щоб досягнути правильного зважування інтересів.

Якщо Конкурсний статут виходить із того, що відкриття конкурсу передбачає майнову здатність неспроможного боржника декількох кредиторів, то законодавець охарактеризував цим, без сумніву, низку випадків, про які він бажав бути впевненим, що вони включені у визначення. Ці випадки встановлюються простим тлумаченням. При цьому та обставина, що в іншому законі майнова здатність визнається за іншим правовим утворенням, береться до уваги тільки тоді, коли виявляється, що сам законодавець це враховував. Коронні землі австрійської монархії є, безсумнівно, майноздатними, незважаючи на це, вони навряд чи є конкурсоздатними; принаймні це не було б вирішено висловом Конкурсного статуту, оскільки це, звісна річ, не було обдумано законодавцем. Тому юрист, вийшовши за межі простого тлумачення, мусить обійти всю правову область і вирішити за допомогою самостійного зважування інтересів у кожній правовій установі, у якій щодо цього можна сумніватися, питання конкурсоздатності також там, де воно не було порушено законодавцем. Завдяки цьому юрист досягає єдиного розуміння всього юридичного матеріалу. Проте було б дуже неправильно розглядати такі рішення як рішення законодавця: йдеться винятково про рішення юриста.

У такий спосіб Імперський суд виходить із уявлення про єдність права, коли він співвідносить визначення Цив. кодексу про те, що при співчасній провіні потерпілого зобов'язання щодо [■]_{144/268} покриття шкоди, а також обсяг покриття залежать від того, якою мірою шкода була спричинена переважно однією або іншою стороною, з обов'язком залізниць щодо покриття шкоди із Закону про матеріальну відповідальність і тому допускає, щоб залізниця понесла частину шкоди також тоді, коли на її стороні не існувало ніякої провіні. Це не результат тлумачення, оскільки ніщо не говорить за те, що автори Цивільного кодексу або автори нової редакції Закону про матеріальну відповідальність мали б намір зв'язати обидва визначення одне з одним. Це самостійна правотворчість Імперського суду, якому ми завдячуємо тим, що при співчасній провіні потерпілого шкода розподіляється між ним й залізницею у домірний спосіб.

Якщо, однак, такі самостійні норми для вирішення намагаються знаходити, заради уявлення про єдність права, не згідно з вільним зважуванням інтересів, а запозичувати із правоположень, то вони є не що, як конструкції. Як і кожна інша конструкція, так полягає також конструкція юриспруденції понять у майстерному прийомі застосовувати правоположення, нічого в ньому зовні не змінюючи, до установи або протилежності інтересів, для яких воно не було призначене. Стара загальна юриспруденція

конструювала так, що вона підкладала нове відношення або протилежність інтересів під старе правоположення, юриспруденція понять створює, навпаки, незалежно від правоположення власне поняття, яке, будучи загальнішим, ніж поняття, про яке говориться в правоположенні, його співохоплює, і виводить із цього правоположення для нової правової установи або нової протилежності інтересів. Цей метод – це тільки сублімація, часто також тільки спотворення загально-правового методу і в результаті загально-правові конструкції збігаються, як правило, ■_{145/269} з конструкціями юриспруденції понять. Тому юриспруденція понять додала до вже наявних будівельних каменів юридичної логіки, до акційного права, загально-правової зв'язаності правоположенням, державного праворозуміння тільки ще новий, – понятійну єдність усього права і цим надала будові набагато безладніший й заплутаніший, але не твердіший вигляд. Як зазвичай загально-правові конструкції, так й конструкції юриспруденції понять усюди призвели до самостійного права юристів. Так юриспруденція понять знову прийшла через уявлення про закритість і єдність права, однаково з загальною юриспруденцією й державним праворозумінням, до конструкції й до права юристів, як би вона цьому не опиралася. Чогось іншого не варто було очікувати, оскільки всі вони, загальна юриспруденція, державне праворозуміння і юриспруденція понять, прямують, виходячи в основному з однорідного вихідного пункту, вочевидь до тієї самої мети. Вони повинні були б справлятися за допомогою непорушного запасу правоположень з усім суспільним розвитком, тобто йти за рухом крок за кроком, не рушаючи з місця. Цей докір, очевидно, не допускає дійсного розв'язання, а можливими тут є тільки уявні розв'язання. Загальна юриспруденція бажала застосовувати правоположення, але застосовувала не правоположення, а виріб своєї власної майстерності, державне праворозуміння прикидалося, що тлумачить закон, а все ж його не тлумачило, а в нього вкладало (*sc.* тлумачення), юриспруденція понять нібито брала початок в вічних поняттях, покладених в основу правоположень, а утворювала поняття все ж щораз так, що вони давали в підсумку те, чого якраз бажали мати. Загальна юриспруденція конструювала правоположення, державне праворозуміння – закон, юриспруденція понять – поняття; тоді як у загальній ■_{146/270} юриспруденції конструкція з'являється як успіх її власної діяльності, вона переміщається державним праворозумінням назад у закон, будучи вгаданою наперед юриспруденцією понять у понятті. Відмінність полягає більше у викладі, ніж в результаті. Тому поняття юриспруденції понять загалом збігаються зі старими конструкціями, тільки вислів є абстрактнішим, притуленим до різновиду ідеалістичної філософії. Однак на її позицію не залишилося без впливу те, що вона не давала собі жодного звіту про суспільне походження своїх понять, що вона намагалася замкнутися в дослівному тексті римських правових збірників, що вона переймалася більше послідовністю, ніж практичною придатністю цих утворень понять, що вона вірила, що усюди обходиться чистою логікою або тим, що вона нею вважала, і внаслідок цього часто досягала висновків, які третирували будь-яке розумне зважування інтересів, що вона, тільки щоб не впадати в суперечність, не гребувала дріб'язковістю. Це часто накладало на її твори навіжений, не від світу сього відбиток, але, врешті-решт, здобує хибним шляхом поняття про дійсність є все ще поняттям про дійсність, хоч і, звичайно, хибним.

Право є, і справді, мабуть, єдністю, але не єдністю правоположень. Правоположення утворюють єдність тільки у взаємозв'язку суспільства, у якому вони діють. Якщо ми бажємо зрозуміти єдність права, то мусимо охопити в ній, крім правоположень, ще порядок, який існує в правовідносинах. Але цей порядок є не таким, що постав, а таким, що постає і що раз у раз виробляється завдяки тому, що інтереси, які в суспільних відносинах потрапили у конфлікт, розчиняються з плином часу насамкінець у правових порядках. Можливо, деякі із поколінь, що живуть сьогодні, ще побачать правовий порядок, ■_{147/271} у який виллються протилежності між державами, які борються саме тепер одна з одною. Ми, люди, можемо не більше, ніж докласти руку, щоб на короткий час вести далі будівництво, а правоположення, – чи беруть вони початок від законодавця чи від юриста, – означають тільки окремі ступені, які досягаються при цьому: вони – незакінчена робота, як і кожна справа людини. Велика єдність суспільства – це знову тільки частина великої єдності світу, яка готується впродовж усього розвитку, але не буде закінченою, доки на цьому світі існує розвиток.