





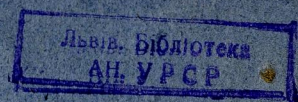
40 781

ЮВІЛЕЙНИЙ ЗБІРНИК
НАУКОВОГО ТОВАРИСТВА ІМЕНІ ШЕВЧЕНКА У ЛЬВОВІ
В П'ЯТЬДЕСЯТИЛІТТЯ ОСНОВАННЯ
1873—1923

Проф. Др. Станислав Дністрянський

Погляд
на теорії права та держави

Відбитка.



У ЛЬВОВІ, 1925.
НАКЛАДОМ НАУКОВОГО ТОВАРИСТВА ІМ. ШЕВЧЕНКА
З друкарні Наукового Товариства ім. Шевченка.

2

X 00



ПОГЛЯД НА ТЕОРІЇ ПРАВА ТА ДЕРЖАВИ.

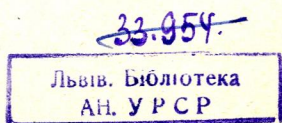
Минули вже 22 роки від часу, коли я поставив свою загальну теорію про відношення права до держави при нагоді наукових дослідів про „Звичаєве право та соціальні звязки“. Сю монографію надруковано спершу в Черновецькій „Richter-Zeitung“ по німецьки, опісля у львівській „Часописі правничій і економічній“ по українськи. До студії сього питання приневолили мене безкритичні та односторонні погляди пануючої теорії приватного права, яка, не оглядаючися на висновки інших наук, не зуміла була зберігти головних вимог суспільного життя в тісних межах своєї доктрини. Тому потреба критичного освітлення сього проблему була під ту пору так велика, що, ідучи за імпульсом молодого віку, не вважав я потрібним зупинитися на цілій — вже тоді дуже просторій — літературі про мету права й держави, та висновки, до яких я тоді дійшов, були більше інтуїтивні, ніж оперті на точних наукових студіях цілого питання.

Та всеж таки, хоч від того часу уплинули вже 22 роки та я поширив значно й поглибив студії над сим проблемом, запізнався всесторонньо з літературою сього питання і скріпив свої студії довголітнім науковим досвідом — мої загальні погляди на суть права та його відношення до держави не змінилися, вони тільки доповнилися до одної наукової системи, якої висліди подав я в I. томі моєї „Загальної науки права й політики“ з 1923 р.

На сьому місці не буду тому повторювати моїх попередніх висновків, тільки зупинюся якраз на перегляді модерньої літератури цілого поняття, та завершу його науковою синтезою для повного зрозуміння проблему під теперішну хвилю.

Маючи на думці модерні теорії права й держави, обмежуся на теорію з кінця 18, з 19. і з початком 20. віку. Французька конституанта являється й тут вихідним історичним моментом.

Архив 16



Значіння французької революції і кличів, нею принятих, не тільки тим важні для нашого питання, що вона дала почин до цілком нової конструкції держави та відкрила нові провідні ідеї для теорії права, але — можу се згори зазначити — що вся література нашого питання, свідомо чи несвідомо, зіставляла під безпосереднім або посереднім впливом сих ідей, які проголосила та до яких дала почин французька конституанта. Хоч як різняться на перший погляд наукові конструкції між собою, та як різна в них форма аргументації, всеж таки всюди додачуємо могутній вплив двох головних ідей: ідеї свободи людини, та ідеї суверенности народу (побіч суверенности держави), — зачим витворюється новий важливий чинник у правному житті модерної держави, себ-то суспільність у модерному розумінні, як чинник поруч держави а чимало й супроти держави, та повстає з одного боку національне, з другого боку соціяльне питання з рішачим впливом на ідею права в державі.

Зазначивши сі провідні мотиви, можемо приступити до аналізу теорій права й держави, які переповнюють наукову літературу від кінця 18 віку. Та всеж таки годі зложити сі теорії в одну наукову систему. Вони так перехрещуються зі собою, вони сконструовані на так різних основах, та оперують так ріжнородними методами, що не можна звести їх до кількох типічних груп. Тому не залишується ніщо інше, як обмежитися на факт, що нашим питанням займаються дві науки: філософія й право, та відповідно до того розглянути спершу філософічну (під I), опісля правничу школу (під II), шукаючи в межах сих шкіл провідних думок.

Сам огляд теорії права й держави має на меті представити розвиткову лінію новітніх ідей, та дати основу до правдивої наукової конструкції нашого problemu (під III).

I.

A) У звязку з теорією Русса починають філософічну школу нашого питання два великі учені: Гердер і Гумбольдт.

Ніхто ліпше не зрозумів та не передав духа свого часу в Німеччині, як Гердер. Ще перед французькою революцією він висказав погляди, які в 19 столітті стали підставою великих філософічних систем. Він батько розвиткової теорії історії, він перший указав на велике значіння суспільности в історії люд-

ства; він перший поклав (1784) основи під поняття „народної суспільности“.

Всеж таки слід зазначити, що вихідною точкою його системи є чоловік, як одиниця. Людський рід підлягає — на його думку — природним законам розвитку. Але духове життя-буття чоловіка та весь зміст його етичних ідей виказують безпосередній вплив його оточення. Як сам чоловік є продуктом етнографічних відносин, серед яких живе, так твориться процесом природи на етнографічних основах спільнота людей, що називається народом. Вона має ті самі природні прикмети, що й чоловік; нарід єсть організмом, що має свою питому народню душу. Основи сеї спільноти природні, але мета її культурна; лиш у ній може одиниця розвиватися як слід духово, лише вона витворює культурні традиції, що стають основою духового життя усіх членів. Кожний нарід твориться та поступає шляхом постійного історичного розвитку.

Суспільність чи нарід є звязком природним — натомісць держава неприродним, штучним. Держава являється тільки як *malum necessarium*. Відношення одиниць до держави є чимось абстрактним, посереднім та далеким — між тим, коли відношення одиниць в родині, чи в інших суспільних звязках, конкретне, безпосереднє та інтимне. Тільки суспільність є основою культури.

Брак довіря до держави проявляється також у початкових творах Гумбольдта. Він являється представником скрайного індивідуалізму. Найвищою соціальною вартістю є індивідуальність, найвищим соціальним завданням є культура власна. Людство повинно змагати до того, щоби як найбільше образувати індивідуальність. Тому й суспільні звязки мати муть лиш остільки вартість, оскільки причиняються до побільшення сили одиниць, залишаючи їм при тім повну індивідуальну свободу. Метою суспільности може бути тільки розвиток індивідуальної енергії людського життя.

Відповідно до того й держава має найвищий обовязок зберігти повну свободу одиниці. Держава повинна тому обмежитися виключно до правної охорони, залишуючи одиницям повну свободу в усіх справах культури і економіки. Держава не повинна зупинювати приватної ініціативи та в чімнебудь обмежувати індивідуальні змагання та придбання культурних та економічних дібр.

Але в пізнішому житті змінив Гумбольдт свої погляди

на державу та відношення громадян до неї. При кінці другого десятиліття 19 віку він прийшов до переконання, що громадяне не вдовольються тим, щоб держава залишила їх в супокою, тільки домагаються відповідного заступництва в кермі державою. Тому він шукав способу примирення індивідуалізму з новітніми завданнями держави, та знайшов її в ідеї „політичної організації“, яка домагається, щоби державна влада витворювалася органічно з народніх сил. Метою державного устрою мало бути виховання в напрямку загального добра, не на основі заступництва всіх мас народніх, тільки позискуючи до управи такі сили, які знають як слід усі соціяльні відносини і тому найбільше надаються до кермування ними. Гумбольдт залишився все таки приклонником аристократії.

Натомісць у славного філософа Канта стрічаємо цілу ідеологію французької конституанти з її змаганням до демократизму. Його теорія права й держави знаходиться в різних творах, але головні ідеї походять щойно з кінця 18 віку („*Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* 1796).

Хоч Кант зазначає різницю між етичними та правовими обов'язками, всеж таки вихідною точкою правного погляду являється його погляд на етику.

Він ідеаліст — та провідник етичного індивідуалізму. Основою етичної і тим самим правової системи є вольна воля людини. Чоловік мусить стреміти до того, щоби погодити свою волю зі своєю „свободою“. Він мусить піддати свободу під закон „єдности“, щоб задержати те, що є основою вартости цілого життя, себ-то вартости чоловіка, як „особи“. Свобода волі — се сила, підпорядкуватися під поняття „повинности“. Чоловік, свідомий обов'язку, здійснювати в житті те, що повинно бути, має вольну волю. Зміст сего обов'язку, на яким ґрунтується вольна воля, указує розум. Він опирається на волі загалу, на волі „мислячих людей“, себ-то спільноти. Індивідуальна воля мусить підпорядкуватися „загальній волі“, та на сій основі конструує Кант категоричний імператив: „Поступай так, начеб максіма твого ділання мала через твою волю стати загальним законом природи“. Так кожний матиме своїми ділами вплив на загал, кожний означуватиме своїми ділами ніво поведення других, та являється через те частиною ідеальної спільноти, зв'язаної рівними етичними законами. Одначе чоловік не перестає бути представником етичної свободи і є — як такий — самотою і носієм етичного самовизначення.

Якраз тим чинником, що свободну волю одного має погодити зі свобідною волею другого на основі загального закону свободи, являється право. Принцип права Канта відповідає принципові „свободи“ французької конституанти. Право є або вроджене, або набуте. Вроджене право прислугує безумовно кожному — се: „права людини“ французької революції. Інші права є набуті; вони повстають при допомозі правних актів (правних діл). Крім сього Кант ділить право на публичне й приватне.

Здійснення поняття права належить до держави. Історично повстала держава що правда з волі до влади серед поборюючих себе взаємно груп, але з поширенням культури прийнялося загальне змагання до уморальнення суспільности в державі; воно дало науці основу до представлення держави в такому стані, до якого вона повинна дійти. Так і Кант представляє в першому ряді державу на підставі своєї „розумової теорії“.

2 „Розумова держава“ Канта ґрунтується по своїй ідеї на договорі, відповідно до поняття особистої свободи. В сьому договорі зрікається громадянин своєї необмеженої свободи, щоб від держави одержати зате безпеку своєї, тепер уже обмеженої свободи. Се обмеження не може сягати далше, ніж вимагає сего огляд на свободу других. В ідеї особистої свободи лежить, що вона мусить бути для всіх рівна, та що громадяне підлягатимуть обмеженням свободи лиш остільки, оскільки їх признають добровільно. Тому держава повинна ограничатися тільки на правну охорону своїх громадян і давати всім громадянам право участі в означуванні правного порядку в державі. Тільки для переведення правної охорони й безпеки взаємної свободи громадян прислугуватиме державі право примусу. Всі громадяне мусять бути свободні, рівні та самостійні. Право участі в означуванні правного порядку проявляється на зверх правом голосування, котре одначе не може на погляд Канта прислугувати жінкам, недоліткам і т. и. Законотворча власть мусить бути відділена від виконуючої. Де не булоб такого відділення, мусівби панувати деспотизм, який противиться ідеї особистої свободи. Державний устрій повинен бути республіканський, чому одначе на погляд Канта не противиться, що на чолі держави стоїть монарх. Судейська власть мусить бути самостійна, ні від законотворчої ні виконуючої не залежна.

Публичне право не є одначе виключно правом поодиноких держав; сюди належить ще міжнародне і світове право. Світове

право ґрунтується на ідеї вічного мира в усіх державах. Всеж таки мусять існувати різниці між державами, головнo з огляду на різниці мови й віроісповідання, та залишається завсе принцип моральної політики, щоби народи лучилися в своїх державах на правних поняттях свободи й рівности.

Але Кант не зупинився на самій теорії „розумової“ держави; він зробив деякі уступки й для „емпіричних держав“ — мабуть навчений досвідом зворушаючих подій французької революції. Тому бачимо в него побіч теорії суверенности народу далеко сягаюче та майже необмежене право регента супроти громадян, проти якого громадяне не мають ніякого правного способу, ні детронізації, ні засудження на смерть. З другогож боку признає Кант державам право вмішуватися в справах загального добробуту та економічної старівлі, покликуючися на се, що мовляв найважнійші з тих справ належать до самоудержання держави супроти зовнішних ворогів.

Клясична німецька філософія згадує побіч Канта звичайно Фіхтового (Fichte). Фіхте переймив від Канта теорію розуму і етично-індивідуалістичний напрям, але в багатьох питаннях пішов своїми питомими шляхами. Для загальної науки права й держави його значіння далеко більше, ніж Канта, раз тому, що вихідна точка його філософічної системи більше відповідає загальному характерові права, а вдруге тому, що живучи на границі 18 та 19 віку і будучи свідком важних для правного розвитку подій, представив у своїх творах три основні погляди, які характеризують головні суспільні течії 19 віку: індивідуалізм, соціалізм, націоналізм. Його філософія вказує нові шляхи не тільки індивідуалізові, але відріжняючи точно суспільність від держави, також пізнійшому соціалізові та націоналізові.

Всі ті три течії вяжуться в його філософії славною теорією чину і теорією людського „я“. Основою світа є чин (діло). Сама думка не вистачає; людський розум мусить знаходити свій вираз у ділі; тому не досить, щоби чоловік був свободний та незалежний, він мусить ділати, творити, він мусить життя формувати. Зовнішні відносини мають велике значіння; справжня свобода проявляється також чином, а саме підпорядкуванням світа людському розумові. Останньою метою чоловіка повинно бути підчинення всего, що не має розуму, по своїм власним законам. На місце Кантівського імперативу Фіхте ставляє заклик: „Поступай так, щоб максиму свого ділання міг ти собі подумати як вічний закон для себе“.

3 В своєму творі про право натури („Die Grundlagen des Naturrechts“ 1796) відрізняє він право від моралі. Чоловік не може являтися свобідним, доки нема зовні причини, рішати самостійно про себе, — тому свобода виступає щойно у відношенні одного чоловіка до других. Всяке право торкається суспільности, та без суспільности не може існувати. Провідний принцип права звучить: Кожний мусить обмежити свою свободу з огляду на поняття можливости свободи других, під умовою, що й другі зроблять те саме супроти нього. Держава є тільки осібним родом суспільности, але не найвищою категорією її, тільки способом, щоби згодом прийти до найкращої спільноти. Фіхте робить отже виразну ріжницю між суспільністю та державою. Головним завданням держави є здійснення всего того, чого домагається право розуму, значить всего, що становить людські потреби. Тому Фіхте не обмежується на правну охорону, але виразно жадає від держави безпеки добробуту і взагалі економічної екзистенції громадян. Хоч як велику вагу прикладає Фіхте до суспільности, всеж таки свою теорію права натури він основує на індивідуалізмі. Він виходить від 3 первісних прав людини, до яких зачислює: 1) право щодо власного тіла, 2) право на власність, 3) право на самоудержання. Відповідно до тих прав нормуватимеся відношення громадянина до держави на основі 3 договорів: 1) охоронного, 2) власничого й 3) сполучного договору. В першому зобов'язується держава мовляв до правної охорони громадян; в другому громадяне забезпечують собі взаємно свої власничі права; в третьому вони визначають владу, що має бути запорукою виконання повищих договорів. Зосібна з огляду на приватну власність Фіхте вказує на те, що „власність ґрунтується на праці та повстає з праці“, причім очевидно виявляється його теорія чину. Наслідком ідеї згаданих договорів являється висновок, що державний устрій повинен допускати всіх громадян до співучасти в кермі державою, та що повинен опиратися на суверенности народу. До сеї останньої мети припоручає Фіхте контрольний уряд по аналогії грецького „ефорату“. Державна влада являється загальною волею держави. Її прислугує право примусу для виконання законів. Вона ділиться на поліційну, судейську і карну.

Теорію держави в розумінні права натури завершує Фіхте характеристикою її, як організму. Він вказує на аналогію державного організму з органічними силами природи, та каже:

„Природа конструується сполукою всіх органічних сил, людство сполукою волі всіх“.

Дальшу стадію в розвитку теорії права й держави бачимо в творі про торгівну державу („Der geschlossene Handelsstaat 1800). Автор, вірний своїй загальній теорії чину, навязує до своєї конструкції власничого права, та розвиваючи свої погляди на устрій замкненої в собі торгівної держави, виходить поза межі ранішого індивідуалізму, та склонюється до соціалістичної конструкції. Виходячи із того, що власниче право дає не лише право до річі, але право до вільної сфери ділання, і що таке право признають собі взаємно громадяне в осібному власничому договорі, приходить він до висновку, що держава повинна подбати про рівну участь своїх громадян щодо економічних дібр. Притім він не гадає про математичну рівність, тільки про власність, як необхідну умову для ділання — инакшими словами: про право на працю. Держава повинна дати всім громадянам рівну спромогу до власности, себ-то рівну спромогу, шляхом праці дійти до власности. Держава повинна означити справедливу міру особистих матеріяльних потреб у відношенні до якості праці кожного осібняка. В сьому слід добачувати перших засновників майбутньої соціалістичної теорії про право на екзистенцію і право на повний добуток з праці.

Крім сього подає Фіхте схему, як торгівна держава має поступати, щоб відповісти своїм завданням. Вона мусить унормувати не тільки продукцію, але й консумцію, причім ділиться населення після точного обрахунку потреб на 3 групи, та відповідно до того приділюється одним ґрунти, другим забезпечується стала праця й збут і т. д. Коротко кажучи: торгівна держава повинна вважати себе як замкнену економічну єдність і повинна вживати всіх способів, щоб досягнути спільну, загальну ціль, причім особиста свобода мусить підчинитися потребам загалу, про які має подбати сама держава.

Та й на сьому соціалістичному напрямку не зупинився Фіхте. Прийшли на його батьківщину дуже сумні часи, що грозили розпадом Німеччини. Тоді стало йому ясно, що держава не може обмежитися на правну державу в розумінні його теорії замкненої торгівної держави, але що вона матиме в модерному житті високе культурне завдання тісної політичної сполуки всіх культурно-національних елементів в одній ідейній спільноті. Спільна народня мова являється тим символом, який ввязатиме розпорошені по різних державах народні елементи

в одну культурну спільноту; сею спільнотою повинна бути держава. Так індивідуаліст Фіхте, що теорію особовости „я“ поставив вихідною точкою правної держави, що став соціалістом для типу торгівної держави, при кінці свого життя став провідником національної ідеї та сполуки всіх німецьких держав в одну національну державу („Die Reden an die deutsche Nation 1807—1808“).

Повна система філософії права походить щойно від Гегеля (Hegel). Попередньо слідуює однак згадати ще зосібна чотирьох німецьких філософів, які заслуговують на увагу; їх імена є: Шляйєрмахер (Schleiermacher), Шеллінг (Schelling), Кравзе (Krause) і Галлер (Haller).

Шляйєрмахер, заступник індивідуалізму, подібно як Гумбольдт, — тільки його індивідуалізм не такий односторонній та безоглядний. Етичне життя він додає щойно в спільноті, та головним предметом етики він уважає життя розуму в організації, причім одиниця являється органом. Так само різниться його наукова теорія від етичного індивідуалізму Канта, бо він не виходить від поняття „повинности“ і виявляється противником усяких імперативів, але за те обіймає своєю етикою всі впливи духа на природу. Він дивиться на боротьбу духа з природою зі становища естетики. Так і держава матиме свою основу в природі, при чому вплив духа (або розуму) проявляється у формі національної єдності народу. Тільки під тим поглядом може кожний громадянин признати сферу держави за свою власну етичну сферу, та може боронити тої сфери, як чогось святого та ненарушимого. Як етика повинна слідити за провідними розумовими тенденціями в організації спільноти, так ідеалом модерної держави повинна бути організація сего творчого процесу, який маніфестується національною єдністю народу. Дальше не повинна сягати інгеренція держави — вона має тільки зорганізувати сей процес, але не повинна сама перебирати на себе поодиноких функцій сего духового процесу: тому напр. ні релігія, ні мистецтво, ні продуктивна праця в державі ітд., не повинні належати до компетенції держави.

Зосібна відрізняє Шляйєрмахер 4 області етичного ділання: лучбу, власність, думання та почування. Тим 4 областям відповідають 4 етичні відношення: право, суспільне життя, віра й обьявлення. Право має на меті етичну спільноту поодиноких людей у взаємній лучбі. Суспільне життя представляється

як відношення одних людей до других з безпекою своєї приватної власности та признанням чужої власности.

Шеллінг повернув у своїй філософичній концепції знова до конструкції автономії людської волі. Але чоловік приходить до свідомости своєї свободи щойно через відношення до других. Умовою свободи волі є взаємний вплив людей на себе за посередництвом об'єктивного світа. Розум вимагає, щоби люде у взаємному відношенні до себе обмежували свою свободу з огляду на свободу других — та спосіб сего обмежування не можна залишити випадковости, тільки слід витворити неначе другу, вищу натуру, яка панувалаби в людському житті з силою природного закону для збереження загальної свободи всіх. Сим законом являється право. Воно повстало з початку як реакція проти насилля; однаке модерне право витворилося шляхом довголітнього історичного процесу в напрямку забезпечення людської свободи. Держава єсть об'єктивним організмом свободи. Та принцип організму обіймає взагалі весь світ, що підлягатиме загальній життєвій системі; Шеллінг називає се „душею світа“. Ученик Шеллінга Окен уважає тому державу тільки витвором природи; в державі виявляє на його думку природа свою волю.

Кравзе опирає науку права на етиці. Етика, се наука життя, оскільки воно означається людською волею. Вона означає усю діяльність, тому закони сеї діяльности є законами етики. А що людська діяльність мусить змагати до того, що є основою цілого життя, себ-то до доброго, тому й закони етики мусять іти також у тому напрямку. На тому шляху розвиває Кравзе також свою теорію права. Кожний чоловік є залежний від обставин, в яких живе; тому річ у тім, щоби людську волю тих людей, що живуть зі собою у спільноті, спрямувати на спільну ціль для здійснення розумної життєвої мети їх усіх. До сього змагає якраз право. Воно являється будовою усіх свободних умов життя поодиноких людей і людських спільнот в Бозі. Ні поодинокі люде, ні особові звязки родинні чи громадські, ні товариства чи то економічні, чи віроісповідні, наукові або мистецькі, не можуть існувати ні розвиватися без означення цілости всіх тих умов, яких вони потребують до свого існування та розвитку. До сего треба встановлення товариського взаємовідношення, що відповідалоби згаданій якраз меті; та се може наступити тільки в осібній правній сполуці, якою являється держава.

На цілком інших основах, ніж сучасники, стоїть Галлер (Karl Ludwig v. Haller). Його головна заслуга лежить у тому, що поборов теорію „*contrat social*“ Русса і прихильників тогож, та поставив намісць неї нову генетичну теорію. Невірний є погляд, що первісні люде жили зі собою, мовляв, без ніякого права й без спільноти. Навпаки — всюди, де небудь жили люде побіч себе, формувалося їх суспільне життя уже з природи та без ніякого соціального контракту на товариських правних принципах. У сьому суспільному житті витворюється, головнo з огляду на охорону слабших, уже в первісних спільнотах влада, котра в тих, що користуються тою охороною, витворює особисту залежність. Так твориться первісна родина, та опісля щораз ширші суспільні звязки аж до держави. Тому й держава представляється разом зі своєю владою як витвір природних суспільних відносин, та різниться від інших суспільних звязків тільки вищою мірою влади й свободи. Як влада в державі має свою природну основу, так природний є обовязок громадян піддаватися владі; їй підлягатимуть не лише піддані але й пануючі, та й вона матиме свою природну границю. На чолі держави стоїть або одна особа (монархія) або корпорація (республіка). Монархи виконують свою владу *iure proprio*, не з делегації усіх громадян. Ся влада витворилася або безпосередньо з природи, або на основі приватних договорів. Володарі були ще перед державою, тому, мовляв, не можна сказати, що нарід делегує своїх володарів; навпаки володарі витворили при допомозі своєї влади те, що становить нарід поодиноких держав. Взагалі стрічаємо у Галлера побіч змагання тодішньої доби до індивідуалізму вже явний зворот проти ідей французької конституанти з її напрямком до республіканізму. Він вважає республіку штучною інституцією, що опирається на спільних користях поодиноких членів та залежить від їх волі. Що він натомісць пропонує, пригадує французький апсїєн рєгіме з передреволюційних часів. Він завертає назад до проблему поодиноких приватних договорів, як основи майбутньої державної системи; навіть державна влада репрезентує на його погляд тільки суму приватних управлень. Так зводиться держава до індивідуальної, приватно-правної інституції.

Знова на давні шляхи класичної німецької філософії повернув Гегель; він відкрив однак новий науковий метод, та побіч ранійшої теорії, що вважала людський розум осередком цілої філософії, зазначив з великою силою проблем розвитку

провідних ідей в історії. Вже тим останнім проблемом він прислужився надзвичайно розвитку правничих наук, зосібна слід зазначити його велику заслугу в тому, що склав окрему наукову систему філософії права.

В своїх поглядах на право й державу він різниться діаметрально від Галлера. Намість генетичної теорії він ставить теорію розвиткової лінії в історії людства. В історії існували різні народи, зосібна: орієнтальні, грецькі народи, римський нарід і германські народи; їх історія відповідає, мовляв, чотирьом періодам людського життя: хлопчакому, молодечому, мужеському і старечому вікові. Справжня історія починається щойно державою. Кожний нарід має свою індивідуальність, має свій народний дух з питомою собі самосвідомістю; як такі, живуть народи що правда своїм питомим життям, але принципи їх народнього духа є про себе обмежені, не абсолютні — та щойно взаємини всіх народів до себе в тої історії витворюють загальний дух, світовий дух, як основу найвищого права. (Сею теорією дав Гегель у сполучі з історичною школою Савіньє почин до поглиблення історичних студій на полі права, та відкрив науковий шлях порівнювачому методові права).

Ціла філософія Гегеля ґрунтується на ось яких загальних принципах:

1) Основою цілого світа є розум, що єсть абсолютним субєктом. Абсолютом являється тільки дух, який виявляється сам собою. Лише дух існує в дійсности, все друге походить від нього.

2) Розум здійснюється сам собою. Се здійснювання відбувається постійно, шляхом безпереривного розвиткового процесу.

3) Щоб зрозуміти основи сего процесу, Гегель ставляє нову концепцію т. зв. діалектичного методу, який полягає на тім: Кожне поняття носить вже в собі те, що йому просто противиться. Тому діалектичний розвиток іде по сій лінії, що поняття ставляє перш за все те, що його означає (Thesis = теза), пізнійше воно зносить свої означення, та протиставляється йому щось цілком противного (Antithesis = антітеза), вкінці однак не можуть оба противні поняття стояти побіч себе, неґація зносить неґацію, та поняття мусить шукати чогось третього, вищого (Synthesis = синтеза).

На сих принципах вияснює Гегель суть права ось як:

Тезою є субєктивна воля одиниці; сій волі протиставляються самостійні цілі обєктивного духа — се антітеза;

та синтезою являється щось третього, себто здійснення свободи в праві. Право не є обмеженням, тільки здійсненням свободи волі та протиставляється тільки самоволі.

Значить, вихідною точкою права є вольна воля. Воля без свободи є однак порожнє слово. Вольна воля є абсолютним поняттям, та існування свободи волі, як ідеї, являється правом. Право приказує: Будь особою, та респектуй інших, як особи. Виходячи з поняття вольної волі, Гегель відрізняє три роди права: право власності, що є основою свободи особи; право договору, що ґрунтує сполуку волі двох осіб у одну волю; карне право, що є правом проти безправності.

Всеж таки Гегель не прикладає великої ваги до суб'єктивного самовизначення одиниць, але звертає головну увагу на соціальний бік правового питання. Вище індивідуальної етики стоїть етика суспільного життя (соціальна етика), причім етика й право є тим самим. Бачимо се в трьох головних соціальних творах: в родині, в т. зв. „громадянській“ суспільності і в державі. „Громадянська суспільність“ є посереднім соціальним твором між родиною та державою. Гегель звертає увагу, що поняття такої суспільності належить щойно до модерного світа. В ній являється кожний перш за все сам собі цілю, але не може сам досягнути цілого обсягу сеї цілі без огляду на других; тут одержує одиниця від других засоби до заспокоєння своїх потреб, але зате мусить зі свого боку причинитися до заспокоєння потреб других. Так поставив Гегель основи до теорії поділу праці. До сего він нав'язав й поділ населення на три стани: стан посідаючих землю, стан торгівників та промисловців і третій стан інтелектуалістів, що повинні займатися загальними справами.

Представивши родину як тезу, суспільність як антитезу, приходить Гегель до держави, яка має як найвища синтеза завершувати соціальний устрій.

Держава є на погляд Гегеля дійсністю етичної ідеї, субстанційною волею, яка те, що знає, переводить у діло. Вона ґрунтується безпосередньо на обичаю, та посередньо на самосвідомості поодиноких людей. Вона є етичною цілістю, що здійснює ідею свободи; є тим духом, що з свідомістю реалізує себе в світі. Новітня держава мусить вязати цілі загалу з повною свободою й добробутом громадян; тому побіч змагання до добра загалу мусить свобідно розвиватися індивідуальність людини. Державний устрій є формою державного організму. З од-

ного боку устрій виходить від держави, з другого боку держава удержується тільки своїм устроєм. Державний устрій залежить від самосвідомости того народу, котрий дає в нім вираз своєї суб'єктивної свободи. Суверенність держави лежить у тому, що державні справи і державна влада опирається на єдності держави і мають в ній самій своє останнє джерело. Про суверенність народу може бути мова лише настільки, якщо нарід представляється на зовні самостійним та має свою державу. Натомісць Гегель є виразним противником суверенности без монарха, та вважає тільки монархічний устрій одиноко-можливою формою модерної держави, бо мовляв „нарід без монарха є лише безформною масою, яка не може бути державою“.

Класичну школу розумової теорії завершують два філософи, що стоять на границі між ідеалізмом та реалізмом, а саме: Гербарт і Шопенгауер.

Гербарт (Herbart) вважає етику частиною естетики. Ціла вартість етичної волі залежить від форми волі. Відповідно до того він ставляє провідні етичні поняття, т. зв. практичні ідеї. До сих практичних ідей належить м. и. також ідея права, що змагає до того, щоб не допустити до спору між людьми. Право являється тому правилом, що його означили або признали люде, щоби не допускати до спорів.

Шопенгауер (Schopenhauer) вважає право негатиєю безправности. Якщо не булоб безправности, не булоб і права. Безправність є первісним, позитивним поняттям; право щойно залежним від того негатиєвим поняттям. Воно існує на се, щоб людям ошадити терпінь ізза безправности. Держава не оглядається ні на волю ні на внутрішні погляди людей, вона дивиться тільки на факти, на діла. Вона повстала із взаїмного договору. Республіки ведуть до анархії, монархії до деспотизму. Щоб осягнути найліпшу державу, треба виховати таких людей, щоби були готові своє добро посвятити для загального, публичного добра. Держава повинна бути правною сполукою, що ґрунтується на чистій теорії моралі. Т. зв. право натури, — що повинно називатися моральним правом — повинно бути основою кожної держави. Метою держави єсть стреміти до того, щоб кожний причинювався тому до добра всіх, що в ньому він бачить і своє власне добро.

Б) Коли в Німеччині панував ідеалізм, прийнялася в Англії теорія утилітаризму. Головними представниками її були Бентем і Міль.

Бентгем (Bentham) уважав основним принципом права й етики найвище щастя найбільшого числа людей (соціяльний евдаймонізм). Особисте вдоволення або невдоволення є основними причинами людського ділання. Вони означають не тільки те, що ми зробимо, але й те, що ми зробити хочемо; вони є, значить, мотивами і метою людських діл. Але добре зрозумілий інтерес кожного веде до того, щоб кожний причинювався до добра всіх, бо лише тим можна забезпечити собі найчистішшу та найдовшу радість. Тому чоловік має обовязки супроти себе і супроти других. Виконання якслід обовязків супроти себе — себ-то мудрість, опирається на уміркованню і пануванню над собою; супроти других виконується обовязки в двоякій спосіб, відповідно до того, чи хтось негативно причиняється до щастя других, чи позитивно (негативно: стараючися не вменшити щастя других; позитивно: стараючися його побільшити) — перша моральна прикмета називається чесністю, друга вічливістю. Право обіймає головно обовязки чесності.

Ся теорія називається утилітаристичною, бо цілий проблем етики й права опирає на пожитку. Пожиток — се те, що людям дає добро та хоронить їх від зла. До того повинен змагати кожний чоловік, та з огляду на пожиток повинен нормуватися соціяльний порядок у державі. Відповідно до сеї теорії склав Бентгем цілу систему адміністрації держави, яка дала основу до реформ в Англії на протязі 19 віку. Вихідною точкою Бентгема є все-таки особистий пожиток одиниць; тому він і не старався шукати ще осібного оправдання для загального, себ-то соціяльного пожитку.

Якраз щодо сього останнього питання вийшов Міль у своїй філософічній системі поза теорію Бентгема. Він укажує м. и. на те, що шляхом асоціяції повстають взагалі нові добра, які ще не існують в поняттю індивідуального пожитку одиниці, та з другого боку він старається доказати, що соціяльні почування є так само природні, як егоїстичні. В літературі державного права Міль є головно знаний зі своєї репрезентаційної теорії.

Між англійськими утилітаристами заслугує на увагу ще філософ Сіджвік (Sidgwick), який старався м. и. погодити поняття щастя поодиноких людей зі щастем усіх. Всі люде повинні, як розумні ества, стреміти до того, щоб виробити в собі

побажання, обняти своїми почуваннями як найбільше число других людей.

Евдаймонізм знайшов своїх прихильників і на континенті, та до найновіших часів стрічаємо їх в літературі нашого питання (нпр. Baumgarten, Die Wissenschaft vom Recht und ihre Methode 1920/22). Деякі з них конструують рід нормального щастя, та вважають метою права придбати кожному екзистенцію, гідну людини, або стараються добро одиниці звязати з добром загалу (*salus publica*).

В) В протиставленні до метафізичної системи німецької школи поставив Конт (Comte) у Франції систему позитивізму. Рівночасно він являється батьком соціології та є засновником соціологічної школи; тому мусимо на ньому зупинитися, хоч для права він не поставив окремої теорії.

Головні точки його теорії такі:

Філософія мусить обмежуватися на матеріал, який її подають досвідні науки; вона мусить бути позитивна, значить, мусить висліди досвідних наук сполучити в органічний звязок. Тільки досвід може бути джерелом пізнання правди. Сей метод відноситься й до науки про суспільність, себ-то соціології, яка в черзі поодиноких наук займає безпосереднє місце після біології. Соціологія продовжує неначе розвиткову лінію біології. Між тим коли провідний біологічний шлях визначає вагу нервової системи чоловіка для життя його організму, соціологія іде шляхом розвитку духових сил для впорядкування життя суспільности. Одиниця може існувати тільки в суспільности і для суспільности. Тільки в співділанні всіх сил виявляється значіння ділання поодиноких осіб. Одиниця ізольована від суспільности, існує тільки як зоологічне поняття.

Суспільність знаходиться у постійному розвитку; тому знання минушини є необхідне для розуміння теперішности, а знання одної та другої для формування майбутньости. Існує соціальний розвитковий закон інтелігенції. Людська інтелігенція переходить з стадії розвитку: теологічну, що звязує події зовнішнього світа з діланням надлюдських сил; метафізичну, що дивиться на світ з метафізичного боку; та позитивну, що бере справжні події та факти за основу пізнання. В усіх тих стадіях є різні етичні, політичні та економічні принципи. Зокрема: політично зазначається перша стадія вірою в авторитет монархічної примусової організації, зачим іде деспотизм з одного боку, сліпе підчинення з другого; друга стадія є зма-

ганням до свободи й рівності; третя витворює добровільне підпорядкування під духові вищости. Економічно представляється перша стадія ерою боротьби за економічні добра шляхом війни або рабунку; друга стадія стремлінням до економічних добутків шляхом праці, причім війни ведуться тільки для безпеки такого заробітку; а третя стадія має бути ерою вічного мира при повному зорганізуванні продукцій та консумцій на цілому світі. Тепер знаходимося при кінці другої стадії розвитку. Але нова третя стадія приготовлюється уже величавим розвитком капіталізму.

Соціологія ділиться на статистику й динаміку; статика слідить за сутю соціальних органів, динаміка за розвитком соціального поступу. Вона повинна змагати до організації цілого людського життя, та щоб се досягнути, мусить підготувити людей до „позитивної“ суспільности.

Позитивізм Конта розповсюднися скоро не тільки у Франції, але знайшов багато прихильників і в Англії, Німеччині та Італії. На основі його системи утворилися нові соціологічні теорії права й держави.

Не торкаючися деталей, зазначимо на сьому місці два роди теорій: Перша теорія добачує в праві сильнішого основу державної влади. Гумпльович виходить не з поняття чоловіка, але з понаття групи. Держави повстають та існують лише через те, що сильніші роди й племена завойовують слабші та панують над ними. Якщо право сим чином повстало, воно й нормує ту нерівність, яка підчиняє слабших сильнішим. Могутня меншість покликана вже з природи до володіння більшістю, яка має обовязок слухати. Като (1894) доказує, що в суспільности є всюди боротьба, та право повстає із того, що побиті слабші мусять признати владу сильніших, або що два рівно сильні признають себе взаімно. Се діється якраз у державі.

З інших теорій заслугоють на увагу ті, що на соціологічних основах переводять відношення одиниці до суспільности, та суспільности до держави.

Людвиг Штайн (Ludwig Stein) доказує, що суспільність є системою взаімного ділання на себе одиниць. Суспільність та держава ніде не є одно. Первісна суспільність (gens) була вже перед державою, теперішня суспільність виродилася щойно з держави. Суспільність є змінною структурою людського співжиття; її імперативи складаються з інстинктів, звичаїв, обичаїв, традицій, але не мають примусової сили правної організації. Вза-

галі суспільність являється пливучим, рухомим, динамічним станом у нормуванні людських взаємин, між тим коли держава єсть усталеним, супокійним та в сталих законах скристалізованим станом у формі примусових публичних приказів. Держава репрезентує сталість, натомісць суспільність змінність. Зосібна представляється суспільність висновком взаїмного ділання не звичайних, пересічних одиниць, але психічно сильно здіференційованих характерів для осягнення спільних цілей. Модерна держава є сталою організаційною системою володіння та підчинення для витворення рівноваги між інтересами поодиноких осіб та інтересами нації, а в дальшу чергу й інтересами цілого людства.

Г) Інакше дивиться на суспільність й державу англійський філософ Спенсер (Spencer). Він виявляється натуралістичним еволюціоністом та прикладає поняття організму в чисто природописнім значінню до суспільности.

Основними елементами всіх появ є матерія і рух. Світовий процес є постійним розділом матерії і руху. Або розпорошена матерія збирається в одно, через що затрачується рух поодиноких частин — се процес розвитку; або навпаки якась цілість починає рух та розкладається на частини — се процес розкаду. Метою розвитку єсть витворити рівновагу в сполуці. Але якщо прийшло до рівноваги, переходить розвиток наслідком постійного ділання зовнішніх сил у розклад. Розвиток іде від рівнородного до ріжнородного, від неозначеного до означеного.

Се діється також у соціальному житті. Також соціальні організації повстають шляхом інтеграції, себ-то наслідком сполуки щораз більших мас. Ся сполука стає щораз тривкіjšа тим, що поодинокі члени стають щораз більше залежними від себе. Приходить до того, що чинність та життя кожного стають залежними від чинности та життя всіх других. За тою еволюцією іде щораз більша диференціяція суспільної організації. Одначе є одна визначна ріжниця між соціальним та індивідуальним організмом. В індивідуальнім організмі вяже всі части одна свідомість, натомісць у соціальному організмі має кожна частина свою свідомість.

Спільнота не має, як цілість, корпоративної свідомости. Тому не можна добра одиниці жертвувати для добра держави — навпаки держава є на те, щоб служити для добра



одиниць. Спенсер боронить отже індивідуалізм, та заявляється з повною силою проти соціалізму.

Генетично вказує Спенсер на те, що в примітивних гордах повстають провідники на війні, та з воєнної контролю вирабляється пізнійше стан правління. Мандруючі родини лучаться у племена, сильніші племена підбивають слабші, піддані прибирають собі володаря і так повстають народи. Раніші спільноти сього роду мали більше зцентралізований устрій, але зі зростом промислу прийшло до відмеження сфери правління.

Як прихильник натуралістичного індивідуалізму, доказує Спенсер, що зміст людської повинности ґрунтується на інтересі до самоудержання та задержання роду. Він склонюється до раціонального утилітаризму, вважаючи найліпшим таке ділання, якого наслідки запевнюють найвищу суму життєвого задоволення. З огляду на других та співжиття з ними робить Спенсер тільки ту концесію, що ніхто не повинен так поводитися, щоби в співжитті виходило більше злого ніж доброго. „Родинна етика“ вимагає щоправда охорони й старівлі для слабших; натомість „соціальна етика“ повинна стояти на тім, що кожний повинен сам відповідати за свої ділання. Тут є закон рівної свободи для безпеки як найдалше ідучої диференціяції. Тому Спенсер уважає державу тільки за необхідне зло, та не признає її дальшої інґеренції, як регулятора соціального життя шляхом удержання порядку.

Г) Творцем теократичної теорії права є Шталь (Stahl). Право єсть впорядкуванням життя народу для удержання Божого порядку світа. Воно ґрунтується на Божих наказах. Право впливає із свідомости, що виповнюється Божі накази, що підчиняється моральній необхідности; на сьому опирається обов'язок, не на людській охороні або пожитку поодиноких людей. Держава є Божою інституцією, її влада походить від Бога; вона опирається на принципі авторитету, не майоритету. Навіть державний устрій є Божою установою. Правда, що доки не означено ще устрою, він залежить від людей; але з моментом призначення устрою він виступає не тільки сучасників але й їхніх потомків, як Божа інституція.

Д) Велику роль в розвитку соціальної ідеї 19. віку відіграв матеріалістичний погляд на історію Маркса й Енгельса (Marx, Engels). Сі оба провідники новітнього соціалізму оснували свою теорію на тому, що підставою суспільного ладу є продукція та обмін продуктів. Уся історія суспіль-

ности обертається кругом матеріального життя, зосібна право кожного народу залежить в першу чергу від економічних відносин. Правда, що в суспільному житті можливі і ідейні цілі, та вони належали в історії не раз до головних мотивів суспільних і правних змін, але все-таки треба всі спільні духові прояви в історії людства вважати висловами матеріальних, економічних відносин. Усім проявам зовнішнього світа відповідають у соціальному житті економічні феномени. Вони є, на погляд згаданих якраз соціалістів, творами природи. Вони повстають, порушуються та змінюються і перестають існувати шляхом природного процесу. В цілості вони є матерією соціальної екзистенції людей; наукові студії соціального життя мусять головну увагу звертати на прояву та розвиток економічних феноменів. Історія людства є рефлексом тих феноменів.

Модерний соціалізм змагає на думку згаданих повище провідників якраз до того, щоби перевести в дійсність те, чого домагаються економічні феномени в розвитку історії. Кажеться: Суспільне господарство новітніх часів поступило вже дуже далеко в напрямку соціалізації, зорганізувавши головну продукцію в пляново сконструованих економічних єднотах, як: фабриках, великій загальній посілості ітд.; між тим однак у світі задержався давний правний лад, який залишив приватну власність продукційних засобів в руках приватних осіб. Так повстає соціальний конфлікт між правом та економічною основою сучасного суспільного життя. Взагалі плянове співділення маси при витворі продуктів стоїть у суперечности з анархією, яка з огляду на продукцію існує на світовому ринку. Тому сам процес природного розвитку домагається сколективізування засобів продукції.

Ідеал соціалістичної держави представив Американець Беллемі (Bellamy) в своїй утопії з 2000 р. Намісць продукції великого числа поодиноких підприємців, централізується вона в руках цілої нації. Нація стає одним великим діловим звязком, одним великим продукційним підприємством. Вона стає одним капіталістом на місце всіх других капіталістів, монополістом, що в його зисках та ощадностях беруть участь усі громадяне. До сього однак треба, щоб всі громадяне були робітниками того національного підприємства. Нація мусить сю робітничу армію як слід зорганізувати, притім вона мусить звертати увагу на умові та фізичні прикмети поодиноких осіб, і рішати, які роботи повинен кожний переймити для найбільшої користи

нації і для найбільшого вдоволення своєї власної особи. Продукти спільної праці нагромаджуються в публичних складових домах. Кожний громадянин матиме свій річний приділ, та на основі сього приділу державний уряд виставить йому кредитову карту, при допомозі якої кожний дістане зі складового дому те, чого потребує. Взагалі ціла державна влада має займатися тільки регуляцією спільного підприємства; грошей та продажі не буде — мовляв — потрібно.

Е) З репрезентантів різних філософічних поглядів заслуговують зосібна на увагу:

1) Тренделенбург (Trendelenburg). Він припускає існування конструктивного руху, який кермується цілю, та вчить, що сей рух є спільний як зовнішньому так і внутрішньому світові. Ціль панує над світом. Тільки в суспільності і державі розвиває чоловік свою людську натуру. Право зберігає зовнішні умови для здійснення моральної ідеї; воно являється загалом усіх тих приписів людського ділання, які змагають до того, щоб удержати і далше розвивати цілість етичного життя. Держава є універсальною людиною в індивідуальній формі народу. Метою державного устрою є єдність влади.

2) Француз Курно́ (Cournot) учить, що теперішній розвиток людства представляється як постійний спір між законом природи а людським умом, причім з одного боку сильні індивідуальності, з другого боку випадки сей розвиток або приспішують або й здержують. Історія змагає до вилучення всего, що нагло перериває лінію постійного розвитку, та, коли щось такого трафиться (напр. наслідком революції), вона старається привести назад до правильного ходу цивілізації.

3) Теннієс (Tönnies). Він належить до прихильників сеї теорії, що поняття організму й механізму прикладають до прояв суспільного життя. Приглядаючися генетичному розвитку людських сполук в історії, він робить різницю між „спільнотою“ (Gemeinschaft) та „суспільністю“ (Gesellschaft). Первісному органічному та комуністичному типові людських сполук відповідає поняття „спільноти“: пізнішому, механічно-індивідуалістичному типові, який витворився помалу з первісного, відповідає поняття „суспільності“. Історія змагає до того, щоб знищити останки ранішніх спільнот, та поставити на їх місце модерну „суспільність“ з повною свідомістю зрілої індивідуальної волі.

4) Українець Кістяківський робить різницю між емпіричною наукою суспільності та нормативною наукою

права. Держава містить у собі оба елементи: вона являється і емпіричною реальністю і нормативною ідентичністю рівночасно. Тому він відрізняє два поняття держави: Одно — правниче як правну сполуку прав, обов'язків та власти; друге — соціальне, себ-то державу, як суспільність, значить як загал людей, що безпосередньо діляють взаємно на себе, та є сполучені зі собою соціально-психічним процесом. In concreto спливаються обі ті сторони поняття держави в одно.

5) Макс Вебер (Max Weber) називає право виразом стало означеного ладу. Сей лад мусить мати свою безпеку в примусі, фізичнім або психічним, та мусить бути окремий рід людей, призначених до виконання сего примусу. Держава являється політичним закладом, що має свій постійний адміністративний апарат з монополем переведження фізичного примусу для удержання соціального порядку.

6) В новіших часах займається теорією права й держави школа новокантістів, що відновляючи давні традиції філософії Канта (зосібна його теорію досвіду), старається відкрити нові шляхи. На чолі сеї школи стоїть Герман Коген (Hermann Cohen). Проблем права й держави він розсліджує в науці про „етику чистої волі“.

Вихідною точкою права є ділання (Handlung). Actio є по римському праву рівночасно ділання та й позив. Нема права без позиву. Право переводиться шляхом процесу.

Модерний дух вимагає сполуки етики та наукою права. Етика є неначе льогікою, наука права математикою духових наук.

Держава та суспільність — се різні поняття. Суспільність представляє окремішність, держава загал та єдність.

Держава є правничим поняттям, і тому що право стає правом держави, наука права матиме велике значіння для етики.

Держава є формою права. Притім грає справедливість визначну ролю. Грецькі філософи вважали справедливість, під поглядом рівності, чеснотою. Справедливість є чеснотою права й держави; вона основує зв'язок між етикою та наукою права. Наука права має не тільки осібну техніку, але є справжньою, питомою наукою побіч природописних наук і історії; вона є методичною системою своїх власних понять. Історія права переводить в дійсність ідею права; філософія права представляє саморозвиток права в його категоріях. Проблеми найліпшої держави є рівночасно проблемами найліпшого права. Поняття справедливості виповнює прогалину між дійсністю та віч-

ним ідеалом. Тому справедливість є також чеснотою історії і філософії права.

На цьому місці слід зазначити, що ніхто з новітніх філософів не висловився про значіння науки права з такою рішучістю, як саме Коген.

Крім Когена заслугує тут на увагу дальший прихильник новокантизму: Наторп (Natorp). Ідучи шляхами Платона він відрізняє 4 кардинальні чесноти, а саме: правду або правдивість, моральну силу або відвагу, чистоту і справедливість. Побіч правдивості мусить бути окрема моральна сила для перекладення в діло того, що признається добрим. Правдивість та моральна сила є чеснотами розуму та волі, але побіч них мусить бути ще така чеснота, що торкається внутрішньої вартості людської поведінки, а саме чистоти, як етичного порядку у внутрішньому житті чоловіка. Всі ті три чесноти завершуються у відношенні до спільноти в справедливості, яка обіймає всі ті чесноти разом у взаєминах до спільноти. Взагалі Наторп приймає у своїх філософічних міркуваннях виразну соціальну закраску.

Під впливом Когена й Наторпа склав свою теорію права Штаммлер (Stammler). Він розвинув її в різних своїх творах, та піддержує її в усіх основах до найновіших часів.

Штаммлер ставить знова волю вихідною точкою поняття права й розвиває свою теорію шляхами кантівського ідеалізму, присвоюючи собі притім деякі провідні думки матеріялістичного погляду на історію Маркса. Головна основа його теорії лежить у науці про т. зв. „правдиве право“.

Штаммлер ділить науки на дві категорії: природні та цілеві науки. Право належить до сих останніх. Основний проблем права опирається на систематичнім законі людської волі. Воля єсть означенням способів через ціль. Право належить до царини цілей. Воно є формальною прикметою людської волі.

Щоб воля стала правом, вона мусить перш за все зобов'язувати людей, се воля, яка повстає у співділанні більшого числа людей, що має призначення взаємно зобов'язувати їх. Так повстає соціальна воля, причім цілі одних установлюються способами для других і наоборот. Се мусить діятися так, щоб нікого не вживати більше за спосіб до цілі других, ніж йому другі признають способи до його цілей. Се принцип чистоти волі в праві. На такому співділанні ґрунтується взагалі поняття суспільности, спільноти. Воля суспільного зв'язку

є по правді тільки волею тих людей, що до нього належать. В понятті соціального співділання лежить як необхідний елемент: зовнішнє унормовання. Позитивне право матиме тільки умовне та обмежене значіння. Воно мусить стреміти до того, що лежить у понятті доброго, воно мусить стреміти до того, щоби було правдивим правом, значить таким, що відповідало би чистоті волі суспільности. Правда, що треба хоронити існуюче, позитивне право від самовільного розпаду; але в сьому не лежить одинокє та найвище завдання державних політиків чи законотворців. Не досить, що вони обстоюють виконування права, так як воно є — вони мусять його постійно справляти та поліпшувати по шляху ідеї справедливости. Та якраз ся ідея здійснюється в принципі чистої спільноти і соціального ідеалу. Чиста спільнота — се вираз спільної волі свободних людей, що виявляється в тому, що кожний з них уважає об'єктивно-оправдані цілі других своїми цілями. Соціальний ідеал ставляє два головні домагання: 1) Шануй кожного в його індивідуальности; 2) згодися на те, щоби кожний член спільноти міг користуватися життєвими добрими спільноти. Так твориться поняття „правдивого права“. Воно мусить бути об'єктивно правдиве, значить, мусить поодинокі бажання та змагання одиниць привести до спільної гармонії. В тій цілі треба ті змагання та бажання як слід об'єктивно розважити та супроти себе відважити.

На погляд Штаммлера господарство се матерія спільного людського життя, а право, се форма сього співжиття.

Державу не можна вважати причиною права. Вона являється тільки спеціально унормованим правовим ладом.

До школи новокантистів слід зачислити й найновішого дослідника відношення права до держави: Сандера (Sander). Він хоч по фаху юрист, переймив увесь філософічний метод на взір Канта й новокантистів, та змагає до того, щоб трансцендентальний метод переціпити на ґрунт філософії права, а з другого боку цілу науку права, як таку, зробити тільки одною галузю філософії. Від Канта й Когена перебрав теорію „досвіду“, за Когеном переймив поняття „чистої волі“, від Ерліха (пор. низче під II) погляд на вічне доповнювання та віднову позитивного права живим правом шляхом суду — і поставив теорію т. зв. правового досвіду на основі правового поступовання. Так він дійшов при допомозі філософічних міркувань до правничих вислідів — і тому згадавши на

сьому місці про нього загально, мусимо ще зупинитися на його теорії при огляді правничої школи (під II).

Ж) Філософічну школу теорії права й держави завершує на мою думку славний німецький філософ Вундт (Wundt). На ньому й скінчимо огляд філософічних теорій нашого problemu, зосібна тому, що його теорія містить у собі багато тих чинників, які характеризують уже правничу школу і через те він сам являється неначе посередником між одною та другою школою.

Перш за все треба зазначити, що Вундт поставив свою теорію права, суспільности й держави в своїм великім творі про „психольогію народів“, а саме в VIII та IX томі (1916—1918).

Перейшовши генезу держави від родини та племені, він говорить про „психольогію державних форм“, вказуючи на те, що психольогія обіймає не тільки принципи духового життя одиниць, але й духового життя народів. Правда, що життя представляє єдність, що обіймає разом фізичне та духове існування; але так як природописні науки абстрагували в своїх дослідках від духової сторони людського життя, так навпаки психольогія повинна черпати свої основи тільки з принципів душевного життя. Хоч годі сумніватись, що деякі технічні функції, напр. почування, стоять у звязку з підготовними фізіологічними подіями, то всеж таки сей звязок не йде так далеко, щоб зрівнувати психічні з фізичними елементами, та психічні феномени, як такі, залишаються в своїй сполуці творчими результатами. Психольог, що досліджує звичайне змислове спостереження, поступає так само як історик, що хоче кавзально заналізувати чергу історичних подій, або як психольог народнього життя, що хоче зрозуміти ті загальні закони, по яких вона розвивається. Взагалі ціла історія розвитку людської суспільности підлягає певним загальним законам, які проявляються не лише тим, що деякі події повторюються в історії, хоч часово лежать далеко від себе, що повторяються мотиви подібних до себе подій, але й тим, що політичні порядки слідуєть після себе з певною послідовністю.

Так і держава є для психольога народнього життя так само важливим предметом досліду, як для психольога людини людська душа. Як душа є єдністю усіх душевних подій, так держава є звязком подій державного життя. Державу не можна ніколи відділити від народу, що її становить, так як вона пред-

ставляє звязок усіх діл дотичної народньої спільноти, цілість духового життя, з якої родиться державна культура. Державне життя народу розвивається постійно і так витворюється народній характер. Тому й „загальна воля“ народу не є тільки сумою волі всіх осіб, що є сполучені в державі, але психічною результатною в тім самім значінню, в яким сполучені твори душевного життя не є аддіцією поодиноких елементів, тільки загальною результатною взаємно ділаючих на себе душевних сил.

Зазначивши сим чином становище науки про державу в системі психології народів, Вундт приступає до відношення суспільности до держави. Він відрізняє два роди суспільности: оден обіймає цілість живучих зі собою людей та зберігаючих релятивну єдноту суспільного обороту і звичаю; другий обіймає тільки частини попередньо згаданих звязків, причім поодинокі члени вяжуться зі собою на основі свободної сполуки. До першої категорії належать сталі звязки, як родини, роди, племена, держави — до другої категорії корпорації, товариства, стоварищення і т. д.

З хвилиною, коли згадані поодинокі спільноти підпорядковувалися загальному порядку найвищого соціального звязку, повстала держава. Цю в державі одержали спільноти отсю єдність, яка обіймає та як найбільша спільнота підпорядковує їх під свою владу. Супроти спільнот низного типу держава визначається двома характерними моментами: автономією і автаркією. Автономія — значить: володіння над собою, незалежне від ніякої чужої волі; автаркія: можливість виконання своїх постанов із своєї власної сили (се останнє поняття є тільки релятивне). Тому держава не може бути ні сумою самостійних одиниць, звязаних зі собою буцім-то якимсь договором, — ні побільшеним образом автономії індивідуальних осіб. Автономія одиниці різниться основно від автономії держави і від автономії інших суспільних звязків. Одиниця безпосередньо переводить свої індивідуальні мотиви в дійсність — та перешкоди є можливі тільки з боку других людей. Автономія суспільности (значить: суспільних звязків з виїмком держави) є обмежена з огляду на ті передумови, які склалися на неї ходом розвитку. Натомість автономія держави відзначається тим, що поминувши зовнішній примус, якому підлягає кожна воля, не є ніколи обмежена чужою волею.

Відношення права до держави не лежить у тому, що право є, мовляв, характерною прикметою кожної держави, бо

право знаходиться й в низчих соціяльних зв'язках перед повстанням держави. Щойно тоді, коли права поодиноких суспільностей зберуться в загальнім правнім порядку держави до спільного знаменника, можемо сказати, що сей правний порядок єсть головною основою держави. Тому не можна сказати, що — мовляв — держава є творцем права, бо сей погляд мішає поняття права з поняттям загального правного порядку. Ні держава не витворила права, бо ще перед державою були інші правні твори (в суспільних зв'язках низчого типу), ні право не витворило держави, бо в переддержавних спільнотах не було ще того правного зєдинення, яке є передумовою автономії та автаркії держави. Коротко кажучи: годі судити відношення права до держави зі становища сукцесії, так як не можна ставляти питання, чи яйце було перед куркою, чи курка перед яйцем. Держава має першинство перед правом, оскільки мається на думці модерний, до спільного знаменника зведений правний лад; натомісць право має першинство супроти держави, оскільки є річ про поодинокі правні системи тих суспільних зв'язків, які були вже перед державою, та які опісля злучилися в державу. Крім сього треба зазначити, що не само існування правного ладу є основою та характерною вимогою держави; вона мусить мати, як сказано, автономію державної волі, яка щойно характеризує державу як „загальну особовість“. Взагалі правний лад у державі не є наглим витвором, тільки довго підготовленим серед щораз нових змін і продуктів суспільного життя в історії. Тому правда лежить у тому, що ні право не повстало перед державою, ні держава перед правом, але обое розвиваються рівночасно.

Правний лад подає норми поведення людей в суспільному житті, та мотиви сих норм знаходяться в культурі й практиці життя того загалу, котрого правний лад торкається. Право обіймає відповідне число тих мотивів та збирає їх до спільного знаменника, усталюючи їх у своїх нормах; воно має формальний характер, не зупиняючи багатства та різноманітності культурних феноменів суспільности, котрі щодо змісту щораз більше змагаються і в своїм розвитку причиняються помалу до нових правних форм. Само право представляється в даному моменті тільки результатом головних мотивів у історичному розвитку людського життя.

„Загальна воля“ є тільки в тій формі можлива, що багато різних напрямків волі лучиться зі собою в єдність, котра

знова не може бути ні ідентичністю, ні самою аддіцією, тільки результатом, що обійматиме і згідні і незгідні мотиви і тому представляється новим твором супроти тих елементів, з яких повстала. Суспільність є, як така, первісним джерелом загальної волі. Основою є організація волі, яка витворює потрібні групи представників індивідуальної або й колективної волі. Правна воля витворилася із загальної волі населення, обіймаючи загальний зміст та й напрямок сеї волі; сей зміст надає її нормальний характер. Право єсть формою з імперативів: ти можеш, ти повинен і ти не повинен. Звичай не є, загалом беручи, предтечою права, його мета є, побіч права означувати стан дотичної суспільности в її головних напрямках.

II.

Друга категорія наукових теорій права й держави обіймає правничу школу, побіч якої мусимо ще подати окремий огляд політичної школи, що мала важливий вплив на модерну науку нашого часу.

А) Приступаючи до правничих теорій права й держави, мусимо зазначити загальні напрямки, як у науці права, так і в науці про державу, та зупинитися на важніших правничих конструкціях нашого питання. Основні напрямки теорії права обговорюються в 4 головних правничих школах: історичній школі, школі цілевости в праві, емпіричній школі, та школі живого права чи змагання до свободи в прикладі права. Також теорія держави має різні характерні моменти в різних періодах 19. і початку 20. століття. Зосібна заслуговують на увагу правничі конструкції державної суверенности, особовости держави, органічності держави, правової держави, права як норми, права як етичного мінімуму і т. д.

1) Основником історичної школи права був Савіні — його головним прихильником: Пухта. Вони поборили теорію права натури, доказуючи, що право не є незмінне, метафізичне поняття, яке можна сконструувати на основі апіорних, філософічних міркувань, але вислідом постійного історичного процесу. Одиною основою права є нарід, від якого воно виходить, та для якого воно призначене. Як людина має душу, так і нарід матиме в цілости свою власну, питому, народню душу; ся народня душа є загальним феноменом, якого щоправда не можна безпосередньо науково розслідувати, але яка є всеж таки реальним поняттям, ствердженням через загальний досвід, а саме

тим, що в народі творяться спільні переконання щодо спільного життя і ті переконання стають основою т. зв. звичаєвого права. Звичаєве право є основним правом, що має бути для законотворця дороговказом, як формулювати та справляти позитивне право. Тому історична школа висловлюється проти нових кодифікацій в державі, за плеканням та розробленням звичаєвого права. Щоб се досягнути, треба як слід поглибити студії історичного розвитку права і в сьому процесі відкрити провідні ідеї, якими в правних питаннях проявляється душа народу.

Поняття народа (нації) в модернім значінню не походить однак від історичної школи. В німецькій літературі поставив його у перше Адам Міллер (Müller, 1809) ще перед заснуванням історичної школи. Він розуміє під нацією в сьому розумінні вищу спільноту довгої черги минулих, теперішніх та майбутніх генерацій, що вяже своїх членів на життя і смерть.

2) Головним представником цілевости в праві є Ієрінг (Ihering). Він учить: Мета є творцем усього права. Нема волі, нема ділання без ціли. Взагалі життя не є що инше, як цілеве відношення зовнішнього світа до власного існування людини. Воля є одинокою силою, формуючою світ. Подвижником сеї сили є мета.

Кожний чоловік дбає перше всего за себе — се егоїзм. Але щоб других людей позискати до своїх цілей, він мусить получить свою ціль з чужим інтересом. Те саме діється з цілями загалу. Є два головні роди сих цілей: зорганізовані — оскільки для їх досягнення існує окремий апарат, що ґрунтується на стало унормованій сполуці членів; незорганізовані — оскільки нема такого апарату, та дотичні цілі залишилися залежними від свободної постанови поодиноких людей.

Організація ціли дійшла до найвищого розвитку в державі. Ся організація користується правом. Апарат, яким держава здійснює свої ціли, є по суті такий самий, яким послуговується природа для своїх цілей, значить: він полягає на примусі, що є або безпосередній, себ-то механічний, або посередній, себ-то психольогічний.

Уся культура та історія вказують на уживання людського існування для цілей загалу. Нема чоловіка, який бувби тільки для себе, кожний співділяє у загальній культурній меті людства; кожний єсть через других і для других. Суспільність (societas) є в правничому значінні зєдинення кількості осіб, що

получилися зі собою для здобуття спільної цілі, притім кожний член, ділаючи для цілі спільноти, ділає і для своєї цілі. Юридично беручи, треба для заіснування такої суспільності осібного договору, але в дійсності існує в суспільному житті така сполука і без тої форми. Суспільність являється тому справжньою організацією життя для других і при допомозі других. Сим чином поняття суспільності покривається по часті з поняттям держави. Але тільки по часті: а саме остільки, оскільки суспільність потребуватиме для переведення своїх цілей зовнішнього примусу. Суспільність не потребує однак часто такого примусу. Торгівля, промисел, земельне господарство, фабрикація, мистецтво, наука та домашні і життєві звичаї організуються звичайно самі, без зовнішнього примусу. Держава виступає в сих справах зі своїм примусовим апаратом лише тоді, коли хтось нарушив сей порядок, який вони самі собі означили, щоб забезпечити сей лад.

В поняттю права є два головні чинники: власть і норма; право повстає на основі власті сильніших, що в своїм власнім інтересі обмежують себе нормами з огляду на слабших. Право не є самотою, тільки способом до мети; останньою метою права є існування суспільності. Якщо покажеться, що суспільність не може дальше існувати в дотеперішнім правнім стані, сила запановує над правом і робить се, чого треба.

Примус являється зовнішньою основою права й держави. Держава є керманичкою правного примусу. Дисципліною примусу є право. Організація соціального примусу обіймає дві функції: установу зовнішнього механізму сили і приписів уживання сього механізму. Перша припадає державі, друга праву.

Внутрішньою стороною права є норма. Норма є приписом людського поведення, — абстрактним імперативом для органів державної влади, жадати означеного поведення від других.

Право повинно змагати до справедливости, значить до матеріальної і формальної рівности людей. Хоч се змагання не відповідає людській природі, право мусить все таки до того стреміти, бо сього домагається добро загалу.

Взагалі змагання до загального суспільного добра є головною основою суспільного життя. Так приходить Ієрінг до поняття соціального утилітаризму з тезою, що поняття етики в суспільності сходяться з поняттям суспільної позиточности. В концепції Ієрінга відіграє соціальна етика дуже важку ролю; вже в нього стрічаємо погляд, що сам механічний

примус держави не вистачає, та що мусить його як слід доповнювати психологічний примус суспільности.

3) Емпіричний метод філософії знайшов аналогію також у науці права. Вже сам Ієрінг прив'язував велику вагу до вимог життя і до судової практики; окрему правничу систему емпіризму поставив у Німеччині Адольф Меркель (Adolf Merkel). Лише досвід може бути по сій теорії вихідною точкою справжнього пізнання. Емпіристи виходять від поодиноких фактів, та намагаються на основі сих фактів витворити загальний образ і відгадати сим чином провідні лінії цілого правового problemu.

В Англії й Америці прийнято натомісць метод історичного еволюціонізму. Право здійснює, як кажеться, історію розвитку народу за час багатьох століть і тому не вистачає знати, що сьогодні є правом, але й те, що було правом і що мабуть буде правом.

Емпіричним методом послугується в найновіших часах і славний шведський учений Челлен (Rudolf Kjellén) в науці про державу. Він приступає до студій про суть держави, вказуючи на се, що вихідною точкою цілого problemu мусить бути те, як держава представляється в дійсности, себ-то що виказує про неї досвід. Перш за все бачимо в державі з одного боку примус, що обмежує індивідуальну свободу, з другого боку охорону одних супроти нарушень других. Се правний лад у державі, що ґрунтується очевидно на волі і на силі: на волі, яка знає чого хоче, та на силі, яка й може те, що хоче. В сій формі являється держава правним підметом. Але на тім не кінчиться чинність держави; вона побирає від громадян податки, покликує їх до війська, та в разі потреби на війну. Крім сього вона всюди підпирає своїх громадян радою та ділом, стоїть на чолі народного господарства та управляє народнім вихованням, народньою культурою; вона сама перебирає в свої руки найважніші галузі суспільної лучби і т. д. і т. д. З того слідує, що держава по правді не обмежується на функції правового ладу, але виконує й найважніші завдання економічні та суспільні. Принявши емпіричний метод, Челлен, аналізує модерну державу, як територію, як нарід, котрий замешкує державу, як фіскус, як суспільність і як владу (про дальші висліди теорії Челлена пор. нижше під 6 в).

4) Правничі круги не вдоволилися одначе самими теоріями про метод науки права, чи суть права або держави, але повсталала

школа, що звернула головну увагу на приклад права до суспільних життєвих відносин у державі. Як у загальній теорії щораз більше зазначається вага й самостійна роля суспільности в державі, так мусіли проявитися змагання до щораз більшого впливу потреб суспільности, а з ними і суспільних поглядів, на виконання правних приписів органами держави, з осібна суддями. Звернено бачну увагу на економічні і соціяльні потреби сучасної доби, та в слід за тим пригадано собі невичерпані джерела права всіх тих суспільних звязків і суспільних груп, які входять у склад держави. Се дало почин з одного боку до „теорії свобідного прикладу права“ з другого боку до т. зв. „живого права“.

Початки теорії свобідного прикладу права стрічаємо у Франції. Маніо (Magnaud) жадав, щоби всі закони інтерпретувати гуманно, та щоби судді при своїх присудах чи засудах кермувалися загальним принципом людської солідарности. Відповідно до тої засади він обговорив багато правних рішень, та вказав способи, як суддя повинен користати зі своєї свободи при вирішуванні правних питань.

Ся теорія знайшла визначних приклонників і поза межами Франції. І я прикладав уже в моїх перших працях велику вагу до свобіднішого методу інтерпретації державних законів (1898), але всеж таки зазначував в рамцях позитивного права границі сеї свободи; натомісць у 20. столітті утворилася побіч т. зв. догматистів школа повної свободи досліду права. Між тим коли догматизм жадає, щоби суддя держався тільки закона, та виходив поза закон щойно настільки, наскільки закон йому се позволяє — теорія повної свободи домагається, щоби суддя не ввязався законними нормами, та вважав їх тільки загальними вказівками, які не можуть стіснювати суддів у свободі осуду суспільних потреб чи відносин.

Значно важніша є в сьому напрямі теорія живого права, що на основі наукових досвідів указує й джерела, з яких суспільність черпає своє право. Назва походить від Ерліха (Ehrlich), який свою теорію поставив на подібних основах, як моя теорія суспільних звязків. Не хочачи повторювати на сьому місці висновків, до яких я дійшов у перших роках сього століття („Звичаєве право — та соціяльні звязки“), зазначу коротко теорію Ерліха, передану в однім з послідних його творів („Die juristische Logik“, 1918. Перший раз проголосив проф. Ерліх свою теорію в „Soziologie des Rechts“).

Він учить:

Основні суспільні установи, як: найважніші корпорації, подружжя, родина, посідання, договори, спадщина, не є витворами держави, тільки старші від держави. Розвиток тих інститутів ґрунтується на внутрішній силі суспільности, та не є по суті залежний від держави. Найбільші суспільні перевороти, перехід з натуральної до грошової господарки і до капіталізму та індустріалізму доконалися шляхом вікових суспільних рухів по часті взагалі без впливу держави, по часті в боротьбі суспільности з державою. Держава займалася тими справами звичайно щойно тоді, коли розвиток покінчився, або трохи не покінчився. Взагалі ціла точка тяжести розвитку права не спочивала ніколи на державі, та щодо головних річей право повставало при допомозі суспільних сил, не щойно через державу. Держава є органом суспільности; суспільність витворила державу для військових цілей, та годі в початках держави добачити звязку з правом. Щойно пізнійше перебирає держава від суспільности інституцію судів, та примусове переведення засудів чи присудів, яке первісно належало до суспільности. Модерня держава переймила одну частину права в своїх законотворах. Правда, що в розвинених державах участь в правному ладі є дуже велика, але всеж таки се по правді тільки незначна частина правного життя. Головна частина права залишається в межах суспільних звязків чи суспільних груп — воно вічно відновлюється, вічно прикладається до потреб та поглядів тої суспільности, яка його творить, не оглядаючися на становище держави. Се якраз „живе право“ в розумінню Ерліха. Право, яке знаходимо в законах, є тільки нужденним та немічним людським ділом супроти внутрішньої сили „живого права“.

5) На сьому місці мусимо зупинитися на поодиноких правних конструкціях в літературі 19 і 20 віку, щоб опісля (під 6) завершити огляд правничих теорій новітніми теоріями цілого problemu.

а) Якщо кинемо оком на німецьку правничу літературу з першої половини 19 віку, то зазначається загальна думка, що держава є сполукою більшого числа людей на означеній території. Вже Клібер (Klüber) вказує виразно на відношення до стало означеної території (1817). З нових письменників піддержують між иншими Еллінек і Челлен, сю теорію (пор. під 6). Так само повторюється погляд, що держава є родом суспільности („громадська“ суспільність: Клібер; „необ-

хідна“ суспільність: Дреш). Дальше кажеться, що держава є появою загального досвіду історії і сучасности (Роттек) і тому має реальне буття. З філософії перенято поняття „нерозлучної єдності“ (Йордан), та обнято сим поняттям також єдність влади в державі (Бішоф).

Найбільше характерні є погляди сеї доби про державну владу, зосібна про поняття та обсяг суверенности держави. Історичні обставини, в яких жили тоді німецькі держави, не витворили ще пригожого ґрунту для здійснення справжньої суверенности народу, тому в поодиноких правних системах першої половини 19 віку стрічаємо побіч змагань, присвоїти собі деякі кличі французької революції, в найліпшій гармонії також старі традиції державної суверенности в розумінні теорії Бодена (Bodin-Bodinus).

Тому повторююгся фрази, що державна влада є найвища, непобідима, безумовна, невідклична, від нікого незалежна, непомильна, невідповідальна, неділима, свята й вічна. Але з другого боку стараються тодішні вчені внести нові поступові ідеї свободи людини, соціального контракту, загальної волі і т. д. у свої системи.

Так н. пр. вчить Роттек (Rotteck, 1830), що державна влада є „первісна“ або „штучна“. Первісна повстає через окремий сполучний договір, який витворює мовляв ту загальну волю, що вяже всіх; штучна повстає щойно шляхом тої загальної волі, яка встановляє штучні органи державної влади.

Інтересна є правнича конструкція Віппермана (Vipperrmann, 1844). Він називає найвищу владу на землі суверенністю. Суверенність являється у нього якраз висловом свободи держав. Свобода — се, на його погляд, відсутність усяких обмежень. А всеж таки свободу можна правничо обмежити як найбільше, не нарушуючи притім поняття свободи. Тому хоч державна влада по суті невідповідальна, непомильна, свята, неділима та непоборима — вона може підлягати найдальше ідучим правним обмеженням, так як власниче право не перестає бути власничим правом, якщо його обмежують сервітути. — Мавренбрехер (Maurenbrecher, 1837) відрізняє 2 роди тих обмежень: природні, себ-то витворені цілю держави, та позитивні, себ-то встановлені конституцією. — Бішоф (Bischof, 1850) звязує поняття всесторонньої єдності влади в державі з поняттям обмеження її через громадянські права одиниць і каже, що оба поняття мають безпосередньо основу в ниніш-

ному світогляді. Хоч державна влада справді суверенна, від нікого незалежна та нікому невідповідальна, то всеж таки вона обмежена державною цілю і тому стоїть на службі етики, мусить виконувати право і причинюватися до побільшення загального добробуту. Держава не повинна виявляти іншої волі, як таку, що є об'єктивно розумна і моральна. Сього вимагає, мовляв, особовість держави. (Так бачимо в нього конструкцію особовости, яка пізнійше в правничих теоріях відіграла важливу ролу — пор. низче під б). Воля держави знаходить свій вираз у законах. Закони подають найвищим авторитетом репрезентативних тіл випосажені правні норми, які в державі основують такий правний лад, в якому одиниці і моральні круги мають можливість досягнути свою остаточну етичну мету. Справжні границі законотворчої влади лежать у добре набутих приватних правах других, та містяться в конституції. — Вкінці згадаємо ще теорію Шміттгеннера (Schmitthenner 1845), який суверенність держави називає „абсолютною автономією“; вона лежить мабуть у тому, що держава, як найвища етична система суспільности, не може підчинятися нічій владі. Вона свята, вічна та невідклична (*suprema potestas*). Але що держава є етичною формою життя, системою справедливости та об'єктивного існування права, то політична влада мусить бути по суті все-таки обмежена; а саме ті обмеження є або етичні (ідеальні, розумові), що сліднують з поняття й натури річи, або позитивні (правні, історичні), які означає позитивний державний устрій. У сього автора стрічаємо вже конструкцію держави, як особи і як органічної форми суспільности (пор. під б) і в).

б) Велику ролу відіграє в теорії держави конструкція держави, як особи. Сю конструкцію стрічаємо не тільки в літературі державного, але й приватного права. Через те однак, що на загальний погляд держава має бути особовістю публичного права, зупинимось на сьому місці на найважливіших теоріях державно-правної літератури. Погляд правної особовости держави належить до найбільше розповсюджених, та в науці права бачимо його вже у Альбрехта (Albrecht, 1837), але й у вчених найновішої доби (напр. у Кельзена, 1911).

Ся конструкція служить ріжним цілям. Одні послуговуються нею, щоб зазначити високу етичну місію, яку держава має сповняти в суспільному житті; другі на се, щоб пояснити вищу єдність, в якій держава сполучує своїх членів під своєю владою; треті, щоб оперти на сьому свою теорію державних

цілей; четверті, щоб зрозуміти, чому держава матиме свою питому волю і чому та воля дає їй право панувати над другими.

І так н. пр.: Шміттгеннер (пор. під а) називає державу особою, бо вона має сама в собі етичне призначення, вона сама містить у собі об'єктивну етичну ідею. — Найвища правна особовість держави проявляється на погляд Гербера (Gerber, 1880) тим, що держава обіймає всі сили народні, спрямовані на досягнення етичної повноти суспільного життя.

На думку Мейєра (G. Meyer, 1885) держава є спільнотою, що зв'язує всіх своїх членів у вищу єдність, та підчинює їх своїй владі. Тому вона являється особою публичного права.

Бернацкік (Bernatzik, 1890), ідучи за теорією цілевості в праві, вважає підмет права носієм кожної людської цілі, признаної правом. Правна підметовість є правовою особовістю. Тому правна особовість держави є зв'язана з цілями держави, вони мусять знаходити свій вираз у правовому ладі держави, та право мусить рівночасно визначувати границі цих цілей. Держава не є самотньою правовою спільнотою; існують та можуть творитися правні спільноти без держави, поза державою і над державою.

В модерній правничій теорії переважає погляд, що правнича особовість держави є тому необхідною конструкцією, бо мовляв тільки вона може доказати, на чому опирається воля держави. Се каже м. и. Цорн (Zorn, 1895), але признає, що се фікція, хоч без такої фікції годі подумати собі правний лад, ні в області приватного ні державного права. — Натомісць Єллінек (Jellinek) учить, що воля держави не є фікцією, так як сполука більшого числа спільних сил для постійних та зі собою пов'язаних цілей дає поняття реальної єдності. — Лябанд (Laband) добачує суть правничої особовості в тому, що держава мусить мати питомі права володіння для переведення своїх прав та обов'язків. На його думку годі сумніватися, що мусить існувати найвища власть, яка не може підлягати ніякій власті (*potestas suprema*). Та всеж таки не можна суверенність уважати критерієм держави — тільки треба, щоб держава мала публично-правну владу на основі свого власного права. Притім слід розважити, що головну частину державних завдань довершується поза обсягом державних інтересів. — В новіших часах піддержує Кельзен (Kelsen, 1911) теорію правничої особовості держави, але відкидає консеквенцію суверенності держави в звичайному розумінні. Він каже: Держава, як особа,

є підметом прав та обов'язків, а вже те підчинення виключає, дословно річ беручи, суверенність, як найвищу власть держави (1920).

Теорія правничої особовости держави має однак визначних противників в літературі. На пр. Аффольтер (Affolter, 1902) дошукується основ конструкції особовости держави в політичних тенденціях попередніх століть, щоб побороти абсолютистичні погляди, які ідентифікували монарха з державою. Тому вже Гроцій (Hugo Grotius) учив, що не монарх, а держава є підметом найвищої влади. Та хоч змагання Гроція було політично оправдане, всеж таки правнича конструкція, мовляв, невірна — бо правничу особовість не можна признати самій державі, тільки хіба фіксусові. Сим чинником, що в державі все зі собою вяже, все впорядковує, та переводить гармонічну функцію всіх частин, являється закон. — З другого боку вказує з огляду на теперішню добу Антон Менгер (A. Menger) на те, що модерні юристи підібрали поняття окремої державної особовости в сій цілі, щоб витворити якусь „казочну“ особу побіч населення з осібними, мовляв, цілями та стремліннями, і сим чином ідентифікувати цілі наймогутніших груп у державі з цілями самої держави та підпорядкувати їм цілі широких мас населення.

в) Ще більше значіння в правничій літературі 19 століття мала теорія держави, як організму; вона відома під назвою: органічної теорії. Про сю теорію говорить Е. Кауфман (E. Kaufmann, 1908) „Народини модерного поняття організму і модерного державного почування припадають в історії світа на ту саму годину. Сим моментом був початок 18 століття... Споріднення поглядів Савінього з Шеллінгом, та відповідає тому поняття держави, як тілесної форми духової народної спільноти, є відоме. Ті погляди основуються очевидно на переконанні, що держава та народ се одно і що все право є народнім правом; вони відкидають думку верховної влади держави“.

Головних представників у науці права мала органічна теорія в другій половині 19. віку.

Кальтенборн (Kaltenborn, 1863) називає народ, зв'язаний у державі в одну спільноту, організмом, так як і сам чоловік є таким організмом; се, мовляв, удуховлений організм. — Так само Фріккер (Fricker, 1866) вважає державу живим організмом, та констатує, що теорія держави, як організму, удержується в науці

вже від третього десятиліття 19. віку. — Повне переведення органічної теорії стрічаємо щойно у Блюнчлього (Bluntschli, 1870). При понятті держави, як організму, він згадує про ось які прикмети природних організмів: а) Кожний організм є сполукою душі з тілом. б) Хоч усякий організм є цілістю, має всеж таки члени (органи) з ріжними змаганнями та здібностями для заспокоєння ріжних життєвих потреб. в) Розвиток організму є внутрішній і зовнішній. Всі ті 3 характерні моменти бачимо й в державі, а саме: а) Державна область є тілом, державний дух душею організму, в якому державна воля та державні органи звязані разом в одному органічному житті. б) Устрій держави приділює державні функції поодиноким членам, якими являються уряди й державні збори. в) Народи й держави мають свій питомий органічний розвиток.

Найвизначнішим репрезентантом органічної теорії держави є безперечно Гірке (Gierke, 1874). Він перш за все зазначає, що не можна прикладати природописного поняття організму до науки права. Всеж таки держава є „реальним єством“ та підметом права; поодинокі люде в своїх відносинах до держави не є замкненою в собі цілістю, тільки частиною вищої цілости. Та щоб якраз дати відповідний вираз тому висновкові в науці, звернено увагу на аналогію з життям природних творів, оскільки вони виказували життєву єдність, ріжну від суми поодиноких частин, хоч саме та єдність здійснювалася у співділанні здіференційованих між собою частинних комплексів — і так прийнято оперте на сьому моменті абстрактне поняття організму. В сьому розумінні держава є організмом.

Заслуга Гіркового не кінчиться одначе на поставленні самої теорії, найбільший вклад у модерню науку права він доконав у своїй історично-правничій студії про право стоваришень („Genossenschaftsrecht“). Він доказав, як могутній вплив на все суспільне та й одиничне життя в історії мали „стоваришення“, продукти германського народнього духа. І якраз на основах сих вічно живих витворів суспільного життя він не міг сумніватися, що „людські звязки“, як: стоваришення, спільноти, держави і т. д., живуть своїм питомим суспільним життям, так як одиниці живуть своїм індивідуальним життям. Так він поставив теорію „людських звязків“ (1902). Ся теорія коротко така:

Наука права мусить займатися сутю людських спільнот. Вже розважуючи повстання права, вона мусить сягнути назад до тих спільнот, в яких первісно творилося право, вона мусить

уже з початку відповісти на питання, чи тільки держава, чи й інші звязки автономно або по формі звичаєвого права творять право, вона мусить також розважити відношення тих одиниць, що співділяють при творенні права, до суспільности. Сам досвід поучує нас, що такі звязки існують і що вони представляють питомі єдності. Не тільки самі суспільні події, як вони в дійсності відбуваються, але й поглиблення історії людства виказують, що народи і інші людські спільноти самі витворюють владу, самі зберігають матеріальну та духову культуру. Оскільки ці людські звязки матимуть окрему правну організацію, остільки вони мусять бути предметами правного розсліду. Всі ті звязки є реальними єдностями, та мають, як такі, етичне значіння. Вони є в сьому розумінні організаціями. Держава є також таким організацієм.

До тих самих висновків приходять і другий головний репрезентант органічної теорії, Прайс (Preuss, 1889). Послугуючися історично-розвитковим методом, він учить, що органічна теорія виказує спільні органічні елементи в усіх соціальних звязкових творах: в родині, племені, народі, корпорації, громаді, та й державі. Державу, як організм, підготували в історії звязки низчого ступня, від родини почавши.

Органічна теорія належала до найбільше розповсюджених в 19. віці. В 20. віці вона втратила своє попереднє значіння, та вже під кінець 19. віку виступило проти неї багато письменників.

Зосібна Лінг (Lingg, 1890) каже, що держава не є реальним твором — реальні є тільки люде. Не можна в дійсності дошукуватися такої волі, яку абстрагується від фізичних осіб, та збирається, мовляв, в одну самостійну єдність. Але не можна сумніватися, що є щось, що змагає до витворення єдності в проявах політичного життя. Се змагання людської натури, підпорядкуватися під одну могутню волю. Єдність є можлива тільки в факті, що одна воля панує над багатьома. Право існує — на погляд Лінга — щойно в державі. Воно являється виразом переконання більшости народу, який підчиняється одній владі. Право є умовою державного устрою. Держава є тільки правним відношенням, тому, як таке, не може мати влади, а тим самим і найвищої влади. Підметом державної влади є на основі права володар, не держава.

Подібно і Лєнінг (Löning) вважає державу фактичним відношенням, нічим живим, ніяким організацієм, та ніякою особою. Вона є, мовляв, тільки відношенням між пануючим та підданими.

Держава й право є поняттями, що себе взаїмно условлюють. Держава ґрунтується на праві, але й право ґрунтується на державі.

З політичних причин поборює органічну теорію А. Менґер (1903). Він добачує в ній небезпеку на будуче, бо, мовляв, розуміння держави, як організму, протидіє всяким основним змінам, внутрішньо не приготуваним, зосібна модерним змаганням до соціального розвитку.

г) Загально приймається, що модерна держава є правовою державою, тільки різні різне під тим розуміють.

Одні добачують внутрішню натуру держави в тому, що вона є витвором права, або що її головним завданням є здійснення права, — другі натомість у тому, що зв'язок, який зв'язує всі частини у вищу органічну єдність, є правовим зв'язком. — Моль (Mohl, 1844) каже, що держава не може мати іншої цілі, як впорядковувати співжиття народу, щоби кожний член знаходив підпору у своїй свободі та виконуванні і використуванні всіх своїх сил. — Бер (Bähr, 1864) пояснює правову державу тим, що право є основною умовою існування держави, та що ціле життя, як індивідуальне так і суспільне, не перепиняючи необхідної свободи одиниць, опирається на правових приписах. — Правовість модерної держави зазначає також Ґнайст (Gneist, 1870), та вказує при сьому на суперництво між суспільністю та державою. Самостійна організація держави ґрунтується на етичній натурі людини, натомість організація суспільности на економічних мотивах. — Мейер (G. Meyer, 1885) називає правовою державою таку державу, в якій управа має точно означені законні границі, та може бути виконувана тільки в повній згоді з законами.

г) В теорії права 19. віку переважає погляд, що право є нормою. Зосібна заслуговують тут на увагу: теорія Біндінґа і Тона.

Карний закон — каже Біндінґ (Binding) — визначає кару за недозволені вчинки. Та побіч сього визначення мусить бути норма, як поступати, норма, котру злочинець „переступає“ або нарушує. Ся норма приписує, що чоловік „повинен“, та чого не сміє. В „нормі“ лежить суть права. — Поширюючи сю теорію і на область приватного права, приходять Тон (Thon) до висновку, що взагалі ціле право є комплексом імперативів, які звертаються до громадян та державних органів з приказом поводитися так, як наказує закон.

З тою теорією вжеться безпосередньо теорія признання. Єллінек (Jellinek) каже: „Признання загальної волі через спільноту є останньою формальною основою сеї волі — та се признання може опиратися лише на тому, що всі вважають себе ним звязані“. Так конструується і в правничій теорії поняття „признання“, щоб на сьому оснувати послух правній нормі. На „признанні“ конструує поняття права головно Бірлінг (Bierling).

Сюди належить вкінці й теорія „культурних норм“ М. Е. Майера (M. E. Meyer, 1903). Він пояснює обовязок послуху правним нормам тим, що вони згідні з культурними нормами, що їх обовязуючий характер знає та й признає кожна людина. Культурні норми, се — мовляв — такі прикази й закони, які являються релігійними, моральними, конвенціональними приписами та вимогами обороту й звання.

В новіших часах та на нових основах поставив Кельзен (Kelsen, 1911—1922) теорію „повинности“ в праві. Нормативне розуміння „повинности“ є в праві инше, ніж в етиці, инше ніж в логіці, техніці або теології. Між тим, що хтось правно „повинен“, а здійсненням тої „повинности“ є безпосередній, тісний звязок. Зовнішньою формою правної повинности є правний припис (Rechtssatz); та якраз на сьому правному приписі основує Кельзен свою нову теорію права. (Пор. низче.)

д) Обговорюючи поодинокі правні конструкції, мусимо ще зупинитися на теорії Єллінека (Jellinek) про право, як етичне мінімум. В одній з перших своїх праць („Die sozialetische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe“) Єллінек переводить різницю між індивідуальною та соціальною етикою і приходиться до висліду, що право обіймає якраз соціально-етичні норми, але не всі, тільки найважніші, себто мінімум соціально-етичних норм.

б) Приступаючи вкінці до представлення нових правничих теорій цілого problemu права й держави, мусимо задержатися при теоріях Єллінека, Менцеля, Челлена, Кельзена й Сандера, причім зазначимо тільки загальні моменти.

а) Провідні ідеї Єллінека (Jellinek) в загальній теорії держави такі:

Держава представляє єдність осіб, на територіяльній основі. Ся єдність є цілевою єдністю. Основа її перш за все фізична, так як держава розвивається на місцево відмеженій частині земської поверхні. Але поверх сього є держава з огляду

на цілі живучих зі собою людей телеологічною єдністю. Вкінці державна влада зв'язує своїх громадян у постійну логічну єдність, без огляду на постійну зміну людей.

Якщо держава являється логічною єдністю, вона мусить мати свою питому волю, яка не є волею її членів. На зовні, в природному світі виступають тільки акти волі поодиноких членів, але в етично-правничому світі вони являються актами волі спільноти. Так отся одиниця, що виступає в імені держави, стає органом волі сеї єдності. Вона не є заступником, як у приватному праві опікуни є заступниками малолітків, але представником самої спільноти в її функції заявлювання волі.

Так представляє собі Еллінек юридичне поняття держави; воно є основою науки державного права. Але держава є також соціологічним поняттям, як соціальний твір, від права незалежний. Держава, як соціологічне поняття, є передумовою права — як правниче поняття, тільки носієм прав і обов'язків. Соціальне розуміння держави, каже він, є необхідним корективом юридичного. Наука права стверджує, що держава, як суверенна, стоїть понад всякими іншими організованими властями та не підлягає жадній другій власті — а всеж таки навіть володар держави мусить піддатися могутнім силам суспільного життя. Тому не можна мішати тих норм, які володіють в державі, зі справжнім життям суспільності. Всі формально-юридичні погляди про омніпотенцію держави зникають, якщо відвернемо свої очі від юридичних можливостей, та приглянемося соціальній дійсності.

б) Менцель (A. Menzel, 1914) покликається на світову історію, щоб доказати, що держава є реальним явищем, що справді існує у світі. Суть держави лежить у понятті „енергії“ в тій формі, в якій витворила його новітна наука природи. Енергія не обмежується на механічні та хемічні сили, але й біологія переняла се поняття на вираз життєвої сили чоловіка. Та побіч людської енергії в розумінню біології, існує „соціальна енергія“, як збір більшого числа біологічних енергій. Ця соціальна енергія виступає якраз у державі, але вона не є самою сумою поодиноких енергій, тільки окремим явищем загальної енергії, а се тому, що підмети поодиноких енергій змінюються, загальна державна енергія залишається однак по суті та сама.

в) Шведський учений Челлен (Kjellén, 1917) пішов шляхом

емпіричної аналізи, не обмежуючися на самі правничі чи філософічні міркування. Він звернув увагу на досліди природників, зокрібна антрополога Ратцеля (Ratzel, 1897). Ратцель вважає державу „частиною людства та частиною організованої землі“, і просліджує її як природний організм зі змаганням до духово-етичного життя. Та на погляд Челлена не можна розв'язати питання про суть держави тільки при допоміж природописного методу, бо треба зважити, що в державі „збирається ціле історичне життя“. Але й не можна його розв'язати, не звертаючи увагу на два головні природні елементи держави, територію і народ. Тому справедливо вказує славний німецький географ Пенк (Penck, 1916) на те, що держава не є тільки правовою інституцією, але й живучим організмом з різними функціями.

З огляду на те Челлен розбирає зокрібна як елементи (чи атрибути) держави: територію, народ, фіскус, суспільність і владу. Від народа в державному розумінні, себ-то населення держави, він відрізняє модерну „націю“. Поняття „нації“ в нього цілком модерне, та виразно поставлене у відношення боротьби до держави.

Вислідом аналізи є у Челлена держава, як форма життя. Вона не ґрунтується на випадкових ні штучних правних елементах, тільки є дійсним, органічним явищем, витвореним шляхом історичного процесу. Народами держави треба в модерньому житті вважати міжнародне признание держави. Держави можуть також умирати, та взагалі життя держави лежить в руках одиниць; вони можуть існування держави скоротити або продовжити. Основою існування є в першому ряді необхідність, щойно в другому ряді свобода. Держава обіймає тому в першу чергу сферу інтересів і влади, щойно в другу чергу сферу права. Цілю держави не є добробут одиниць, тільки добробут нації. Вона повинна змагати до поправи особистості своїх членів, та до удосконалення характеру нації.

ґ) Іншими шляхами пішла та до інших висновків довела нова теорія Кельзена (Kelsen, 1911—1925), що ґрунтувала молоді австрійську школу нашого питання. На ній мусимо тут зупинитися.

Предтечою поглядів Кельзена про суть права й держави був Аффольтер (Affolter, 1892, 1902, 1906), хоч не можна вказати безпосереднього впливу сього останнього на Кельзена.

Вже Аффольтер учив, що держава не є нічим зми-

словим, та означення держави організмом є тільки образом, не дійсністю. Те, що називаємо організацією держави, є тільки прикладом правних приписів (Rechtssätze), виконуванням права в предметовому розумінні. Право є ознакою держави, тому держава, як цілість, не може бути предметом права. Вона не може бути також і підметом прав та обов'язків — тільки державні органи мають права та обов'язки. Влада прислугує тільки органам держави, не державі. Поняття суверенності є політичне, не правниче. Суверенність не є в дійсності ніколи самостійна та незалежна; се можливе тільки в ідеї. Але й по суті годі в модерній державі говорити про „володіння“ або владу, так як сі поняття неюридичні, та в щоденному житті вказують на насильство, яке не може бути вихідною точкою в державі. Державні органи мусять обертатися в границях права та для правно означених цілей. Обов'язковість, яка слідує з розпорядків державних органів, є тільки рефлексом того, що громадяне піддаються їх волі. Тому що право належить до суті держави, держава не може бути продуктом права. Держава є правним підметом тільки по міжнародньому праву. Законотворча власть є чинністю законотворчих, юрисдикція судейських, адміністраційна власть адміністраційних органів, не держави.

Суть держави добачує Аффолтер в організації. Право є умовою сеї організації. Воно вказує шляхи для організації, подаючи норми діяльності органів та членів, означуючи її цілі та способи до здійснення сих цілей. Воно не є одначе цілю сеї організації. Всеж таки має держава свою природну основу в території, на якій живе населення держави. З огляду на те дефініює Аффольтер державу, як правно-зороване населення (нарід).

Кельзен пішов у своїй теорії дальше ніж Аффольтер, абстрагуючи від всякої географічної основи. Він дивиться на державу тільки з погляду права під кутом правного припису (Rechtssatz), усталеного державою. Перші основи своєї теорії він поставив в 1911 р., опісля появились ще дальші теоретичні міркування в різних монографіях аж до останніх днів. Відкидаючи етичні та економічні основи, він оперся тільки на позитивній формі державного права — тому його школа в науці права носить також назву правного догматизму. Провідні думки сеї теорії такі:

Основою державної волі є те, що ділання органів держави почислюється їм і що всі ті почислення сходяться в одній

спільній точці; ся спільна точка почислення, се є воля держави. Вона тому не є психольогічним, тільки юридичним явищем, бо якраз право є тим елементом, що почислює діла поодиноких органів держави і зводить їх до спільного знаменника, т. зв. державної волі. Ціла річ у тому, котрі ділання органів держави треба вважати діланнями держави — та відповідь на се дає правний припис, установлений державою (Rechtssatz). Значить, правний припис є основою цілого державного життя.

Суть правного припису лежить у тому, що зобов'язує. Не завсе подає його вірно текст закону; треба його сконструювати щойно на основі всіх законів. Кожний правний припис основує в першому ряді обов'язок держави (н. пр. обов'язок карати), але декуди й обов'язки інших правних підметів (н. пр. обов'язок до відповідного поведіння). Правний обов'язок — се ніщо інше, як суб'єктивна сторона правного припису. Держава не є творцем правного ладу, та правні приписи не є причиновими продуктами державних функцій. Але всеж таки Кельзен у своїх початкових творах не приходить іще до висновку, що поняття держави є ідентичне з поняттям права, тільки вчить, що на оба поняття треба дивитися з двох різних точок погляду: держава, се на його погляд в першому ряді правнича особовість, себ-то воля, між тим коли правний лад є чимсь неособовим, себ-то сумою гіпотетичних осудів про сю волю, загалом правних приписів.

Але в новіших творах висказується Кельзен за ідентичністю поняття держави з поняттям правного ладу. Він каже: „Поняття держави грає в науці права ту саму роль, що поняття „сили“ в фізиці, поняття „душі“ в психології, взагалі поняття „субстанції“ в природописних науках. Те, що оден природник (Dubois-Reymond) сказав про поняття сили, а саме: що сила, се тільки висновок непоборимого змагання до персоніфікації, неначе реторичний витвір нашого мозку, який сягає до тропічних зворотів тому, що бракує йому ясність виображення — торкається й поняття держави. Наука права мусить рішучо виключити теорію, яка вважатиме державу иншим поняттям, ніж право. Державу можна розуміти правно лише так, що розуміється її, як право. Право є загалом норм.

Говорячи про теорію Кельзена, мусимо на сьому місці згадати ще кількома словами теорію Шомля і Венцеля.

Шомльо (Somló, 1917) намагається довести, що державна воля є поняттям змісту норм. Право, се — мовляв —

норма далеко ідучої та постійної найвищої власти. Поняття права обіймає і ті круги, до яких звертається право. Сі круги, які виповнюють означені правні норми, се суспільність (Gesellschaft). Держава не є нічим иншим, як суспільністю, утвореною виповнюванням правних норм. Поняття держави є неможливе без поняття права; оба поняття є поняттями правної власти.

Венцель (Wenzel, 1920) виходить із поняття законотворця, та характеризує його як суверенну нормотворну інстанцію певної людської суспільности; система законів є системою норм, означеною через ту спільноту. Держава являється спільнотою законів, що є, мовляв, реальним явищем. Сувереном є законотворець. Підпорядкування людей якоїсь області під ту саму авторитативну волю законотворця, та упорядкування взаємин між собою на основі тих норм, що походять від законотворця, — се головне завдання держави, яка зводить увесь конгломерат фізичних та психічних подій до спільної єдності.

г) На місце правного догматизму поставив Сандер т. зв. теорію правного досвіду. Не сам правний припис, як норма, має бути основою держави чи права, але крім правного припису грають важну роль ті фактичні події, які дають основу правним приписам, та разом з ними витворюють одну систему „чистої волі“ шляхом правного поступовання. Юріспруденція повинна більшу вагу прикласти до сконструювання правничої системи правного поступовання, ніж до системи самих правних приписів — бо якраз у правних поступованнях лежить отся єдність права, котра існує в державі.

Сандер закидає всі висновки дотеперішньої науки права й держави, та задержує тільки оден про єдність права. Сам конструує свою систему „чистої волі“ на аналогії до теорії досвіду Канта, та намагається при допомозі трансцендентального методу прийти до нових метафізичних висновків для науки права. Між иншими він приймає також теорію про суверенність права, яку ще перед ним (1906) поставив Краббе (Krabbe).

Б) 1) До політичної школи зачисляємо в першу чергу австрійського соціяліста Реннера (Renner) і румунського націоналіста Поповічі (Popoviči). Вони поставили теорію національної автономії; перший екстериторіяльної, другий територіяльної. Оба були в тому згідні, що треба шукати розвязки національного питання в тих державах, де існує побіч себе кілька націй, еволюційним шляхом, не розбиваючи тих держав, в яких вони живуть. Але ріжнилися щодо характеру національної

автономії. Реннер домагався для поодиноких народів екстериторіальної національної автономії, не звязуючи автономії з означеною територією. Се персональний принцип. На його думку, члени нації мали користуватися своєю національною автономією всюди, де вони й не находилися в державі; саме тільки держава мала залишитися територіальною одиницею, не признаючи націям права на власну територію. Натомість Поповічі обстоював т. зв. територіальну національну автономію, покликуючися на се, що кожний нарід має, хочби в рамках чужої собі національної держави, свою власну національну територію, на котрій він повинен мати свою питому автономію. Се територіальний принцип.

Були вкінці й такі політичні дослідники, що старалися повязати оба світогляди зі собою, прикладаючи в одних випадках персональний, в других випадках територіальний принцип.

2) Творцем наукової конструкції соціалістичної держави був Антон Менгер (1903).

Для народів, що перейшли вже перші стадії культурного розвитку, держава та державний лад є необхідні. Якщо питання мирного співжиття людей не можна вже полишити вільній грі політичних і економічних сил, та люде живуть на якійсь території під спільною владою, яка впорядковуючи згадані сили, послугується й примусом — існує держава. Але вона може різно виповнювати свої завдання. Менгер відріжняє з огляду на се нинішну культурну державу від проєктованої ним соціалістичної, се-то популярної робітничої держави. Нинішня культурна держава основується на його думку на тім, що ціла чинність держави змагає до удержання та скріплення влади володаря або інтересів небогатых володіючих груп у державі. Соціалістична держава повинна натомість забезпечити індивідуальні інтереси широких народніх мас. Метою такої держави повинно бути удержання та скріплення індивідуального життя, поширювання роду та безпека життя й здоровля широких народніх мас. Публичне та загальне добро лежить в найважніших цілях одиниць, у забезпеці заспокоєння духових та фізичних потреб широких мас населення. Між тим, коли індивідуалістична держава теперішньої доби змагає головно до охорони здавна існуючої влади привілейних груп проти внутрішних та зовнішних ворогів — соціалістична держава матиме на оці організацію духової і фізичної праці громадян та розділ витворених дібр в інтересі цілого народу. Се остання мусить піддер-

жувати політичну свободу одиниць, але обмежити економічну свободу в інтересі загалу, причім мусить все таки залишитися до певної міри індивідуальна свобода для придбання індивідуальних користей, але вона мусить вступитися перед важними економічними цілями цілої спільноти. Навіть у соціалістичній державі мусять залишитися індивідуальні різниці, що унеможливають математичне зрівняння всіх людей. Приватне право соціалістичної держави мусить стати публичним, а саме адміністративним правом. Виконуюча влада сеї держави не може стремити до того, щоб переводити імперіалістичні цілі володарів, тільки мусить цілу свою діяльність прикласти до організації заспокоєння духових і матеріальних потреб широких мас населення.

Правний лад розуміє Менгер як вираз тривало признаних відносин влади. Маючи на думці теперішній тип держави, каже Менгер, що закони не вичерпують існуючих у державі відносин володіння та підчинення. Суверенність він вважає найвищою фактичною властю в державі. Та хто є справжнім сувереном у державі, не можна вичитати з писаного державного устрою, тільки дослідити з точного обміркування державних подій та історичних досвідів. Поняття суверенности не можна перенести з осіб на державу, як таку, зосібна якщо хочеться сим чином зазначити політичні права народу до співучасті в державній владі — а то тому, бо не є правда, що широкі маси населення, які тільки слухають і платять, можуть в новітній державі являтися співучасниками державної власті.

3) Підчас всесвітньої війни поставив президент Сполучених Держав Північної Америки Вільсон теорію самовизначення народів.

Право на самовизначення — се на думку Вільсона найважливіше право кожного народу, чи він великий, чи малий. Доктрину американського президента Моєнроо (Monroe) треба прикласти загально до всіх народів з тим, що чужі народи не сміють розширювати своєї влади на другі народи проти їхньої волі, ні вмішуватися у внутрішні відносини других народів. На основі сього права прислугує всім народам право до національної території; про всі економічні договори і політичні відносини повинен безпосередньо рішати той нарід, якого вони торкаються, та в ніякому разі не сміють про се рішати якінебудь користи чи інтереси других народів. Усі народи мусять бути вольні, та не можна їм, ні приписувати, ні насилювати їх

згори до таких порядків, яких вони не хочуть. Чи великі, чи малі справи мусять залишитися в руках самих народів.

Цілий світ повинен стреміти до забезпечення та утривання мира в майбутньому. Та справжній, всесвітній мир є лише тоді можливий, коли всі вольні народи получаться зі собою в оден великий звязок народів. Се може наступити щойно тоді, якщо всі народи здобудуть повне право на самовизначення та на справжніх демократичних підставах покладуть основи своєї внутрішньої та зовнішньої свободи.

4) Слідами Вільсона пішов проф. Масарик, теперішній президент Чесько-Словацької Республіки.

Щоб доказати право „малих“ націй на свою власну державність, Масарик придивляється національному принципові з історичного та культурно-психологічного становища. Національний принцип проявляється на його погляд питомим та дуже сильним почуттям, як любов до матірньої мови і до цього ества тих людей, котрі говорять тою самою або дуже до себе зближеною мовою, як любов до землі, на якій вони живуть; та се не тільки любов, оперта на природній звичці, але свідома любов, оперта на ідеї: нації мають свою культурну та політичну програму, яка є ділом спільної історії і рівночасно нормує сю історію. Се не тільки само почуття, чи інстинкт — се глибоко вкорінений принцип, національна ідея зі змаганням до національного ідеалу. Проблемами національного принципу займалися визначні історики, антропологи, етнографи, географи, філософи історії та соціологи 19. і 20. століття — се найліпший доказ, що національність є загально признаним принципом і що вона проникає ціле суспільне життя. Важне є відношення національності до держави. Нація та національність є цілю суспільного змагання, держава способом до осягнення сеї цілі; *de facto* стремить кожна свідома нація до своєї власної держави. Національний принцип є розмірно новий, між тим коли держава є так старою та загальною інституцією, що вона, як така, є для суспільности найбільше вартна. Нація є культурною організацією, свобідною та природною організацією — держава є перш за все організацією влади, се-то влади над власним та й чужими народами. Теперішня держава розвинулася з первісної військової і віроісповідної організації, як держава якоїсь династії або як організація якоїсь класи (шляхти чи плутократії), вона не респектувала національних ріжниць і тому теперішні держави є звичайно національно мішані. Так повстав

національний принцип щойно в новіших часах і то як проти- ставлення до принципу держави. Нація є демократичною органі- зацією — між тим коли держава до найновіших часів являлася аристократичною, примусовою та утискующею організацією; де- мократичні держави зачинають щойно помалу повставати.

На сих міркуваннях опер Масарик свою теорію „самови- значення народів“, ідучи в сій концепції за Вільсоном.

Переведення сеї ідеї в дійсність представляє собі Масарик так: Хоче Европа справді бути демократична та має наступити тривалий мир, то мусить прийти до радикальної роз- вязки національного питання; всеж таки прийдеться серед даних обставин числитися з фактом, що й в обновленій Європі мусять дальше існувати національні меншости і що дальше будуть існувати мішані держави. Але таки діло буде в тому, щоб сі меншости були дуже малі та щоби в державі була по можности тільки одна нація. Якщо дві або три нації (Бельгія, Швейцарія) погодяться удержувати мішану державу, то сю волю треба буде всеж таки респектувати.

5) Нову теорію держави поставив провідник російського большевизму Ленін. Він підняв теорію Енгельса про за- вмирання держави, та прийшов до знехтування держави в майбутньому. Держава мусить тому завмерти, що люде му- сять увільнитися від капіталістичної змори і від усіх наслідків капіталізму, та звільнившись від нього привчаться і привикнуть до мирного суспільного співжиття без силування, без примусу, без потреби приневольного апарату; — так згодом соціалістична держава перестане бути державою, та все в суспільности буде полагатися мирно, без примусу і без підпорядкування одних під других. Щоб однак люде могли прийти до такого стану, мусить бути перехідна стадія з капіталістичної держави до бездержавної комуністичної спільноти. Метою сеї перехідної стадії являється при звичаєння людства до свободної за- гальної спільноти; та Ленін представляє собі, що етапом до сеї мети малиб бути „нові вольні суспільні звязки“.

Коли прийшлося перевести сю перехідну стадію в дійсність, показалося, що згадані „нові вольні суспільні звязки“ основу- ються на ще більшим примусі, ніж дотеперішній державний при- мус. Сам Ленін представляє собі цілу суспільність у перехідній стадії, як фабрику з рівною роботою, та рівною заплаатою. Кон- троллю тої роботи мають переводити „уоружені робітники“. Та ся „контроля“ являється, як признають самі большевицькі тео-

ретики, безпосереднім примусом до праці, причім сей примус звертатиметься в першому ряді проти т. зв. „буржуїв“, але по погляду Бухаріна має стати опісля загальним обов'язком та примусом до праці. На сій основі конструує Бухарін централістичну організацію продукції в тій стадії, з загальним удержавленням банків, фабрик та інших підприємств, з соціалізацією землі, з центральною управою всіх судів та шкіл і т. д. Взагалі всі теоретики большевизму годяться на те, що формою сього етапу може бути тільки диктатура пролетаріату з сильно зорганізованим приневольним апаратом.

б) В цілком іншому дусі змагав до реформи держави славний німецький реформатор Ратенау (Rathenau). Німецька держава мусіла підчас війни видержати світову бльокаду та після побіди Антанти привести німецький нарід до якнайвищої продуктивності. На сьому оснував Ратенау свою теорію „нової держави“, не щоби, як Ленін, привести її до завершення, але навпаки, щоби скріпити її до найвищого ступня продукції, та досягнути із неї значно більше, ніж дотеперішніми способами чи методами можна було досягнути.

Він змагає до нової, модерньої демократії, яка замість ранішніх кличів свободи, рівності та братерства поставить кличі нової свободи, відповідальності та спільноти. Ні „панувати“, ні бути під пануванням — не відповідає модернім народам; в державі потребуємо адміністрації, відповідальності та спільноти. Відповідно до того має зорганізуватися нове господарство („Neue Wirtschaft“) і нова держава („Der neue Staat“).

Теперішня політична держава, оперта на парламентаризмі, не відповідає сим завданням, які проголосила сама, так як фікцією є, що вона ґрунтується на самоуправі, та дальшою фікцією є, що, мовляв, суверенний нарід панує над собою. Суспільність модерньої держави пішла своїми питомими шляхами, та на основі спільноти волі нації витворилася політична, військова, віроісповідна і правна спільнота, що в дальшому розвитку перетворилися в спільноту культури, формування, лучби і господарства. Парламенти залишилися однак односторонніми політичними організаціями, нездібними обняти різноманітність життєвих потреб потрібним до того фаховим знанням, хоч гадають, що всім тим потребам можна відповісти під кут погляду політичних партій. Та й годі — за великі завдання матиме модерня держава, щоб могла обмежитися на шаблоні парламентаризму; новітня держава мусить у своїй струк-

турі лучити річевість з особистістю, різноманітність зі спільнотою, спекуляцію з дійсністю, льогіку з почуванням. Усі ті спільноти, які суспільність уже витворила з огляду на різні типи різних суспільних інтересів, мусять стати в державі безпосередніми чинниками державної організації. Вони мусять стати неначе державами в державі, так як уже сьогодні існують побіч себе поправді не тільки політична й правна держава, але військова, церковна, адміністраційна, культуральна, оборотова та й економічна. Всі ті групи соціяльних інтересів слідує державно зорганізувати, як самостійні державні твори, та всім тим удержавленим організаціям поставити у вершку загальну організацію, в якій сходилисяби всі артерії фахово зорганізованих спільнот. Ся остання організація відповідалаби нинішній конструкції політичної організації. І так: економічну державу можнаб сконструвати по системі рад, культуральну по системі фахового парламенту і т. д.; загальна політична держава мусілаб представляти ідею абсолютної теоретичної демократії, на основі рівних обовязків, але й рівних прав усіх громадян.

Старий бюрократизм пережився, — треба в його артерії впровадити нові органічні соки. Се може статися тільки сим чином, що переміниться мертві піраміди бюрократії в корпоратії, подібні до держави, та, даючи їм самоуправу, визначиться поодинокі звена впорядкованої адміністрації. Урядники мусять працювати посполу з безпосередніми представниками груп дочитних інтересів — та серед тих соціяльних категорій, які зорганізуються неначе в самостійні держави, прийдеться відрізнити 3 адміністраційні ступні, а саме: заступство поодиноких соціяльних одиниць (напр. промислового підприємства, фабрики), дальше в другій інстанції заступство спільного інтересу одноцільної групи сих соціяльних одиниць (напр. усіх шлюсарів, кравців і т. д.), вкінці в третій інстанції заступство загальної ідеї цілої суспільної категорії, зібраної в дочитній державній організації (напр. цілої категорії промислу). В усіх інстанціях мусять бути визначені границі самоуправи. Але в цілости річ беручи, поодинокі соціяльні „держави“ мусять мати в рамцях „загальної“ держави повну фахову автономію, яка знова мусить знаходити супроти інтересів інших „соціяльних“ держав все таки своє необхідне завершення в „загальній“ державі.

Ратенау приймає систему рад для своєї „економічної“ держави, але їх конструкція не льокальна, на спосіб російської

радянської системи, але органічна, фахова. При конструкції поодиноких ступнів він відмежовує свідомо питання фахового обороту від питання екзистенції; се останнє є всетаки питанням вищої інстанції. Коротко кажучи: Ратенау конструує новітню державу не на територіальних, але на органічних, фахових ріжницях.

7) Кінчаючи огляд політичних теорій права й держави, зупинюся коротко на поглядах моєї ректорської промови з 1922 р. (Пор. Вудавництво „Український Скиталець“ п. н. „Нова Держава“).

Поступаючи методом історичної розвиткової лінії в праві, ставлю образ модерньої держави для найближчої будучности. Провідну схему беру із пророчих слів поета: „В своїй хаті своя правда й сила й воля“ і навязуючи до сих слів переводжу постулат самовизначення народів, справжнього народнього законодавства в державі, опертого на засадах справедливости і на загальній пошані до праці, принципи порядку й організації, як провідні основи державної сили, та домагаюся здійснення „волі народа“ в державі в усіх артеріях державного та суспільного життя.

Зосібна доказую, що про границі самовизначення народів не може рішати політичний, тільки етнографічний принцип, при чому національним меншостям слідує залишити повну свободу в їхніх національних правах. Дальше зазначую, що в новітній боротьбі капіталу з працею виборола собі праця провідне становище в суспільному житті і тому тільки праця може бути справжнім мірилом рівности, а за тим і справедливости в новій державі. Вказую на те, що не в „пануванні“, та не в „суверенности“ можна добачувати справжню силу держави; народня влада в модерньому розумінні не може бути пануванням над народом, але правлінням народу. В новій державі сам нарід правитиме державою, він означуватиме правні шляхи своєї долі та проводити сими шляхами. Ніде не повинно збракнути сеї безпосередньої функції народу у виконуванні державних завдань.

III.

Попередні розділи передали важніші теорії права й держави, які в тісних рамцях сеї студії можна було подати. Та ніде правди діти — сей огляд не повний і тому не може бути повний, що в межах обох проблемів існує та вічно твориться

так велике число поодиноких теоретичних питань, що з'ясування тих питань і систематичне обговорення їх вимагає окремих монографічних праць. Се не могло одначе бути метою сего огляду; він свідомо обмежився на загальні провідні ідеї, та вказав поруч різноманітності теоретичних міркувань і висновків головний шлях розвитку наукової системи нашого часу за час одного з половиною століття і критичні моменти, на які кожний дослідник на цьому полі повинен звернути бачну увагу.

Взагалі вважаю, що об'єктивний дослід нашого часу не може з легким серцем — як се діється на пр. в останній добі літератури сього питання — приходити до порядку дня над ранішніми теоріями права та держави і ставляти нову абстрактну конструкцію на руїні всіх попередніх теорій, але повинен здавати собі справу з того, що й ранішні теорії спиралися на певних суспільних даних і що були звичайно висловами наукової думки свого часу, а тим самим і змагань дотичної доби. Бо і як намагаються найновіші дослідники нашого часу відмежити себе китайським муром від ідеологічних змагань, та хочуть, мовляв, заглянути самій правді в очі, дивлячись тільки очима правників і тільки для ужитку правників (Кельзен, Сандер), — то всеж таки за їхніми теоріями криються різні політичні погляди й змагання теперішньої доби (теорія Кельзена має по моему свою політичну основу в змаганні до переваги держави в суспільному житті, між тим, коли за теорією Сандера криється мабуть сильне зазначення ролі суспільності в державі) і вони дуже помиляються, коли гадають, що справжню наукову суть права чи держави можуть обмежити до рамців правничого догматизму чи емпіризму, хочби сей емпіризм оснувався на трансцендентальних міркуваннях.

І правник не сміє примкнути око на се, що держава є територією і що на сій території живуть люде, — і правник, коли хоче заглянути правді в очі, не може абстрагувати від генези права і від ролі суспільності в розвитку сього питання, але й не може обмежитися на саму конструкцію в тій формі, в якій воно знаходить свій вираз у правних поступованнях (як гадає Сандер).

Взагалі, розважуючи різні наукові погляди, виринає в першу чергу потреба зазначити завдання науки права в нашому часі. В добі класицизму німецької філософії зачислявав Гегель студію над сутю права й держави до філософії; в най-

новіших часах пропонує правник Сандер сконструувати науку права як особну галузь філософічних наук. Вони помиляються. Наука права має свою ясну мету і питомі шляхи до своєї мети. Мета науки права се дослід порядку людського суспільного життя. Науковий метод мусить відповідати сій меті; він мусить звернути свою увагу на суспільне життя, яке воно було, яке воно є, та яке має бути; воно є дисципліною реального життя і реальних змагань до суспільного порядку, воно обіймає реальне впорядкування суспільного життя в минулім, в теперішнім та й в майбутнім. За тим ідуть три головні категорії правничої науки; історія права, догматика права й філософія права. Всі вони правничі дисципліни, хоч історія права послугується історією, а філософія права філософією, як помічною наукою. Всі три дисципліни є в постійному звязку зі собою: догматику права можна науково зрозуміти тільки при допомозі історії права, а філософія права, що має дослідити суть права й держави та вказати шляхи майбутньому розвитку, мусить спертися на історичні й догматичні основи. А що наука права є наукою реального порядку, то й метод сеї науки мусить бути питомир, так як питома є мета, до якої вона змагає. З особна філософія права мусить послуговуватися правничим методом, зберігаючи висліди історичної та історично-філософічної науки. Моя конструкція філософії права різниться в дечому від пануючої конструкції в літературі. Представивши генезу й розвиток права в історії, приступає філософія права до розуміння сути права та держави в сучасности, залишаючи всякі внутрішні прояви людського життя психології, та не вторкаючися зі своїм методом до прояснення чисто філософічних феноменів як: волі, вольної волі і т. д. Суть права обіймає і ідею права, та ідея вказує праву не тільки відповідне місце в соціальному порядку всесвіта, але й внутрішні прикмети, які право повинно мати, щоб було справжнім правом. Та й на сьому не зупинюється завдання філософії права; вона повинна придивитися провідним думкам поодиноких галузів права (наприклад приватного, карного права і т. д.) та передати загальний їх характер, не вишукуючи за прикладом теоретиків права натури окремих „філософічних“ систем поодиноких правних дисциплін. Вкінці вона повинна відкрити шляхи, якими повинно піти право й держава в найблизшому історичному розвитку суспільних фактів і змагань теперішности, — коротко кажучи:

відкрити мету права й держави на найблизчу добу, спираючися на потенційні дані теперішньої доби. Взагалі: філософія права повинна бути висловом своєрідного правового еволюціоналізму. Вже Гердер, Савіні і Гегель заступали теорію розвиткової лінії в історії.

Та питається, в чому лежать характерні прикмети правничого методу, про який була згадка повище? Обмежуся на коротких загальних зауваженнях, та кількох прикладах. Як було сказано, дослід права є дослідом порядку суспільного життя. Правник мусить виходити від життєвих подій в суспільності, та якраз ці події є першою реальною основою його досліді. Закони впорядкованого суспільного життя — се дальший висновок із тих реальних основ. Одиниця належить сюди остільки, оскільки є членом суспільності і як така грає в ній визначну роль. Її внутрішнє, психічне життя, не може бути предметом науки права — лиш остільки, оскільки воля її проявляється на зовні і тим чином набуває значіння в суспільному житті, заважає людська воля в царині права. Не воля, як внутрішній процес, тільки діло, як зовнішній момент у суспільному житті, може бути вихідною точкою правничих міркувань. Але що життя в суспільності домагається діл, а за тим означеного поведіння від людей, то не лише діло, як *activum*, але й діло, як *negativum*, не тільки як чин, але й як залишення, матиме в праві велике значіння. Правда, що судячи людські діла, треба нераз судити й людську волю, але студія того внутрішнього процесу належить як слід до етики та психології, і не може, по мойому, досліджуватися правничим методом. Ні на волі, як такий, ні на вольній волі не можемо спирати системи права: внутрішній процес доброї волі не різниться від внутрішнього процесу самоволі — а зрозуміння „вольної волі“ є в науці так складне й непевне, що годі на ній оперти системи права, яке є системою порядку в суспільності. Апотеоза волі, яку стрічаємо декуди в давньому римському праві, не є і не може бути основою модерного права, модерної держави. Навіть ті теорії, що намагалися суть суб'єктивного приватного права добачувати в „пануванні волі“ („*Willensherrschaft*“ Віндшайда), належать сьогодні до пережитків старої романистичної теорії. Коротко кажучи — волюнтаризм не пояснює сути модерного права ні держави.

Правда, що говоримо про „загальну волю народу“ або про „загальну волю держави“ — але по суті се ні воля, ні

загальна. Воля — тому ні, бо волю може мати *sensu stricto* тільки чоловік, а загальна воля тому ні, бо вона по правді ніколи не є волею всіх, а загал, як абстракт, не може мати волі. Фільософічно можемо сконструувати „загальну волю“, але не правничо, як реальний, суспільний факт. Се нам не перешкаджає, ідучи загально прийнятим висловом, говорити про загальну волю, бо в щоденному життю і в мові не можемо обійтися без абстрактів і то таких, що є доступні розумінню культурної суспільности, — але не можемо сим поняттям оперувати як реальною основою реального суспільного життя. Не можна сумніватися, що існує психологія маси, але вона є психологічним явищем, до якого годі підходити правничим, тільки філософічним методом.

Під тим самим оглядом мусимо дивитися й на конструкції держави, як особи і як організму. Правнича теорія послугується чимало помічними способами, щоб, покликуючися на більшу або меншу аналогію, коротким висловом чи відповідною конструкцією обняти комплекс правних явищ або правних наслідків. Сі способи, відомі в науці під назвою правних фікцій. Але, як уже сама назва виказує, фікції не є дійсними творами, тільки в найліпшому разі аналогіями дійсних творів. Тому теорія може без трудности послуговуватися такими фікціями, але мусить бути свідомо, що вони тільки помічні способи для короткого представлення характерних прикмет правничих явищ, але в дійсности не є тим, що каже фікція. держава і інші суспільні звязки являються в правничій номенклатурі „правничими особами“, але хто об'єктивно думає та придивляється річи на підставі дійсности, не може вірити, що держава, чи інші суспільні звязки є особами; особою по суті може бути тільки чоловік, та якщо правнича теорія говорить про „правничі особи“, то річ ясна, що має на думці аналогію до чоловіка. Маючи се на оці, можемо в праві послуговуватися не тільки самим висловом, але й деякими консеквенціями признаної аналогії — про те годі однак на сій аналогії оперти суть держави.

Те саме можна віднести й до конструкції держави чи народу, як організму. Залишаючи філософії конструкцію „організму всесвіта“, чи „душі народа“ і т. д., правничий метод мусить у першу чергу зупинитися на тому, що справжнім організмом є чоловік, та що конструкція держави чи яких-небудь суспільних звязків, як організмів, оперує аналогіями, які мо-

жуть бути щоправда помічними способами для образowego представлення правних явищ, але не можуть бути самою основою цілого проблему. Та всежтаки мусимо признати, що ся конструкція (органічна) має далеко більше підстави в загальних поглядах народніх мас, ніж згадана попередньо конструкція держави, як особи. Мова, що є виразником глибокого народнього відчуття, не може в складному суспільному житті теперішньої доби обійтися без слів „організація“, „органи“ — найліпший доказ, що розуміння суспільних звязків а зосібна держави, як організму, запустило глибоке коріння в загальному переконанні культурних народів. Тому й юрист не може обійтися без тих слів і мусить під „організацією“ та „органами“ розуміти щось певного, щось реального — але до сього він не потребує ставляти основну теорію держави та права на конструкції організму, бо ся конструкція в своїй послідовности невірна, а з другого боку є далеко простійші шляхи до пояснення дійсности, не вживаючи ні абстракцій, ні аналогій.

При кінці сього огляду прикладів, які ілюструють правничий метод досліду нашого проблему, мусимо зупинитися на одному вислові, який повторюється в цілій модерній теорії права та держави. Се — поняття „єдности“. Навіть Сандер, що відкидає усі висновки пануючої теорії державного права, задержує поняття „єдности“ для виразу вищої сполуки різноманітних суспільних відносин у державі. Та ніде правди діти, і те розуміння („єдности“) є такою самою фікцією, як попередньо згадані. Абстрактним поняттям єдности можуть послуговуватися щоправда й правники, але його пояснення мусимо рішучо переказати філософічним наукам, ставляючи на його місце поняття реальне, поняття правниче, се-то: „спільність“. Реальна дійсність не може добачувати єдности там, де є різноманітність, те, що бачимо в суспільному, а з осібна в державному житті, се не єдність, а спільність.

Тому правник мусить шукати реальної основи сеї спільности. Нема сумніву, що сю спільність представляють „спільноти“. Як раз тут починається вихідна точка правничого досліду. Тим оправдується генетично-історична система досліду і моя теорія суспільних звязків, зазначена спершу в монографії про звичаєве право та суспільні звязки і поширена опісля в I. книзі „Загальної науки права й політики“. Суспільні звязки, від родини почавши та на державі скінчивши, є основами права, є справжніми джерелами права. Се живі су-

спільні твори, що живуть своїм питомим суспільним життям. В кожному суспільнім звязку, чи органічним чи організаційним, бачимо організацію для збереження спільних інтересів звязку і збереження суспільного порядку в рамках дотичної суспільности. Первісно орудували всі суспільні звязки також фізичним примусом у своєму правному житті, але коли повсталала спільнота найвищого ступня, себ-то держава, то вона на своїй території переймила верховний нагляд над суспільними звязками низчого типу, вона сконцентрувала згодом у своїх руках увесь примусовий апарат, залишючи при спільнотах низчого ступня тільки моральний примус. Історично-генетична система досліду виказує, що право існувало вже давно перед державою, що воно творилося у всіх суспільних звязках низчого типу і що держава шляхом еволюції залишила внутрішню автономію всіх суспільних звязків низчого від себе типу, переймаючи над ними у спільних справах і в справах, зв'язаних з існуванням та розвитком держави, зверхність; сю останню підпирає зорганізований в державі фізичний примус.

Се, що повстало генетично на протязі століть, залишилося й сьогодні одинокою, правдивою, реальною основою права й держави. Право твориться й сьогодні самостійно в усіх суспільних звязках; вони мають свою організацію та свої органи управи — себ-то свою автономію, яка що правда признана державою, але й обмежена державою з огляду на вищі спільні цілі свого найвищого суспільного звязку.

Поняття автономії старе як світ, старе як родина. Та скажу може щось нового, коли зазначу, що воно є як раз формою, в якій право первісно творилося та й сьогодні твориться. Автономія починається уже від людини, як одиниці (пор. римське „*legem dicere rei suae*“). Один чоловік може щось зробити, другий повинен се признати — ось і право першого супроти другого. Кажемо, що перший має в означених межах автономію, яку другі повинні вшанувати. Право власности є виразом особистої автономії людини. Але вже ся автономія є в самому засновку обмежена суспільним оглядом на других. Те саме бачимо в першому суспільному звязку, себ-то в родині. Автономію родини представляють її органи: *pater familias* і т. д. Але й та автономія була в самих початках родинного життя обмежена оглядом на добро членів родини, а з часом і оглядом на освячені правом давні звичаї в родині. Якщо повстали вищі суспільні звязки, роди, племена і т. д., родини задержали свою

автономію, але мусіли обмежити її з огляду на вищі суспільні цілі вищих суспільних зв'язків, з осібна держави. Той самий процес бачимо в усіх суспільних зв'язках, але й їх автономія обмежена в найвищій інстанції зверхністю держави. Се бачимо й сьогодні.

Та й держава не має найвищої влади в сьому розумінні, як признають їй теоретики повної суверенности держави. Держава має також тільки автономію в своєму окрузі ділання. В модерній державі обмежує сама суспільність своїми органами автономію держави; але на сьому не кінчається обмеження: модерна міжнародна лучба між державами, санкціонована міжнародним признанням одної держави другими державами, обмежує засадничо автономію поодиноких держав. Поняття автономії по суті обмежене.

Тільки обмеження є потенціально різні. Найбільше обмежена автономія одиниці, найменше держави. Тому мусять бути окремі характерні елементи, що відрізняють автономію одиниці від автономії суспільних зв'язків, зосібна держави.

В суспільних зв'язках бачимо побіч автономії ще й авторитет (auctoritas) зв'язку; значить: органи видають правні постанови для зв'язку, а члени вважають себе зобов'язаними виконувати їх, признаючи тим авторитет зв'язку над собою. Такий авторитет має природно й держава. Але вона має більше ніж сей авторитет, вона має те, що Вундт називає автаркією, себ-то силу, перевести й проти волі чи поведення поодиноких членів своєї постанови в дійсність.

Ось і маємо 3 основні прикмети держави в правничому розумінні: автономія, авторитет і автаркія. Поняття суверенности держави виринуло в середніх віках, як протест проти універсальности німецького цісарства, щоб зберегти самостійність менших держав, що відлучилися або й не належали до колишньої імперії Карла Великого. Воно доспіло до абсурду за володіння Бурбонів, та лягло в руїну під впливом ідей суверенности народу. Сьогодні воно є справжнім пережитком давньої абсолютистичної доби, та по правді не існує в дійсности. Натомісць від французької революції говорить про суверенність народу. Тому на сьому місці слід зупинитися коротко на питанні про відношення держави до народу (нації), доповнюючи ті висновки, які зазначено в I. томі Загальної науки права й політики.

Спираючися на правничому методі реальних явищ, та по-

борюючи всякі абстрактні „реляції“ чи інші абстрактні комбінації, дивимось на державу, як на розвиток суспільного життя в природі. Держава існує щойно тоді, якщо має свою територію; тим вона різниться від багатьох суспільних зв'язків, але не від нації. Як держава має свою історичну територію, так нація має свою природну територію; про державу рішає сьогодні політичний, про націю етнографічний принцип.

Правник ніколи не може забути, що держава мусить мати свою територію. *Genus proximum* держави — це територія. Щойно тоді, коли роди чи племена поселилися стало на якійсь території, можна було сказати, що держава повстала. Не бачити території, або абстрагувати від неї, це не бачити дійсності, а шукати кошмарів. Усе, що говориться в теорії про поняття „єдності“, про пояснювання того, як з різноманітності витворюється ідеальна єдність, має свій реальний видимий знак — та не називається єдністю, тільки територією держави; так не тільки по студіям географії, але й по правничому методу. Вродилися люде на якійсь території, та хочать мати на ній спільний порядок. Ось і ціла філософія. Але жили й раніше люде зі собою, творили роди, племена і т. д., племена мандрували, завойовували чужі племена та разом з ними рішилися зберігти спільну землю для внутрішніх потреб і охорони супроти зовнішніх ворогів — та щойно тоді повставала держава. Тому держава (як і сама назва на це вказує; те саме й слово — „*stato*“, з якого повстали в європейських мовах слова: *Staat*, *stát* і т. д.) є в першу чергу територія, в другу чергу люде, приналежні до цієї території. Щоб зберігти загальний суспільний лад, люде витворили питому державну організацію.

Обіймаючи цілий проблем держави, добавчуємо 3 основні елементи: 1) територія, 2) люде, 3) питома організація суспільного ладу. (Характерні моменти цієї останньої подано вище, а саме належать сюди: автономія, авторитет і автаркія). Сю організацію називаю латинським словом: „цивілізація“ (від „*civilis*“ = громадянський, „*civitas*“ = держава).

Якіж елементи бачимо в модерній нації? Два перші елементи є вже й в державі, але в іншому порядку. *Genus proximum* нації є люде (від *pasci* = родитися), другий елемент це територія (природна, на якій „родяться“ люде). Третім елементом є народня культура. Правда, що й модерна нація має звичайно свою питому організацію, але ця організація не є характерною прикметою нації, як у державі; головна суспільна

основа нації лежить в її культурі. Кожна нація має свою питому культуру, хочби й не мала своєї державної організації.

Тому еволюційний розвиток іде очевидно в тому напрямку, що нація, маючи своїх людей і свою територію, змагає до того, щоб своїй питомій культурі відкрити шлях до „цивілізації“, значить до того, щоб на своїй національній території створити питому державну організацію.

Ще кілька слів про саму теорію права. Новіші письменники, що намагаються поставити чисто-правничу теорію права (Кельзен, Сандер), не послуговуються як слід справжнім правничим методом, та приходять до абстрактних і неправдивих висновків. Зрівняння поняття права з поняттям держави є просто неправдиве. Навіть дивлячися тільки з правничого становища, не можна сперти цілої теорії права на відірванім догматизмі, з осібна на понятті правного припису, раз тому, що годі абстрагувати від того, як він повстав і годі перемінити цілу правну систему на конгломерат абстрактних правних приписів, начеб ніколи не було римських юристів, які подавали право не в абстрактній формі правних приписів, але в формі вирішування поодиноких правних випадків. Змагання до омніпотенції держави, яка в своїх правних приписах малаб бути неначе альфою і омегою суспільного порядку, не відповідає розвиткові історії. На противному шляху станув Сандер; він бере за основу не абстрактний правничий припис, тільки в такій формі, як правні події представляються під впливом суспільних органів в правних поступованнях. Але й сей погляд невірний, бо зупиняється щойно на останньому моменті права у його виконанні, не розбираючи ні його генези, ні глибших суспільних джерел. До того метод, яким він послугується, вельми самовільний, так сказати: апріорний, та не може сам собою відкрити нових шляхів юриспруденції.

Поступаючи справжнім правничим методом, слідує мою генетичну теорію скомбінувати відповідно з теорією етичного мінімуму Еллінека. Сю комбінацію я перевів у I. томі Загальної науки права й політики, з тим, що звернув особливу увагу на авторитативну силу суспільних звязків. На сьому місці йде річ про те, щоб доповнити згадані висновки.

Найбільшу критику визиває конструкція права, як соціально-етичного мінімуму. Але неслухно. Зазначую з осібна: мінімум соціально-етичних норм. Соціальна етика — се не етика одиниці, але естика суспільного звязку.

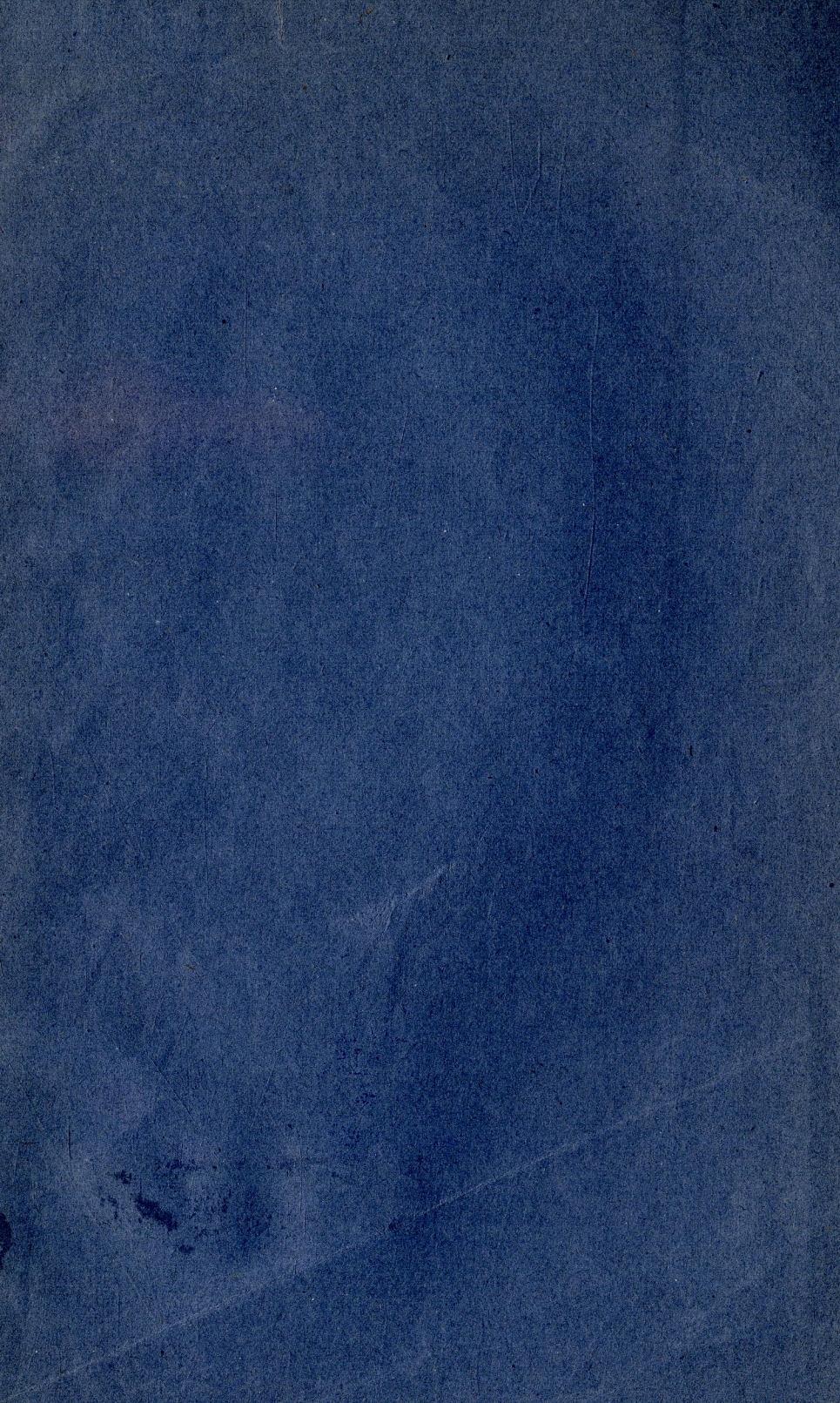
Суспільний зв'язок має свої спеціальні інтереси, які мусять бути збережені. Збереженню сих інтересів служитиме організація зв'язку. Що відповідає внутрішнім та зовнішнім потребам організації порядку в зв'язку — се зміст соціально-етичних норм. Організація зв'язку вибирає з тих норм найважнійші та, се є право зв'язку.

Але треба зазначити, що організація зв'язку, хочби сей зв'язок і був державою, не може при виборі норм поводитися самовільно. Є межі, які мусять бути збережені, щоб санкція правних норм зв'язку не переходила границь сеї автономії, яка йому як слід прислугує. Инакше сказавши: право треба відрізнити від безправства. І суспільні зв'язки можуть переступити границі своєї слушної автономії, та чимало лучається, що держава в своїх законах або при виконванні законів переступає сферу права, та встановляє безправство. Такі закони чи розпорядки не є соціально-етичними нормами, бо переступають границі соціальної етики. Вони й не можуть бути правом *sensu stricto*.

Се поучує нас, що право має і свої внутрішні прикмети, які слідують з ідеї права. Теорія справедливості Аристотеля вічно тривка, потребує тільки модерної конструкції. Штаммлер заступає її теорією „правдивого права“. Але якнебудь її назвати, справедливість залишується основою внутрішньою прикметою права, тільки форма і зміст її не є незмінні, вони навпаки залежні від суспільних відносин і історичного розвитку. Під теперішню добу, коли цивілізований світ висказав ідею самовизначення народів та охорони прав меншостей, всякі закони чи розпорядки, які тому противляться, не є правом, а безправством.

Д-р Станислав Дністрянський.





1 pyđ 89 kon (1986z)

13
11
2121





PA 2121y