

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

**FACTS OF THE CUSTOMARY LAW. INAUGURAL RECTOR'S
SPEECH, DELIVERED ON THE DECEMBER 2 OF 1906; REPORT
ON THE 1906/1907 ACADEMIC YEAR, ACCOMPLISHED ON
THE DECEMBER 9, 1907 BY THE RECTOR, WHO PASSES HIS
POST, PROF. DR. EUGEN EHRLICH***

Author Eugen Ehrlich

*Translated from German by I. Ya. Yatsiuk (Yuriy Fedkovych Chernivtsi
National University, Ukraine)*

Translated from Latin by T. D. Popova (Yuriy Fedkovych Chernivtsi National University, Ukraine)

*Scientific edition of the translation M. V. Nykyforak (Yuriy Fedkovych Chernivtsi
National University, Ukraine)*

Abstract S. V. Savchuk (Yuriy Fedkovych Chernivtsi National University, Ukraine)

Abstract. The paper, published in Leipzig and Vienna in 1907, refers to the historical and comparative legal dilemma, that involves two interrelated questions: "What is the thing, that transforms life relations into legal relations, or vice versa, does not give them such status?" and "How do the factual relations transfigure to the rights and legal relations?". Its main part is divided into two blocks: positive and critical. The first one is comprised of the classification of the legal facts, and the second contains a constructive criticism of the traditional theory of customary law. In fact, this work became the basis for the 5th Section of the *Grundlegung der Soziologie des Rechts* [Foundation of the Sociology of Law] (1913), where the above-mentioned dilemma was formulated as follows: "What factual institutions ascend in the process of historical development of legal relations, and due to which social processes factual institutions become the legal relations?".

In the positive block Eugen Ehrlich diligently, originally and thoroughly analyses the same facts as 7 years later, namely: usus, domination, possession, expression of will, and especially the question of inheritance law. Particularly interesting it is expounded the question of "actions that people commit to achieve legal results", such as the notion of the "silent trade", etc. In the critical block Eugen Ehrlich not only criticizes the traditional theory of customary law, but also advances his own. Thus, for example, he distinguishes the notion of the custom that emerged in the so-called common law in the 17th and 18th centuries, on the one hand, and his own sociological understanding of the custom. The criticism of the traditional notion is focused on the confusion of different things: social institutions and norms for the solution, derived from them. The author suggests an original theory of norms for the solution, as well as the custom. The latter case refers to the question about the element of the actual social customary law.

The inaugural speech of the rector is supplemented by an Eugen Ehrlich's report about the 1906/1907 academic year at the Chernivtsi University, which contains, among other things, interesting statistic data (e.g. about the national or confessional composition of students, etc.).

Keywords: legal relations; facts of law; customary law; norms for resolution; usus; possession; expression of will.

* The article published in *Czernowitz: Selbstverlag o/er k.r. Universität*. 1906. 66 s.

ФАКТИ ЗВИЧАЄВОГО ПРАВА. ІНАВГУРАЦІЙНА РЕКТОРСЬКА ПРОМОВА, ВИГОЛОШЕНА 2 ГРУДНЯ 1906 Р. ЗВІТ ПРО 1906/1907 НАВЧАЛЬНИЙ РІК, ЗРОБЛЕНИЙ 9-го ГРУДНЯ 1907 РОКУ РЕКТОРОМ, ЯКИЙ ПЕРЕДАЄ СВОЮ ПОСАДУ, ПРОФ. ДР. ЄВГЕНОМ ЕРЛІХОМ*

Автор Євген Ерліх

*Пер. з нім. І. Я. Яцюка (Чернівецький національний університет
імені Юрія Федьковича, Україна)*

*Пер. з латині Т. Д. Попової (Чернівецький національний університет
імені Юрія Федьковича, Україна)*

*Наукова редакція перекладу М. В. Никифорака (Чернівецький національний університет
імені Юрія Федьковича, Україна)*

*Анотація С. В. Савчука (Чернівецький національний університет
імені Юрія Федьковича, Україна)*

Анотація. В роботі, опублікованій в містах Лейпциг і Відень в 1907 році, йдеться про історико-і порівняльно-правову дилему, а саме про два взаємопов'язані запитання: «Що ж це таке, що перетворює життєві відносини у відносини правові, або навпаки, не надає їм такого статусу?» і «Як фактичні відносини стають правами і правовими відносинами?». Основна її частина поділяється на два блоки: позитивний і критичний. До першого належить класифікація фактів права, а до другого – конструктивна критика традиційної теорії звичаєвого права. Фактично ця праця стала основою для розділу V. *Grundlegung der Soziologie des Rechts* [Закладення основ соціології права] (1913), в якій вказана дилема формулюється наступним чином: «Які фактичні установи стають в процесі історичного розвитку правовідносин, і завдяки яким суспільним процесам вони (фактичні установи) стають ними (правовими відносинами)?».

У позитивному блоці Є. Ерліх ретельно, оригінально і ґрунтовно аналізує ті ж самі факти, що і 7 років пізніше, а саме: узус, панування, володіння, волевиявлення, зокрема і питання спадкового права. Особливо цікаво викладено питання про «дії, які люди вчиняють для досягнення правових результатів», наприклад поняття «німої торгівлі» тощо. В критичному блоці Є. Ерліх не тільки критикує традиційну теорію звичаєвого права, але й пропонує свою власну. Так, наприклад, він розрізняє поняття звичаю, яке склалося в так званому загальному праві XVII і XVIII століть, з одного боку, і своє власне соціологічне розуміння звичаю. Критика традиційного поняття спрямована на змішування відмінних між собою речей: з одного боку, суспільних інституцій, а з іншого, – виведених із них норм для вирішення. Автор пропонує оригінальну теорію як норм для вирішення, так і звичаю. В останньому випадку йдеться про елемент власне суспільного звичаєвого права.

Інавгураційна ректорська промова доповнюється звітом Є. Ерліха про 1906/1907 навчальний рік в Чернівецькому університеті, в якому наводяться, серед іншого, цікаві статистичні дані (наприклад, про національний чи конфесійний склад студентів тощо).

Ключові слова: правові відносини; факти права; звичаєве право; норми для вирішення; узус; володіння; волевиявлення.

ФАКТИ ЗВИЧАЄВОГО ПРАВА

Високоповажні збори!

За старим академічним звичаєм, якнайсердечніше дякуючи своїм колегам, які на рік призначили мене репрезентувати наш університет у зносинах із зовнішнім світом, я хочу в день інавгурації ректора поговорити про предмет, взятий із тієї сфери знань, якій я присвятив своє життя. Для цього я вибрав звичаєве право, яке вже понад століття є одним із найбільш животрепетних і найбільш обговорюваних питань нашої науки. Але я хочу поговорити сьогодні не про звичаєве право як таке, я хочу промовляти про факти звичаєвого права. Право і правовідносини є абстрагованими

* Статтю опубліковано в *Czernowitz: Selbstverlag o/er k.r. Universität*. 1906. 66 s.

речами, які існують не в конкретній реальності, що сприймається чуттєво, а в головах людей. Не було б ніякого права, не було б також і жодного звичаєвого права, якби не було людей, які розмірковували б над ним. Але як і будь-де, так і тут наші думки сформовані з того матеріалу, який ми беремо із конкретної дійсності, яка сприймається чуттєво. В основі всіх наших уявлень лежать факти, які ми колись встановили. Впевнений, що такі факти існували ще до того, як у мозку людини взагалі почали зароджуватися думки про право і правовідносини. Також і в сьогоденні мусять в будь-якому випадку існувати певні факти, перед тим як ми наважимося говорити про право і правовідносини. Якраз про ці факти і йдеться тут. Із сьогоднішнього розгляду виключено лише те, що викликається дією закону, приписом, який виходить від законодавчої влади держави, і стосується того, як люди у майбутньому мають організувати свої дії.

Для сьогоднішнього юриста звичним є погляд на світ, в якому панує право та обов'язковість права. Цьому світу, який є і його світом, він завдячує своїм світоглядом, який в основу основ покладає право та його обов'язковість. Без них він майже неспроможний уявити собі співіснування людей. Сім'я, яку б офіційні органи влади не зберігали як єдине ціле, або, принаймні, не спостерігали за нею, власність, яка б не захищалася судами, договір, якого не можна було б оскаржити, спадщина, якої не можна було б добитися правовим шляхом, здаються йому, принаймні, як загальні явища, неможливими. Таким чином, у його мисленні система правопорядку, суд і обов'язковість права поєднуються в одне ціле, і, позаяк обов'язковість права передбачає судові рішення, а останнє, у свою чергу – тверді правові норми, то він намагається повсюди, де тільки він знаходить певну систему правопорядку, шукати суд, обов'язковість права і тверді правові норми, які все визначають заздалегідь.

Але від погляду досвідченого дослідника-правника не сховається те, що добре знайомому нам суспільству, яке тримається у правових рамках завдяки суду, обов'язковості права і правових приписів, передувало інше суспільство, для якого це все було чужим, яке, однак, все ж таки володіло певним прийнятним порядком. Цей порядок ґрунтувався на тому, що люди вже тоді визнавали певні правила обов'язковими для своєї діяльності і під дією цих правил частково поступали, поводитися, прагнули і, до певної міри, досягали подібних цілей уже так само, як пізніше під дією твердих правових норм, які застосовуються судами і реалізуються через обов'язковість права. Чи можемо ми тут говорити вже про якусь систему правопорядку – це, звичайно, не вельми й важливо. Те, з чим ми тут стикаємося, може, мабуть, вважатися, передусім, нічим іншим, як фактом: бо „факт” для юриста – це все те, що не є, або ще не є правом чи правовідносинами; однак ці факти є вже правами чи правовідносинами в їх зародку і становленні, і в такій якості ми знову виявляємо однакові за своєю природою факти у пізніший період.

Ми повинні, таким чином, рахуватися з тим, що вже на цьому ступені розвитку існують правила, якими люди керуються у своїй діяльності, і що у людей, які так діють, мусять існувати певні свідомі чи напівсвідомі уявлення, сприйняття і почуття, що спонукають їх до дотримання цих правил. Такі правила і дії, уявлення, сприйняття і почуття, які їх супроводжують – це те, із чого, як наслідок, виростає система правопорядку.

Але і там, де вже існує усталена система правопорядку, ми кожної миті стикаємося із чисто суспільними інституціями, до яких праву певною мірою немає ніякого діла, і щодо яких, через те, існують сумніви, чи можна назвати їх правовими інституціями. Однак і в пізніший час нам зустрічаються заклади того ж виду. Вони визнані правом, охоплені правовими нормами і перебувають під захистом суду. Також і тут зусилля вартують того, щоб прослідкувати шлях переходу від чисто суспільних життєвих до правових відносин. Також і тут найвища цінність для юриста – з'ясувати суть уявлень, почуттів і відчуттів, на яких ґрунтуються життєві відносини у процесі свого чисто суспільного існування, і які, врешті-решт, призводять до визнання цих життєвих відносин правом. Цю тему ми зустрічаємо ще й в іншій формі, позаяк життєві відносини подібного виду існують у різних країнах, то виступаючи складовою частиною системи правопорядку, то ні. Так, у тому самому правовому полі ми іноді бачимо життєві умови повністю одного і того ж виду, із яких один здається включеним у правову систему, у той час як прийом у систему права іншого, часом важливішого та з більшим значенням, відхиляється. Нарешті, безперечно існують випадки, де якийсь вид життєвих відносин впродовж часу втратив будь-яку правову силу, однак зберіг своє існування як вид відносин суспільних. Незліченною є кількість прикладів, які можуть бути наведені на користь сказаного. Через те зробимо посилання лише на деякі, передусім на те, що римська преторська власність існувала, на нашу думку, ще задовго до того, як вона була забезпечена з боку претора

правовими засобами, а також на те, що в Римі, як і в інших системах права поруч із договорами, на які поширювалася можливість їх розгляду в суді *contractus* (угода), завжди існували договори, на які така можливість не поширювалася *pacta* (договори), і які, частково, були щонайменше настільки ж важливими, як і перші. Однак і ми сьогодні не змогли б просто так припустити, що домовленість з другом про те, що він задалегідь займе для нас місце у скорому поїзді, якщо той буде переповнений, започатковує відносини з обов'язковим виконанням певних дій, хоча, ймовірно, з цим можуть бути пов'язані дуже важливі інтереси. У всіх цих випадках ми маємо справу з життєвими відносинами, які пізніше частково включалися в систему правової обов'язковості без будь-яких суттєвих змін при цьому, у той час як інші життєві відносини подібного типу залишаються, як і раніше, поза цією системою. Один із видів життєвих відносин – це шлюб, який, поза всяким сумнівом, повсюди є також і видом правових відносин. Однак на Сході ми маємо декілька видів шлюбу, та й у Римі ще в дуже ранні часи поруч із обов'язковим існував і вільний шлюб, трохи пізніше ймовірно *matrimonium juris gentium* (шлюб між чужоземцями), і, нарешті, у праві певним чином почав враховуватися також і конкубінат. І навпаки, у сфері християнської культури ми, мабуть, ніколи не вийдемо за межі єдиного, повноцінного в правовому і моральному плані, виду шлюбу. Отже, право в нас у принципі відхиляє стосунки між статями, які фактично трапляються, чого не спостерігається десь інакше. Коли, нарешті, дворянство, як наприклад, у сусідній з нами країні, скасовується на основі закону, то воно, як уже неодноразово можна було переконатися, ще довго продовжує своє існування в суспільстві, і так само запровадження цивільної процедури одруження чи розлучення не відразу або зовсім не усунуло в певних колах суспільного значення церковної процедури одруження і нерозривності шлюбних уз.

Що ж це таке, що перетворює життєві відносини у відносини правові, або навпаки, не надає їм такого статусу? Його не можна пристосувати до визнання через закон, суди чи інші інстанції, бо це не властивість, а історична випадковість відносин. Те, чи згадуються в якому-небудь законі якісь життєві відносини, є зовсім другорядним, позаяк і без того ясно, наскільки мало нагромадження законів може охопити всю строкату розмаїтість реального життя. А можливість, заявити про вимоги, які впливають з цих відносин, у суді чи іншій інстанції? Як задалегідь можна побачити по цих відносинах, які ніколи не розглядалися і ніколи не будуть розглядатися в суді чи в якійсь іншій інстанції, яке значення припише їм суд чи інші інстанції, якщо, до того ж, для цього у законах і дотеперішній системі судочинства – а якраз про такі випадки тут і йдеться – відсутній вихідний пункт? І все-таки, мабуть, немає сумнівів у тому, що із безлічі життєвих відносин лише деякі, як виняток, привертають до себе увагу судів та інших інстанцій. Адже ж наше життя проходить не в різного роду установах. Є мільйони людей, які вступають у безліч правових відносин і які є такими щасливими від того, що їм ніколи не доводиться звертатися в якусь інстанцію. Оскільки тип відносин, який не увійшов у системи законодавства і судочинства, все-таки закономірно існує, то якраз у тих випадках, які утворюють правило, не буде вистачати всього того, що було б необхідним, для того, щоб встановити, чи ми маємо тут справу з якимось типом правових відносин. При цьому кожної миті змінюються межі між тим, про що суди та інстанції в стані прийняти розпорядження, і тим, від виконання чого вони, на їх думку, мусять відмовитися, і не лише через законодавство, але й через фактичну практику; повинні кожна така зміна, кожне непомітне коливання позначатися на всіх відносинах, які ніколи не були, або які ніколи не повинні стати предметом розгляду в суді?

Мені, звичайно, знову зроблять закид стосовно того, що я плутаю право і звичаї. Однак я все-таки нічого не плутаю, я, зокрема, дуже добре вмію розрізняти право і звичаї. Я тільки оспорюю те, що норма, яка виходить від держави, правова обов'язковість, яка практикується судами чи іншими інстанціями, складають суттєву ознаку права. Право і звичай відрізняються один від одного так само, як відрізняються норми звичаю від моральних норм – звичай і моральність також є відмінними одне від одного, і вони обоє знову-таки відрізняються від релігійних норм та від інших менш важливих норм, від правил поведінки, доброго тону, моди. Право – це суспільні заклади і приписи, які сприймаються керівними колами суспільства як основа державного, суспільного та економічного устрою. При цьому має значення лише те, чи вони сприймаються як основа цього устрою, а не те, чи є вони такою основою, і зовсім ніякого значення не має захисний вал, яким керівні кола суспільства оточують основоположні приписи і заклади. У древні часи національна релігія постійно належала до основоположних державних інституцій, однак антична держава вважала за потрібне лише у виняткових випадках захищати єдність віри від тих, хто опирався цьому. У середні віки і сучасний

період, аж до 18-го ст., ставлення керівних кіл до цього питання було, як відомо, іншим, а сьогодні воно знову-таки зовсім інше. У кожному суспільстві, яке знаходиться на високому ступені розвитку, живе почуття того, що справжній шлюб можливий лише між особами, які перебувають у тісному суспільному й етнічному взаємозв'язку. Правила щодо *connubium* (право укласти шлюб) є правовою інституцією, тому що вони сприймаються як основа суспільного і державного устрою, якщо навіть небагато можна почути про правову обов'язковість для їх здійснення. Подібні настрої панують ще й сьогодні у широких колах, однак вони, за невеликими винятками, не мають нічого спільного з правом. Основу державного і суспільного устрою в них сьогодні не вбачає більше ніхто, вони є лише звичаєм. Проте, само собою зрозуміло, не кожна суспільна інституція чи припис, що трактується керівними колами як основа державного, суспільного і економічного устрою, є одночасно правом і звичаєм: правом, однак, вона є за будь-яких обставин.

Усі ці суспільні інституції, які частково проникають у систему права, частково її оминають, а частково застрягають на шляху до неї, є для юристів та істориків права найбільш важливими. Бо тут якраз і знаходиться справжня майстерня формування права. До вчення про джерела права, про закон і звичаєве право можна приступити лише звідси. Вся історія права аж до нашого часу завжди розглядала, по-суті одне і те ж питання: як фактичні відносини стають правами і правовими відносинами.

З огляду на ці питання повинні досліджуватися основоположні інституції людського суспільства. Передусім об'єднання і союзи, з яких розвинулося сучасне суспільство: сім'я, рід, громада. Тоді владні відносини, які існують у суспільстві, сімейно-правові види влади й опікуєтво, рабство, особиста залежність та інші службові відносини. Після цього ідуть земельні правовідносини – основа будь-якого суспільного устрою. Тоді – право юридичних операцій, дій, які люди здійснюють для досягнення правових результатів. І, нарешті, спадкове право, упорядкування спадщини покійного.

Першим фактом суспільного життя є група людей. Ми зустрічаємо її в глибоку давнину у різних формах, як-то рід рідню, *gens*, *clan* (рід, громада), сім'ю, родину, пізніше як сільську громаду, громаду з правом проведення ярмарку. Рід і сім'я є первинними формами. Ще й сьогодні залишається відкритим питання про те, яку з них слід розглядати як достеменну праформу, чи рід є нічим іншим як сім'єю, яка виросла, стала дорослою, або чи сім'я з'явилася набагато пізніше, ніж рід, в його середовищі. Мені, однак, не здається сумнівним те, чим були породжені рід і сім'я. Цементуючим матеріалом для них служать суспільні почуття, які пов'язують одну людину з іншою, і які породжуються у неї відчуттям того, що вона, об'єднавшись у групи з іншими людьми, зможе легше і більш успішно, аніж будучи сама одна і розраховуючи лише на власні сили, вести важку боротьбу з природою за існування. З моменту того, як люди усупільнюються в групи, більша здатність людини, об'єднуватися у спільноту, стає для неї, само собою зрозуміло, зброєю у боротьбі за існування. Звідси, вона спричиняє також поступове усунення і занепад тих, у кого переважають себелюбство і хижацькі інстинкти, та виживання тих, хто здатний створювати спільноту, які тепер є сильнішими, тому що їм допомагає сила всієї групи. У такий спосіб природній добір і спадковість призводять до появи поколінь людей, які дедалі більше здатні формувати суспільство. Це почуття згуртованості, у тому розумінні, що можна покласти на допомогу один одного, вкорінюючись, породжує рід, і, посилюючись усвідомленням спільного походження, – сім'ю, з якої, поставленої у скотарів і землеробів на певну економічну основу, розвивається агнатична родина, так само як із осілого роду розвивається сільська громада та громада із правом проведення ярмарку.

Тому аж ніяк не правові норми, а одвічні суспільні почуття людини дали людству його найстарішу конституцію. Устрій, який ґрунтується на ній, можна, мабуть, назвати, відповідно до сьогоднішньої манери висловлюватися, лише звичаєм. Як цей звичай переходить у право? На це питання, звичайно, відповісти нелегко; небагато результатів досліджень з історії права є такими ж загально визнаними, як ті, згідно з якими звичай і право тим важче розділити, чим далі ми в нашому розгляді будемо повертатися назад у часовому плані. Однак можна, мабуть, припустити, що саме об'єднання у вищі одиниці, родів у племена, а племен у родову державу зародило в цій сфері спочатку думку про право. Відтоді основний закон роду і родини стає дедалі більше складовою частиною племінного і державного устрою, а приналежність окремої особи до своєї сім'ї, своєї родини, повноваження глави групи, обов'язки її членів більше не задаються їхніми почуттями і нахилами, а залежать від визнання інших груп, які об'єдналися раніше. Звичай стає правом, як тільки він загалом починає сприйматися як базис основного закону племені і держави.

А тепер я звернуся до відносин влади і підлеглості. Слід розрізняти два види підлеглості: ті, які випливають із сімейного союзу – підлеглість дітей батьківській владі, підлеглість жінки владі чоловіка – і відносини підлеглості чисто суспільного походження, рабство і особиста залежність. При цьому дуже сильно напрошується на думку зведення до положень права багатоманітних і по-різному диференційованих відносин влади і підлеглості, які проявляються на всіх ступенях розвитку суспільства, аж до останнього, досягнутого лише найрозвинутішими народами Європи і Америки. І справді, здається, повсюди панує думка, що правом є те, що підкоряє жінку чоловіку, дітей – батьківській владі, підопічного – опікуну, рабів і особисто залежних – своєму володарю. Насправді ж тут, як і будь-де в іншому місці, право не є причиною, а вираженням певного типу фактичних відносин. Будь-яке панування є лише іншою стороною беззахисності того, над ким панують, і його потреби в допомозі. Над ним здійснюється панування, тому що він не отримує правового захисту, а право не захищає його через те, що він занадто слабкий, щоб захистити себе самого. Правовий захист у глибоку давнину коренився у самопомозі та самозахисті. Спільноти визнають правовий захист спочатку для своїх повноцінних членів, які, у випадку необхідності, і власними силами могли б захиститися від нападу і були б у стані, ту допомогу, якої вони домагаються від інших, самі іншим і надати. Жінка, дитина, ще не здатний носити зброю юнак не можуть це зробити, бо вони занадто слабкі для цього; чужак, який живе сам, не може зробити цього, бо він не має спільноти, яка б ним переймалася. Представник переможеного народу чи племені не може цього, бо захист, який йому хотіла б надати його спільнота, не діє з огляду на перевагу переможця. Всі вони, жінка, дитина, чужак, переможений перебувають під владою того, хто схиляється до їх захисту: чоловіка, батька, гостинного господаря, переможця. І хто ще не вірить у власні сили, добровільно віддає себе під чужий захист. Якщо захисника не знаходиться, тоді він належить тому, хто оволодіває ним і зберігає його життя: він стає його холопом. Слабка людина, яка має свого господаря, більше не є безпомічною, бо зараз будь-який напад на неї є одночасно нападом на її господаря¹.

Відносини захисту мають, звичайно, і економічні передумови. Влада здійснюється на користь володаря, а не заради того, над ким панують. Допоки людина, навіть за найбільших зусиль, не спроможна створити більше, ніж необхідно для власного існування, як це притаманно дуже бідним мисливцям і пастухам, до тих пір вона і не має володаря. Панування не принесло б пануючому в цьому випадку нічого. Тому полонений ворог ще не перетворюється в раба, а знищується, або, як виняток, приймається у народ – переможець. Лише жінка на цьому ступені розвитку вже має цінність, оскільки вона є предметом не лише економічної, а й статевої експлуатації. Заради цього вона залишається живою і використовується для виконання робіт, від яких чоловік відмовляється, бо вважає їх виконання нижчим своєї гідності, або вважає ці роботи занадто важкими.

Тому володарювання у первісному суспільстві базується на цих обох фактах: на беззахисності того, над ким здійснюється панування, на його економічній і статевій експлуатації з боку сильнішого. Ці фактичні стосунки перетворюються тут також у правові відносини, як тільки роди об'єднуються у союзи вищого порядку – у племена і держави. Бо такі союзи завжди є об'єднаннями лише правителів: жінки, діти, раби в цьому участі не беруть; а вістря цих об'єднань спрямовані не лише проти зовнішнього ворога, а й, якщо це навіть, можливо, й несвідомо, проти внутрішніх заколотів. Через те родова держава є вже устроєм для панування, і фактичні відносини володарювання і тут стають правовідносинами, бо вони сприймаються як основа державного устрою.

Всередині держави природа відносин панування змінюється, як тільки змінюються його обидві фактичні передумови: безпомічність слабких і заснована на цьому економічна експлуатація. Суспільство додержавної формації неспроможне захищати слабких і безпомічних; держава, відповідно, може посилювати це дедалі більше як засіб своєї влади. Звідси, влада на основі сімейного права втрачає відбиток своєкорисливого майнового права у тій мірі, в якій підлеглим на основі цієї

¹ Один австрійський морський офіцер, знавець Африки, сказав мені якось, що він значною мірою приписує успіхи Стенлі договорам, які той мав звичку укладати із своїми чорними носильниками. Інші мандрівники по Африці наймали носильників зазвичай лише на короткі відрізки шляху, для області, у якій жили їх одноплемінники, звільняли їх, коли вони доходили до кордону племені, і шукали там інших носильників на тих же умовах. Стенлі ж, навпаки, наймав їх уже на узбережжі на цілу подорож. Негр в Африці поза кордонами свого племені є здебільшого безправним. Як тільки Стенлі приходив у чужу область, його караван був єдиним притулком для носильників. І, таким чином, вони були віддані на його гнів і милість. Він був їх захисником і саме тому їхнім необмеженим володарем і повелителем.

влади, жінкам і дітям, забезпечується самостійний правовий захист: батьківська і ще більше опікунська влада перетворюються тоді в суспільну інстанцію, а влада чоловіка – у правове представництво жінки через її чоловіка. І навпаки, держава відмовляє у правовому захисті, якщо їй розходиться в збереженні устрою для панування; цим самим беззахисність слабких стає їх безправністю, рабством. Холоп, якого наділили землею і поселили, перетворюється завдяки зростанню його економічного значення в особисто залежну людину. Якщо вартість робочої сили внаслідок розвитку економічних відносин і, разом з тим, економічне значення особисто залежної людини зростатимуть, це призведе до легших форм особистої залежності і, нарешті, до звільнення селян. Переважання політичної влади пануючих класів і потреба в більш ґрунтовному використанні землі спричиняють захоплення земель селян.

А як же виглядають справи із правами на землю? Це норми права віддали кусочки нашої планети у власність людини? Якщо ми будемо розглядати власність на землю, яка виникла виключно на основі лише звичаєвого права, то ми побачимо, що вона ніколи не була нічим іншим, ніж правовою стороною економічної земельної конституції, яка так тісно зрослася з нею, що представлення земельного права по-іншому, ніж у всій земельній конституції і разом з нею є неможливим. Що це означає, якщо говорити про кочові народи, чи народи, які займаються мисливством? Це, очевидно, означає, що цим народам загалом невідома власність на землю, що вони на зайнятому ними терені оголошують лише плеємний суверенітет, який кожному із членів племені дозволяє полювання та випас худоби. Вже найдавніший вид землеробства, дике травопільне землеробство приносить із собою захищену принаймні шляхом правового самоправства власність на оброблювану ділянку. Усталені відносини виникають разом із дво- та трипільною системою землеробства: необмежена власність на садибу, сад, встановлення меж полів між окремими сім'ями, які мешкають у садибах, власність на сільськогосподарську землю у черезсмузжі, обмежена обов'язковим дотриманням строків посіву і збору врожаю та правовими нормами, які регулюють відносини між сусідами, спільна власність на ліси, луки та на землю, яка перебуває в користуванні громади. Однак, всі ці відносини перетворюються в правові відносини лише шляхом визнання в поступово міцніючій родовій державі. Запроваджена колись земельна конституція змінюється настільки часто, наскільки збільшення кількості населення спричиняє необхідність інтенсивнішого використання землі, бо кожна зміна в економічній земельній конституції завжди означає одночасну зміну земельного права: спочатку припиняється розподіл меж полів, який повторювався до цього через сталі проміжки часу, потім забороняється корчування на спільних землях громади, і, нарешті ці землі, по-суті, розподіляються. Так само, як і з селянською землею, виглядає справа і з крупним землеволодінням, яке формується в процесі заселення нових земель. Передумовою його виникнення завжди є численні групи людей, які йдуть за своїми могутніми вожаками, і які складаються із сервів та вільних осіб на службі. Правові стосунки тих, хто обробляє землю, також і тут безпосередньо задані земельною конституцією. Однак вони перебувають під значним впливом відносин із землевласником, який одночасно є й господарем. Само собою зрозуміло, що й ці відносини є відносинами економічними: від способу ведення господарства залежить використання і застосування землевласником його батраків, людей, які особисто залежать від нього, та вільних осіб, які поступають до нього на службу, а також те, що вони для нього роблять. Однак такі відносини є і відносинами захисту: міра і спосіб виконання робіт і послуг один щодо одного, визначаються, поруч з іншими чинниками, мірою і способом володарювання та захисту.

Зв'язок же економічної земельної конституції із земельним правом, навпаки, не стосується крупного землеволодіння, яке, з правової точки зору, базується на державному втручанні або на виділенні земель державою, тобто не на звичаєвому праві. Це, щоправда, закономірний спосіб виникнення крупного землеволодіння. На протигагу економічній власності селянина воно є політичною власністю пануючого класу. Тому воно, врешті-решт, є лише юридичним вираженням політичного панування. Коли *populus Romanus* (римський народ) надав сам собі власність на *solum provinciale* (провінційну землю), король Англії оголосив себе власником всієї землі Англії, то це означало, що вони, в силу права завойовника, хотіли свавільно розпоряджатися нею. Принцип *nulle terre sans seigneur* (жодної землі без власника (господаря)) віддзеркалює лише той факт, що королю та дворянству вдалося зламати опір селян – власників землі. А коли король наділяв свою знать угіддями, які не мали власника, або навіть заселеними угіддями, то це так само постійно було наслідком владного становища в державі. І коли в середні віки графи і князі присвоювали собі права на ліс, річки і рудники,

коли вони примушували своїх підданих приймати свою ж власність від них як лен, то це також не було чимось іншим. А без підтримки державної влади, яка дістається лише правлячому в державі класу, захоплення земель селян у значному обсязі не вдалося б, мабуть, ніколи¹.

Ще один вид втручання держави – вивільнення земель – призводить до встановлення земельного права, незалежного від економічної земельної конституції. Численні вивільнення земель проводилися вже у давнину, наприклад, у римлян таке розвантаження, щоправда, нечітко підтверджене, було проведене десь у четвертому столітті існування міста, принаймні в найближчих передмістях Риму. В Англії воно відбулося у 1660 р., у Франції – після декількох початкових спроб остаточно в 1789 р., на решті території Європи – впродовж 19-го ст. майже всюди.

Сенс будь-якого вивільнення земель – надання дозволу на інтенсивніше використання землі і, відповідно до цієї мети, звільнення власника від врахування будь-яких інших обставин. Звідси випливає, що результатом такого розвантаження є власність на землю, по-можливості, без будь-яких обмежень, подібна до абстрактно необмеженої римської вотчини: власник може робити все, чого йому не заборонено робити в інтересах суспільства або через зобов'язання, які він або його попередник чітко пов'язали із своєю землею; він не зобов'язаний ні до чого, до чого він не зобов'язався сам, особисто. Це майже чисто юридична власність, яка більше зовсім не пов'язана із обробітком землі, власність, яка підходить для рухомого майна так само, як і для нерухомого. Ніщо так не характерне для чисто юридичної природи римського земельного права, як постійне повторення юристами спроб побудувати різні земельні відносини, особливо відносини німецького земельного права, за допомогою римських правових понять. Яким цікавим це все не було б, однак воно доводить, що римське право не дало земельному праву майже нічого іншого, ніж дуже чітку і стійку термінологію. І справді, мовою римських юристів можна було б, без сумніву, виразити і китайське земельне право. У той час, коли майже неможливо, висвітлити природне первісне земельне право, не посилаючись при цьому кожної миті на фактичний обробіток землі, римські збірники права, як і створені за їх зразком сучасні кодекси законів, не дають нам взагалі ніяких відомостей про відповідну земельну конституцію. Ми мусимо копітко вишукувати їх з інших джерел.

Факт звичаєвого права на землю є, звідси, видом землеробства. Якщо навіть, без сумніву, існує і таке земельне право, яке немає нічого спільного з економічною земельною конституцією, то воно ніколи не виникало шляхом звичаєвого права, а завдячує своїм походженням виключно втручанням держави. І тепер ми підходимо до розгляду юридичної операції. Новітня німецька юриспруденція зазвичай називає операції, які здійснюють сторони для досягнення юридичних цілей, правовими операціями і тлумачить їх як „операції права”. Цим самим вона має на увазі, що такі операції, як договір, заповіт, заснування (благодійного) фонду є „юридичними фактами”, до яких право прив'язує самостійні правові наслідки. Право є тим чинником, який винайшов юридичні операції, право є тим чинником, який визначив, які наслідки повинно мати укладання договору, заповіту чи заснування фонду. Якщо сторони хочуть домогтися настання цих наслідків, то на їх розсуд віддається використання засобу, який право з цією метою надає в їх розпорядження.

Чи підтверджується таке тлумачення історією? Ми, передусім, бачимо, що операції, до яких сьогодні право прив'язує юридичні наслідки, існували, здебільшого, набагато раніше, ніж норма права, яка прив'язала до них ці наслідки. Купівля, фактичний обмін товарами вжитку, є, безумовно, набагато старшою, ніж правові положення договору купівлі. Першими купцями були чужинці, які обмінювали завезені з далеких країн товари на вироби країни перебування, і це у той час, коли ще жоден чужинець не міг послатися на якусь правову норму. На тому рівні цивілізації, коли прихід на терени чужого племені ще був пов'язаний із небезпекою для життя, ми виявляємо німу торгівлю. Одна сторона розкладає речі, які вона хоче збути, у традиційно для цього призначеному місці і ховається десь поблизу; ті, хто зацікавлений купити, підходять після цього ближче, оглядають ці речі, беруть їх собі, якщо вони їм подобаються, залишаючи при цьому еквівалент їхньої вартості, або йдуть геть, якщо вони не бажають їх. Після цього продавець виходить із схованки і докладає стільки нового товару, поки він знову не привабить якогось покупця. Це, звісно ж, не є ніякими „операціями права”.

¹ Одним із найвідоміших прикладів є виникнення крупного землеволодіння у гірській Шотландії. Коли англійці після битви під Кулоденом пішли на знищення старої кланової конституції галлів, то вони зробили це, просто оголосивши вождів кланів власниками всієї території племені, яка до того часу складала спільноту. Подібним чином, як відомо, англійці поступали і в Бенгалії.

Зобов'язання так само є старшими, ніж зобов'язальне право. Чоловік, який позичає у когось худобу чи збіжжя для свого господарства, або не відразу сплачує гроші за придбані речі, або під час гри програв більше, ніж він може дати, переходить під владу позикодавця, який може утримувати його у неволі або примусити працювати, поки за нього хтось не заплатить. Або цей чоловік надає позикодавцю заручників, яких той бере в неволю; чи він дає йому якусь заставу, якою позикодавець може володіти до виплати боргу. Трохи пізніше достатніми стали поручителі, які обіцяють слідкувати за виконанням боржником своїх зобов'язань. Часом зустрічається і присяга: боржник, який порушує присягу, накликає на себе і своїх близьких божу помсту. Тому тут здійснена операція має всюди спочатку лише фактичні наслідки: фактичний обмін товарами, фактичну владу позикодавця над боржником чи заручниками, тиск поручителів, страх порушника клятви перед загрозою помсти богів. Але досить скоро вони починають сприйматися як правові наслідки. Це настає відразу ж, як тільки починає відповідати загальному уявленню та обставина, що позикодавець, який утримує в своїй владі, вбиває або продає боржника чи заручників, який не віддає заставу, що перебуває в його руках, а продає або знищує її, не чинить насильства, а застосовує право, що не він, а той, хто звільняє цих осіб, хто відбирає в нього заставу, порушує домовлений мир. У цьому вже якраз і закладено зародок подальшого розвитку. Боржник більше не переходить під владу позикодавця відразу, а лише закладає йому своє тіло, він не дає йому справжньої застави, а лише уявну, без будь-якої вартості; однак якщо борг не погашається, то позикодавець має право заволодіти боржником, взяти його під свою варту, примусити його служити собі батраком, продати як раба, самовільно захопити його майно. Фактичні наслідки, настання яких колись допускали сторони для гарантії жаданого успіху юридичної операції, пом'якшуються з того часу, як правом встановлюються правові наслідки, лише до самої форми.

Засновані на таких операціях відносини перетворюються у правовідносини лише після досягнення досить високого ступеня розвитку; тобто не в період об'єднання родів, а набагато пізніше. До того часу існує, мабуть, фактичний обмін, поставлені під захист богів домовленості, однак звідси не випливає ніяких правових претензій та обов'язків. У цілісному вигляді ми зустрічаємо заповіді та фонди лише в упорядкованих державних організаціях історичного часу.

У будь-який період часу операції, які визнавало право, складали лише частку від усіх операцій, які дійсно мали місце в суспільних зносинах. І лише поволі, крок за кроком поступаючись, право примиряється з видами операцій, нечуваними до того часу. Римське право ніколи не виходило за межі визнання лише деяких небагатьох дуже важливих операцій. Ще за панування принципу свободи укладання договорів перед нами постійно постає питання, чи існує в цей момент якийсь вид операції, яка вже ввійшла в систему права, або якій потрібно відкрити шлях туди. На це питання, як правило, ствердна відповідь дається лише після деяких хитань і боротьби, коли важливість і корисність нової операції стають очевидними кожному. Засоби, якими сторони послуговуються у цей проміжний період часу, коли їм ні юридична наука, ні каутеральна юриспруденція, ні юридична система не надають допомоги, завжди одні і ті ж: фактичне здійснення, забезпечення успіху через заставу або іншу оплату і опікун. Опікун відіграє особливо важливу роль. Так, римський *testamentum per aes et libram* (заповіт за допомогою міді та ваги) і фідейкоміс проклали собі дорогу у право як довірчі операції. Загальновідомим є значення, яке мали довірчі операції, *uses* і *trusts*, в історії англійського права.

Важче прослідкувати хід міркувань, які лежали в основі такого розвитку. Дуже поширена точка зору зводиться до того, що невиконання взятого зобов'язання розглядалося спочатку як злодіяння, яке породжувало карні наслідки та претензії на відшкодування збитків; це, врешті-решт, мало своїм наслідком спонукання порушника договору до його виконання. Багато що, звісно, говорить на користь цієї точки зору. Карне переслідування та позов на відшкодування збитків у цілому є давнішими, ніж позов на виконання зобов'язання, і можна довести, що вони у багатьох випадках заклали право вимоги на виконання зобов'язання. Але, без сумніву, так було не завжди. Невиконання ж обіцянки, навпаки, сприймалося, здається, в дуже значному обсязі як грубе злодіяння, віроломство, і також, мабуть, як безпосередня шкода, навіть якщо воно й не породжувало претензій на відшкодування збитків і карного переслідування.

Герінг відзначив спочатку стосовно римського права, а Поллок і Майтланд довели стосовно англійського права, наскільки мало розрізнялося між собою на початках позбавлення когось якоїсь речі і неповернення комусь цієї речі, і наскільки сильною була схильність після отримання якоїсь послуги кимсь вбачати у ненастанні зворотної послуги втрату зробленої роботи або цієї зворотної

послуги, як і схильність, поставити чоловіка, який не сплатив свій борг за гроші, збіжжя, худобу та інші замінені і незамінні речі, які він отримав, на один рівень з тим, хто відібрав ці речі. Подібне сприйняття проявляється і сьогодні. Віроломство, яке не можна переслідувати в судовому порядку, і зараз ще вважається особливо поганим лукавством. Хто, однак, уважно слідкує за реальною практикою в житті, судочинстві і законодавстві, той знає, що вони виростають з таких фактів і такого сприйняття, але не породжують їх.

Дотеперішні положення виступу можна було базувати на загальноновизнаних результатах порівняльної юриспруденції та історії права. Не зовсім те ж саме є чинним стосовно спадкового права. Пануюча теорія зводить спадкове право до сімейної власності: за цим вченням, навіть там, де воно більше не існує, воно продовжує діяти настільки, наскільки надає деяким родичам, які колись брали участь у житті сімейної спільноти, невідчужуване очікувальне право. Якби це було правильно, то тоді б спадкове право розвинулося б з іншого права, і ми б мали досліджувати не факти, які викликали встановлення спадкового права, а факти, які призвели до виникнення очікувального права родичів.

Однак уже Генрі Самнер Майне висловив сумнів у правильності цієї теорії. Її, мені здається, принаймні щодо германських народів, від яких вона, як відомо, виходила, заперечив Фікер. Фікер, на мій погляд, переконливо довів, що спадкове право і в германців є давнішим, ніж очікувальне право, що власник у той час, коли вже існувало сформоване родинне спадкове право, міг вільно розпоряджатися своєю власністю, не переймаючись претензіями своїх дітей, не кажучи вже про далеких родичів. Праісторія спадкового права має скоріше виходити з того, що вже на нижчих ступенях розвитку поруч із родовим існує і сімейний уклад. Рід, як такий, володіє спільною власністю на землю, яка у селян-землеробів надається, здебільшого, у користування окремим сім'ям. Коли ця власність після смерті глави сім'ї, або, що також часто траплялося, після його смерті без нащадків, поверталася у власність роду, то це, мабуть, ніде не розглядалося, як справа із відкриття спадщини, а лише як результат постійної спільної власності роду. Після того, як родовий устрій розпався, то, можливо, його первісна спільна власність могла також спричинити якісь утворення на основі спадкового права; однак вони дуже швидко зникають і є, здебільшого, незначними. Спадкове право корениться, переважно, в сімейному укладі. І тут ідеться про два питання: перш за все, кому належало все те, що покійник залишив після себе, якщо він жив у сімейній спільноті, і кому воно належало, якщо він господарював як одноосібник. Останнє у первісному суспільстві – явище, очевидно, дуже рідкісне, можливо його й взагалі не траплялося, однак пізніше, у сильному державному утворенні, яке й окремій особі також надає можливості для існування, воно дедалі частіше. Тепер легко збагнути, що власність померлого, якщо вона не клалася разом з ним у могилу, залишалася тим, хто разом з ним господарював і мешкав у тому ж будинку. Це спочатку стосувалося, щоправда, лише рухомого майна, бо цей уклад панував уже в мисливців і скотарів, тобто він є давнішим, ніж землеволодіння. Цей стан, однак, аж ніяк не є наслідком співвласності домочадців. Мова тут йде про той факт, що домочадці отримують у власність спадок померлого, бо вони перебувають ближче до неї, і, отже, в стані відбити напад будь-кого стороннього тими ж засобами, що й за його життя. Домочадці посідають залишене померлим після себе добро і господарюють далі так само, як вони господарювали до цього; змінюється мало що, у будинку зараз лише на одну особу менше. Початкове спадкове право, однак, не вийшло за рамки цього посідання домочадцями залишеного померлим після себе добра. Тому, якщо померлий не жив у громаді, то залишений ним спадок не мав господаря. У римлян і германців ще в історичному спадковому праві існують виразні відбитки такого стану; однак його найважливіші прикмети виявляються, мабуть, у слов'ян, найдавніші пам'ятки права яких взагалі представляють собою надзвичайно цікавий дуже ранній рівень розвитку, який в інших народів Європи був пройдений ще задовго до укладання їх правових актів, які передалися наступним поколінням, у письмовому вигляді. Росіянам, полякам, мазурам, чехам і жителям Моравії та, мабуть, і сербам у 13-му столітті спадкове право родичів бічної лінії ще невідоме; у випадку смерті без залишення нащадків спадок стає „порожнім” і переходить до князя, або, якщо це особисто залежні люди, то тоді до їхнього володаря (Пор. для росіян Буданова-Владимірського: *Обзор истории русского права*. (3-е видання, 1900, с. 478). Те ж, що проти цього висуває Сергєєвіч: *Лекції і дослідження* (3-е видання, 1903, с. 549), є мало переконливим. Для поляків Хюбе: *Право польське в веке тжинастім* (1874) Письма 11, с. 394. У поляків, правда, вже в 13-му столітті право спадку на блага мали всі нащадки першого одержувача. У випадку ж смерті без залишення нащадків блага, надані князем, навпаки, переходили до нього назад, а селянські статки – до

поміщика, з виключенням родичів бічної лінії. Що траплялося із благами, набутими десь інакше, встановити не можна; Бальцер у листі, направленому до мене, припускає, що вони, як і успадковані блага, передавалися в спадщину родичам бічної лінії; проти цього, однак, говорить та обставина, що й ті блага не переходили до таких родичів бічної лінії, які не походили від першого одержувача (Пор. Шайнога. Скіце гісторичне. 1 том, 336). Найкраще цей процес розвитку відомий у Богемії і Моравії; він висвітлюється у праці Калоусека: О староческом праве дедіцкем (у: Розправи чеської академії, том III, Рочнік III). Згідно з нею вислів „дедік” означав лише родича, який проживав з померлим у невіддільній спільноті. Звідси відокремлені родичі не мали права на спадщину. Спадок померлого, якщо не було родичів, які б жили з ним у сімейній спільноті, переходив до королівської палати. Це проголошується вже в статуті князя Конрада Отто (1189): *Si quis autem non habuerit filium vel filios, et habuerit filias, ad illas deveniat hereditas aequaliter; et si non sint deveniat ad proximos heredes* (якщо хто не має сина або синів, а має дочок, спадщина так само (однаково) переходить до них; а якщо їх немає, переходить до найближчих родичів (спадкоємців). З цим положенням узгоджується все пізніше законодавство, і в такий спосіб спадкове право висвітлюється ще Вікторіном Корнеліусом, який у 16 столітті розробив дуже важливий виклад чеського звичаєвого права. Правильність його поглядів впливає ще й з численних судових справ, які королівська палата вела з відокремленими родичами ще в 14-му і 15-му ст., і які постійно вирішувалися на її користь (Калоушек, вказана праця, с. 25). Щодо сербів пор.: Новаковіч. Законник царя Душана (1898), с. 172 (до статей 41, 48). У балтійських слов'ян принаймні до 14-го ст. не проявляється жодного чіткого сліду спадкового права для родичів бічної лінії, яке б охоплювало більше за брата коло родичів: Котляревський. Древності юридическаво бита балтійських славян, 1874, с. 138. Щодо мазурів пор. Дунін. Право мазовецке (1880), с. 136. Моєму другу Адальберту фон Штібралю я завдячую повідомленням про те, що в угорців, вочевидь, справи виглядали так само, як і в слов'ян.

Оскільки слов'янські судєбники 14-го ст. визнають спадкове право родичів бічної лінії, хоча, між іншим, лише обмеженою мірою, Статут Вісліци і кодекс законів царя Душана (статті 41 і 48), то вже їх формулювання показує, що тут йдеться про новацію. У слов'ян, очевидно, швидке укріплення князівської влади надовго затримало формування спадкового права родичів бічної лінії, яке скоротило право зворотного повернення у власність цієї влади тих чи інших благ.

Право князя на зворотне повернення благ у свою власність можна, мабуть, обґрунтувати у чехів і поляків німецьким, а в росіян і сербів – візантійським впливом.

Такими різними є джерела, з яких витікає звичаєве право. Первісні спільноти базуються на первісних суспільних інстинктах людської душі, відносини володарювання на безпомічності слабких і покинутих; права на землю визначаються економічною земельною конституцією, юридичні операції сформувалися на основі операцій фактичних; спадкове право завдячує, в цілому, своїм існуванням просторовій близькості деяких осіб до померлого. Само собою зрозуміло, що тут мова не може вестися про певним чином вичерпний виклад цих джерел права: все наведене повинно мати лише значення дороговказу. Звідки ж походить, що означає загально-правова теорія звичаєвого права, яка на цей час панує в німецькій науці? Якого роду факти лежать в її основі?

Якщо порівняти те, що викладено тут як найдавніше звичаєве право людства, зі змістом найдавніших збірок звичаєвого права, які дійшли до нас, то передусім перед нами постає той неприємно вражаючий факт, що у них можна знайти дуже мало того, що стосується звичаєвого права. У ролі права, а саме у ролі давнього звичаєвого права тут з'являється щось зовсім інше. Передусім, принаймні, якщо йдеться про офіційні записи, у них красуються деякі державні правові розпорядження: молода держава вочевидь любить піддавати себе такій пробі сил, у пізніших збірках звичаєвого права їх шукати дарма. Згодом від цього могли відмовитися. Однак їх головний зміст складають дуже деталізовані розпорядження про покарання за злочини і висвітлення судового процесу, зазвичай так само із багатьма частково неважливими подробицями. Тоді, нарешті, трапляються ще й розпорядження зі сфери сімейного і майнового права, незначність і недостатність яких вражає контрастує з багатим розвитком карного права і процедурою вирішення спірних питань. Читач рідко може побороти здивування щодо того, що із вочевидь досить багатого запасу цивільно-правових традицій, саме ці, інколи другорядні і неістотні речі включені у збірник звичаєвого права.

Ця дивна спрямованість найдавніших судєбників дає нам важливе пояснення того, що людина на низькому ступені розвитку розглядає як право. Це, як ми вже бачили, здебільшого правила судового переслідування і правового захисту, процедура вирішення спірних питань і тяжб. Оскільки судові справи

стосуються майже виключно вбивств, тілесних пошкоджень, викрадення людей, пошкодження чужого майна, крадіжок, то судебники містять незліченну кількість відповідних постанов. Цим пояснюється також незначна кількість правил цивільно-правового змісту. Вони теж стосуються лише тих питань, які обговорювалися в процесі вирішення спорів. По багатьох з них видно, що вони, я впевнений, були розроблені для вирішення якоїсь судової суперечки. Усе це право, призначення якого – бути основою для вирішення судових спорів, я називаю нормами прийняття судових рішень.

А що справді не існувало іншого права? Погляд на сучасну історію права, яка використовує документальний та інший історичний матеріал, показує, скільки багато реально діючого права існувало ще й окрім того, і як мало його увійшло у судебники. Кожна правова норма про виплату злодієм відшкодування особі, яку він обікрав, уже має своєю передумовою досить усталену власність на рухоме майно, звідси, на моє переконання, існували правила придбання, втрати та припинення права на власність, а також уявлення про те, як відрізняється законний одержувач власності від злодія чи грабіжника. Або: в судебнику містяться положення про відшкодування, які, у випадку викрадення жінки, викрадач має сплатити її батькові чи її родичам. Ця настанова, очевидно, пов'язана з певною формою сім'ї, згідно з якою жінка перебуває під владою чоловіків – членів сім'ї, яким також надається право видавати її заміж. Про все це судебник мовчить, бо він містить лише норми прийняття судового рішення, а не суспільний устрій, чістому прикриттю і захисту повинні служити ці норми. Але хіба сам цей устрій не є незаконним? Він є чимось більшим, ніж це, він є, понад те, прямо-таки складовим компонентом змісту норм прийняття судового рішення. Речення про те, що особа, яку обікрали, може вимагати від злодія подвійну вартість украденої речі, можна виявити у такому ж чи майже такому формулюванні в найрізноманітніших народів; якщо ж правдою є те, що в римлян спочатку предметом справжньої власності були лише раби, тяглові й в'ючні тварини, тобто т.зв. *res mancipi* (манциповані речі), то це речення саме через таку форму власності означало дещо інакше у Римі, ніж десь в іншому місці. Тому із зміною суспільного устрою змінюється зміст норм прийняття судових рішень, навіть якщо в їхньому формулюванні не змінилося нічого.

Однак суспільний устрій – це те, що створює основу як для уже виниклих раніше норм прийняття рішень, так і для нових, які якраз виникають. Уже наголошувалося на тому, яким бідним і неповним було приватне право найстаріших судебників. Це достатньою мірою пояснюється тим, що воно має служити дуже простому й одноманітному суспільству. Як тільки починають формуватися суспільні відносини, для яких воно призначене, то й приватне право стає багатшим і різноманітнішим. Для перевірки правдивості цієї теорії достатньо порівняти дві редакції одного і того ж судебника, які віддалені одна від одної часовим проміжком у п'ятдесят років. Усі норми права, які додалися пізніше, – це осад, який виділився впродовж цих років із колись існуючих суспільних відносин, здебільшого без будь-якої участі законодавця.

Яким чином однак встановлюються норми прийняття судових рішень? Праця француза Ламберта, яка з'явилася декілька років тому, мабуть остаточно розв'язала це питання на основі нескінченно багатих матеріалів зі сфери порівняльного права. Ці норми частково знаходять судді при вирішенні правових спорів, частково – юристи як дороговкази у сфері права для свого народу, як учителі і письменники. Іноді сюди долучається й законодавець, який для хитромудрих випадків або випадків, які просто сталися, і по яких, здається, або взагалі не було прийнято ніякого рішення, або воно не було задовільним, намагається встановити найкраще рішення. Юстиніанські конституції і зміни до них особливо багаті такими законодавчими нормами прийняття судових рішень. Отже, для того, щоб звичаєве право, яке виникло в суспільстві, усталилося в твердих, визначених, оформлених словами нормах прийняття судових рішень, воно мусить пройти або крізь систему юриспруденції, або крізь систему судочинства чи законодавства.

Звідси, мабуть, ясно, що пануюче вчення про звичаєве право змішує дві дуже відмінних між собою речі: з одного боку, суспільні інституції, і, з іншого, виведені з них норми прийняття судових рішень. І те й інше це вчення називає звичаєвим правом. У цю ж помилку впадає й Ламберт, позаяк він у своїй основоположній праці говорить майже виключно про норми прийняття судових рішень, однак вважає при цьому, що він висвітлює всю систему звичаєвого права. Однак, якщо дотримуватися представленій тут точки зору, то замість поділу джерел права на закон і звичаєве право, який виходить із повністю зовнішніх ознак, приходять до їх поділу на три частини: 1) передусім, власне закон, отже, ще не наявне у дотеперішньому праві адміністративне розпорядження, яке не лише в зовнішньому плані виходить від законодавця, але і в плані змістовому

створене ним; тоді 2) норма прийняття судового рішення, яка впливає із систем законодавства, судочинства чи правознавства; 3) власне суспільне звичаєве право. Цим ми мусимо поки-що задовольнитися, хоча не можна не визнати й того, що більш проникливе вчення про джерела права виявить, що й цей поділ занадто сильно спирається на звичну традиційність і пов'язаний, переважно, із зовнішніми ознаками. Бо законодавець може як включити в закон норми прийняття судових рішень, які виробили правознавство і правосуддя, так і створити шляхом віддання наказів суддям та іншим органам влади нове право; він, нарешті, може заснувати нові державні та суспільні інституції: так, шляхом вивільнення земель, створити у новітній час, головним чином, нові заклади для економічних і соціально-політичних цілей. З іншого боку, норми прийняття судових рішень, які виникли у сферах науки і правосуддя, можуть бути вільно розроблені ними ж самими, чи запозиченими із суспільного звичаєвого права. Кожен сучасний кодекс законів приватного права містить поруч із власне суспільним звичаєвим правом, а це включені в кодекс визначення понять форм життя і закладів комунікації, більшою частиною також норми прийняття судових рішень, котрими воно завдячує юриспруденції і правосуддю, які іноді також розробляв правознавець. Поруч із цим знаходиться також справжнє право, засноване на законодавчих актах. Усі ці дуже різноманітні складові частини живуть своїм життям і зберігають багато чого від їх первинної своєрідності, у тому числі і після їх оформлення у параграфи. Одним із наступних завдань науки буде виокремлення цих компонентів системи права і дослідження їхньої природи.

Викладена спочатку Гірке суперечність між кооперативним і владним правотворенням проявляється тут з великою яскравістю. Лише власне закон, адміністративна постанова, яка матеріально створює нове право, завжди є владним правом. Звичаєве право, яке впливає із самодіючого суспільного розвитку, і норми прийняття судових рішень, які виникли у сферах науки і судочинства є кооперативним правом у розумінні Гірке. Але й винайдені законодавцем норми прийняття судових рішень належать, мабуть, швидше до кооперативного, ніж до владного права. Не можна, однак, не помітити того, – і я це вже підкреслював в іншому місці, – що і чисто суспільні норми прийняття рішень з часу виникнення сучасної чиновницької держави схилилися в бік владного права, оскільки вони зараз, якраз як і власне право, засноване на законодавчих актах, з'являються як накази держави своїм чиновникам. Повернути нормам прийняття судових рішень їх первинну кооперативну своєрідність – це, мабуть, одне із найважливіших серед наступних завдань правової політики. Якщо наука до цих пір не спромоглася розробити задовільне вчення про звичаєве право, то причина полягає в тому, що вона вперто нехтувала спостереженням за самим суспільством у його правотворчій роботі і, слідуючи своїй схоластичній традиції, вважала за краще розглядати пергамент як святе джерело, ковток із якого навечно втамовує спрагу (*тут у переінакшеному вигляді наводиться цитата із „Фауста” Й. В. Гете: das Pergament, ist das der heil'ge Bronnen, woraus ein Trunk den Durst auf ewig stillt. прим. перекладача*). Основою ще й сьогодні чинної теорії звичаєвого права є деякі місця у зводі законів, трактати тлумачів і знавців канонічного права, нарешті, вчення німецьких юристів загального права 17-го і 18-го століть.

Те, що там виявили, розглядали чисто догматично: у ньому не вбачали нічого іншого, як настанову, яка виходила від законодавця, і відповідно до якої слід було розцінювати чинність звичаєвого права в кожному окремому випадку. Мало хто помітив – в усякому випадку серед цієї невеликої кількості знаходиться Віндшайд – у яку суперечність можна вплутатися, якщо, з одного боку, розглядати закон, заснований на законодавчих актах, і звичаєве право як повністю рівноправні і подібні за структурою джерела права, а, з іншого боку, визнавати за законом компетенцію встановлювати для звичаєвого права те, за яких умов воно може претендувати на юридичну чинність. Але це була не єдина шкода, нанесена при цьому науці: її погляд, спрямований на папір, повністю втратив оцінку реалій, які вона виявляла у цьому; судження римських юристів, почерпнуті безпосередньо із життя, цілі, які переслідували тлумачі, знавці канонічного права і юристи-практики звичаєвого права 17-го і 18-го століть, залишилися їй незрозумілими.

Розуміння звичаєвого права, яке панувало в римлян, я виклав в іншому місці (Ерліх Є. Статті з теорії джерел права, частина 1. Берлін, 1901). Для римлян їх звичаєве право ототожнювалося із римською юриспруденцією, з вченнями римських юристів, до завдань яких, як відомо, належало не лише знаходження рішень, але й права, *iura condere* (творити права). Це (світське) звичаєве право римляни називали *ius civile* (цивільне право), на протигагу до *ius sacrum* (священного права), релігійному звичаєвому праву, і *ius publicum* (публічному праву), яке за своїми істотними рисами

було правом, заснованим на законодавчих актах. Іншого звичаєвого права вони не знали. Навіть правові інституції, які сформувалися безпосередньо на основі життєвих реалій, лише тоді були законними, коли вони визнавалися і розглядалися юристами: цим самим, однак, вони ставали *ius civile* (цивільним правом). *Ius civile* (цивільне право) було, звідси, субституцією опікунства, *testamentum per aes et libram* (заповітом за допомогою міді (грошей) та ваги ... купівлю або продаж та передача іншому (другому) своїх прав перед судом), заборона партнерам по шлюбі, робити дарування один одному, *mancipatio* та *in iure cession*. Але *ius civile* (цивільним правом) були й нормами прийняття судових рішень, знайденими римськими юристами, все, що впливало із *cavere, agere, respondere* (бути пильним, вести процес, надавати кваліфіковане юридичне заключення) юридичних правил: усі вчення і твори, навіть праці всього життя Муціуса і Сервіуса, Лабо і Цельзіуса, Юліана і Папініана. Звісно, при цьому юристи говорять про *mores, consuetudo* (звичаї, звички). Однак вони не були джерелами права як такими. Стосовно цього немає нічого більш переконливого, ніж міркування Брі і Перніце саме тому, що вони виходять із протилежної точки зору. Серед частин дигестів *De legibus senatusque consultis et longa consuetudine* (про закони і рішення сенату та звичай, що зберігався довгий час (довготривалий)), які походять із класичної доби, і заголовку кодексу *Quae sit longa consuetudo* (який є довготривалий звичай) від самого початку діяла лише одна – єдина частина римського звичаєвого права: фрагмент 1, 3, 36. Тут мова йде про заборону з боку звичаєвого права робити партнерам по шлюбі дарування один одному. Але і цей фрагмент не містить нічого іншого, як академічну хвалу цій настанові. Весь інший зміст згаданих назв дигестів і кодексу, в тій мірі, в якій він походить із класичної доби, на самому початку не мав нічого спільного із питаннями звичаєвого права. У знаменитій частині Юліана (фрагмент 2) у початковому взаємозв'язку розглядався *lex Papia Poppaea*, ймовірно поміщені там визначення щодо обтяжливих відомств громади і обов'язкових громадських робіт. Стосовно цього робляться посилання не на звичаєве право, а, очевидно, на пануючу в провінціях практику. Те, що обидві частини Ульпіана, фр. 33 і 34, так само, як і конституція імператора Олександра (1.8.,52) мали своїм предметом не римське звичаєве право, а провінційну практику, впливає вже з того, що вони походили із його твору *De officio proconsulis* (про обов'язок проконсула). Місця, взяті із праць Пауля і Калістрата, в яких досліджуються спірні питання (фр. 36, 27), стосуються виключно традиційного тлумачення закону. Місце із твору Пауля, фр. 37, взято із розгляду *ad legem municipalem* (згідно з муніципальним законом; відповідно до муніципального закону): те, що воно говорить про муніципальну традицію, доводить уже її саме формулювання *quo iure civitas retro in eius modi casibus us a fuisset* (яким правом держава користувалася раніше у таких випадках). Одним словом, класичні римські юристи мають на увазі римське звичаєве право тоді, коли вони говорять про *ius civile* (цивільне право), а не в загальному про *mores* (звичаї) чи *consuetudo* (звичку). Перед юристами посткласичної доби стояло, щоправда, інше завдання. З часу *constitutio Antonina* (конституції Антоніна) римське право діяло для народів найрізноманітнішої ідентичності, раси і походження, і приналежні до цих народів люди хоч і стали римськими громадянами, однак не прийняли римське право і римські традиції навіть за зовнішньою формою. Вони, як і раніше, жили за своїм дотеперішнім правом і традицією. Цього просто не можливо було обійти. Якою б великою не була схильність імператорів до простого усунення їхніх *consuetudines*, але все ж таки до певної міри вони були змушені рахуватися з цим. Так один з фрагментів дигест посткласичної доби, взятий із Гермонтана, чітко проголошує обов'язковим принцип *quae longa consuetudine comprobata sunt* (які є цілком схваленим довготривалим звичаєм; схваленою нормою поведінки, яка зберігалася довгий час).

Три імператорські конституції, які стосуються цього, стоять у кодексі Юстиніана, який у своєму збірнику звичаєвого права не міг мовчки оминати чинність партикулярного права, і наперед заготував для цього обговорені вище, висмикнуті з контексту, і здебільшого перевернуті за своїм змістом судження юристів класичного періоду, та зробив доповнення тим, що він знайшов про це у посткласичній літературі. *Consuetude* (звичаєм) юстиніанських збірок звичаєвого права, є, звідси, головним чином, провінційним партикулярним правом, чинним для колишніх провінціалів, а тепер римських громадян, здебільшого в площині звичаєвого права.

Глосатори, постглосатори, знавці канонічного права та практики у сфері загального права мали розв'язати завдання, подібне до завдання римських посткласичних юристів і законодавців. Вони також повинні були застосовувати римське право щодо народів найрізноманітнішої ідентичності, раси і походження, яким римські звичаї і римське право здебільшого були зовсім чужими, і які

володіли своїм власним правом і своєю власною традицією. На таку ситуацію прямо-таки були розраховані частини джерел Юстиніана, які могли через це застосовуватися безпосередньо. Однак мова йшла лише про питання, наскільки необхідно було визнати чинність партикулярного права у плані звичаєвого права, і як потрібно відмежовувати його від загального права. Ясно, що масштаб, запозичений для цього із загального права має бути, мабуть, дуже бажаним, як ясно і те, що юристи, які дуже добре розуміються на загальному праві, поступали при цьому скоріш дещо егоїстичніше. В усякому випадку ці частини джерел були для тих, хто посилався на них з початків римської юриспруденції аж до початку чинності історичної школи, швидше чим завгодно, ніж теорією джерел права: для них це були законодавчі положення про чинність партикулярного права і місцевих звичаїв. Хто, однак, так неупереджено розглядає здобутки історичної школи юристів, як це сьогодні можливо, той знає, що вона при всій грандіозності задуму, тут чи десь в іншому місці, у своїх деталях рідко виступала чимось іншим, ніж продовжувачкою вчень німецьких юристів у сфері загального права в 17-му і 18-му століттях.

А як же виглядає справа із сучасним загальноправовим вченням про звичаєве право, яке базується на цій основі? Із *usus longaevus non interruptus*, із *consuetudo tenaciter servata, litge observata*, із *opinio necessitatis* (не порушеним особливо давнім звичаєм, звичаєм наполегливо збереженим, безперервно дотримуваним, із мовчазною згодою), із таким цікавим питанням доведення звичаєвого права, яке дає привід для стількох багатьох дотепних зауважень, із вченням про силу звичаєвого права, особливо в порівнянні із протидіючим правом на засадах законодавчих актів? Примітним є те, що Ламберт у своїй довгій мандрівці через майже всі системи звичаєвого права цивілізованого світу не знайшов нічого подібного поза сферою чинності загального права. Примітним є й те, що римляни, німці середньовіччя, англійці, тобто народи, в яких справжнє, живе звичаєве право свідомо продовжувало і продовжує діяти як джерело права, нічого подібного не знають. Для римлян і німців це впливає із неупередженого дослідження представленого Брі багатого матеріалу, який є тому тим більше доказовим, що він був з великою ретельністю зібраний у руслі пануючого вчення; для англійців погляд на знаменитий розділ у Блекстоуна. Римляни мали для їх *ius civile* (цивільне право), німці середньовіччя для їхнього спадкового права, англійці мають для їх *common law* (загальне право) справді зовсім інші критерії існування та обов'язковості. Але такі „вимоги” звичаєвого права встановлюються з великою точністю, як тільки мова починає йти не про право творення в площині звичаєвого права, а про партикулярне право у сфері звичаєвого права, або про місцеві традиції і звичаї. Римському наміснику, який повинен був судити у провінціях, юридично освіченому чиновнику, якого як суддю посилають у зовсім чужий край, необхідно ж було сказати, по чому він має виявляти те, якою мірою тут наявне обов'язкове партикулярне право. Таким чином, правда, не встановлюється теорія звичаєвого права, але зате, мабуть, законодавчі чи наукові правила його застосування як норми прийняття судових рішень. Існує подібне вчення й, в англійців, але, само собою зрозуміло, не для власне звичаєвого права, для якого *common law* утворює протилежність – *statute law* (право, виражене в законах), а для *special* і *local custom* (спеціального і місцевого звичаю). Для того, щоб звичай став легальним і обов'язковим для виконання, його необхідно дотримуватися так довго, щоб пам'ять людей не могла пригадати випадків, які йому суперечать; звичай мусить продовжуватися (не перериватися) і використовуватися в мирних цілях, він мусить бути раціональним, надійним, обов'язковим; не можна, щоб звичаї суперечили один одному; нарешті, щодо прийняття спеціальних звичаїв: жоден звичай не може звичайно превалювати над екстремними постановами парламенту. Юрист із загального права відчуває щось дуже знайоме. Але йому слід лише сказати собі, що всі ці „заходи безпеки” стосуються не звичаєвого права, а саме спеціальних або місцевих традицій.

Так впродовж усієї історії права протистоять одне одному суспільне звичаєве право, яке існує у суспільних інституціях, та юридичні норми прийняття судових рішень, не без, само собою зрозуміло, постійного взаємовпливу. Позаяк норми прийняття судових рішень впливають із суспільного устрою, то вони, зі свого боку, чинять також зворотну дію на суспільний устрій. Те, що люди в цілому пристосовуються до того, як влада захищає їхній уклад життя, є для більшості настільки очевидним, що необхідно швидше застерігати від переоцінки цієї істини, від припущення, що вона всюди є дійсністю, і особливо від того, що цим самим завжди досягають уявлень тієї особи, від якої виходила норма. Бо над людством, само собою зрозуміло, панують ще й інші сили, аніж розпорядження властей.

Дозволю навести собі два випадки, в яких одна із основ сьгоднішнього суспільного устрою була створена через норми прийняття судових рішень, які беруть свій початок у системі правосуддя чи науки. Один випадок стосується спадкового права родичів бічної лінії. Коли у давні часи спадок людини, яка жила самотньо і не належала до жодної родової чи сімейної спільноти, ставав нічим, і тому залишався за тим, хто захоплював його, то це не набувало великої ваги доти, доки люди, які жили окремо, траплялися рідко. Проте коли їх кількість зросла, цей стан став нестерпним. Однак найближчі родичі дедалі частіше звертаються в суди, для того щоб відібрати в таких нападників їхню здобич, і, мабуть, роблять це із зростаючим успіхом. З часом у судах формуються щодо цього усталені принципи, яким родичам, і в якій послідовності слід присуджувати спадок померлого, який не проживав у сімейній спільноті. Так у слов'ян у 14-му столітті повсюдно утверджується спадкове право родичів бічної лінії, як це сталося в римлян і германців, мабуть, ще в доісторичні часи: однак тут це відбувається, переважно, за рахунок уже сформованого права князів і дворян-землевласників на повернення їм ленного добра. Цей перехід можна чітко прослідкувати в законнику царя Душана. Ст. 41 встановлює: „У котрого дворянина – землевласника не має дитини, або дитина померла, то успадковане ним помістя залишається без спадкоємця, аж поки не знайдеться хтось із його роду, аж до третьої дитини брата; той повинен тоді прийняти спадщину від нього”. Слід лише наголосити на тому, що це визначення вже в своєму формулюванні виступає новацією. Сюди ж ст. 48: „Якщо помирає дворянин – землевласник, то його добрий кінь і озброєння належать царю, оторочений перлами великий святковий одяг і золотий пояс – сину, і цар не повинен забирати це в нього; якщо він не має сина, то тоді це повинно належати дочці, яка може цим розпоряджатися” (Пор. для цього: Новаковіч, Законник царя Душана, Белград, 1899, с. 171).

Справою неоціненого значення і наступних наслідків, яку було зроблено через норми прийняття судових рішень, є встановлення абстрактного поняття власності. Ця справа є виключно плодом праці римських юристів, які в цей спосіб примирилися із станом, який виник через процес вивільнення земель.

Аж до початку процесу вивільнення земель власність, у цілому, перебуває в суспільному взаємозв'язку: садиба в сільському поселенні, поле в черезсмужжі, ліс і луг в альменді, – все це втиснуте в загальний суспільний та економічний устрій краю. І так само претензії вищестоящого власника, борги й обов'язки власника-користувача задані їхнім суспільним і державним становищем та загальноекономічним контекстом. Так, обсяг і зміст власності майже для кожної земельної ділянки визначений правом позитивно і негативно: із поняття власності не можна вивести особливостей власності на певну земельну ділянку; щодо кожної смужки ниви, щодо лісу і луку в альменді, щодо кожної селянської садиби в селі і кожного дворянського помістя спосіб і міра використання, все, що може вимагати і що мусить гарантувати сусід, що дозволено домагатися вищестоящому власнику і що повинен давати власник-користувач, встановлені індивідуально. Ці бар'єри й пута, які, мабуть, колись існували й у Римі, хоча, звісно, і не в такій мірі, як у середньовічній Німеччині, зникли разом із розвантаженням земель.

Але з моменту початку здійснення вивільнення земель більше немає необхідності щось говорити про зміст власності; власнику більше не потрібно зважати ні на свого сусіда, ні на когось вищестоящого, він може чинити все, що йому подобається. Тому зараз приходимо до поняттєво необмеженої, безумовної „римської” власності, яка дозволяє не якась певне, а майже будь-яке можливе використання. Римська власність – це власність, вирвана із суспільного і економічного контексту.

Якщо суспільний контекст, в якому перебувала власність на землю, усунуто, то залишається ще тільки одне-єдине питання, що його розглядає право, яке займається власністю: виндикаційний позов. Тому навколо виндикаційного позову у різних його формах і, мабуть, пов'язаних з ним посесорних позовах зосереджується все, що нам римські юристи можуть сказати про земельну власність. Набуття і втрата власності і майна, сторони під час виндикаційного позову і під час заборони, питання доведення – це майже все, чим вони займаються. За всіма цими аспектами земельна ділянка, однак, майже не відрізняється від рухомої власності: *fundus e res mancipi* (земельна ділянка є манцина річ), так само як раб, як тяглова тварина. Якби не збереглися деякі фрагменти старого устрою, сервітути, особливо *servitutes praediorum rusticorum*, *actio damni infecti*, *operis novi nuntiatio*, *actio aquae pluviae arcendae* (сервітути сільських маєтків (земель), позов через загрожуючий збиток (шкоду)), приватна заборона нового будівництва, позов проти перешкод шляху дощової води), то в класичному римському праві, принаймні стосовно *ager privatus* (приватної землі), не існувало б, практично, ніяких особливостей. Право, яке стосується нерухомого майна, так само як і право, яке займається рухомим майном,

визначалося майже виключно через норми прийняття судових рішень, знайдених юристами для виндикаційного позову. Це повинно було стати подією всесвітньо-історичного значення.

Ці приклади доводять, яким могутнім є вплив, який норми прийняття судових рішень можуть справляти на суспільні інституції. Іншим питанням є те, наскільки саме звичаєве право, зі свого боку, спроможне чинити зворотній вплив на норми прийняття судових рішень. Якщо під звичаєвим правом, як тут, розуміти форми життєвого укладу, які стали основою державного, економічного та суспільного устрою без втручання держави, а лише завдяки самостійно діючим у реальному житті силам, то бачимо, що не лише в історичному минулому, а ще й сьогодні все перебуває у вічному потоці змін. Це може, мабуть, засвідчити кожен, хто подивиться на досвід лише минулих тридцяти або сорока років. Сьогоднішня сім'я не є тією, у якій ми прожили свою юність, сьогоднішній шлюб – не той, про який ми мріяли молодими, життя-буття стало іншим, робляться зовсім інші, ніж колись, покупки, плата за наймання житла, укладаються зовсім інші орендні і трудові договори, договори про оплату праці, іншими, ніж колись, є сьогодні відносини господаря і слуги, підприємця і власника, виробника і покупця, акціонерні товариства, транспортні підприємства, кооперативи, банки, біржі, купівля-продаж на певний термін – все це майже неможливо впізнати, а де були ще декілька десятиліть тому трасти, картелі, ремісничі об'єднання, масові страйки, тарифні договори? Безперечно, ще в жоден період життя не було таким швидким, як у наш, ще ніколи відмінності між батьком і сином у мисленні, відчуттях, поведінці і вчинках не вселяли таких побоювань як сьогодні. Усе це є новими формами життєвого укладу, частково докорінно зміненими формами всього суспільного й економічного життя, тобто, новим звичаєвим правом.

На противагу до цих невинних перетворень норми прийняття судових рішень, являють собою, здається, щось постійне під час змін. Бо вони не є чимось випадково внесеним у право, а обґрунтованою суттю суддівської діяльності вимогою того, що кожне рішення суду по якійсь справі повинно узгоджуватися з уже усталеними нормами прийняття судових рішень. Навіть там, де судді дозволяється прийняття рішення на свій розсуд, він може, принаймні у принципі, скористатися цим лише тоді, коли наданий йому юридичний матеріал має прогалини; цього, само собою зрозуміло, очікують тим менше, чим більше зростало нагромадження такого матеріалу впродовж століть. Але й наука дедалі більше виявляє намагання якось задовільнитися тим, що є, і відмовитися від творчого мислення. Включення результатів юриспруденції і правосуддя у кодекси законів, легалізація права юристів, як я назвав це одного разу, тимчасово зупиняє такий хід розвитку.

Так, правосуддя і юриспруденція дивляться сьогодні при кожній нагоді на законодавство, шукаючи і вимагаючи допомоги. Навіть відносно просте завдання формування авторського права може бути розв'язане лише за допомогою законодавця. І все-таки це зовсім не можна порівнювати із здобутками правосуддя і юриспруденції за минулі століття, коли необхідно було розробити норми прийняття судових рішень для систем речового, договірної, значної частини спадкового і сімейного права, права, згідно з яким відбувається відшкодування збитків, і, таким чином, закласти правові засади всього суспільного і економічного життя. Однак причини, з яких законодавству вже як такому, відколи ним управляє неповоротка парламентська машина, завдання надзвичайної величчч і витонченості не під силу більше, ніж будь-коли, я вже намагався окреслити в іншому місці.

Однак, незважаючи на це, сьогодні легше трансформувати в право нові форми життєвого укладу. Якщо в минулі століття будь – яка нова суспільна інституція мусила вести жорстку боротьбу за своє існування і вимолювати своє визнання і норми прийняття судових рішень, яких вона потребувала, в інших гілок влади, в суддів, юристів, законодавців, для того, щоб забезпечити своє існування, то сучасна система права у неймовірному обсязі визнає нові форми життєвого укладу заздалегідь і віддає розробку норм прийняття судових рішень на розсуд самого суспільства, щодо яких згодом воно хоче мати впевненість в їх застосуванні на практиці. Це досягається через принципи свободи укладання договорів, свободи об'єднання в спілки, свободи укладання заповіту, які утвердилися в сьогоднішньому праві. Вони утворюють широкі рамки, які спроможні майже повністю охопити всю розмаїтість сучасного життя. І все, що входить у ці рамки, є юридично обов'язковим, статут кожного об'єднання, який набрав чинності, кожна договірною угода, положення заповіту, створюють не лише нові життєві відносини, а й одночасно піднімають їх на рівень правовідносин і, здебільшого, встановлюють норми прийняття судових рішень, на основі яких вони повинні розглядатися в судах та органах влади. Однак при цьому, як показує детальний розгляд, ніколи не йдеться про окремі, самі по собі існуючі факти; усі договори, спілки, тексти заповітів є

суспільними явищами, які можна порівняти із руслом річки, у якому спокійно і впорядковано протікає економічне і суспільне життя сучасності. У такий спосіб до інших джерел права на рівноправних началах долучається звичай, життєве правило.

Але велику і, можливо, якраз найпотужнішу частину суспільних течій і в сучасну добу не можна втиснути у рамки якогось визначеного заздалегідь регулювання. Вона уникає будь-якого державного втручання, у тому числі й опосередкованого через норми прийняття судових рішень, частково вже завдяки своїй природі, а іноді явно навмисно; інколи держава та її право, визнаючи межі своєї влади, уступають цій частині дорогу. Навряд чи потребує докладнішого висвітлення те, наскільки малий вплив зробили прекрасні процеси розвитку останніх тридцяти-сорока років, свідком яких є сьогодинішнє покоління, на законодавство, правосуддя, та й навіть на юриспруденцію; всі вони, по-можливості, спробували прослизнути повз ці процеси. Примітно, що англійські трейд-юніони не лише довгий час не бажали ніякого правового регулювання, а вони навіть відкидали будь-яке їх визнання законом. А як співвідноситься державне право з трастами і картелями, як вони співвідносяться з ним? Здебільшого вони чинять так, ніби не бачать одне одного. І все-таки було б сміховинним, коли б ми, що вбачаємо у найжалюгіднішому договорі купівлі-продажу фрагмент правопорядку, не захотіли б визнати потужні суспільні й економічні союзи нашого часу правовими інституціями. Вони є цими інституціями, хоча й не на засадах державного права, не на засадах норм прийняття судових рішень, якими користуються суди та інші органи влади, а в силу суспільного звичаєвого права.

І тому ще й сьогодні, так само як і в прадавні часи, великий пласт суспільної роботи, також і у цій сфері, виконується безпосередньо суспільством. Той чи інший суспільний устрій є витвором крупних суспільних сил, якими держава та її право можуть керувати і вгамовувати, але яких не можуть пригнічувати або знищувати. Бо суспільні сили є силами основоположними від природи, а те, що виходить від держави, навіть право, яке вона створює, є все-таки лише витвором людини. Завданням державного діяча є не спорудження дамб, які течія суспільного розвитку затопила б бурхливим потоком, що знищує найбільш благородні досягнення; завданням державного діяча є прокладання такої течії дороги на рівнину, де вона робить родючими ниви і обертає колеса млинів. Із захопленням ми дивимося на великого державного діяча, який із цим важливим завданням впорався в такий чудовий спосіб. Його мудрому і благородному рішенню наша Батьківщина завдячує великою реформаторською роботою, яка тепер наближається до свого завершення. Ми всі сподіваємося, що вона принесе народам Австрії час мирного розвитку, час багатого розвою сил, які до цього часу дрімали у бездіяльності або марнувалися в безплідній боротьбі. І я прошу Вас, сповнившись надії і радості, приєднатися до заклик: тричі слава нашому наймилостивішому кайзеру Францу Йозефу І!

ЗВІТ ПРО 1906/1907 НАВЧАЛЬНИЙ РІК, ЗРОБЛЕНИЙ 9-ГО ГРУДНЯ 1907 РОКУ РЕКТОРОМ, ЯКИЙ ПЕРЕДАЄ СВОЮ ПОСАДУ, ПРОФ. ДР. ЄВГЕНОМ ЕРЛІХОМ

Високоповажні збори!

Із сумом вітає Вас у сьогоднішній святковий день *Альма Матер*. Самостійно обраного нею голови, якому я смів надіятися вручити золотий ланцюжок у день інавгурації ректора, немає більше серед нас. Молодого за віком Василя Гаїну забрала смерть, і він, мабуть, володіє правом на його вшанування не за його здобутки, а за надії, для яких він давав підстави. Але йому не потрібно боятися суджень ні сучасників, ні нащадків. Незважаючи на свою молодість, він залишив по собі твори незнецінюваної вартості завдяки своєму невтомному працелюбству, глибокій ерудиції, блискучій обдарованості. Академічний викладач душею і тілом, він у значній мірі володів увагою молоді і своєю люб'язністю, щирістю і скромністю здобував серця своїх колег. Вірний син свого народу і своєї батьківщини – Буковини, він постійно був там, куди його кликав обов'язок, і він знав, як відстоювати свої позиції і в політичній боротьбі. Навіть у цій гарячій сфері він мав супротивників, але не ворогів. Відійшов один із наших найкращих мужів. Мир праху його! (присутні підводяться із своїх місць).

Поточний рік приніс із собою відносно мало змін. На православному теологічному факультеті екстраординарний професор біблійних студій та екзегези Старого завіту др. Василь Тарнавський та др. Йозеф Гайтлер фон Армінген, екстраординарний професор фізики на філософському факультеті підвищені у ступенях до ординарних професорів за своїми спеціальностями. Ординарний професор математики др. Роберт Даублебскі фон Штернек призначений ординарним професором за тим же

фахом в університеті м. Грац; на його місце екстраординарним професором математики призначений приват-доцент Віденського університету др. Йозеф Племель. Сфера, у якій працює Племель, – це сучасна теорія диференціальних рівнянь і передусім група питань, які вийшли на передній план зацікавленості математиків завдяки новітнім дослідженням шведа Фредгольма. Приват-доцент німецького університету з м. Прага др. Георг Печек, якому присвоєно титул екстраординарного професора, призначений екстраординарним професором австрійського цивільно-судового процесу. Печек зробив наукову обробку сучасних законів з цивільного процесу завданням свого життя. Нарешті університетський секретар др. Ламп був призначений професором адміністративного права. Приват-доценту і кустоду університетської бібліотеки п. Теодору фон Грінбергу було присвоєно звання екстраординарного професора університету. Королівський кайзерівський капітан — військовий суддя др. Георг Лелевер був підтверджений у своєму званні приват-доцента австрійського карного права із спеціалізацією „військове карне право“; старший викладач педагогічного училища др. Євген Ботезат підтверджений у своєму званні приват-доцента із порівняльної гістології; старший викладач педагогічного училища Леонідас Боднарескул отримав допуск до роботи викладачем румунської мови, а старший викладач педагогічного училища др. Йосип Маковей – викладачем української мови. Др. Вальтер Ернст Бендль був призначений асистентом зоологічного інституту, Йозеф Лінднер – асистентом хімічної лабораторії, Крісті Аллач – асистентом–помічником у фізичному інституті.

В університетській бібліотеці відбулися такі зміни у кадровому складі: помічник ученого п. Роберт Клемент був призначений скриптором, практикант др. Максиміліан Гакман – помічником ученого.

Окрім того, ординарного професора хімії Цезара Померанца було призначено головою королівської кайзерівської загальної палати із досліджень продуктів харчування, приват-доцента др. Франца Люкша – членом земельної санітарної ради, а університетський бібліотекар, п. др. Иоганн Полек знову підтверджений на свої почесній посаді хранителя культурних цінностей у справах III-ої секції королівської кайзерівської центральної комісії із збереження пам'яток мистецтва та історії на Буковині. Викладач музики і перший директор спілки сприяння музичному мистецтву на Буковині п. Адальберт Грімали відзначений званням музик-директора університету.

Університет взяв участь у святкуванні століття Празької Техніки, відрядивши свого представника в особі пана придворного радника Кляйнвехтера, у святкуванні трьохсотліття університету м. Гіссен, відрядивши туди свого представника в особі ректора.

У зборах ректорів німецькомовних університетів у м. Марбург у Гессені взяв участь також і я. Із прийнятих там рішень згадки заслуговує, головним чином, таке: перетворити конференцію ректорів на постійно діючу інституцію, доручити керівництво діючому у відповідний період ректору Гейдельберзького університету як найстаршого німецького університету, і запросити до участі в конференції ректорів усіх німецьких університетів Австрії і Швейцарії.

Із особливим задоволенням тут слід згадати також і розвиток народних університетських курсів. За звітний рік було в цілому проведено 10 курсів, а саме: 6 у першій серії (жовтень-грудень 1906 р.) і 4 у другій серії (лютий-березень 1907 р.). 7 доповідачів належали до філософського і 3 – до юридичного факультету. Курс проф. доктора Чапека із вчення про походження видів складався із 5 годин, 5 були чотиригодинними і 4 тригодинними. Найбільше відвідувачів було на курсах проф. др. Кельнера (Шекспір, 132 слухачі), проф. др. Кромайера (Із епохи розквіту грецької культури, 130 слухачів) і проф. др. Чапека (вчення про походження видів, 120 слухачів). Щодо деяких лекцій, то зацікавленим особам, які хотіли придбати квитки і відвідати їх, довелося відмовити через брак місця, позаяк комітет, на жаль, не мав у своєму розпорядженні достатньо коштів для орендування, освітлення і опалення залів поза університетом. Кількість відвідувачів була дуже великою: у першій серії–533, у другій–345, разом 878 слухачів, тобто у більш ніж у два рази більше порівняно з минулим роком.

Кількість ординарних студентів склала у минулому році під час зимового семестру 622 особи, у літньому – 617, екстраординарних під час зимового семестру – 177, а під час літнього – 149. Із них під час літнього семестру 406 осіб назвали своєю рідною мовою німецьку, 187 – румунську, 101 – українську; 257 осіб були православними, 119 – римо-католиками, 50 – грекокатоликами. Із 308 студентів іудейської конфесії 184 зарахували себе до представників єврейської національності.

На кінець 1096р. бібліотека університету нараховувала 163 750 томів. За 1906 рік вона поповнилася 6785 примірниками книг.

Я поспішаю закінчити. На четвертому десятилітті свого існування університет може з гордістю озирнутися на свою діяльність. Багатьом тисячам молодих людей він вказав шлях до їхньої професії,

однак не на цьому я хочу особливо наголосити. Коли півтисячоліття тому один найясніший член нашої династії заснував університет Фрайбург у Брайсгау, то його завданням в установчому листі він визначив: „копати криницю життя, і нехай з неї з усіх сторін світу невтомно черпають найчистішу воду відрадної та цілющої мудрості, для того щоб загасити згубний вогонь людської нерозсудливості і сліпоті" (установчий лист ерцгерцога Альбрехта від 21 вересня 1457 року).

Так, це є передусім завданням університету: копати криницю життя. І це наш університет, як і будь-який інший, робив достатньою мірою, „для того щоб загасити згубний вогонь людської нерозсудливості і сліпоті". Те, чи це щастя для нашого краю, що така велика кількість людей, які тут черпали свої знання, присвятили себе професії вченого, мабуть не є зовсім безсумнівним; але поруч із своїм завданням як навчальний заклад, університет має ще інше, більше: бути місцем зосередження і поширення науки. І щодо того, що він зробив у цій ролі, двох думок, мабуть, бути не може. На велике значення університету якраз у цій сфері, зважають ще на жаль не завжди в достатній мірі. Як син цього краю, я, мабуть, можу сказати: Чернівці та Буковина, без сумніву, не були б без університету тим, чим вони є. Розглядайте університет не як навчальний заклад, розглядайте його передусім як осередок наукових досліджень і культури, і навчіться шанувати і поцінувати його за це. Ним по всьому краю вже закладені мільйони паростків, чимало дерев уже сьогодні красуються у цвітінні і принесуть завтра багаті плоди (жваві аплодисменти).

Розуміння наших завдань у краї – це те, що ми передусім бажаємо для цієї роботи. На жаль, я не можу не сказати, що нам його часто бракує. Тим більш цінним для нас є пов'язаність із теологічним факультетом. Теологічний факультет нашого університету є очевидною ознакою нашої взаємопов'язаності із краєм, у якому ми маємо здійснювати свою діяльність: бо ж він є найпитомішим серед трьох факультетів нашого університету. Ніхто із нас не заперечить очевидність того, що він постійно був з нами у боротьбі за становище університету, і що його співробітники у будь-який період виявляли себе зразковими колегами. І в цьому руслі я звертаюся до мого наступника, який вийшов із теологічного факультету. Вручаючи Вам, шановний колего, цей знак високого звання, я від усього серця бажаю Вам щастя і всіляких успіхів на благо науки, на благо краю і всієї нашої великої батьківщини.