



ТЕОРІЯ ТА ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

В.В. Дудченко*

ПРАВОГЕНЕЗА В ІСТОРИЧНІЙ ШКОЛІ ПРАВА

Актуальність дослідження правоґенези в історичній школі права обумовлена потребою неупередженого розуміння об'єкта і предмета теоретико-правового дослідження, що вимагає вивчення різних правових шкіл. Історико-правове вчення у даному аспекті викликає жвавий інтерес, оскільки його "наскрізними темами" є категорія "народний дух", співвідношення філософського і історичного підходів у юриспруденції, органічна теорія розвитку, теорія спонтанного, безвольового розвитку права, фундаментальний релятивізм і партикуляризм у праві, плюралістична теорія правоутворення. Якщо спочатку історична школа заперечувала позачасовість права, то, еволюціонуючи, вона визнала право феноменом універсальним і позачасовим, що зблизило її з природно-правовим вченням.

Мета цієї статті полягає в тому, щоб дослідити ці важливі питання і, врешті, довести, що фактором правоутворення є не лише індивідуальний дух певного народу, а й дух загальнолюдський.

Попередниками історичної школи у XVIII ст. були геттінґенські юристи. В університеті Геттінґена сформувалася впливова школа, засновником якої був професор І.-С. Пюттер. Ця школа прагнула подолати застій у юриспруденції. В той же час німецькі юристи зосередили свої головні сили на рецепції римського права, прагнучи пристосувати його до юридичного життя тодішньої Німеччини. Це складне практичне завдання віддаляло наукові інтереси.

Для геттінґенської школи особливе значення мали два мислителі Г.-В. Лейбніц і Ш. Монтеск'є. Як відомо, Г.-В. Лейбніцу належить декілька невеликих трактатів із питань права. У них він висуває пропозицію реформ щодо викладання і вивчення права. Ми знаходимо у Г.-В. Лейбніца вимогу, щоб вивченню права передувало ознайомлення з його історією. Авторитетом великого філософа геттінґенські юристи прагнули захистити нові починання від нападок опонентів¹.

© Дудченко В.В., 2006

* вчений секретар Одеської національної юридичної академії, доцент кафедри теорії держави і права, кандидат юридичних наук, доцент

¹ Реале Дж., Антисери Д. Западная философия от истоков до наших дней. — М., 1991. — Т. 3. — С. 392-301.



Варто відзначити, що ще з кінця XVII ст. в Німеччині почалося пробудження історичного інтересу. Але все-таки ідея внутрішньої історії права не отримала належного розвитку, і не знаходило визнання справжнє розуміння сутності історії як сфери індивідуальних явищ, які не можуть бути підведені під загальну мірку.

У зв'язку з цим праці Ш. Монтеск'є відкрили собою нову епоху. Французький мислитель показував, як під впливом різних умов виникають різні форми історичного життя, як згідно з обставинами змінюються постанови і закони народів. Ці погляди суперечили загальному переконанню XVIII ст., згідно з яким вважалося можливим встановлення однакового ідеального права для усіх країн.

Йдучи услід за Ш. Монтеск'є, І.-С. Пюттер в 1767 році формулює ідею відмінності позитивних прав, залежно від відмінностей народів і часів. Характерне для геттінгенської школи заперечення загальнопридатного природного права було запозичене у Ш. Монтеск'є. Під його впливом вона починає пропагувати повагу до позитивних приписів у їхній своєрідності. Звідси походило і її прагнення створити особливу науку “загального цивільного права” або “філософію позитивного права”.

Отже, у юристів кінця XVIII ст. з ім'ям Ш. Монтеск'є звично позначався строго історичний напрямок, вільний від абстрактних формулювань і такий, що визнавав різноманітність історичних умов і явищ. Проте, значення французького мислителя для німецької науки було пізніше забуто.

Пюттер прагнув, щоб юриспруденція звертала увагу на права всіх народів і часів. “Будь-який народ, — твердив він, — має своє позитивне право, яке змінюється з плином часу і залежно від клімату, релігії, моралі” і т.п.² Цими твердженнями, запозиченими у Ш. Монтеск'є, І.-С. Пюттер заперечує школу природного права, яка прагнула сформулювати загальнопридатний ідеал. Однак, водночас він допускає, що у випадку прогалин позитивного права, воно має бути доповнене принципами права природного, але не вірить у можливість законодавства, придатного для всіх.

Найвідомішим представником і учнем І.-С. Пюттера був Густав Гуго, який своє вчення розвивав у душі науки Нового часу. Універсальним методом наукового пізнання в той час визнавався емпіризм.

Те, що І.-С. Пюттер окреслив у вигляді програми, Г. Гуго хотів реалізувати у житті. Загальний зміст його наукових прагнень зводиться до того, щоб надати юридичній освіті наукового характеру, всупереч суто практичному напрямку попередніх юристів.

З іншого боку, у діяльності Г. Гуго спостерігається практичне прагнення захистити існуюче. Вся його “філософія позитивного права” пронизана подібним консервативним духом. Він покійно схиляється перед авторитетом минулого.

Яким є погляд Г. Гуго на історію, історичне вивчення права і його ставлення до природного права? Згідно з традиційним поглядом на історію, у ній раніше вбачали лише повчальне зібрання прикладів, із яких кожна епоха в змозі черпати для себе настанову.

Г. Гуго висловлюється за необхідність вивчення послідовного розвитку римського права у його історичній своєрідності незалежно від безпосередніх юридичних цілей. Індивідуальність історичних явищ є для нього завданням історичного вивчення.

Центральне місце у вченні Г. Гуго посідає проблема джерел права. Він виступив проти юристів, які стверджували, що все право визначається діяльністю законодавця. Закон для нього, це правило, встановлене довільно верховною владою і приписуюче поведінку. Однак, не всі положення права суть закони. Природний шлях розвитку права — не регулювання зверху, а власний розвиток. Ніколи право не в змозі визначатися одними лише законами. Це

² Новгородцев П.И. Историческая школа юристов. — СПб., 1999. — С. 34.



підтверджується і природною історією розвитку кожного позитивного права, і прикладом усіх культурних країн. Від законодавчих норм Г. Гуго відрізняв “добровільно визнані народом”, розуміючи під ними, право звичаєве. Норми цього роду і є необхідним надолуженням законів³.

За Г. Гуго, у римському праві до Юстиніана мають місце цілі розділи, які виникли поза законодавством, при чому ці розділи вигідно відрізняються від тих, що врегульовані законами: в останніх є протиріччя, односторонні підходи, а іноді і корисні цілі законодавця.

Більшість же вчених-юристів ототожнюють правові норми з законодавчими. З цим пов'язується хибне уявлення про джерела права і про співвідношення між законом і звичаєм (або, краще сказати, між законом і всім тим, що виникає у праві само собою, обіч законодавства, — пояснює Г. Гуго). Правильну точку зору на ці предмети він прагне встановити, роз'яснюючи процес створення права.

Позитивне право кожного народу розвивається у зв'язку з його мовою. Це можна стверджувати стосовно кожної науки: скрізь важливі визначення понять. З часом вони в змозі змінюватися і здобувати іншого смислу. Але мову не отримано людьми з самого початку від Бога і не встановлено ним через домовленості; вона створюється сама собою. Те ж можна сказати стосовно моралі. Зрештою, і право, як публічне, так і приватне, розвивається так, як мова, мораль само собою, тобто обіч домовленостей і наказів, залежно від впливу обставин.

Значення подібного самобутнього розвитку права Г. Гуго пояснює через порівняння його з законодавством. Стосовно законів верховної влади завжди залишається питання, наскільки вони застосовуються в реальності. Завжди треба розрізняти, що приписано законом і що дійсно виконується. Право, яке діє у житті і “яке визнається суддями, адвокатами і вченими юристами”, в змозі відрізнитися від встановленого законодавцем. (Це є впливом Гегеля).

Отже, співставлення правоутворення з розвитком мови і перевага звичаєвого права над законодавством — ось характерні ознаки вчення Г. Гуго. Розвиток права здійснюється без участі людської волі і цілком зумовлений зовнішніми обставинами. Для людини найкраще залишатися вірною тому, що існує споконвіку і освячено досвідом сторіч.

Цим самим Г. Гуго вступив у суперечку з природним правом. Сутністю природно-правових вчень є моральна критика права, яка обумовлюється усвідомленням того, що право розвивається за участю особистості і є частиною моральної субстанції. Г. Гуго розуміє право не як здійснення ідеї справедливості, а винятково як засіб для усунення безладу. Він цінує в юридичній нормі не її зміст, а її визначеність і стабільність, завдяки яким члени суспільства знають, що дозволено і що заборонено.

Подібний погляд на право, по суті, заперечує необхідність взаємодії його з мораллю. Право розуміється тут не як явище морального світу, а винятково як опора зовнішнього порядку.

Вчення Г. Гуго суперечливе. Постаючи проти революційних прагнень епохи, Г. Гуго не лише підтримував повагу до минулого, але і зміцнював авторитет влади. Це приводило його до заперечення всіх основ сучасного йому лібералізму і всіх положень природного права, а саме: ідеї первісного договору, теорії розподілу влади, обмеження завдань держави виключно функцією охорони права. Наслідком цього є поклоніння історичному минулому, проповідь застою і реакції. Це був саме той вид історизму, який є рішучим запереченням самої суті природного права⁴.

Таким чином, геттінгенські юристи обстоювали плюралістичну теорію правотворення. “Цілком очевидно, що слово “право” (*Recht*) у таких словах і сполученнях, як “правові норми” чи “правовідносини” значно ширші за своїм значенням, ніж слово “юридичний” (*das juristische*)⁵.

³ Антологія мирової правової думки. В 5 томах. — М., 1999. — Т. III. Європа-Америка XVII-XX вв. — С. 274.

⁴ Новгородцев П.И. Историческая школа юристов. — СПб., 1999. — С. 42.

⁵ Антологія мирової правової думки. В 5 томах. — М., 1999. — Т. III. Європа-Америка XVII-XX вв. — С. 273.



Правові норми певного народу формально створюються прийняттям нормативних актів представницьким органом або повелінням князя, як це скрізь було у середні віки через ордонанси, акти парламенту, статути, постанови, едикти, мандати, рішення ландтага, конституції, органічні закони, федеральні акти і т.п.

Всупереч цьому більша частина правових норм, чинна у певного народу, виникла стихійно, подібно до того, як виникли мова і мораль цього народу, або, очевидно, постаючи частиною того й іншого, виникли внаслідок звички. При вирішенні питання про те, що є “моїм” і “твоїм” і, перш за все, при виборі покарання за злочин, спираються на рішення суду, яке набрало законної сили у душі давніх, а також на “думку авторитетних правників”. І лише за глибокого падіння могло статися, що приписи влади почали вважати правом. Справжніми джерелами права є й міське і земське право⁶.

Помилками юристів слід назвати зневажливе ставлення до наукових знань і інтерес, спрямований лише на матеріальну вигоду і вузькопрактичні цілі. Сюди належать і засилля рутини і догматизму, в тому числі у стилі викладання і в мові. У діловому житті — це зневага до духовних цінностей⁷.

За Ф.К.ф. Савінії, право, яке невіддільне з самого початку від загальної свідомості народу, з розвитком культури починає розроблятися станом юристами. Але і тут воно не перестає бути частиною народного життя і продовжує розвиватися шляхом органічним. Таким чином, усе право скрізь створюється не волею законодавця, а за участю внутрішніх, непомітно діючих сил, таких як право звичаєве⁸.

Взірцем суто органічного розвитку, на підставі якого Ф.К.ф. Савінії сформулював свою теорію, було право Давнього Риму. Все римське право розвивалося зсередини як право звичаєве. Стосовно ж Німеччини, і взагалі нових народів, то у них не було безперервного національного розвитку. Воно рано потрапило під вплив римського права; з іншого боку, постійні пересування, зіткнення з іншими племенами і внутрішні революції, невідомі римській історії, повністю змінили початкові їхні постанови. Коли сформувалася феодальна система, від старої нації не залишилося і сліду. Таке перетворення вже здійснилося, коли римське право отримало доступ до Німеччини⁹.

У працях Ф.К.ф. Савінії є й інші приклади того, як постійно, відкриваючи з історичні факти, він змушений був відмовлятися від строгих начал органічної теорії. І випадок, і свавілля, і особисте начало взагалі, — всі ці поняття старої теорії правоутворення, з такою енергією відкинуті з самого початку, знову дістали доступ у нове вчення, яке внаслідок цього втратило свою цілісність і послідовність¹⁰.

Ф.К.ф. Савінії відкинув основи органічної теорії і стосовно законодавства. Єдиною нормальною функцією законодавства він визнавав лише те сприяння, яке може бути виявлено законом звичаєвому праву у вигляді встановлення більшої визначеності його положень. Якщо нормальний розвиток права полягає у природному рості, який здійснюється шляхом дії внутрішніх сил, то зрозуміло, що законодавець повинен спостерігати за плином народного життя і санкціонувати норми, які виникають з її власного розвитку. Законодавцеві, таким чином, приписується лише субсидіарне, допоміжне значення у розвитку права.

У вченні Ф.К.ф. Савінії відсутня та цілісність, якою його зазвичай наділяють. Висуваючи ідею індивідуального розвитку і заперечуючи можливість загальнопридатного ідеалу, Ф.К.ф. Савінії не відкидав загальних основ правоутворення, які називав “філософськими

⁶ Там же. — С. 274-275.

⁷ Там же. — С. 276-277.

⁸ Savigny F.C. von. Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Heidelberg, 1840. — S.14-145.

⁹ Dasselbes Werk von Savigny F.C. — S. 86-128.

¹⁰ Новгородцев П.И. Историческая школа юристов. — СПб., 1999. — С. 78.



елементами будь-якого позитивного права”. Без сумніву, що особливі і неповторні риси певних явищ жодною мірою не заперечують загальної і спільної їхньої основи.

Виклавши свою теорію, Ф.К.ф. Савіні вважав за необхідне з'ясувати її ставлення до вчень, які вважають фактором правоутворення не індивідуальний дух певного народу, а дух загальнолюдський. Йдеться про Гегеля і його послідовників, яким належало це твердження. Тим, хто схильний вважати виникнення права наслідком дії загальнолюдського духу, вчення, яке визнає носієм права окремих народ, може здаватися занадто обмеженим. Однак, обидва напрямки зовсім не суперечать один одному: в окремому народі виявляється загальнолюдський дух, який віддзеркалює себе в індивідуальних рисах. Тож Ф.К.ф. Савіні не заперечує дії в історії загальних начал, але вказує тільки, що конкретним середовищем їхнього вияву є окремі народи¹¹.

У Ф.К.ф. Савіні ми знаходимо філософську спробу визначити загальну мету розвитку права. Вона зводиться до морального призначення людської природи, як воно визначається християнською релігією. Найбільш світлою і безпосередньою формою виявлення цієї загальної мети він вважає “визнання скрізь рівної моральної гідності, і свободи людини і юридичної охорони цієї свободи за допомогою відповідних інститутів”¹².

Ф.К.ф. Савіні протиставляє це моральне начало як загальний елемент правоутворення партикулярному чи національному. Національний елемент як буква закону сам по собі є недосконалим і вузьким, але з плином часу він у змозі сприйняти споріднені йому загальні начала і відповідно до цього розширитися. Взаємодія обох елементів служить найважливішим мотивом у прогресі народного права.

Отже, Ф.К.ф. Савіні дійшов висновку про виокремлення різнорідних начал, із поєднання яких пояснюється історія права. Він проголошує загальнолюдські завдання права вищим моментом, який розширює вузькі межі національного розвитку. Пізніша критика Р. Ієрінга вузьконаціональної теорії Ф.К.ф. Савіні тим більш справедлива, що вже сам засновник і голова історичної школи усвідомлював необхідність її розширення.

Визнання взаємодії національного і загальнолюдського елементів у якості “найважливішого мотиву у прогресі народного права”, містить вказівку на таку взаємодію права і моралі, що має місце в історії, яка є підставою дуалізму природного і позитивного права¹³.

Стосовно позитивного права, то Ф.К.ф. Савіні стверджував, що загальнонародна правосвідомість є правом само по собі без будь-яких подальших вимог щодо його позитивації. Норми існують у народній свідомості як факт.

У поглядах Г.Ф. Пухти на проблему джерел права, виразним є вплив Гегеля. За Г.Ф. Пухтою, головним поняттям права є свобода. Для досягнення розуміння поняття “право” ми мусимо взяти за вихідне положення духовну сторону людини. У духовній свободі знаходиться першоджерело права. Свобода людини як самовизначення є підґрунтям права, всі юридичні відносини випливають з неї. Право є визнанням свободи, яка в однаковій мірі належить усім людям. Отже, право є творінням людського духу чи то загальної свідомості, чи загального переконання. Воно є загальною волею усіх членів правового суспільства. Народний дух є витоком людського і природного права.

Право народжується в людській свідомості. Але однієї свідомості недостатньо для дійсного його буття. Ми в змозі приписати праву реальність тільки тоді, коли життєві відносини справді регулюються його приписами. З правом поєднана можливість неправа, фактичного положення, не узгодженого з приписами права¹⁴.

¹¹ Dasselbes Werk von Savigny F.C. — S. 6-79.

¹² Ibid. — S. 12-88.

¹³ Новгородцев П.И. Историческая школа юристов. — СПб., 1999. — С. 82.

¹⁴ Пухта Г.-Ф. Энциклопедия права / Пер. с нем. — Ярославль, 1872. — С. 279-281.



Виникнення права з народного духу є невидимим явищем. Для нас видимий елемент складає вже реальне право, що виникло. При своєму виникненні воно могло мати троїстий вигляд: 1) як безпосереднє переконання членів народу, яке проникає у їхні дії, 2) як закон і 3) як результат наукової дедукції. Фактори, які надають праву цього видимого образу, називаються джерелами права; до них належать: безпосередня переконаність народу, законодавство і наука. Народне переконання є витокom звичаєвого права. Право походить із звичаю. Воно живе у переконанні членів народу.

Часто вважають закони єдиним джерелом права. Стверджували, що досконалого юридичного положення можливо досягти лише за умови, щоб усі юридичні положення були виражені у законах. Цьому погляду суперечить реальний досвід. У кожного народу поряд з законодавством будуть зберігатися, розвиватися і знаходити своє втілення маса юридичних переконань поза промугації.

Завдання науки полягає в тому, щоб пізнати юридичні явища у систематичному взаємозв'язку для того, щоб простежити генеалогію окремих юридичних явищ до їхнього принципу, а потім від принципів дійти до найбільш граничних розростань.

Отже, наука є теж джерелом права: право, яке виникає з цього джерела, є *право науки*, чи, інакше, *право юристів*, оскільки воно виникає з діяльності юристів.

Це останнє міркування має ширше тлумачення: його можна розуміти як право, яке живе переважно у свідомості юристів, які вважаються його носіями. Це буває в часи прогресу народу, коли право втрачає разом з колишньою своєю простотою здатність бути доступним у певній повноті пізнанню всіма представниками народу.

Слід сказати і про пізнання наукового права. Часто судді доводиться обговорювати відносини, про які не містять точного припису ні звичаєве право, ні законодавство. Тут справа науки як джерела права надати судді юридичні положення, згідно з якими він вирішував би справи. Ці положення не ґрунтуються на зовнішньому авторитеті, але мають силу настільки, наскільки випливають із внутрішньої необхідності із принципів існуючого права і тому мають таке ж значення, яке належить положенням, укоріненим у народному переконанні чи законам. Це право пізнається за внутрішніми засадами; вся наука має бути підпорядкована цій меті. Кожний юрист, кожний суддя покликаний до цього; у цьому випадку допомагає також юридична література. Передбачення на користь наукової істинності певного положення виникає внаслідок однодумства найвидатніших юристів і тривалого їхнього застосування в судах. Звичаєве право і законодавство мусять здобути внутрішнє обґрунтування через науку; тільки таким способом опрацювання, за допомогою якого дійдемо до усвідомлення внутрішніх основ, ми забезпечимо вірне розуміння безпосереднього народного права і законів¹⁵.

По-новому почали розуміти й історичний процес, як поєднання моментів свободи і необхідності. Ф.К.ф. Савіні ж спершу вважав, що історія заперечує поняття свободи, обмежуючись строго необхідним органічним розвитком. В історії діє свобода, але не безмежна, а керована вищою необхідністю. У цьому контексті пояснюється й походження права і держави. Їхньою основою є божественна воля; але здійснення цієї волі належить людській свободі¹⁶.

Філософське розуміння історії дало можливість Г.Ф. Пухті стверджувати: юрист розглядає право у його відокремленості як право того чи іншого народу; філософ розглядає право окремих націй як відбиток розвитку, що здійснюється через все людство. З цієї точки зору право всіх народів постає моментами єдиного руху.

¹⁵ Там же. — С. 112-128.

¹⁶ Там же. — С. 24-128.



Таким чином, спершу Ф.К.ф. Савіньї і Г.Ф. Пухта обстоювали односторонню органічну теорію історичного розвитку, яка заперечувала ідею свідомої особистої творчості і приписувала правоутворення безособовому народному духу. Еволюція їхніх поглядів виявила неправильність цієї теорії. Її вихідні положення зазнали значних обмежень.

Виходячи з бажання піднести самобутнє правоутворення, Ф.К.ф. Савіньї і Г.Ф. Пухта зробили спробу вивести весь зміст права з органічних основ народного духу. Але якщо це було ще можливо стосовно звичаєвого права, то законодавство далеко не завжди могло служити підтвердженням обраної теорії. У цьому випадку довелося обмежитися простою фікцією про узгодженість його з народною волею. За тієї переважаючої ролі, яку відіграє закон у пізнішій епохи правоутворення, встановлення такої фікції було, по суті, рівнозначно визнанню інших основ для дії позитивного права, ніж санкція народної волі. Бо яке ж значення може мати ця санкція, якщо практична сила закону визначається однією лише формою його публікації, безвідносно до його змісту?

Самокритика найвидатніших представників історичної юриспруденції засвідчила необхідність перегляду первісної теорії. Але через рутинність думки послідовники Ф.К.ф. Савіньї і Г.Ф. Пухти продовжували повторювати окремі формули з попередніх минулих праць, не звертаючи увагу на їхні пізніші погляди. Багато часу минуло, поки завдяки блискучому таланту Р. Ієрінга і критичному аналізу нашої епохи вдалося повністю подолати старі помилки історичної школи¹⁷.

З приведених вище міркувань можна зробити деякі загальні висновки:

1. Якщо геттінгенські юристи, як попередники історичної школи права, заперечували позачасовість права, то, еволюціонуючи, школа визнала право феноменом універсальним і позачасовим, що зблизило її з природно-правовим вченням.

2. Історичні юристи тлумачать “народний дух” як безособову субстанцію. Таким же безособовим є і виявлення народного духу у “свідомості”, “переконанні” і “волі” народу. Містицизм і змістовна недостатність такого тлумачення виразно проявляється під кутом зору на людину як емпіричний і інтелектуальний характер. Коли б історичні юристи визнали складовими народного духу ці два моменти, то сумнівно, що вони дійшли б висновку про правоутворення як спонтанне і безвольове.

3. Плюралістична теорія джерел права була заслугою історичної школи юристів.

Загальнонародна правосвідомість є правом сама по собі без будь-яких подальших вимог щодо його позитивації. Норми існують у народній свідомості як факт.

4. Законодавству приписується лише субсидіарне, допоміжне значення у розвитку права. Воно мусить бути “знайдене” й узгодженим із вже існуючим живим народним правом. Законодавець є не більш, як виразник народного духу, а звичай — лише форма його розпізнання.

Таким чином, народне право постає свого роду природним правом, священним і недоторканим для правителів. Не силу норм, встановлених владою, а значення народного права, яке самобутньо розвивається, затверджувала історична школа юристів.

Окрім звичаїв і законодавства, джерелами права є й правова наука і судова практика.

До подальших розвідок у даному напрямі слід визнати дослідження вчення Р. Ієрінга щодо зв'язку права з діяльністю людей.

*Стаття рекомендована до друку кафедрою теорії держави і права
Одеської національної юридичної академії
(протокол № 5 від 12 січня 2006 року)*



¹⁷ Новгородцев П.И. Историческая школа юристов. — СПб., 1999. — С. 97-98.