

І. А. Покровскій.

Куплено Димом о/р Соловьевой

ПРОВЕРЕНО
2000г.

25/06

к. гр. п. р.

11768

ГРАЖДАНСКІЙ Судъ и Законъ.

Проблема ихъ взаимоотношенія.



Ин-т Суденя Ленина Университет
БИБЛИОТЕКА
Правовскій факультет

Дозволено цензурою. Київъ 12-го Октября 1905 года.

КІЕВЪ.
Типографія С. А. Борисова, Мало-Житомирская ул., д. № 16.
1905.

ГРАЖДАНСКІЙ СУДЪ И ЗАКОНЪ.

Проблема ихъ взаимоотношенія.

I.

Наше время—трудное время. Съ одной стороны, небывалое развитіе законодательной дѣятельности, выражающееся въ огромномъ количествѣ законодательныхъ актовъ и въ еще большемъ количествѣ законопроектовъ; съ другой стороны, лихорадочный темпъ экономической и соціальной жизни, чуть не ежедневно ставящій на очередь все новые и новые вопросы. Разрѣшеніе этихъ вопросовъ находится въ зависимости отъ тѣхъ или иныхъ соціальныхъ предпосылокъ, принциповъ, а между тѣмъ самыя эти предпосылки находятся еще въ состояніи полной спорности. Юридическая мысль бросается изъ стороны въ сторону, спѣшно ищетъ замѣны расшатаннымъ основамъ,—и удивительно-ли, если не всегда при этомъ попадаетъ на то, что нужно.

Кто хоть немного слѣдилъ, за различными теченіями въ области современнаго гражданскаго права, тотъ знаетъ, что для многихъ изъ возникающихъ тамъ вопросовъ въ качествѣ такой предпосылки, отъ которой зависитъ ихъ разрѣшеніе, является вопросъ о возможномъ расширеніи судейскаго усмотрѣнія, или —говоря болѣе общимъ образомъ—объ отношеніи суда къ закону.

Господствовавшее до сихъ поръ представленіе на этотъ счетъ сводилось въ общихъ чертахъ къ слѣдующему.

Функція судьи заключається лишъ въ примѣненіи закона къ конкретнымъ спорамъ; судья долженъ быть лишъ истолкователемъ и осуществителемъ воли закона и ничѣмъ инымъ; только въ законѣ онъ долженъ черпать тѣ нормы, которыя онъ будетъ примѣнять *in concreto*, — и нигдѣ въ другомъ мѣстѣ. Какъ оборотная сторона этого воззрѣнія, по отношенію къ закону предъявлялось (въ принципѣ) требованіе — все по возможности предусмотрѣть и все по возможности яснѣе регулировать. Неопредѣленность законодательныхъ предписаній и неполнота ихъ мыслились, какъ нѣчто возможное, но во всякомъ случаѣ недолжное, ненормальное. При разрѣшеніи той или другой представлявшейся ему правовой проблемы законъ долженъ былъ разсчитывать только на себя и ни на что другое.

Но вотъ въ новѣйшее время въ сферѣ юридической мысли стало обозначаться иное теченіе. Съ одной стороны — говорятъ намъ — законъ не можетъ предусмотрѣть всего; предполагать всевѣдѣніе закона — значить создавать себѣ фикцію. Съ другой стороны, судья никогда не былъ только простымъ истолкователемъ воли закона, какой-то механической машиной; волей или неволей, но онъ былъ и есть участникъ въ правовомъ творествѣ. Отрицать это — значить закрывать глаза на фактъ совершенно безспорный; слѣдуетъ, напротивъ, признать его и съ нимъ считаться. Полагаясь на здравый смыслъ и тактъ судей, которые являются членами и носителями правосознанія того же общества, законодатель во многихъ случаяхъ *вправѣ* предоставить имъ самимъ разбираться въ конкретныхъ отношеніяхъ жизни. Извѣстная неопредѣленность закона, предоставляющая большій просторъ свободному усмотрѣнію судьи, является, такимъ образомъ, съ этой точки зрѣнія не только не противной общей идеѣ законодательства, а напротивъ того — приѣмомъ, иногда единственно цѣлесообразнымъ.

Такая тенденція зародилась собственно не такъ недавно, и — можно сказать, что ее создала сама жизнь, поскольку эта жизнь отражается въ современной практикѣ гражданскихъ судовъ. Развивавшійся

въ теченіе XIX в. чрезвычайно быстрымъ темпомъ гражданскій оборотъ на каждомъ шагу оставлялъ позади себя нормы закона; возникали новыя, неизвѣстныя закону отношенія, обнаруживались непредвидѣнные конфликты интересовъ. Со всѣми этими непредусмотрѣнными отношеніями и конфликтами естественно, по самому своему положенію, прежде всего сталкивался судья, и, конечно, положеніе его оказывалось чрезвычайно затруднительнымъ. Обязанный въ своихъ рѣшеніяхъ опираться на законъ, обязанный свои приговоры мотивировать указаніями на тѣ или другіе параграфы его, судья сплошь и рядомъ чувствовалъ, что справедливое рѣшеніе того или другого дѣла или вовсе не можетъ быть связано съ закономъ или, если и можетъ, то лишь путемъ самыхъ искусственныхъ интерпретаціонныхъ натяжекъ. Наблюдая быстрое развитіе отношеній, наблюдая ихъ еще въ стадіи образованія, когда даже контуры грядущихъ типовъ еще не успѣли обрисоваться, судья естественно могъ прийти къ заключенію, что никакому законодательству съ его общими формулами за этимъ быстрымъ процессомъ не угнаться и что единственнымъ цѣлесообразнымъ приемомъ было бы предоставленіе судьямъ большей свободы усмотрѣнія.

И вотъ, въ то время, когда теорія продолжала учить о законѣ, какъ о единственномъ источникѣ, откуда судья можетъ черпать свои рѣшенія, міръ юридической практики молчаливо, но все болѣе и болѣе опредѣленно настраивался противъ этого ученія, а вмѣстѣ съ тѣмъ и противъ теоріи вообще. И въ значительной степени именно этой причиной объясняются многочисленныя и общеизвѣстныя нападки на «юриспруденцію понятій» («Begriffsjurisprudenz», «juristisches Begriffshimmel» и т. д.), общеизвѣстные совѣты юристовъ-практиковъ лицамъ, начинающимъ практическое служеніеThemidъ, забыть теорію. Между теоріей и практикой легла глубокая пропасть, по обоимъ краямъ которой стояли двѣ враждующія и другъ друга обвиняющія стороны.

Указанное настроеніе практическихъ юристовъ въ Германіи ко времени работъ по составленію новаго уложенія окрѣпло уже настолько, что отрази-

лось почти всецѣло на этихъ работахъ и на ихъ окончательномъ продуктѣ — обще-германскомъ гражданскомъ кодексѣ. Всѣми современными его комментаторами единогласно признается, что весь онъ въ самыхъ разнообразныхъ положеніяхъ своихъ широко раздвигаетъ границы судейскаго усмотрѣнія, ввѣряя этому послѣднему разрѣшеніе многихъ чрезвычайно важныхъ и чрезвычайно трудныхъ правовыхъ задачъ.

Такъ на примѣръ *Гахенбургъ*, характеризуя «духъ уложенія» (*Geist der bürg. Gesetzbuchs*), говоритъ, между прочимъ, слѣдующее: Красной нитью черезъ всѣ предписанія уложенія проходитъ принципъ справедливости, и одновременно *въ качествѣ необходимою коррелята этою принципа является нѣкоторая неопредѣленность ея нормъ*. Въ немъ не всегда можно найти рѣшеніе отдѣльныхъ случаевъ; какъ опредѣленіе наказанія въ уголовномъ правѣ, такъ и граждански-правовое рѣшеніе предоставляется нерѣдко свободному усмотрѣнію судьи. *Это расширение свободы судейскаго усмотрѣнія составляетъ характерную черту кодекса* ¹⁾.

Такъ же характеризуетъ этотъ кодексъ и *Эндеманнъ*. Уложеніе, говоритъ онъ, избѣгаетъ вездѣ по мѣрѣ возможности своими опредѣленіями ограничивать свободное научное развитіе правовыхъ понятій; во многихъ случаяхъ оно предоставляетъ самимъ судьямъ рѣшить вопросъ о томъ, подлежитъ ли примѣненію и насколько та или иная норма закона. *Всѣ это далеко выходитъ за предѣлы простаго толкованія и обозначаетъ привлеченіе судьи къ конкретному правотворенію* («an der konkreten Rechtssetzung»). Въ систему законодательныхъ предписаній вдвигается порою подвижный факторъ: тамъ, гдѣ новыя правовыя идеи еще только борются за свое существованіе, гдѣ юридическая ситуація еще недостаточно выяснилась, тамъ самому судѣ предоставляется вырабатывать нормы, которыя бы соотвѣтствовали соціальной природѣ гражданского закона. Если законъ говоритъ, что въ

¹⁾ Hachenburg. Das bürg. Gesetzbuch. Vorträge. 1879. S. 11—12.

случаѣ важныхъ причинъ можетъ быть расторгнуть договоръ личнаго найма, что неустойка можетъ быть понижена до справедливаго размѣра, что въ извѣстныхъ случаяхъ должно быть присуждено справедливое вознагражденіе,— то, очевидно, дается пока только пустая рамка: наполнить ее содержаніемъ составляетъ *правотворящую задачу судьи* ¹⁾.

Излишне приводить дальнѣйшія цитаты: всѣ онѣ въ томъ же родѣ. Не одинаково относятся современные германскіе юристы къ этой чертѣ своего кодекса, но что она дѣйствительно есть, это, повторяемъ, они признаютъ единогласно.

Та же самая цивильно-политическая предпосылка легла въ основу и *нашею проекта гражданскаю уложенія*. Объ этомъ официально и торжественно заявляли объясненія къ обнародованной прежде другихъ частей книгѣ V объ обязательствахъ.

Перечисляя „*начала, положенныя въ основаніи проекта*“, авторы его послѣ двухъ другихъ принциповъ (1, законъ прежде всего долженъ быть справедливымъ; 2, законъ долженъ стремиться къ достиженію матеріальной, а не формальной правды) выставляютъ третій:

„*Законъ долженъ предоставить возможно широкій просторъ усмотрѣнію суда*, такъ какъ только при этомъ условіи могутъ быть въ каждомъ данномъ случаѣ опредѣлены отношенія сторонъ на справедливыхъ основаціяхъ. По дѣйствующему закону суды весьма ограничены въ правѣ руководствоваться свободнымъ усмотрѣніемъ... Указанный недостатокъ дѣйствующаго закона исправленъ въ настоящемъ проектѣ, предоставляющемъ во многихъ случаяхъ весьма широкій просторъ справедливому усмотрѣнію суда. Такъ, напримѣръ, судъ, по соображенію всѣхъ обстоятельствъ дѣла, опредѣляетъ размѣръ вознагражденія за убытки по своему усмотрѣнію и даже можетъ назначить вознагражденіе, хотя бы убытковъ и не было

¹⁾ Lehrbuch des bürg. Rechts. I (1903) S. 56—59.

понесено. Отъ свободнаго усмотрѣнія суда зависить также уменьшить неустойку, когда она представляется чрезмѣрной, прекратить до срока договоръ личнаго найма, когда принятія несовершеннолѣтнимъ обязательства непомѣрно тягостны для него, освободить подрядчика отъ исполненія договора или увеличить установленную договоромъ цѣну подряда, когда вслѣдствіе чрезвычайныхъ обстоятельствъ для дальнѣйшаго исполненія договора требуется несравненно больше труда, времени и издержекъ, чѣмъ предполагалось первоначально, отмѣнить договоръ пожизненнаго содержанія или замѣнить содержаніе опредѣленными ежегодными денежными выдачами, когда дальнѣйшее продолженіе договора станетъ невыносимымъ для той или другой стороны и т. д.»

Если принять во вниманіе, что наиболѣе существенные случаи, гдѣ нашъ проектъ предоставляетъ суду чрезвычайно широкую свободу усмотрѣнія, въ ряду этихъ примѣровъ какъ-разъ не приводятся (напр. ст. 31 книги V, теперь ст. 64 положеній общихъ), то мы должны будемъ признать, что заявленное въ «объясненіяхъ» «третье начало» дѣйствительно проводится нашимъ проектомъ по всей линіи, и, смѣемъ думать, даже полнѣе, чѣмъ первыя два.

Уже этихъ двухъ кодификацій совершенно достаточно для окончательнаго убѣжденія въ томъ, что описанное теченіе не только есть, но что даже болѣе того — оно стало господствующимъ, опредѣляющимъ даже самое законодательство. Какъ-то незаметно для теоріи, продолжавшей пребывать въ верхахъ своего «Begriffshimmel», это новое направленіе пропитало собой всю юридическую атмосферу, сдѣлалось своего рода *communis opinio* и, игнорируя старыя ученія доктрины, овладѣло всѣми ея позиціями.

Въ мірѣ духовныхъ явленій, однако, фактическая побѣда еще недостаточна; даже то, что побѣждаетъ, чувствуетъ потребность въ своемъ оправданіи, въ такомъ или иномъ теоретическомъ обоснованіи. Почувствовало эту потребность и новое ученіе о роли судьи и выдвинуло рядъ опытовъ своего теоретическаго оправданія.

II.

Какъ бы далеко ни заходило скептическое отношеніе къ закону и стремленіе «привлечь судью къ конкретному правотворенію», было, однако, очевидно, что невозможно дать судьѣ какую-либо свободу отъ ясныхъ и опредѣленныхъ предписаній закона. Гдѣ смыслъ этого послѣдняго не оставляетъ никакихъ сомнѣній, тамъ судьѣ остается только подчиниться, хотя бы этотъ смыслъ рѣшительно противорѣчилъ представленіямъ судьи о справедливости, цѣлесообразности и т. п. Допустить судебный контроль надъ закономъ въ такомъ смыслѣ, даже по признанію самихъ теоретиковъ указаннаго направленія, значило бы легализировать правовую анархію ¹⁾).

Ввиду этого теоретическое изысканіе концентрируется на тѣхъ случаяхъ, которые закономъ прямо не предусмтрѣны и гдѣ вслѣдствіе этого возникаетъ необходимость восполненія недостающей или неясной воли законодателя, причемъ темой для научнаго изысканія является вопросъ о наилучшихъ пріемахъ этого восполненія или — какъ обыкновенно, хотя и не совсѣмъ точно выражаются, — *вопросъ о наилучше цѣлесообразной методѣ интерпретаціи*.

Такъ именно и озаглавлена книга, возбуждавшая большой интересъ и дѣйствительно открывающая собой рядъ опытовъ теоретическаго прецизирования вопроса о болѣе широкомъ усмтрѣніи суда. Я говорю о книгѣ Дижонскаго профессора *François Gén y, Méthode de l'interprétation et sources en droit privé positif. 1899*. И до этой книги можно было встрѣтить отдѣльныя заявленія о необходимости освободить судью отъ формальной связанности мелочными правилами толкованія закона, но всѣ эти отдѣльныя заявленія оставались на поверхности вопроса; Жени, напротивъ, пытается охватить вопросъ въ его полномъ объемѣ и проанализировать его до основаній.

Основные идеи Жени сводятся къ слѣдующему. Если правовая жизнь современности обнаруживаетъ

¹⁾ Gén y. Méthode de l'interprétation. p. 62.

невозможность для законодателя поспѣвать за по-
минутно развивающимися отношеніями и если чув-
ствуется настоятельная потребность привлечь здѣсь
въ качествѣ живаго регулятора судью, предоста-
вивъ свободу его усмотрѣнію, то, конечно, при
этомъ не можетъ быть рѣчи объ усмотрѣніи сво-
бодномъ въ смыслѣ полного и независимаго суде-
скаго субъективизма. Такой субъективизмъ былъ бы
равносиленъ произволу и вполнѣ противорѣчилъ бы
самому понятію объективнаго праваго порядка. Не-
обходимо, чтобы нормы для своихъ сужденій судья
заимствовалъ не изъ себя самого, а изъ какихъ-либо
внѣ его лежащихъ, вполнѣ объективныхъ источни-
ковъ; необходимо указать ему правильный методъ
отысканія этихъ объективныхъ нормъ.

Въ чемъ же можетъ заключаться этотъ методъ
и каковы эти внѣ судьи лежащіе источники положи-
тельного права? На первомъ мѣстѣ, конечно, стоитъ
законъ. Но что такое представляетъ изъ себя въ са-
момъ существѣ своемъ этотъ послѣдній? Не имѣя
возможности опредѣлить собой всякій конкретный
случай, законъ даетъ не что иное, какъ лишь про-
стую *иниціативу* къ тому, какъ должно быть («la loi
n'est guère plus, qu'une simple initiative à ce, qui doit
être réellement et définitivement statué» p. 183), не что
иное, какъ лишь *общее указаніе, руководство* («infor-
mation» p. 580) со стороны компетентной власти.
Значеніе этого руководства не должно расширяться
такъ, какъ это имѣетъ мѣсто въ господствующемъ
ученіи. Поскольку это руководство опредѣляетъ со-
бою точно тѣ или другія конкретныя условія своего
примѣненія, постольку оно по необходимости должно
быть непрекаемо; но въ огромномъ большинствѣ
случаевъ такъ не бываетъ: законъ говоритъ въ
общихъ выраженіяхъ, законъ оставляетъ массу пунк-
товъ, имъ непредвидѣнныхъ, которые приходится
восполнять. Для этого восполненія господствующее
ученіе требуетъ выясненія истинной воли законода-
теля, насколько она можетъ быть открыта общеиз-
вѣстными правилами законодательнаго толкованія. И
въ этомъ именно лежитъ источникъ заблужденія,
источникъ той тяжести, которая несомнѣнно чув-
ствуется вездѣ въ настоящее время.

Ошибка заключается въ слѣдующемъ. Самый законъ, какъ авторитетное руководство, есть не что иное, какъ выводъ, сдѣланный компетентнымъ учрежденіемъ (законодателемъ) изъ того, что составляетъ верховный источникъ всякаго закона и права вообще,—изъ *природы вещей*, „*nature des choses*“ (р. 580). Вотъ эта природа вещей и должна быть верховнымъ принципомъ правильной интерпретаціонной методы, общимъ источникомъ, откуда судья можетъ черпать объективныя нормы для уясненія, восполненія и развитія положительнаго закона.

Конечно, говорить Жени, уже одно упоминаніе о природѣ вещей вызоветъ на мое ученіе всѣ тѣ упреки, которые дѣлаются обыкновенно *теоріямъ естественнаго права*. Разумѣется, эти теоріи въ такомъ видѣ, какъ онѣ развивались въ теченіе XVIII в., защищаемы быть не могутъ; но, съ другой стороны, и полное отрицаніе всякаго основанія за этими теоріями можетъ быть объяснено лишь какъ крайность позитивистической реакціи. Въ положительнаго порядка, складывающагося изъ элементовъ матеріальныхъ и подвижныхъ, и надъ этимъ порядкомъ есть другой порядокъ—*высшая природа вещей, состоящая изъ рациональныхъ принциповъ и неизмѣнныхъ моральныхъ сущностей* («En dehors et au dessus de la nature des choses positive, formée d'éléments matériels et mouvants, une sorte de la nature des choses supérieure, toute en principes rationels et en entités morales immuables—р. 481). И если эта *абсолютная справедливость* («cette justice absolue»—*ibid.*) прежде всего обязательна для законодателя, то она обязательна и для судьи тамъ, гдѣ пробѣлы положительныхъ источниковъ заставляютъ его самого творить право.

Для опредѣленія этой «природы вещей» судѣ, конечно, нужны многія знанія и въ каждомъ конкретномъ случаѣ потребуется огромная умственная работа. Подобно самому законодателю въ такомъ же случаѣ, онъ долженъ будетъ тщательно проанализировать сущность представляющихся ему соціальныхъ явленій, опредѣлить коллидирующие интересы и законы ихъ возможной гармоніи (р. 581—582). Работа,

очевидно, трудная, но на помощь судьѣ въ этомъ отношеніи явятся традиція и авторитетъ (*tradition et autorité*), т. е. *судебная практика* и *юриспруденція* (р. 207).

Книга Жени вызвала громкій откликъ во французской литературѣ. Однимъ изъ первыхъ отозвавшихся на призывъ Жени былъ извѣстный Лионскій профессоръ *Edouard Lambert*. Въ своей статьѣ „*Une réforme nécessaire des études de droit civil*“, помѣщенной въ *Revue internationale de l'enseignement* 1900 г. (р. 216 — 243) и написанной специально по поводу книги Жени, затѣмъ въ большемъ сочиненіи „*La fonction du droit civil comparé*“, 1903 г. ¹⁾; и наконецъ въ недавно появившейся статьѣ „*Le droit civil et la législation ouvrière*“ (въ *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence* 1904 г. livr. II, III, V) Ламбертъ развиваетъ слѣдующія идеи.

Соглашаясь вполне съ Жени въ томъ, что общепринятая метода интерпретаціи не способна реагировать на безпрестанно развивающіеся запросы жизни, что она осуждаетъ правовой порядокъ на неподвижность. и признавая необходимость иной, научной методы, Ламбертъ, однако, горячо критикуетъ «природу вещей», какъ тотъ принципъ, который можетъ быть положенъ въ основу этой послѣдней методы. Естественное право, даже въ такомъ видѣ, въ какомъ оно представляется Жени, не способно къ функціямъ положительнаго права; да и тѣ способы, при помощи которыхъ, по мнѣнію Жени, судья можетъ открыть объективную «природу вещей», въ дѣйствительности весьма несовершенны. Изъ цѣлой серіи социальныхъ наукъ, къ которымъ отсылаетъ для этой цѣли Жени, только одна политическая экономія достигла извѣстной степени научной достовѣрности, но и она можетъ дать судьѣ прочныя указанія лишь для небольшой части юридическихъ проблемъ. Остальныя же дисциплины, вродѣ социальной психологіи или теоретическаго публичнаго права, находятся еще въ стадіи

¹⁾ Изложеніе этой книги см. въ рецензіи проф. Зигеля «Вѣстникъ Права» 1904 г. Октябрь.

зарожденія и совершенно не въ состояніи служить для заповнення пробѣловъ положительнаго права. При такихъ условіяхъ судья въ концѣ концовъ при разрѣшеніи правовыхъ проблемъ будетъ предоставленъ только своимъ собственнымъ, личнымъ представленіемъ о правѣ или общественномъ благѣ ¹⁾).

Гораздо болѣе прочную почву дастъ въ этомъ отношеніи, по мнѣнію Ламбера, *сравнительное гражданское право—droit civil comparé* или *droit commun législatif*. Подъ этимъ именемъ Ламберъ понимаетъ не сравнительное правовѣдѣніе въ современномъ смыслѣ, т. е. не то, которое интересуется архаическимъ правомъ некультурныхъ народовъ съ историческою цѣлью, а сравнительное право современныхъ культурныхъ странъ, живущихъ приблизительно въ одинаковыхъ социальнo-экономическихъ условіяхъ. Изученіе родственныхъ въ этомъ отношеніи правовыхъ системъ въ ихъ законодательствѣ и въ ихъ практикѣ раскроетъ передъ творцами національнаго права цѣлый рядъ средствъ, при помощи которыхъ въ другихъ странахъ удовлетворяется одна и та же правовая проблема. Наилучшее, т. е. наиболѣе пригодное изъ этихъ средствъ, естественно будетъ восприниматься, и гражданское право будетъ, такимъ образомъ, интернационализироваться. Такъ возникнетъ общее гражданское право, которое, подобно германскому *gemeines Recht*, будетъ служить общимъ и объективнымъ источникомъ для развитія каждаго національнаго права какъ путемъ законодательства, такъ и путемъ интерпретации ²⁾).

Третьимъ очень талантливимъ теоретикомъ того же направленія является Парижскій профессоръ *Reimond Saleilles*, давшій свое предисловіе къ изложенной книгѣ Жени и затѣмъ развивавшій свои воззрѣнія неоднократно въ другихъ произведеніяхъ, особенно въ книгѣ по поводу новаго германскаго уложенія — „*De la déclaration de volonté*“ (1901) и въ статьѣ „*Ecole*

¹⁾ La fonction du droit comparé. p. 35 и сл.

²⁾ Revue int. de l'enseignement. p. 240 и сл.; La fonction. p. 895, 899, 901.

historique et droit naturel“ въ журналѣ *Revue trimestrielle* 1902 г. 1).

Признавая, подобно Жени, что законъ для своего осуществленія нуждается въ живомъ посредникѣ, и что поэтому судьѣ должна быть предоставлена большая свобода движенія въ смыслѣ примѣненія тѣхъ началъ, которыми порождается самый законъ, 2), Салейль расходится, однако, съ Жени въ самомъ опредѣленіи этихъ началъ. Если Жени въ качествѣ верховнаго руководителя предлагаетъ судьѣ «*nature des choses*» или обновленное естественное право, «*droit naturel*», то, по мнѣнію Салейля, онъ идетъ слишкомъ далеко. Я убѣжденъ, говоритъ онъ 3), что въ дѣйствительности для установленія этого естественнаго права въ распоряженіи судьи не будетъ ничего инаго, кромѣ чисто субъективной оцѣнки съ точки зрѣнія индивидуальныхъ представленій о справедливости и морали; а это будетъ уже произволъ. Если намъ нужна интерпретація широкая и прогрессивная, то, съ другой стороны, мы съ полнымъ основаніемъ боимся интерпретаціи произвольной, хотя бы произвольной и безсознательно. Предоставить судьѣ, говоритъ онъ въ другомъ мѣстѣ 4), право примѣнять *per fas et ne fas* свой идеаль справедливости, морали или религіи—это значило бы сдѣлать изъ него агента социальной анархіи. Всякій, кто пожелалъ бы логически и принудительно проводить въ жизнь социальнаго организма какой либо абстрактный принципъ, явился бы только орудіемъ судебной тиранніи или судебной анархіи: это

1) Ср. также *ero Introduction à l'étude du droit civil allemand*. 1904; изложеніе этой книги—«Вѣстникъ Права» 1904 г. № 4, особ. стр. 212.

2) «Il n'est même pas exact de dire, qu'il juge au nom de la loi et quë cette autorité supérieure, au nom de la quelle il interprete la loi, ce soit la loi elle-même». Le juge applique la loi; il n'est pas l'organ de la loi. La loi n'est pas une autorité vivante; elle ne prend vie que par l'interpretation du juge. Voila pourquoi le juge doit tirer ses inspirations d'une autorité qui soit au-dessus de la loi elle-même, puisqu'elle doit servir à la vivifier.—*Volonté* г. 289.

3) *Revue trimestrielle* I. p. 102.

4) *Volonté* p. 286.

двѣ ипостаси одного и того же процесса — процесса логическаго примѣненія къ соціальной жизни абстрактныхъ принциповъ.

Свободная интерпретація и широкія полномочія, которыя мы требуемъ для судьи, продолжаетъ Салейль, допустимы лишь при томъ условіи, если мы будемъ въ состояніи дать для этой интерпретаціи какія-либо объективныя основанія. Тѣ императивные элементы, которые судья долженъ примѣнять и которыхъ онъ долженъ искать, непременно должны имѣть объективную реальность, независимую отъ субъективнаго сознанія того, кто ихъ примѣняетъ ¹⁾.

Эти объективные элементы могутъ быть найдены, по мнѣнію Салейля, путемъ чисто позитивнымъ, въ трехъ слѣдующихъ областяхъ: въ *законодательной аналогіи* (l'analogie législative), въ *общественномъ правосознаніи* (la conscience juridique collective) и въ *сравнительномъ правовѣдѣніи* (le droit comparé) ²⁾.

Законодательная аналогія, въ сущности, искони подъ видомъ уясненія истинной или предполагаемой воли законодателя старалась найти въ законѣ опору для судебной эволюціи, опредѣляемой цѣлями, для даннаго закона чуждыми — интересами практики и соображеніями справедливости. Въ этой роли законодательная аналогія и впредь можетъ сослужить правосознанію хорошую службу.

Сравнительное правовѣдѣніе также имѣетъ громадное значеніе. Однѣ и тѣ же правовыя идеи болѣе или менѣе одинаково возникаютъ у всѣхъ народовъ, стоящихъ на равной ступени экономическаго и соціальнаго развитія; но у однихъ изъ этихъ народовъ идеи эти находятся еще въ неразвитомъ состояніи, межъ тѣмъ какъ у другихъ они получили уже болѣе или менѣе законченный видъ. Соображаясь съ этой болѣе законченной формой чужихъ законодательствъ, судья только будетъ восполнять идеи своего собственнаго народнаго законодательства.

¹⁾ Revue I. cit. p. 102.

²⁾ Ibid. p. 106 и сл.

Третьимъ, и притомъ, конечно, самымъ главнымъ руководителемъ судьи должно быть общественное правосознаніе. Въ соціальной жизни совершается постоянная эволюція. Измѣняются соціальныя условія, измѣняются вмѣстѣ съ тѣмъ и представленія — даже у тѣхъ, кто наиболѣе заинтересованъ въ сохраненіи *status quo*. Идеи дѣлаютъ свое дѣло, и ничто не можетъ остановить ихъ шествія, даже интересы, которымъ онѣ противорѣчатъ. Мало по малу наступаетъ время, когда даже со стороны хозяевъ положенія — предпринимателей и патроновъ — начинаютъ исходить уступки и попытки примиренія, а поведение противоположное начинаетъ вызывать неудовольствіе. Такъ нарождается и устанавливается новое правосознаніе, и въ этотъ именно моментъ начинается роль судьи. Даже между противниками грядущаго порядка образуется масса такихъ, которые готовы были бы уступить и которые, если упорствуютъ, то лишь потому, что упорствуютъ другіе. Уловить этотъ моментъ, понять, что условія измѣненія назрѣли, и выступить инициаторомъ этихъ назрѣвшихъ измѣненій, — въ этомъ и должна заключаться весьма благодарная соціальная роль судьи. Явившись въ роли такого соціального примирителя (*consiliaire social*), судья превратитъ то, что было лишь идеаломъ меньшинства, въ окончательный обычай, и такимъ образомъ путемъ осторожныхъ опытовъ безъ радикальной ломки приспособитъ жизнь къ новымъ соціальнымъ условіямъ ¹⁾, и самое право, благодаря этому, станетъ въ рукахъ судьи орудіемъ соціального прогресса ²⁾.

Въ *Германіи* виднѣйшимъ представителемъ описываемаго направленія является безспорно *Рудольфъ Штаммлеръ*; все его сочиненіе «*Die Lehre von dem richtigen Rechte*» (1902) въ значительной степени посвящено именно той проблемѣ, которая занимаетъ Жени, Ламбера и Салейля ³⁾.

¹⁾ *Volonté* p. 287.

²⁾ *Ibid.* p. 287, ср. *Revue* p. 108.

³⁾ Изложеніе этого сочиненія см. Вѣстникъ Права 1904 книга 2.

11768

До известнаго пункта, именно до того самаго, который раздѣляетъ всѣхъ названныхъ французскихъ ученыхъ, и Штаммлеръ идетъ съ ними однимъ тѣмъ же путемъ. Если, говорить онъ, въ настоящее время замѣчается тенденція расширить свободу судейскаго усмотрѣнія, если новѣйшія законодательства подъ различными видами все чаще и чаще говорятъ о «*freies richterliches Ermessen*», то, конечно, подъ этимъ послѣднимъ не должно разумѣться усмотрѣніе чисто личное и субъективное. Право обращается прежде всего къ своимъ подданнымъ; оно желаетъ установить известное поведеніе этихъ послѣднихъ, известный способъ сожительства. Какимъ же образомъ это поведеніе отдѣльныхъ лицъ можетъ быть поставлено въ зависимость отъ нѣкотораго *будущаю* рѣшенія третьяго лица, основаннаго на его *субъективно свободно* мнѣніи? Не значило-ли бы это осуществить арабскую поговорку: «христіанинъ узнаетъ мусульманское право, когда вернется изъ суда»? Не значило ли бы это обращаться къ подданнымъ съ такимъ приказаніемъ: «ведите себя такъ, какъ потомъ найдеть нужнымъ по своему разумѣнію судья»? 1).

Очевидно, говоря о свободномъ усмотрѣніи судьи, законъ имѣетъ въ виду нѣчто другое, какой-то объективный методъ отыскиванія подлежащихъ примѣненію нормъ. Въ чемъ же заключается этотъ методъ? Здѣсь прекращается общая всѣмъ наторенная дорога, наступаетъ моментъ, когда и Штаммлеръ начинаетъ прокладывать новый, свой собственный путь.

Путеводной звѣздой служить ему при этомъ его *идея справедливаю права*. Все право, даже положительное, есть не что иное, какъ «*Zwangsversuch zum Richtigen*», какъ попытка регулировать общежитіе сообразно требованіямъ *соціальною идеала*. Этотъ соціальный идеалъ и долженъ быть верховнымъ началомъ, опредѣляющимъ какъ дѣятельность законодателя, такъ и дѣятельность судьи; отсюда въ конечномъ счетѣ долженъ выводиться этотъ послѣдній нормы для своихъ рѣшеній. Всякіе иные критеріи, вродѣ морали,

1) Die Lehre von dem gerichtlichen Rechte S. 161.

природы вещей, естественнаго права, естественнаго правового чувства, общественнаго правосознанія и т. п., сами по себѣ или неопредѣленны или ошибочны, а если содержать зерно истины, то лишь постольку, поскольку они выражаютъ ту же самую идею справедливаго права.

Въ чемъ заключается социальный идеаль, и какъ его опредѣлить? Часто выставляются въ качествѣ такового свобода, равенство или наибольшая сумма счастья отдѣльныхъ гражданъ. Но эти опредѣленія ошибочны; социальнымъ идеаломъ можетъ быть только такое общество, въ которомъ каждая отдѣльная личность будетъ разсматриваться, какъ самоцѣль, такое общество, которое можетъ быть характеризовано, какъ *союзъ свободно волящихъ личностей*— „*Gemeinschaft der freiwillenden Menschen*“.

Но это верховное и абсолютное социальное начало для своего приложенія къ жизни нуждается въ цѣломъ рядѣ посредствующихъ логическихъ операций. Штаммлеръ чисто дедуктивнымъ путемъ пытается установить общіе этапы этой логической *методы справедливаго права*, опредѣляетъ его *принципы*, его „*прообразъ*“ (Vorbild), и наконецъ нисходитъ до „*практики справедливаго права*“, гдѣ на длинномъ рядѣ примѣровъ старается пояснить приложеніе своей «методы».

Часто, говоритъ Штаммлеръ, тенденціи новѣйшихъ законодательствъ отсылать судью къ непосредственному рѣшенію на основаніи справедливаго права противопоставляютъ опасенія съ точки зрѣнія прочности и опредѣленности правосудія. Конечно, благодаря такому приему, передъ юриспруденціей и судьями возникаютъ новыя и трудныя задачи; но задачи эти вовсе не являются неразрѣшими. Трудность состоитъ въ логическомъ выведеніи изъ общихъ началъ конкретныхъ рѣшеній, но эта трудность не составляетъ здѣсь чего-либо особеннаго, и во всякомъ случаѣ она можетъ быть въ высокой степени облегчена правильной постановкой науки о правѣ ¹⁾.

¹⁾ Ibid. S. 305 и сл.

III.

Остановимся пока на только что изложенныхъ ученiяхъ и на основанiи ихъ попытаемся уяснить себѣ сущность вопроса о свободномъ судейскомъ усмотрѣнiи.

Если въ обычномъ — и, я бы позволилъ себѣ сказать, наивномъ — представленiи юристовъ-практиковъ, которымъ это новое направленiе въ значительной степени и обязано своимъ происхожденiемъ, «свободное усмотрѣнiе» судьи рисуется именно, какъ субъективно-свободное («по условiямъ случая», «по требованiямъ справедливости» «по совѣсти»¹⁾ и т. д.), — то въ ученiяхъ теоретиковъ этого направленiя дѣло представляется совершенно иначе. Всѣ они не находятъ достаточно сильныхъ выраженiй, чтобы протестовать противъ этого представленiя. Предоставить судѣ примѣнять къ конкретнымъ дѣламъ свои личные взгляды на требованiя справедливости или интересы общественнаго блага, это значило бы создавать судебную анархiю; это значило-бы реализовать полную злой иронiи мусульманскую пословицу и т. д. — Если можетъ итти рѣчь о болѣе свободной интерпретацiи, о привлеченiи судьи къ «конкретному правотворенiю», то лишь подъ тѣмъ непремѣннымъ условiемъ, если мы въ состоянiи будемъ дать ему такiя или иныя, но *объективныя* начала. И вотъ на отысканiе этихъ объективныхъ началъ направляются всѣ ихъ старанiя.

Въ чемъ же могутъ заключаться эти начала? Какъ мы видѣли, отвѣты предлагаются разные.

По мнѣнiю Жени, такимъ общимъ и руководящимъ началомъ должна быть «природа вещей», т. е. нѣкоторая абсолютная система «раціональныхъ принциповъ» и «неизмѣнныхъ моральныхъ сущностей».

Но эта идея «природы вещей» не встрѣтила сочувствiя у сотоварищей Жени по направленiю: ее кри-

¹⁾ Ср. Боровиковскiй. Отчетъ судьи. Законъ и судейская совѣсть. Хорошiя замѣчанiя по этому поводу см. I. Гессенъ. «Право» 1904 г. № 43.

тикують и отвергають Ламберъ и Салейль; къ ней полностью относится и вся та критика, которую мы находимъ у Штаммера по поводу «*Naturrecht*» и разныхъ видовъ т. н. «*ungeprüfter Rechtsauffassung*».

И въ самомъ дѣлѣ, даже независимо отъ полной опредѣленности рекомендуемаго Жени понятія, его идея можетъ повести къ слѣдующимъ весьма тяжелымъ конфликтамъ.

Допустимъ, что судья, послѣ самой добросовѣстной и тщательной работы, достигъ безукоризненно правильнаго познанія «природы вещей» и самымъ логическимъ образомъ вывелъ изъ нея всѣ дальнѣйшія посылки; онъ имѣеть, такимъ образомъ, ясное мнѣніе о томъ, какъ нужно разрѣшать тотъ или другой типъ споровъ. Какъ быть, если вдругъ окажется, что это его мнѣніе стоитъ въ самомъ рѣзкомъ противорѣчьи со взглядами его современниковъ? Пусть эти взгляды совершенно ошибочны; но они общи, они господствуютъ въ обществѣ, они составляютъ «народное правосознаніе». Долженъ ли судья склониться передъ этимъ общимъ, хотя и противнымъ «природѣ вещей» убѣжденіемъ, или же онъ вправѣ проводить свое по всѣмъ правиламъ логики выведенное мнѣніе?

По общему духу своего ученія, Жени долженъ склониться въ пользу послѣдней альтернативы, и мы видѣли, что именно это обстоятельство вызываетъ на его ученіе наиболѣе горячую критику Салейля: «предоставить судѣ право примѣнять *per fas et nefas* свой идеаль справедливости, морали или религіи — это значило бы сдѣлать изъ него агента соціальной анархіи».

Если же, напротивъ, отказаться отъ этого права судьи на безусловное проведеніе принциповъ «природы вещей», если подчинить его «господствующимъ въ обществѣ воззрѣніямъ», — то очевидно *eo ipso* приходится отказаться и отъ самой «природы вещей», какъ верховнаго начала интерпретаціи, а взамѣнъ ея признать въ качествѣ таковаго начала „общественное правосознаніе“.

Ламберъ, какъ мы видѣли, въ качествѣ объективнаго руководства для интерпретаціонной дѣятель-

ности судьи рекомендуетъ данныя *сравнительнаю или общаю гражданскаю права*. Нельзя отрицать, что данныя этого рода могутъ доставить весьма цѣнный матеріалъ для сужденія, но именно *только матеріалъ*, который еще долженъ быть *оцѣненъ* съ той или иной точки зрѣнія. Установивъ, путемъ изученія сравнительнаго гражданского права, тѣ способы, при помощи которыхъ въ различныхъ мѣстахъ разрѣшается та или другая юридическая проблема, судья долженъ будетъ опредѣлить, который же изъ этихъ способовъ долженъ быть признанъ наилучшимъ. Что же будетъ служить для судьи критеріемъ въ этой работѣ оцѣнки?

Ламберъ самъ не могъ не сознать всей законности этого вопроса. Какъ ни много даетъ сравнительное гражданское право, говоритъ онъ, тѣмъ не менѣе само по себѣ оно не въ состояніи указать законодателю и судѣ его социальной обязанности. И тотъ и другой не только могутъ, но и должны каждый разъ задаваться вопросомъ, не слѣдуетъ ли, вмѣсто всѣхъ извѣстныхъ рѣшеній, найти какое либо новое, лучшее ¹⁾? Говоря иначе, сравнительное гражданское право можетъ быть лишь средствомъ («инструментомъ») ²⁾ въ рукахъ чего-то другого, что Ламберъ называетъ *юридической политикой*; и законодатель и судья и юристъ должны быть *политиками права*.

Но, если такъ, то вопросъ, очевидно, переносится въ область этой политики: какой же верховный критерій этой послѣдней? Ламберъ посвящаетъ не мало страницъ этому вопросу, очень подробно критикуетъ ученіе проф. Л. О. Петражицкаго о любви, какъ о верховномъ началѣ «цивильной политики», отвергаетъ его, но самъ взамѣнъ не даетъ ничего. Всѣ его заявленія въ этомъ отношеніи сводятся все къ тѣмъ же общимъ фразамъ о «социальныхъ потребностяхъ», «условіяхъ современной жизни» и т. д., — словомъ, къ понятіямъ, для выясненія которыхъ въ

¹⁾ La fonction p. 896.

²⁾ Ibid. p. 902.

рукахъ судьи не будетъ иныхъ средствъ, кромѣ тѣхъ, которыми можетъ быть раскрыта «природа вещей» и которыя самъ же Ламберъ назвалъ весьма несовершенными.

Но даже допустивъ, что «юридическая политика» Ламбера при помощи этихъ или какихъ нибудь иныхъ средствъ установить извѣстное положеніе, какъ соціально необходимое, мы все таки не избѣгнемъ того же вопроса, на который наводитъ ученіе Жени. Что, если это положеніе окажется противорѣчащимъ «общимъ воззрѣніямъ», «народному правосознанію»?

Едва ли Ламберъ, съ его склонностью къ эмпиризму, сталъ бы на точку зрѣнія Жени и пожертвовалъ бы реальными воззрѣніями общества теоретическимъ умозаключеніемъ «юридической политики». А если такъ, то и здѣсь очевидно, что въ концѣ концовъ верховнымъ началомъ интерпретаціонной дѣятельности судьи должно явиться не сравнительное гражданское право, какъ таковое, и даже не «юридическая политика», а все то же — «общественное правосознаніе».

Такъ дѣйствительно и рѣшаетъ *Салейль*, почему все его ученіе производитъ впечатлѣніе наиболѣе скромнаго, но и наиболѣе положительнаго изъ всѣхъ. Постараемся, однако, взглянуть внимательнѣе и въ это ученіе.

Старое романтическое представленіе объ «общественномъ правосознаніи», какъ о нѣкоторомъ органическомъ раскрытіи «народнаго духа», самопроизвольно воплощающемъ въ себѣ предустановленную «гармонію интересовъ», — это представленіе теперь уже никого не обманываетъ. Общество въ каждый данный моментъ складывается изъ извѣстныхъ соціальныхъ *классовъ* съ противоположными классовыми интересами и съ болѣе или менѣе интенсивной борьбой за нихъ. И вотъ Штаммлеръ, анализируя идею «общественнаго правосознанія», предлагаетъ цѣлый рядъ вопросовъ: гдѣ же при такихъ условіяхъ искать *общественное правосознаніе*? Что значитъ „*лосподствующее* въ обществѣ воззрѣніе»? Значитъ ли это,

что должно быть рѣшающимъ воззрѣніе *большинства*? И какого именно? и т. д. ¹⁾).

Выше было описано, какъ рисуется себѣ Салейль желательную роль судьи въ качествѣ проводника «общественнаго правосознанія». И онъ, конечно, смотритъ на современное общество, какъ на классовое общество, а на гражданскую жизнь, какъ на борьбу противоположныхъ интересовъ. Но, говоритъ онъ, надъ этой борьбой интересовъ совершается идейная эволюція общества. Идеи дѣлаютъ свое дѣло, и ничто не можетъ остановить ихъ шествія, даже интересы, которымъ онѣ противорѣчатъ. Даже въ рядахъ лицъ, связанныхъ этими интересами, мало по малу появляются такія, которыя готовы были бы уступить и которыя если упорствуютъ, то лишь потому, что упорствуютъ другія. Судья долженъ уловить надлежащій моментъ и своимъ рѣшеніемъ дать послѣдній толчокъ отжившему порядку, чтобы повергнуть его въ прахъ.

Не подлежитъ никакому сомнѣнію, что роль, которую предлагаетъ судѣ Салейль, имѣетъ въ себѣ много симпатичнаго и подкупающаго. Но заключаютъ ли все то, что говоритъ Салейль о «шествіи идей», достаточно объективныхъ данныхъ для судьи, — тѣхъ данныхъ, безъ точнаго опредѣленія которыхъ, по собственному признанію Салейля, самый вопросъ о расширеніи судейскаго усмотрѣнія немислимъ? «Уловить моментъ!» — но какъ опредѣлить наступленіе этого момента, какъ учесть броженіе социальныхъ идей въ обществѣ и есть ли у судьи достаточно пригодныхъ средствъ для этого? Вопросы, поставленные Штамлеромъ, остаются вопросами.

Но далѣе. Хотя Салейль и не повторяетъ стараго ученія о гармоническомъ и безболѣзненномъ развитіи народнаго правосознанія, тѣмъ не менѣе и въ его представленіи содержится значительная доза идеализаціи. Конечно, идеи дѣлаютъ свое дѣло и даже въ рядахъ лицъ, заинтересованныхъ въ сохраненіи стараго порядка, посѣваютъ наклонность къ уступ-

¹⁾ Die Lehre von dem richt. Rechte. S. 154.

камъ. Но въ каждый данный моментъ рядомъ съ лицами, которыя готовы уступить, есть все-таки и лица, которыя упорствуютъ и которыя до конца будутъ отстаивать свои интересы. Пусть ихъ будетъ немного, но они все-таки есть. То, что Салейль рекомендуетъ судьѣ, заключается просто въ томъ, чтобы, «уловивъ моментъ», игнорировать это меньшинство, т. е. во имя большинства совершить насиліе надъ меньшинствомъ. Не будетъ-ли это такая же судебная анархія и судебная тираннія? То обстоятельство, что она совершается надъ меньшинствомъ и во имя большинства, полагаемъ, самаго внутренняго характера, подобнаго судебного приговора не измѣнитъ. И въ настоящее время право знаетъ случаи, когда интересы частныхъ лицъ принудительно приносятся въ жертву интересамъ общаго блага: это случаи *экспроприаціи*; но всякій знаетъ, какими гарантіями каждый случай этого рода обставляется. Не будетъ-ли приговоръ судьи, уловившаго по Салейлю моментъ, экспроприацій безъ такихъ гарантій? Не подлежитъ сомнѣнію, что многіе изъ тѣхъ, которые безропотно склонились бы передъ велѣніемъ закона, съ протестомъ встрѣтятъ экспроприирующее ихъ рѣшеніе отдѣльнаго лица, хотя бы и судьи ¹⁾. А точно-ли подобное явленіе правовой психологіи не заслуживаетъ никакого вниманія? Не заключается-ли здороваго соціально-этического зерна истины въ извѣстномъ призывѣ Іеринга къ «борьбѣ за право»?

Безспорно, красива роль «соціального примирителя», но вѣдь примиреніе есть соглашеніе самихъ заинтересованныхъ лицъ; то же, что возлагаетъ Салейль на судью, выводитъ, очевидно, этого послѣдняго далеко за предѣлы пособника и посредника въ соглашеніи сторонъ.

Наконецъ, еще одно и, быть можетъ, самое существенное замѣчаніе.

Отвергнувъ «природу вещей» Жени въ качествѣ общей директивы для правотворящей дѣятельности

¹⁾ Ср. къ этому справедливыя замѣчанія Ламбера. La fonction. p. 137—138.

судьи, Салейль долженъ признать въ качествѣ такой лишь простое общественное правосознаніе, какъ оно есть. Если, по идеѣ Жени, судья долженъ быть вождемъ общества на пути перестроенія его уклада въ духѣ «неизмѣнныхъ моральныхъ сущностей», то по ученію Салейля судья есть только вѣрный и безсловесный слуга общественныхъ настроеній момента, или-лучше сказать — слуга тѣхъ интересовъ, которые въ данный моментъ побѣждаютъ. Всякая критическая оцѣнка борющихся интересовъ и складывающихся идейныхъ теченій для судьи исключается. Онъ долженъ лишь наблюдать за борьбой и въ тотъ моментъ, когда побѣждаемый противникъ готовъ уже упасть, дать свой послѣдній толчокъ и этимъ свалить его окончательно на землю. Кто побѣдитель, кто побѣжденный—для него безразлично; ведетъ-ли побѣждающее теченіе къ прогрессу общества или къ его регрессу—это выходитъ за предѣлы его компетенціи.

Есть-ли, при такой концепціи, теоретическое основаніе говорить о великомъ социальномъ призваніи судьи? Есть-ли теоретическое основаніе утверждать, что судья будетъ всегда органомъ блага и прогресса?

Для этого нужна была-бы *вѣра* въ то, что общественныя воззрѣнія *всегда* и *неуклонно* эволюционируютъ въ духѣ социальнаго улучшенія, что всегда и неуклонно побѣждаютъ только тѣ интересы, которые приближаютъ общество къ лучшему будущему; говоря общѣе, — нужна полная *вѣра* въ то, что все, что совершается, совершается къ лучшему.

Блаженъ, кто такъ вѣруетъ; ему спокойно можно принять и ученіе Салейля. Но развѣ вся многовѣковая исторія человѣчества не даетъ намъ многочисленныхъ примѣровъ противнаго? Развѣ она не даетъ намъ примѣровъ повальныхъ заблужденій, распространявшихся въ извѣстныя эпохи, примѣровъ крупныхъ ошибокъ, которыя своими послѣдствіями нерѣдко надолго задерживали движеніе впередъ? Нужно-ли напоминать о временахъ религіозной нетерпимости, эксцессахъ національной вражды и тому подобныхъ явленіяхъ?

Нельзя поэтому отказать въ справедливости тѣмъ замѣчаніямъ, которыя дѣлаетъ въ этомъ отношеніи Штаммлеръ.

Если-бы даже, говорить онъ ¹⁾, и можно было какимъ-нибудь образомъ констатировать наличность того или иного «общественнаго правосознанія», въ чемъ санкція его цѣлесообразности, его соотвѣтствія общимъ, верховнымъ задачамъ права?—Никто, конечно, не станетъ рѣшать вопросъ о заразительности или незаразительности болѣзни или вопросъ о природѣ кометъ на основаніи господствующихъ въ обществѣ воззрѣній. Равнымъ образомъ, ни одинъ юристъ не станетъ считаться съ ними, если зайдетъ рѣчь о понятіи права собственности, юридическаго лица, уголовно-правоваго покушенія или государственнаго суверенитета. Какъ-же можно практически болѣе важные вопросы, какъ на примѣръ вопросъ о томъ, должно-ли содержаніе юридической сдѣлки быть матеріально справедливымъ, ставить въ зависимость отъ подсчета случайныхъ мнѣній отдѣльныхъ членовъ общества?!

И дѣйствительно, общественное мнѣніе, *какъ таковое*, какихъ-бы предметовъ оно ни касалось, не можетъ имѣть силы какого-либо обязательнаго императива. Съ точки зрѣнія планомѣрной правовой политики то или другое общественное мнѣніе можетъ оказаться явленіемъ желательнымъ или напротивъ, явленіемъ нежелательнымъ. Если-бы законодательство поставило себѣ только задачу слѣдовать слѣпо за измѣняющимися общественными теченіями, оно отказалось бы отъ великой лежащей на немъ обязанности быть руководителемъ и активнымъ устройте-лемъ соціальныхъ отношеній. Если-бы оно предоставило судѣ бланкетное право руководствоваться общественнымъ мнѣніемъ, оно рисковало бы тѣмъ, что въ томъ или другомъ случаѣ судья станетъ проводникомъ тѣхъ общественныхъ теченій, которыя законодательствомъ какъ-разъ были-бы признаны нежелательными, антисоціальными.

¹⁾ I. cit. S. 154.

Если общественное мнѣніе, какъ таковое, не включаетъ въ себѣ самомъ санкции своей цѣлесообразности, своего соотвѣтствія общимъ задачамъ права, если оно можетъ быть то желательнымъ, то нежелательнымъ, — то, очевидно, критерій это желательности или нежелательности нужно искать въ чемъ-то другомъ.

И Штаммлеръ находитъ этотъ критерій въ понятіи *соціальною идеала*. Если необходимо какое-либо общее руководящее начало для всей области правовой политики, а въ томъ числѣ и для болѣе цѣлесообразной интерпретаціонной методы, то такое начало можетъ заключаться только въ соціальномъ идеалѣ. Уяснивъ требованія этого послѣдняго, мы получимъ, какъ для общей оцѣнки юридическихъ институтовъ, такъ и для рѣшенія отдѣльныхъ конкретныхъ споровъ, ту необходимую прочную основу, безъ которой и наше законодательство и наша юрисдикція будутъ бродить лишь ощупью въ потемкахъ. И какъ мы знаемъ, все дальнѣйшее изложеніе Штаммлера дѣйствительно посвящено формулированію соціального идеала и выведенію изъ общаго его существа дальнѣйшихъ, болѣе частныхъ, посылокъ.

Для нашего вопроса намъ незачѣмъ слѣдовать за нимъ въ этихъ его дальнѣйшихъ дедуктивныхъ построеніяхъ. Общее отношеніе Штаммлера къ нашему вопросу уже изъ сказаннаго выясняется достаточно, и мы видимъ, что это отношеніе приближаетъ его болѣе къ Жени, чѣмъ къ Салейлю. Разница заключается только въ томъ, что на мѣсто «природы вещей» Штаммлеръ ставитъ понятіе соціального идеала. Но подвигается-ли отъ этого разрѣшеніе нашего вопроса впередъ?

Не будемъ становиться на точку зрѣнія «наивнаго реализма», для котораго «соціальный идеалъ» не менѣе «природы вещей» и другихъ тому подобныхъ понятій является лишь празднымъ продуктомъ нашего воображенія. Не станемъ повторять тѣхъ многочисленныхъ ироническихъ вопросовъ и замѣчаній, которые такъ часто приходится выслушивать, разъ рѣчь заходитъ объ этихъ понятіяхъ. Мы, напротивъ, готовы признать вмѣстѣ съ Штаммлеромъ и другими сторонниками такъ назыв. «новаго естественнаго пра-

ва» великую правоосвѣщающую и правосозидающую силу идеальныхъ требованій человѣчества.

Вопросъ, однако, заключается не въ этомъ, а въ томъ, можно-ли довѣрить выясненіе и осуществленіе социальнаго идеала отдѣльному лицу, отдѣльному судьѣ?

Какъ бы кто ни опредѣлялъ сущность социальнаго идеала, никто, я думаю, не станетъ отрицать, что понятіе это и теперь является и еще долго будетъ являться вопросомъ весьма спорнымъ. Формула самого Штаммлера «*Gemeinschaft der frei wollenden Menschen*» едва-ли разрѣшила вопросъ окончательно; думаемъ, что ее такъ же будутъ оспаривать, какъ онъ самъ оспариваетъ, формулы, предложенныя раньше его.

Но даже и въ томъ случаѣ, если-бы мы приняли ту или другую формулу социальнаго идеала, отъ нея до конкретныхъ вопросовъ жизни очень далеко. Чтобы вывести изъ нея то или другое рѣшеніе практическаго случая, требуется, какъ показываетъ и самъ Штаммлеръ, очень длинная цѣпь дедуктивныхъ умозаключеній. Если цѣлые народы и цѣлыя школы теоретиковъ могутъ сбиваться въ этомъ процессѣ умозаключеній съ правильнаго пути на томъ или другомъ членѣ этой цѣпи, то не сбиться отдѣльному человѣку, отдѣльному судьѣ во много разъ труднѣе.

Какъ мы видѣли выше, Штаммлеръ самъ сознаетъ эту опасность, но онъ думаетъ, что эта опасность можетъ быть въ значительной степени уменьшена правильной постановкой науки о правѣ.

Допустимъ и это; но здѣсь становится предъ нами роковой вопросъ — тотъ самый, на которомъ разбилося родственное ученіе Жени.

Пусть судья самымъ правильнымъ образомъ изъ самого правильнаго понятія социальнаго идеала выведетъ рѣшеніе для даннаго конкретнаго случая: что, если это его рѣшеніе окажется въ полномъ противорѣчій съ общими или господствующими, хотя-бы и неправильными, воззрѣніями его современниковъ?

Какъ разрѣшилъ бы Штамmlеръ этотъ вопросъ, мы не знаемъ; но очевидно, что здѣсь можетъ быть только два рѣшенія:

Или отдать предпочтеніе велѣнію социальнаго идеала и, игнорируя общее воззрѣніе современниковъ, «per fas et nefas примѣнять свой идеаль справедливости»,

Или же смириться передъ «господствующими въ обществѣ воззрѣніями» и такимъ образомъ отказаться отъ примата социальнаго идеала!

По истинѣ безысходная дилемма! Рѣшившись на первое, мы водворимъ «судебную анархію» и «судебную тираннію»; избравъ второе, мы возвратимся къ безпринципности ученія Салейля, ибо, какъ это превосходно показалъ самъ Штамmlеръ, «общественное правосознаніе», безъ санкціи со стороны тѣхъ или иныхъ соображеній социальной политики, оказывается лишеннымъ всякой императивной силы, а вслѣдствіе этого и всякаго правосозидающаго значенія!

Если мы подведемъ итогъ тому, насколько, благодаря изложеннымъ ученіямъ, подвинулся вопросъ о болѣе широкомъ усмотрѣніи судьбы, то нашъ выводъ будетъ печаленъ: всѣ эти попытки теоретически обосновать свободное судебное правотвореніе привели только къ ихъ взаимному уничтоженію. Коровы тощія пожрали коровъ полныхъ, но сами не стали отъ этого полнѣе. Самый вопросъ объ объективных началахъ болѣе свободной интерпретаціи остается и послѣ этихъ опытовъ въ первоначальной, до-научной фазѣ своего существованія.

IV.

Мы умолчали, однако, до сихъ поръ еще объ одномъ опытѣ въ томъ же направленіи, именно объ ученіи, которое развиваетъ другой нѣмецкій ученый, *Ehrlich* (профессоръ въ Черновицѣ) въ своемъ докладѣ, сдѣланномъ въ мартѣ 1903 г. въ Вѣнскомъ юридическомъ обществѣ и изданномъ затѣмъ отдѣльной книжкой — „*Freie Rechts findung und freie Rechtswissenschaft*“ (1903).

Столь обычное у насъ въ настоящее время требованіе, чтобы всякое судебное рѣшеніе было основано на правилахъ положительнаго права, свойственно, говорить Эрлихъ, лишь тѣмъ народамъ, которые реципировали римское право. Другимъ народамъ это представленіе совершенно чуждо; таковы, на примѣръ, англичане, древніе германцы, таковы даже самые римляне. Задачей судьи считается у нихъ лишь справедливое, соотвѣтствующее условіямъ даннаго случая, рѣшеніе. Конечно, судья при этомъ связанъ закономъ, обычаемъ, традиціей и прежними судебными рѣшеніями, но все это разсматривается не какъ основаніе для рѣшенія, а лишь какъ граница, до которой идетъ свобода судьи¹⁾. Лишь рецепція римскаго права вноситъ въ дѣятельность судьи глубокое измѣненіе, и лишь съ этого момента устанавливается указанное требованіе.

Но это требованіе совершенно несостоятельно. Всякая система положительнаго права необходимо исполнена пробѣловъ и къ тому же, можно сказать, является всегда устарѣлой даже въ самый моментъ своего рожденія. Съ другой стороны, судьи, дѣти своего народа и своего времени, неизбѣжно будутъ примѣнять право въ духѣ народа и времени, а не въ духѣ прошедшихъ столѣтій и не въ духѣ «намѣреній законодателя», и никакая сила ничего противъ этого подѣлать не можетъ²⁾.

До сихъ поръ, такимъ образомъ, и Эрлихъ въ общихъ чертахъ идетъ общей дорогой. Но вотъ приближается роковой моментъ: если свободное правотвореніе (*Rechtsfindung*) судьи неизбѣжно и теоретически вполнѣ законно, то въ чемъ могутъ заключаться гарантіи того, что это свободное правотвореніе не превратится въ свободное проявленіе произвола, въ «судебную анархію» или «судебную тираннію»?

Отвѣтъ Эрлиха кратокъ и ясенъ: *нѣтъ и не можетъ быть иныхъ гарантій правосудія, кромѣ самой личности судьи*. Только благодаря тому, что

¹⁾ I. cit. S. 1.

²⁾ I. cit. S. 17.

центр тяжести въ юрисдикціи былъ искусственно перенесенъ на законодательство, оказалось возможнымъ надолго затемнить для насъ ту простую мысль, что судебныя задачи требуютъ отъ судей такую степень интеллектуальной и нравственной силы, которая далеко превышаетъ уровеньъ обычнаго. Только такимъ образомъ можно было забыть, что не всякій доросъ до этихъ задачъ, кто только выдержалъ экзамень и показалъ на практикѣ способность до извѣстной степени разбираться въ параграфахъ. Но и ошибки имѣютъ свою логику. Параграфы, какъ стражи юстиціи и судейской безпартійности, требуютъ въ свою очередь стражей, которые бы слѣдили за тѣмъ, чтобы первые не дремали. *Отсюда инстанціонный порядокъ и несчастный принципъ коллегіальности, которые совершенно уничтожаютъ индивидуальность* ¹⁾.

Отпечатокъ личности правосудіе имѣло всегда, и во всѣ времена на него дѣйствовали общественныя, политическія и культурныя теченія современности. Дѣло заключается только въ томъ, чтобы этотъ фактъ не считать зломъ, хотя-бы неизбѣжнымъ, а, напротивъ, радостно привѣтствовать и всѣ силы обратить на то, чтобы личность, которой выпадаетъ эта роль, была ея достойной. *Проблема свободнаго правотворенія есть, такимъ образомъ, не проблема матеріальнаго права, а проблема выбора судей, т. е. проблема судоустройства, которое должно обезпечивать просторъ сильной личности* ²⁾.

При такой постановкѣ въ какихъ либо дальнѣйшихъ правилахъ интерпретаціи судья не нуждается, и потому Эрлихъ съ величайшимъ одобреніемъ относится къ проекту Швейцарскаго гражданскаго уложенія, первый параграфъ котораго постановляетъ: если судья не найдетъ рѣшенія въ законѣ или обычаѣ,

¹⁾ I. cit. S. 21—22, S. 29.

²⁾ I. cit. S. 30. «Die freie Rechtsfindung ist daher nicht eine Frage des materiellen Rechtes, sondern der Auswahl der zum Richteramte berufenen Personen also in ldtzter Linie die Frage einer Gerichtsorganisation, die starke Persönlichkeiten zur Geltung kommen lässt».

✓ онъ долженъ рѣшать сообразно наукѣ и традиціи (nach bewährter Lehre und Ueberlieferung); если же и здѣсь онъ не найдетъ никакихъ указаній, онъ долженъ поступать такъ, какъ онъ поступилъ бы, если бы былъ законодателемъ ¹⁾).

Если, напротивъ, что либо нуждается въ большемъ контролѣ и большемъ регулированіи, то это оцѣнка доказательствъ. Съ устраненіемъ теоріи формальныхъ доказательствъ мы впали въ противоположную крайность, въ полную въ этомъ отношеніи анархію («so entstand die vollständige Beweis-anarchie»). Мы усматриваемъ большую опасность въ свободѣ судейскаго усмотрѣнія и совершенно не обращаемъ вниманія на то обстоятельство, что самая нелѣпая оцѣнка того или другого свидѣтельскаго показанія не подлежитъ ревизіонному пересмотру. Внести сюда большую ясность и болѣе порядокъ составляетъ одну изъ настоятельнѣйшихъ задачъ науки и законодательства ²⁾.

Таково это ученіе, чрезвычайно любопытное, какъ по своей оригинальности, такъ и по своей рѣшительности.

Едва-ли можно сомнѣваться въ томъ, что оно будетъ встрѣчено сторонниками болѣе свободной интерпретаціонной методы самымъ энергичнымъ протестомъ. Какъ мы видѣли, основною причиною, заставляющей ихъ искать какого-либо общаго и объективнаго начала интерпретаціи, является сознаніе необходимости оградить гражданскую юрисдикцію отъ субъективизма отдѣльныхъ судей, т. е. именно отъ вліянія той или иной личности. И вдругъ на всѣ ихъ попытки въ этомъ направленіи отвѣчаютъ: нѣтъ и не можетъ быть иныхъ гарантій процвѣтанія правосудія, кромѣ самой личности судящихъ; проблема болѣе свободного правотворенія есть вовсе не проблема матеріальнаго права, а проблема судоустройства; это послѣднее должно обеспечивать просторъ сильной

¹⁾ I. cit. S. 25.

²⁾ I. cit. S. 39—40.

личности, и все вниманіе должно быть направлено на надлежащій подборъ этихъ личностей! Эти идеи идутъ настолько въ разрѣзъ съ общимъ тяготѣніемъ современности къ *объективному правовому порядку*, что, повторяемъ, едва-ли Эрлихъ найдетъ себѣ сторонниковъ даже въ лагерѣ тѣхъ, къ которымъ онъ себя причисляетъ.

И мы, конечно, не возьмемъ на себя его защиты. Но такъ ли ужъ далеко отошелъ Эрлихъ по существу отъ прочихъ сторонниковъ «судебнаго правотворенія», какъ это кажется съ перваго взгляда? Не заключается ли *по существу* вся разница между ними только въ томъ, что Эрлихъ смѣло провозглашаетъ то, къ чему приведутъ практически ученія другихъ? Не есть ли смѣлость Эрлиха смѣлость искренности, смѣлость назвать прямо то, что другіе, конечно, для себя безсознательно, собственнымъ именемъ назвать боятся?

Пересматривая выше ученія Жени, Ламбера, Салейля и Штаммлера, мы видѣли, что каждый слѣдующій изъ этихъ авторовъ бросаетъ своимъ предшественникамъ однообразный упрекъ — упрекъ въ томъ, что предлагаемый ими верховный принципъ интерпретаціи слишкомъ неясенъ и слишкомъ неопредѣлененъ. Салейль находитъ такимъ «природу вещей» Жени, Штаммлеръ — «общественное правосознаніе» Салейля; едва-ли можно сомнѣваться въ томъ, что такой же приговоръ со стороны другихъ ожидаетъ «соціальный идеалъ» самого Штаммлера. Что же обозначаетъ въ существѣ этотъ упрекъ, какъ не указаніе на то, что всѣ эти «верховныя начала» слишкомъ расширяютъ дорогу судейскому субъективизму?

Каждый изъ защитниковъ «болѣе свободной методы толкованія», какой бы «верховный принципъ» этого толкованія онъ ни выставялъ, неизбѣжно сопровождаетъ этотъ принципъ однообразнымъ *post-scriptum*: «конечно, эта метода ставитъ для современнаго судьи задачу болѣе трудную и сложную, задачу, разрѣшеніе которой потребуеетъ отъ него широкихъ знаній, тонкаго чутья и такта; но конечно, современный судья съ честью выполнить эту задачу» и т. д.

и т. д. Не стало ли это «выраженіе довѣрія» судьѣ стереотипнымъ мѣстомъ почти во всѣхъ учебникахъ и комментаряхъ новаго германскаго уложенія?

Чѣмъ же инымъ вызывается необходимость этого довѣрія, какъ не сознаниемъ неопредѣленности тѣхъ руководящихъ началъ, которыя даются судьѣ, какъ не сознаниемъ того, что въ конечномъ счетѣ надлежащее выполненіе этихъ началъ будетъ зависѣть лишь отъ чутья или такта судьи, т. е. именно отъ извѣстныхъ свойствъ его личности? Свобода усмотрѣнія, которая ему дается, такъ широка, что ее можно употребить въ добро, но можно употребить и во зло; будетъ ли одно или другое — это зависитъ уже не отъ какихъ либо правовыхъ, для судьи внѣшнихъ, причинъ, а исключительно отъ него самого.

А что же иное, какъ не это, утверждаетъ Эрлихъ?

Весьма характернымъ въ этомъ смыслѣ является слѣдующее признаніе Ламбера, вырвавшееся у него въ самой послѣдней изъ его работъ, посвященныхъ защитѣ «новой методы». Защищая эту послѣднюю отъ упрека въ субъективизмъ и утверждая, что при традиціонной методѣ возможность субъективизма не меньше, онъ въ заключеніе говоритъ: «устранить рискъ судейскаго субъективизма мы можемъ не той или иной методой интерпретаціи, а только усиленіемъ мѣръ для обезпеченія лучшей подборки магистратуры и для развитія въ ея средѣ чувства профессиональной отвѣтственности ¹⁾».

Какъ видимъ, признаніе совершенно въ смыслѣ Эрлиха. Отъ этого послѣдняго Ламберъ отличается только тѣмъ, что въ слѣдующихъ затѣмъ строкахъ онъ признаетъ «несчастный» инстанціонный порядокъ, напротивъ, желательнымъ.

¹⁾ Revue générale de droit. 1904. V. p. 461. «C'est n'est point en imposant aux juges l'emploi d'instruments de divination (традиціонная метода) au lieu de procédés de recherche scientifique, que nous reussirons à combattre les risques d'arbitraire judiciaire; c'est en multipliant les precautions tendant à assurer le bon recrutement de la magistrature et à y développer la culture et le sentiment de la responsabilité professionnelle».

Сдѣланное выше сопостановленіе ученій Жени, Ламбера, Салейля и Штаммлера привело насъ къ убѣжденію, что всѣ попытки отыскать тѣ или инья объективныя начала болѣе свободной интерпретаціи, *даже подъ условіемъ допущенія ихъ дѣйствительной объективности*, приводятъ или къ узаконенію «судебной анархїи» и «судебной тираннїи» или же къ лишенію «правотворящей» дѣятельности судьи всякаго идейнаго, принципіальнаго содержанія. Ученіе Эрлиха, содержа въ себѣ *сдѣланное сторонникамъ* этого направленія *признаніе полной невозможности найти какія либо объективныя начала* независимой отъ закона интерпретаціи, довершаетъ гибель отмѣченныхъ попытокъ и окончательно констатируетъ юридическую безнадежность вопроса.

V.

Провѣривъ критически теоретическія основы рекомендуемой новой методы интерпретаціи, обратимся, однако, съ подобной провѣркой и къ традиціонной методѣ: можетъ быть, и ея основы такъ же мало прочны, какъ и основы первой?

Откуда, въ самомъ дѣлѣ, пошла эта традиціонная метода? Въ чемъ ея историческіе и теоретическіе корни? Какъ могло возникнуть требованіе, чтобы судья основывалъ свои рѣшенія непременно на волѣ закона?

Мы видѣли, какъ отвѣчаетъ на этотъ вопросъ Эрлихъ. Требованіе это, говоритъ онъ, отнюдь не есть какое либо общее и для всякаго правового строя непремѣнное явленіе. У англичанъ, древнихъ германцевъ, даже у самихъ древнихъ римлянъ его не было; задачей судьи являлось у нихъ лишь найти справедливое, соотвѣтствующее условіямъ даннаго случая рѣшеніе. Законъ, обычай или судебная практика имѣли у нихъ значеніе лишь той границы, до которой можетъ итти свобода судейскаго усмотрѣнія. Требованіе же для каждаго рѣшенія непремѣнно отыскивать волю закона, это требованіе обязано своимъ происхожденіемъ лишь *рецепціи римскаго права*.

Подробнѣе. но въ томъ же смыслѣ, отвѣчаетъ и Ламберъ ¹⁾).

Въ эпоху далекой старины и глубокаго народнаго невѣжества, говоритъ онъ, юриспруденція была дѣломъ маговъ и жрецовъ, этихъ посланниковъ божества на землѣ. Когда они выступали въ роли совѣтниковъ или судей, они естественно должны были прикрывать свои мнѣнія или рѣшенія авторитетомъ божества и выставлять ихъ, какъ толкованіе божественной воли, ибо только на этомъ могла основываться сила ихъ приговоровъ. Такой характеръ имѣла и знаменитая *interpretatio juris* древне-римскихъ понтификовъ, чрезвычайно умѣло развитая ими въ цѣлую систему юридическихъ правилъ. Позже боги перестали интересоваться житейскими дѣлами людей, право изолировалось отъ религіи. вмѣстѣ съ тѣмъ и понтифики естественно утратили монополію толкованія права; ихъ мѣсто заняли свѣтскіе юристы. Но старое представленіе о сущности *interpretatio juris* было по традиціи перенесено и на этихъ послѣднихъ. Юристы классической эпохи, обязанные своимъ социальнымъ положеніемъ именно тому, что они являлись наслѣдниками понтификовъ, конечно, не могли порвать съ традиціями своихъ наслѣдодателей. Они старательно сохранили орудія, приспособленныя для пользованія жрецовъ, экспертовъ божественной воли; по ихъ примѣру и они продолжали выставлять себя лишь простыми истолкователями нѣкоторой воли, стоящей выше нихъ. Но такъ какъ боги уже ничего не говорили юристамъ, то на мѣсто ихъ были поставлены старые римскіе обычаи, народной вѣрой преобразованные въ законодательный кодексъ (XII таблицъ) ²⁾.

Современные юристы пошли по стопамъ своихъ римскихъ воспитателей. Они сохранили завѣщанный

¹⁾ Особенно въ *Revue générale de droit*, 1904. II. Ш.

²⁾ Нужно имѣть въ виду, что по мнѣнію Ламбера (статья «*La question de l'autenticité de XII tables*» въ *Nouvelle revue historique de droit* 1902), законы XII т. вовсе не были *законы*, изданные децемвирами, а лишь частный (и довольно поздній) сборникъ юридическихъ обычаевъ. См. объ этой гипотезѣ въ той же *Nouv. Revue*, статью Girarda, который основательно ее опровергаетъ.

имъ приѣмъ, который доставлялъ двойную выгоду: съ одной стороны, благодаря ему, возвышался въ глазахъ толпы престижъ ихъ науки, а съ другой стороны, значительно экономились ихъ силы. Они громко провозглашаютъ, что они только толковали; они отрециваются отъ подозрѣнія, что они гдѣ-нибудь и что-нибудь изобрѣтаютъ; они настаиваютъ, что они только поясняютъ и развиваютъ чужую мысль. Но чью? Быстрое развитіе законодательства дало имъ удобный субстратъ, который можно было подставить на мѣсто упраздненныхъ боговъ: юристы объявили себя истолкователями воли закона совершенно въ томъ же смыслѣ, какъ нѣкогда ихъ предшественники провозглашали себя вѣстниками божественныхъ велѣній. Это тѣмъ болѣе походило на правду, что дѣйствительно законодательство стало все болѣе и болѣе активно вмѣшиваться въ юридическую жизнь и все большее и большее количество проблемъ стало находить въ немъ прямое разрѣшеніе. Когда дѣло идетъ о такихъ проблемахъ, юристъ, не насилуя истины, можетъ говорить о себѣ, какъ о простомъ толкователѣ воли закона; но онъ невольно обманываетъ кліента, когда утверждаетъ, что онъ *и всегда* не выходитъ изъ этой роли.

Различая, далѣе, два вида интерпретаціи — *interprétation par les principes* и *interprétation par les précédents*, Ламберъ говоритъ, что первый видъ (традиціонная метода толкованія) укрѣпился только тамъ, гдѣ юридическая мысль возросла подъ опекой романистики. Для средневѣковыхъ юристовъ *Corpus juris* былъ чѣмъ-то вродѣ книги премудрости, и потому естественно сталъ разыгрывать ту роль, которую играли для римскихъ понтификовъ боги. Всякая проблема *должна* была имѣть свое разрѣшеніе въ этой книгѣ, и дѣйствительно въ рукахъ легистовъ *Corpus juris* исполнялъ то же самое, что въ рукахъ ловкаго фокусника исполняетъ шляпа его простодушнаго зрителя. Они находили тамъ детальную регламентацію такихъ институтовъ, какъ ленъ и т. д., о которыхъ римская жизнь и понятія не имѣла. И все это они продѣлывали при помощи провозглашеннаго ими юридическаго духа — *esprit juridique* — или юридическихъ принци-

повъ, которые и донинѣ являются основой традиціонной методы интерпретаціи.

Таково мнѣніе Ламбера о происхожденіи традиціонной методы.—Конечно, Ламберъ, по ироническому замѣчанію своего коллеги, профессора въ Aix-Marseille, *César-Bru* ¹⁾, «все знаетъ»; тѣмъ не менѣе мы все-таки думаемъ, что историко-философское основаніе его ученія не соотвѣтствуетъ его категоричности.

Содержа въ себѣ нѣсколько вполне справедливыхъ, но до банальности избитыхъ, замѣчаній по поводу идолопоклонства средневѣковыхъ легистовъ передъ *Cognus juris*, ученіе Ламбера сводитъ все представленіе о томъ, что судья и юристъ (догматикъ) должны быть только истолкователями нормъ закона, если не къ своекорыстнымъ побужденіямъ этого словія, то во всякомъ случаѣ къ его глубокому невѣжеству, которое заставляетъ его, какъ нѣкогда жрецовъ, непрѣмѣнно изъ чего-нибудь создавать себѣ кумира. Если въ древнее время такимъ кумиромъ было божество, то теперь въ его роли является законъ. Отчасти обманъ, отчасти самообманъ — вотъ, по мнѣнію Ламбера, истинныя историческія основы этого традиціоннаго представленія.

Полный разборъ всѣхъ историческихъ и теоретическихъ ученій Ламбера, особенно въ такомъ объемѣ, какъ они изложены въ его упомянутомъ большомъ сочиненіи, не можетъ, конечно, входить въ нашу задачу: такой разборъ завелъ-бы насъ какъ въ области исторіи, такъ и въ области теоріи права очень далеко, въ сферу вопросовъ очень трудныхъ и очень спорныхъ. Мы ограничимся поэтому лишь тѣмъ, что непосредственно необходимо для нашей цѣли.

¹⁾ Въ той же *Revue générale de droit*. 1904, IV, статья «La méthode d'interpretation du droit civil. La coutume et le droit comparé» p. 347 note I: «M. Lambert est un érudit de premier ordre et un historien de race. Il sait tout, et il veut nous apprendre tout ce qu'il sait; peut être, comme je le dis ailleurs, ne le fait il pas toujours au bon moment».

Право въ смыслѣ правопорядка, регулирующаго человѣческія отношенія, обязано, конечно, своимъ происхожденіемъ той же *борьбѣ за существованіе*, которая является основнымъ двигателемъ эволюціи во всемъ органическомъ мірѣ. Потребность лучшей борьбы за существованіе вызвала возникновеніе первыхъ еще очень несложныхъ союзовъ съ едва обозначающимися признаками власти и организациіи, съ едва уловимыми зародышами общественныхъ обязанностей и субъективныхъ правъ. Тяжелый опытъ жизни своими непрестанными ударами и пинками внѣдрялъ въ первобытнаго человѣка привычку поступать такъ, а не иначе, привычку повиноваться власти и не нарушать интересовъ своихъ сотоварищей. Такъ путемъ *медленную процесса психическаго приспособленія* складывались первыя системы общеобязательныхъ правилъ, т. е. правовыхъ нормъ.

Приучаемый путемъ опыта къ извѣстному соціальному поведенію, первобытный человѣкъ такъ же мало понималъ и сознавалъ природу и цѣль права, какъ мало понималъ онъ природу грома и молніи, тепла и холода, дня и ночи. Онъ только *приспособлялся*; для сознанія же и рефлексіи у него еще не было достаточно интеллектуальныхъ силъ. *Созданіе права совершалось, такимъ образомъ, всецѣло безсознательнымъ, инстинктивнымъ процессомъ.*

Когда затѣмъ мысль человѣческая окрѣпла настолько, что стала уже обращаться и къ соціальнымъ явленіямъ съ вопросами — зачѣмъ и почему, она, конечно, не находила на первыхъ порахъ на эти вопросы иного отвѣта, кромѣ: потому, что такъ было и есть. Какъ извѣстно, древнѣйшей формой права вездѣ являлся *обычай, mores majorum, старина, пошлина*. Высшей и наиболѣе авторитетной санкціей того или иного правила являлась его старина, его исконность и выражавшаяся въ этомъ мудрость дѣдовъ и пращуровъ. И когда въ томъ или иномъ случаѣ возникалъ споръ о правѣ или неправѣ, задачей суда было выяснить, что повелѣвалъ бы въ данныхъ отношеніяхъ старый, освященный авторитетомъ предковъ обычай. Конечно, подъ формой толкованія это-

го обычая древніе судьи — старѣйшіе и лучшіе мужи — проводили постоянно свои измѣнившіеся съ жизнью представленія о правдѣ и справедливости, тѣмъ не менѣе въ принципѣ тѣмъ высшимъ авторитетомъ, отъ чьего имени они изрѣкали свой приговоръ, былъ все-таки обычай, старина, пошлина.

Не правъ поэтому Эрлихъ, утверждающій, что у всѣхъ древнихъ народовъ задачей суда являлось найти приговоръ только *материально справедливый*. Общеизвѣстный формализмъ древняго гражданскаго оборота и суда, коренящійся именно въ слѣпомъ уваженіи къ обычаю и старой формѣ, является наилучшимъ доказательствомъ противнаго. Если малѣйшее нарушеніе актовой или процессуальной формы могло повести за собой потерю процесса, то объ отысканіи приговора *материально* справедливаго, очевидно, не могло быть и рѣчи.

Другимъ доказательствомъ того, что о независимости судебнаго приговора отъ какого-либо высшаго авторитета нечего и думать, является общая для всякаго древняго времени *связь права съ религіей*, представленіе о правѣ, какъ о нѣкоторомъ установленіи боговъ. Санкція старины отъ такого представленія, конечно, чрезвычайно возрастаетъ; правило, созданное мудростью предковъ, превращается въ заповѣдь божества. При извѣстной интенсивности этого представленія органами суда или «экспертама права» становятся знатоки этихъ заповѣдей—жрецы. И если эти послѣдніе, поскольку отъ нихъ зависѣло примѣненіе права, приступали лишь истолкователями воли боговъ, это отнюдь не являлось, какъ полагаетъ Ламберъ, какимъ-либо своекорыстнымъ «приемомъ» съ ихъ стороны, а было, напротивъ, подлинной вѣрой, какъ ихъ самихъ, такъ и ихъ сообщественниковъ. Когда появлялся дѣйствительный обманъ—это уже знаменовало собой начало упадка стараго міросозерцанія, а вмѣстѣ съ этимъ послѣднимъ мало по малу падала и самая возможность какого бы то ни было обмана на этой почвѣ.

Мы не отрицаемъ того, что древніе суды сыграли огромную роль въ процессѣ правосозданія, что

они своими рѣшеніями превращали нерѣдко еще смутное «чувство права» (Rechtsgefühl) въ болѣе или менѣе опредѣленное юридическое правило и въ этомъ смыслѣ «творили право». Мы говоримъ только о *формальныхъ основаніяхъ* этого правотворенія, а съ этой точки зрѣнія вопросъ можетъ быть поставленъ только такъ: изрѣкалъ-ли судья свой приговоръ *отъ себя* или же отъ имени нѣкотораго выше его стоящаго *авторитета*, было-ли его правотвореніе совершенно свободнымъ „*нахожденіемъ*“ (Rechtsfindung) рѣшенія матеріально справедливаго или же лишь *толкованіемъ* этого высшаго авторитета? И мы думаемъ, что вся исторія права свидѣтельствуетъ только въ этомъ второмъ смыслѣ.

Весь этотъ споръ, однако, имѣетъ для насъ лишь второстепенное значеніе. Былъ-ли обычай прежде суда или же онъ только возникъ изъ судебной практики, былъ-ли судья только истолкователемъ обычая или же онъ свободно искалъ матеріальной правды,— все равно, періодъ обычнаго права долженъ быть характеризованъ, какъ *періодъ безсознательной правой эволюціи*. Пусть даже тѣ или другіе суды при постановкѣ своихъ рѣшеній руководились сознательно соображеніями той или другой правовой политики, въ общей экономіи юридической жизни народа эти рѣшенія ихъ были ни чѣмъ инымъ, какъ лишь тѣми же ударами и пинками, которыми «безъ объясненія причинъ» приучался народъ къ извѣстному поведенію, пригонялся, *дрессировался* къ праву. Ибо сущность дрессировки въ томъ и состоитъ, что мы, не объявляя заранѣе, чего хотимъ, ударами и пинками заставляемъ дрессируемаго путемъ опыта дойти до того, чего мы желаемъ. *Сознательнаго правоваго творчества народа* не существовало.

Какъ бы долго ни длился этотъ періодъ безсознательнаго праворазвитія, каждый народъ неизбѣжно на извѣстной ступени своего историческаго бытія вступаетъ на путь *сознательнаго и планомернаго правотворенія*, т. е. на путь *законодательства*. Сначала въ рѣдкихъ отдѣльныхъ случаяхъ, а потомъ все чаще и чаще, все шире и шире народъ въ лицѣ своей государственной власти сознательно опредѣляетъ: въ

такихъ-то случаяхъ, при такихъ-то условіяхъ да будетъ такъ («*ita jus esto*»). Въ этомъ авторитетномъ и властномъ приказѣ заключается самое опредѣленное указаніе, что для всей захваченной вниманіемъ законодателя сферы отношеній нормой должна быть не старина и пошлина и не субъективное представленіе судьи о правѣ и справедливости, а именно выразившаяся въ законѣ воля народа или законодателя. И судьи, призванные разрѣшать эти отношенія *in concreto*, вышли бы далеко за предѣлы своихъ полномочій, если-бы на мѣсто этой воли поставили что-либо иное.

Кругъ отношеній, захватываемыхъ законодательствомъ, на первыхъ порахъ весьма ограниченный, мало по малу растетъ вмѣстѣ съ ростомъ сознательнаго отношенія къ общественнымъ явленіямъ. Авторитетное и планомѣрное руководство *всей* соціальною жизнью народа дѣлается задачей всякаго развитаго государства. Это послѣднее въ лицѣ своихъ законодательныхъ органовъ опредѣляетъ тѣ цѣли, которыя должны быть достигнуты, и тѣ нормы, которыя, по его мнѣнію, наилучшимъ образомъ способствуютъ достиженію этихъ цѣлей. Въ установленіи тѣхъ и другихъ (цѣлей и нормъ) государственная власть можетъ быть правой или ошибаться, можетъ дѣйствовать въ интересахъ всѣхъ или въ интересахъ одного класса, во всякомъ случаѣ, поскольку она что-либо и гдѣ-либо опредѣляетъ, она не желаетъ и не можетъ допустить рядомъ съ своимъ какого-либо иного опредѣленія, будь-то опредѣленіе отдѣльнаго судьи или стараго обычая или, наконецъ, пока еще нарождающагося общественнаго мнѣнія. Его воля должна быть господствующей и, притомъ, единственно господствующей.

Стремленіе государства руководить всей юридической жизнью народа приводитъ на болѣе высокихъ ступеняхъ развитія къ *кодификаціи*, т. е. къ изданію кодексовъ, которые, по мысли законодателя, должны охватить всю совокупность отношеній той или другой области (гражданской, уголовной и т. д.) и регулировать ихъ сообразно опредѣленнымъ, положеннымъ въ основаніе кодификаціи, соціальнымъ принципамъ. Хороши или плохи будутъ эти принципы,

правильно или неправильно они будутъ въ отдѣльныхъ положеніяхъ проведены — это другой вопросъ, но законодатель не желаетъ и не можетъ допустить иныхъ принциповъ и выводовъ, чѣмъ тѣ, которые имъ признаны за соотвѣтствующіе его верховнымъ цѣлямъ.

При такомъ положеніи вещей роль подчиненныхъ органовъ государственной власти, органовъ суда, не можетъ быть иной, чѣмъ роль простыхъ истолкователей закона или кодекса. И если они сознаютъ и выставляютъ себя таковыми, то въ этомъ отражается не какое-либо заблужденіе съ ихъ стороны, а лишь дѣйствительное соотношеніе между ними и закономъ. «Традиціонная метода интерпретаціи» отнюдь не является, такимъ образомъ, печальнымъ наслѣдіемъ коварныхъ римскихъ понтификовъ или ошеломленныхъ *Corpus juris civilis* средневѣковыхъ легистовъ; она вытекаетъ изъ самаго существа, изъ самаго назначенія закона или кодекса.

Но, можетъ быть, подобная претензія закона быть абсолютнымъ господиномъ регулированныхъ имъ отношеній неосновательна?

Несмотря на то, что ни однимъ изъ рассмотрѣнныхъ выше авторовъ эта мысль прямо не высказывается; несмотря на то, что всѣ онѣ предлагаютъ «болѣе свободную методу интерпретаціи» лишь для случаевъ молчанія или неясности закона, — скептическое въ высокой степени отношеніе къ этому послѣднему проникаетъ всѣ ихъ ученія отъ начала до конца.

«Вы чувствуете, правильно говорить *М. М. Винаверъ*, на какой путь ступили бы эти люди, если бы не было тачки у ихъ ногъ въ видѣ кодекса. Именно «тачки у ногъ». Ибо нигдѣ не видно, что положительнаго даетъ имъ кодексъ: они передъ нимъ сухо расшаркиваются, — но у васъ есть ощущеніе, точно черезъ него желаютъ незамѣтно перепрыгнуть, и весь вопросъ только въ томъ, какъ это сдѣлать благовиднѣе — онъ все же »священный кивотъ«. И потому, хотя говорятъ о методѣ «интерпретаціи» кодекса,

дають въ сущности методъ деликатнаго выталкиванія закона и подстановки на его мѣсто чего-то иного»¹⁾).

Можетъ быть, въ самомъ дѣлѣ, способъ законодательнаго регулированія отношеній, съ точки зрѣнія правовой политики, несовершенный способъ, и путь законодательнаго праворазвитія неправильный и болѣе длинный путь? Можетъ быть, въ самомъ дѣлѣ, было-бы лучше замѣнить его путемъ «конкретнаго правотворенія» судьи, обязаннаго отыскивать каждый разъ только приговоръ матеріально справедливый?

Мнѣ кажется, что достаточно только такъ прямо поставить этотъ вопросъ, чтобы отвѣтъ на него получился несомнительный.

Мы только что сказали, что правовое развитіе человѣчества движется въ направленіи отъ обычая къ законодательству и отъ частныхъ законовъ къ единой и цѣльной кодификаціи. Эта неоспоримая историческая тенденція выражаетъ въ своемъ существѣ не что иное, какъ *стремленіе отъ безсознательнаго (инстинктивнаго) соціальнаго приспособленія къ сознательному и планомерному устройенію общественныхъ отношеній.*

Какъ бы ни была организована законодательная власть страны, она во всякомъ случаѣ мыслится, какъ тотъ центръ, въ которомъ сосредоточивается общественное сознаніе и общественная воля народа, призванна вести его по пути соціальнаго развитія. Въ исторіи народовъ мы знаемъ не мало революцій, но ни одна изъ нихъ не отрицала такого значенія законодательной власти, ни одна изъ нихъ не писала на своемъ знамени „*долой законодательство!*“ не требовала возврата назадъ къ неписанному обычаю. Все дѣло сводилось только къ болѣе правильной организации самой законодательной власти.

Да иначе, конечно, и быть не могло: *отказъ отъ планомернаго законодательнаго регулированія соціальныхъ отношеній обозначалъ-бы лишь возвратъ къ эпохѣ безсознательнаго въ соціальномъ смыслѣ существованія.*

¹⁾ Кодификація и толкованіе. Вѣстникъ Права. 1904, кн. 2, стр. 103.

Если же нельзя отказаться отъ законодательства, какъ отъ наилучшаго приѣма соціального строительства. то нельзя отказаться и отъ такъ называемой традиціонной методы интерпретаціи, ибо она логически вытекаетъ изъ самой идеи законодательства; вмѣстѣ съ тѣмъ нельзя принять такъ называемую болѣе свободную методу, ибо она этой идеѣ противорѣчить.

Законодательство есть приѣмъ *планомѣрнаю* регулированія общественныхъ отношеній въ духѣ тѣхъ или иныхъ соціальныхъ *цѣлей*, или, выражаясь словами Штамmlера, въ духѣ такого или иного *соціальною идеала*. И чѣмъ больше законодательство проникается этой чертой планомѣрности. тѣмъ менѣе оно можетъ допустить рядомъ съ собой господство тѣхъ или иныхъ не отъ него исходящихъ, *гетерогенныхъ элементовъ*.

Конечно, законодатель не можетъ предусмотрѣть всего, но онъ всегда исходитъ изъ тѣхъ или иныхъ *соціальныхъ предпосылокъ, соціальныхъ принциповъ*. Если при разрѣшеніи вопросовъ. закономъ непредусмотрѣнныхъ, судья будетъ обращаться къ этимъ положеннымъ въ основаніе закона соціальнымъ принципамъ,—то онъ будетъ дѣйствовать въ духѣ закона и потому будетъ оставаться на почвѣ традиціонной методы интерпретаціи. Если же онъ, признавъ общія предпосылки закона неправильными или устарѣлыми, станетъ замѣнять ихъ какими-либо иными, какъ того требуетъ рекомендуемая новая метода, то онъ введетъ въ дѣйствіе нѣкоторый гетерогенный элементъ, и этимъ, конечно, нарушитъ единство *и* планомѣрность общественнаго руководства.

Такое нарушеніе единства и планомѣрности будетъ одинаково какъ въ томъ случаѣ, когда судья будетъ предоставлено самому опредѣлять подлежащія примѣненію начала («природа вещей», «соціальный идеаль»), такъ и въ томъ случаѣ, когда ему будетъ предложено руководствоваться *«общественнымъ правосознаніемъ»*. Конечно, законодатель въ значительной степени считается съ этимъ послѣднимъ, но только считается, а не подчиняется. Чѣмъ больше выясняется руководствующая, *политическая* роль законо-

дательства ¹⁾, тѣмъ очевиднѣе дѣлается, что законъ долженъ быть не простой формулой господствующихъ воззрѣній, а можетъ быть и господствующихъ предразсудковъ, а чѣмъ то болѣе существеннымъ—вѣрнымъ средствомъ для наилучшаго осуществленія при данныхъ условіяхъ соціального идеала. Не голая статистика правовыхъ воззрѣній всей совокупности отдѣльныхъ членовъ даннаго общества, и *раціональная правовая политика* должна служить основаніемъ законодательства. Въ вопросѣ о томъ, что должно быть, государственная власть, говорилъ Штаммлеръ, съ господствующими въ обществѣ воззрѣніями принципиально такъ же мало обязана считаться, какъ мало считается съ ними наука въ вопросѣ о заразительности болѣзни или природѣ кометъ.

На первый взглядъ эта мысль Штаммлера можетъ показаться парадоксомъ; на самомъ же дѣлѣ она подтверждается правовою дѣйствительностью. Развѣ считается напр. нашъ уголовный законъ съ общимъ среди инородцевъ Кавказа представленіемъ о правѣ родовой мести, съ довольно распространенными еще среди крестьянъ воззрѣніями относительно порубокъ и потравъ и т. д.? Не расходится ли въ подобныхъ случаяхъ законъ съ «общественнымъ правоубѣжденіемъ» *сознательно*, желая не утвердить это убѣжденіе, а, напротивъ, его искоренить, желая, другими словами, вліять на юридическую жизнь народа воспитательнымъ образомъ?

Уже на этихъ небольшихъ примѣрахъ можно въ достаточной степени убѣдиться, насколько «болѣе свободная метода интерпретаціи», даже исходящая изъ идеи «общественнаго правосознанія», можетъ иногда оказаться факторомъ противодѣйствующимъ цѣлямъ закона, а потому и недопустимымъ. Когда же она таковымъ не будетъ? *Лишь тогда, когда она будетъ исходить изъ соціальныхъ предпосылокъ самой закона, т. е. именно тогда, когда она будетъ той же традиціонной методой юридическаго толкованія.*

¹⁾ См. объ этомъ даже Ламберъ. *La fonction*, p. 106.

Все сказанное до сихъ поръ можетъ быть выражено въ слѣдующихъ, если такъ можно выразиться, юридическихъ теоремахъ:

Законодательство есть единственная форма сознательнаго и планомернаго социальнаго строительства. Отказаться отъ законодательства для какихъ либо иныхъ формъ правотворенія такъ же невозможно, какъ невозможно возвратъ отъ сознательной жизни къ бессознательной, инстинктивной. Единство и планомерность социальнаго развитія, осуществляемая законодательствомъ, требуютъ исключительнаго господства принциповъ, положенныхъ въ основаніе этою послѣднюю, т. е. именно тою, что носитъ названіе традиціонной методы интерпретаціи.

VII.

Но—говорятъ намъ—законъ, даже самый прогрессивный, неизбежно отстаетъ отъ жизни: формулировавъ разъ свое положеніе, законъ остается затѣмъ неподвижнымъ, межъ тѣмъ какъ реальная дѣйствительность покоя не знаетъ; такъ наз. традиціонная метода интерпретаціи, исходящая изъ воли и принциповъ закона, закрѣпляетъ эту неподвижность права, углубляя съ каждымъ днемъ пропасть между этимъ послѣднимъ и правовыми запросами современности ¹⁾.

Конечно, по прошествіи нѣкотораго времени устарѣвшій законъ можетъ быть отмѣненъ или измѣненъ новымъ законодательнымъ актомъ, устарѣвшій кодексъ можетъ быть переработанъ за-ново; но правовое развитіе будетъ идти при этомъ порядкѣ не плавно и непрерывно, а періодическими скачками, что, конечно, имѣетъ большія неудобства ²⁾.

«Болѣе свободная метода интерпретаціи», «*interprétation par les précédents*», напротивъ, въ высокой степени отвѣчаетъ непрерывности социальнаго эволюціи; находясь подъ непосредственнымъ и постояннымъ воздѣйствіемъ жизни, суды наилучше и наискорѣе най-

¹⁾ Ср. особенно Lambert. *Revue générale de droit*. 1904. V.

²⁾ Lambert. *La fonction*, p. 812.

дуть способы удовлетворять малѣйшимъ запросамъ юридической жизни 1).

Такъ говорить Ламберъ, но, конечно, то же самое болѣе или менѣе опредѣленно говорятъ и всѣ другіе сторонники «новой методы». Благодарность этой методы кажется не подлежащей сомнѣнію:—она избересть наилучшій приемъ удовлетворенія социальныхъ потребностей, она облегчитъ и ускоритъ процессъ правоваго развитія, Ламберъ въ этомъ не сомнѣвается, несмотря на то, что онъ впадаетъ при этомъ въ нѣкоторыя трудно объяснимыя противорѣчія.

Онъ глубоко вѣритъ, что, руководясь «новой методой», суды всегда наилучшемъ образомъ отвѣтятъ на социальные запросы жизни, и что они будутъ, такимъ образомъ, служить факторомъ социального прогресса. Мы знаемъ, однако, его мнѣніе относительно рецепціи римскаго права; мы знаемъ, насколько пагубно, по его мнѣнію, отозвалась «романистика» на правовомъ развитіи Европы. А развѣ вся эта рецепція не была продуктомъ тѣхъ судовъ, которые въ смыслѣ «интерпретаціи» были свободны; развѣ вся эта рецепція не была результатомъ именно той самой «*interprétation par les précédents*», которую Ламберъ считаетъ непорѣшимой?

Съ другой стороны, Ламберъ, обвиняя законодательство въ хронической отсталости, вѣритъ въ то, что «болѣе свободная метода интерпретаціи» ускоритъ ходъ правовой эволюціи. И въ то же время относительно Англии, гдѣ «*interprétation par les précédents*» имѣла гораздо большее примѣненіе, чѣмъ на континентѣ, мы находимъ у него слѣдующее заявленіе. «Ходъ юридической культуры въ Англии, говоритъ онъ, былъ неизмѣримо менѣе быстрымъ, чѣмъ общій ходъ цивилизаціи, и это объясняется,—не исключительно, а отчасти—медленностью и недостаточностью законодательнаго развитія въ странѣ. Было бы очень желательно, чтобы въ будущемъ законодатель вступался чаще, чѣмъ теперь; это способствовало бы оживленію слишкомъ медленной эволюціи юриспруденціи» 2).

1) Lambert. *Revue générale* ibid. La fonction, p. 813.

2) La fonction p. 811.

Признаемъ, однако, что ходъ правоваго развитія путемъ законодательства сопряженъ съ извѣстными спеціальными неудобствами, которыхъ не знаетъ «конкретное правотвореніе» судовъ. Факты сплошь и рядомъ свидѣтельствуютъ о существованіи законовъ устарѣлыхъ, негодныхъ; жизнь не мало можетъ рассказать о тѣхъ мучительныхъ періодахъ, которые предшествуютъ долго желанному измѣненію отжившей нормы.

Но всѣ эти факты свидѣтельствуютъ только объ одномъ — о необходимости *сдѣлать законодательный аппаратъ возможно болѣе восприимчивымъ къ социальнымъ интересамъ среды* и притомъ въ *двойномъ смыслѣ*.

Необходимо, во-первыхъ, чтобы самая организациі законодательной власти давала доступъ въ среду этой послѣдней всѣмъ общественнымъ силамъ страны пропорціонально ихъ дѣйствительному вліянію въ жизни. Немало устарѣлыхъ и притомъ наиболѣе мучительныхъ законовъ обязано продолженіемъ своего существованія исключительно тому обстоятельству, что законодательная власть искусственно закрѣплена за лицомъ или классомъ лицъ, социальный смыслъ которыхъ уже давно утратился. Многія бѣдствія, испытываемыя нынѣ въ области гражданскаго права, могутъ быть устранены не какой либо «новой методой интерпретаціи», а лишь кореннымъ переустройствомъ всего государственнаго уклада страны.

Необходимо, во-вторыхъ, чтобы законодательная власть самымъ чуткимъ образомъ прислушивалась ко всѣмъ социальнымъ процессамъ, происходящимъ въ обществѣ, подмѣчая ихъ еще въ началѣ ихъ зароженія. Необходимо, въ частности, чтобы судебная практика подвергалась съ этой точки зрѣнія самому своевременному и самому тщательному наблюденію и чтобы всѣ случаи замѣченной тѣмъ или другимъ судомъ несправедливости закона суммировались черезъ посредство того же суда или извѣстнаго спеціальнаго органа въ какомъ либо центральномъ учрежденіи, гдѣ всѣ они подвергались бы затѣмъ научно-юридической провѣркѣ. Необходимо, однимъ словомъ, созданіе нѣ-

котораго постоянно дѣйствующаго *контрольнаю съ точки зрѣнія de lege ferenda* аппарата.

При соблюденіи этихъ условій указанная выше неудобства законодательства, полагаемъ, будутъ сведены до минимума, а то, что останется, будетъ простекать уже лишь изъ неустранимой черты всякаго закона — *общности его нормъ*. Но, какъ извѣстно, эта общность нормъ составляетъ спеціальное и великое достоинство закона, и отвергать ее значило бы отвергать самый законъ.

VIII.

Есть, наконецъ, еще одно обвиненіе противъ такъ наз. традиціонной методы интерпретаціи — и притомъ обвиненіе совсѣмъ особеннаго свойства...

Для сохраненія этой методы, говорить все тотъ же *Ламберз* ¹⁾, есть одинъ мотивъ, который, однако, охотно скрываютъ. Интересы, которымъ эта метода служить, не суть интересы всей массы судящихся, а спеціальные интересы юристовъ и судебного персонала. Она даетъ въ руки этихъ лицъ средство, аналогичное тому, которымъ пользовалась въ Римѣ коллегія авгуровъ, чтобы, благодаря монополіи толкованія божественныхъ предзнаменованій, оказывать вліяніе на ходъ политической жизни. Изъ исторіи Рима мы знаемъ, какъ беззащѣнно иногда авгуры пользовались своимъ правомъ для охраны интересовъ того класса, изъ котораго они обыкновенно происходили. Уничтоженіе этой монополіи авгуровъ представляетъ одинъ изъ важныхъ этаповъ на пути демократизаціи права. Но не то же ли самое должно быть сказано относительно традиціонной методы интерпретаціи? Конечно, да. Многіе изъ защитниковъ этой методы чувствуютъ, что *власть съ нею исчез-*

¹⁾ Revue générale de droit 1904. V, p. 462—463.

нетъ одно изъ лучшихъ средствъ въ рукахъ господствующихъ классовъ для удержанія нетерпѣливаго напора толпы, для сопротивленія слишкомъ быстрому процессу трансформациі соціальною организаціи. Таковъ въ настоящій моментъ единственный смыслъ этой методы. Можетъ-ли онъ ее оправдать? Я ограничусь лишь постановкой вопроса. Я только констатирую, что то, что является заслугой въ глазахъ нѣкоторыхъ, въ глазахъ другихъ, гораздо болѣе многочисленныхъ, является рѣшительнымъ мотивомъ для осужденія...

Итакъ, вотъ гдѣ «погребена собака»! Вотъ какой своекорыстный мотивъ скрывается за теоретическими аргументами защитниковъ такъ называемой традиціонной методы!

Обвиненіе, какъ видимъ, бросается тяжкое; подозрѣнію подвергается самая *честность* ученія. Къ счастью, однако, достойная оцѣнка этого обвиненія не потребуеетъ сложныхъ разсужденій.

Все время такъ называемая традиціонная метода интерпретаціи представителями новаго направленія обвинялась въ томъ, что она связываетъ судей, стѣсняетъ свободѣ ихъ усмотрѣнія; и вдругъ теперь оказывается, что сохраненіе этой методы вызывается профессиональными интересами судебного персонала! Въ первый разъ слышу, чтобы чьи либо интересы требовали связанности, ограниченности дѣйствій...

Если современные юристы и судьи подобны римскимъ авгурамъ, то, вѣдь, то, чего хочетъ Ламберъ, въ примѣненіи къ авгурамъ обозначало бы полное освобожденіе ихъ даже отъ тѣхъ формальныхъ пріемовъ жреческихъ толкованій, которыми они были всетаки связаны, обозначало бы полное санкціонированіе ихъ усмотрѣнія. Для всякаго же, кромѣ Ламбера, я думаю, очевидно, что подобное расширеніе авгураальной свободы представляло бы никакъ не демократизацію права, а наоборотъ, именно его «аристократизацію», ибо безспорно, усилило-бы вліяніе этой коллегіи и сдѣлало-бы его совершенно безконтрольнымъ.

Если современные юристы и судьи, подобно римскимъ авгурамъ, держатся за традиціонную методу,

какъ за одно изъ лучшихъ средствъ въ интересахъ тѣхъ командующихъ классовъ, къ которымъ они въ большинствѣ случаевъ принадлежатъ, то я бы имъ, напротивъ, въ ихъ же собственныхъ интересахъ посоветовалъ скорѣе всѣми силами работать въ пользу новой методы. Пользуясь уже неограниченнымъ и безконтрольнымъ правомъ оцѣнивать социальную годность каждаго общественнаго явленія, они гораздо вѣрнѣе оградили бы себя отъ «нетерпѣливаго натиска толпы» и задержали бы «слишкомъ быстрый ходъ социальной трансформациі».

Но, я думаю, уже сказаннаго достаточно какъ для опредѣленія логической крѣпости сужденій Ламбера, такъ и для этической оцѣнки брошеннаго имъ обвиненія.

Нужно, однако, сказать, что необходимость «болѣе свободной методы» и болѣе широкаго судейскаго усмотрѣнія, и помимо Ламбера, аргументируется нерѣдко потребностью социальныхъ смягченій, потребностью помощи «экономически слабымъ». Мы видѣли, какъ говорятъ на этотъ счетъ авторы новаго германскаго уложенія и авторы нашего проекта, мы видѣли, что Салейль рисуетъ себѣ болѣе свободнаго въ своемъ усмотрѣніи судью именно какъ «социальнаго примирителя». На болѣе свободное судейское усмотрѣніе возлагаютъ надежды, какъ на одно изъ дѣйствительнѣйшихъ средствъ въ дѣлѣ «соціализаціи общества». Все это заставляетъ остановиться и на этомъ пунктѣ внимательнѣе.

Если стоять на точкѣ зрѣнія всемогущества классовыхъ интересовъ, то въ виду того, что большинство судей принадлежитъ, конечно, не къ классу «экономически слабыхъ», пришлось бы признать эти надежды совершенно неосновательными. Очевидно, такимъ образомъ, что всѣ требующіе расширенія судебного усмотрѣнія въ этомъ смыслѣ, опираются напротивъ, на силу идейныхъ теченій въ обществѣ, на то, что эти теченія пробьютъ себѣ доступъ и къ судейскому креслу. Такъ это опредѣленно и выражаетъ Салейль.

Я не сторонникъ теорій экономическаго материализма, вѣрю въ то, что «идеи дѣлаютъ свое дѣло»,

и тѣмъ не менѣе думаю, что «классовый интересъ» въ вопросѣ судейскаго усмотрѣнія не такая малая величина, чтобы ее можно было совершенно игнорировать. Особенно тамъ, гдѣ не могутъ похвалиться возможностью самаго интенсивнаго общественнаго контроля.

Я думаю, однако, что самый вопросъ *о консерватизмѣ или либерализмѣ* обоихъ сравнительныхъ методовъ интерпретаціи покоится на полномъ теоретическомъ недоразумѣніи.

Такъ называемая традиціонная метода выражаетъ собою идею господства закона. Какой это будетъ законъ по своему содержанию — консервативный, либеральный, радикальный или даже социалистическій — это все равно: онъ одинаково долженъ быть святъ и нерушимъ. Очевидно, такимъ образомъ, что традиціонная метода будетъ то факторомъ консервативнымъ, если консервативенъ законъ, то, напротивъ, факторомъ прогрессивнымъ, если прогрессивенъ этотъ послѣдній.

Равнымъ образомъ и «болѣе свободная метода», предоставляющая болѣе широкій просторъ судейскому словію, а черезъ него и господствующимъ въ данный моментъ социальнымъ настроеніямъ, можетъ быть силой то прогрессивной, то консервативной, въ зависимости отъ характера этихъ господствующихъ настроеній.

Утверждать, что первая метода по самому характеру своему всегда консервативна, а вторая всегда прогрессивна, — такъ же невозможно, какъ невозможно утверждать, что законъ всегда консервативенъ, а общественныя настроенія всегда прогрессивны.

Возьмемъ для примѣра хотя бы только *законы о ростовщичествѣ*. Пусть мы признаемъ въ настоящее время, что эти законы, какъ охраняющіе «экономически слабыхъ отъ эксплуатаціи сильнѣйшихъ», прогрессивны. Было, однако, времени (и не такъ давно), когда законодательство знало запрещенія ростовщичества и высокихъ процентовъ, а общественное мнѣ-

ніе поворотилось противъ нихъ: послѣднее, такимъ образомъ, сыграло роль силы ретроградной.

Съ теоретической точки зрѣнія весь вопросъ о консерватизмѣ или либерализмѣ обѣихъ методъ оказывается, слѣдовательно, неправильнымъ. Но можетъ быть, онъ правиленъ практически — *съ точки зрѣнія настоящаю момента?*

Дѣйствительно, отсталость многихъ социальныхъ предпосылокъ современныхъ гражданскихъ кодексовъ можетъ считаться въ настоящее время общимъ мѣстомъ. Необходимость коренныхъ поправокъ, необходимость серьезныхъ улучшеній въ положеніи трудящихся массъ стала настолько очевидной, что даже, употребляя выраженіе Салейля, въ рядахъ противоположнаго лагеря зародилась склонность къ уступкамъ.

Но какъ далеко идетъ въ дѣйствительности эта склонность къ уступкамъ? Требования трудящихся массъ, «невладѣющихъ классовъ», сводятся въ общемъ къ болѣе или менѣе коренному, радикальному пересмотру всѣхъ основныхъ условій современнаго экономическаго существованія. Вмѣсто такого коренного пересмотра мы наблюдаемъ, однако, другое очень своеобразное явленіе.

Новѣйшіе гражданскіе кодексы, напр. германскій или русскій проектъ, оставаясь всецѣло на почвѣ старыхъ началъ, ограничиваются только тѣмъ, что кое-гдѣ въ пользу новѣйшихъ социальныхъ теченій дѣлаютъ весьма неопредѣленные уступки. На требованіе обезпечить всѣмъ возможность человеческого существованія отвѣчаютъ правомъ судьи на пониженіе неустойки, правомъ судьи кассировать невыгодную сдѣлку и т. п.

Одновременно теоретики подобной законодательной политики выставляютъ ученіе о болѣе широкомъ судейскомъ усмотрѣніи. И понятно, ибо нѣтъ болѣе удобнаго средства для этой политики неопредѣленныхъ уступокъ, какъ судейское усмотрѣніе: старый порядокъ будетъ уступать здѣсь лишь «смотря по

обстоятельствамъ», слѣдовательно, по частямъ, задерживаясь насколько возможно долѣе на каждой отдѣльной позиціи.

Вотъ гдѣ, по нашему мнѣнію, истинный социальный источникъ столь рекламирующей себя «болѣе свободной методы интерпретаціи» и связанной съ ней «нѣкоторой неопредѣленности законодательныхъ предписаній». Едва-ли не у всѣхъ авторовъ, сторонниковъ этой методы, въ числѣ аргументовъ въ ея пользу мы найдемъ заявленіе, что такимъ путемъ, благодаря примирительной роли судьи, мы перейдемъ къ новымъ порядкамъ „безъ крутой“ или „безъ радикальной ломки“ основныхъ началъ хозяйственнаго строя (ср. напр. выше — ученіе Салейля). Боязнь такихъ «крутыхъ» или «радикальныхъ ломокъ», боязнь болѣе или менѣе рѣшительной постановки вопросовъ съ одной стороны, сознание неизбежности уступокъ — съ другой стороны, — вотъ что вызвало на свѣтъ Божій доктрину свободного судейскаго усмотрѣнія. Въ этомъ ея сила, но въ этомъ же и ея великая слабость!

Въ тотъ моментъ, когда «экономически слабые» получаютъ дѣйствительную возможность сказать свое слово и осуществить свою волю, они формулируютъ эту свою волю въ извѣстныхъ опредѣленныхъ принципахъ, а не въ довѣрчивомъ предоставленіи судьямъ регулировать ихъ отношенія «по усмотрѣнію». То, что пріобрѣтается трудомъ и борьбой, не легко отдается на чье бы то ни было усмотрѣніе. Какъ въ области публичнаго, такъ и въ области гражданскаго права залогомъ истиннаго праворазвитія можетъ быть только одно — *законность и правовой порядок!*
