

СУЧАСНІ УКРАЇНСЬКІ ПЕРЕКЛАДИ ПРАЦЬ ЄВГЕНА ЕРЛІХА

УДК 34.01-027.21

DOI <https://doi.org/10.32782/ehrlichsjournal-2021-5.01>

Вільне правознаходження*)

Університетський професор доктор Євген Ерліх¹

ЄВГЕН ЕРЛІХ

Пер. з нім., наукова редакція та анотація В. В. Трутня
(Чернівецький національний університет, Україна)

Анотація. У статті йдеться про роз'яснення Є. Ерліхом ідеї вільного правознаходження, про яку йшлося в його програмній доповіді «Вільне правознаходження і вільна правова наука» (1903), що спричинила виникнення руху за вільне право.

У цій статті, яка складається з 18 абзаців, можна виділити вступ і основну частину, причому в основній частині дається відповідь на критику з наведенням прикладів, а також констатується стан справ, який склався після виходу у світ згаданої вище програмної доповіді. Докладніше йдеться про таке:

У вступі [1–2] ставиться питання про зв'язаність судді правом, а також констатується панівний погляд, який полягає в виведенні судового рішення з тексту закону, і говориться про неможливість погодитися з цим поглядом, якщо рішення виявляється «незрозумілим».

Далі [3–6, 7] критикується уявлення про безпрогальність системи правових правил, яке тягне за собою так званий «технічний» спосіб знаходити рішення у разі відсутності розв'язання у праві. Констатується, що слід порвати з фікцією повноти права. Це веде до боротьби навколо вільного правознаходження. У [7] наводиться приклад про відповідальність господаря тварини за нанесену нею шкоду як приклад так званого правознаходження *praeter legem*, тобто правознаходження у разі наявності прогалини в праві.

У [8–9] говориться про так зване правознаходження *contra legem*, тобто, якщо узагальнити, правознаходження у разі наявності помилки в праві. Далі [10–12] наводиться приклад тлумачення закону, яке суперечить сенсу і духу закону, проте узгоджується з технічним традиційним правознаходженням.

У [13] говориться про суддю, який міг би мати справу з вільним правознаходженням. У [14] відкидається критика вільного правознаходження за зневагу до парламентаризму. У [15] знову говориться про професію судді.

Далі [16–18] говориться про розвиток руху за вільне право з натяками на питання наукового пріоритету. У [16] заперечується внесок О. Бюлова у виникнення цього руху. У [17] піднімається питання про псевдонім «Gnaeus Flavius», який, як буде розкрито пізніше, належить Г. Канторовичу, і перераховуються прихильники згаданого руху. Підкреслюється внесок Ф. Адікеса в формування ідеї вільного правознаходження. У [18] говориться про внесок автора статті в розвиток ідеї вільного правознаходження, який розпочинається, на його думку, ще в 1888 році.

*) **Примітка.** За останні дні кілька газет, які зазвичай звертають увагу тільки на плітки з судового залу і на сенсації, раптом зацікавилися також правознаходженням і тлумаченням закону. Питання вільного правознаходження в цих газетах розумілося так доволі хибно, суть справи так повністю викривлена навіть авторитетами, що ми вважали своїм обов'язком звернутися до пана професора доктора Євгена Ерліха, якого ми вважаємо *справжнім автором руху* за вільне правознаходження, і прохати його розібрати цю тему в нашій газеті. Пан професор доктор Ерліх відгукнувся на наше запрошення і ми поспішаємо опублікувати його статтю, хоча ми, за іншими підставами, ніж Унгер і Кляйн, не є безумовними прихильниками вчення про вільне правознаходження.

¹ Ehrlich E. Die freie Rechtsfindung // Das Recht: volkstümliche Zeitschrift für österreichisches Rechtsleben. 1906. Jg. 4/5. No. 3. S. 35–41.

Пагінація оригіналу передана за допомогою ■, причому номер сторінки вказується на її початку, а ■ означає кінець попередньої сторінки.

У перекладі слова, які в оригіналі виділені розрядкою, виділяються *курсивом*. Вставки перекладача беруться в дужки і виділяються словом *sc.* (scilicet, ≈ тобто).

¹ Про Є. Ерліха див.: Rehinder M. Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich. 2. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1986. 147 S.: Bibliogr. Eugen Ehrlich S. 143–147; Vogl S. Soziale Gesetzgebungspolitik, freie Rechtsfindung und soziologische Rechtswissenschaft bei Eugen Ehrlich. Baden-Baden: Nomos-Verl.-Ges., 2003. 396 S.; Nežurbida S. I., Djačuk M. I. Eugen Ehrlich. Bibliographic index / Introd. art. by M. Rehinder; Ed. S. Tomaščíková. Wilmington: Vernon Press, 2018. XXIII, 350 p.

Стаття Є. Ерліха спрямована, по суті, на обґрунтування принципу методичної чесності, який полягає в обмеженні технічного правознаходження думкою законодавця, тоді як поза нею потрібно відкрито говорити про вільне правознаходження як про думку судді.

Ключові слова: тлумачення закону, безпрогальність права, правознаходження *praeter legem*, правознаходження *contra legem*, науковий пріоритет, юридична методологія.

MODERN UKRAINIAN TRANSLATIONS OF EUGEN EHRLICH'S PAPERS

UDC 34.01-027.21

DOI <https://doi.org/10.32782/ehrlichsjournal-2021-5.01>

YEVHEN ERLIKH

(Translated from German, academic editing and abstract by V. V. Truten)

Yuriy Fedkovych Chernivtsi National University, Ukraine

Abstract. The article deals with E. Ehrlich's interpretation of the idea of free law-making, which was discussed in his programmatic report "Free Law-Making and Free Legal Science" (1903), which led to the emergence of the free law movement.

The present article, which consists of 18 paragraphs, can be divided into an introduction and a main part; the latter responds to the criticism citing examples and presents the state of affairs that has developed since the publication of the above-mentioned program report. More specifically, the following is covered:

Introduction [1–2] raises the question of a judge's binding by law and finds the prevailing view that a court decision is derived from the text of the law, and states that it is impossible to agree with such a view if the decision is "incomprehensible".

Further, [3–6; 7] it is criticized the notion of a flawless system of legal rules, which entails the so-called "technical" way of finding solutions in the absence of a solution in law. It is established that we should dispose of the fiction of the completeness of law. This leads to a struggle around free law-making. In the paragraph [7], the author gives an example of the liability of an animal's owner for damage caused by the animal as a case of the so-called *praeter legem* law-making, i.e., law-making in the presence of a gap in law.

The paragraphs [8–9] cover the so-called *contra legem* law-making, i.e., in general, law-making in the case of an error in law. Further, in [10–12], there is an example of a law interpretation that contradicts the essence and spirit of the law but is consistent with the technical traditional law-making.

The paragraph [13] refers to a judge who could deal with free law-making. [14] rejects the criticism of free law-making as a disregard for parliamentarism. In [15], the profession of a judge is again mentioned.

Further, [16–18] discuss the development of the free law-making movement with hints at scientific priority. In [16], O. Bülow's contribution to the emergence of the relevant movement is denied. In [17], the issue of the pseudonym "Gnaeus Flavius" is raised, which, as will be revealed later, belongs to G. Kantorovych; the supporters of the movement are also listed. The author emphasizes the contribution of F. Adickes to the formation of the idea of free law-making. In [18], it is discussed the article's author to the development of the idea of free law-making, which, in his opinion, began in 1888.

E. Ehrlich's article is essentially aimed at substantiating the principle of methodological honesty, which consists in limiting technical law-making to the opinion of the legislator, instead one should openly regard free law-making as the opinion of a judge.

Key words: interpretation of law, flawless of law, *praeter legem* law-making, *contra legem* law-making, scientific priority, legal methodology.

ВІЛЬНЕ ПРАВОЗНАХОДЖЕННЯ

Якою мірою суддя зв'язаний правом? Чи може він, принаймні за певних умов, вільно знаходити свої рішення або ж всі вони безумовно накреслені йому наперед у параграфах закону? Панівний погляд, а він панує не лише в юристів, але й у самому народі, – припускає, справді, дуже широку зв'язаність. Суддівські рішення мусять бути виведені безпосередньо з якоїсь частини закону і не можуть ні на йоту віддалятися від того, що пропонує закон, – так думають сьогодні, окрім, скажімо, країн англо-американського права, майже всі юристи цивілізованого світу, так думає і народ. [1]

І все ж ця одностайність внутрішньо дещо ламка. Оскільки, якщо ухвалюється рішення, яке зазвичай евфемістично називають «незрозумілим», то ніхто не заспокоюється тим, що рішення ґрунтується безпосередньо на законі, ні юристи, ні народ. Від рішення вимагають до того ж ще й, щоб воно було розумним, щоб воно не було безглуздом. Отже, людина у жодному разі не схильна спокійно миритися з рішенням, яке видається безглуздом, через те, що воно обґрунтоване в якомусь правовому приписі. [2]

Проте ясно, що панівне вчення пов'язане ще з якоюсь іншою передумовою. Якщо кожне рішення мусить бути виведено із \blacksquare_{36} правоположення, то, вочевидь, завжди існує правоположення, з якого рішення могло б виводитися. І справді, цим шляхом доходили до тверджень, що чинне право є повністю безпрогальною системою правових правил і що воно надає юристові відповідь на кожне питання, якщо тільки він знає, як її шукати. В ньому є все. Потрібно тільки старанно читати у Талмуді. [3]

У такій формі це вчення було, без сумніву, хистким. Достатньо вказати на нові винаходи. Вони поставили перед юристом безліч нових завдань, розв'язання яких він марно шукав би в праві вже з тієї причини, що в той час, коли правові правила були закріплені, винаходів ще якраз не було. Неможливо ігнорувати також усвідомлення, що з кожним днем життя демонструє явища, які не могли бути передбачені, а тому й не могли регулюватися в дотеперішньому праві; і все ж суддя дуже часто мусить знаходити рішення у таких випадках. Спосіб, у який юристи зазвичай задовольняються цими простими фактами, дуже «технічний». Частково вони роблять це, вкладаючи завдяки дуже заплутаній павутині вигадливих тлумачень, аналогій, фікцій, конструкцій стільки всього в право, що воно отримує значно багатший зміст, ніж повинно було б мати згідно зі своїм справжнім запасом правил; а частково, перекладаючи труднощі з судді, що знаходить рішення, на сторону, яка чогось домагається. Адже вони вимагають від кожного судового домагання, щоб воно ґрунтувалося на правовому правилі; а якщо таке правове правило не знаходять, то тоді домагання мусить бути відхилене. Цьому прагненню підтримувати видимість повноти права штучними засобами саме право йде, наскільки це можливо, назустріч. «Мовчазне волевиявлення», «добросовісність», «добрі звичаї», «публічний інтерес» – це частково бажані неясності у законах, які можуть означити будь-що; вони дають судді прикриття для провезення контрабандним шляхом своєї власної побудови як усталеного права. [4]

Перший обов'язок науки: правдивість. Фікція повноти – це щось неправдиве й з нею мусимо порвати. У праві вирішені тільки ті справи, які в ньому вирішені – усе, що в ньому не вирішено, в ньому не вирішено. Цим розв'язана найважча частина завдання, якому ми приділяємо тут увагу. Якщо обмежити чинність правового правила справами, які увижалися законодавцеві, то, окрім цілком застарілого права, для судді не часто буде створена ситуація насилля над совістю: справи, які він справді ясно бачив, творець права вирішив загалом і цілком розумно. Неможливих результатів, схоже, досягають тільки тоді, коли бажають застосовувати правило до справ, про які він зовсім не думав. [5]

А якщо суддя мусить вирішувати справи, які закріплене право не вирішило, то я справді не знаю, як він інакше міг би знайти рішення, ніж у вільному творенні самотужки. Деякі закони, передусім австрійський Цивільний кодекс, навіть виразно привертають його увагу до цього. Тож боротьба навколо вільного правознаходження є передусім боротьбою проти неправдивості \blacksquare_{37} повноти права; якщо від неї відмовляються, то тоді вільне правознаходження є само собою зрозумілим. Це боротьба проти вигадливих тлумачень, аналогій, конструкцій, проти всього того технічного й таємничого, що робить роботу юриста в широких колах такою незрозумілою і водночас такою ненависною. Однак це також боротьба навколо суддівського стану, який, як і колись у Римі й ще сьогодні в Англії, міг би віддавати належне таким величним завданням. Оскільки одним тільки вільним правознаходженням зроблено ще небагато, «це» мусимо «і мати можливість» (*sc.* зробити). [6]

Дозвольте мені навести приклад. В «Майбутнє» (*sc.* відп. ред. Максиміліана) Гардена недавно можна було прочитати кумедну статтюⁱⁱ про наслідки одного визначення Цивільного кодексу для Німецької імперії, яке робить господаря тварини безумовно відповідальним за шкоду, заподіяну твариною. Отже, якщо мої коні, налякані автомобілем, розіб'ють мій візок, нароблять шкоди мені і моїм дітям і пошкодять також автомобіль, то я маю відшкодувати власникові автомобіля всі збитки, а мені їх ніхто не відшкодує. А якщо я, крім того, взяв на свій візок зі співчуття чоловіка, підібравши хворого на

ⁱⁱ Reinhold O. Der Thierhalter // Die Zukunft. 1905. Bd. 54. S. 200–206.

вулиці, а він гине у аварії, то я мушу утримувати його вдову і його дітей до кінця життя. А автомобіліст, який налякав моїх коней, ні до чого незобов'язаний.ⁱⁱⁱ Таких випадків перераховується там багато, але що саме вони доводять? Те, що законодавець, ухваливши загалом цілком виправдане визначення, думав не про всі справи, які можуть трапитися, інакше він ухвалив би для багатьох справ згаданого виду дещо інше. Але справ, про які законодавець не думав, закон не повинен був би стосуватися уже згідно з панівним сьогоднішнім вченням, навіть якщо він підійшов би за своїм дослівним текстом. Згідно з запропонованим тут розумінням, тепер була б в наявності прогалина в праві й суддя міг би вільно знайти рішення. Однак панівне вчення, яке відкидає вільне правознаходження, змушує суддю, незважаючи на це, ухвалювати рішення згідно з законом за допомогою розширювального тлумачення, аналогії, фікції, конструкції.^[7]

Звісно, може трапитися й так, що за своїм сенсом безсумнівне, виразне визначення закону підганяє суддю до рішення, яке видається йому несправедливим. Як він має поводитися в такому разі? Ну що ж, суддя, згідно з панівним сьогоднішнім принаймні на європейському континенті розумінням, є насамперед державним службовцем і як такий буде дотримуватися наказів держави. Той, хто знає організацію судівництва, погодиться, що (*sc.* судді, подібні до) Маньо навряд чи будуть в осяжний час чимось іншим, ніж курйозом, які б теорії про тлумачення законів не були запропоновані.^[8]

Але навіть тут не рекомендується натягувати тязьову надто туго. Пруський указ від 1739 року, який наводить *Адікес* у праці^{iv}, яку ще потрібно буде згадати, містив визначення: «Якщо адвокат або повірений у справах або інша подібна людина підбурюватиме людей передавати в закінчених і тривіальних справах Його Величності імедіатні (*sc.* безпосередні) меморандуми, то тоді Його Величність бажають повісити такого адвоката без усякої милості й пощади і велять вивісити поряд з ним ■₃₈ собаку»^v. Згідно зі свідченнями, які заслуговують на довіру, цей указ ніколи не був застосований і також найзавзятіші поборники технічного правознаходження не будуть вважати це незрозумілим. В Австрії чинна ще сьогодні постанова від 27 квітня 1854 року, згідно з якою ввезення, обіг, заволодіння й поширення грошових знаків революційної пропаганди (квитки Мадзіні, доларові банкноти Кошута, бони Гарібальді) обґрунтовує співучасть у злочині державної зради, просте володіння такими – злочин, за який загрожує строгий арешт від трьох місяців до одного року. Доларовими банкнотами Кошута можна зручно заволодіти у Відні у більшості торговців антикваріатом і інколи можна побачити навіть у вітринах. Те, що хтось переслідувався б через це, схоже, десятиліттями уже не трапляється. Я хотів би справді побачити суддю, який засудить лахмітника, що заволодіває доларовими банкнотами Кошута або квитками Мадзіні чи їх збуває, через співучасть в державній зраді, із застосуванням надзвичайного права пом'якшення покарання, хоча б до одного року в'язниці. Для виправдання, звісно, потрібно буде знайти добрі підстави – але вони є уже, через дослівний текст постанови, вільним правознаходженням.^[9]

Все ж такі випадки доволі рідкісні. Набагато більшими могли б бути небезпеки, які загрожують із суперечного сенсу й духу закону тлумачення, *яке, однак, сповна узгоджено з технічним традиційним правознаходженням*. Я знову бажаю навести тут кілька прикладів цього. Можливо, ніде суди не чіпляються так прискіпливо за дослівний текст закону, як в Австрії, особливо Касаційний суд в кримінальних справах. Згідно з австрійським кримінальним законом, злочин публічного насильства коїть нині той, хто за допомогою небезпечної погрози або *дійсного насильницького рукоприкладства* опирається службовцеві під час виконання (*sc.* його) адміністративного доручення або під час здійснення (*sc.* ним) офіційних або службових обов'язків із наміром зірвати це виконання. Словами «дійсне насильницьке рукоприкладство» закон з усілякою бажаною ясністю постановив, що цей злочин коїть тільки той, хто *дійсно* застосовує силу. Із цього самого собою цілком справедливого параграфа наша юдикатура зробила одну із найжорстокіших машин засудження, що існує. Згідно з цим параграфом засуджується бідна жінка, яка намагається вирвати у стягувача податку такі, що згідно з законом не підлягають арешту подушки, які він забирає у неї з ліжка для арешту. Зі стягувачем податку, який цим за законом

ⁱⁱⁱ Ebenda, S. 202–203.

^{iv} Adickes F. Studien über die heutige Geltung des Römischen Rechts. 1 Zur Lehre von den Rechtsquellen: insbesondere über die Vernunft und die Natur der Sache der Rechtsquellen und über das Gewohnheitsrecht. Cassel [u.a.]: Wigand, 1872. XII, 81 S.

^v Ebenda, S. 77.

цілком недопустимим накладенням арешту на майно накликає на людину лихо, само собою зрозуміло, нічого не трапляється. «Дійсне насильницьке рукоприкладство» – так ми чуємо – «може полягати також у вириванні взятого в руки і зафіксованого офіційним органом документа.» Або: «Навіть „неделікатне відсунення убік офіційної особи“ може бути дійсним насильницьким рукоприкладством.» Отже, навряд чи можна уявити якусь дію, яка не було б, на думку Касаційного суду, дійсним насильницьким рукоприкладством. І все ж Касаційний суд залишається сповна відданим за допомогою цих тлумачень панівному юридичному методу. При цьому йдеться не про дріб'язок. Йдеться про злочин, який карається *каторжною* в'язницею від шести місяців до одного року, про знищені засоби до існування, про руйнування ■₃₉ сімей: через «виривання документа» або «через неделікатне відсунення убік офіційної особи». І ці засудження відбуваються не на підставі закону, а на підставі його більш ніж спірного тлумачення. [10]

І все ж це ще не все. Кримінальний закон говорить далі про цей злочин: «Якщо опір відбувся б зі зброєю, то злочин потрібно карати каторжною в'язницею від одного до п'яти років.» Що таке зброя? Хотілося б вірити: предмет, який зазвичай слугує нападу або захисту. Але, на думку Касаційного суду, зброєю є майже все, що в підсудного було в руці, отже, парасолька, люлька для паління, чубук. Добре помітно, що йдеться не про те, чи це було використано, більш високу міру покарання отримає і той, хто, скажімо, під час «неделікатного відсунення убік офіційної особи» такий предмет тільки мав у руці. [11]

Яка мета у всіх цих тлумачень? Суворі покарання доречні, якщо йдеться про залякування. Кого бажають тут залякати? Публічне насильство над службовцем у обговореній тут формі коїться особами, які й так уже дуже пригноблені примусовим стягненням або арештом – воно коїться під час сильного душевного спалаху і трапляється, мабуть, завжди тільки спорадично. Про здійснюване як промисел публічне насильство над службовцем навряд чи хтось чув – а якщо в певній місцевості накопичаться такі дії в небезпечний спосіб, то вони, звісно, не обмежаться неделікатним відсуненням убік офіційної особи або вириванням зафіксованого нею документа, а будуть тоді полягати в *дійсному* насильницькому рукоприкладстві. Однак такі питання про слушність, справедливість, доцільність суворого покарання були б можливі тільки щодо вільного правознаходження. Касаційний суд натомість не знаходить право, а тільки тлумачить закон. І тому ви аж ніяк не можете запитати у нього, навіщо це все. [12]

А що стосовно правової певності? Куди ми прийшли б, якби кожний суддя грав у законодавця? Сьогодні ми принаймні знаємо наперед, чого можна очікувати. Що станеться, якщо розповсюдиться вільне правознаходження? Ну що ж, де закон говорить ясно й чітко, там правова певність буде не меншою, ніж тепер, оскільки всупереч ясному й чіткому дослівному тексту закону вирішують, залежно від обставин, обрані швейцарські судді, але, звісно, не призначений службовець. Де ж закон *не* містить ясного й чіткого визначення: я хочу бачити *того*, хто насмілився б прогнозувати сьогодні суддівське рішення! Набагато більшу цінність, ніж зв'язаність законом мала б стала юдикатура, опанована ясними засадами. Те, що вона може бути погано влаштована і без вільного правознаходження, це ми, однак, всі знаємо, а того, що вона сповна сумісна з вільним правознаходженням, навчає Англія, класична країна вільного правознаходження. Та ба, вона може ще більше розквітнути саме у разі вільного правознаходження. Вільне правознаходження веде, само собою зрозуміло, до сталого суддівського права. Всюди виявилось, що суддя, який має вільно знаходити рішення, дотримується, наскільки це можливо, висловленої одного разу однорівневими або вищими судами ■₄₀ засади, тоді як кожне нове тлумачення закону може навчати його кращому тією мірою, якою він зв'язаний законом. [13]

На превелике моє здивування, я недавно прочитав, що думка про вільне правознаходження виникла начебто зі зневаги до парламентаризму. Чому ж воно квітне в Англії, класичній країні парламентаризму? Я знаю, що вільний від зневаги до парламентаризму й, звісно, не думаю відмовляти законодавчим зборам у праві видавати приписи, які зв'язують суддю. Але з того, що законодавчі збори можуть виробляти закони, ще не випливає, що вони можуть робити будь-що, що вони повинні робити будь-що, також те, що інші можуть робити краще, ніж вони. А те, що вони не можуть виробити безпрогальний закон, який все передбачає, це вони досить часто доводили. [14]

Однак головна справа – це суддівський стан, який доріс би до такого величного завдання. Те, що він відсутній сьогодні поза Англією, безсумнівно. Само собою зрозуміло, він також ніде не може бути створений на голому місці з нічого, він мусить повільно, поступово підготуватися; але дечого можна було б досягнути вже сьогодні кращою організацією суддівського стану. Я намітив це вже в своїй

останній праці, яка приділяє увагу вільному правознаходженню^{vi}. Тим часом вкрай похвальна книга Адікеса^{vii} докладно розробила цю думку^{viii}. Те, що нова організація не відразу буде плодоносити, щоправда, безсумнівно, але якщо ми ніколи не розпочнемо з цього, то ми ніколи цього не досягнемо. І передусім мусять бути встановлені цілі, яким повинна слугувати ця організація, оскільки вона повинна бути пристосована до цих цілей, так само, як сьогоднішня організація суддівського стану виникла з її цілей: стан суддів-службовців як орган виконання адміністративних наказів. Й доки у нас немає суддівського стану, який відповідав би найвищим завданням, у нас не буде й правосуддя, яке відповідало б найвищим завданням, ні вільного, ні зв'язаного. [15]

Вільноправовий рух налагодився лише в останні три роки. Підходи до нього можна знайти дуже спорадично уже в старих роботах (Ляйзер)^{ix}. Однак неправильно прив'язувати рух за вільне правознаходження до праці Бюлова «Законо і судівництво», яка вийшла друком в восьмидесяті роки минулого (sc. XIX) століття^x; це впливає уже з того, що Бюлов ніколи, ні в згаданій праці, ні деінде, не висловився за вільне правознаходження. Чим пояснюється непорозуміння, мені незрозуміло. [16]

Gnaeus Flavius – я не *Gnaeus Flavius* і аж ніяк не в усьому з ним згоден – репрезентує в праці^{xi}, яка зараз дала привід до стількох обговорень, вільне правознаходження з великим знанням справи, натхненно і вправно. Прихильники цього вчення будуть вдячні йому за його роботу, не зважаючи на деякі перебільшення, які вона містить. Однак він аж ніяк не є його винахідником. У дев'ятнадцятому столітті його виклав, після декількох попередників^{xii}, Адікес, теперішній обер-бургмістр у Франкфурті-на-Майні, у праці «До вчення про джерела права», яка вийшла друком в 1872 році^{xiii}. Останнім часом воно здобуває все більше захоплених поборників; у Німеччині (sc. – це) ■|₄₁ Штампє, Штернберг, Радбрух, Румпф, в Австрії – Штайнбах, частково також Унгер; у Франції – Жені, Салей, Ламберт.^{xiv} Не так давно в цьому сенсі висловився також наш Імперський суд в одному дуже примітному рішенні, мабуть, під впливом, свого голови Унгера. В деталях вчені, само собою зрозуміло, дуже відхиляються один від одного як в обґрунтуванні, так і в обсязі, у якому вони бажають визнати вільне правознаходження. [17]

Я вірю, що поділяю з Адікесом честь передування у часі. Я намагався обґрунтувати вільне правознаходження вже в 1888 році у великій статті, яка вийшла друком в «Юридичній газеті»: «Про прогалини в праві»^{xv}, а потім в своїй монографії: «Мовчазне волевиявлення»^{xvi}. Я зайшов при цьому не так далеко, як Адікес, однак уже тоді першим встановив пункти, які сьогодні відіграють головну роль в науковому обговоренні питання: я пояснив уже тоді, що вчення про гадану закритість правової системи ґрунтується на досягненнях хитрості і фікціях^{xvii} і визначив природу прогалин в праві так, як це відбувається у загальних рисах сьогодні^{xviii}. На декількох прикладах (природи речі, принципу добросовісності, мовчазного волевиявлення) я показав, як юдикатура змирилася з труднощами, які їй готує

^{vi} Ehrlich E. Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft: Vortrag gehalten in d. Jur. Ges. in Wien am 4. Maerz 1903. Leipzig: Hirschfeld, 1903. VI, 40 S.

^{vii} Adickes F. Grundlinien durchgreifender Justizreform: Betrachtungen und Vorschläge unter Verwertung englisch-schottischer Rechtsgedanken. Berlin: Guttentag, 1906 VII, 170 S.

^{viii} Ebenda, S. VII, 10 u.a.

^{ix} Тезу С. Ерліха підтверджує Ян Шрьодер: Schröder J. Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1500-1990). Bd. 1 1500-1933. 3. Aufl. München: C.H. Beck, 2020. S. 159-160 з посиланням на: Leyser A. Meditationes ad Pandectas, I, 3. Ausg., Leipzig und Wolfenbüttel 1741, S. 29-30 (= spec. 3, Nr. 6).

^x Bülow O. Gesetz und Richteramt. Leipzig: Duncker & Humblot, 1885. XII, 48 S.

^{xi} Kantorowicz H. (= Gnaeus Flavius) Der Kampf um die Rechtswissenschaft. 1. u. 2. Tsd. Heidelberg: Winter, 1906. 50 S.

^{xii} Крім Франца Адікеса, також Зігмунд Шлосман (Siegmond Schloßmann), Райнгард Франк (Reinhard Frank); Рудольф фон Іеринг (Rudolf von Jhering), Йозеф Колер (Josef Kohler), див.: Riebschläger K. Die Freirechtsbewegung: zur Entwicklung einer soziologischen Rechtsschule. Berlin: Duncker & Humblot, 1968. S. 26-32.

^{xiii} Adickes F. Studien über die heutige Geltung des Römischen Rechts ..., 1872.

^{xiv} Про рух за або навколо вільного права загалом і про його представників див.: Riebschläger K. Die Freirechtsbewegung, 1968. passim 124 S.

^{xv} 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.

^{xvi} Ehrlich E. Die stillschweigende Willenserklärung. Berlin: Carl Heymanns Verlag, 1893. XII, 296 S.

^{xvii} Ehrlich E. Über Lücken im Rechte, S. 447-448, 604.

^{xviii} Ehrlich E. Über Lücken im Rechte, S. 448, про зміну попереднього поняття прогалини див.: Ehrlich E. Die juristische Logik. Tübingen: Mohr, 1918. S. 215.

хистка теорія про повноту правової системи^{xix}. А в доповіді, яку я зробив в 1903 році у Віденському правовому товаристві, а потім опублікував в друкованому виданні^{xx}, нове вчення з'являється вже таким, як я його у цей час сповідаю. Рух у Німеччині виходить здебільшого із моєї доповіді^{xxi}, принаймні він у часі йде за нею. Тому я претендую для себе на заслугу, що першим репрезентував справу уже багато років тому і налагодив останнім часом знову. Вона з великою готовністю визнається за мною і більшістю, зокрема визнає й Gnaeus Flavius^{xxii}. Само собою зрозуміло, в цьому нічого не змінюється через те, що вона іншими замовчується. [18]

Іменний покажчик
Сторінки вказані за оригіналом.

Адїкес, Франц (Adickes, Franz) 37, 40, 41	Ляйзер, Августин (Leyser, Augustin) 40
Бюлов, Оскар (Bülow, Oskar) 40	Мадзіні, Джузеппе (Mazzini, Giuseppe) 38
Гарден, Максимілян (Harden, Maximilian) (відп. ред.) 37	Маньо, Жан Марі Бернар Поль (Magnaud, Jean Marie Bernard Paul) (суддя) 37
Ерліх, Євген (Ehrlich, Eugen) 35	Радбрух, Густав (Radbruch, Gustav) 41
Gnaeus Flavius (Гней Флавій, псевдонім Германа Канторовича (Kantorowicz, Hermann)) 40	Румпф, Макс (Rumpf, Max) 41
Гарібальді, Джузеппе (Garibaldi, Giuseppe) 38	Салей, Раймон (Saleilles, Raymond) 41
Жені, Франсуа (Gény, François) 41	Штампе, Ернст (Stampe, Ernst) 41
Кляйн, Франц (Klein, Franz) 35	Штернберг, Теодор (Sternberg, Theodor) 41
Кошут, Лайош (Kossuth, Lajos) 38	Штайнбах, Еміль Роберт Вільгельм (Steinbach, Emil Robert Wilhelm) 41
Ламберт, Едуард (Lambert, Edouard) 41	Унгер, Йозеф (Unger, Josef) 35, 41

^{xix} Ehrlich E. Über Lücken im Rechte, S. 510–597: 510–512, 522–525, 535–536, 546–547, 558, 569–570, 581–583, 594–597; 448–498: 448–449, 459–461, 471–473, 483–185, 495–498. Ehrlich E. Die stillschweigende Willenserklärung, 1893 passim.

^{xx} Ehrlich E. Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft, 1903.

^{xxi} Ebenda.

^{xxii} Kantorowicz H. Der Kampf um die Rechtswissenschaft, 1906. S. 8.