

Є. Ерліх

## ВІЛЬНЕ ПРАВОЗНАХОДЖЕННЯ ТА ВІЛЬНЕ ПРАВОЗНАВСТВО

Доповідь, зроблена на засіданні Юридичного товариства у Відні, 4 березня 1903 р.  
д-ром Євгеном Ерліхом, професором права у Чернівцях

Переклад з німецької Д. С. Дороша з: *Ehrlich Eugen. Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft. Vortrag gehalten in der juristischen Gesellschaft in Wien am 4. März 1903. – Leipzig: C.L. Hirschfeld, 1903. – 40 s.*

### Передмова

Вперше основну ідею цієї доповіді вже було висловлено мною п'ятнадцять років тому, правда, ще у незрілій та непевній формі, у надрукованій 1888 р. у Відні статті “Про прогалини у праві”\*. Висновки цієї статті узагальнено мною так у праці 1893 року “Мовчазне волевиявлення”:

«У праці “Про прогалини в праві” я спробував довести, що суддя, який має на меті приймати рішення відповідно до чинного позитивного права, використовує певні незрозумілі у теорії та системі права для того, щоб враховувати потреби правового розвитку, а такі найбільш розпливчаті поняття у теорії і практиці, як природа речей, *bona fides*, принцип доброспорядності, *actio doli*, незаконне збагачення, *contra bonos mores*, підходять для цієї мети найкраще. Таким розпливчатим поняттям, прогалиною у праві, через яку чинне право збагачується новими і плідними думками, є також мовчазне волевиявлення, яке не є правовим інститутом, а цілою системою правових норм, які борються за своє існування, не єдиною проблемою, а конгломератом проблем»\*\*.

Якщо мені доводиться тут і повертатися до моїх ранніх праць, то це через роботу Жені “Метод інтерпретації і джерела права”\*\*\*, яка з'явилася десь чотири роки тому і збігається з моєю роботою «Про прогалини в праві» не лише у численних деталях, але і у провідних положеннях.

\* *Ehrlich Eugen. Über Lücken im Rechte // Juristische Blätter. – 1888.*

\*\* *Ehrlich Eugen. Die stillschweigende Willenserklärung. – Berlin: Carl Heymanns Verlag. – S. 291*

\*\*\* *Gény. Methode d' interpretation et sources du droit. – Paris: Chevalier, Maresq & Cie, 1899.*

Слід наголосити, що й Жені вважає право не закритою і самодостатньою системою абстрактних правових приписів, а такою, що складається з одиничних рішень, і що суддя, не маючи перед собою чітко встановлених правових приписів, повинен шляхом вільного знаходження права привести його у відповідність до потреб часу. Однак наші праці й відмінні в багатьох відношеннях. Я зосередився головним чином на питаннях, як саме відбувається вільне суддівське правознаходження, яку роль відіграють при цьому принцип доброспорядності, природа речей, юридична конструкція та аналогія, тоді як Жені розглядає панівну у Франції теорію джерел права, принципи правозастосування. У питанні про розвиток права він посилається на науку (*libre recherche scientifique*); я ж з самого початку, свідомо чи несвідомо, робив основний наголос на творчій суддівській діяльності, не применшуючи при цьому віднайденого наукою значення права.

Відтоді я намагався у своїх працях розробити методологічні принципи заповнення прогалин у праві. На них засновуються зокрема вже згадана праця “Мовчазне волевиявлення”, а також “Імперативне та диспозитивне право в Цивільному кодексі для Німецької імперії” (1899). Історичне обґрунтування цих вчень я намагався надати для римського права, принаймні частково, у праці “До питання про теорію джерел права. Частина I.: *ius civile, ius publicum, ius privatum*” (1902).

Книга Жені, видається, мала у Франції неабиякий вплив. Один з провідних французьких вчених у галузі приватного права, Салейль, написав для неї передмову, й багаторазово висловлювався у контексті ідей Жені, востаннє під час блискучої доповіді на конгресі істориків у Римі 4 квітня 1902 року. Це дало привід для неодноразової, частково негативної, частково, але принаймні принципово схвальної критики, і з минулого року Есмен, Массіґлі, Салейль та Валь у Парижі видають журнал «*Revue trimestrielle de*

*droit civile*», який, судячи з вступної статті Есмена та опублікованих робіт, має на меті започаткувати розвиток науки та права відповідно до поглядів Жені.

Тим, що я, реалізуючи свій давніший намір, передаю громадськості відповідним чином “вбрані” у мої сьогоднішні переконання думки, викладені у на початку згадуваної праці, я вимушено захищаю свою часову першість перед Жені.

Я хочу разом з тим чітко наголосити на тому, що я цілком обмежуюся самою заявою про часову першість. Не сумніваюся в тому, що Жені не читав моєї публікації, яка і в Німеччині залишилася майже повністю невідомою, і що він жодним чином на неї не спирався. Втім цінність його роботи, цілком незалежно від правильності головних положень, полягає у незвично багатому матеріалі, узятому з французької історії права, французької судової практики, який переважно виявився для мене новим.

Питання про першість у часі думок, які покладені в основу моєї доповіді, мало б, звичайно, повністю інше значення п'ятнадцять років тому, ніж зараз, беручи до уваги працю Жені. В ті часи ніхто не міг заперечити, що вони явно суперечать усьому, що з упевненістю мало вважатися надбанням науки. Фон Бюлов, якого через нерозуміння відносять до прибічників вільного правознаходження, зовсім не говорить про це, як нещодавно зазначив Шрайбер (*Oesterr. Gerichtszeitung. Jahrg. 54, Nr. 18.*); він лише хоче, мабуть, обґрунтовано, довести, що суддівська діяльність, полягаючи вже у простому правозастосуванні, за своєю природою є творчою. Рішучіше висловився Шлоссман, однак його міркування було повністю відкинуто. Вже багато років думки такого гатунку вітають у повітрі. Дедалі більше робиться наголос на самостійності судді, аніж на букві закону; наведена з цього приводу відповідна бібліографія недоречно б розширила обсяги цієї статті. Все ж думки, розвинуті мною у попередніх роботах та у цій доповіді, виходять у багатьох відношеннях за межі того, що до цього часу стверджувалося іншими.

У деяких місцях II розділу (особливо в частині, де йдеться про походження норм-рішень й далі) мені вдалося випередити зміст другої частини своєї праці “До питання про теорію джерел права”.

Чернівці, червень 1903 р.

## I.

Така звична для нас сьогодні вимога того, що кожне судове вирішення правового спору має виводитися з усталених принципів чинного права, може бути властивою лише тим народам, які рецепіювали римське право. Іншим народам вона здається повністю чужою, – і серед них не лише ті, що знаходяться на низьких щаблях правового розвитку, але й значно більш розвинуті, як-от німці середньовіччя, сьогоднішні народи англосаксонської правової сім'ї, але передусім самі римляни, чию судову практику ми, звичайно, знаємо менше з судових джерел, аніж із висновків римських юристів, збережених до нашого часу. В жодному разі тут не вимагається, щоб кожне судове рішення несло на собі, ніби фабричну марку, законний припис, на якому воно фактично чи удавано засновується; тут розглядається лише як завдання судді знайти справедливе, відповідне до обставин одиничного випадку рішення. При цьому, щоправда, суддя зв'язаний чинним і звичаєвим правом, історичною спадщиною і принципами, проголошеними у попередніх рішеннях, але все це не вважається основою самого рішення, це більше окреслює межі суддівської свободи. Дороговказом йому служить лише принцип знаходження рішення за правилами юридичного мистецтва – іншими словами, заборона необґрунтовано відкидати правила, які до сих пір загалом застосовувалися. Таким чином створюються перепони занадто ризикованим і раптовим нововведенням, але в жодному разі – органічному розвитку. Неодноразово траплялося таке, що у ряді рішень визнані правові принципи з плином часу набували абсолютно протилежного значення.

Такий стан є, вочевидь, результатом компромісу між конфліктуючими вимогами, які повсякчас висуваються до правосуддя: з одного боку, очікується, що рішення не породжуватимуться свавіллям, не впливатимуть з особистих переконаннях, зате з втілення спільного відчуття, справедливості, що плине з вищого джерела; з іншого боку, вони мають відповідати конкретному випадку, вирішувати існуючий спір. Тому загальне і особливе мають знайти місце поруч. Так виникає своєрідна суміш свободи та зв'язаності, і вона здається нам на прикладі римлян та англійців такою дивною, її можна досягнути завдяки лише живому відчуттю її історичних передумов.

Відповідно можна легко пояснити, що і вільно знайдене рішення теж сприймається так, ніби воно лише висловлює те, що і так вже містилося у чинному законодавстві. Юрист не ство-

рює право, він повинен його віднайти. Незважаючи на це, ніхто не сумнівається, що кожне рішення щось додає до чинного законодавства, що воно не просто засвідчує чинне законодавство, але також може стати джерелом нового права. Одного разу Генрі Мен дотепно описав, як англійські адвокати, до оголошення судового рішення, сперечаються про те, на яких принципах чинного права воно повинно ґрунтуватися, але як тільки рішення прийнято, воно саме стає чинним правом, і принцип права, проголошений, можливо, ним вперше, зрозумілим чином заповнює прогалину у чинному праві. І римляни добре усвідомлюють, що їхнє право не просто викладене у працях юристів, воно є безпосереднім творінням цих юристів. Так правознаходження поступово переходить у вдосконалення права.

Якщо на європейському континенті ми сьогодні схильні вбачати у праві цілісну систему правових приписів, у якій передбачено і наперед вирішено будь-який можливий випадок, то за його межами, очевидно, виходять з того, що кожне судове рішення здатне привести до визнання нового принципу права. Це, протилежне нашому, розуміння пояснюється частково тим, що стан права зовсім не спричиняє думки про існування цілісної системи усіх необхідних для судочинства норм. Законодавство, за винятком маловідомих давніх кодифікацій звичаєвого права, постійно спрямоване на усунення безпосередніх неузгодженостей та недоліків; тому закони надають ніщо інше, як допомогу в конкретних випадках. Юридичний спадок, значення якого набагато вагомніше за законодавство, складається головним чином з принципів, проголошених при вирішенні дійсних життєвих випадків, а також з наукових узагальнень таких принципів; рішення та узагальнення рішень, вони є безпосереднім змістом рукописів римських юристів – *responsa prudentium*, преторський едикт і велика кількість імператорських конституцій у римлян, збірники звичаєвого права у німців, *reports* у англійців – теж не є чимось іншим. Це твердження поширюється і на джерела французького права аж до кодифікацій Людовіка XIV. Але і та частина спадщини, що доходить до нас як звичаєве право у вузькому розумінні та, яке живе безпосередньо у свідомості народу і юристів і викладена у книгах з права, також виходить, за незначними винятками, з того ж самого джерела – вікових нашарувань судових рішень. Випадок, який не передбачений жодним законом, не є подібним на жоден з вже вирішених випадків, так що його не можна звести до якогось відомого рішення чи

узагальнення, він опиняється відтак у “незаповненому правом просторі”; закони та юридична спадщина пропонують, можливо, для його вирішення певні роз’яснення, наукове підґрунтя, але саме рішення має бути знайдене вільно. Це шлях, який привів до творчої юриспруденції.

Рецепція римського права повсюди спричинила докорінні зміни. Лише тоді вперше з’являється принцип, відповідно до якого кожне рішення повинно ґрунтуватися на попередньо встановлених у чинному праві правилах, бути твердженням, що впливає з логічного співвідношення, де правовий припис є загальним положенням, а судова справа – його окремим випадком. Цей принцип однак не був предметом рецепції, більш того, як уже наголошувалося, він був для римського права повністю чужорідним. Але, видається, вже Юстиніан вважав, що він у своїх книгах унеможливив будь-які сумніви юридичного характеру, але і вони все ж були для нього, головним чином, нічим іншим, як зібранням, хоча і дуже змістовним, рішень та наукових узагальнень рішень. Однак хід справ наприкінці середніх віків добре сприяв втіленню думок Юстиніана, адже римське право повинно було застосовуватись передусім субсидіарно у випадках, для вирішення яких місцеве право не містило відповідних приписів.

Зрозуміло, що передумовою здійснення цих намірів було те, що всі судові справи могли б бути вирішеними відповідно до римського права у тому його вигляді, у якому воно постало для рецепції. І *Corpus iuris civilis* виправдав очікуване від нього у цьому відношенні: у зібраних у ньому впродовж тисячі років неосяжних матеріалів міститься така велика кількість думок і юридичних конструкцій, що легко збагнути причини віри у його невичерпність – тим більше, таке припущення знаходилося безпосередньо у руслі схоластичного мислення, яке тоді оволоділо людським розумом на століття вперед.

Але це припущення, безсумнівно, спиралося на очевидний самообман, оскільки тих відносин, які регулював *Corpus iuris civilis*, наприкінці середніх віків та у новому часі взагалі більше не було; для відносин кінця середніх віків та нового часу у римському праві визначень не існувало: модерна власність не була римським *dominium*, зобов’язальні відносини – не *obligatio*, шлюбне майно – не *dos*, тому визначення *dominium*, *obligatio*, *dos* у римському праві взагалі не могли, відповідно, застосовуватись безпосередньо до власності, зобов’язальних відносин та шлюбного майна. Якщо б при застосуванні рецепційованого

римського права дотримувалися тих же принципів, яким у правозастосуванні слідували самі римляни, і які сьогодні вживаються по відношенню до сучасних законів, то тоді б завжди трималися тієї думки, що кожна норма права може зберігати свою чинність лише для тих відносин, для яких вона набула юридичної сили, і тоді римське право майже ніколи не могло б застосовуватися. Отже, щоб взагалі знайти рішення у *Corpus iuris civilis*, німецькі та сучасні поняття прирівнювали до певних римських, – причому, схоже, керувалися, як правило, внутрішньою однорідністю, інколи також поверховою схожістю або спорідненістю назв, або ж розчленовували цілісну правову конструкцію, інколи зовсім довільно, на складові, окремі правовідносини, для яких ніби могли знайти приписи у римських джерелах. Німецька селянська позика розглядалася як *colonat*, власність дітей – як *peculium*, безпосередньо до сучасних договорів часто застосовувалось право римського *stipulatio*, індосамент – майже своєрідна *Cession*, передача прав іншій особі з дозволом подальшої передачі, у відкритому торговому товаристві хочуть впізнати *societas*, де *socii* один для одного мають статус *institores*. Нерідко з метою обґрунтування рішення співставляються довільним способом далекі одне від одного джерела, які відносяться до найрізноманітніших речей. Так виникла юридична аналогія, конструкція та, нарешті, уся юридична техніка, яка ще донині вважається класичною і навчила нас, передусім, застосуванню до відношення правових положень, які стосуються відношення зовсім іншого роду, і, до того ж, не зважати на це.

У такий спосіб римське право опрацьовувалося спочатку в Італії, потім у Франції та Німеччині, в результаті чого у Німеччині виникло загальне право (*das gemeine Recht*). Хоча у Німеччині воно і мало безпосереднє застосування, воно, проте, було не римським правом. Загальне право було по суті правом римських юристів, пройшовши крізь італійську, частково також голландську та французьку юриспруденцію, і, було підготовлене юридичною наукою для потреб німецького правового життя, – в той час як законодавство поступово майже повністю було виключено з рецепційованої маси

У цьому розумінні можна, мабуть, сказати, що значення рецепції полягало у тому, що знаходити право не вважалося за необхідне, коли вже навчилися його застосовувати. Звичайно, було неправильно думати, що у римському праві містилося вирішення будь-якої можливої судової справи. Римське право, відоме нам сьогодні,

у межах римського рейху навіть приблизно не було таким, яким дійшло до нас, відмінним є і сучасне правове життя. Але правилом рафінованої юридичної техніки вважалося виведення права з ряду фікцій та конструкцій з римських збірників права, чого вимагало судочинство, щоб повністю витиснути вільне правознаходження. Відсутність прогалин у правовій системі – це завжди ніщо інше, як примарний витвір юридичної техніки.

## II.

Сучасне догматичне правознавство, якому властиве при необхідності зрозуміти кожен правовий припис спочатку дізнаватися про наміри законодавця, ніколи достатньо не зважало на те, що значення, яке фактично відведено праву у житті, набагато більше залежить від осіб, покликаних його застосовувати, аніж від його тлумачення. Однакове правове положення у різних країнах чи у різні часи буде чимось зовсім іншим саме через те, що у суді є особами з різною освітою, різним розумінням життя, з різним посадовим чи суспільним статусом. Це більше зрозуміліше історичу права, аніж догматику права; для першого повсюдно з пандектів говорять претор та *prudentes*, з старого німецького права – народні засідателі, з англійського *common law* та *equity*, що походять з того самого германського коріння, – канцлер та судді вищих судів. У цьому розумінні слід розглядати і сьогоднішнє право на європейському континенті – як право вчених державних суддів: адже якщо ми сучасну державу назвемо правовою державою, то нам не можна забувати, що з наших вуст це по суті означатиме чиновницьку державу, – хоча, без сумнівів, однаково можливі правова держава, яка не є чиновницькою, і чиновницька держава, яка не є правовою.

Всі ми діти чиновницької держави, що вже впродовж століть панує над суспільним і політичним життям, і навряд чи хтось з нас без великих зусиль може вивільнитися від уявлень і способів мислення, породжуваних і виплеканих чиновницькою державою. Але, з точки зору самих чиновників, право – це не наказ держави своїм службовцям. Не те, що нібито право своєю дією фактично не досягає армії чиновників, ніби його там буквально нема для того, щоб визначати поведінку усього підпорядкованого державній нормі населення, але це пізнається досить таки заплутаним шляхом: населення підкоряється нормі, бо воно до того примушується, чи було б

примушено, державною армією чиновників, якби схотіло її порушити.

З цього статусу сучасного судді як державного службовця, якому доручено здійснювати правосуддя, з розуміння права як державного наказу для судді, витікає те найвагоміше місце, яке в наші дні займає закон серед інших джерел права. Тому що відмінним, ніж через інші джерела права, способом держава через закон звертається безпосередньо до свого службовця, і хто у кожному праві шукає державний наказ, звернений до судді, рано чи пізно мусить прийти до того, щоб у кожному правовому приписі більшою чи меншою мірою вбачати законодавче визначення.

На цьому насправді й ґрунтується панівна теорія джерел права. Бо мало що залежить від запевнень у вступних параграфах підручника про те, що звичаєве право рівнозначне закону. Хто оцінює їх не за словами, а за вчинками, той швидко дізнається, що підручники та посібники, монографії і судова практика спираються на природно ніколи не визнану обставину, немов іншого права, окрім закону, взагалі не існує. Але й усе традиційне вчення про звичаєве право, його “виникнення”, “передумови”, загалом питання, чи може закон заборонити чи пов’язати з обтяжуючими обставинами розвиток права від звичаєвого права, нібито йому рівноцінного джерела права, нелегко зрозуміє той, хто виріс за межами чиновницької держави і побачив живе звичаєве право безпосередньо у дії. Вчення про звичаєве право, майже у його сьогоднішній формі, було вироблене німецькими юристами у XVII та XVIII ст.ст. і повинно було правити судді-чиновнику виключно за спосіб обґрунтування чинності німецьких звичаїв, на які завжди дивилися скося, і існування яких стверджувалося партією і мало бути доведено: сьогодні воно вже, звичайно, не актуальне, і наукова ревізія у будь-якому разі поставить йому край.

Те, що закон є для нас панівною формою права, є виразом глибинної сутності чиновницької держави. Так само разом з природою чиновницької держави наявний зміст права чиновницької держави. За змістом це право є нормо-рішенням: воно має служити виключно або майже виключно для того, щоб вказувати державним службовцям, як їм поводитися у переданих їм справах, особливо, як вони повинні вирішувати правові спори. Це, певна річ, дуже однобоке розуміння, бо хоча норма-рішення є правовою нормою, яка найбільше цікавить юриста, вона, однак, ані єдина, ані найважливіша форма права.

Право існує зовсім для інших цілей, ніж для вирішення правових спорів, воно є у дійсності основою суспільної організації, воно, говорячи сьогодні вже трохи застарілою мовою бондаря, – кістяк суспільного тіла. Звісно, з організації суспільних утворень виникають у більшості випадків також і норми, за якими повинні вирішуватися правові спори і які для останніх створюють привід; проте виробляти такі норми-рішення, очевидно, є лише підпорядкованою, другорядною функцією цих суспільних утворень. Статути спілок також в залежності від обставин можуть бути доброю основою для вирішення правового спору; але, в першу чергу, вони існують для того, щоб організувати спілку. Якщо австрійський цивільний кодекс визначає, що чоловік є головою родини, то цим він цілком правильно описав існуючий нині сімейний устрій, але цим він не створює і, можливо, не хоче створювати норму-рішення. Нам відомо, що у Римі надання найрізноманітніших послуг могло бути предметом *obligatio*, але у класичному процесі судового рішення говорило завжди про виплату грошової суми: норма-рішення не відповідала правовій організації відносин, *aliud erat in obligatione aliud in solutione*. Екк у своїй відомій праці довів, що купівля-продаж у Римі, як і сьогодні, була реальним договором, хоча норма-рішення римського права визначають відповідальність лише за *habere licere*. Суперечність найбільш чітко бачимо між нормами-рішеннями та організаційною формою у природних зобов’язаннях: природне зобов’язання є зобов’язанням, котре дійсно існує, і з цього існування не можна вивести норму-рішення, яка б засудила боржника до виплати.

Було б, звичайно, помилково, на кшталт попередніх ліберальних політиків, вважати, що державне право містить у собі лише норми-рішення і що держава своїм правом не може безпосередньо організаційно впливати на суспільство. Велика частина сьогоднішньої аграрної конституції виникла безпосередньо з державної діяльності, і сучасне соціально-політичне законодавство вже мало значний вплив; але передусім держава організує сама себе своєю армією, урядом, системою управління. Все ж велика маса державного права, безсумнівно, знаходиться у нормах-рішеннях – загалом держава не може не видавати накази своїм службовцям, службовці не можуть не втручатися там, де їх зобов’язує до того служба. Однак спроба визначити життя через норми-рішення рідко набуває форми рішучих дій, у цілому цей засіб занадто слабкий для того. Як і досі, йдуть звичним шляхом, навіть якщо

деінде процес вирішується інакше, ніж раніше. Якщо б у цю мить закон раптом змінився і передбачав би, що у всіх сімейних справах вирішальне слово належить не батьку, а матері, то це, можливо, мало б значення тільки для відносно рідких судових рішень з сімейних питань, але через те соціальна організація сім'ї не змінилася б, мабуть, зовсім. Якщо б тут хтось стверджував, що такими нікчемними засобами було сформовано чи у своєму розвитку значно від них залежали основи суспільного життя, власність, договір, сім'я, спадкове право, то він заперечував би очевидне.

Але і серед норм-рішень дуже мало таких, які мають державне походження. Будь-який державний правовий захист пов'язаний з відшкодуванням шкоди, яке з давніх часів у випадку правопорушення забезпечується самоправством чи самообороною у вирішенні спорів. Оскільки їх місце займає судове рішення, то для нього немає ніяких інших норм-рішень окрім тих, що виникають з природи суспільної організації: з природи власності, що розвинулася з стародавніх відносин володіння, з природи товариств (роду, сім'ї, гільдії), які у стародавньому суспільстві мають таке велике значення; із змісту та застосування найстаріших договорів, первісних форм обороту, які принаймні старші за будь-який правовий захист. Рішення передаються з вуст у уста, записуються, збираються, пояснюються, узагальнюються, нарешті, кодифікуються. Так виникає своєрідне право юристів, у дуже різноманітних формах раннього етапу розвитку усіх народів світу воно своєрідне – як старе римське *ius civile*, котре, по суті без змін, з'являється ще у працях класичних римських юристів та у великій юстиніанівській компіляції, правова наука і правовий припис разом. Тому не рішення ґрунтуються на правових нормах, а правові норми виробляються з рішень. Право, на якому засновуються рішення, – це *ius quod est*. Павло, який ще бачив живе право юристів у дії, підсумовує те, чого його навчили власні спостереження у відомому застереженні: *non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat*. Рішення старіші за правила, право юристів старіше та незрівнянно багатше за державне право.

Панівна думка в науці все ж називає це право юристів звичаєвим правом, однак тільки не слід забувати, що цим висловом позначають дуже відмінні речі. Право юристів у галузі відшкодування шкоди та процесу виходить з поступового зменшення впливу самоправства та самооборони у вирішенні спорів, особливо з тих пір, як звичаю

звертатися до судді у спірних ситуаціях надається обов'язкова сила; право юристів первісних товариств, як місцевих – общини, так і суспільних – роду, сім'ї, ґрунтується на первісних соціальних схильностях людства, завдяки яким виникають усі ці товариства та із зникненням яких і вони також невпинно зникають: цим соціальним схильностям спадкове право майже повністю завдячує своє виникнення. У праві юристів, яке розвивається з відносин володіння, своє яскраве вираження знаходять суспільні владні відносини; від них залежить, які зобов'язання має виконувати кріпосний селянин перед паном, чи перейде земельна ділянка після смерті позичальника позикодавцю або залишиться його прямим спадкоємцем.

Зрозуміло, що право юристів хоча і не може створювати суспільні структури, однак могло надати їм чіткого місця і понятійної визначеності, особливо там, де воно, як у римлян, за допомогою юриспруденції, заснованої на праві юристів формулювати умови договору, мало безпосередній вплив на життя. Ніхто не повірить, що юристи були спроможні, наприклад, створити правовий інститут власності-користування; але саме їх заслугою було те, що у Римі з цією метою використовувалася форма права користування чужим майном, її завдання полягало також у тому, щоб визначити, як розподілити прибутки останнього року між власником та узурфруктуаром. Тут у всіх випадках норми-рішення права юристів виводяться з природи суспільних структур та процесів, які юрист виявляє, так само і юриспруденція, заснована на праві юристів формулювати умови договору, певною мірою висловлює свої бажання і йде назустріч тенденціям, що позначаються у житті.

Мабуть, можна вказати на схожий процес, який розгортається перед нашими очима. Зовсім не виключено, що з плином часу може виникнути юрисдикція, якій будуть підлягати спори між державами так само, як і сьогодні спори між приватними особами – державній юрисдикції. Цьому судочинству має бути покладено в основу матеріальне право, норми якого на початку можуть бути ні чим іншим, аніж правом юристів, породжуваним із сутності державного союзу та з попередніх звичаїв міжнародного спілкування. Цітельманн показав у праці з міжнародного приватного права показав, яка велика кількість норм, котрі також можуть служити вирішенню міжнародних спорів, виникає вже просто з принципу державного суверенітету. Цей доволі повністю зрозумілий сучасному юристу процес є втім ли-

ше одним із віддзеркалень того, що колись відбувалося, коли самозахист було замінено захистом правовим, заснованим на праві юристів, яке виникало із сутності оцінюваних відносин і попередніх звичаїв суспільного обороту. Хто ж схоче стверджувати, що держави завдячували своє виникнення чи свою стабільність тому захистові, наданому їм міжнародними судами на основі цього права юристів, той так само близько підійде до істини, як і той, хто сьогодні вважатиме, що власність, сім'я, договір чи спадкове право якимось засновувалися на наданому їм державою захисті, який ґрунтувався на державних нормах-рішеннях.

Отже, і вже існуючі норми-рішення повинні безперервно визначатися заново просто внаслідок суспільного розвитку. Це виявляється найяскравіше у рецепційованому римському праві: адже, звісно, рецепційовано було не римські правовідносини, а лише римські норми-рішення, точніше, як вже підкреслювалося, майже тільки норми-рішення права юристів. У результаті ж римські норми-рішення отримують зовсім інший зміст через сучасні місцеві правовідносини, до яких вони застосовуються.

При поверховому розгляді можна було б вважати, що римське зобов'язальне право майже повністю було рецепційовано: і все ж у римському *obligatio* кредитори і боржники були не окремими особами, а групами людей, які були представлені самостійно діючим *pater familias*\*. Оскільки суб'єктами сьогоденних зобов'язальних відносин є не групи людей, а окремі особи, то це становить, вочевидь, такий різкий контраст, що на його фоні щезає уся схожість окремих елементів. Шлюб на наших очах перетворюється з відносин влади чоловіка над жінкою на союз двох рівноцінних та рівноправних індивідів, батьківська влада та опіка – з корисного приватного права на публічний інститут. Перевтілення цього роду, у незліченній кількості, мабуть, щомиті, не змінюючи жодного рядку у писаному праві, впливають на суддівську та суспільну оцінку відповідних правовідносин: сьогодні такі речі здаватимуться психологічною хворобою одного з подружжя чи невірністю по відношенню до підопічного, коли як, можливо, ще у першій половині XVIII ст. чи у першій третині XIX ст. нікого це

\* До групи людей належать не тільки члени сім'ї, але й раби і у більш ранній період також звільнені, хоча навіть і право та дієздатні. Порівн.: Cic. Epist. ad Quint. I, 1, 13.: *libertis, quibus illi (maiores) non multo secus ac servis imperabant.*

не сердило. Найвідчутніші та найневпинніші зміни у праві відбуваються у суспільних інститутах і докорінно перебудовують норми-рішення права юристів, іноді так, що це не усвідомлюється самими задіяними особами чи юристами.

Законницьке право, що йде від держави, суттєво відрізняється від права юристів. Закон набагато молодший за звичаєве право та право юристів та, певно, повсюди є достатньо пізнім явищем. У давнину він, здається, вкоренився лише у римлян та афінян; в інших грецьких державах все ж були наявні значні його зачатки. Раннє середньовіччя також майже не вийшло за межі перехідної стадії. Урядові розпорядження, постанови про війну та мир чи будівництво, зрозуміло, також і в тому разі не є законами, коли вони приймаються народними зборами. "Закони" Хаммурапі (!), Мойсея, Ману, Заратустри, так званих Міна і Лікурґа, *leges regiae*, XII таблиць, *leges barbarorum*, Коран є частково приватними, частково такими, що виникли внаслідок священницького чи державного авторитету записами та редакціями, інколи навіть достатньо самостійними, супроводжуваними чисельними змінами редакціями сакральних, звичаєвих, релігійних норм та норм звичаєвого права; до цього пізніше відносяться розпорядження, які скасовують чи змінюють аморальне чи застаріле звичаєве право. Ці останні вже сильно наближуються до законів. Але власне закон у матеріальному значенні, абстрактна, спрямована до населення норма, якою вона мала стати у майбутньому, передбачає вже більш розвинуте розуміння завдань держави, державні органи, що здатні та готові його реалізувати, і деяке розуміння мети закону в широких масах. Східний деспот, можливо, здатний одним жестом наказати зрівняти місто з землею, але своїм підлеглим він не може звеліти, у якій формі вони мають укладати угоди.

Зрозуміло, що відношення судді і закону зовсім інше, ніж відношення між ним та правом юристів. Закон дає йому накази, право юристів – настанови. Право юристів черпає сили з факту свого заснування на правильній оцінці відносин, закон – з державної влади. Суддя приймає накази законодавчої влади, він черпає настанови звідти, де він їх знаходить. Англійські судді посилаються прямо на американських, американські судді – на англійський досвід: будь-яке посилення на іноземний закон було б, зрозуміло, з самого початку виключено\*. Ту ж функцію ви-

\* Там, де це відбувається, – швейцарські суди згадують часто, наприклад, німецькі закони – посила-

конувало римське право юристів повсюди там, де воно, як у Шотландії, частково у Голландії та Франції, аж до виникнення вченого суддівства у Німеччині, мало силу лише *raison écrite*; однак сучасний суддя, як вже було показано, внаслідок свого становища та усієї своєї юридичної освіти, втратив усяку психологічну здатність вбачати в правовій нормі щось відмінне від наказу. Отже, виникнення вченого державного суддівства мало своїм наслідком те, що по суті всьому праву юристів було надано характеру закону; що раніше було настановою, стало наказом.

Легалізація права юристів знайшла своє завершення у сучасних кодифікаціях приватного права. Вони, як і *Corpus juris*, більшою мірою є кодифікаціями права юристів, втім серед них трапляються і власне законодавчі положення. Зовнішньо право юристів цілком було прирівняно до законів, і цей факт вже так глибоко проникнув у правосвідомість народу та мислення юристів, що з цим власне матимуть рахуватися ті, хто попри зовнішнє зрівняння визнають внутрішню суперечність. Право юристів залишається в решті решт правом юристів і тоді, коли воно втілене у параграфах і приймається представницьким органом, і відмінна природа джерела права при кожній можливості буде продовжувати діяти під оболонкою форми; але водночас завжди буде видно, що цій внутрішній суперечності бракує зовнішнього визнання. Самі фікції і конструкції загального права діють так, якби вони були б законом. Дійсно, дуже сумнівно, чи коли-небудь у Німеччині існували сервітути у римському значенні; але ж до правовідносин, які були прирівняні загальним правом до римських сервітутів, певна річ, мало застосовуватися усе запозичене з римського сервітутне право, та про них мало бути заявлено скаргу, матеріальним правом для якої був *actio confessoria*.

Увесь цей процес, який знайшов своє завершення у фактичному виключенні звичаєвого права та у легалізації права юристів, надав сучасному праву зовнішню сильну закам'янілість, яка, здається, унеможливило будь-який інший розвиток, окрім того, що відбувається через законодавство. Ця форма також відповідає духу панівного вчення і інколи її дотримання вимагають навіть необґрунтовано. Проте, якщо вона, незважаючи на все це, завжди була більше уявною, ніж дійсною, то це, очевидно, залежить не від наміру, а від деяких фактів, які невблаганно,

як усі факти, вимагають своїх законних прав. Жодна теорія правозастосування не здатна оминути увагою те, що кожна система закріплених правових приписів за своєю природою містить у собі прогалини, що вона вже в цю мить застаріла, будучи закріпленою, що вона, отже, ледве здатна опанувати сучасність, але ніколи – майбутнє; жодна така теорія не зможе перешкодити тому, щоб суспільні інститути, до яких застосовується право, розумілися у безперервному розвитку і кожну мить наповнювали новим змістом чітко встановлені норми-рішення. Але також ніколи не можна буде уникнути того, що покликані займатися правозастосуванням особи, діти свого народу та своєї епохи, будуть застосовувати право у дусі свого народу та своєї епохи, який також є їхнім духом, не в дусі минулих століть, за “наміром законодавця.” Факти цього роду розбивають найміцніші теорії і руйнують владу наймогутніших законодавців.

### III.

Кодифікація чинного права, коли право юристів досягло певного обсягу, – неминуха, і поряд із незаперечними недоліками може мати переважно позитивні наслідки. Підбиваючи певні підсумки усієї попередньої правової еволюції, вона одночасно вносить у право юристів безлад, в якому з часом не можуть розібратися навіть найкращі, певну упорядкованість та організованість; хоча вона руйнує міжнародну взаємодію у науковій роботі, якою вона, безсумнівно, була за часів розквіту загального права, коли Німеччина, Голландія, Франція та Італія буквально збудували правову систему, – ще система Савінії ґрунтувалася на думці про науку загального права, яка не зв'язана будь-якими національними кордонами, – але разом з тим вона створює міцну основу для національного правового розвитку та правової науки, які також, мабуть, з часом подолають національні кордони, перетворяться на загальне вчення про право на порівняльно-правовому ґрунті, принаймні у розумінні англійської аналітичної (остінівсько-голландської) школи.

Але вже перед загальним правом поставало питання, чи дозволяється відносно неврегульованих у загальному праві правових інститутів і питань, особливо тих, що виникли після рецепції, відшукувати регулювання у *Corpus iuris*, працювати з фікціями та конструкціями, які створювалися за зразком загальноправових та у принципі відкидати вільне знаходження права? Зараз перед нами постає питання з новою силою, адже загальне право повсюди замінено сучасними ко-

ються, звичайно, на закон не як на закон, а як на *raison écrite*, ніби як на думку письменника.



дексами. Чи повинні ми також відносно них відмовитися від вільного знаходження права? Чи ми приречені назавжди опановувати життя через фікції та конструкції?

За усіх умов закон – це вимога держави до суспільства: він повинен підкорити вільний суспільний розвиток державним цілям. Примус, який чинить закон на суспільний розвиток, отже, має завжди виправдовуватися, здавалося б, тим, що він неодмінно потрібен для вищих державних цілей. Тому можна було б все ж справедливо запитати, чи не є легалізація права юристів злом вже з тієї причини, що вона примушує життя йти тисячами напрямків, хоча держава інколи не зацікавлена навіть найменшою мірою у тому, щоб це відбувалося. Але тут йдеться про зв'язаність не законом, а юридичною технікою, яка прагне застосувати закон до випадків, для яких у ньому не міститься жодних приписів.

Звичайно, від технічного знаходження права не варто очікувати кращих чи справедливіших рішень, ніж від вільного. Загалом, у будь-якому випадку правильно вирішити певну справу незрівнянно легше, ніж поширювати застосування абстрактної, загально-чинної норми на усі мислимі випадки, бо, ймовірно, не можна серйозно стверджувати, що певний припис завжди буде кульмінувати у найсправедливішому рішенні й у справах, про які навіть ніхто не думав під час його створення. У дійсності технічне знаходження права спрямоване на досягнення навіть не цієї, а зовсім іншої мети: воно повинно створити якщо і не завжди справедливе, то все ж надійне та передбачуване право, запропонувати захист від свавільного, небезстороннього правозастосування. Цього сподіваються досягнути, прив'язавши суддю, по можливості повністю, до раніше встановленої норми.

Якщо чотири століття беззаперечного панування, які має за своєю спиною юридична техніка, дозволяють судження, то ця мета ані досягнута, ані взагалі видається досяжною. У країнах технічного знаходження права рішення ні на йоту не є надійнішими, а суддівське свавілля більш обмеженим, ніж у *ius civile* римлян, *common law* англійців та американців. Вже найзвичайніше тлумачення закону, яке полягає у з'ясуванні волі законодавця, дає привід для стількох сумнівів, що насправді не треба багато вміти, щоб обійти право, спершись на папірець; без будь-якої шкоди справі можна було б відмовитися від того, що пропонують аналогія чи конструкція як основа впевненості у праві та гарантія неупередженого правосуддя. Якщо сприймати панівне вчення сер-

йозно, то слід було б визначити, що кожна вимога сторони, це могла б бути вимога позивача (про задоволення скарги), вимога відповідача (про задоволення заперечення), будь-яка процесуальна вимога, мала б бути відхиленою завжди у разі, коли не знайдено ніякого правового припису, який би вказував судді на задоволення вимоги. Відповідно до відомого, але, звичайно, ненадійного джерела, доповіді Гая, це повинно було мати місце у Римі під час легісакції: кожний *actio*, що не ґрунтувався на *lex*, мало бути відхилено. На цих засадах не стоїть жодна з сучасних законодавчих систем: усі вони дозволяють аналогію та юридичну конструкцію. Тобто є достатньо підстав вважати, що на основі чинного права повинно бути задоволено й схожу вимогу про те, що просто з чинного права навіть можна виробити право, на якому ґрунтується вимога. Панівна доктрина тим виправдовує застосування закону до випадків, про які законодавець, вочевидь, зовсім не думав, що коли б він про них думав, то нібито вирішив би їх так, як він вирішив схожий випадок або ж ті випадки, які правила за основу для конструкції. Але у будь-якій аналогії та у будь-якій конструкції, за висловом Густава Рюмеліна, міститься оцінка, в цьому полягає твердження, що за допомогою аналогії та конструкції приходять до необхідних результатів. Це також, безсумнівно, правда, адже навряд чи можна сказати, що якщо б законодавець думав над цими випадками, то вирішив би їх точнісінько так само. Але ж якщо усе насправді так, то технічне знаходження права, залишаючи на розсуд судді так багато, не має порівняно з вільним жодних переваг.

А як бути з передбачуваністю судових рішень? Де вона є у випадку технічного знаходження права? Мабуть, тільки у небагатьох випадках, у яких наявним є настільки зрозуміле та визначене право, що від правознаходження взагалі нічого не залежить. У таких випадках, однак, вільне правознаходження нічого не змінить, оскільки воно лише тоді повинно застосовуватися, коли чинне право не містить у собі зрозумілого припису. З упевненістю можна стверджувати, що засноване на традиції, але, більше того, вільне знаходження права пропонує кращі правові гарантії, ніж технічне; власне сьогодні юрист відчуває себе впевненіше, коли він може послатися на довготривалу судову практику, а не на своє тлумачення закону, котре іншим інтерпретатором може бути щоразу перекинуто.

Якщо ж я наважуся назвати технічне знаходження права гріхом проти святого духу, то це тому, що воно сховало від наших очей єдину

справжню основу не просто надійного та безстороннього, але і керованого великими ідеями судочинства. *Немає жодної іншої гарантії правосуддя, окрім особистості судді.* Лише внаслідок того, що при здійсненні правосуддя наголос був штучно переміщений на законодавство, стало можливим так довго приховувати від нашого пізнання ту звичайну істину, що найважливіше завдання, яке може бути поставлено перед людиною, покликаною його вирішити, передбачає розумову та моральну величину, вищу за середню; тільки так можна було не побачити, що до цього завдання доріс не кожен, хто на деяких іспитах та практиці довів здатність деякою мірою орієнтуватися у статтях. Також помилковою є його логіка. Статті як страж надійності права та суддівської безсторонності потребували охоронців, які повинні були стежити, щоб варта виконувала свою службу: це привело до появи принципу інстанційного руху справи та до згубного принципу колегіальності, котрі протиставляють індивідів один одному чи ховають їх у масах. Так виник сучасний знеособлений суд європейського континенту, такий докорінно відмінний від суду римлян чи англійців, де на завдання юриста ще не тисне дріб'язковість і де бути запрошеним працювати у суді для найліпших представників нації означає найбільшу честь\*. Хто міг би з огляду на безплідну дотепність, перед якою схиляються у нас сьогодні як перед розквітом умілостей юриста, збагнути те високе поняття правознавства, яке було у римлян? Хто розуміє, що вона означала для них *vera philosophia, divinarum atque humanarum rerum notitia?*

І все ж ніякий обов'язковий правовий припис не применшив сучасного суддю до цього становища. Хоча юридична техніка є панівним науковим методом правозастосування, вона однак повинна, як і кожний науковий напрям, підкорятися новим досягненням. У самій науці вже у XVII ст. помітна могутня зустрічна течія. Великий природно-правовий рух, який царить у всьому XVIII ст. і, власне, ніколи повністю не зникав, почасти розуміється лише як такий: в Англії, класичній країні вільного правознаходження, ніколи не могли як слід зрозуміти, про що справ-

ді йдеться у випадку природного права\*\*. Послідовниками природного права серйозно ставилося запитання, чи має перевагу у спорі між природним та державним правом одне чи інше, і було не багато тих, хто б сумнівався, що коли суддя не знаходить відповіді у законі, то він має приймати рішення за природним правом. Природне право хоча як таке і втратило силу над умами, але його посіви зійшли: німецьке правознавство у багатьох напрямках несвідомо є носієм свого змісту. Сюди відноситься, зокрема, доктрина про обов'язковість змісту закону. За допомогою тези про те, що закон не може вирішувати питання, які становлять предмет науки, було відвойовано добрий шмат права юристів на користь вільного правознаходження. Не мають обов'язкового характеру зокрема, як багато хто вважає, положення щодо теорії джерел права та техніки правозастосування: обидві доктрини, отже, мають бути віддані на вільний науковий розгляд. Також законодавчі визначення понять згідно з домінуючим вченням ніяким чином не зобов'язують науку, принаймні у галузі приватного права.

Законодавство також не протистоїть вільному знаходженню права. З трьох найбільших на сьогодні кодифікацій, Австрійського цивільного кодексу, *Code civil* та Цивільного кодексу для німецького Рейху, тільки перша містить чітке положення, яке стосується аналогії. *Code civil* просто визначає у відомій ст. 4: "Суддя, котрий відмовиться судити під приводом мовчання, неясності чи неповноти закону, може переслідуватися як винний у відмові в правосудді". Жені у дуже детальному викладенні історії виникнення цієї статті вказав на наступне\*: "...що ніщо у чинних правилах нашого сучасного права або у позитивних концепціях, які дійшли до нас під прикриттям авторитетної традиції, не легітимізує точку зору, за якою кодифікація наших законів результатом посвячення в порядок приватного права мала б ексклюзивну суверенність самих цих законів і цим самим дозволила б уникнути як непотрібного всякого незалежного розвитку тлумачення, яке прагне компенсувати неминучі недоліки та брак гнучкості і пластичності зако-

\* Не слід забувати, що становище англійського судді відповідає становищу юриста у Римі. Звісно, також у Англії виникли принципи інстанційного руху справи та колегіальності, навіть якщо і було це почасти у іншому вигляді.

\*\* *Bergbohm. Jurisprudenz und Rechtsphilosophie.* – S. 331; *Bryce. Studies in history and jurisprudence.* – V. II. – P. 177. – *Holland. Elements of Jurisprudence.* 8. Aufl. – P. VIII називає німецьке природне право *jurisprudence in the air.*

\* *Geny. Methode d'interprétation et sources en droit privé positif.* – Paris, 1899. – P. 93.

нодавчих положень. Але й Австрійський цивільний кодекс теж передбачав посилення на “природно-правові принципи”, тобто, як зараз загальною визнається, на природне право, на випадок, коли залишалося сумнівним вирішення справи при застосуванні закону за аналогією. Ці “природно-правові принципи” впродовж років сумнівним чином зникли з нашої літератури та судової практики. І все ж у такий спосіб, як зазначають Пфафф та Хофманн, судді було дозволено найбільший ступінь свободи діяльності, схожість якої з законодавчою під час обговорень була явно підкреслена. Сюди не належить § 10 АЦК, який дозволяє розглядати звичаї лише у випадках, коли на них посиляється закон, а також § 15, який “прийняті в окремих справах рішення” та рішення судів у особливих правових спорах не наділяє “законною силою” і забороняє поширювати їх на інші випадки та особи. У цей спосіб не заборонено вільне знаходження права, а виключено виникнення нового звичаєвого права на основі вільно знайденого права юристів. Цим можна цілком задовольнитися: вже з викладеної тут точки зору зрозуміло істотну різницю між обов’язково-вістю права юристів та звичаєвого права. Коли Австрійський цивільний кодекс дозволяє вільне правознаходження, але виключає звичаєве право, то це може лише означати, що хоча суддя щоразу має знаходити право вільно, наявна судова практика, проте, не може зробити з вільно знайденого права зобов’язуюче суддю звичаєве право.

Надзвичайно сумнівним є вирішення цього питання у Цивільному кодексі для німецького Рейху. У першому законопроекті передбачалося, як відомо, можливість за § 1 вирішення за аналогією відносин, “для яких закон не містить ніяких приписів”, а якщо і воно є безрезультатним, то рішення має прийматися відповідно до принципів, що впливають з духу правопорядку. Це положення у законопроекті другого читання було відмінено. Відміна так чи інакше могла мати на меті лише бажання не диктувати судді та науці, як поводитися, коли у правових приписах з’являться прогалини. Немає значення, як уявляли можливим редактори другого законопроекту заповнення прогалин; вистачає того факту, що законодавство з цього питання нічого не встановлює і не хоче встановлювати, щоб відкрити шлях науковим дискусіям.

Повністю на користь викладеної тут доктрини свідчить законопроект Швейцарського цивільного кодексу, – це, мабуть, одна з найважливіших і найсвоєрідніших спроб кодифікації сучасності. Згідно зі ст. 1 суддя передусім повинен

приймати рішення на основі точного тексту та тлумачення цивільного закону, у другу чергу – відповідно до звичаєвого права, а коли також бракує і його, – згідно з усталеною доктриною та традицією; якщо ж усі ці джерела не дають відповіді, то він має виносити рішення на основі правила, яке він встановив би сам, якщо б був законодавцем.

Було б доречно навести наступне з коментарю до цієї статті: “В процесі здійснення правосуддя так в дійсності постійно й відбувається, лише за винятком періоду, що для нас не повністю минув, коли вважалося за необхідне виходити з ілюзії, ніби суддя завжди та в усіх випадках застосовує писане право, якщо не буквально, то згідно з його змістом і духом, однак разом з тим це припущення у багатьох випадках ніколи не відповідає дійсності. Звісно, буде заперечено визнання законопроектом природного відношення, адже суддя відповідно стає занадто самостійним; і це насправді так: він стане більш вільним, ніж він є сьогодні там, де від нього вимагають все, що заманеться, і ніж він був би, використовуючи найризикованіші прийоми тлумачення закону. Але гідніше він виконує свої обов’язки, коли від нього таких фокусів не вимагають. Він повинен мати дозвіл визнати, що писане право містить прогалини, які не заповнить ніяке тлумачення. Як тільки він це встановить, то буде приймати свої рішення не на основі цілісності закону, а, скоріше, на основі цілісності права, і матиме за передумову правовий припис, який він узгоджуватиме з усім правопорядком як законодавець правильного”.

Ці зразкові слова вичерпно характеризують завдання судді при вільному правознаходженні. Слід відзначити слова: “так в дійсності постійно й відбувається”. Йдеться, щоправда, про особливості швейцарського правосуддя, де рецепція римського права та перетворення судочинства на чиновництво ніколи не відбулися повністю. Але деінде це теж відбувається так само. Слід відмітити, що при цьому судова практика дуже неохоче посиляється на аналогію чи на рішення, яке виходить з духу закону, котрі з їхньою невизначеністю, звісно, відкрили б двері й вікна вільному знаходженню права – видається так, ніби їй самій боязко через незвичну свободу. Набагато частіше вона вживає незрозумілі поняття і такі, що їх неможливо визначити, які наука та законодавство почали повсюди використовувати, частіше, мабуть, несвідомо, щоб надати їй привід для вільного знаходження права; вона оперує поняттями “природа речі”, “мовчазне волевияв-

лення”, “принцип добропорядності”, “звичай оброту”.

Ніякий інший суд у галузі технічного правознаходження не завойовував так багато свободи, як Паризький касаційний суд. Цьому ми завдячуємо деякі з найбільш плідних юридичних думок нашого часу, серед яких відповідальність за випадок і чужу вину, боротьба з недобросовісною конкуренцією, розвиток авторського права, договір особистого страхування. Практика Паризького касаційного суду збагатила французьке приватне право новими ідеями, надала закону настільки відмінної від намірів законодавця направленості, що можна з упевненістю стверджувати: хто нічого не знає про французьке законодавство, той не має ніякого уявлення про право, що насправді практикується у Франції. У Німеччині колишній ганзейський Вищий апеляційний суд у Любеку, Вищий торговий суд у Нюрнбергу та згодом Вищий імперський суд з торгових спорів й Імперський верховний суд довели, принаймні у галузі торгового права, де здавна судочинство наділене певною свободою, що і німецькі суди також здатні на широту розмаху та творчі ідеї, коли їм це дозволяють. Австрійський Верховний Суд дуже педантично дотримується тексту закону, й навряд чи це слугує користі справи. Попри всі незаперечні сильні сторони його судової практики, все-таки виявилось, що правосуддя, яке віддає перевагу текстуальному тлумаченню, навіть не здатне скористатися перевагами сталості. Слово – це найбільш недосконалий інструмент думки, і ще нікому не вдавалося за допомогою слів опанувати речами.

Як це можливо, щоб правосуддя, незважаючи на весь вплив, який штовхає його до технічного знаходження права, все ж так часто могло скидати з себе пута? Право – це власне не застигла догма, а жива сила; видання закону ще не означає його чинності, а з наміру законодавця ще не впливає способу дії. Кодекси у сфері приватного права, як відзначалося, складаються почасти з власне законів, а почасти з кодифікованого права юристів: однак при всьому зовнішньому зіставленні все ж ніколи не вдасться надати правилу про зворотню дію виконаних умов ту саму силу, яка є у заборони лихварських договорів. Право юристів існує саме тому, що держава як така не має ніякого інтересу до змісту її приписів, воно завжди являє собою більше настанову, *raison écrite*, ніж наказ. Але і сам закон діє завдяки своїй внутрішній силі; – якщо він не зможе подолати “спротив засобу”, то він ослабне, буде невірною застосовуватися або піде у забуття. Ро-

зуміння того, що правосуддя досягає звичайної справедливості й обхідними шляхами, коли закон перекидає її шлях напрома, звісно, певною мірою втішає, якщо не брати до уваги завдання законодавства змушувати її йти цими шляхами.

#### IV.

У сучасного юриста, який вважає своїм обов'язком завжди приймати рішення на основі закону, повинно виникнути питання: чим має керуватися судочинства, коли у нього не буде закону? На це, можливо, спробують просто заперечити, що нібито у всі часи була така річ, як справедливість, яка прив'язана до жодних статей. Але ця справедливість не є якоюсь безпідставною; справедливість, про яку тут йдеться, як вже на початку наголошувалося, засовується на передумовах, що містяться у юридичній традиції. Будь-яке вільне правознаходження виходить з традиції і тяжіє до штамплерівського “правильного права”. Ця особливість становища судді, яка ним завжди усвідомлювалася, полягає у тому, що його вустами говорить не його особиста думка, а право. “Право” ж передусім знаходиться у свідченнях минулого: у законах, судовій практиці, літературі. Римський юрист ніколи не відходив від усталених правил далі, ніж те вимагалося необхідністю, і у знаменитому місці своїх *Commentaries*, у якому Блекстоун пише про англійське *common law*, англійський суддя вшановується виключно як провісник, не як знаходжувач *rules of law*. Вільне знаходження права таке ж консервативне, як і будь-яка свобода, оскільки свобода означає власну відповідальність, а зв'язаність зумовлює відповідальність інших.

Не існує справедливості, даної раз і назавжди, будь-яка справедливість, як і писане право, є результатом історичного розвитку. В іншому місці вже підкреслювалося, що право юристів, це самобутнє творіння вільного правознаходження, складається з норм-рішень, які виведені з ества суспільних відносин і свій зміст вони змінюють разом з ними: більшість норм-рішень отримують свій науковий зміст з відповідної конструкції правовідносин, котрих вони стосуються. Правильні слова тут, мабуть, знайшов Штамплер. Посилаючись на розповідь Геродота про те, як мідійці, які після відокремлення від асирійців жили без законів, обрали Дейоца царем, бо той проявив себе у їхніх спорах справедливим суддею, він додає: “Вмілий суддя, чиї рішення викликали у народу захват, мабуть, зрозумів, як на основі загальних інститутів успадкованого звичаєвого права обґрунтовано вирішувати нові спірні пи-

тання. Тому нам слід погодитись з тим, що там теж були власність, виконання договорів, сімейна влада, роздільне право спадкування, про втілення яких крізь окремі спори зараз йшлося. Було б пустою уявою думати, що він вершив свої справи, не спираючись на позитивні інститути”.

Будь-яке правознаходження, також коли воно виявляється звичайним правозастосуванням, є необхідно творчим процесом – це дуже давно переконливо довів фон Бюлов: будь-яка правова наука, свідомо чи несвідомо, прагне вийти за межі чинного права. Отже, протиріччя між вільним і технічним правознаходженням полягає не в тому, що перше хотіло б вийти за межі закону, а скоріше в тому, яким шляхом це робиться. Технічне правознаходження вимагає, щоб результат досягався не інакше, як, раз і назавжди, даними засобами юридичної техніки, вільне ж – потребує й творчих думок великої індивідуальності. Таким чином, причиною виникнення технічного знаходження права було те ж саме, що і принципу колегіальності та інстанційного порядку руху справи, – потреба по можливості усунути індивідуальність судді. Але це починання було марним, бо будь-яке застосування загального правила до окремого випадку так чи інакше здійснює особистість. Подібно до того, як юридична традиція сама є результатом суспільних процесів і одночасно людським творінням, так само вона буде завжди вдосконалюватися і набувати нових форм внаслідок роботи тих, хто продовжить цю справу: римське право, безсумнівно, показало б нам зовсім інше обличчя, коли б у тому, що дійшло до нас, домінували не Ульпіан та Павло, а Яволен та Цельс; та у сьогоднішньому загальному праві, котре також відчуває на собі сильний вплив юридичної техніки, кожен знаючий може точно розпізнати ті складові частини, що їх ще у XIX ст. приєднали до будівлі його великі скульптори: Савінї, Пухта, Арндц, Вангеров, Бер, Ієринг, Віндшайд та Беккер.

Тому у всі часи правосуддя мало свій відтінок, у всі часи на нього з необхідністю впливали суспільні, політичні та культурні течії; чи окремий юрист піддається цьому впливу більшою або меншою мірою, більше *his, quae ei tradita sunt, perseverat* або більше *ingenii qualitate et fiducia doctrinae plurima innovare instituit*, знову ж таки залежить, певна річ, не від якої-небудь теорії правознаходження, а від індивідуальності юриста. Але йдеться про те, щоб сприймати цю обставину не як щось невідворотне, а вітати її з радістю: тому що насправді все залежить тільки від того, якою є його індивідуальність, щоб їй можна було довірити цю

діяльність. Отже, вільне правознаходження – це питання не матеріального права, а вибору осіб, що призначаються на роботу судді, тобто, у кінцевому рахунку, це питання організації судочинства, яка дозволяє сильним особистостям виявитися. Від того залежить усе: як тільки у цій сфері відбудуться зміни, вона налагодиться сама собою, до того ж – будь-який законний припис залишатиметься не-ефективним і відійде у небуття, як § 7 АЦК.

Правда, є сумніви на предмет того, чи звичайне просування у чиновницькій кар’єрі є правильним засобом великих змін у правосудді. Прикметно, що Паризький касаційний суд, єдиний суд на європейському континенті, який користується можливістю вільно здійснювати правосуддя, отримав її як спадкоємець французького парламенту, “члени якого купили собі місця за золото, і яким Франція завдячує найкращими суддями, які в неї коли-небудь були”; прикметно, що єдині суди, яким інколи у Німеччині дозволялося знаходити право вільно, – це комерційні суди, які частково знаходяться або знаходилися поза суто чиновницькою ієрархією. Ці установи, звісно, не є вдалим прикладами: їх слід шукати, певно, у Римі чи Англії, в організаціях, котрі збирають серед суддівства найвищу духовну та суспільну еліту, котрі пропонують це найвидатнішим представникам нації як найвищу мету та гідне завершення їхніх пошуків. Прізвища великих англійських суддів, лорда Менсфілда, лорда Елдона, лорда Боуена чи сера Джорджа Джессела в Англії відомі більше, ніж на континенті прізвища письменників-новаторів; коли на континенті люди цього рангу обіймають суддівські посади, – і таке траплялося вже неодноразово – то про них знає надзвичайно вузьке коло посвячених, і їх слава вмирає разом з тими, хто бачив їх у дії.

Розглядаючи європейський континент, відзначимо, що тут для вільного правознаходження закладено, мабуть, віковичне підґрунтя, – це є заснована на загальному праві наука, цей величний витвір, коріння якого знаходимо в юриспруденції римського понтифікату. З історичної точки зору не можна не визнавати її міжнародного характеру, і навіть якщо з початку XIX ст. лише німецька наука приватного права може вважатися безпосередньою спадкоємицею її ідей, вона з тих пір запліднила право кожної землі, з яким їй довелося контактувати. Наука загального права у вільному правознаходженні має становити ту його складову частину, яка тут названа традицією. Тому слід особливо наголосити на тому, що то не сумнозвісний “здоровий глузд” має спричинити недопущення свавілля після усунен-

ня технічних пут. Вільне знаходження права спирається не лише на дух і характер, але і на знання суддею прав на найвище. До якостей гідного посади судді кандидата слід віднести, поряд з вмінням чітко відслідковувати суть суспільних процесів та глибоким відчуттям потреб сучасності, також і вміння підтримувати постійний зв'язок з історичним минулим у праві: тільки той, хто черпає з повного джерела, хто майстерно опановує мудрість століть, той покликаний бути пошукачем справедливості.

Було б несправедливо не визнати, що ворожість до вільного правознаходження має почасти глибокі передумови: передусім це ще панівні сьогодні уявлення про межі державної влади і поділ влад. Суддя користується “староліберальною” недовірою, як такий, що знаходиться на службі і держави, в відтак його хочуть зобов'язати постійно скеровувати свою думку словом закону, і так триватиме ще довго, допоки не звикнеться до думки, що за державою залишається право не на будь-яке творення права, а лише на законодавство. Однак це мислення належить вже минулому вченню про державу, що, як і кожне таке вчення, було ні чим іншим, як науковим вираженням історичних обставин.

## V.

А зараз можна було б звернути увагу науки на її завдання, коли вільне правознаходження замінить технічне. Насамперед, навряд чи цей поворот побавить права на існування традиційне цивілістичне конструювання монографії (*Konstruirmonographie*). Якщо визнається, що у законі вирішено тільки те, що у ньому вирішено, що те, що у ньому не вирішено, у ньому дійсно не вирішено, то, певно, відпадає будь-який привід за допомогою буквоїдства та гідравлічного пресу дистилювати із закону не існуючі у ньому рішень. Мало хто буде оплакувати спотворений паросток рецепції. Кожен розуміє, що рішення має бути чинним, бо воно справедливе, відповідає закону чи традиції; що рішення має бути чинним з тієї причини, що будь-хто, хто про це написав книгу, так побудував правовідносини: сподіваюся, наближається час, коли цього ніхто не збагне. Зрозуміло, у монографіях панівний напрям викладався з більшою інтелектуальною силою – але з яким успіхом? Можливо йти, вважає Маколей, як путівцем, так і одноманітно працюючи: але путівцем ми просуваємось вперед, а у монотонній праці тупцюємо на одному місці.

Які шляхи слід проторувати науці, відвертаючись від безплідних завдань, – це пусте питання.

Людський дух невичерпний, кількість нерозв'язаних завдань у будь-якій сфері – незліченно велика: тут грати у пророка було б, мабуть, зухвалістю. Але з огляду на те, як багато сили витрачається марно у монотонній праці, все ж дозволяється вказати на ті мальовничі простори, до яких веде зручний путівець.

Передусім, звичайно ж, споконвічним завданням будь-якої правової науки є дослідження змісту правових приписів, і це завдання відвоює собі місце. Більше, ніж будь-яке інше писане право, право сучасних приватноправових кодексів вимагає наукового тлумачення. Оскільки воно саме є результатом юриспруденції, то воно незрівнянно більше піддається формуванню й розвитку правовою наукою, ніж законом у вузькому розумінні.

Але у вивченні прихованого змісту писаного та неписаного права ще далеко не все зроблено. Вже сказане стосується й науки – правову норму слід розглядати не як мертву догму, а як живу силу. Коли стверджують про зміст правової норми, то цим нічого не говориться про спосіб її дії; це залежить не від її тлумачення, а від її внутрішньої сили, від суспільства, у якому вона існує, від якостей тих, хто її застосовує. Завдання науки – представляти право так, як воно діє; хто не знає нічого, окрім “наміру законодавця”, ще зовсім не знає справжнього діючого права. З цього боку традиційному догматичному праворозумінню можна протипоставити динамічне, для якого важливим є не просто те, що значить правова норма, а те, як вона живе, як вона діє, як вона відбивається у різних відносинах, як вони ухиляються від неї, і як вона їх переслідує. Хто вважає, як це частенько робить пануюча доктрина, що закон діє так, як того хоче законодавець, той не помічає широкого шляху, який у всіх людських справах відмежує засіб від дії та дію від її наслідків. Однак до сих пір вивченням дії право займалися переважно історики права, принагідно також економісти та фахівці з торгового права: але, на жаль, від цивілістів вони знаходилися завжди далеко\*.

Далі – слід вивчати судову практику. Вона повинна нас вчити, насамперед, *jus quod est*, лише з неї ми можемо зробити висновок, які саме норми-рішення перейшли у життя, і як вони перейшли у життя. Проте насправді замало наводити судові рішення у тексті чи примітках і в залежності від того, чи здаються вони правиль-

\* З цієї точки зору я спробував підійти до права німецького цивільного кодексу у своїй праці “Das zwingende und nichtzwingende Recht im bürgerlichen Gesetzbuch f. d. d. Reich”. Це, звісно, особливо важко щодо майбутнього права.

ними чи неправильними, схвалювати їх або відкидати. Правосуддя – це завжди наслідок різних сил, які впливають на суддю: зміст та текст правової норми становлять лише одну з цих сил, але не єдину. Кожне рішення виражає фактично наявну суспільну течію: сама по собі найзаплутаніша схоластика, найочевидніше нерозуміння та свідоме порушення закону мають пізнавальну цінність хоча б вже тому, що вони є коефіцієнтами суспільних прагнень. Завдання науки – перевіряти походження, дію, вид та цінність виявлених у судовій практиці прагнень, формуючи таким чином картину того, що і чому в ній відбувається\*\*.

А далі – слід вивчати правовідносини як такі, навіть якщо вони й не є приводом для судових чи відомчих рішень. Доки йдеться про біржі, банки, фабрики та ремісництво, ми можемо певною мірою отримати настанови з літератури у галузі економіки та торгового права, про трудові відносини – з соціально-політичної літератури, яку Лотмар використав як матеріал для своєї вдумливої праці; майже неосяжний матеріал, що знаходиться у нотаріальних конторах, земельній книзі, практично не потребує додаткової обробки: як багато тут ще не застосовано не тільки економікою, але і юриспруденцією, демонструють роботи, як наприклад, праця Бартша з австрійського права земельних книг. Як далеко вперед пішло історико-правове дослідження документів порівняно з догматичним у сфері юридичної оцінки матеріалів цього роду! Посеред юридичної літератури, наскільки мені видається, не має жодної наукової праці з дослідження документів; цілі бібліотеки праць описують спадкування за заповітом, описуючи купу дотепних і витончених юридичних конструкцій, однак ні слова про те, як же сьогодні складаються заповіти.

Далі – слід вивчати життєві відносини, незалежно від їхнього правового регулювання. Ми, юристи, завжди охоче сприймаємо норму-рішення як справжнє вираження життєвого відношення, правову норму – як життєву норму, однак в дійсності вони є різними речами. У реальності життя передусім саме регулює та визначає себе. Яким мізерним є вплив норм сімейного права на фактичне життя сім'ї, як зовсім по іншому у торгівлі та житті тлумачаться та виконуються договори – у порівнянні з тими рідкісними випадками коли щодо них виносяться судові рішення. Вче-

ні-романісти говорять нам, що так звана виключна власність *pater familias* була насправді спільною власністю його сім'ї, що юридично майже повністю прирівняний до раба *filius familias* у дійсності мав дуже відмінне від цього становище: таким істотним був власне у Римі інколи розрив між архаїзовуваними нормами права і життєвими нормами. Сьогодні він, зрозуміло, не буде іншим там, де норма права ґрунтується почасти на чужих, римських чи французьких нормах-рішеннях, у той час як життєва норма виникла з місцевого звичаю. То ж чи дійсно хто-небудь вважає, що десь у Німеччині або Австрії батьки, виконуючи обов'язок давати придане, дотримувалися положень цивільного кодексу? Що продавці відповідають за брак товару згідно із законом? Ніхто не заперечує, що тут йдеться про звичай, а не про право – обов'язок давати придане та інститут відповідальності за недоліки у виконанні зобов'язань в уславленому римському праві вирости з таких звичаїв. За будь-якого здорового правового розвитку добрий звичай перейде у правові норми, а поганому стане на заваді законодавство, але задля обох цілей звичаї треба насамперед знати\*. Для кого ж усе право не розчиняється в нормах-рішеннях, той, мабуть, скаже, що існують організаційні форми сучасного суспільства, безсумнівно, правового характеру, які лише тому не отримують юридичної сили, що судочинство керується не місцевими, як у Римі, нормами-рішеннями, а переважно іноземними чи застарілими. Проте це не може втримати юриста від їхнього дослідження. Якщо це так, то можна було б хоч раз спробувати описати також сьогodнішнє сімейне право – те, у відповідності до чого насправді живуть члени сім'ї, а не те, на основі чого вирішуються сімейні спори – змалювати власність такою, як вона виглядає у лісах та луках, полях і нивах, а не як у цивільному кодексі. Це потребувало б не тільки

\* У Римі та інших місцях сусіди у відносинах між собою керувалися певними правилами взаємоповаги: на них, відповідно до звичаю, ґрунтувалося вирішення спорів. Так у Римі виникли правові норми, які, здається, наведені у Пандектах Віндшайда, В. I. § 169, ряд. 1-8. Але і сьогодні сусіди мають звичай дотримуватися певних правил взаємоповаги: цей звичай однак майже не править за основу для судових рішень, адже він для більшості юристів є невідомим; тому він не може перейти у правову норму. Лише наведені у Пандектах Віндшайда засновані на правових нормах, що регулюють відносини сусідів, обмеження власності, які виникли з римського звичаю і колись були чинними у Римі, юрист мусить знати принаймні на іспиті.

\*\* У цьому значенні я спробував використати судову практику у своїй праці “Die stillschweigende Willenserklärung”.

глибокої вченості, особливо історичних знань, але й тонкого відчуття дійсності; втім, гарно зроблена робота – майстрові слава. Де вона вас захопить, там вона й цікава.

Але перед правознавством попереду ще й завдання іншого роду. Хто прагне до творчого правосуддя, той повинен, звісно, прагнути й до творчої науки; завдання письменника і практикуючого юриста, очевидно, межують між собою. Завдання сучасного юриста по суті нічим не відрізняється від завдання юриста всіх часів, особливо римського юриста: його зовсім не розуміють, коли вважають, що спори римлян мали на меті визначити, що є чинним правом, насправді вони сперечалися про те, яке рішення буде справедливим і доцільнішим. Вже Савіні та його безпосередні учні говорять про науку як джерело права, а з часів відомого твору Іерінга про “Наше завдання” ніколи не бракувало голосів, закликаючих до творчої юриспруденції. Сама юриспруденція загального права була великою мірою творчою, хоча навіть і не прагнула до цього: право, що регулює відносини володіння, представництва, укладення договору відсутніми особами, при вчиненні помилки в угоді, право управління, визнання, інститут договорів на користь третіх осіб, незаконного збагачення та багато інших – все це її досягнення. Звичайно, прагнення усе обґрунтовувати джерельною базою, навіть коли джерела вперто мовчать, заважало їй на кожному кроці: які вбогі місця з джерел Іерінг хоче використати, щоб полегшити своїм сучасникам сприйняття одного з його найдотепніших творінь – вчення про негативний договірний інтерес!

Це не справа науки, певна річ, у різних традиційних цивілістичних монографіях розжовувати для судді рішення кожної окремої справи, яка могла б перед ним постати. У більшості випадків суддя зможе вирішити конкретну справу краще, ніж письменник; тут наука має вчитися у судової практики, а не навпаки. Але все може бути й інакше, особливо коли правосуддя не розуміє істотних соціальних, економічних або політичних питань, які виникають перед ним, і внаслідок цього помиляється; найбільше ж тоді необхідне втручання науки, коли судочинство стикається з зовсім новою проблемою, для вирішення якої потрібні фундаментальні дослідження, котрі простолюдні, що мусить задовольняти мінливі вимоги життя, не під силу. Було б дуже сумно, якби мало існувати правознавство, у якому великі течії та прагнення, що хвилюють і зворушують наш час, не знаходили б свого вираження.

Одним із найважливіших у цій галузі завдань, яке ще очікує на своє наукове розв’язання,

є створення доказового права. Наука минулих століть цим багато займалася, і деякі цінні результати її досліджень перейнято в старих процесуальних кодексах. Але як у інших сферах, так і тут, законне регулювання зробило свою злу справу: воно привело до так званої формальної теорії доказування, яка надала доказовому праву рис закостенілості, котра, в решті решт, стала зовсім нестерпною. Наслідком цього стало те, що формальну оцінку доказів було замінено на вільну оцінку доказів, якою усунуто не просто усі приписи, але й усі правила доказування, – успіх, якого, напевно, і не передбачав її поборник Глазер<sup>\*\*</sup>. Так запанувала повна анархія доказування, від якої ми страждаємо й понині. Про владу ключових слів над умами найкраще свідчить та обставина, що у вільному знаходженні права вбачається велика небезпека, тоді як судова практика, вільна не тільки від обмежень закону, а й від будь-якого наукового підґрунтя, ніде не викликає обурення; це заходить так далеко, що спричиняє направлення на перегляд судові рішення на тій підставі, що було допущено дрібне порушення закону, але не тому, що було допущено істотну помилку в оцінці доказів – ніби оцінка доказів, що глузує з усіх розумних правил, за відповідних обставин не мала б вкрай більших наслідків, ніж рішення, яке не точно відповідає визначенню поняття в законі. І все ж невтомний Ганс Гросс зібрав достатньо матеріалів для побудови доказового права, яке втім мусило б регулюватися не законом, а, на кшталт англійського *law of evidence*, спиратися на наукові начала. Так можна буде, либонь, вберегти прийдешнє покоління від стидкого досвіду того, що висловлювання свідків судом не оцінюються, а лише заслуховуються, що вони вважаються достатньою підставою для винесення рішення власне тоді, коли свідки про факти, відносно яких їх допитано, не хочуть говорити правду, також навіть, коли вони з огляду на їх розумові якості, їхні особливі стосунки, природні перепони, сховані від людського зору та пам’яті, говорити правду не можуть.

Цим, мабуть, наводиться довід на користь того, що юридичній науці, яка шукає актуальні теми, не бракуватиме галузей досліджень, якщо вона звернеться до традиційних сфер. Звичайно, якщо юристи візьмуться за ці завдання, то ще домінуючий сьогодні популярний ідеал юриста, влучного, кмітливого діалектика, повинен буде поступитися місцем іншому. Цього ідеалу не бу-

<sup>\*\*</sup> *Glaser. Zur Kritik des Zeugenbeweises, Gerichtssaal, Bd. XXXIII; Glaser. Beiträge zur Lehre vom Beweis.*



де жаль. Кмітливість – найбільш безплідний бражений кмітливим діалектиком міститься ве-  
з усіх дарів людського розуму; у тому, що чорт лика мудрість.  
у німецьких народних переказах так часто зо-

*Е. Ерлих*

### **СВОБОДНОЕ ПРАВОНАХОЖДЕНИЕ И СВОБОДНОЕ ПРАВОВЕДЕНИЕ**

В известной статье 1903 года Е. Эрлиха, в основе которой его доклад перед Юридическим обществом Вены, автор вкратце излагает концепцию свободного правонахождения и задачи свободного правоведения. Эрлих обосновывает своё мнение о том, что суды и в частности судьи пользуются при принятии решений не только позитивным правом, но и собственным усмотрением. При этом между собою конкурируют «техническое» и «свободное» правонахождение. Можно конечно последнее замалчивать или отдавать предпочтение первому, однако тогда стает вопрос о том, идёт ли речь в таком случае о праве. По мнению Эрлиха, современные судьи, которых он сравнивает с римскими юристами, заняты применением норм-решений, права юристов, трансформированного в кодексы, одобренные государством. При этом часто теряется связь с обществом, в котором на самом деле, по мнению Эрлиха, и зарождается право, которое Эрлих называет «социальным». Автор призывает исследовать это социальное право, а также судебную практику, правовые и жизненные отношения, в чём и видит задачу свободного правоведения.

*Е. Ehrlich*

### **THE FREE FINDING OF LAW AND THE FREE LEGAL SCIENCE**

A notable 1903 Ehrlich's article, originally presented as a paper to the Legal Society in Wien, briefly outlines author's concept of the "free finding of law" and tasks of the free legal science. Ehrlich substantiates his opinion that courts and judges in particular in their decision-making use not only the positive law but also their own discretion. There is competition between "technical" and "free" finding of law. This fact could be overseen or a preference may be given to the technical finding of law, but then there is question on what law is then. Ehrlich suggests that judges, and he compares them with jurists of the Ancient Rome, are engaged in applying norm-decisions, juristic law that have been transformed in codes and approved by state. What ensues is a lose of connection between with society that actually is the source of law, as Ehrlich calls it "social law". The scholar calls for study of this social law, as well as judicial practice, legal and life relations, - in this seeing the task of the free science of law.