

Історична школа юристів¹

I.

І хоча завдяки інтересу, яким історична школа користується у більшій частині публіки, вона досить часто ставала предметом обговорення в нашій щоденній літературі, а її назва завдяки цьому набула такого широкого поширення, якого зазвичай не удостоюються напрями будь-якої спеціальної науки, проте партійне завзяття і незнання нерідко пов'язували з цією назвою настільки помилкові поняття, змішували несуттєве з істотним настільки сильно, що повторний розгляд названого явища зовсім не буде зайвим. Враження, яке склалося про цю школу, зводиться до такого: це партія, що вбачає порятунок юриспруденції у філологічному вивченні антикваріату, чужа до будь-якої філософії і намагається стримувати вільний розвиток сучасності з метою увічнення одного разу існуючого становища. Чим спотворенішою була картина, яку малювали публіці, тим легше можна було виграти боротьбу з нею і обсіпати сфабрикованого противника докорами, які мали дискредитувати його в очах усіх необізнаних. Ця спроба не має бути одностороннім твором на користь історичної школи — вона з безпартійністю третьої сторони, що не бере участі, буде, швидше, спробою окреслити ескіз виникнення, вчення і дієвості цієї школи, а також її ставлення до реформаторських тенденцій сучасності з точки зору загального інтересу. Це її ставлення до сучасності є тією стороною, з якої вона може цікавити нас найбільше, яку найчастіше не розуміли і на яку найчастіше нападали; але і в іншому при її величезному значенні для розвитку німецької юриспруденції та панівному впливі, завойованому нею, вона викликає також великий інтерес.

Практичні мотиви так часто породжували або прискорювали прогрес у науці, з'явилися і з чим стикнулися основні погляди колишньої юриспруденції та історичної школи. Після визвольних воєн панівні на той час ідеї про право і законодавство намагалися реалізувати на практиці, і щоб перешкодити цьому, їм протиставили інші ідеї, завдяки яким домоглися не тільки цієї мети, а й викликали величезні зміни в науці. Бо в 1814 р. з'явився твір «Про необхідність загального цивільного права для Німеччини» нині покійного Тібо, людини найблагородніших поглядів і найсильнішої любові до Батьківщини, в якому він жорстко нападав на правовий стан тих німецьких держав, в яких не було нових зводів законів, і рекомендував як єдиний засіб з'єднання швидко складання загального для всіх держав і вільного від односторонньої зміни законодавства. Тібо ясно уявляв собі ідеал то-

¹ Див.: *Ihering R. von. Die historische Juristenschule. Literarische Zeitung. 1844.14. Febr. No. 13; 30. Marz. No. 26; 3. April. No. 27; 27. April. No. 34; 4. Mai. No. 36.* Переклад здійснено Г. Г. Жигуліним; за редакцією О. Д. Кутателадзе та В. М. Зубаря.

дішньої юриспруденції. Звичайно, джерелом усіх недоліків можна було вважати відсутність німецького зводу законів, бо на підставі досвіду всіх часів простому зводу законів приписували цілющу силу, однаково дієву для життя і науки. Коли порівнювали наявний стан права з тими, які вважали гарантованим наслідком нового зводу законів, те, як же сильно вони повинні були контрастувати, та й у чому ж не можна було дорікнути римському і вітчизняному партикулярному праву, коли їм протиставляли право, яке, хоча ще й існувало лише у фантазії і не могло зазнати складних випробувань реальності, могло виникати лише в казковому світі й бути «у всеозброєнні». Ідеальною, як ця прекрасна мрія, була і та умова, від якої Тібо зробив залежною її реалізацію: перш за все єдність всіх німецьких держав при складанні зводу законів і, після того як остання буде досягнута, пожертвування своєю законодавчою владою. І в цьому його пропозиція зазнала невдачі, попри надії, які він покладав на її здійснення, поділяли багато-хто. Проти цієї пропозиції виступив Савіньї з твором, який, незважаючи на його тимчасове завдання, все ж знайшов неминуще значення для історії юриспруденції, а саме: «Про покликання нашого часу до законодавства і юриспруденції» (Гейдельберг, 1814; друге видання в 1828, третє – у 1840). Савіньї відкинув цю пропозицію з тієї причини, що наука в її тодішньому стані не була готова до вирішення такого завдання, та й час скепсису і перехідної освіти не підходив для того, щоб передати майбутнім поколінням свої погляди і накинути їх на ці покоління як кайдани. Основна ж заслуга названого твору полягає не в боротьбі з пропозицією Тібо, а в спростуванні глибоко укорінених і широко поширених поглядів на право і законодавство, під впливом яких знаходився і він сам.

Бо до тих пір майже повсюдно законодавство вважали природним джерелом права, перед яким ставили за мету реалізацію помилково передбачуваного космополітизму розуму, виходячи з передумови, що у всіх народів розум однаковий, отже, і право як простий прояв розуму має бути однаковим у всіх народів і в усі часи. Тодішня наука вважала, що володіє подібним універсальним правом, і використовувала його як мірило під час оцінювання минулих станів права так само, як ставила його за приклад тодішньому законодавцю. І якщо стани права не відповідали їх раціональному праву, то вона обмежувалася тим, що називала їх дикими, продуктом варварства і корисливого, деспотичного здійснення законодавчої влади. Подібна наука, яка з позиції сучасності намагалася *критикувати* минуле, замість того, щоб зануритися в нього і підійти до нього з його ж мірками, була не в змозі зрозуміти минуле; такий погляд розумів під собою, що метою історії є нівелювання будь-якої індивідуальності народів і прав, або, скоріше, той, хто ніколи не враховував її, не міг бути більш успішним і в підході до чинного права, адже він не міг усвідомити і впорядкувати право згідно з властивою йому індивідуальністю. Для неї, що не зуміла вирватися зі свого світу, найбажанішим було б, мабуть, щоб неминуще законодавство, що адаптувало її вчення, звільнило її від будь-яких зусиль шукати ключ до розуміння права де-небудь в іншому місці, ніж у самій собі. Про

те ж, що вже наступне покоління повинне буде докласти подібних зусиль і що успадкований звід законів можна буде зрозуміти тільки історичним шляхом, що воно, можливо, навіть змушене буде анулювати його внаслідок зміненої освіти, так, про це не могли навіть подумати, бо виходили з наївної ідеї, що право, після того як настав Час Розуму, може бути тільки одним, тож, може бути усвідомлене розумом у будь-яку епоху.

Отже, Савінії виступив проти такого уявлення, протиставивши йому картину реального розвитку права в історії. Він показав, що право виникло не внаслідок рефлексії, а так само, як мова, звичаї та інше, є чимось, що спочатку народилося разом з народом, – тим, що як одна зі сторін життя народу також неусвідомлено змінюється разом з усім утворенням народу і живе в народі навіть без прямої вказівки на це. Законодавство завжди означало для права тільки одне: воно мало становити або модифікувати право, але воно ніколи не породжувало його. Савінії показав, крім того, вплив народної індивідуальності на право, а також те, як із часом слабшає глибина початкового зв'язку права з народом, яка, втім, ніколи не зникає, як кожен період, поряд із його своєрідністю і свободою, все ж різнобічно залежить від минулого і як саме завдяки цьому органічно розвивається право, і т. ін. Найважливіше в ідеях Савінії полягає в підкресленні індивідуальності й національності права, і якщо ми протилежність між його думкою і колишнім спробуємо звести до більш загальних понять, то можемо сказати, що індивідуальній свободі, що заперечує панування загальних ідей і впливів, Савінії протиставляє історичну неминучість в існуванні й розвитку національності. Як історія стає історією тільки завдяки тому, що індивіди у своїй творчій діяльності виявляють сформований базис, а спільності індивідів у подальшому розвитку виявлених станів сприяє саме ця сума виниклого без її участі, так само і право стає правом лише завдяки тому, що воно є продуктом сформованих відносин, що стоять над свободою одинаків, і саме тому загальних для них усіх, а не секрет або вільне творіння одинаків, так що воно сьогодні могло б бути одним, а завтра іншим; тільки завдяки цьому воно знаходить органічну єдність і свою історію.

Ця основна думка Савінії, що право слід вважати продуктом народного духу, а не витвором вільної рефлексії, була істиною, підготовленою певним досвідом недавнього минулого, якою можна було б передбачити швидко перемогу, тим більше, що тодішній підйом національної самосвідомості давав змогу припустити великі симпатії до неї. Однак у деяких її прийняття ускладнилося тією обставиною, що її перше застосування полягало у виступі проти улюбленої ідеї багатьох – ідеї загального німецького законодавства. Потім додалася ще й та обставина, що вже не раз гальмувала перемогу не однієї істини, а саме: що під ім'ям історичної школи сформувалася партія, яка зробила своїм завданням поширення і застосування нової істини. Для вирішення цього завдання Савінії, Ейхгорн і Гешен заснували журнал², який вони пропонували всім однодумцям як їх орган друку. Савінії почав його

² Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, Bd. 1, 1815. На цей час видано 12 томів.

з передмови, в якій різко позначив ту протилежність, про яку йшла мова і на підставі якої юристи діляться на дві школи — на історичну та неісторичну. «Протилежність, — говорить Савіньї, — не обмежується однією лише юриспруденцією, вона, швидше, загального характеру. Вона стосується питання, як співвідноситься минуле з сьогоденням, або становлення з буттям? А ось про це Одні вчать, що кожна епоха вільно і доволіно породжує самостійно своє буття, свій світ, хороший і благополучний або поганий і неблагополучний залежно від ступеня свого розуміння і сили. У цій справі не варто було б нехтувати і розглядом попереднього часу, бо по ньому можна було б дізнатися про те, як воно себе відчувало при своїх порядках; історія, отже, являє собою зібрання морально-політичних прикладів. І все ж такий розгляд є тільки одним із багатьох допоміжних знань, а Геній міг би, мабуть, обійтися і без нього. Згідно зі вченням Інших, не існує абсолютно окреме і відокремлене буття людини, навпаки, те, що може вважатися окремим, є, якщо подивитися з іншого боку, ланка вищого Цілого. Так, кожному окрему людину одночасно необхідно представляти як члена сім'ї, народу, держави, кожен епоху народу — як продовження і розвиток усіх минулих епох; і саме тому будь-яка інша думка, відмінна від цієї, є односторонньою, а коли вона намагається утвердитися як панівна, — неправильною і пагубною. А якщо це так, то не кожна епоха породжує для себе і доволіно свій світ — вона робить це в нерозривному зв'язку з усім минулим. Тоді, отже, кожна епоха має визнавати щось Дане, яке, однак, одночасно є неминучим і вільним: неминучим, оскільки воно не залежить від особливого свавілля сучасності; вільним, тому що воно не було породженням якого-небудь далекого і особливого свавілля, а, скоріше, було породжене вищою сутністю народу як Цілого, що знаходиться в постійному становленні й розвитку». У застосуванні до юриспруденції Савіньї визначає протилежність обох шкіл у такий спосіб: «Історична школа вважає, що матеріал права даний усім минулим нації, але не доволіно (так що він випадково міг би бути таким або іншим), а породжений самим існуванням нації і її історії. Розумна ж діяльність кожної епохи має бути спрямована на перевірку цього матеріалу, даного з внутрішньою необхідністю, на його оновлення та збереження його живим. Неісторична школа, навпаки, вважає, що право доволіно породжується в будь-який момент особами, наділеними законодавчою владою, абсолютно незалежно від права попереднього часу і тільки відповідно до повного переконання, яке несе з собою справжню мить. Те, стало бути, що в будь-який момент часу не все право організовується по-новому і повністю відмінним від попереднього, ця школа може пояснити лише тим, що законодавець був занадто ледачий для того, щоб як слід здійснювати свої обов'язки; він, мабуть, правові думки попереднього моменту випадково вважав правильним ще й нині». Не можна заперечувати того, що для характеристики цієї неісторичної школи Савіньї обрав надто яскраві фарби, та й сам він погоджується з тим, що настільки різючі протилежності не трапляються на практиці — скоріше, результати обох шкіл часто виглядають «досить схожими».

Таке уявлення двох різних шкіл могло б бути плідним у тому сенсі, що воно ясно доносило до свідомості протилежність між двома поглядами, і Савіньї хотів цього, однак вплив цієї протилежності виявився ледве радісним. Спочатку ніхто не захотів визнавати себе прихильником неісторичної школи, а ті, хто не хотів визнавати себе прихильниками історичної школи, намагалися забезпечити собі перевагу позитивної протилежності, практичної або філософської спрямованості, тоді як історична школа все-таки не була ексклюзивною порівняно з обома напрямками. Можна сказати лише те, що окремі прихильники історичної школи нехтували філософськими дослідженнями і що деякі все сильніше схилилися до суто історичних, ніж до історико-догматичних досліджень. «Журнал з історичної юриспруденції» служив для того, щоб на підставі опублікованих у ньому трактатів, здебільшого суто історичних, формувалася протилежність між істориками і практиками, осередком яких були «Архів з цивільної практики і «Журнал з цивільного права і процесу» за редакцією Лінде та ін. Унаслідок цього сама протилежність виявилася зміщеною, що ще сильніше виявлялося в тому випадку — що відбувалося часто, — коли індивідуальні погляди окремих членів проголошувалися думкою історичної школи. Так, наприклад, історична школа нібито заперечувала проти нових законодавств, тоді як з її позиції кодифікація, здійснена в її розумінні, була б все ж бажаною і прийнятною; і ось цей помилково передбачуваний спірний пункт вважали, мабуть, найістотнішим.

Далі, історичну школу намагалися звинуватити в чомусь особливому — в перебільшеному шануванні римського права, в той час як саме завдяки ній німецьке право, на яке раніше дивилися з найбільшим презирством, знову знайшло авторитет. Часто чути було навіть докір у тому, що вона є противником прогресу, — докір, безпідставність якого ми доведемо пізніше³. І чому все це? Тому що з думок і політичної орієнтації деяких намагалися сконструювати кредо історичної школи. Не дивно, що деякі, хто працював повністю в цьому дусі, все ж не хотіли зараховувати себе до неї, щоб не відповідати як член цієї школи за те, в чому був винен одинак. Не будемо більше говорити про це сумне змішування осіб зі справою, та й в наступній статті, в якій ми спробуємо представити діяльність історичної школи, ми будемо розглядати тільки саму суть справи, тобто запитаємо, чого домоглися нові юристи в дусі історичної школи незалежно від того, визнавали вони себе зовні прихильниками цієї школи чи ні.

³ Див. про це також у Савіньї: Savigny F. C. v. System des heutigen romischen Rechts. Bd. I. S. XIV: «Історичну точку зору в правознавстві часто зовсім не розуміють і спотворюють, якщо її сприймають так, ніби в ній право, що виникло в минулому, видається за найвище досягнення, за яким має зберегтися незмінне панування в сьогоденні і майбутньому. Навпаки, суть такої полягає в рівному визнанні цінності і незалежності кожної епохи, а найбільше значення в ній надається лише тому, щоб був усвідомлений живий зв'язок, що з'єднує сучасність із минулим, без усвідомлення якої в праві сучасності ми будемо сприймати тільки зовнішні його прояви, не розуміючи їх внутрішню суть».

У сучасний час варто було б, нарешті, відкинути цю протилежність шкіл. Сам Савіньї⁴ нещодавно говорив про це, і в цьому ж сенсі висловлювалися деякі інші юристи⁵.

II.

Розмах її діяльності

У нашій попередній статті ми обговорили виникнення і вчення історичної школи. Протистояння в підході до позитивного права, яке послужило приводом для виникнення двох шкіл, поступово припинилося, і якщо різні індивіди користуються більш-менш уміло і успішно панівним у даний час методом, то відмінність між ними аж ніяк не дає права на протиставлення двох шкіл, інакше для подібної мети можна було б використовувати різний ступінь здібностей і знань. Навпаки, у сфері політики все ще можна говорити про протилежність історичного і неісторичного поглядів, хоча тут протилежність напрямків давала право на формування школи — історичної школи. Однак поширення і застосування її принципу в цій сфері не входило в завдання історичної школи як такої. Щодо цього можна говорити про діяльність у душі історичного принципу окремих членів, що належать їй, але не про школу; адже остання прагнула тільки дослідження минулого відповідно до нового вчення, але не до боротьби з останніми устремліннями. У цьому принципі містилося також певне мірило для останніх, і перше його застосування, здійснене Савіньї, полягало, як ми бачили вище, саме у протидії реформі, яку бажали з різних сторін, однак це й інші застосування не вписувалися в сферу устремлень школи. Остання припинила своє існування, тому що досягла своєї мети; зате історичний принцип продовжує жити далі в своїх прихильниках, не обмежуючись однією лише юриспруденцією, проте проявляється в них у вигляді сили, яка зобов'язана боротися з будь-яким його запереченням, будь то реакція або радикалізм. Виникли самі хибні уявлення про нього: його ідентифікували з реакційним принципом або щонайменше з принципом стабільності, внаслідок чого, з одного боку, з ним пов'язували надії, з іншого ж боку, побоювання, але і те й інше було безпідставно. В одній із наступних статей ми спробуємо викласти його докладно, тут же ми розглядаємо головним чином теоретичну діяльність історичної школи.

У принципі її завдання було двояким: по-перше, скинути старий метод, а потім увести власний метод в освіту і за допомогою нього досягти результатів, які ставили собі як досягнути мету. Перша частина завдання вирішена: мета, яку раніше переслідували тільки окремі сили, стала сьогодні загальною. Холодний догматизм колишнього періоду, його пристрась до авторитетів і некритичне шанування традиції стали нині такими ж рідкісними і осуджуваними явищами, як раніше були загальноприйнятими і всіма улюбленими. Тим самим протилежність між обома

⁴ Передмова до його «Системи сучасного римського права» (S. XVI, XVII).

⁵ Bluntschli J. K. Die neueren Rechtsschulen der deutschen Juristen. Zürich, 1841 (передруковано з: Hallische Jahrbücher. 1839. No. 239 ff.); Jahrbücher für historische und dogmatische Bearbeitung des römischen Rechts von K. Sell und W. Sell (передмова до першого тому).

школами втратила своє значення, проте кінцева мета ще не досягнута і не могла бути досягнута за такий короткий час. Юриспруденція не могла займатися побудовою свого будинку, адже була ще занадто сильно зайнята видобутком конструктивних елементів. Спробуємо тепер надати читачеві її діяльність в деяких загальних рисах.

Діяльність історичної школи обмежувалася і обмежується майже лише історико-догматичною обробкою прав, що мають силу в Німеччині, а саме римського і німецького приватного права; вона не стала універсальною історією права і філософією школи. Щоправда, *Шталь* у своїй «Філософії права з історичної точки зору» спробував надати історичній школі філософську основу і контекст, однак цього твору при всій його дотепності і способі думок було все ж притаманне настільки багато суто індивідуального, що воно не могло стати філософією школи⁶. Замість цього зазвичай обмежувалися повторенням думок Савінії про відносний характер права і його загальної історії, вважаючи, що у вигляді його твору «Про покликання нашого часу до законодавства» володіють достатньою філософією права. Останнє, однак, не мало місця, адже Савінії не прагнув дати визначення праву відповідно до свого уявлення — він хотів лише показати історичну появу такого, особливо з боку його зв'язку з народною індивідуальністю. З цієї відсутності філософії школи противники історичної школи часто робили висновок, що така хоче обмежитися виключно емпіричним сприйняттям і вважає будь-яку філософію якщо не шкідливою, то все ж щонайменше зайвою. Правда, вірне те, що під час свого виникнення вона виступила проти панівної філософії суб'єктивного раціоналізму як помилової і згубної і що її неправильність вона доводила не філософським шляхом, а суперечністю такої історії. Але в цьому запереченні вона виступала паралельно з новою філософією; обидві боролися різною зброєю з одним і тим самим супротивником. І ось тут історична школа зробила непростимий гріх, який полягає в тому, що протягом такого тривалого часу вона навіть не спробувала ні знищити свого противника філософським шляхом, ні обґрунтувати своє власне вчення, що вона не роз'яснила суть справи, задовольняючись однією лише появою. Однак у цій бездіяльності ще не виражається заперечення філософії, хоч і те й інше настільки часто змішували не на користь історичної школи. І якщо навіть окремі члени такої оголошували чистий емпіризм достатнім і повністю ігнорували нову філософію, все ж вчення школи ніколи не санкціонувало подібний метод, ніколи не затверджувало, що в її рамках можна охопити всю науку; навпаки, вона намагалася всіма силами очистити тільки *одне* джерело пізнання, яке до цих пір було досить каламутним, не оголошуючи його, однак, ексклюзивним. І якщо нова юрис-

⁶ Гуго також написав «Підручник природного права як філософії позитивного права», і в ньому він зізнається, «що історія права зовсім не могла б процвітати без філософії права, і цим словам автора, який не був безуспішний в обробці історії права, можна було б повірити». Однак те, що це не те поле, на якому він міг би здобути успіх, визнають навіть його найпалкіші шанувальники. Це висловлювання Гуго тим більше заслуговує на те, щоб бути підкресленим, з тієї причини, що більшість наших читачів навряд чи могли очікувати таке з вуст цього знаменитого історика права.

пруденція знову шукає союз з філософією, то вона вільна це робити, не суперечачи самій собі, і в цьому не виражалася б відмова від історичної точки зору, зате вона виражалася б в тому, що вона кинулася б в обійми філософії, яка суперечила б історичному погляду по *результату*, а не по *обґрунтуванню*.

Той докір, який кидали історичній школі внаслідок того, що вона нехтувала філософією, стосується не тільки її самої в протистоянні з тим напрямком, на який вона опиралася. Зрозуміло, робилися спроби шляхом побудови протиріччя між *історичною* і *філософською* школами видати початкових супротивників однієї за прихильників іншої, сподіваючись, можливо, на те, що завдяки такому віднесенню до філософського напрямку вони дійсно переманять їх на цей бік. Адже саме покійний Тібо часто удостоювався такої честі: його видавали за представника цього напрямку, проте будь-хто, хто хоча б поверхньо знайомий з новітньою юридичною літературою, знає про те, як слабко в ній утвердився цей напрямок, а деякі з подібних недобровільних філософів були, мабуть, самі здивовані такому провалу. Правда, деякі з них були знайомі з філософією Канта, проте вони залишилися віддані цій точці зору протягом всього свого життя, не беручи участь у подальшому розвитку філософії⁷ і не намагаючись зробити деяку юридичну продукцію своїх прихильників більш привабливою, ніж їх нефілософських противників. Ми не хочемо виправдати останніх такою ж помилкою перших, а хочемо лише показати, що те, в чому по праву дорікали історичній школі, не було *характерним* лише для неї. Є щось дивне в тому, однак, що напрямок, що ставив собі завдання реформування науки, міг вважати, що обійдеться без допомоги філософії. Але це пояснюється тим, якщо ми згадаємо, що спочатку потрібно було зібрати і класифікувати матеріал, і це було переконанням, породженим панівним підходом до позитивного права, а також таким, що підтверджувався необачними спробами, скоєними філософією у сфері юриспруденції. І чим успішнішими були наступні, повторні спроби⁸, і чим більше вважали, що сучасна юриспруденція знаходиться в точці повороту до філософії, тим сильніше ми змушені з вдячністю визнати, що історична школа, замість того, щоб віддаватися «блаженству автономного мислення» і породжувати ефемерні формульні конструкції, завдяки глибокому вивченню деталей підготувала дійсно корисний філософський метод.

Звернемося тепер до досягнень історичної школи в сфері позитивного права. Здебільшого вони були і залишилися обмеженими чинним у Німеччині правом: римським, канонічним і німецьким, а в останньому право германських народів вельми успішно використовувалося як важливий допоміжний засіб в історії права⁹. За цю обмеженість їй докоряли, а два її противники – Фейєрбах і Тібо – напо-

⁷ Див., наприклад, про Тібо: Baumstark E. A. F. J. Thibaut. Blatter der Erinnerung u.s.w. Leipzig, 1841. S. 14: «У тому, що стосується вивчення продукції нової спекулятивної філософії, то він майже зовсім не займався філософією» і т. ін.

⁸ Див., наприклад: Kierulff J. F. M. Theorie des gemeinen Civilrechts. Bd. I. Altona, 1839.

⁹ Jak. Grimm (Deutsche Rechtsalterthumer), Wilda (Strafrecht der Germanen) та ін.

лягали на вивченні універсальної історії права. Було зроблено багато гідного подяки в пізнанні аттичного права¹⁰, а Ганс¹¹ зробив спробу відповідності цій вимозі твором, занадто великим для першої спроби. Савінії ж захищав цю обмеженість¹², бо інтерес вітчизняного права не допускає розпилення сил, не кожне право є однаково повчальним і оскільки відсутній хоч якийсь корисний історичний матеріал з права більшості народів і епох. Поряд з цим, правда, він визнає, «що історія права страждає досить відчутними прогалинами, оскільки не слід нехтувати правом різних європейських націй, особливо тих, які мають німецьке походження», і висловлює побажання, «щоб в наших університетах була присутня можливість для подібних лекцій, а саме щоб уряди призначали для цього молодих і слухних людей і підтримували їх у цьому».

Якщо спробувати встати на позицію тодішньої юриспруденції, то концентрація сил все ж повинна буде здаватися доцільною, проте з наукової точки зору викликає досить великий жаль, що здійснилося настільки мало з того, чого хотіли, — недолік, який повинен був позначитися і на філософії права, на усунення якого не можна сподіватися навіть при всій історичній старанності наших сучасників до тих пір, поки уряди не звернуться до методу, запропонованого Савінії, або не заснують кафедри для цієї гілки юриспруденції. Зате в догматичній межі деяких дисциплін вийшли далеко за рамки вітчизняного права, а саме в державному, кримінальному, торговому і вексельному праві¹³. Тут юриспруденція дедалі більше набуває порівняльного характеру.

Із різних частин права, що діяло в Німеччині, історична школа відразу ж на самому початку обрала як основне поле своєї діяльності ту частину, у вимозі реформування якої вперше виявилася протилежність історичного і неісторичного поглядів, а саме: приватне право — як римське, так і німецьке. І хоча вона не хотіла навмисно обмежуватися тільки таким (адже пізніше і в інших дисциплінах були певні досягнення¹⁴), але практична і наукова потреби були найсуцільнішим в приватному праві, і ось це останнє стало визначальним. Якщо ми запитаємо тепер, які ж результати дало історичне вивчення такого, то без сумнівів можна стверджувати, що вони були епохальними і що гегемонія, яка належала раніше юриспруденції Італії, потім Франції, була забезпечена нині Німеччині, проте слід визнати також і те, що той розквіт історичних досліджень мав спочатку дати плоди, іншими словами, що історико-правові дослідження більше були орієнтовані на отримання матеріалу, ніж на застосування такого. Зупинимось на цьому докладніше.

¹⁰ Особливо Майер, Шеманн, Бунзен, Хефтер.

¹¹ Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung. Eine Abhandlung der Universalgeschichte. Bd. IV.

¹² Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft. Bd. III. S. 5 u.f.

¹³ У нас є окремі «Критичний журнал з юриспруденції і законодавства зарубіжних країн» Міттермайєра і Цахарія, який почав виходити з 1828 р. Саме Міттермайєр домігся багато чого в цьому напрямку юриспруденції.

¹⁴ Наприклад, у сфері церковного права, а саме критики джерел Ейхгорном, Біккелем, Ріхтером і ін.

Історичні дослідження в юриспруденції можуть мати дві мети: по-перше, практичну, щоб за допомогою них пояснити сучасне право, а, по-друге, також суто історичну, щоб відтворити правову систему будь-якого минулого періоду в її сукупності. З відмінності цілей виходить відмінність у підході до позитивного матеріалу і в подоланих труднощах. Метою практичного завдання є прийняття точки зору сучасної системи і пояснення частковостей такої виходячи з цілого, і лише в тому випадку, коли останнє неможливе, звернення до минулого з метою знаходження в ньому ключів. Але в таких, так і хочеться сказати, екскурсіях у царину минулого останнє можна і не впізнати, адже якщо спробувати розширити її понад усяку міру і завдяки цьому побачити всі окремі частини цієї царини, то таке пізнання окремих частин все ж не дасть пізнання цілого. Адже буде відсутнє знання зв'язку цих частин, а його можна отримати тільки з позиції минулого. Крім того, для такої практичної мети буде досить невеликого обсягу історичного матеріалу, бо багато частин права вже будуть повністю вільними від свого минулого і лише деякі внаслідок своєї історичної складності будуть такими, що їх не можна буде пояснити виходячи виключно з їх нинішньої форми. Навпаки, для відтворення правової системи минулого, тобто для відтворення цілісності тодішньої правосвідомості, вираженої в законах і звичаях, у поглядах і прагненнях, а не для відтворення чинних положень права, втілених у законах і звичаях, ледве буде достатньо навіть найбільшого матеріалу, і це завдання можна вирішити тільки наближено завдяки дару вдалої комбінації.

Для досягнення обох цілей необхідні загальні умови, а саме: критичний підхід до джерел, знання слововживання, найретельніше вивчення подробиць і т. ін. Схожі дослідження робилися задовго до історичної школи, їх не слід було породжувати, потрібно було лише знову пробудити. Навіть у минулому столітті були люди, які успішно працювали в цьому напрямку. Однак у цілому панував некритичний метод, а про всеосяжне і пайдне використання історичного матеріалу не можна було навіть подумати — недолік, від якого юриспруденція минулого часу, а саме XVI і XVII ст., була повністю вільною. І якби історична школа прагнула до того, щоб вивести юриспруденцію знову на таку висоту, як раніше, про що ми так часто чуємо, то в кращому випадку це було б повторенням колишньої величі; тоді як фон Ій був би потрібен занепад науки в минулому столітті, і вона не могла б претендувати на своєрідну заслугу в тому, що вивела науку на досі недосяжну висоту і проклала їй нові шляхи. Подібне прагнення було б проте вельми похвальним, якби усвідомлювали, що це лише тимчасова мета, і не впадали в оману, ніби завдання однієї епохи могло б бути також завданням іншої епохи. Сучасній німецькій юриспруденції приписують грубий анахронізм, коли порівнюють її з французькою школою XVI ст.; порівняння, яке в устах одних повинно означати велике визнання, проте іншими справедливо сприймається як докір¹⁵, насправді ж є абсолютно невідповідним. Ми розглянемо це в наступній статті.

¹⁵ А саме тими з французьких юристів, хто бореться з *école germanique* у французькій юриспруденції (див., наприклад, оцінку Revue de legislation L. Allouy (Journal des Debats від 7 вересня 1843 р.): «Si

III.

Характер її діяльності

У попередній статті ми назвали історичну обробку римського і німецького приватного права завданням, яке, як здавалося, історична школа поставила спочатку перед собою. Але через те, що юриспруденція XVI ст. з рідкісною ретельністю мала аналогічну мету у сфері римського права, то своєрідне значення історичної школи залежить від питання, чи відрізняються її досягнення якісно від досягнень колишнього періоду, або, іншими словами, чи притаманне напрямку її діяльності щось особливе, чи переслідувала вона мету, раніше недосягну. Це питання тим більше заслуговує на нашу увагу, бо часто його, незважаючи на його важливість, зовсім не брали до уваги і внаслідок цього приходили до думки, ніби історична школа прагнула повернути юриспруденцію назад на позицію, що залишилася в далекому минулому.

Історичні дослідження колишньої юриспруденції переслідували в основному практичну мету, вони визначалися і керувалися головним чином інтересом догматики чи потребою тлумачення. І навіть тоді, коли вони виходили за рамки цього вузького інтересу і віддавалися дослідженню старожитностей, то в кращому випадку це виливалося не більше ніж у напівістину монографічної точки зору. Саме тому, що до цієї точки зору не вистачало найголовнішого – знання державно-правового Цілого, вона не могла бути істиною. Сума історико-правових знань минулого часу являла собою конгломерат окремих заміток, в якому поряд із систематичною формою були відсутні не тільки впорядкування і зв'язок, а й, що було найголовнішим, пробний камінь їх істинності. Суто зовнішнє групування такої строкатої суміші могло б, навіть якщо воно було не здатне дати справжню картину, все ж усунути деякі суперечності і помилки. Але це було здійснено тільки в минулому столітті за вказівкою Лейбніца. Це зібрання назвали дуже делікатно Древностями, як би вказуючи на те, що окремі частини такого лише тому об'єднані в ньому, що всі вони не мали практичного значення. Обмежилися тим, що розповіли історію кожної окремої частини і зібрали їх всі в сховище. Насправді цей скарб був не більше ніж зібранням старожитностей, щоправда, корисним, оскільки тепер будь-хто знав те місце, де він може знайти потрібну йому статтю, в той час як раніше йому довелося б шукати в різних місцях, проте далеким від того, щоб бути історією права. І стало досить значним прогресом, коли наприкінці минулого століття цей недолік усвідомили і почали впорядковувати весь цей матеріал згідно з так званим синхронним методом¹⁶, тобто брали за основу періоди і намагалися викласти стан окремих інститутів права в різні періоди. І хоча завдяки цьому звільнилися від «Древностей», проте «Історії права», як її тепер називали, все ж багато чого бра-

le droit fleurit en Allemagne a l'heure qu'il est, c'est qu'il n'a point encore atteint dans ce pays l'age de la maturite, c'est qu'il en est pour ainsi dire encore au seizieme siecle. Les Hugo et les Savigny ne sont que les Cujas et les Doneaux de l'ecole germanique»).

¹⁶ Гуго (1790), а безпосередньо перед ним, але більш недосконало Райтмайєр (1785).

кувало. Бо метод, згідно з яким впорядковували правові утворення одного періоду, був поверховим, хотів би назвати його реєстраційним або інвентаризаційним. Для читача-неюриста спробуємо зробити його більш наочним за допомогою прикладу. У багатьох нових підручниках з історії права зустрічаються укази різної законодавчої влади Римської держави за один проміжок часу, які зібрані за суто зовнішнім ознакам, тобто від початку республіки і до її кінця: *leges*, *plebis cita*, *Senatus consulta* і т. ін. Завдяки такій збірці можна, правда, ознайомитися з діяльністю окремої влади протягом цього проміжку часу, що також не можна залишати поза увагою, проте такий підхід не може бути ексклюзивним, що зазвичай часто має місце. Швидше, треба було б спробувати виявити ту вищу єдність, яка лежить в основі всіх цих окремих правових положень, ідеї та прагнення часу, що викликали їх до життя, і ось із цих мотивів, що панували в усьому правовому житті, тобто в науці й житті, а також у законодавстві, слід було б групувати окремі зовнішні прояви. Таким чином, останні мають бути не метою, а засобом викладу, і тільки в них слід вбачати вияв правосвідомості, що розвивається або міняється.

Цей реєструючий метод вважає, що віддасть належне, якщо використає всі окремі частини джерел і впорядкує їх за системою, що повторюється в кожен період часу. Йому протистоїть метод, який повинен був бути, власне кажучи, методом історичної школи і який можна назвати органічним або систематичним, — метод, на який вказував Савіньї в своїх поглядах, які були наведені вище¹⁷. Політична історіографія сучасності нині більше не задовольняється перерахуванням зовнішніх історичних подій, а ставить своїм завданням виявлення їх основи в своєрідності і настроях народу і епохи, які виражаються в мистецтві, науці і звичаях; так і історія права, якщо вона хоче відповідати вимогам нашого часу, не повинна обмежувати своє завдання простою добіркою всіх уламків минулої правової системи, які прихильна доля зберегла для нас, і в кращому випадку очищенням таких від сміття традиції різцем критики, а повинна зробити дороговказною зіркою всіх своїх досліджень і викладів ідею, яку вона зазвичай настільки часто повторює, користуючись нею як вивіскою, — ідею організму в праві і народної своєрідності, що виражається в ньому. Якщо організм може бути пізнаний тільки в контексті й у взаємозалежності окремих елементів, то тоді погляд, який вважає право організмом, при викладі правової системи минулого повинен прагнути перш за все до знаходження початкового місця окремих частин, знаннями, які воно має в своєму розпорядженні, і якщо подібним чином з них можна буде реконструювати Ціле, тоді простежити це Ціле як частину вищої Єдності — народної індивідуальності і розвиток цієї сторони життя народу з постійним урахуванням життя Цілого. Ось те завдання, яке мала вирішити історична школа, завдяки чому її діяльність у галузі історії права могла б набути характеру, специфічно відмінного від устремління і результатів колишньої юриспруденції, а вона сама, отже, могла б зайняти досить своєрідне місце в історії юриспруденції. Внаслідок такої зміни напрямку

¹⁷ Див. вище, статтю I.

вивчення історії воно стало не тільки іншим, а значно складнішим. Бо обсяг тако-го більше не обмежувався випадковим обмеженням наших джерел, воно більше не прагнуло до добірки змісту джерел, а прагнуло до його перевірки і виходу за його рамки. Бо в наших джерелах права нам дається картина, що нас цікавить неповною і з відсутністю багатьох характерних ознак, а завданням історичної комбінації є заповнення цих прогалів. Ця операція, яка раніше через відсутність будь-якої осно-ви часто здійснювалася досить довільно і з настільки невеликим успіхом, нині стала допустимим і необхідним засобом у руках історика права, і він може (адже критерієм істини для нього є внутрішня необхідність, а не буква, як раніше) з по-чуттям упевненості користуватися ним, оскільки може спиратися на цю необхід-ність. Завдяки цьому така продуктивна діяльність у галузі історії права пішла зі сфери чистої науки, навіть якщо вона і йшла в парі з дотепністю, і стала мистец-твом, яка, крім всіх інших до цих пір потрібних реквізитів, вимагає перш за все фантазії та вміння звільнитися від впливу сучасної освіти і зануритися в світогляд і інші особливості минулого періоду, відродитися в ньому й завдяки цьому отри-мати взаємопов'язану і живу картину такого. Навіть не потрібні були чудові резуль-тати, яких завдяки такому сміливому відтворенню давнини досягли такі обдарова-ні натури, як Нібур, Савінії та ін., щоб інші, що не володіють аналогічними зді-бностями, відпустили віжки своєї фантазії. Адже метод вже сам по собі спокушає своєю привабливістю «поневірянь і полювання у відкритому морі», тим більше, що успіхи названих чоловіків діють підбадьорливо; багато-хто принаймні після них «пішли в море і сміливо довірили свій корабель вітрам і хвилям», проте не змогли взяти з собою досвід і компас, як названі вчені. І не дивно, що їх поневіряння стали авантюристичними і безплідними, навіть якщо деякі з них відродили в собі старожитності, замість того, щоб відродитися в них. Адже саме давнє римське право стало ареною вільного полювання, на якій деякі, вважаючи, що бачать перед собою дичину, стріляли в тінь від неї¹⁸ і робили це з такою наївною впевненістю

¹⁸ Не хочемо позбавляти наших читачів задоволення знайомства на деяких прикладах з тим, до якої сміливості доводить назване почуття свободи від букви. Один автор, що відрізняється розумом і вче-ністю, розширив заради історико-правових цілей сферу природної історії, а саме збагатив її тою, що жила в еру дитинства людства, але пізніше зниклою істотою, середньою між людиною і твариною (bovigus), – твариною, сліди якої він ще вбачає в величезному змії в першій книзі Мойсея (boa, bova). Інший молодий автор, всупереч чітким даним римських юристів, висунув гіпотезу, яка, як він досить наївно додає, стала його переконанням на третьому році академічного навчання. Потім він у такий спосіб відгукується про своїх супротивників, римських і сучасних юристів: «Це, безсумнівно, найціка-віший і найяскравіший приклад історичного незнання і невміння римських юристів; у даному випад-ку без будь-якої користі в практику ввели формальний жарт і зберегли його. Ця історія примітна також як приклад невиліковного догматизму нашого часу, сліпої віри в матеріал, який дістався нам від предків. Погляди на початковий стан римського приватного права у всіх, хто пробував сили в цьому, були занадто плутаними, неясними, повними вигадок. У деяких я зіткнувся з перебільшеною сприй-нятливістю. Інші ж своєю вкрай кумедною черствістю мене не здивували, а переконали в тому, що тут вирішує природжене покликання до критики. У, так би мовити, абсолютно звичайних практиків я не-рідко зустрічав відгомони здорової натури, а у вельми вчених людей тупоумство, що доходить до не-здатності розуміти, навіть чути і бачити. *Ще інші, які не були ні тими, ні іншими, а геніями, і на цьому і інших прикладах я побачив виникнення божественного і творчого погляду за вказівкою зверху!*»

і самовдоволенням, що завдяки цьому лише посилювався комізм становища, а інші, перебуваючи в тих же ілюзіях або з міркувань люб'язності або в надії на взаємну послугу, вітали їх з влучним пострілом. Для індивідів, які в силу своїх особливостей відчувають себе чужими в догматиці, бо вона не дає поживи для фантазії, історія римського права стала чарівним царством, яке примиряє їх з юриспруденцією, адже в цій сфері ілюзій можна неможливе видавати за можливе, і те й інше, у свою чергу, за дійсне, не втративши при цьому імені дотепного юриста або принаймні не поплатившись сильно за це. Це сфера, вільна від традиційної теорії доказів, і для деяких навряд чи було б бажано, щоб з виявленням нових джерел розсіявся історико-правовий туман і тим самим обмежив сферу їх суб'єктивності. Нині ж ця сфера ще досить велика, і в ній зможе виникнути ще безліч сміливих конструкцій.

Те, що сам по собі правильний метод не захищає від помилок, що в руках деяких він може стати навіть карикатурою, аж ніяк не суперечить самому методу. Навіть в основі щойно охарактеризованого перебільшення полягає щось набагато більш чудове, ніж у тому недоліку, на який страждав попередній період, — сліпій вірі в традицію і рабському служінні букві. Бо ним є ідея, що право в його початковій цілісності має симетрію і єдність, які дають підставу робити висновки про невідоме виходячи з відомого, завдяки чому можна уявити собі якщо не всі творіння минулого з усіма його подробицями, то хоча б загальні його контури, атмосферу і умови існування. Перебільшення і помилки в даному випадку суть та ціна, яку охоче платять за істину, яку не можна було б знайти, використовуючи інший метод.

Отже, прагнення звільнитися від букви і домогтися повноти і внутрішньої істинності погляду характерне для нових історико-правових досліджень. Ми ознайомилися з цим вище як із наслідком або як із необхідним засобом систематичного методу, який є тим, що ми називаємо великим прогресом, а успішне застосування якого є найскладнішим завданням сучасної юриспруденції. І незважаючи на те, що він утвердився, все ж не можна заперечувати, що завдання далеко ще не вирішене, що при його складності й при такому невеликому терміні не може дивувати, і що деякі із сучасників відсунули її — створюється таке враження — на задній план. Лише останніми роками з'явилися дві перші спроби її вирішення, з яких перша¹⁹, незважаючи на талант, вирізнялася літературним санкюлотизмом і безмежною зухвалістю в своїх конструкціях, друга²⁰ — дотепним сприйняттям і елегантним викладом. У цілому ж можна стверджувати, що реєстраційний і систематичний методи продовжують боротися один з одним і що діяльність за теперішніх часів, оскільки така характеризується особливою любов'ю до видання і критики джерел та відокремленим розглядом окремих питань, може придбати своєрідне,

¹⁹ Die Wissenschaft der römischen Rechtsgeschichte im Grundrisse. Von Dr. J. Christiansen, Privatdocenten an der Universität zu Kiel. Bd. 1. Altona, 1838. Другий приклад в попередній виносі взятий у нього ж.

²⁰ Einleitung in die Rechtswissenschaft und Geschichte des Rechts bei dem römischen Volk. Von G. F. Puchta (Cursus der Institutionen). Bd. I. Leipzig, 1841; Bd. II, 1842.

відмінне від аналогічних устремлінь минулих століть значення тільки завдяки тому, що таку сприйматимуть як засіб досягнення мети і в цій вторинній діяльності будуть вбачати не байдужість щодо *безпосереднього* завдання нашого часу, а, навпаки, похвальне прагнення сприяти досягненню мети шляхом усунення недосконалості засобів. Спочатку треба було вирішити це підпорядковане завдання, що виникла внаслідок колишнього стану літератури і виявлення нових джерел, перш ніж можна було б успішно звернутися до вирішення наступного завдання, і якщо усвідомлення останньої можна назвати головним завданням історичної школи, то все ж, якщо ми хочемо ознайомитися з отриманими досі нею результатами, спочатку треба звернутися до цієї нижчої сфери. Те, чого вона домоглася в цій сфері, ми покажемо в наступній статті.

IV.

Огляд досягнень

Втілення органічного методу ми назвали в попередній статті кінцевою метою історико-правової діяльності цієї школи. Однак ми згадали також про те, що реальні досягнення такої головним чином лише побічно були пов'язані з цим завданням, — явище, викликане необхідністю, яке, однак, ввело деяких в оману щодо своєрідного характеру завдання і викликало порівняння з французькою школою XVI ст., що могло бути похвалою тільки в устах тих людей, які не усвідомлюють, що кожна епоха має власне завдання, а тому не зможе віддати належне своєму покликанню, якщо буде копіювати чуже. Відновлення устремлінь, націлених на отримання достовірної бази і точне дослідження приватного, датується не часом появи історичної школи. Уже в кінці минулого століття за них виступив майстерний і мужній борець, відомий ветеран з нині живих юристів — Гуго із Геттінгена, людина, здатна пробити шлях новому напрямку, що володіє талантом і завзяттям, з якими він розвивав його як учитель і автор, що ніколи не втомлювався (так і хочеться сказати, нескінченно) повторювати деякі зі своїх поглядів, і водночас нещадно і наполегливо критикував своїх супротивників. Самому Гуго пощастило пережити радість здійснення реформи, яку спочатку він міг підтримувати лише слабо, коли його діяльність, не втрачаючи своєї енергії, обмежувалася вузьким колом окремих улюблених питань підлеглого значення, в той же час бачачи, що всі пункти зайнятої ним позиції представлені численними і енергійними прихильниками.

Ефективність такої висловилося насамперед у виданні джерел. Майже всі джерела римського²¹, дуже багато джерел німецького права²² були видані заново або вперше, видані здебільшого з рідкісною ґрунтовністю і любов'ю до справи. Оцінити це могла тільки свідомість: адже вони взяли на себе літературні муки свого і наступних поколінь через те, що таке видання стало їх життєвою метою. У той

²¹ Крім Гуго, тут слід відзначити Шрадера, Хенеля, Гешена, Беклінга, Лахмана, Бетман-Хольвега, Геймбаха, Блуме та ін.

²² А саме: Я. Грімм, Ваккернагель, Хомейер, Пертц, фон Ріхтофен та ін.

час як німецьке право щодня давало в цій роботі новий матеріал, римське право невдовзі дійшло до тієї точки, коли щодо цього (якщо вже неможливе було зібрання матеріалів, що раніше не видавалися) бажаним було поліпшення обробки і використання отриманого матеріалу, а також ненаситне прагнення до розширення матеріалу. Вже сьогодні при цьому іноді згадують Тантала, який ніколи не зможе насолодитися смаком плода, або гірника, який шукає руду для інших, але не може сам нею скористатися. Ця діяльність підлеглого критичного розбору пов'язана з більш високою критикою, з дослідженням виникнення, економіки, слововживання джерел²³ і т. ін. Старанність, з якою такі здійснювалися, заслуговує тим більше величезного визнання, бо нагорода, яку давали результати цих необхідних досліджень, не рахуючи прославляння розуму, не завжди відповідала докладеним зусиллям. Саме Гуго в середині свого життя відчув тягу до досліджень економіки зібрань Юстиніана, і він присвятив себе таким із таким напруженням сил і з такою наполегливістю, які в інтересах науки можна було б прикласти до іншого об'єкта. Його приклад, а також хвала, яку він щедро віддавав подібним дослідженням, переманили деяких на цей шлях другорядного значення, на якому було мало троянд і багато шпильок і на якому пожвавлення можна було відчутися тільки в тому випадку, коли і на головному шляху, що веде безпосередньо до мети, відчувалися його важливість і необхідність.

За сучасних часів, коли сили, що знаходяться в розпорядженні римського права, стали набагато менші, а економічне застосування такого при нових вимогах стало більш доречним, не слід боротися з бажанням, щоб по тому побічного шляху йшло все менше народу і щоб настав рівномірний розподіл сил, — бажання, яке іноді можна почути у формі скарги.

Що ж стосується обробки історії права, то ми вже вище згадали про те, що тут прогрес слід вбачати не стільки в реалізації систематичного методу, скільки в глибокому опрацюванні окремих питань та частин. Деякі вчення, такі як історія процесу в римському праві²⁴, як давнє речове право в німецькому праві²⁵, знайшли абсолютно нову форму. Зі своїми блискучими прикладами такої монографічної обробки попереду всіх був Савіньї; його трактати відрізнялися як даром комбінації, так і привабливістю і прозорістю викладу²⁶. Оскільки ми не припускаємо, що наші читачі будуть знайомитися з усією масою цих робіт, хочемо представити їм головні враження від знайомства з цією діяльністю. Ми вже в попередній статті підкреслили характер перебільшення, якого набула у наших істориків права їх діяльність за припущенням і конструюванням, згадали спроби побудувати величезний будинок

²³ Особливу подяку за це заслуговують Гуго, Бінер, Діркзен, Блуме, Бікель, Ейхгорн, Дікк, Ласпейерс і багато ін.

²⁴ А саме завдяки Бетману-Хольвегу, Келмеру, Пухті, Хефтеру, Циммерну та ін.

²⁵ Перш за все завдяки вченню Альбрехта про давньонімецьке володіння.

²⁶ Такі зустрічаються і в «Журналі з історичної юриспруденції», і в трактатах Академії наук.

на хисткій основі і заповнити прогалини в традиції повітряною тканиною гіпотез. Ще одне спостереження, що напрошується за такого знайомства, – принаймні нерівномірний розподіл зусиль у римському праві, надання переваги окремим періодам або питанням за рахунок інших. Є окремі частини, настільки привабливі в літературному відношенні, що вони майже зовсім не зникають із каталогів книг, що видаються або зі сторінок журналів. І часто виникає бажання проклясти того, хто першим звернув увагу своїх сучасників на подібне питання; бо якщо доля підготувала йому Сізіфову працю, то все ж, здається, щось магічне залучає до цього сотні інших з метою взяти участь у ролі лицаря в театрі тіней свого попередника і домогтися чого-небудь кращого. Не слід докоряти їм у надмірній роботі, якщо вони шукали своє задоволення в русі цим шляхом і в сприянні наданню історико-правовому питанню ролі шапки з байки Геллерта, незважаючи на те що внаслідок цього залишалися недоторканими інші питання культивованої сфери. Бажано, щоб те завзяття, яке вони невтомно вживають на розгадку загадки сфінкса, яку, як відомо, може вирішити тільки Едіп, пішло б на користь іншим. Область, в якій відбуваються ці ігрища, – це стародавнє римське право. Зате сфера наступних століть залишилася малодослідженою. Правда, доля римського права в Середньовіччя знайшла в особі Савінії блискучого обробника, та й германісти викладають його рецепцію в Німеччині, однак подальша історія, натуралізація такого в нових державах, модифікації, яких воно мало зазнати в народному сприйнятті, форма, якої воно набуло в науці й практиці, – все це, на жаль, пустельна зона, бо подальші спроби, які були зроблені щодо її освоєння, не дали нічого, крім зовні схожої одна з одною номенклатури²⁷.

Тут ми залишаємо історико-правові результати. І якщо ми встановили, що за розмахом вони залишають бажати кращого і що стосовно завдання, яке має вирішити сучасність, їм притаманне лише другорядне значення, то не можна недооцінювати її заслуги і її процвітання. Догматика і органічна обробка історії права пов'язані і з її дослідженнями; вони не могли б розвиватися, якби не було перших. Історична старанність значною мірою пішла на користь догматиці як римського²⁸, так і німецького права²⁹, і якщо порівняти нинішній стан таких зі станом на початку століття, то навряд чи можна буде почути скаргу на «непрактично антикварно-філологічний» напрям, як це робили нетямущі люди. Хто визнає дивним, що поряд із безліччю корисних і гарних на світло породжується також щось, що могло б залишатися в тіні забуття, чи не позначаючись негативно на науковому та практичному інтересі, або що одинак збивається зі шляху і заходить у цірину забороненої «дріб'язковості»? Із таким явищем можна погодитися, адже в якому новому

²⁷ Добре читається і розумно написана, хоча і недостатньо літературна історія юриспруденції досі була зроблена тільки одним французом, а саме *Лермінье*: Introduction générale к l'histoire du droit. Paris, 1829.

²⁸ Тут шлях до монографічної обробки був прокладений відомим твором Савінії «Право володіння».

²⁹ Тут слід згадати Ейхгорна, Альбрехта, Безелера, Рунде, Краута та ін.

науковому напрямі не зустрічаються подібні перебільшення? Якби виникло бажання віддати належне подібному напрямку, то все залежало б від сукупності успіхів, і якщо за цим критерієм спробувати оцінити історичну школу, то вона може не боятися рішення судді. Якщо коротко узагальнити нашу оцінку, то ми можемо сказати, що в обробці чинного права вона скинула голий догматизм і служіння авторитетам, а в історії права звільнилася від сліпого, некритичного шанування традиції і поставила перед цією дисципліною мету, яку історіографія сучасності визнає її вищим досягненням і якої можна досягти тільки завдяки тому, що вона направила свою головну діяльність на створення необхідних для цього коштів. Завдяки тому ж вона забезпечила перемогу того методу, за який виступала, отже, усунула протилежність, завдяки якій вона сама організувалася як школа, отже, зникла і вона сама як така – факт, який можна назвати радісним не тільки в інтересах того методу, а й тому, що він поклав край малоприємній упередженості, яка настільки часто відволікала від істинно спірного питання і робила особисті протиріччя і точки дотику матеріальними і індивідуальними помилками або заслугами прихильників школи. Зрозуміло, у необізнаних людей історична школа ще довго буде фігурувати як наявна, початкову протилежність будуть підміняти іншої, що нині трапляється нерідко, проте в ім'я сталого миру в науці нехай бродить це ім'я поза нею. Майбутнє юриспруденції належить іншій протилежності, ніж колишня; заслуга діяльності історичної школи полягає в тому, що вона провела нас через цю першу сходинку і пояснила нам ту протилежність. Як і будь-який напрямок, який ставить перед собою мету боротьби з іншою односторонністю, він також був одностороннім, проте, якщо завдання виконане, то охоче прощають те, що всі сили були сконцентровані тільки на її вирішенні, що ні хибне марнославство або неправильно зрозумілий інтерес науки вів до досягнення тієї універсальності, якої колишні сили ще не досягали.

V.

Історичний погляд і прогрес

Дотепер ми ознайомилися з поглядом, виникненням і досягненнями історичної школи і побачили, що хоча мети, яку вона собі ставила, ще не досягнуто, але сама школа як така припинила своє існування, оскільки, по суті, зникла протилежність методу, завдяки якому вона могла триматися як така. Нам залишилося розглянути той докір, який їй часто пред'являли і який сприяв насамперед тому, щоб зробити її непопулярною. Їй дорікали в тому, що вона не хоче визнати право сучасності на вільний розвиток, а хоче підпорядкувати таке ярмо минулого. Заперечення, яке висловив Савіньї з приводу улюбленої ідеї того часу – ідеї складання загального цивільного законодавства, і малоприємне твердження, що сучасність не призвана до законодавства, годилося для того, щоб названий докір знайшов відгук у всіх, хто знав цю думку Савіньї, але не знав її обґрунтування або щонайменше через недостатність знань не зміг оцінити її гідно. Не можна заперечувати також того, що з боку його прихильників висловлювалися такі думки, щодо яких названий

докір був обґрунтованим і які саме з історичного погляду слід рішуче заперечити, тим більше, що вони начебто таку представляли. Ще недавно, не кажучи вже про інші приклади, один глибокий знавець історії нашого німецького кримінального процесу висував пропозиції щодо реформування такого³⁰, виправдовуючи цю реформу, як він вважає, з названої точки зору тим, що Німеччина кілька століть назад йшла шляхом створення пропонованого їм процесу; найбільше подібних пропозицій робиться в римському праві: це погляди, які насправді виходять з неісторичної передумови, ніби в історії можна надолужити щось упущене і анулювати процес освіти, який тривав протягом століть, лише через те, що його результат більше не подобається сучасній епосі; ніби елементи, що стали один раз реальністю, знову можна вирізати, для того щоб на їх місце поставити початкові паростки, які затрималися в своєму розвитку, і дати їм спокійно розвиватися.

Абстрагуючись від подібних помилок або неправильного застосування історичної точки зору, обмежимося презентацією останньої і покажемо, наскільки обґрунтований згаданий вище докір. Сам Савініні висловлюється на цю тему так³¹: «Історичну точку зору в юриспруденції (говорить він) часто зовсім не розуміють і спотворюють, якщо її сприймають так, ніби в ній право, що виникло в минулому, видається за найвище досягнення, за яким має зберегтися незмінне панування в сьогоденні і майбутньому. Навпаки, суть такої полягає в рівному визнанні цінності і незалежності кожної епохи, а найбільше значення в ній надається лише тому, щоб був усвідомлений живий зв'язок, що з'єднує сучасність з минулим, без усвідомлення якої в праві сучасності ми будемо сприймати тільки зовнішні його прояви, не розуміючи їх внутрішню суть». Цей або інші протести з боку історичної школи нам не потрібні, щоб відповісти на наше запитання; для цієї мети досить поглядів, вже опублікованих у попередніх статтях. Право не створюється законодавцем — воно виникає і живе в народі, а покликання законодавця полягає в тому, щоб викладати його і модифікувати відповідно до змін у народних поглядах, — це перший основний принцип. Другий полягає в тому, що окремі індивіди підкоряються духу часу і що останній, у свою чергу, є продуктом попередньої освіти, що, іншими словами, в основі свободи кожної окремої епохи лежать наявні обставини. І хоча свобода повинна розвивати їх далі, але вона не повинна їх ігнорувати і не може це зробити. Таким чином, будь-який прогрес у політичному житті є, як і у індивідів, продуктом волі, обмеженої і керованої наявними обставинами; і в цьому зворотному впливі минулого на теперішнє виражається органічний прогрес, виражається можливість історії. Колишня точка зору, яка протиставляла себе історичній школі, проголошувала, як вона сама вірила, вищу свободу, ігнорувала історичні передумови, владу наявних обставин, а також настроїв національної самосвідомості, на який ті впливали і який, у свою чергу, був їх носієм. Замість цього,

³⁰ Biener в: *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* (Bd. 12. S. 69 u. fl.).

³¹ Передмова до першого тому його «Системи сучасного римського права».

суперечачи історії, вона приписувала законодавцю вільну творчу силу і вдавалася до ілюзії, що слово законодавця може перерізати тисячі різних ниток, що пов'язують право з народом, що свавілля індивідуума сильніше переконаності мільйонів. Цей погляд не виходив із історичних передумов, і якщо поняття свободи висловити поняттями повної волі й довільності, то вони знайшли б абсолютне вираження в цій точці зору; насправді ж у ній висловлювався принцип суб'єктивного свавілля; щоб уникнути історичної необхідності кидалися в обійми законодавчого деспотизму, «надавали перевагу», як один тодішній автор рекомендував цю точку зору, «як завжди, отримувати все велике і все хороше з рук правителя, повні подяки за звід законів, яким той їх оцяславить»³². Чи слід говорити про те, на чьому боці знаходяться гарантії справжньої свободи і справжнього прогресу. Відповідь можна взяти вже з того, що цей автор попереджає уряд про небезпеку історичного погляду. Останнє, каже він³³, веде до того, що державами будуть управляти не правителі, а народ і юристи, і що правитель повинен буде дивитися на те, що народ буде коїти в політичному елементі, а юристи – в технічному.

Отже, з політичної позиції заслугою історичного погляду ми можемо назвати виступ проти віри у всемогутність і свавілля державної влади у сфері права і проти ілюзії історичної довільності. Вплив індивідів на об'єктивну реальність національної самосвідомості він показав у правдивому світі, спробував зруйнувати віру в їх всемогутність³⁴. Однак тим самим аж ніяк не заперечували той великий вплив, який індивіди своїм високим цивільним становищем або своїм розумом могли здійснювати на сукупність обставин. Вони можуть заслужити безсмертя і сприяти вдосконаленню свого часу, якщо рано чи пізно виявлять і доведуть до свідомості та ідеї, які знаходяться в ембріональному стані в сукупності обставин, вимостять той шлях, яким ті рухаються, або прокладуть нові шляхи; з іншого боку, вони можуть повести себе так, що відмовляться висловлювати ці ідеї і тим самим ускладнять розвиток таких. Отже, якщо влада індивідів все ж може впливати на реалізацію завдань, поставлених сукупністю обставин, а також на спосіб цього рішення, однак ніяка влада таких, якою б величезною вона не була, не зможе безкарно ігнорувати історичні передумови і витримати довгу боротьбу з вимогами, які в ній вже виникли, не розбивши собі при цьому голову об колесо історії. Гарантія від свавілля індивідів

³² Gonner N. Th.v. *Über Gesetzgebung und Rechtswissenschaft in unserer Zeit*. Erlangen, 1815. S. 36.

³³ С. 43, 44 тільки що названого твору.

³⁴ Наскільки сильною вона була у початкових противників історичної школи, можна побачити на прикладі Тібо. У своєму творі про так звані історичну та неісторичну школи (*Archiv für civilist. Praxis*. Bd. 21. S. 391 ff.) він висловлюється в такий спосіб: «Великі уми і дурні виникають в нації, зрозуміло, під невеликим впливом такої, але по суті і геній, і дурень самостійні, і якщо вони набувають впливу, то з першим нація отримує стимул до руху вперед, а з другим – до повернення назад». Його біограф Баумштарк (*Baumstark E. A. F. J. Thibaut. Blätter der Erinnerung*. Leipzig, 1841) оповідає нам, що Тібо «міг сильно розсердитися, коли безперервно і наполегливо повторювали, що великі мужі свого часу, а також їх керівні ідеї були історичним продуктом часу... і що він часто сперечався про це з істориками, які в цьому випадку із засудженням говорили про дилетантизм в історії і висміювали його».

полягає саме в тому, що вони виявляють минуле, яке протиставляє їм світ, що спочиває на різнобічній і міцній основі; гарантія прогресу в тому, що це минуле несе в собі зародок майбутнього і, тим самим, прагнення до прогресу.

Ми говорили, що історичний погляд виступив проти довільності. Тому воно повинно буде побороти прогрес, який визначається тільки гіпотетичним благополуччям, тобто якби обставини були іншими, ніж наявні; історія вже показала, яка доля очікує подібні, лише гіпотетично корисні нововведення.

Однак, що більш нещадно цей погляд засуджує бажання і пропозиції, якими б добрими вони не були, яким притаманний лише один недолік — вони ігнорують загальнолюдські й сучасні передумови і внаслідок цього не підходять для цього світу або щонайменше для сучасності, що рішучіше воно саме вимагає обґрунтованого прогресу, то сильніше виступає проти реакційних устремлень. Сприймаючи право як організм, воно саме цим говорить, що померлий елемент такого не можна зберігати в ньому або знову нав'язувати йому, що в політичному житті, як і у фізичному, елементи, що сприймаються організмом у кожен момент, не можуть мляво спочивати в ньому, а впливають на нього корисно або шкідливо, що його стан, мабуть, не залишається тим самим. Задоволення сучасних потреб вимагає інших засобів, ніж задоволення колишніх потреб; те, що раніше було цілющим засобом, нині може бути отрутою, а що раніше сприяло розвитку, гальмує його за нинішніх обставин. Істинний прогрес цей погляд вбачає в задоволенні потреб сучасного організму. І нехай подібний прогрес, вже давно підготовлений в умах і визначений історично, принесе з собою одномоментні незручності, проте в цілому йому будуть притаманні як корисні, так і стійкі наслідки. І якщо подібний прогрес визнають необхідним, з ним не треба зволікати, і тоді сприяння йому буде, скоріше, святим обов'язком стосовно історії. Історія неможлива без *діянь*; те, що непомітно готується і розвивається в умах, має зрештою вийти в зовнішній світ у вигляді діяння. Вчення про органічний розвиток права і історичну необхідність не проповідує квієтизм, тобто споглядальність, бездіяльність, не проповідує того, що ми повинні чекати, коли сам час дасть нам очікуваний плід, що ми повинні відмовлятися від діянь, довіряючи необхідності, що стоїть над нами; навпаки, ми повинні докладати зусиль і боротися з метою отримання названого плода, а відчуття того, що на нашому боці знаходиться дух історії, має зміцнювати і загартувувати нас при вирішенні завдання, хоча і створеного руками людини, але поставленого самою історією. Якщо *вона* дала знак, якщо час зрозумів його і збирається його дотримуватися, то індиферентність одинака стане гріхом, буде марно споруджувати перешкоду потоку ідей, бо він прокладе собі нове русло і потече по ньому з більшою силою.

Таким чином, історичний погляд має якнайстаранніше виступати за істинний, тобто такий, що випливає з наявних умов, прогрес і не повинен коливатися та жертвувати йому чим-небудь наявним. Бо як тільки існуюче перестане відповідати рівню

освіти і потребам сучасності, як тільки воно втратить свою душу і стане животіти за допомогою *vis inertiae*, тоді викриття цієї брехні і її переслідування не буде злочином щодо існуючого — злочином буде зворотне. Історичний погляд не хоче законсервувати все колись виникле і залишити мертве серед живого, боячись винести йому смертний вирок, — воно хоче захистити тільки дійсно живе. Воно повинно визнавати його таким до тих пір, поки можна припустити, що воно живе, поки не буде доведена його смерть. Бо будь-яке існуюче в силу того, що воно існує, має право на те, щоб йому довели відсутність права на подальше існування, і поки це не буде доведено, воно має бути захищене від бажання противників його знищити. Зрозуміло, цей доказ повинна дати наука, однак рішення про результат виносить не вона, а весь народ. Вона вже була слугою найбільш дикого вандалізму і протилежного екстремізму, так що ми не можемо віддати в руки її представників рішення про життя і смерть і визнати його визначальним. Доказ, який вона дасть нам, має володіти своєю історією, має витримати випробування вогнем. Воно витримає його, якщо доказувана думка стане народною переконаністю. Якщо ж наука в критиці існуючого відходить від громадської думки, то вона не може претендувати на те, щоб реальні, життєдіяльні і керівні сили поступилися законам, яким вона служить, і що життя визнає поза себе владу, яка була нездатна зробити загальновизнаним протиріччя, що виникло у неї з існуючим.

Покликання науки полягає не в тому, щоб керувати життям, а в тому, щоб оновлювати і вдосконалювати її, щоб готувати її до змін, які вона вимагає і передбачає, і завдяки цьому здійснювати їх. Стан права сучасності пропонує деякі пункти, за якими сучасність вже сформувала або принаймні готує рішення про їх приреченість, а боротьба, яку вона веде, вже більше не обмежується її вузькою сферою. Чим довше, не втомлюючись, вона буде її продовжувати, тим сильніше голос народу буде вставати на її бік, а коли вона доб'ється цієї перемоги, то тоді і боязкі прихильники історичного принципу змушені будуть вигукнути: що було правильним, стало неправильним, хай упаде все неправильне. І що важчою буде ця перемога, то важчим буде витяг чого-небудь з історії, то сильнішим буде обов'язок утримати досягнуте і не пожертвувати тим, чого домагалися з такими зусиллями. І якщо в дотриманні цього обов'язку виражений сюжет, то він стосується значною мірою і прихильників історичного принципу, але тоді він рівною мірою стосується також і тих двох народів, у яких — досить поглянути на історію їх приватного права або державного устрою — історичний принцип виражений енергійніше за все і у яких ще ніхто не оскаржував славу вищої політичної освіти, — римського і англійського народів.