

**ПРАВО НА ПОЗОВ ТА ПРАВИЖ:  
КРИТИКА ВІНДШАЙДОМ ТЕОРІЇ ПОРУШЕННЯ ПРАВА**

В статті йдеться про відношення понять права на позов та правіж з погляду принципу абстракції цивільного права та процесу. Стверджується, що правіж може розумітися як право вимоги в його певному стані або як здійснимість права вимоги, а не як право на захист або право на позов. Порухення права при цьому не має суттєвого значення.

**Постановка проблеми.** Цивільне право та цивільний процес тривалий час розвиваються як нерозривне ціле, і тільки не пізніше XIV ст. постгослосатори закладають основи для такого їх удосконалення, в якому одна й та ж проблема може розв'язуватися різними способами в матеріальному та формальному сенсі, залишаючи місце також для змішаних розв'язань. Питання про порушення права (тут і далі терміни порушення права та правопорушення вживаються як синоніми) є однією із таких проблем, а право на позов (Klagerecht) та правіж (Anspruch) можна вважати, із застереженнями, протилежними, точніше – змішано-розбіжними уявленнями, які являють собою відповіді на нього.

Своїм виникненням поняття права на позов завдячує Савин'ї [1, с. 1-11]. На підставі його розуміння розвивається теорія, якої притримувалися, за свідченням Регельсберґера, в пандектистиці також Кірульф, Пухта, Келлер [2, с. 265, 267] та ін., згідно з якою "правіж виникає тільки з порушенням права (Verletzungstheorie)" [2, с. 267], теорія порушення, або зважаючи на її зміст, – теорія порушення права. Поняття правежу Б. Віндшайдом створюється як критика останньої теорії [3, с. 1-8] та тим самим як заперечення універсального (загального) значення порушення права для виникнення суб'єктивного права, тобто як контрприклад до поняття права на позов в розумінні Савин'ї та його послідовників. При цьому варто звернути увагу на те, що теорія правежу віндшайдівського типу – правіж як "право зажадати від когось іншого щось" [4, с. 111], тобто правіж як суб'єктивне право вимоги в термінології українського, проте не німецького цивільного права, в якому поняття вимоги (Forderung) та правежу в цілому не збігаються та правіж за загальним правилом не розуміється як власне суб'єктивне право – є теорією цивільного матеріального права, а теорія права на позов – це теорія інтердисциплінарного характеру (матеріально-процесуальна теорія), а тому порушення права в ній може розглядатися як матеріальне та як про-

цесуальне питання. Далі нас буде цікавити переважно матеріальний бік проблеми, який, звичайно, існує в обох теоріях.

Збагачення сучасної методології цивільного права в Україні залежить також від розуміння різниці між позовним та правіжним поглядом на порушення права, а тому звернення до витоків відповідної теорії та аналіз її критики Віндшайдом з демонстрацією сьогоденного значення останньої в процесі цивільно-правової аргументації свідчить про актуальність постановки проблеми для цієї статті. Актуальність теми проявляється тим сильніше, якщо зважити на те, що одна із теорій – теорія права на позов – отримала пережане значення в вітчизняній юриспруденції, в руслі останньої, проте не вичерпуючи її, розвивається й теорія правежу як права на захист, тоді як ми прокладаємо шлях для протилежної теорії правежу, незалежної від права на позов, права на захист та в якій можна відволікатися від порушення права як істотного для виникнення правежу поняття – правіж як право вимоги в особливому стані (юридично здійсниме право вимоги, цивільно-правовий правіж, правіж віндшайдівського типу) або правіж як здійснимість права вимоги (правіж в методологічному відношенні), – методологічний потенціал якої в цивільному праві в його реалізації є значно вищим, оскільки завдяки їй периферійні для цивілістики питання переміщуються в самий центр її уваги, що створює, зокрема, умови для кращого стану юридичного навчання.

**Ступінь наукової розробки проблеми.** Теорії права на позов (в викладі Савин'ї) та правежу (віндшайдівського типу) заклали два напрямки в розвитку праворозуміння, в т.ч. в частині визначення поняття порушення права, один із яких домінує в Німеччині, інший в Україні, Росії та інших пострадянських країнах, в яких немає умов для відмінного від закладеного ще в другій половині XIX ст. напрямку правового розвитку (тобто крім Грузії та Туркменістану, в яких нинішні ЦК створені під значним впливом

німецького ЦК, а отже – й теорії правезу віндшайдівського типу). Тому ті автори, які зверталися до проблеми права на позов (М. А. Гурвіч, А. О. Добровольський, Є. О. Крашенінніков, Г. Л. Осокіна, С. С. Алексєєв та ін.), розглядали чи повинні були розглядати проблему порушення права під кутом права на позов в матеріальному та процесуальному сенсі в цивільному процесі або цивільному праві [5, с. 84, 85, 132, 142, 143 та ін.], в т.ч. спеціально в рамках суб'єктивного права на захист [6]. Так, С. О. Крашенінніков говорить, що гарантованість та забезпеченість регулятивних цивільних прав виражається в тому, що в момент настання обставин, які створюють завади на шляху їх реалізації, у управненого виникає нове, не існуюче раніше охоронне суб'єктивне цивільне право або право на захист [6, с. 4, 5]. Серед таких завад, зрозуміло, знаходиться й порушення права. Останній автор розуміє правезі як засоби захисту регулятивних суб'єктивних прав та охоронюваних законом інтересів [6, с. 14]. В такому ж напрямку, проте сприймаючи право на захист, тобто правіж в відмінній від методологічної та віндшайдівського типу формі, як процесуальне, а не як матеріальне питання, підходить до розв'язання проблеми Г. Л. Осокіна, яка зазначає: "суб'єктивне цивільне право, яке підлягає захисту, є елементом цивільного (регулятивного) правовідношення. Цьому праву безпосередньо кореспондує обов'язок іншого учасника цивільного правовідношення. Суб'єктивне право на позов виступає в якості елемента охоронно-позовного (процесуального) відношення ..., тому що цьому праву кореспондує обов'язок судді, суду як юрисдикційного органу держави" [7, с. 130], зважаючи на те, що суб'єктивне цивільне право у разі його порушення або оспорювання не здатне виконувати покладену на нього регулятивну функцію [7, с. 127]. С. С. Алексєєв відмічає, що правіж являє собою таке правомоччя, яке існує в правовідношенні не з самого початку його формування, а включається при наявності додаткових фактів (невиконання обов'язку) в склад суб'єктивного права для забезпечення правового впливу на порушника юридичного обов'язку [8, с. 125]. Отже, підсумовуючи панівне осягання проблеми, правіж в такому разі розуміється в контексті права на позов та права на захист, які важко уявити без поняття порушення права.

Коли йдеться про цивільне право, то термін "право на позов" часто не використовується, проте правовий аналіз значення порушення права буде збігатися із ситуацією, коли право на позов та право на захист ототожнюються або збли-

жуються, тобто це поняття тісно пов'язують з захистом права, потреба в якому виникає в результаті порушення права. Так, О. В. Дзера зазначає: "завжди суб'єктивне право обумовлене об'єктивним правом, дія якого породжує суб'єктивне право в учасників правовідносин і водночас захищає його у разі порушення іншими особами" [9, с. 8].

В сучасній Німеччині правіж закріплено в ЦК (легальне визначення в § 194, яке повторює визначення правезу Віндшайдом) та він розуміється як право, яке витікає із абсолютного права, причому не обов'язково в разі його порушення, (речовий правіж) або – із зобов'язального відношення, зрозуміло, що порушення тут також не є суттєвою підставою для виникнення правезу, оскільки крім деліктних зобов'язань та зобов'язань із порушення договору, існує також зобов'язання в нормальному стані, із якого (чи в рамках якого) також виникає право вимоги (в останніх випадках поняття зобов'язального правезу та вимоги збігаються). Правіж в німецькій правовій доктрині – це суттєвий наслідок права підкорення та панування (Herrschaftsrecht) на противагу конститутивним правам (Gestaltungsrecht), відправлення яких односторонньо та безпосередньо впливає на існуюче правовідношення та змінює останнє (конститутивна дія) [10, с. 59, 509, 1155], тобто в українській термінології – наслідок права на чужі дії, права на чужу поведінку. Правіж не ототожнюється в німецькому праві в цілому з суб'єктивним правом, ні у випадку його порушення, ні в протилежному випадку, що можна обґрунтувати, зокрема, переважним сприйняттям точки зору Регельсбергера про те, що із права може виникнути цілий ряд правезів [6, с. 32; 11, с. 80; 2, с. 264]. Німецький правіж, отже, це сьогодні традиційно цивільно-правове поняття віндшайдівського типу. Однак, слово правіж в цивільному процесі Німеччини може мати відмінне значення, що пояснюється історичною випадковістю.

Отже, в Україні, на відміну від Німеччини, поняття правезу віндшайдівського типу не належить до панівної точки зору на структуру суб'єктивного права [див: 7, с. 127], а правіж експлікується або в рамках поняття права на позов, або в рамках поняття права на захист, більш чи менш поєднаних з поняттям порушення права, проте існує також поняття правезу в рамках поняття права на позов в матеріальному сенсі, яке абстрагується від порушення права (М. А. Гурвіч) [5, с. 151, 158]. Як в Україні, так і в Німеччині не існує узагальнення поняття правезу в методологічному відношенні – правезу як юриди-

чної здійсності права, визначеної в процесі правового аргументування – хоча розвиток правової методології та теорії правової аргументації в Німеччині здійснюється саме в такому напрямку.

Таким чином, для вітчизняної методології цивільного права **невирішеним питанням** залишається питання про те, якою буде правова ситуація, якщо в сукупності абстрагуватися при дослідженні суб'єктивного права, по-перше, від поняття права на позов, по-друге, від поняття права на захист, по-третє, від іншого права як підстави виникнення права вимоги, по-четверте, від порушення права як універсального (загального) в такому разі поняття, а також, по-п'яте, тоді, коли правіж та суб'єктивне право ототожнюються. Відповідь на це питання можна дати дослідивши попередню історію виникнення та критики теорії порушення права.

**Метою статті** є виклад історії утворення поняття правезу Б. Віншайдом на основі критики теорії порушення права з погляду значення, яке має такого роду правіж в сучасній методології цивільного права. В такому разі ми опираємося на принцип абстракції цивільного права та процесу. Цей принцип тут означатиме, що юридичну проблему з певного погляду, наприклад, дидактичного чи методологічного, можна розглядати роздільно в цивільному праві та в цивільному процесі [пор.: 12, с. VIII, 71; 13, с. 91, 92]. Нас цікавитиме лише розгляд питання з погляду цивільного права.

При цьому ми ставимо наступні завдання: 1) довести, що правіж може розумітися не як право на захист, а як право вимоги; 2) довести, що в такому разі потрібно абстрагуватися від порушення права як універсального (загальнозначимого) з погляду виникнення суб'єктивного права поняття; 3) продемонструвати, як відповідна теорія правезу використовується в сучасній методології цивільного права.

Головним **методом** обрано текстуальний аналіз відповідних першоджерел, опублікованих відповідно в 1841 та 1856 рр. [1; 3]. Останні дати є датами утворення відповідних теорій права на позов (як теорії порушення права) та правезу.

**Виклад основної частини дослідження.** Правіж, виникнувши як ідея в 1856 р., суттєво вплинув на розвиток теорії цивільного права, теорії цивільного процесу та загальної теорії права. Знайшовши своє місце в німецькому ЦК, він став основою сучасної німецької цивільно-правової методології. Для розуміння його вад та переваг варто звернувся до витоків відповідного

уявлення, в першу чергу, до монографії, в якій запропоноване відповідне поняття.

Робота "Акціо римського цивільного права з погляду сучасного права" [3] побудована Віншайдом як антитеза до ідеї права на позов, яка була сформульована раніше Савин'ї в томі V "Системи сучасного римського права", глава 4 "Порушення прав", §§ 204, 205, 1841 р. [1, с. 1-11]. Так, Савин'ї, пояснюючи значення порушення прав та використання римськими юристами слова "actio" ("Aktio" – транслітеризація, яка часто зустрічається у німецьких текстах, звідси "акціо" в нашому перекладі українською) писав: "відношення, яке бере свій початок в правопорушенні, називається правом на позов або (NB. – В. Т.) також позовом, якщо цей вираз стосується голого повноваження потерпілого; все ж, щоправда, цей самий (вираз) також вживається для того, щоб позначити реальну діяльність потерпілого, яка виявляється в певній формі, в котрому сенсі вираз позначає позовну дію, отже, (за умови письмового процесу) є однозначним з позовною заявою. Тут можна говорити голо про позов в тому першому (матеріальному) значенні, отже – про право на позов; позов в другому (формальному), значенні, або позовна дія, зі своїми умовами та формами, належить до вчення про процес" [1, с. 5-6]. Перед цим Савин'ї, говорячи про права на позов, зауважив що "ці права належать скоріше тільки до процесу розвитку або метаморфози, яка може настати в кожному самостійному праві, і вони стоять тому на одній лінії з виникненням та припиненням прав, котрі так само дозволено сприймати тільки як поодинокі моменти життєвого процесу прав, не як права самі собою" [1, с. 3].

Опираючись на зазначене, Савин'ї робить висновок, покладений в основу вже згаданої теорії порушення права: кожному позову подаються попереду дві умови "право саме по собі (Recht an sich) (тобто право в об'єктивному сенсі. Про значення у Савин'ї права самого по собі див.: [1, с. 1], де таке право визначено "як необхідні умови спільного життя вільних істот". – В. Т.) та його порушення (Verletzung). Якщо бракує першого, то правопорушення немислиме; якщо бракує другого, то право не може набрати форму позову: воно не actio nata за виразом, який правильно це позначає та був введений новими юристами" [1, с. 6].

Цікаво, що в § 205 "Системи" Савин'ї використовує також слово правіж (Anspruch), проте аргументуючи, як можна буде побачити далі, протилежну точку зору до погляду Віншайда на речовий правіж, та не використовуючи ще це

слово як власне цивілістичний термін, що є науковою заслугою самого Віндшайда. "Порушення наших прав мислиме, однак, тільки як діяльність певного порушника, з яким ми вступаємо завдяки цьому у власне, нове правовідношення; зміст цього відношення визначається в загальному через те, що ми від цього противника вимагаємо скасування порушення. Цей правіж проти певної особи та на визначену дію має згідно з цим подібну зобов'язанню природу ...; потерпілий та порушник, або позивач та відповідач, один до одного знаходяться у відношенні кредитора та боржника" [1, с. 5].

Відштовхуючись насамперед від викладених поглядів Савин'ї Віндшайд ставить перед собою наступні задачі: "Потрібно говорити спочатку про суперечності всередині поняття акцію, після цього про її закінчення, потім про вплив, котрий має її здійснення в процесі на неї, нарешті, про перехід від одного суб'єкта до іншого" [3, с.8]. Далі він зазначає: "я не збираюся претендувати для ... викладеного (нижче. – В. Т.) на заслугу безумовної новизни. Що римляни слово акцію часто вживають для позначення не так процесуального, як матеріального повноваження, уже було спостережено іншими письменниками (в прибраному нами посиланні згадуються Кірульф, Вехтер, Бьокінг, Мюленбрух та Пухта. – В. Т.). Тільки виступає у них співвідношення поняття акцію з правом не завжди в належному світлі (в посиланні була критика поглядів Кірульфа та Бьокінга. – В. Т.). Важливіше, що це спостереження для теорії сучасного римського права ще не оцінено в достатній спосіб" [3, с.3].

Нас насамперед будуть цікавити згадані в цьому місці суперечності. Їх дві: *по перше, за Віндшайдом, всупереч Савин'ї, позов (в римському праві) не є правом на захист, яке виникає завдяки порушенню права, по-друге, позов в римському праві не є повноваженням зажадати захисту для права на випадок порушення* [3, с. 3]. Тобто в першому випадку критикується певний суб'єктивний підхід до позову, а в другому – об'єктивний. Римський позов (акцію) за Віндшайдом є "повноваженням здійснити свою волю завдяки судовому переслідуванню" [3, с. 3]. Виходячи із констатації, що "для сучасної правосвідомості право є пріусом, позов – прийдешнім, право – породжуюче, позов – породжене. ... Правопорядок є порядком прав" [3, с. 3], Віндшайд вважає, що для римлян переважне значення має інше сприйняття, згідно з яким "на місце права ступає акцію" [3, с. 3]. "Правопорядок (для римлян. – В. Т.) не є порядком прав, а порядком

по суду переслідуваних правевіжів" [3, с. 3]. Звідси Віндшайд, повторюючись, робить висновок, що в римському праві "акцію є замість права; вона не є результатом права. Можна мати акцію, не маючи права, і жодної акцію, коли комусь належить право. Отже, дозволено також у випадку, де акцію та право є разом, де акцію йде саме на визнання права, якщо бажають бути точним, не говорити, що акцію завдяки праву є присутньою; вона присутня завдяки діяльності магістрата, який її також міг би відхилити. – Однак якщо акцію і не є результатом права, то вона, проте, є виразом того. Магістрат, який її дає і відмовляє, чинить це не свавільно. Якщо він при цьому не прямо-таки слідує приписам права, то діє він проте в визнанні порядку речей, котрі, щоправда, не є правопорядком, котрі, однак, саме він робить правопорядком своєю діяльністю. Римські юристи кажуть, з одного боку: *praetor ius facere non potest* (претор не може створити право. – В. Т.), а на іншому боці вони не затримуються ні на мить говорити про *ius praetorium* (преторське право. – В. Т.). Акцію є органом правопорядку, як правовий припис, і так могла вона завжди дефініюватися, як «*ius persequendi iudicio, quod sibi debetur*» (право переслідувати в судовому порядку те, що собі заборговане. – В. Т.) [3, с. 4, 5]. І далі: "Я сказав: акцію є замість права. Це сказано не цілком точно. Замість речового права вона не є; речове право не розчиняється в ній. Акцію не впорядковує стосунки між особами і речами, вона впорядковує тільки стосунки між особою і особою. Акцію припускає завжди визначеного противника; **щоб може хтось від іншого зажадати?** (останні виділені нами слова можна вважати предтечею та квінтесенцією сучасного правіжного методу юридичного навчання. Це правило 3-W [пор. 4-W: 14, с. 8]. Пор. із наведеними вище визначеннями правевіжу. – В. Т.) Так акцію є безпосереднім та вичерпним виразом права вимоги, облігацію, і це відомо, що наші джерела говорять часто про акцію, де вони бажають зазначити облігацію" [3, с.5]. "Однак акцію не обмежуються облігацію. Якщо хто-небудь жадає від іншого, щоб він його як власника визнав, або щоб він визнав існування деякого іншого правового або фактичного співвідношення, то жадає він все-таки дещо від нього, і наскільки йому для того, щоб він жадає, надається судова допомога, приписується йому акцію. Отже, акцію є виразом для того, щоб можна зажадати від іншого; якщо ми шукаємо для цього короткого позначення, то ми зможемо пасуюче сказати: акцію є вираз для правевіжу" [3, с.5].

На наш погляд, для розуміння викладеної наукової позиції Віншайда варто сказати, що правіж в римському праві ним ще розуміється не в суб'єктивному сенсі, а в сенсі об'єктивного права – "акцію є органом правопорядку, як правовий припис", хоча при цьому використовується термінологія суб'єктивного права (наприклад, "має акцію", "має правіж" тощо). Суб'єктивне значення матиме не акцію/правіж, а судове рішення. Про це свідчить, зокрема, таке місце: "Зміст облігаторних правіжів може бути різними способами виражений правовим правилом, на котре вони покладаються. Є можливим, що це правове правило в деталях задає, що повинен надати боржник кредиторів, але також є можливим, що воно тільки в загальному позначає, де ж в кожному окремому випадку при прийнятті до уваги особливих обставин мусить знаходитися те, що саме для нього виходить із того загального позначення. В першому випадку зміст зобов'язання розгортається негайно, в останньому він мусить лише розгортатися; правове правило встановлює тільки нормативне ядро, яке, правда, повністю в собі несе норму для того, що кредитор може вимагати від боржника, але загорнуто і прикрито, чекаючи на розкриття і розкладення завдяки діяльності судді" [3, с. 25]. В методологічному сучасному відношенні таке "розкриття та розкладення" можливе також в експертній практиці, зокрема при вивченні цивільного права на юридичному факультеті.

Розвиток ідеї правіжу відбувається в результаті переходу від об'єктивного розуміння до суб'єктивного. В сучасному ж праві правіж має як суб'єктивне, так і об'єктивне значення. Правіж використовується Віншайдом в контексті римського права для позначення певного значення римського позову, проте римський позов ширше поняття, оскільки включає в себе "сукупну діяльність позивача" [3, с. 7], саме тому вважається, що він розділив римський позов на правіж та власне позов.

Правіж в розумінні Віншайда виникає незалежно від порушення права. "Не потрібно було перегортати якийсь листок в корпус юріс, щоб прочитати про акцію, які не мають передумовою правопорушення. Ніякого сумніву, що тому, належні права котрого порушуються, приписується акцію; але не голо йому" [3, с. 2] – можна вважати квінтесенцією віншайдівського твору. В подальшому на основі цієї ідеї правіжі будуть розділені на первинні та вторинні, причому лише останні мають – краще: можуть мати – стосунок до порушення права. В цілому обережно потріб-

но ставитися до формули акцію замість права, акцію замість правіжу, оскільки правіж повністю з акцію не збігається.

В наступному після публікації Віншайдом своєї монографії 1857 році у світ виходить монографія Теодора Мутера "До вчення про римську акцію, сучасне право на позов, літисконтестацию та сучасну сингулярну sukcesію в зобов'язаннях: критика віншайдівської книги "Акцію римського цивільного права з погляду сучасного права" (Ерланген) [15]. В цій роботі автор поставив перед собою завдання "видалити (entfernen) нове вчення Віншайда" про правіж [15, с. III]. Як ми бачимо, головна мета роботи Мутером не була досягнута, проте він в цій праці прославився іншим досягненням. Так, "за Мутером, є два зовсім різні права, з яких, щоправда, одне служить припущенням іншого, які, однак, належать до двох різних областей, тому що одне з них є цивільним правом, інше – має публічно-правову природу.

Зазначена конструкція, на думку Мутера, застосовна не тільки до римського, але й до сучасного права, у якому матеріальне право й право на позов не тотожні й зберігають між собою те ж співвідношення.

Теорія Мутера створювала дуалістичне поняття про право, яке немов розщеплювалося на два зв'язані між собою, але різних (по природі, змісту та суб'єктам) права: цивільний матеріальний правіж та публічний правіж на його захист" [5, с. 11, 12]. По суті, Мутер, будуючи в гіперкритичному ключі власну теорію акцію і т. д, доповнив наступне положення Віншайда: "Чинили б дуже не по праву, коли б ... бажали цілком не помічати процесуальну сторону поняття акцію. Якщо істинно, що положення: хто-небудь має акцію, будучи перекладеним на мову нашого праворозуміння, означає: хто-небудь має правіж; то, проте, не менш істинно, що акцію спочатку є не позначенням для правіжу, а (є позначенням) для того судового пред'явлення. Акцію є судовим переслідуванням; те можна сприймати зі сторін його фактичного існування, або зі сторони його можливого, всередині повноваження дотичної особи лежачого здійснення. В останньому випадку римляни казали в своїй мові те саме, що ми кажемо, коли ми приписуємо правіж кому-небудь; але вони говорять із-за цього не менше про судове переслідування" [3, с. 7]. Це підтверджується таким положенням Мутера: "Ми знайшли для акцію нове значення, значення в якому це слово набагато частіше трапляється і в якому воно означає не що, як: правіж на наділення формули. Здається, що римський правопорядок був

не порядком судово переслідуваних правезів, а порядком прав, і що тільки права (в суб'єктивному сенсі) могли судово переслідуватися. Отже, ті, кому подобало право на наділення формули, мусили мати також право в суб'єктивному сенсі, яке утворювало передумову та основу першого" [15, с. 40].

В цьому ж 1857 р. Віндшайд публікує відповідь на критику Мутера в роботі "Акцію: оборона проти Теодора Мутера" (Дюссельдорф) [16]. В ній він захищає свої погляди, роз'яснюючи певні місця першої своєї праці. Ці роз'яснення можна розглядати як ключі до її розуміння. Виділимо два із них. Так, Віндшайд говорить: "Що є право (в об'єктивному сенсі. – В. Т.)? Право є сукупністю (Inbegriff) визначень про те, як далеко кожний індивід сміє вчинити свою волю по відношенню до решти індивідів, наскільки решта індивідів має підкоритися його волі. Тому, хто для того, що він бажає, може посылатися на визначення права, ми приписуємо право, про того, хто це не може, ми говоримо, він не має жодного права" [16, с. 11]. В тексті "Акцію римського права..." часто виникає сумнів щодо того, в якому сенсі – об'єктивному чи суб'єктивному – вживає автор слово "право". Запропоноване дозволяє визначитися в певних місцях щодо цього.

Проте інше положення має значення не лише для розуміння того чи іншого місця в публікації, але й є розуміння всієї творчості Віндшайда. Йдеться про примітку на стор. 7: "Вираз: правоправіж, правіж, я обрав для позначення персонального напрямку права, в силу якого від певної особи щось вимагається (підкреслення наше. – В. Т.). Цей персональний напрямок права, який істотно внутрішньо притаманний акцію, завжди вміщений в праві вимоги, решта прав можуть його обрати тільки по можливості. Див. с. 5 мого твору" [16, с. 7]. Послідовник Віндшайда П. Лангхайнекен зазначав пізніше: "До поняття, яким для всіх частин Цивільного кодексу личить об'ємиста вага, може без сумніву зараховуватися правіж. Він в своїй легко зрозумілій та найбільш важливій формі проявлення означає персональний напрямок суб'єктивного права (NB. – В. Т.), його напрямок назовні. Таку думку було виставити і в системі загального права послідовно провести, насамперед, однак, для сучасного права зробити корисною, є безсмертною заслугою Віндшайда (підкреслення наше. – В. Т.)" [17, с. III].

Дещо інакше поняття персонального напрямку дається в "Підручнику пандектного права": "римляни під поняттям управомоччя на процесуальне переслідування розуміли тільки одну

сторону права, яка є чимось іншим, ніж його процесуальна захищеність", "це інше є саме особистим напрямком права, тобто тим, що залишається від процесуальної захищеності, якщо відняти специфічний момент процесу (підкреслення наше. – В. Т.)" [18, с. 96]. Можна сказати, що саме цей підхід став натхненням для розвитку сучасної цивільно-правової методології в Німеччині та тим захопленням, яке спонукало нас до підготовки даної статті.

В "Підручнику" завершується утворення поняття правезу, при цьому головним підсумком можна вважати ясне вираження ідеї правезу як персонального напрямку суб'єктивного права.

Отже, у Віндшайда правіж розуміється не як право на захист та при цьому поняття порушення права не має суттєвого значення. Це обґрунтовується тим, що право в Римі могло виражатися у формі акцію (позову), а це означає – у формі правезу. Проте акцію могла належати особі і до порушення права.

Абстрагуючись від історії утворення поняття правезу, викладеної вище у вигляді критики Віндшайдом теорії порушення права Савин'ї, розглянемо ситуацію абстрактно з погляду логіки права та теорії юридичної аргументації. Нехай йдеться про право вимоги, яке виникає внаслідок порушення права. В такому разі у боржника існує два способи для заперечення у кредитора права відповідної вимоги: абсолютний спосіб, який дозволить довести, що це право вимоги не виникало або воно вже припинилося, та відносний, який дозволяє відкласти здійснення такого права вимоги тимчасово або назавжди.

Припустимо, що нас не цікавить, зважаючи на принцип абстракції цивільного права та процесу, чи існує можливість захистити відповідне право в судовому порядку, проте цікавить, чи є право вимоги юридично здійснимим. Тоді немає перепон для того, щоб права вимоги, які виникають без порушення права, розглядати під одним кутом виникнення права з тими, які виникають внаслідок порушення. Такий розгляд дозволяє виділити первинні та вторинні права вимоги, при цьому, на наш погляд, не обов'язково прив'язуватися в другому випадку до порушення права, як це зроблено в Німеччині [14, с. 19, 20], а досить розглядати будь-яке право, яке розглядається першим, як первинне, а наступне як вторинне. В такому разі ми абстрагуємося від питання про те, на підставі якого права виникає право вимоги. Це останнє питання ставитиметься в процесі аргументації лише у разі потреби.

Отже, в методичному відношенні ми матимемо умови для утворення уніфікованої для первинних та вторинних вимог методики, в основі якої знаходиться поняття правежу, відведення та відкладення. Саме така методика була створена в Німеччині в останні десятиліття під назвою експертний стиль (Gutachtenstil) [19] на основі так званого правіжного методу [20], в основу якого покладено поняття правіжного складу (Anspruchsaufbau) [див., напр.: 21, с. 107-131]. І саме це, а також запропоноване нами поняття формальної системи цивільного права та її інтерпретації (конкретизації), – досить багате цивільне право являє собою формальну базисну систему із трьох попарно несумісних протилежностей (теорія  $T_3$  з логікою  $L_3$ ) [22]: правежу, відведення та відкладення, – є основним стимулом для розробки поняття правежу без прив'язки його в стилі Савин'ї до порушення права, тобто без акценту на теорію порушення права.

**Висновки.** Викладене вище підсумовується наступним чином, якщо виходити з того, що в цивільному праві визначення правежу рівнозначне дослідженню здійсності або встановленню здійснимого права вимоги кредитора:

1. Правіж може розумітися не як право на захист чи в рамках поняття права на позов, а також не як витік із суб'єктивного права (не як результат останнього), а як суб'єктивне право вимоги (право зажадати щось від когось), тобто як правіж віншайдівського типу, про що свідчить історія критики теорії порушення права Віншайдом та сучасний стан методології права в Німеччині.

Останньому підходу не суперечитиме в методологічному та абстрактному відношенні наступне наше визначення правежу: правіж – це юридична (непроцесуальна та нефактична, тобто матеріально-правова) здійснимість права вимоги, оскільки обґрунтування такої здійснимості права, тобто правежу, є кінцевою метою кредитора в процесі аргументування ним своєї правової та фактичної позиції.

Правіж має стосунок не до права на захист, а є особливим станом цивільного суб'єктивного права вимоги (права на чужі дії). В цьому іншому відношенні, правіж – це юридично здійснене право вимоги. Цей стан визначається шляхом відповідної цивільно-правової аргументації, а саме за допомогою аналізу умов для застосування правіжних, відвідних та відкладних норм або шляхом аналізу характеру права вимоги: здійсненого, дійсного, недійсного, нездійсного, довільного, недовільного права вимоги.

2. Правіж віншайдівського типу виникає в результаті критики Віншайдом теорії правопорушення Савин'ї на підставі аналізу ним джерел римського права. Така критика має перехідне та спірне історичне значення, проте на її основі в сьогоденнішньому праві Німеччини побудоване панівне сучасне правіжне мислення німецьких юристів, а точніше – так званий експертний стиль опрацювання цивільної справи, який активно використовується в навчальній практиці при підготовці студентів-юристів.

3. При побудові теорії правежу віншайдівського типу, правежу в методологічному сенсі та правежу як стану цивільного права вимоги можна абстрагуватися від поняття порушення права, яке матиме лише часткове значення в цій теорії, а не універсальне (загальне) як у Савин'ї.

4. На основі критики Віншайдом теорії порушення права виникає послідовно поняття правежу та сучасний правіжний метод правового мислення. Отже, ця критика заслуговує на увагу в разі побудови в Україні юридичного навчання на основі правіжного методу.

Дослідження правіжного методу можна вважати **подальшим напрямком дослідження** правежу віншайдівського типу, в т.ч. правежу як особливого стану права вимоги (юридично здійсненого права вимоги), та особливо правежу як методологічного поняття (юридичної здійсненості права вимоги).

### Список літератури

1. Savigny F. C. v. System des heutigen römischen Rechts. In 8 (9) Bdn. Bd. 5 / von Friedrich Carl von Savigny. – Berlin : Veit u. Comp., 1841. – VI, 647 S.

2. Регельсбергер Ф. Общее учение о праве / Фердинанд Регельсбергер ; пер. И. А. Базанова ; под ред. Ю. С. Гамбарова. – Москва : Тип. Высочайше учрежд. Т-ва И. Д. Сытина, 1897. – XIV, 295 с.

3. Windscheid B. Die Actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts / von Bernhard Windscheid. – Düsseldorf : Buddeus, 1856. – IV, 238 S.

4. Windscheid B. Lehrbuch des Pandektenrechts. In 3 Bdn. Bd. 1 / von Bernhard Windscheid. – 6., verb. u. verm. Aufl. – Frankfurt a.M. : Literarische Anst., 1887. – XVI, 936 S.

5. Гурвич М. А. Право на иск / Марк Аркадьевич Гурвич. – Москва ; Ленинград : Изд. Акад. наук СССР, 1949. – 216 с.

6. Крашенинников Е. А. К теории права на иск / Евгений Алексеевич Крашенинников ; Яросл. гос. ун-т. – Ярославль : ЯрГУ, 1995. – 73,[2] с.
7. Осокина Г. Л. К вопросу о соотношении субъективного гражданского права и правомочия на его защиту (на примере субъективного права собственности) / Галина Леонидовна Осокина // Вестн. Том. гос. ун-та. – 2012. – № 360. – С. 127-130.
8. Алексеев С. С. Общая теория права. В 2 т. Т. 2 / Сергей Сергеевич Алексеев. – Москва : Юрид. лит., 1982. – 354 с.
9. Цивільне право України. Загальна частина : підручник / за ред. О. В. Дзери ; Н. С. Кузнецової ; Р. А. Майданика. – Київ : Юрінком Інтер, 2010. – 976 с.
10. Rechtswörterbuch / begr. von Carl Creifelds. Hrsg. von H. Kauffmann. Bearb. : D. Guntz ... 12., neubearb. Aufl. – München, 1994. – 1491 S.
11. Добровольский А. А. Исковая форма защиты права : основные вопросы учения об иске / Аркадий Александрович Добровольский. – Москва : Изд-во МГУ, 1965. – 190 с.
12. Шапп Я. Основы гражданского права Германии : учебник / Ян Шапп. – Москва : БЕК, 1996. – 304 с.
13. Шапп Я. Система германского гражданского права : учебник / Ян Шапп. – Москва : Междунар. отношения, 2006. – 360 с.
14. Katko P. Bürgerliches Recht : schnell erfaßt / Peter Katko. – Berlin [u.a.] : Springer, 1995. – 303 S. – (Recht – schnell erfaßt).
15. Muther T. Zur Lehre von der römischen Actio, dem heutigen Klagerecht, der Litiscontestation und der heutigen Singularsuccession in Obligationen : eine Kritik des Windscheidschen Buches Die actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkte de heutigen Rechts. – Erlangen : Deichert, 1857. – VIII, 198 S.
16. Windscheid B. Die Actio : Abwehr gegen Theodor Muther / Bernhard Windscheid. – Düsseldorf : Buddeus, 1857. – VI, 88 S.
17. Langheineken P. Anspruch und Einrede nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch / von Paul Langheineken. – Leipzig : Engelmann, 1903. – XVI, 368 S.
18. Виндшейд Б. Учебник пандектного права : Общая часть. Т. 1 / Бернгард Виндшейд. – С.-Петербург : Изд-е А. Гиероглифова и И. Никифорова, 1874. – XIV, 358 с.
19. Valerius B. Einführung in den Gutachtenstil : 15 Klausuren zum Bürgerlichen Recht, Strafrecht und Öffentlichen Recht / Brian Valerius. – Berlin [u.a.] : Springer, 2005. – IX, 230 S. – (Tutorium Jura).
20. Schaller J.-M. Die Anspruchsmethode / Jens-Marc Schaller // AJP/PJA. – 2011. – № 1. – S. 3-17.
21. Bringewat P. Methodik der juristischen Fallbearbeitung : mit Aufbau- und Prüfungsschemata aus dem Zivil-, Strafrecht und öffentlichen Recht. – Stuttgart : Kohlhammer, 2007. – XVI, 205 S. – (Rechtswissenschaften und Verwaltung Studienbücher).
22. Трутень В. В. Комбінована n-мірна юридична логіка: в застосуванні до експлікації цивільно-правового поняття "правіж" / Віктор Володимирович Трутень // Логіка і право. Матеріали IV Міжнародної науково-практичної конференції "Логіка і право". Харків, 11 травня 2012 р. / Науковий редактор: д-р філос. наук, проф. О. М. Юркевич. – Харків, 2012. – С. 131-134.

*Стаття надійшла до редколегії 16 березня 2012 року.*

*Рекомендована до друку в "Віснику" членом редколегії Н.Д. Гетьманцевою.*

**V. V. Truten**

## **The right of action and claim: Windscheid's criticism of the theory of infringement of the right**

### **Summary**

In article the right of action and claim from the point of view of a principle of abstraction of civil law and process is a question of the relation of concepts. Affirms that claim can be understood as the requirement right in its certain condition or as practicability of the right of the requirement, instead of as the right to protection or the right of action. Infringement of the right has thus no essential value.

**В.В. Трутень**

## **Право на иск и притязание: критика Виндшайдом теории нарушения права**

### **Аннотация**

В статье речь идет об отношении понятий права на иск и притязания с точки зрения принципа абстракции гражданского права и процесса. Утверждается, что притязание может пониматься как право требования в его определенном состоянии или как осуществимость права требования, а не как право на защиту или право на иск. Нарушение права не имеет при этом существенного значения.