32680

Весь доходъ отъ изданія поступитъ въ фондъ на увѣковѣченіе памяти автора.

А. В. Завадскій

приватъ-доцентъ Казанскаго Университета.

40907

КЪ УЧЕНІЮ

О

ТОЛКОВАНІИ ГРАЖДАНСКИХЪ ЗАКОНОВЪ.

Новѣйшія теченія по этому вопросу въ нѣмецкой литературѣ (школа свободнаго права и др.).

Изданіе посмертное подъ редакціей

Проф. Барона **А. Симолина**.

БИБЛІОТЕКА * Ученаго Комитета Мин. Фин.

КАЗАНЬ

Типо-литографія Императорскаго Университета

1916

32680

Весь доходъ отъ изданія поступитъ въ фондъ на увѣковѣченіе памяти автора.

А. В. Завадскій

приватъ-доцентъ Казанскаго Университета.

40901

КЪ УЧЕНІЮ О ТОЛКОВАНІИ ГРАЖДАНСКИХЪ ЗАКОНОВЪ.

Новѣйшія теченія по этому вопросу въ нѣмецкой литературѣ (школа свободнаго права и др.).

Изданіе посмертное подъ редакціей

Проф. Барона **А. Симолина**.

БИБЛІОТЕКА * Ученаго Комитета Нар. Об.

КАЗАНЬ

Типо-литографія Императорскаго Университета

1916

39

Печатано по опредѣленію Юридическаго факультета при Императорскомъ Казанскомъ Университетѣ.

Деканъ В. Ивановскій.

87591

ОГЛАВЛЕНІЕ.

		Стр.
Отъ редактора		1—2.
Предисловіе		3—5.
Глава первая.	Воззрѣнія отдѣльныхъ представителей новѣйшихъ теченій . .	6—116.
Глава вторая.	Основныя положенія новѣйшихъ теченій въ ученіи о толкованіи законовъ и пріемъ, оказанный имъ въ юридической литературѣ . .	117—167.
Приложеніе I.	Французское движеніе	I—XXVII.
Приложеніе II.	Текстъ нѣкоторыхъ дѣйствующихъ статей о толкованіи законовъ съ редакціонной исторіей важнѣйшихъ изъ нихъ . .	XXVIII—XLXI.

ОГЛАВЛЕНІЕ.

Стр.

Отъ редактора . . . . . 1—2.

Предисловіе . . . . . 3—5.

Глава первая. Возбужденія отдѣльныхъ предста-
вленій новѣйшихъ теченій . . 6—116.

Глава вторая. Основныя положенія новѣйшихъ
теченій въ ученіи о толкованіи
законовъ и прецедентъ, связанный съ
ихъ юридической интерпретацій . . 117—167.

Приложеніе I. Французское движеніе . . . . I—XXVII.

Приложеніе II. Тексты нѣкоторыхъ бѣлетрис-
тическихъ статей о толкованіи за-
коновъ съ редакціонной исторіей
важнѣйшихъ изъ нихъ . . . XXVIII—XLXI.

Отъ редактора.

Изслѣдованіе новаго теченія въ наукѣ по вопросу о толкованіи законовъ задумано было покойнымъ Александромъ Владимировичемъ въ весьма широкомъ масштабѣ. Какъ видно изъ предисловія, авторъ предполагалъ дать общую сводку новѣйшихъ теченій въ литературѣ, а затѣмъ разсмотрѣть ихъ съ точекъ зрѣнія догматической, соціологической и политико-правовой, строго разграничивая эти три стороны вопроса. Преждевременная кончина помѣшала автору осуществить этотъ планъ, и въ Ученыхъ Запискахъ Имп. Казанскаго Университета были напечатаны только двѣ первыя главы и начало третьей главы, посвященной догматической разработкѣ вопроса. Въ бесѣдахъ съ пишущимъ эти строки Александръ Владимировичъ неоднократно говорилъ, что его задерживаетъ только третья, уже начатая печататься глава, которая его неудовлетворяла, а что двѣ послѣднія главы (соціологическая и политикоправовая) у него готовы. На основаніи этихъ словъ я надѣялся, что мнѣ удастся въ бумагахъ усопшаго найти эти двѣ главы и выпустить книгу только безъ третьей главы, но, къ глубокому сожалѣнію, хотя мной дѣйствительно было найдено нѣкоторое количество переписанныхъ набѣло листовъ, относящихся къ вышеназваннымъ главамъ, однако листы эти представляли лишь разработку отдѣльныхъ вопросовъ, часто незаконченную, почему включать ихъ въ книгу я не счелъ возможнымъ. На этомъ основаніи, выпуская трудъ А. В. отдѣльнымъ изданіемъ, я включилъ въ него лишь двѣ первыя, напечатанныя еще при жизни автора главы, а также два приложенія — первое, посвященное французскому движенію, и второе, содержащее изслѣдованіе текста нѣкоторыхъ дѣйствующихъ

статей о толкованіи законовъ съ редакціонной исторіей важнѣйшихъ изъ нихъ. Оба эти приложенія напечатаны также еще при жизни автора и не были помѣщены въ Ученыхъ Запискахъ только потому, что А. В. предполагалъ отнести ихъ, какъ приложенія, къ концу книги.

Такимъ образомъ данная книга въ сущности представляетъ собой лишь первую часть задуманной покойнымъ Александромъ Владимировичемъ работы—именно сводку и характеристику воззрѣній представителей новѣйшаго теченія въ наукѣ, но и эта первая часть, по моему глубокому убѣжденію, имѣетъ такое научное значеніе, которое вполнѣ оправдываетъ выпускъ книги, т. к. до сихъ поръ такой сводки въ литературѣ не только русской, но и западной, не имѣется, а пользоваться отдѣльными листами труда А. В., помѣщенными въ Ученыхъ Запискахъ Казанскаго Университета, не рѣдко съ весьма значительными промежутками, являлось крайне затруднительнымъ.

Проф. *А. Симолинъ.*

«Едва ли найдется другой юридическій вопросъ, который бы въ настоящее время болѣе занималъ умы въ Германіи, чѣмъ какъ разъ этотъ».

Prof. Gmür. Die Anwendung des Rechts nach Art. 1. des schweizerischen Zivilgesetzbuches. Bern. 1908, S. 100.

Еще въ 1905 году боннскій профессоръ Ландсбергъ замѣтилъ, что отдѣльныя нападки на обычное ученіе о толкованіи законовъ принимаютъ систематическій видъ—новаго научнаго направленія. На занимающійся „пожаръ" онъ и указывалъ своимъ единомышленникамъ въ шутливо написанной статьѣ своей въ DJZ 10 921. Das entgegengesetzte Extrem. Пока пожаръ не только не потухъ, но напротивъ все разростается. Не только обширныя руководства, въ родѣ Дернбурга или Эннекцеруса, но даже такіе элементарные учебники новаго нѣмецкаго гражданскаго права, какъ Mathias (Lehrb. des Bürgerlichen Rechts [5] 8, 11) вынуждены установить свое отношеніе къ новому движенію. Литература уже теперь громадна. Отголоски новыхъ ученій проникли не только въ общую печать, но даже въ изящную литературу (романъ Der Paragraphenlehrling Bloem'a 1907).

Все, что касается толкованія законовъ, такъ важно для всякаго юриста, что доказывать необходимость для него знанія всякаго новаго движенія въ этой области не приходится. Одно это однако не оправдываетъ, конечно, появленія въ свѣтъ настоящей книги, составляющей плодъ такого изученія. Одинъ изъ лучшихъ современныхъ процессуалистовъ Фридрихъ Штейнъ совершенно справедливо указываетъ, что выпускать въ свѣтъ изслѣдованіе по избитому въ литературѣ вопросу, надъ которымъ трудились лучшіе юридическіе умы въ теченіе столѣтій, можно только тогда, когда автору его удалось открыть въ немъ какую нибудь новую сторону, не замѣченную прежними изслѣдователями (ср. введеніе къ его классическому сочиненію Das private Wissen des Richters. Leipzig. 1893, S. 3). Къ большому своему огорченію, выпу-

ская эту книгу, я нарушаю этотъ прекрасный совѣтъ Штейна. Новыхъ сторонъ предмета мнѣ открыть не удалось, не удалось мнѣ также дать рѣшенія какому нибудь изъ цѣлаго ряда все еще спорныхъ вопросовъ ученія о толкованіи. Смягчающихъ обстоятельствъ моего проступка два. Прежде всего привычная въ этихъ случаяхъ ссылка на бѣдность нашей цивилистической литературы. Хотя какъ разъ по ученію о толкованіи она можетъ выставить нѣсколько работъ, которыми она въ правѣ гордиться и передъ постоянной учительницей своей— нѣмецкой, но сводки новаго движенія въ ней еще нѣтъ, какъ, къ слову сказать, ея нѣтъ пока и въ нѣмецкой. Это не значитъ, конечно, что на новѣйшія теченія наши ученые не отозвались вовсе. Кромѣ небольшой статьи А. Бугаевскаго, Судья въ роли законодателя (Право 1909 стр. 2175) должно особенно отмѣтить работы І. А. Покровскаго, въ одной изъ нихъ (Гражданскій судъ и законъ, Вѣстникъ права 1905 кн. 1) онъ выступилъ противъ новаго направленія еще до Ландсберга и предвосхитилъ въ ней тѣ доводы, съ которыми выступали потомъ противъ школы свободнаго права знаменитый создатель новаго австрійскаго гражданскаго процесса Фр. Клейнъ, а также обратившій на себя вниманіе своими работами по тарифнымъ договорамъ Рундштейнъ (одна изъ послѣднихъ работъ по нашему вопросу). Другимъ болѣе важнымъ смягчающимъ обстоятельствомъ является надежда, что работа моя, не разрѣшая вопросовъ сама, все таки послужитъ къ ихъ разрѣшенію. Всякое новое научное теченіе, а особенно носящее политикоправовую окраску, можно изучать съ двухъ разныхъ точекъ зрѣнія или какъ историческое явленіе или же съ точки зрѣнія его научной цѣнности. Попытка изучить причины появленія новаго направленія и вообще выяснить его значеніе на общемъ фонѣ исторіи современной науки права сдѣлана мастерскою рукою проф. Покровскаго въ его актовой рѣчи Естественно-правовыя теченія въ исторіи гражданскаго права. 1909. Наша работа ставитъ себѣ только вторую задачу—изслѣдованіе того, что цѣннаго вносятъ въ науку гражданскаго права новыя направленія. Особенностью нашей критики является строгое по возможности разграниченіе догматической, соціологической и политикоправовой стороны вопроса. Такое отдѣленіе точекъ зрѣнія при изученіи можетъ, думается мнѣ, повести къ выясненію того, гдѣ собственно лежатъ исходныя точки споровъ между господствующимъ и новѣйшими теченіями, а также и того, что собственно надлежало бы каждому изъ нихъ сдѣлать, чтобы получить право считать свои воззрѣнія научно дока-

занными. Посильное выясненіе этого, сдѣланное нами, можетъ быть, и окажется небезполезнымъ для будущаго изслѣдователя, который прямо поставитъ своею задачею разрѣшеніе вновь возникшихъ и издавна продолжающихся споровъ въ ученіи о толкованіи.

Нѣкотораго поясненія требуетъ первая глава. Въ ней дается изложеніе воззрѣній отдѣльныхъ представителей новѣйшихъ теченій. Цѣль ея собрать и дать въ руки читателя матеріалъ для повѣрки моей критики новѣйшихъ теченій въ цѣломъ. Поэтому въ ней воззрѣнія писателей передаются съ полнымъ устраненіемъ въ текстѣ какихъ бы то ни было моихъ личныхъ замѣчаній и обыкновенно по возможности съ сохраненіемъ внѣшняго хода мыслей автора. Послѣ изложенія даются историколитературныя замѣчанія о роли, занимаемой даннымъ авторомъ въ научномъ движеніи. Если тутъ же даются и критическія замѣчанія, то только такія, которыя касаются исключительно даннаго автора, а не представляемаго имъ направленія вообще, и которымъ поэтому не было бы мѣста въ общей критикѣ всего направленія. Въ виду такой цѣли этой главы, а также въ виду того, что во второй главѣ мною дается общая сводка всѣхъ изложенныхъ въ первой главѣ мнѣній, общая характеристика новѣйшихъ теченій, читатель можетъ свободно начинать чтеніе прямо съ главы второй, пользуясь первой какъ справочной.

Въ сокращеніяхъ нѣмецкихъ заглавій, особенно журналовъ, я стремился слѣдовать предложеніямъ союза нѣмецкихъ юристовъ (Vorschläge des deutschen Juristentags für die Art der Anführung von Rechtsquellen, Entscheidungen und wissenschaftlichen Werken ². 1910).

1 октября 1910 г.

Глава первая.

Воззрѣнія отдѣльныхъ представителей новѣйшихъ теченій.

А. Школа свободнаго права.

«Высоко идутъ волны движенія свободнаго права». Wiesner (AnnDR. 1908. 767).

1. *Канторовичъ.* Для Канторовича наука права въ современномъ ея положеніи представляется вмѣстѣ съ теологіею (34—38) убѣжищемъ схоластики, и въ новомъ направленіи онъ видитъ тѣ войска, которыя онъ зоветъ на войну за освобожденіе науки права, а оно должно заключаться въ открытомъ признаніи того, что происходитъ въ дѣйствительности. Этого хочетъ направленіе, несомнѣнно уже образовавшееся, пророками котораго, вопіявшими въ пустынѣ, были когда-то Кирхманъ, Іерингъ, Колеръ, Бюловъ, Густавъ Рюмелинъ (8) (въ итальянскомъ переводѣ прибавленъ еще Іорданъ 1825 г. Lotta (59). Движеніе это можетъ быть обобщено, какъ возрожденіе естественнаго права. Присматриваясь къ справедливому праву Штаммлера, къ свободному правонахожденію Эрлиха, къ культурнымъ нормамъ Майера, къ проекціи Вурцеля, къ взвѣшиванію интересовъ Штампе, къ оцѣночнымъ сужденіямъ Рюмелина, къ природѣ вещей Жени (Lotta 71), мы находимъ въ нихъ то общее, что всѣ они наряду съ правомъ государственнымъ признаютъ другія нормы, назначеніе которыхъ оцѣнить, восполнить, развить или опрокинуть право, исходящее отъ государства. Всѣ они признаютъ право, независимое отъ государственной власти, право, которое Канторовичъ предлагаетъ назвать свободнымъ правомъ (11). Это свободное право, естественное право XX столѣтія, конечно, позитивно и измѣнчиво въ противоположность старинному естественному праву.

Позитивно оно потому, что за нимъ всегда стоитъ нѣчто реальное: власть, воля, признаніе (30). Отдѣльное лицо можетъ считать извѣстную норму за правовую въ силу собственнаго своего личнаго убѣжденія въ этомъ, тогда это будетъ индивидуальное свободное право, но можетъ и въ силу такого же убѣжденія какой нибудь общественной группы (einer Gemeinschaft, примѣры такого Gemeinschaftsrecht свободныя права купцовъ, женщинъ, рабочихъ (26), тогда на лицо общественное свободное право. Отдѣльная норма можетъ оказаться тожественной и въ обоихъ видахъ свободнаго и даже въ правѣ государственномъ (12). Какъ и право государственное, право свободное можетъ дѣлиться на дѣйствующее и не дѣйствующее (13).

Только это свободное право извѣстно гражданамъ, только признавая его, мы можемъ обойтись безъ фикціи о томъ, что право извѣстно всякому. Въ дѣйствительности, когда встрѣчаешь частнаго человѣка съ основательнымъ знаніемъ права государственнаго, то въ большинствѣ случаевъ онъ окажется темной личностью, ростовщикомъ, журналистомъ-шантажистомъ и т. д. (13). Только свободное право восполняетъ пробѣлы права государственнаго, при этомъ не надо думать, что и свободное право можетъ восполнить всякій пробѣлъ такъ, что разрѣшеніе имъ пробѣла будетъ признано для всѣхъ обязательнымъ. Необходимо помнить, что люди различны, что они различно оцѣниваютъ жизненныя цѣнности и что это должно непремѣнно сказаться въ различномъ разрѣшеніи по крайней мѣрѣ части случаевъ (16). Если должно такимъ образомъ отбросить ученіе объ отсутствіи пробѣловъ въ правѣ, то необходимо пойти и дальше и признать, что въ нѣкоторыхъ случаяхъ и свободное право не сможетъ разрѣшить всѣхъ пробѣловъ, пора отрѣшиться юристамъ отъ обуявшей ихъ маніи величія, ни одна наука не берется разрѣшить всѣхъ вопросовъ, даже гордая математика отказывается отъ возможности рѣшенія уравненія высшихъ степеней или задачи трехъ тѣлъ. Только одни юристы берутся разрѣшить на основаніи дѣйствующаго права любой предложенный имъ случай. Съ возмущеніемъ откажется историкъ рѣшать вопросъ о томъ, что случилось бы, если бы Рамзесъ Великій открылъ Америку, юристы же рѣшаютъ все и оказываются въ роковой компаніи съ знахарями, лечащими самые темнѣйшіе случаи для діагноза, и пасторомъ, который спокойно отсчитываетъ кающемуся за каждый его грѣхъ наказаніе, положенное Богомъ (17, 18).

Наука права начинаетъ въ новомъ направленіи призна-

вать себя наукой волюнтарной (20). Потребности жизни требуютъ, чтобы тамъ, гдѣ законъ ихъ не удовлетворяетъ, пришли на помощь другія силы и прежде всего свободная и творческая наука права. Если приглядѣться къ сущности метода, которымъ пользуется и старое правовѣдѣніе, то мы вездѣ сталкиваемся съ волей лицъ. Если теоретикъ или практикъ строитъ конструкціи, то онъ выбираетъ ту конструкцію, которая даетъ желаемыя имъ правовыя слѣдствія (22). Признавая волюнтарность, новое теченіе должно носить и антираціоналистическій характеръ. Не логика вообще, но спеціально юридическая логика, традиціонная герменевтика должны быть оставлены. Главныя средства, которыми работаютъ здѣсь, всѣ логически несостоятельны; аналогія и распространительное толкованіе не имѣютъ цѣны, такъ какъ нѣтъ такого вообще случая, который не имѣлъ бы чего-нибудь общаго съ любымъ другимъ (23). Поэтому можно было бы любую норму примѣнять къ любому случаю, и если юристъ въ одномъ случаѣ толкуетъ по аналогіи или распространительно, а въ другомъ буквально или ограничительно, то тутъ рѣшаетъ „не законъ и не логика, а свободное право и воля наша достигнуть слѣдствій желаемыхъ или устранить нежелаемыя“ (24). Что фикція есть ложь, это всякому ясно (25), что касается пресловутаго основанія закона въ смыслѣ принципа, то оно основано на неизлечимомъ логическомъ порокѣ. „Твердое соотношеніе, правда, существуетъ, но только между посылками и заключеніемъ, но вовсе не между заключеніемъ и посылкой. Для A=B посылками явятся не только A=C, C=B, но и A=не C, не C=B и далѣе A=Д, Д=B; A=E, E=B и т. д. и вообще любая пара сужденій (вѣрныхъ или ложныхъ), если только они обладаютъ формальными свойствами извѣстными изъ элементарной логики. Логически такимъ образомъ любое сужденіе можетъ исполнить роль посылки правовой нормы какъ „lex legum“ схоластики, какъ ratio legis позднѣйшихъ авторовъ и слѣдовательно изъ него какъ заключенія можно получить какую угодно правовую норму“ (25). Немудрено поэтому, что юристы обходили тщательный разборъ необходимыхъ логическихъ операцій, а вмѣсто этого попросту ссылаются на знаменитый „духъ законовъ“, который въ сущности является духомъ самого толкователя; „такъ возникаютъ большія изложенныя въ учебникахъ системы индивидуальнаго права, которыя могутъ быть полными и не противорѣчивыми въ той мѣрѣ, поскольку такими являются индивидуальности ихъ творцовъ и взаимно противорѣчащими, поскольку взаимно противорѣчатъ личности ихъ авторовъ. Онѣ образуютъ школу

и вліяютъ на практику въ мѣрѣ совпаденія личности ихъ творцовъ съ индивидуальностями другихъ юристовъ, онѣ содержатъ въ себѣ столько кусочковъ права государственнаго, сколько оно соединимо съ ихъ индивидуальнымъ правовоззрѣніемъ, и больше только тогда, когда есть надежда что законодательство рано или поздно сможетъ измѣниться въ ихъ смыслѣ. Только тамъ, гдѣ законъ еще молодъ, оказывается сильной и успѣшной воля по возможности чисто его передать (27), при чемъ догматическая цѣна такого учебника является, конечно, самой низшей, какъ это доказываютъ многочисленные учебники новаго гражданскаго права. Но по мѣрѣ того, какъ теорія и практика освѣщаютъ новые сомнительные случаи, которые изъ одного закона никогда нельзя было бы рѣшить, учебники все отдаляются отъ закона. Трудно было бы въ системѣ Дернбурга узнать себя Юстиніану и „schlank und leicht wie aus dem Nichts gesprungen“ представляются нашему взору общія части системъ уголовнаго права великихъ антиподовъ Листа и Биндинга. У всѣхъ этихъ учебниковъ и системъ обще то, что они рѣзко отразили на себѣ личности ихъ творцовъ со всѣми ихъ нравственными, политическими и правовыми чувствами, что было бы совершенно невозможно, если бы они дѣйствительно описывали право государственное, какъ гласятъ ихъ заглавія. Только этой цѣною они могли достигнуть импонирующей систематической законченности. Охота за общеобязательной системой нормъ все равно права государственнаго или свободнаго представляется въ нашъ вѣкъ все растущаго индивидуализма не болѣе какъ утопіей диллетантствующей логики“ (28).

Преобразуя науку права новое направленіе преобразовываетъ и судебную практику, оно отвергаетъ прежній идеалъ практики—обоснованіе всякаго рѣшенія исключительно закономъ и 4 статью кодекса Наполеона. И теперь въ Германіи не только все болѣе развиваются привѣтствуемыя новымъ направленіемъ третейскіе суды, въ которыхъ прямо исключается право государственное, но и государственные суды все болѣе рѣшаютъ по доброй совѣсти (Treu und Glauben), добрымъ нравамъ, воззрѣнію оборота, по справедливому усмотрѣнію и другимъ суррогатамъ закона. Идеаломъ для новаго направленія стоитъ § 1 Швейцарскаго уложенія. „Какъ далеко должна идти „эмансипація судьи отъ закона“, это вопросъ который вообще не можетъ быть разрѣшенъ ни точно, ни вообще, какъ и всѣ вопросы количественные въ качественныхъ наукахъ. Поэтому такъ расходятся здѣсь мнѣнія отдѣльныхъ представителей новаго направленія другъ съ дру-

гомъ въ зависимости отъ того, болѣе или менѣе высоко цѣнятъ они сообразно съ ихъ различными природами индивида и особенное по сравненію съ государствомъ и общимъ. Стоя на той точкѣ зрѣнія, что чужія чувства заслуживаютъ уваженія, намъ не приходитъ въ голову объявлять справедливымъ или выдавать за общеобязательное какое-нибудь одно (т. е. рѣшеніе, соотвѣтствующее нашему чувству) и мы сообщаемъ наше рѣшеніе только (40) въ надеждѣ, что и другіе признаютъ его за свое (dasz auch andere in ihr die eigne Lösung finden werden). Мы выходимъ изъ того, что отправленіе правосудія является главнымъ образомъ (in der Hauptsache) государственной дѣятельностью и должно ею оставаться. Поэтому мы требуемъ, чтобы судья, связанный своею присягой, рѣшалъ случай такъ, какъ его надо рѣшить по ясной буквѣ закона. Отъ буквы онъ можетъ и долженъ отойти во 1) какъ только законъ по его мнѣнію не даетъ рѣшенія, неподлежащаго сомнѣнію; во 2), если по его свободному и добросовѣстному убѣжденію является невѣроятнымъ, чтобы государственная власть, существующая въ моментъ рѣшенія, постановила бы такое рѣшеніе, какое требуетъ законъ. Въ этихъ обоихъ случаяхъ судья долженъ постановить такое рѣшеніе, какое по его убѣжденію, постановила бы современная государственная власть *), если бы этотъ отдѣльный случай былъ предложенъ ей. Если онъ не можетъ составить себѣ такого убѣжденія, то онъ долженъ рѣшать по свободному праву. Наконецъ въ отчаянно запутанныхъ или только въ количественно спорныхъ случаяхъ, напримѣръ при вознагражденіи за неимущественный вредъ онъ долженъ и вынужденъ рѣшить по произволу. А сторонамъ въ гражданскомъ процессѣ должно быть всегда представлено право по взаимному соглашенію освобождать судью отъ соблюденія какихъ бы то ни было государственныхъ правовыхъ нормъ. Пусть мнѣ не возражаютъ, что такое судейское убѣжденіе не поддается контролю, и что наше предложеніе такимъ образомъ открываетъ просторъ судейскому усмотрѣнію. Если мы не можемъ положиться на судейскую присягу, которая требуетъ крѣпкаго убѣжденія, то тогда всему конецъ. И теперь мы предоставляемъ свободному, неподлежащему контролю убѣжденію судьи, что̀ признать, толкуя, за дѣйствующее право и что̀, изслѣдуя, за истину. Противъ эксцессовъ субъективности достаточно ограждаетъ уравнивающее многоголовіе въ судейскихъ коллегіяхъ и порядокъ инстанцій (41). Несостоятельны и другія обычныя

*) Въ итальянскомъ текстѣ законодатель il legislatore Lotta 137.

требованія, предъявляемыя къ идеальному правосудію *). „Всякое рѣшеніе должно предвидѣть". Конечно, идеалъ прекрасный, но вѣчно невыполнимый (43). „Рѣшенія должны быть объективны"—требованіе невозможное, на всякомъ рѣшеніи лежитъ отпечатокъ его творца (43). „Рѣшеніе должно быть строго научнымъ произведеніемъ", но кто не знаетъ споровъ между теоретиками и практиками и того, какъ высоко цѣнится юридическій тактъ (43). Зато новое движеніе осуществитъ другіе идеалы: прежде всего идеалъ близости къ народу рѣшеній, отъ котораго мы теперь далеко удалились, хотя онъ осуществлялся въ жизни въ долгія эпохи римской, нѣмецкой исторіи, а въ Англіи осуществляется и теперь. Отчужденіе отъ народа рѣшеній результатъ господствующей теоріи, перемѣнивъ эту теорію, а не отдавая правосудіе въ руки общественнаго элемента (послѣднему противорѣчитъ необходимость раздѣленія труда) мы достигнемъ сближенія правосудія съ жизнью подъ условіемъ улучшенія образованія будущихъ судей, такъ какъ мы нуждаемся въ спеціалистахъ по фактическому составу, а не въ искусникахъ по части правовыхъ нормъ (46). Въ этомъ направленіи „мы наталкиваемся на благопріятные нами признаки времени: соединеніе факультетовъ юридическихъ и государственныхъ наукъ, все возрастающее усиленіе политико-экономическаго образованія юристовъ, изслѣдованіе психологіи свидѣтельскихъ показаній (вопросъ неизмѣримой важности), все сильнѣе возрастающая философская подготовка, соціологическія и реалистическія изслѣдованія криминалистовъ" (45). Мы хотимъ судей, которые, опираясь на собственную опытность, „умѣли бы судить въ полномъ знаніи функцій каждой правовой нормы и соціальныхъ слѣдствій каждаго ихъ рѣшенія" (46). Тогда будетъ достигнута непартійность правосудія, въ которую теперь не вѣрятъ и не могутъ вѣрить и не безъ основанія широкіе круги населенія, такъ какъ корни партійности лежатъ какъ разъ въ недостаточномъ знаніи судьями соціальныхъ явленій. Необходимая же независимость, можетъ быть, достигнута была бы введеніемъ начала выборнаго суда (46). Идеалъ, къ которому стремится новое теченіе, не могъ осуществляться по историческимъ причинамъ. Онъ можетъ осуществляться только тамъ, гдѣ политическая культура судейскаго сословія достаточно высока. Во всякомъ случаѣ наше судейское сословіе теперь достаточно зрѣло, чтобы освободиться отъ старыхъ путъ и „во всякомъ случаѣ оно

*) Возраженія противъ мотивированности рѣшеній (42) не помѣщены уже въ итальянскомъ переводѣ (Lotta. 142).

болѣе зрѣло, чѣмъ большая часть выступающихъ какъ законодатели представителей партій“ въ текстѣ рѣзче Parteiagenten (48).

Къ 1. Цифры въ скобкахъ обозначаютъ страницы работы Канторовича. Der Kampf um die Rechtswissenschaft. 1906, выпущенной имъ подъ псевдонимомъ Gnaeus Flavius, раскрытымъ имъ потомъ въ MSchrKrPsych. 4 76, а также при итальянскомъ переводѣ ея Hermann U. Kantorowicz, La lotta per la scienza del diritto, ed. ital. della tedeska riveduta dall'autore con prefazione e note del Giudice R. Majetti. (Sandron) 1908. гдѣ отмѣчу кстати на стр. 155—159 дана подробная библіографія новаго движенія. К.—приватъ-доцентъ Фрейбургскаго университета, обратившій на себя вниманіе большимъ изслѣдованіемъ по исторіи угол. права и процесса глоссаторовъ Gandinus 1905. Я излагаю Канторовича первымъ въ виду большого его значенія въ исторіи новыхъ теченій. Его брошюра представляетъ изъ себя первую попытку обобщить пробивающіяся теченія и представить ихъ какъ нѣчто единое и вмѣстѣ съ тѣмъ бросить отъ имени всего новаго направленія вызовъ господствующему. Ему же принадлежитъ честь дать имя новому направленію: «движеніе свободнаго права» становится обиходнымъ теминомъ въ нѣмецкой литературѣ, чередуясь за послѣднее время со «школой свободнаго права», терминомъ, введеннымъ итальянскимъ сторонникомъ проф. Galdi (La scuola d. diritto libero. Napoli 1907) и перешедшимъ и въ Германію (напр. Oertmann Gesetzeszwang und Richterfreiheit 1909 44, гдѣ въ примѣчаніи первомъ также имѣется библіографія сторонниковъ и противниковъ школы). Блестяще написанная работа «своей цѣли достигла»: споръ разгорѣлся (Radbruch ZStW. 27 241, 243). Авторъ удостоился рѣдкой чести: кромѣ многихъ рецензій появилось нѣсколько особыхъ статей, подписанныхъ такими именами, какъ О. Бюловъ (Ueber das Verhältnis der Rechtsprechung zum Gesetzesrecht—Recht 10 769), І. Унгеръ (Der Kampf um die Rechtswissenschaft DJZ 11 781) и Ф. Клейнъ (въ Recht 10 916 перепечатано изъ Neue Freie Presse). Отзывы рѣзко разошлись, колеблясь отъ одного изъ рецензентовъ, находящаго, что предложенія Канторовича звучатъ какъ карнавальная шутка, до Маджетти (La lotta. 20), видящаго въ немъ дѣйствительно новаго Кнея Флавія, вскрывшаго всѣ потайныя юристовъ. Въ общемъ всѣ сходятся въ признаніи талантливости автора, но и всѣ почти, даже постоянные до послѣдняго впрочемъ времени лѣтописцы и лѣтописцы всегда сочувственные новѣйшихъ теченій Hedemann (ArchBürgR. 31 303) и Radbruch (cit) считаютъ его перешедшимъ черезъ край, что оправдывается по мнѣнію Радбруха полемическимъ и агитаціоннымъ характеромъ сочиненія.

Этимъ рѣзкимъ тономъ Канторовича объясняется и то, что нѣкоторые авторы приписываютъ ему большее, чѣмъ онъ самъ утверждаетъ (въ этомъ едва ли вполнѣ справедливо упрекаетъ Радбрухъ и Бюлова (ZStW. 27 243), напр. рецензентъ ElsLothZ. 31 558, утверждающій, что К. «требуетъ замѣны всего законнаго права естественнымъ, которое судья долженъ черпать изъ всеобщаго правового чувства». Главныя нападки вызвало, конечно, предложеніе судьямъ рѣшать иногда и противъ закона, именно это заставило выступить Бюлова, Клейна и Унгера. Главнымъ образомъ это требованіе К., въ связи впрочемъ и съ общею остротою его тона, повело

и къ тому, что цѣлый рядъ писателей, имѣющихъ съ К. много общаго и даже изъ числа указанныхъ имъ, какъ сторонниковъ новаго направленія, въ томъ числѣ тотъ же Бюловъ, также Штаммлеръ, отказались отъ зачисленія въ школу свободнаго права. Такимъ образомъ брошюра К. сыграла двойную роль: она не только повела къ общему признанію въ наукѣ новаго направленія, но и вызвала разслойку сторонниковъ новаго направленія на нѣсколько теченій. Возраженія подѣйствовали на К., и въ итальянскомъ переводѣ онъ довольно много смягчилъ и какъ разъ въ полномочіяхъ судьи при примѣненіи законовъ. Смягченіе это отмѣчено уже итальянской литературой (D. Donati, Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico 1910 p. 210—attenuazione sostanziale), въ нѣмецкой Radbruch считаетъ это только болѣе точнымъ изложеніемъ (genauer Ausführung ZStW 28 689). I, исчезло право сторонъ освобождать судью отъ подчиненія праву государственному *), несомнѣнное вліяніе критики Клейна, вообще считающаго работу К. несмотря «на неизбѣжный теперь соціальный нарядъ не продуманной ни съ соціальной ни съ соціологической точекъ зрѣнія». (Recht 10 919), 2, исчезло и рѣшеніе по произволу, 3, порядокъ дается теперь такой: а) буква закона, б) предполагаемая воля современнаго законодателя (если ее можно установить по твердому убѣжденію судьи), обѣ, безусловно связующія судью, хотя бы и противорѣчили его личному убѣжденію, затѣмъ в) свободное толкованіе, т. е. источники свободнаго права: обычное право въ его разныхъ формахъ и (но уже исчерпавъ всѣ остальныя средства) законодательное творчество самого судьи по его правовому чувству. Мы получаемъ порядокъ болѣе близкій къ 1 ст. Швейц. гр. ул. и такимъ образомъ смягченіе прежняго противорѣчія К., считавшаго эту статью идеальною и въ то же предлагавшаго сильно отступающій отъ нея порядокъ (La lotta 137—138); 4, хотя и въ нѣмецкомъ текстѣ указывается, что видно и изъ выбора псевдонима, что К. не предлагаетъ въ сущности ничего новаго, а только открываетъ глаза на дѣйствительность (9), но въ итальянскомъ текстѣ это особенно подчеркивается письмомъ К. къ переводчику (La lotta 22): «мы не революціонеры, мы хотимъ только опредѣлить, что въ дѣйствительности происходитъ и сдѣлать судью относящимся сознательно къ своему творчеству (что его дѣятельность творческая, это онъ знаетъ и теперь)—формулировка явно взятая отъ Румпфа), а самое это творчество методически улучшить, но praeter non contra legem (формулировка тоже не самого К., а Унгера). Лично К. должна быть поставлена въ укоръ крайняя неопредѣленность его понятія свободнаго права, онъ не даетъ прежде всего опредѣленія родового понятія права; дѣленіе свободнаго права на индивидуальное и общественное, а также нѣкоторыя отдѣльныя мѣста книги могутъ заставить считать, что К. подходитъ къ понятію интуитивнаго права Л. I. Петражицкаго, но это не такъ: въ свободное право попадаетъ и обычное (La lotta 138) и мнѣнія о желательныхъ преобразованіяхъ въ правѣ государственномъ (14). Далеко не свободенъ К. отъ самопротиворѣчій: отказываясь провести границу дѣйствія индивидуальнаго и общественнаго свободнаго права, К.

---

*) Правомъ государственнымъ передаю staatliches Recht, т. е. исходящее отъ государства.

подчеркиваетъ, что второе должно имѣть перевѣсъ въ судебной практикѣ, а первое въ наукѣ права, въ то же время всю свою лѣстницу порядка примѣненія судебною практикою буквы закона и т. д. онъ основываетъ исключительно на своемъ индивидуальномъ правѣ; усиленное настаиваніе на подысканіи прежде всего предполагаемаго рѣшенія законодателя стоитъ въ противорѣчіи съ идеаломъ народности судебныхъ рѣшеній, т. е. соотвѣтствіемъ ихъ свободному праву (45, 26), вдвиганіе этой ступеньки лѣстницы особенно странно съ точки зрѣнія самого К., утверждающаго, что уже теперь при аналогіяхъ, распространительныхъ и ограничительныхъ толкованіяхъ судья руководится свободнымъ правомъ (24), выходитъ даже, что К. предлагаетъ сузить область примѣненія свободнаго права сравнительно съ фактически существующею. Кромѣ Борьбы за науку права К. написалъ (я пользуюсь ими ниже) двѣ статьи противъ справедливаго права Штаммлера: Probleme der Strafrechtsvergleichung (MSchrKrimPsych. 4 65) и Zur Lehre vom richtigen Recht (ArchRPhilos. 2 42).

2. *Шлоссманъ.* Источникъ права нельзя видѣть только въ законѣ и въ обычаѣ. Вмѣстѣ съ ними примѣняются научныя догмы и положенія справедливости (180), нерѣдко отмѣняющія слова закона (178). Это понятно, такъ какъ причину того, что право примѣняется въ дѣйствительности мы можемъ видѣть только или въ томъ, что насъ принуждаетъ къ этому внѣшняя сила или же что мы сами хотимъ этого примѣненія (177). Въ послѣднемъ случаѣ, который представляется болѣе важнымъ, наше поведеніе опредѣляется тѣмъ, что исполненіе доставляетъ намъ чувство удовлетворенія, а неисполненіе чувство неудовольствія (177). Наше правовое чувство или правосознаніе и является такимъ образомъ „силой, регулирующей какъ высшая инстанція такъ называемое положительное право“ (193). Анализируя свое правовое чувство мы замѣчаемъ, что у насъ имѣется, „хотя не всегда ясное, представленіе, что справедливость обладаетъ нѣкоторыми опредѣленными признаками“ (194). „Справедливымъ представляется намъ такой порядокъ, въ которомъ каждый интересъ ограничивается въ пользу остальныхъ рядомъ съ ними стоящихъ интересовъ въ пропорціи къ его меньшей цѣнѣ и когда лишнее отягощеніе падаетъ на тотъ интересъ, который при сравненіи личныхъ свойствъ и поведенія всѣхъ остальныхъ носителей интересовъ долженъ имѣть наименьшее притязаніе на защиту“ (195). Отсюда слѣдуетъ, что для понятія справедливости „мы должны предположить существованіе въ обществѣ людей съ противоположными интересами, полное и одновременное удовлетвореніе которыхъ невозможно“, а затѣмъ предположить наличность мѣрки для оцѣнки 1) различныхъ интересовъ и 2) носителей этихъ интересовъ какъ

самихъ по себѣ, такъ и по ихъ поведенію „Анализируя наше правовое чувство мы замѣчаемъ, что въ немъ и лежитъ эта мѣрка“. ...„Такъ мы цѣнимъ честь, свободу, жизнь за болѣе высокія блага, чѣмъ собственность, сохранность цѣлаго общества выше, чѣмъ отдѣльнаго лица, мы считаемъ малолѣтняго, душевно больнаго за болѣе заслуживающихъ защиты, чѣмъ взрослаго и здороваго, неопороченнаго мы ставимъ выше безчестнаго, злоумышленное и неосторожное поведеніе является для насъ побудительной причиной, почему мы обязанность возмѣщенія возлагаемъ на виновника, а не на непричастнаго къ правонарушенію“ (195).

Наука права, если она хочетъ быть истинной наукой должна поставить себѣ „высшей задачей изученіе элементовъ нашего правосознанія“; „если не безуміе—наша вѣра, что человѣчество развивается впередъ, подымаясь все на высшія ступени, то тогда должна быть и самая высшая форма правосознанія, къ которой мы приближаемся, и ея принципы должны имѣть значеніе асіомъ, кто ихъ отыскалъ и кто снабженъ основательнымъ знаніемъ экономическихъ и соціальныхъ отношеній, къ которымъ они относятся, тотъ будетъ въ состояніи путемъ дедукціи вывести изъ нихъ богатое предусматривающіе и мелкіе случаи (reich gegliedertes) право“ (197). „Непосредственнаго примѣненія не вездѣ найдутъ данныя такой науки, (которая по своему существу можетъ быть только единой въ противоположность теперь существующимъ національнымъ догмамъ 197): безконечно часто чистый принципъ при превращеніи въ жизненную норму долженъ будетъ испытать ограниченія самыя разнообразныя“ (198).

„Если дѣйствительно задачу науки права составляютъ изысканіе справедливаго и разложеніе человѣческаго правосознанія, то чье правосознаніе и чьи мнѣнія о справедливомъ должны быть опредѣляющими? (202).

„Они не представляютъ изъ себя чего либо внѣшнеосязаемаго какъ растенія или минералы, а имѣются только внутри въ каждомъ отдѣльномъ человѣкѣ; хотя въ широкихъ кругахъ всегда будетъ обнаруживаться извѣстное тождество (Homogenität) правосознанія, мы замѣчаемъ однако и очень значительныя, рѣзкія (durchgreifende) отличія, если мы сравниваемъ другъ съ другомъ правосознанія различныхъ сословій и лицъ различнаго образованія, различныхъ временъ“ (202). Правильнымъ нѣмецкимъ языкомъ считаютъ одинъ, хотя по нѣмецки говорятъ на безчисленныхъ діалектахъ. На томъ же основаніи можетъ быть признано одно правосознаніе выше другихъ. Если правосознаніе подлежитъ все высшему разви-

тію, то для изысканія истинно справедливаго мы должны точно изучить, что „другіе и притомъ каждый разъ лучшіе думаютъ о справедливомъ и что они думали въ прошедшемъ, какія изъ ихъ мнѣній проложили себѣ дорогу въ жизнь и завоевали себѣ признаніе другихъ“ и т. д. (204). Другими словами необходимо основательное изученіе исторіи права, которая есть „исторія развитія правосознанія всего человѣчества“ (204), почему онъ настаиваетъ на необходимости изученія не только національнаго, но и иностраннаго права, какъ его исторіи, такъ и современнаго, такъ какъ новѣйшее право, дѣйствующее является послѣдней фазой исторіи (204).

Истиннымъ источникомъ того, что право примѣняется къ жизни является такимъ образомъ не законъ или обычай, а правосознаніе и этимъ объясняется, что иногда судебная практика отступаетъ отъ точнаго смысла закона. „Въ многочисленныхъ случаяхъ неисполненіе закона или обычая встрѣчается не только обществомъ, но и юристами съ одобреніемъ въ убѣжденіи, что судья, дѣйствуя такъ, выполнилъ свою обязанность. Примѣненіе имъ требованій закона вызвало бы напротивъ неодобреніе. Исторія уголовнаго права показываетъ намъ многочисленные примѣры такого рода. Уже въ XVII вѣкѣ начала судебная практика въ многочисленныхъ случаяхъ оставлять безъ вниманія постановленія Каролины, ставшія въ противорѣчіе съ измѣнившимся правосознаніемъ времени, и той же судьбѣ подпали многіе другіе невѣроятно свирѣпые мѣстные уголовные законы XVII и XVIII-го вѣка. Но и въ практикѣ гражданскаго права представляется совершенно обыденнымъ явленіемъ непримѣненіе законовъ и обычаевъ, хотя ихъ совершенно точно знаютъ, или существенное ограниченіе ихъ примѣненія. И все это происходитъ совершенно добросовѣстно въ убѣжденіи, что этимъ исполняется судейскій долгъ и, если здѣсь средствомъ внѣшняго оправданія такого оставленія безъ вниманія „положительной“ нормы, являются то фикція, то презумпція, то искусственная „конструкція“, то аналогія, то распространительныя и ограничительныя толкованія, то все это не можетъ измѣнить самаго факта состоящаго въ томъ, что судья цѣликомъ или отчасти оставляетъ безъ вниманія законы, удовлетворяющіе всѣмъ формальнымъ требованіямъ и притомъ въ убѣжденіи, что такъ оно и должно быть“ (178—179). Ссылка на то, что причиною такого явленія должно быть признано возникновеніе обычнаго права, отмѣняющаго законъ, несостоятельна. На дѣлѣ происходитъ слѣдующее: „судья не примѣняетъ закона не потому, что онъ установилъ существованіе противополож-

наго обычнаго права, но потому, что онъ приходитъ самъ къ убѣжденію, что законъ не можетъ болѣе примѣняться. И это свое убѣжденіе онъ выражаетъ въ словахъ: образовалось отмѣняющее законъ обычное право. Вмѣсто того чтобы выразить открыто свое личное убѣжденіе о необходимости непримѣненія закона...“... (179).

Все это высказано Шлоссманомъ еще въ 1876 году. Вопросу о самой техникѣ толкованія онъ посвятилъ часть одной изъ самыхъ послѣднихъ работъ о заблужденіи по BGB. Разсмотрѣвъ § 119 Abs. 2 BGB., Шлоссманъ приходитъ къ убѣжденію, что имъ допускается опроверженіе сдѣлки въ такомъ широкомъ объемѣ, которое повело бы къ уничтоженію малѣйшей прочности оборота (21). Это и выдвигаетъ передъ нимъ вопросъ, какъ же быть дальше законотолкователю, является ли онъ уполномоченнымъ на примѣненіе этой статьи въ измѣненномъ смыслѣ. По отношенію къ уголовному праву лица, считающія, что та или другая его норма нарушаетъ ихъ правовое чувство, измѣнить его не могутъ при примѣненіи и ограничиваются воздѣйствіемъ на законодателя черезъ печать, союзы и собранія. Такъ возросъ теперь авторитетъ закона, и такъ быстро и легко законодательство подвержено измѣненію. Времена, когда и въ этой области судебная практика отмѣняла законъ, напримѣръ Каролину, давно прошли (24). Однако въ частномъ правѣ до сихъ поръ и теорія и практика сглаживаютъ разнорѣчіе между закономъ и требованіемъ справедливости не формальной отмѣной закона, его непримѣненіемъ, а болѣе мягкимъ средствомъ, такъ называемымъ логическимъ толкованіемъ закона. Если законъ выражается двусмысленно, то одно изъ возможныхъ толкованій отбрасывается, а если законъ допускаетъ и одно толкованіе, но это пониманіе кажется несправедливымъ, невыносимымъ, то тогда говорятъ, что законодатель сказалъ не то, что онъ хотѣлъ, и другое толкованіе указывается какъ логически истинная воля законодателя. Система эта научно несостоятельна, во первыхъ, возможно, что законодатель умышленно выражался двусмысленно (25): въ мотивахъ германскаго уложенія нерѣдко говорится, что рѣшеніе даннаго вопроса оставляется научной теоріи и практикѣ, во вторыхъ какъ доказать, что дѣйствительно законодатель хотѣлъ не того, что онъ высказалъ; затѣмъ, если и допустить что мы правильно установили мысль законодателя, то имѣемъ ли мы право ее считать закономъ: „вѣдь законъ не то, что законодатель хотѣлъ высказать, но то, что онъ высказалъ въ формѣ закона“ (26). „Наконецъ,

87591

и самое важное, кто такой этотъ законодатель, волю котораго должно открыть?“ Въ созданіи закона не только въ конституціонныхъ государствахъ, но до извѣстной степени уже и въ абсолютной монархіи, принимаетъ большое число лицъ, на содержаніе закона вліяетъ цѣлый рядъ умственныхъ теченій, самыхъ разнообразныхъ, противоположныхъ и перекрещивающихся направленій (26). И если мы взглянемъ строго научно на то, что представляетъ изъ себя законъ, то мы должны сказать, „какъ это ни звучитъ парадоксально“, что въ дѣйствительности „законъ есть не что иное, какъ составленное въ порядкѣ, предписанномъ конституціей, сочетаніе бумаги и типографской краски, изъ которыхъ мы можемъ узнать опредѣленное мысленное содержаніе, которое въ свою очередь вслѣдствіе постоянной дѣятельности разнообразныхъ психологическихъ и механическихъ силъ, дѣйствующихъ въ объединенныхъ въ государствѣ людяхъ (правящихъ и управляемыхъ), и вслѣдствіе опредѣляемыхъ этими силами мотивацій вызываетъ съ ихъ стороны то или другое (bestimmte) поведеніе“ (27).

Такое научное пониманіе закона заставляетъ пасть поправку, внесенную въ ученіе о логическомъ толкованіи закона, замѣнившую слово законодатель словомъ законъ и заставляющую такимъ образомъ отыскивать истинную волю закона. Законъ вовсе не еeть одушевленное существо, которому приписывается „органическое стремленіе къ цѣли“ (Колеръ), самъ по себѣ законъ „только отпечатанный листъ бумаги, который не можетъ ни думать ни хотѣть“. При чтеніи Фауста или слушаніи героической симфоніи Бетховена дѣйствуютъ не напечатанныя на листкахъ бумаги буквы и ноты, а рефлексы, которые появляются въ читателѣ или слушателѣ, эти рефлексы не являются составною частью самихъ Фауста и героической симфоніи, а принадлежатъ читателямъ и слушателямъ. Они существенно обусловлены индивидуальностью лицъ, на которыхъ они дѣйствуютъ, не во всякой головѣ міръ представляется окрашеннымъ въ одинаковой краскѣ (33). То же происходитъ и при воспріятіи закона и ошибка, которую совершаетъ теорія толкованія закона какъ отысканія воли закона, состоитъ въ такъ называемой ὕστερον πρότερον. За законъ она принимаетъ то, что толкователь лично воспринялъ изъ этого закона, и мысль толкователя, его волю, принимаетъ за волю закона. Особенно ясно проглядываетъ эта ошибка въ словахъ Биндинга: „законъ то думаетъ и хочетъ, что изъ него воспринимаетъ разумно толкующій народный духъ“ (34). Дѣйствительность при такъ

называемомъ логическомъ толкованіи сводится къ слѣдующему. Когда толкующій законъ приходитъ къ убѣжденію, что „ясно вытекающій изъ словъ закона его смыслъ не соотвѣтствуетъ требованіямъ справедливости или цѣлесообразности, то уже послѣ этого изъ этого онъ приходитъ къ заключенію, что законодатель или законъ этого не хочетъ, такъ какъ нельзя же допустить, что законодатель хотѣлъ приказать что-нибудь несправедливое, нецѣлесообразное, неразумное". Затѣмъ ищутъ, при какомъ расширеніи или суженіи смысла закона получилась бы соотвѣтствующая жизненнымъ потребностямъ правовая регуляція.

И это найденная положеніе вкладываютъ затѣмъ законодателю, какъ его истинную волю, и затѣмъ „вынимаютъ посредствомъ такъ называемаго толкованія изъ закона то самое, что они сами въ него вложили" (35). Такимъ образомъ всякій „толкователь, судья или юристъ теоретикъ, отказываетъ закону въ примѣненіи, какъ только законъ противорѣчитъ его, толкователя, справедливости" (35). Современная доктрина отрицаетъ такое творческое значеніе судейской дѣятельности, хотя уже давно въ работахъ Бюлова, Беккера и самого Шлоссмана было доказано, что судебная практика должна считаться источникомъ права на ряду съ закономъ и обычнымъ правомъ такъ же, какъ и практика административныхъ государственныхъ учрежденій.

Упорство доктрины объясняется тѣмъ, что въ числѣ требованій (постулатовъ), которыя мы предъявляемъ къ правопорядку имѣется чрезвычайно важное требованіе постоянства рѣшеній, настолько существенное, что „для всѣхъ равное несправедливое, но равномѣрно примѣняемое право оказывается въ общемъ, можетъ быть, лучше переносимымъ, чѣмъ порядокъ, мѣняющійся въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ (varie jus dicere)" (38). Сознаніемъ важности этого требованія съ одной стороны, а съ другой стороны привычкой, вліяніемъ доктрины объясняется, что судьи сами часто добросовѣстно убѣждены, что они примѣняютъ только существующій законъ и не творятъ сами ничего, хотя въ дѣйствительности судьи никогда не находятъ еще неизвѣстнаго положенія, какъ открываютъ неизвѣстную страну, но его изобрѣтаютъ, какъ паровыя машины, телеграфы и т. д. (39). Этимъ же объясняется потребность судей подыскивать рѣшенія, по возможности находящіяся въ полномъ соотвѣтствіи съ дѣйствительнымъ смысломъ закона, вполнѣ подходящія по стилю къ закону, и все таки жизнь беретъ свое, и если ея потребности заставляютъ рядомъ съ прекраснѣйшими средневѣковыми постройками

выводить зданія самаго обычнаго новѣйшаго стиля, то нерѣдко приходится и судебнымъ практикамъ предпринимать „толкованіе старыхъ законовъ въ смыслѣ экономически-соціальныхъ требованій настоящаго, совершенно не соотвѣтствующихъ требованіямъ временъ ихъ происхожденія“ (42).

Исходя изъ такого методологическаго построенія Цительманъ пытается дать правильное по его мнѣнію толкованіе § 119 II, для чего онъ и задается вопросомъ, какой можно дать отвѣтъ на такіе вопросы. „Во первыхъ, при какихъ предположеніяхъ было бы правильно и справедливо человѣку, находящемуся въ заблужденіи относительно свойствъ вещи предоставить защиту противъ правовыхъ послѣдствій заключенной имъ сдѣлки. Во вторыхъ, можно ли и въ какомъ объемѣ ввести эту, признанную за справедливую регуляцію сдѣлокъ, въ рамки закона, другими словами какимъ образомъ можно видоизмѣнить въ смыслѣ справедливости содержаніе закона, не отрицая однако его существенныхъ основаній“ (46).

Къ 2. Цифры въ скобкахъ обозначаютъ страницы работъ недавно умершаго Кильскаго профессора Зигмунда Шлоссмана: менѣе ста Schloszmann Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften der Person und der Sache nach dem BGB. Zugleich ein Beitrag zur Theorie der Gesetzesauslegung 1903, а болѣе ста Der Vertrag, 1876. Я даю довольно много дословныхъ небольшихъ цитатъ изъ второй работы, чтобы показать, что уже въ 1876 году даны всѣ тѣ положенія, которыя (см. главу 2) характеризуютъ новѣйшія теченія, такъ что Ш., думается, должна бы принадлежать честь считаться ихъ родоначальникомъ. Исторически это не совсѣмъ такъ. «Договоръ» появился какъ разъ въ то время, когда въ наукѣ окончательно торжествоало «позитивное» направленіе. Шлоссманъ оказался въ одиночествѣ и заслужилъ имъ и послѣдующими сочиненіями славу «вѣчнаго отрицателя», труды котораго извѣстны по наслышкѣ, но котораго не читаютъ. Это ярко сказалось и на томъ, что и теперь, когда Ш. уже вездѣ указывается, какъ одинъ изъ пророковъ школы, никто ни изъ сторонниковъ, ни изъ противниковъ школы не воспользовался объективнымъ масштабомъ справедливости правового чувства, предлагаемымъ Ш.—сравнительной исторіею права; во французской литературѣ этотъ критерій предложенъ Ламберомъ, у насъ онъ защищается В. А. Краснокутскимъ. Впрочемъ самъ Ш. не пользуется имъ въ гораздо болѣе позднемъ «Заблужденіи». Если это не непослѣдовательность, то за послѣднее время Ш. долженъ быть признанъ сторонникомъ толкованія по чисто субъективному чувству.

3. *Эрлихъ.* Привычная теперь намъ система толкованія права явилась, по мнѣнію Эрлиха, результатамъ рецепціи римскаго права, почему ея мы не встрѣчаемъ въ такихъ

странахъ, какъ Англія и Сѣверная Америка; точно также не знали этой системы другія страны Европы до рецепціи. Рецепція принесла не только основное предположеніе существующей системы толкованія, ученіе объ отсутствіи пробѣла въ правѣ, имѣющееся уже у Юстиніана, но она восприняла римское право, какъ именно дополнительное, изъ котораго надо было получить отвѣтъ на всѣ пробѣлы, существующіе въ мѣстномъ правѣ (4). Вмѣстѣ съ тѣмъ рецепція вынудила и выработку свойственныхъ современной системѣ толкованія пріемовъ. Приходилось нѣмецкіе правовые институты подводить подъ вовсе не тождественные римскіе, подводить нѣмецкій крестьянскій заемъ подъ колонатъ, индоссаментъ разсматривать то какъ своеобразно видоизмѣненную цессію, то какъ делегацію съ разрѣшенной субделегаціей и т. д. „Такъ возникла юридическая аналогія, конструкція, наконецъ вся юридическая техника, которая до сихъ поръ еще считается классической и которая прежде всего учитъ насъ примѣнять правовыя нормы, относящіяся къ одному отношенію къ отношенію совершенно другого рода“ (5). Такъ произошло послѣдовательно въ Италіи, во Франціи, Голландіи и Германіи.

Господство современной юридической системы толкованія объясняется бюрократичностью современнаго государства, гдѣ законъ является инструкціею для чиновниковъ (7), и содержаніемъ дѣйствующаго права. Если до сихъ поръ мы находимъ въ кодексахъ ссылки на обычай, то въ общемъ законъ является теперь вполнѣ преобладающимъ источникомъ права. Это наглядно сказывается какъ въ судебныхъ рѣшеніяхъ, такъ и при просматриваніи курсовъ и учебниковъ и юридическихъ монографій. Они всѣ какъ будто исходятъ изъ хотя не признаваемаго, но само собой понятнаго предположенія, что нѣтъ никакого другого права, кромѣ закона (8). Хотя по содержанію мы должны разсматривать существующіе кодексы какъ кодификацію въ большей мѣрѣ права юристовъ, чѣмъ законовъ въ строгомъ смыслѣ *) этого слова, тѣмъ не

---

*) Для пониманія этихъ терминовъ и вообще воззрѣній Э. необходимо знать его ученіе объ источникахъ права. Э. различаетъ такіе виды права: а) обычное право въ собственномъ смыслѣ — это тѣ формы человѣческой жизни, которыя стали не по вмѣшательству государства, а въ силу дѣйствующихъ въ жизни силъ основою государственнаго экономическаго и общественнаго порядка (Tatsachen 38, 8), если при этомъ эти формы уже сознаются всѣмъ населеніемъ, какъ такая основа. До этого можно говорить лишь о фактахъ обычнаго права, а не объ обычномъ правѣ. Эти дѣйствую-

менѣе облеченіе прежней судебной практики внѣшне въ форму закона заставляетъ судью гораздо сильнѣе ему подчиняться, чѣмъ судебной практикѣ, „Законъ судьѣ приказываетъ, а право юристовъ только его поучаетъ“ (15). Несмотря на все это существующая теорія толкованія права и ея ученіе о томъ, что судьи примѣняютъ только дѣйствующее право, не соотвѣтствуетъ дѣйствительности. „Никакая теорія примѣненія права не можетъ упразднить дѣйствительнаго факта, что всякая система твердо установленныхъ правовыхъ правилъ по собственной своей природѣ всегда имѣетъ пробѣлъ, что въ сущности она устарѣваетъ въ тотъ самый моментъ, когда она установлена, такъ что она едва ли въ состояніи овладѣть даже настоящимъ и ни въ какомъ случаѣ будущимъ; никакая теорія не можетъ воспрепятствовать общественнымъ явленіямъ (Einrichtungen), къ которымъ примѣняется право, продолжать постоянно развиваться и ежеминутно пополнять новымъ содержаніемъ установленныя для рѣшенія нормы. Точно также нельзя никакъ устранить факта, что лица, призванныя къ примѣненію права, дѣти своего народа и своего времени, будутъ примѣнять право въ духѣ ихъ народа и ихъ времени, который есть и ихъ духъ, а не въ духѣ прошедшихъ столѣ-

---

шія силы весьма различны, напр., первоначальныя человѣческія общества (семья, Sippe) покоятся на исконномъ общественномъ влеченіи (Trieb) человѣческой души, отношенія власти на безпомощности слабыхъ и посторонникъ; права на землю вызываются формою экономической ея эксплоатаціи, наслѣдственное право пространственною близостью нѣкоторыхъ лицъ къ умершему и т. д. Факты семьи, владѣнія землей и т. д. становятся обычнымъ правомъ, когда они начинаютъ всѣми восприниматься (allgemein empfunden—Tatsachen 11), какъ основы (Grundlage) государственнаго устройства. б) Съ возникновеніемъ государственной власти возникаетъ потребность въ твердыхъ нормахъ для разрѣшенія дѣлъ по правонарушеніямъ. Такія «нормы для рѣшенія» появляются, появляются онѣ изъ обычнаго права въ собственномъ смыслѣ, при чемъ необходимыми переводчиками являются тутъ судебная практика и правовѣдѣніе. Оттуда же берется первоначально цѣликомъ законодательство, состоящее изъ облеченія въ форму «нормъ для рѣшенія» обычнаго права (права суда, юристовъ) и в) законъ въ собственномъ смыслѣ, гдѣ государственная власть создаетъ сама и содержаніе нормъ для рѣшенія (Tatsachen 28). Не подлежитъ сомнѣнію, что законъ въ этомъ строгомъ смыслѣ слова можетъ оказывать вліяніе на жизнь, измѣнять и обычное право въ собственномъ смыслѣ. Съ другой стороны и обычное право, конечно, не прекращающее до сихъ поръ своего развитія оказываетъ вліяніе на законныя нормы для рѣшенія, хотя теперь по современному развитію государственной власти онѣ представляются наиболѣе стойкими (Tatsachen 39).

тій по намѣренію законодателя“ (17). Современная теорія примѣненія права не дастъ лучшаго или болѣе справедливаго рѣшенія, чѣмъ свободное нахожденіе права, такъ какъ „вообще неизмѣримо легче правильно разрѣшить въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, чѣмъ выставить отвлеченную общепризнанную норму для всѣхъ возможныхъ случаевъ. И ужъ никакъ нельзя серьезно утверждать, что правило окажется дающимъ всегда самыя справедливыя рѣшенія и для тѣхъ случаевъ, о которыхъ при составленіи его вовсе не думали“ (19). Отъ современной техники примѣненія права ждутъ другого, считаютъ, что она даетъ право, которое можно впередъ предусмотрѣть, и защищаетъ насъ отъ произвольнаго партійнаго примѣненія права. Однако опредѣленнаго права, твердаго права, современная техника толкованія не даетъ и не можетъ дать, такъ какъ такого права можно было бы достигнуть только при условіи, что всякій случай, прямо не предусмотрѣнный закономъ, долженъ оставаться безъ всякой правовой охраны. Разъ современная теорія толкованія допускаетъ аналогію, конструкцію, то этимъ самымъ она допускаетъ, какъ указалъ уже Рюмелинъ, оцѣночныя сужденія и этимъ судейскій субъективизмъ (20). Точно также предсказать судейское рѣшеніе мы можемъ безошибочно только въ тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ мы будемъ въ состояніи предсказывать и при свободномъ правонахожденіи, т. е. въ случаяхъ, прямо указанныхъ въ законѣ (21). Всѣ эти недостатки господствующей юридической техники достаточны доказаны ея четырехсотлѣтнимъ примѣненіемъ въ жизнь (19). Смертнымъ грѣхомъ современной техники является то, что она заслоняетъ отъ нашего глаза единственное истинное средство создать не только прочную и непартійную, но и проникнутую великими идеями судебную практику, такимъ средствомъ является только личность судьи. Эта техника виновна въ томъ, что стремясь уничтожить значеніе личности судьи, она должна была повлечь за собою и систему инстанцій и злосчастное коллегіальное начало (21).

Нужно замѣтить что современные кодексы не мѣшаютъ перейти отъ современной техники къ свободному нахожденію права. Только французское уложеніе ее предписываетъ (23). Германское ничего не говоритъ, австрійское даетъ на него право своимъ выраженіемъ: рѣшать на основаніи естественныхъ правовыхъ началъ (24). Швейцарскій проектъ прямо его предписываетъ (25). Въ естественноправовыхъ теченіяхъ 17 и 18 вѣковъ сказывалось стремленіе къ свободному нахожденію права; теченія эти оставили до сихъ поръ глубокіе слѣды въ наукѣ права, въ томъ числѣ ученіе о „не связую-

щихъ нормахъ", куда относятся и правила о толкованіи законовъ. Наконецъ, въ дѣйствительности и теперь суды, несмотря на техническое нахожденіе права, очень часто находятъ новое право, пользуясь неясными или недостаточно опредѣленными понятіями, вошедшими въ науку и въ законодательство и которыя въ сущности прикрываютъ собою свободное правонахожденіе, напримѣръ, природа вещей, молчаливое волеизъявленіе, Treu und Glauben, обычай оборота; „особенную славу стяжалъ себѣ парижскій кассаціонный судъ", ему „мы обязаны нѣкоторыми плодотворнѣйшими юридическими мыслями нашего времени: между прочимъ отвѣтственностью за случай и за чужую вину, понятіемъ неправомѣрной конкуренціи, образованіемъ авторскаго права, страхового договора" (26).

„Свободное нахожденіе права представляется консервативнымъ какъ всякая свобода, такъ какъ свобода обозначаетъ собственную отвѣтственность" (28). При свободномъ правонахожденіи юристъ остается судьею, а особенностью положенія всякаго судьи является воззрѣніе, что черезъ его уста говоритъ не его личный взглядъ, а право, право же содержится прежде всего въ правовыхъ произведеніяхъ прошедшаго: въ законахъ судебной практикѣ, въ литературѣ. Такимъ образомъ справедливость, на которую опирается при свободномъ правонахожденіи судья, является связанной съ предположеніями, содержащимися въ юридическомъ преданіи, такимъ образомъ всякое свободное правонахожденіе отправляется отъ преданіе и стремится къ справедливому праву Штаммлера (28). „Разница между свободнымъ правонахожденіемъ и современнымъ лежитъ не въ томъ, что оно должно идти черезъ законъ далѣе впередъ, а въ способѣ, посредствомъ котораго идутъ. Современная теорія требуетъ примѣненія во всѣхъ случаяхъ одной разъ навсегда установленной юридической техники. Свободное правонахожденіе „ждетъ кое-чего и отъ творческихъ мыслей крупныхъ индивидуальностей" (29). И теперь сильные юристы, какъ Савиньи, Пухта, Арндсъ, Вангеровъ, Беръ, Іерингъ, Виндшейдъ и Беккеръ внесли много личнаго, и „личная нота во всѣ времена была свойственна судебной практикѣ, и во всѣ времена на нее съ необходимостью вліяли общественныя, политическія и культурныя теченія" (30). Но разница между технической системой толкованія и новымъ свободнымъ нахожденіемъ права скажется здѣсь въ томъ именно, что въ то время, какъ первая смотритъ на личныя вліянія, какъ на неизбѣжное зло, второе готово съ радостью ихъ привѣтствовать. Для него задача сво-

боднаго нахожденія не вопросъ матеріальнаго права, а вопросъ судоустройства, вопросъ о допущеніи къ судебнымъ должностямъ сильныхъ личностей, при чемъ, конечно, современная система назначенія должна считаться весьма сомнительной и придется искать другую систему, всего лучше въ древнемъ Римѣ или въ Англіи, которая собираетъ на судейскія должности самыя отборныя умственныя силы (die höchste geistige und gesellschaftliche Auslese). Необходимо подчеркнуть, что при свободномъ нахожденіи права недостаточно одного здраваго человѣческаго разума: „оно напротивъ предъявляетъ сильнѣйшія требованія не только къ духу и характеру судьи, но и къ его знаніямъ. Настоящимъ для него человѣкомъ будетъ лишь тотъ, который не только обладаетъ острымъ взглядомъ на сущность общественныхъ явленій и сильно воспринимаетъ (Empfinden) потребности настоящаго, но и хорошо понимаетъ историческій ходъ права: только тотъ, кто черпаетъ изъ полнаго, кто какъ хозяинъ владѣетъ переданною мудростью столѣтій, призванъ идти путемъ справедливости“ (Pfadfinder der Gerechtigkeit 32). Возраженія противъ введенія свободнаго нахожденія права, черпаемыя изъ до сихъ поръ господствующихъ представленій о границахъ государственной власти и изъ теоріи раздѣленія властей, связанныя со старымъ либеральнымъ недовѣріемъ къ государственнымъ судьямъ, чиновникамъ, должны быть оставлены въ сторонѣ, такъ какъ они опираются на теоріи, уже пережитыя наукой государственнаго права (32).

Что введеніе свободнаго нахожденія права повлечетъ за собою исчезновеніе конструктивныхъ цивилистическихъ изслѣдованій, объ этомъ жалѣть не приходится. Наука права отъ этого не пострадаетъ, а только выиграетъ (32). Толкованіе права въ смыслѣ выясненія правовыхъ предписаній, конечно, останется; но научное изслѣдованіе должно быть значительно расширено и правовыя нормы должны будутъ изучаться не какъ твердая догма, но какъ живая сила. Правовѣдѣніе должно изучать не только, какой смыслъ имѣетъ отдѣльная правовая норма, но и какъ она живетъ, какъ дѣйствуетъ, какъ и въ какихъ жизненныхъ отношеніяхъ она сламывается (35). Дѣло науки выяснить стремленія, выступающія при примѣненіи нормъ судебной практикой, ихъ происхожденіе, ихъ дѣйствіе, ихъ родъ и ихъ цѣнность, и такимъ образомъ нарисовать картину того, что происходитъ въ судебной практикѣ и какими причинами оно опредѣляется (35). Должна затѣмъ наука изучать правоотношенія въ ихъ проявленіи въ жизни

внѣ судебнаго и административнаго вмѣшательства въ нихъ; должна она изучать далѣе и жизненныя отношенія независимо отъ ихъ правовой регулировки (35—37).

Вмѣстѣ съ тѣмъ какъ разъ свободное нахожденіе права ставитъ для науки и задачи другого рода. Кто стоитъ за творческую судебную практику, тотъ долженъ само собою выступать и за творческую науку права. Эту задачу исполняла въ значительной мѣрѣ подъ видомъ толкованія литература общаго римскаго права, хотя она не хотѣла быть творческой. Право владѣнія, представительство, договоры между отсутствующихъ, заблужденія при сдѣлкѣ, переводъ, договоры въ пользу третьихъ лицъ, неправомѣрное обогащеніе и многое другое созданы ею, хотя она и обосновываетъ ихъ, какъ дѣйствующее право, ссылками на источники подчасъ чрезвычайно жалкими. Конечно, не дѣло науки подкладывать судьѣ рѣшеніе каждаго единичнаго случая, „большинство единичныхъ случаевъ судья будетъ въ состояніи много лучше разсудить, чѣмъ писатель. Здѣсь наука должна учиться у практики, а не практика у науки. Другое дѣло, когда судебная практика недостаточно понимаетъ великіе соціальные экономическіе и политическіе вопросы, которые предъявляются ей, и вслѣдствіе этого вступаетъ на неправильный путь; особенно тогда, когда правосудіе оказывается поставленнымъ передъ совершенно новой проблемой, для разрѣшенія которой необходимы обширныя изслѣдованія, до которыхъ оказывается не доросшимъ человѣкъ, который стоитъ среди жизни и долженъ удовлетворять постоянно мѣняющимся требованіямъ. Тутъ вмѣшательство науки желательно. Было бы очень печально, если бы въ правовѣдѣніи не нашли отклика великія теченія и стремленія, которыя пронизываютъ наше время“ (38, 39). Въ числѣ такихъ важныхъ задачъ должно быть и созданіе научной теоріи права доказыванія (39, 40).

Къ 3. Цифры въ скобкахъ обозначаютъ страницы доклада Э. Eugen Ehrlich, Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft. 1903, цифры же съ прибавкою слова Tatsachen—рѣчь его Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts 1907. Третью работу Э., прямо касающуюся нашего вопроса Ueber Lücken im Recht (JBl., 1888), я не передаю вовсе, такъ какъ самъ Э. считаетъ ее погашенной новымъ своимъ докладомъ и прошедшей въ свое время не замѣченной (V, VI); что же касается пріоритета Э. передъ Жени, обосновываемаго на ней, то о немъ см. приложеніе I. Несомнѣнно, что послѣ смерти Шлоссмана Э. можетъ считаться главою движенія свободнаго права. На свой пріоритетъ передъ Бюловымъ онъ указываетъ самъ (на пріоритетѣ передъ Шлоссманомъ онъ не настаиваетъ V, VI). Сторонниками движенія признается его авторитетность (ein in besonders hohem Grade legitimierter Autor-Hede-

mann ArchBürgR. 31 307) и очень большое значеніе его работъ (dessen (E.) Schriften überhaupt für alle einschlägige Fragen von der gröszten Bedeutung sind—Spiegel GrünhutsZ. 36 14); изъ противниковъ Бюловъ, отказываясь отъ принадлежности къ школѣ свободнаго права, не только съ готовностью уступилъ Э. «такое» (dieser Art) первенство, но даже приписываетъ крайности школы слишкомъ сильному вліянію на новѣйшихъ писателей доклада Э., какъ «исходной точки всего новаго движенія» (Recht 10 774). Э.—профессоръ Черновицкаго университета принадлежитъ къ образованнѣйшимъ нѣмецкимъ юристамъ; большой знатокъ римскаго права, онъ знакомъ хорошо и съ исторіею современныхъ правъ, въ томъ числѣ и славянскихъ, и научные интересы его выходятъ далеко за область одной догматики. По нашему вопросу лично Э. необходимо поставить въ упрекъ недостаточную выясненность имъ того, въ чемъ же состоитъ собственно свободное правонахожденіе. Вообще красота изложенія часто уживается у него съ нѣкоторою неясностью, которая ведетъ напр. къ тому, что разные авторы понимаютъ его далеко неодинаково, достаточно указать, что І. А. Покровскій (Гр. судъ 32) относитъ его къ крайнимъ представителямъ новаго теченія. («ученіе любопытное по своей оригинальности и рѣшительности») а проф. Шпигель (cit) къ самымъ умѣреннымъ (am besonnensten), и Э. самъ даетъ поводъ къ этому. Такъ для Э. «единственная» ограда отъ произвола судьи его личность; даже находящійся подъ его вліяніемъ Визнеръ считаетъ нужнымъ въ этомъ отношеніи протестовать, указывая что и самый текстъ закона можетъ расширять и суживать границу свободнаго нахожденія права (Wiesner 856), а съ другой стороны самъ Э. въ Tatsachen 39 говоритъ: «требованіе, чтобы судья обходился при рѣшеніи уже существующими «нормами для рѣшеній» попало въ право не случайно, а основано на самой сущности судейской дѣятельности. Даже тамъ, гдѣ судьѣ разрѣшено «свободное правонахожденіе», онъ можетъ по крайней мѣрѣ въ принципѣ прибѣгать къ нему только тамъ, гдѣ въ имѣющемся (überlieferte) правовомъ матеріалѣ есть пробѣлъ»... Изложеніе воззрѣній Э. сдѣлано уже у насъ І. А. Покровскимъ въ его статьѣ Гр. судъ и законъ стр. 29—35. Вѣстн. Пр. 1905, № 1, я ссылаюсь на отдѣльное изданіе. Кіевъ, 1906. За послѣднее время Э. опубликовалъ еще популярныя, не прибавляющія чего либо существенно новаго статьи въ австр. Recht 5 35—41 и въ Zukunft 14 231.

4. *Визнеръ* ставитъ себѣ задачей отыскать границы между положительнымъ правомъ и свободнымъ. Визнеръ примыкаетъ къ воззрѣнію на положительное право Эрлиха и считаетъ, что положительное право, это право дѣйствующее въ данномъ государствѣ (769), при чемъ и ученіе о томъ, что источниками права являются законы и обычное право должно пониматься въ томъ смыслѣ, какъ ихъ понимаетъ Эрлихъ (771). Право съ одной стороны является организаціонною формою, лежащей въ основѣ любого строя, а съ другой стороны нормой для рѣшенія. Законъ, какъ право чиновничьяго государства, составляетъ собою право во второмъ смыслѣ, являясь инструкціей чиновникамъ для разрѣшенія дѣлъ. Соотношеніе

между закономъ и правомъ въ первомъ смыслѣ можетъ быть таково, что эти инструкціонныя нормы, обыкновенно заимствуемыя изъ учредительнаго права, могутъ и сами вліять на жизненныя отношенія, обыкновенно однако законы слишкомъ слабы, чтобы бороться съ этимъ учредительнымъ правомъ, которое порождаетъ обычное право, отмѣняющее силу закона, а также къ нему восходятъ суды, когда они или ученые ссылаются на природу вещей (771). Судъ долженъ толковать и законы и обычное право, правила толкованія обоихъ одинаковы. Толкованіе сводится а) къ логическимъ операціямъ: субсумціи установленнаго фактическаго состава подъ большую посылку, здѣсь могутъ быть такіе случаи: 1) повидимому, совершенно схематическое подведеніе фактовъ подъ норму, когда въ законѣ мы прямо встрѣчаемъ въ готовомъ видѣ предусматривающую данный случай норму, 2) когда мы подвергаемъ переработкѣ стоящій въ законѣ текстъ нормы, ограничивая или распространяя его смыслъ; 3) соотвѣтственной нормы нѣтъ вовсе, и она добывается судьею посредствомъ или выведенія болѣе частной нормы изъ имѣющейся въ законѣ болѣе общей, или же путемъ полученія болѣе общей нормы изъ частной т. е. аналогіи, и 4) передъ судьею стоятъ двѣ буквою своею противорѣчащія нормы, подъ каждую изъ которыхъ можно подвести данный фактическій составъ (случай такъ называемый антиноміи (774). Всѣ эти случаи не представляются такими простыми, какъ это кажется съ перваго раза: оставаясь въ предѣлахъ чисто логическаго толкованія, судьѣ приходится даже въ первомъ самомъ простомъ случаѣ создавать еще логическія опредѣленія, напримѣръ. рѣшать что̀ понимаетъ законъ подъ словомъ нормы „оружіе“ и т. п. (775). Затѣмъ многія изъ понятій, входящихъ въ законъ, имѣютъ расплывчатыя границы, судья прибѣгаетъ къ проекціи этихъ понятій по опредѣленію Вурцеля (777). Къ созданію опредѣленій судья прибѣгаетъ и при ограниченіи или распространеніи имъ смысла закона, наконецъ, когда дѣло идетъ о созданіи новыхъ посылокъ (и аналогій), судья создаетъ здѣсь не только опредѣленіе, но и сужденіе, впрочемъ, такъ какъ и опредѣленія формально выражаются въ видѣ сужденій, то всѣ эти случаи переходятъ другъ въ друга. Одно такое логическое толкованіе не даетъ судьѣ возможности не только разрѣшить всѣ случаи (780), но и для совершенія указанныхъ операцій ему необходимо прибѣгнуть къ изысканію цѣли права; старое ученіе, что судья долженъ былъ искать волю законодателя, теперь уже сдано въ архивъ. „Доступъ въ царство германскаго гражданскаго уложенія былъ прегражденъ

ему Бюловымъ, зло его вышутившимъ (782), „правовыя нормы не провозглашаютъ истины, но стремятся править совмѣстною жизнью людей; всѣ правовыя нормы преслѣдуютъ какую нибудь цѣль“ (782), поэтому судья послѣ логическаго толкованія вынужденъ обратиться б) къ изысканію цѣли закона. „Судья видитъ, что законъ что-нибудь постановилъ, и говоритъ себѣ: этимъ постановленіемъ законъ могъ преслѣдовать только такую то цѣль; и онъ дѣлаетъ дальнѣйшій выводъ: если законъ преслѣдуетъ эту цѣль, то онъ разумно (vernünftigerweise) долженъ желать достиженія и еще такой-то дальнѣйшей цѣли“. Этими цѣлями закона, его оцѣночными сужденіями судья связанъ, „хотя бы самъ себѣ онъ могъ говорить: если бы я былъ законодателемъ, то я стремился бы къ другой цѣли и сдѣлалъ бы другія постановленія“ (783). Изучивъ законъ логически и телеологически, судья еще не въ состояніи разрѣшить всѣ возможные случаи. Противное можно было бы думать, только при вѣрѣ, что положительное право представляетъ изъ себя цѣлое безъ какихъ бы то ни было пробѣловъ, законченную систему цѣлей, которыя можно вывести изъ нормъ положительнаго права (851). Это значило бы вѣрить въ несуществующую фикцію (852). Между тѣмъ отвѣтить non liquet судьѣ не дозволено. И поэтому „поскольку положительное право не доставляетъ судьѣ отвлеченныхъ нормъ для рѣшенія, въ которыхъ онъ нуждается, онъ долженъ ихъ создать самъ („свободное право“ (852). Визнеръ считаетъ, что Цительманъ опредѣляетъ пробѣлъ въ правѣ слишкомъ узко, признавая наличность восполняющей дѣятельности судьи только въ случаѣ „истинныхъ пробѣловъ“. Съ пробѣломъ приходится считаться судьѣ всякій разъ, когда онъ не въ состояніи установить цѣль нормы (853). Необходимо, кромѣ того подчеркнуть, что телеологическое изслѣдованіе права является гораздо болѣе слабымъ, чѣмъ логическое: „у логики есть свои твердые законы; дедукція, произведенная точно по законамъ логики, является поэтому для всѣхъ обязательною, разъ тоько вѣрны предпосылки. Не то при изученіи телеологическомъ. Правда, бываютъ случаи, когда разумъ безъ всякихъ сомнѣній можетъ заключить отъ примѣненныхъ средствъ къ ихъ цѣли; но бываютъ случаи, въ кототорыхъ это познаваніе (Erkenntnis) цѣлей является болѣе или менѣе проблематичнымъ (853). Понятно поэтому, что установленіе цѣли будетъ имѣть здѣсь субъективный характеръ. Судья пользуется оцѣночными сужденіями и онъ никогда не можетъ быть увѣренъ, что цѣль закона, которую онъ, судья, установилъ, будетъ признана за цѣль закона и всѣми другими. Невозможность уста-

новить границу между цѣлью закона, признаваемой всѣми, и цѣлью закона, какъ ее добросовѣстно понимаетъ самъ судья, ведетъ къ тому, что для судьи обязательной должна быть признана та цѣль закона, въ существованіи которой онъ убѣдился лично. Отсюда слѣдуетъ, что „судья можетъ и долженъ отступать отъ текста закона, если этотъ текстъ не соотвѣтствуетъ цѣли, лежащей по убѣжденію судьи въ основѣ этого закона., хотя бы другіе и могли оспаривать, что цѣль закона именно такова“ (854). Слѣдовательно, судья всегда долженъ измѣнять текстъ закона, разъ онъ является „неразумнымъ и и безсмысленнымъ“ („unvernunftig oder widersinnig“ (855). Защитою противъ субъективизма и произвола здѣсь должны явиться не только личность судей, какъ учитъ Эрлихъ, но и содержаніе законовъ, связующее судью (856). Законъ въ разное время въ разныхъ своихъ частяхъ разно опредѣляетъ границы свободы суда. Напримѣръ, уголовное право теперь допускаетъ телеологическое разсмотрѣніе законовъ въ гораздо меньшемъ объемѣ, чѣмъ гражданское (856—857).

Итакъ судья „сначала ищетъ въ правовыхъ нормахъ подходящую норму для рѣшенія; потомъ онъ соединяетъ ихъ логическими заключеніями, развиваетъ ихъ содержаніе посредствомъ логической переработки; далѣе онъ разсматриваетъ, какія цѣли преслѣдуются этими правовыми нормами, дополняетъ и исправляетъ такимъ путемъ результаты чисто логическаго изслѣдованія. Если, продѣлавъ этотъ путь, онъ все таки не находитъ никакой нормы для рѣшенія, то тогда онъ самъ творитъ свободное право для восполненія положительнаго права“. Визнеръ ссылаясь на то, что цѣль его статьи только указать границу между положительнымъ и свободнымъ правомъ, уклоняется отъ сужденія, что собственно изъ себя представляетъ свободное право и поскольку оно совпадаетъ съ справедливымъ правомъ Штамлера. Онъ указываетъ только, что путь созданія свободнаго права обратенъ телеологическому разсмотрѣнію, тамъ по средству опредѣляется цѣль, здѣсь же сначала выставляется цѣль и къ ней подбирается средство. Свободное право, которое творитъ судья самъ, должно представлять изъ себя не рѣшеніе отдѣльнаго случая только, а такого рода нормы, соблюденіе которыхъ при повтореніи даннаго случая представлялось бы судьѣ безусловно необходимымъ (856). Къ свободному праву судья долженъ прибѣгать, но только тогда, когда въ правѣ имѣется пробѣлъ, можетъ быть, помимо воли творцовъ положительнаго права, но и въ тѣхъ случаяхъ, когда положительное право само отсылаетъ судью къ свободному праву. Исчисляя эти случаи, Визнеръ совпадаетъ со Штамммлеромъ, и отчасти Вурцелемъ (861).

Къ 4. Цифры въ скобкахъ обозначаютъ страницы статьи Wiesner Die Abhängigkeit der Rechtsprechung und Rechtswissenschaft vom positiven Recht (AnnDR. 1908. SS. 766 ff., 848 ff.). Статья эта несмотря на выгодно отличающій ее отъ Канторовича анализъ логическихъ операцій судьи и принадлежащая, видимо, начинающему автору, не получила виднаго мѣста въ литературѣ вопроса, т. к. одновременно, даже немного ранѣе ея появилась книга Брютта, дающая тотъ же анализъ, но болѣе глубокій.

5. *Радбрухъ.* Юристамъ приходится считаться съ двумя въ сущности непримиримыми положеніями. Съ одной стороны законъ не позволяетъ судьѣ отклонить рѣшеніе какого либо случая подъ предлогомъ неясности или пробѣловъ закона, а съ другой стороны конституція проводитъ принципъ строгаго отдѣленія власти судебной отъ власти законодательной. Съ каждой изъ этихъ точекъ зрѣнія толкованіе права должно представляться совершенно различнымъ. Съ точки зрѣнія раздѣленія властей судья еще по словамъ Монтескье является „не болѣе какъ устами, произносящими слова закона“, „неодушевленнымъ существомъ, не могущимъ измѣнить ни ихъ силы, ни ихъ строгости“. Судья дѣйствуетъ только на основаніи разума, не внося поэтому никакихъ оцѣночныхъ сужденій въ свои рѣшенія. Такое воззрѣніе на судью является характернымъ произведеніемъ времени просвѣщеннаго абсолютизма съ его вѣрою исключительно въ разумъ (356, 363). Если судья долженъ только передать то, что передумалъ законодатель, то задача толкованія права должна будетъ исполняться посредствомъ толкованія филологическаго. Напротивъ, предполагая судью обязаннымъ разрѣшить всѣ вопросы, мы должны считаться съ тѣмъ, что никакимъ филологическимъ толкованіемъ невозможно открыть того, что думалъ, напримѣръ, Юстиніанъ, не предполагавшій возможности существованія современныхъ фабрикъ, о правовой регуляціи отношеній, вытекающихъ изъ существованія фабрикъ (356). Юридическая наука вышла изъ затрудненія такимъ путемъ. Она выставила какъ предположеніе и утверждаетъ за фактъ, что все право не имѣетъ въ себѣ никакихъ противорѣчій и никакихъ пробѣловъ и представляетъ изъ себя логическое цѣлое. Факты, что отдѣльные законы издавались въ разное время разными лицами, и что лица, принимавшія участіе въ созданіи каждаго отдѣльнаго закона, думали въ дѣйствительности далеко неодинаково о содержаніи и о смыслѣ каждаго отдѣльнаго постановленія закона, обходятся утвержденіемъ, что для насъ существенна не воля этихъ отдѣльныхъ лицъ, такъ какъ они являются только представителями госу-

дарства; для насъ обязательна только воля государства, она проявляется исключительно въ самомъ текстѣ закона, а не въ мотивахъ къ нему, и эта воля, какъ воля одного лица въ государствѣ, можетъ разсматриваться какъ единая. Отсюда толкованіе по волѣ закона (359—360). Все это ученіе звучитъ какъ явный „парадоксъ“ (360), но при оцѣнкѣ его мы должны считаться съ тѣмъ, что „теорія права хочетъ быть не чѣмъ, инымъ, какъ подготовительной ступенью къ судебной практикѣ“. Такимъ образомъ она, какъ и судебная практика, является связанной постановленіями положительнаго закона. Разъ законъ выставляетъ такія два положенія, какъ раздѣленіе властей и невозможность отказывать въ рѣшеніи въ виду неясности или неполноты закона, то эти два положенія, стоящія въ противорѣчіи съ реальнымъ фактомъ несовершенства закона, правовѣдѣнію приходится такъ или иначе согласовать, а это можно сдѣлать, только „выставивъ преположеніе, что въ какомъ-нибудь болѣе глубокомъ или высокомъ смыслѣ законы обладаютъ совершенствомъ, ясностью, отсутствіемъ противорѣчій и пробѣловъ“ (362). „Такимъ образомъ съ точки зрѣнія юристовъ догма отсутствія противорѣчія въ законахъ спасается ихъ болота, вытаскивая сама себя подобно барону Мюльгаузену за волосы. Юристъ ея не доказываетъ, но предполагаетъ и не ставитъ истинность этой догмы въ зависимость отъ того, согласуется ли она съ другими понятіями, а передѣлываетъ, видоизмѣняетъ самъ другія понятія въ соотвѣтствіе съ ней только для того, чтобы оставаться ей вѣрнымъ“ (362).

Разсматривая такое ученіе юристовъ съ точки зрѣнія „соціальнаго ученія о правѣ“ *), приходится обратить вниманіе на то, что съ точки зрѣнія раздѣленія властей допускалось бы только филологическое толкованіе, такое толкованіе не могло бы дать нечего больше кромѣ того, что дали сами законы, слѣдовательно посредствомъ его нельзя было бы восполнить его пробѣлы, устранить противорѣчія и т. д. Все это однако судья дѣлаетъ и слѣдовательно фактически онъ не можетъ обойтись однимъ логическимъ мышленіемъ. „Давно опровергнутой ошибкой схоластики должно быть признано мнѣніе, что посредствомъ чисто мыслительныхъ операцій можно получить изъ какого-нибудь произведенія человѣческаго ума отвѣтъ на тѣ вопросы, которые авторъ этого произведенія

*) Въ статьѣ (365) стояло «логики», но замѣну слова «логики» соціальнымъ ученіемъ о правѣ (Iellineck'a) внесъ самъ Радбрухъ въ его авторефератѣ въ ZStW. 27 244.

себѣ не ставилъ“ (363). Слѣдовательно, судья не только повторяетъ точную мысль создателя закона, но и самъ творитъ право, при чемъ судья участвуетъ здѣсь не какъ простой логическій автоматъ, а творитъ право всей своей личностью: „характеръ его участвуетъ здѣсь столько же, сколько и его разумъ“ (363). Такимъ образомъ требованіе, вытекающее изъ ученія о раздѣленіи властей, оказалось на дѣлѣ неосуществимымъ, и „если воспрещеніе судьѣ творить право не вовсе устранено, то во всякомъ случаѣ оно видоизмѣнено такъ, что граница между дѣятельностями судьи и законодателя не совпадаетъ съ гранью между примѣненіемъ права и правотвореніемъ, а проходитъ посреди послѣдняго. При ближайшемъ опредѣленіи ея направленія важно отмѣтить то обстоятельство, что судья творитъ право въ противоположность законодателю только для отдѣльнаго случая“ (364). Несмотря на ученіе о раздѣленіи властей „и судебная практика и правовѣдѣніе все время продолжали и будутъ продолжать творить право, и современный юристъ отличается отъ прежняго, а также, будемъ надѣяться, и отъ будущаго, только тѣмъ, что онъ скрываетъ это, тогда какъ тѣ это открыто признаютъ“ (364). „Ученіе о томъ, какъ создать видъ, что законъ только толкуютъ (auszulegen), тогда какъ въ дѣйствительности его перетолковываютъ (unterlegt), называется юридической герменевтикой“ (364-365). Это слѣдуетъ изъ новѣйшихъ работъ по ученію о толкованіи права. „Что въ самомъ дѣлѣ рѣшаетъ, почему мы должны толковать строго распространительно или ограничительно, почему мы выбираемъ аналогію, а не доказательство отъ противнаго? Исключительно аргументъ ab absurdo“... (365). „Доктринальныя формулировки и абстракціи, ведущія къ практически безсмысленнымъ результатамъ или противорѣчащія съ изъявленною волею закона этимъ самѣ себѣ подписываютъ приговоръ: онѣ могли быть выставлены только вслѣдствіе сдѣланной толкователемъ ошибки... Практическій результатъ является повѣркой теоретической мысли. Такъ формулируетъ Іерингъ (Scherz und Ernst 8 Aufl. 1900. S. 346, 347) этотъ видъ доказыванія. Результатъ—его практическая безсмысленность или его желательность—опредѣляетъ такимъ образомъ, должны ли мы высказаться за буквальное, ограничительное или распространительное толкованіе, за аналогію или за доводъ отъ противнаго. Какими же сверхположительными нормами опредѣляется въ свою очередь эта практическая безсмысленность или желательность результата? Конечно, не „природою вещей“; по Канту изъ существующаго нельзя никогда заключать о должномъ; не „духомъ закона“, онъ уже давно признанъ за

собственный духъ того господина, въ которомъ отражается законъ", такъ какъ „духъ закона", какъ „принудительной попытки къ справедливому" (Штамлеръ) требуетъ только, чтобы дѣйствовало справедливое право, вопросъ же о томъ, какое право справедливо, разрѣшается исключительно на основаніи нормъ, которыя судья носитъ въ своей груди; эти нормы должны такимъ образомъ быть тѣми, которыхъ мы ищемъ. Научная разработка, какъ и примѣненіе на практикѣ права, состоитъ такимъ образомъ въ разъясненіи, исправленіи и дополненіи положительныхъ нормъ права въ смыслѣ нашихъ собственныхъ оцѣночныхъ сужденій, которыя выбираютъ между многими возможными значеніями и между нѣсколькими взаимно противорѣчивыми правовыми нормами, и замѣщаютъ пробѣлы законодательства. И въ этомъ твореніи права ученый и судья выступаютъ, какъ и всѣ творцы, всею своею личностью, не только мысля, но и чувствуя и хотя" (365-366). Какъ за послѣднее время протестантское богословіе признало за источникъ религіозныхъ предписаній наряду съ откровеніемъ и религіозное сознаніе, такъ должна и наука права признать наряду съ закономъ и правосознаніе за источникъ права и такимъ образомъ устранить ученіе о совершенствѣ, отсутствіи пробѣловъ въ законѣ (367). Любопытно, что послѣдняя догма и теперь постоянно не признается, когда юристъ пишетъ изслѣдованія изъ области исторіи права, сравнительнаго правовѣдѣнія, критическія и политикоправовыя. Отрадно, что за послѣднее время эта догма покидается и при изученіи дѣйствующаго туземнаго права. Сюда относятся Іерингъ, Бюловъ, Адикесъ, Шлоссманъ, Колеръ, Рюмелинъ, Беккеръ, Менгеръ и Іеллинекъ, Бруно Шмидтъ, Цительманъ, Юнгъ, особенно за самое послѣднее время Эрлихъ, Штернбергъ, Вурцель. Нельзя пропустить въ этомъ перечнѣ и имени Штамлера. Правда, онъ допускаетъ вліяніе сверхположительныхъ оцѣночныхъ сужденій на судебную практику только тамъ, гдѣ къ нимъ прямо отсылаетъ само положительное право, но онъ заслужилъ своимъ критико-познавательнымъ изслѣдованіемъ этихъ оцѣночныхъ сужденій благодарность и тѣхъ, кто приписываетъ имъ болѣе широкое вліяніе, чѣмъ онъ самъ. Напротивъ съ подробными возраженіями противъ новаго теченія не выступали: книга Бергбома, свирѣпѣйшаго гонителя всякаго неположительнаго права появилась еще до настоящаго начала этого теченія. Новому теченію предстоитъ большая задача: примирить съ правомъ народъ: таинственный умственный процессъ, посредствомъ котораго судья, оказывается, можетъ изъ неяснаго полнаго пробѣловъ и противорѣчій уло-

женія вывести ясныя непротиворѣчивыя рѣшенія любого мыслимаго правового случая, долженъ, какъ это неподражаемо указалъ еще въ 1848 году фонъ Кирхманъ, навсегда оставаться непонятнымъ и подозрительнымъ для неюриста-человѣка изъ народа. Только откровенное признаніе судейскаго правотворенія сможетъ предотвратить „отчужденіе между народомъ и его правомъ“ (369—570).

Въ другомъ мѣстѣ Радбрухъ даетъ болѣе подробное описаніе юридическаго толкованія, которое направлено къ тому, чтобъ понять законъ не какъ историческое явленіе. Здѣсь дѣло идетъ объ отысканіи смысла, лежащаго въ самомъ произведеніи духа независимо отъ того, влагалъ ли кто-нибудь сознательно въ это произведеніе такой именно смыслъ. „Вслѣдствіе таинственной силы, присущей человѣческому творчеству творенія обладаютъ болѣе глубокимъ значеніемъ, чѣмъ о томъ подозрѣваетъ самъ ихъ творецъ, и если мы называемъ игрой природы явленіе, получившее для насъ значеніе, хотя оно образовалось безсознательно естественнымъ процессомъ, напримѣръ, сталакитовыя пещеры, имѣющія форму готическаго собора, или двѣ скалы, представляющія собою монаха и монахиню, то мы можемъ сказать, что и всякое твореніе человѣка въ то же самое время въ доброй своей половинѣ является игрою природы. Такъ развиваетъ человѣческое дѣйствіе свойства, которыя далеко уходятъ за цѣль, достичь которую имъ сознательно преслѣдовали (геторогонія цѣлей), такъ скрываетъ въ себѣ каждая мысль значеніе, которое далеко превосходитъ сознаніе ея творца и тѣмъ болѣе, чѣмъ болѣе онъ является художникомъ. Произведеніе искусства не можетъ быть поэтому исчерпано филологическимъ толкованіемъ, которое выяснитъ намъ, какъ представлялось это произведеніе его творцу, но оно нуждается и въ другомъ родѣ толкованія, цѣль котораго выяснить, какое имѣетъ значеніе это произведеніе для насъ, и если филологическое значеніе является разъ навсегда установленнымъ историческимъ фактомъ, то этотъ сверхъ-историческій смыслъ созидается каждымъ новымъ поколѣніемъ наслаждающихся искусствомъ людей заново и иначе, и смыслъ этотъ затвердѣваетъ навсегда только тогда, когда произведеніе искусства умираетъ для художественнаго вкуса живыхъ и цѣликомъ уходитъ въ исторію искусства: пока намъ свѣтитъ солнце Гомера, оно свѣтитъ каждому поколѣнію иначе. Подобную двойственность видовъ толкованія встрѣчаемъ мы и въ богословіи и въ философіи“ (119). Воля законодателя, воля государства, говорящая только въ законахъ, которую стремится установить юристъ, не есть воля создателя закона, не

мысль, которую онъ дѣйствительно когда-то передумалъ, законченшійся историческій фактъ, нѣтъ эта воля находится въ постоянномъ развитіи и отвѣчаетъ на новыя правовыя потребности и на новые правовые вопросы измѣнившихся потребностей времени новыми значеніями, о которыхъ составитель закона и подозрѣвать не могъ. Такимъ образомъ исторія какой-нибудь правовой мысли не заканчивается въ тотъ моментъ, когда она оказывается записанной въ законѣ, за этимъ слѣдуетъ исторія ея различныхъ толкованій, и эта исторія не есть исторія непониманія этой мысли, напротивъ, въ этой исторіи проявляется въ различныхъ смѣняющихъ другъ друга толкованіяхъ плодоносность мысли, выходящей далеко за всякія предположенія самого мыслителя, благодаря которой каждое время дѣлаетъ ее новой, ее обновляетъ и иначе усваиваетъ. Эта плодоносность не безгранична, думать иначе было бы приписывать закону, какъ это дѣлалось со стороны богослововъ по отношенію къ священному писанію, совершенство божественнаго откровенія. Когда оказывается недостаточнымъ толкованіе съ его волей законодателя, тогда традиціонная юридическая метода обращается къ системѣ и цѣли закона“ (120). Необходимо однако признать тотъ фактъ, что въ единую систему уложить законъ невозможно, такъ какъ такая система должна предполагать, что каждое постановленіе закона преслѣдуетъ извѣстную цѣль, которая служитъ въ свою очередь къ достиженію высшей цѣли и такъ все далѣе, т. е. установленіе высшей цѣли всякаго права. Несомнѣнно однако, что такой единой цѣли въ дѣйствительности нельзя открыть. „Съ одной стороны законодательство можетъ выбирать неумышленно негодныя средства для достиженія своей цѣли, а съ другой стороны и не всегда преслѣдуется имъ одна и та же конечная цѣль. Смотря потому, кто держитъ въ рукахъ законодательство, консервативныя или либеральныя группы, опредѣляющія законодательство цѣли будутъ то индивидуалистическія, то сверхъ-индивидуалистическія; и общимъ въ разнообразныхъ цѣляхъ, проникающихъ различныя части законодательнаго матеріала, будетъ только то, что всѣ онѣ стремятся уловить призракъ единаго справедливаго права. Толкователь оказывается поэтому въ такомъ положеніи. Единая система является въ сущности его собственнымъ произведеніемъ, которую онъ вкладываетъ въ постановленія закона и которую онъ провести не можетъ послѣдовательно, такъ какъ эта его система справедливаго права встрѣтится всегда съ прямыми постановленіями закона совершенно ясными, гдѣ ни о какихъ пробѣлахъ нельзя говорить, которыя совершенно

расходятся съ его личной системой. Такимъ образомъ система изслѣдователя, система науки права оказывается не единой, а сплетеніемъ отрывковъ двухъ системъ (121).

Къ 5. Цифры въ скобкахъ обозначаютъ болѣе 300 статью Р. въ ArchSozW. 22 315—370 Rechtswissenschaft als Rechtschöpfung, а болѣе 100 его книгу Einführung in die Rechtswissenschaft, составляющую 79 томикъ популярнаго собранія Herre Wissenschaft und Bildung 1910. Radbruch—приватъ-доцентъ Гейдельбергскаго Университета, уголовникъ по спеціальности, работающій главнымъ образомъ по общимъ вопросамъ права и находящійся подъ замѣтнымъ вліяніемъ Іеллинека и Штамлера. Какъ видно изъ изложеннаго, личныя воззрѣнія Радбруха не вполнѣ опредѣлены; его болѣе интересуетъ толкованіе закона такъ, какъ оно происходитъ въ дѣйствительности, почему онъ могъ бы быть отнесенъ къ тѣмъ писателямъ, которые изслѣдуютъ занимающій насъ вопросъ только съ соціологической точки зрѣнія, однако полное право зачислить его въ сторонники свободной школы даетъ намъ длинный рядъ его рецензій въ ZStW. 24 157, 251, 25 250, 26 258, 27 241, 739, 28 251, 686, гдѣ онъ велъ до середины 1909 года обзоръ новой литературы по общимъ вопросамъ права. Въ нихъ онъ неизмѣнно выступалъ сторонникомъ новыхъ теченій. На этихъ обзорахъ главнымъ образомъ и зиждется его значеніе въ новомъ направленіи, значеніе болѣе лѣтописца, чѣмъ вождя.

6. *Румпфъ.* Цѣль методики примѣненія права изучить, какіе психическіе факторы дѣйствуютъ въ судьѣ, когда онъ примѣняетъ право (31). На этотъ вопросъ до сихъ поръ наука права не обращала должнаго вниманія, такъ что своими предшественниками и то въ ограниченной степени Р. можетъ признать только Бюлова, Рюмелина и Эрлиха (32). Когда судья примѣняетъ право, то прежде всего онъ мыслитъ, (понимая мышленіе какъ связываніе однихъ представленій съ другими (38)); нерѣдко судья можетъ ограничиться только однимъ чистымъ мышленіемъ, безъ примѣси оцѣнокъ (Wertungen), волѣній (Wollungen) и чувствъ (Gefühlen), совершенно не заинтересованнымъ въ предметахъ мышленія (39). Такое мышленіе интересуется исключительно формальною правильностью своихъ собственныхъ операцій. Его достаточно напр. при примѣненіи ст. 1 закона о введеніи въ дѣйствіе Г. Г. У., говорящей, что уложеніе вступаетъ въ силу 1-го января 1900 года (39)); гораздо сложнѣе становится дѣло, когда одного чистаго мышленія оказывается недостаточнымъ, такъ, толкуя 811 ст. п. 11 Г. У. Г. С., исключающій отъ описи обручальныя кольца, толкователь не можетъ при помощи одного чистаго мышленія отвѣтить на вопросъ, какое обручальное кольцо здѣсь подразумѣвается, только ли жены и

вдовы или же и невѣсты, супруговъ, повѣнчавшихся въ церкви или же и не вѣнчавшихся тамъ, напримѣръ не принадлежащихъ ни къ какой религіи (40). Въ этихъ случаяхъ судьѣ приходится отыскивать этическія и право-политическія основанія нормы, т. е. лежащую въ ея основаніи цѣнность (44).

Изслѣдованіе законовъ чистаго мышленія, можетъ быть въ методикѣ примѣненія права оставлено безъ разсмотрѣнія, такъ какъ, по словамъ Бера, юристъ, который не обладаетъ собственной логикой едва ли много въ ней преуспѣетъ, если онъ прослушаетъ университетскій ея курсъ (45). Такимъ образомъ юристъ, начинающій примѣнять право, долженъ считаться способнымъ правильно логически мыслить. Зато Р. посвящаетъ цѣлый рядъ главъ цѣнностямъ нормъ.

Если одного чистаго мышленія судьѣ въ какомъ либо случаѣ не хватаетъ, то онъ долженъ отыскать цѣнность данной правовой нормы. Подъ цѣнностью правовой нормы понимается „ея свойство (seine Eignung) регулировать кусочекъ правовой жизни въ согласіи съ той группой нормъ, къ которой она принадлежитъ, и наконецъ въ согласіи со всѣмъ объективнымъ правомъ“ (51). Когда здѣсь говорятъ обычно о толкованіи по волѣ законодателя, по основанію, по ratio legis, по цѣли закона, то всѣ эти выраженія не покрываютъ отысканія цѣнности и страдаютъ существенными недостатками. Понятно, что лицо, устанавливающее цѣнность нормы, установитъ попутно цѣль нормы и ея основаніе. Выраженіе же воля законодателя совершенно неправильно, а слово ratio, какъ указывающее логическое основаніе воли, выходитъ изъ области отыскиванія цѣнности нормы (52). Необходимо ввести въ науку новый терминъ, этотъ терминъ—отысканіе цѣнности особенно хорошъ тѣмъ, что имъ подчеркивается принадлежность науки права къ наукамъ нормативнымъ или наукамъ о духовной жизни, которыя по Вундту тѣмъ отличаются отъ наукъ естественныхъ, что при изслѣдованіи явленій природы не проявляется или почти не проявляется личное отношеніе судящаго къ его сужденіямъ, тогда какъ въ наукѣ о духовной жизни изучаемыя явленія не представляются безразличными, а подвергаются постоянной оцѣнкѣ со стороны цѣнности (57).

Цѣнности эти постоянно приходится отыскивать примѣняющему право. Изъ длиннаго ряда примѣровъ Р. (58—80). Даетъ ли женѣ поступленіе мужа волонтеромъ въ военную службу въ китайско-нѣмецкую войну, куда посылались только добровольцы, право на разводъ. Судьѣ приходится здѣсь разрѣшать вопросъ о цѣнностяхъ съ одной стороны любви къ

отечеству, а съ другой обязанности мужа передъ семьей и взвѣшивать, какая изъ этихъ этическихъ обязанностей должна считаться выше (66). Точно также съ этическими цѣнностями придется имѣть дѣло судьѣ, когда онъ рѣшаетъ, что будетъ лучше для несовершеннолѣтняго (ст. 5. Г. Г. У.), объявить ли его совершеннолѣтнимъ или нѣтъ (69) или, является ли важнымъ основаніемъ, дающимъ право на отказъ отъ помолвки заразительная или наслѣдственная болѣзнь другой стороны. Въ послѣднемъ случаѣ къ чисто этическимъ оцѣнкамъ присоединится вопросъ и объ оцѣнкѣ того, какую опасность можетъ повлечь подобная болѣзнь для благополучія семьи, а вмѣстѣ съ тѣмъ и народа (70). Въ другихъ случаяхъ судьѣ приходится имѣть дѣло съ экономическими цѣнностями, напримѣръ, является ли ванна принадлежностью барскаго дома (70). Во всѣхъ вышеуказанныхъ случаевъ дѣло идетъ о цѣнностяхъ матеріальныхъ: нравственныхъ, экономическихъ и т. д. Здѣсь правовыя нормы встаютъ непосредственно на защиту извѣстныхъ культурныхъ благъ, напримѣръ нравственности, любви къ отечеству, гигіены и т. д., съ другой категоріей цѣнностей судьѣ приходится имѣть дѣло при нормахъ, имѣющихъ лишь формальную цѣнность, которыя хотя и преслѣдуютъ тѣ же цѣли—защиту культурныхъ благъ, но обходнымъ путемъ, стремясь упрочить порядокъ и прочность правовой жизни и правосудія. Сюда относятся, напр., такіе случаи. Можно ли отнести къ сдѣлкамъ повседневной жизни, погашаемымъ уже двухлѣтней давностью (§ 196, п. 12 Г. Г. У.) принятіе квартирной хозяйкою на полный пансіонъ ученика, къ отцу котораго теперь предъявленъ ею искъ о платѣ сразу за нѣсколько лѣтъ (71). Къ числу такихъ формальныхъ цѣнностей, кромѣ цѣнности твердости правовой жизни, подойдетъ и цѣнность дисциплины, играющая такую большую роль въ военно-уголовномъ правѣ (74). Необходимо отмѣтить, что понятіе цѣнности правовой нормы не совпадаетъ съ цѣнностями, ради которыхъ вступаютъ стороны въ житейскій правовой оборотъ. Тамъ цѣнность купли продажи для покупателя желаніе получить купленную вещь равноцѣнность, здѣсь же идетъ дѣло о цѣнности самой нормы, узнать же ее, это значитъ взаимно взвѣсить двѣ или болѣе сталкивающіяся цѣнности или провести между ними границу (81).

При работѣ съ цѣнностями судьѣ иногда приходится отступать отъ текста закона. „Къ сожалѣнію, не имѣется твердаго критерія, когда можно подняться надъ буквой закона и выставить новыя правовыя нормы. Въ этомъ какъ разъ лежитъ безконечная прелесть судейской дѣятельности, но это же

обусловливаетъ его великую отвѣтственность, а она въ свою очередь требуетъ, чтобы судейское кресло занимали только люди совѣстливые и способные—личности. Для здороваго развитія права такіе судьи-личности необходимы... потому что они обладаютъ въ равной мѣрѣ достаточной силой воли, чтобы избѣжать слишкомъ суроваго, согласнаго съ закономъ результата толкованія, посредствомъ прямого измѣненія словъ закона и въ то же время достаточно сдержаны, чтобы не колебать произвольно и изъ-за всякаго пустяка сокровища правовой прочности" (77—78).

При работѣ съ цѣнностями судья такимъ образомъ не долженъ опускать изъ виду при разрѣшеніи отдѣльнаго случая общей цѣли правопорядка и особенно цѣнность прочности права (82). Онъ долженъ взвѣшивать цѣнности, а не интересы, какъ предлагаютъ нѣкоторые писатели, какъ Штампе и Гекъ, такъ какъ со словомъ интересъ связываются преимущественно интересы единичнаго случая и интересы участвующихъ въ немъ сторонъ (83). Что касается соотношеній оцѣнки и мышленія, то понятно, что оцѣнка не исключаетъ мышленія, и конкретный случай, факты, не подводится непосредственно подъ нормы оцѣнокъ, а подъ правовыя нормы, но „отысканіе цѣнности даетъ возможность выставить болѣе общую правовую норму, подъ которую и можно подвести конкретный случай" (88). Понятно также, что въ чистомъ мышленіи судья нуждается и въ самомъ процессѣ отысканія цѣнности, такъ что при судейской дѣятельности чистое мышленіе и мышленіе оцѣнивающее постоянно переплетаются (89), стоитъ впрочемъ отмѣтить, что доведеніе ad absurdum говоритъ большею частью не о логической, а оцѣночной политико-правовой или этико-правовой безсмысленности.

Отношеніе оцѣнокъ законодателя и оцѣнокъ судьи наиболѣе удобно сравнить съ такимъ положеніемъ. Цѣнность пораженія врага опредѣляетъ собою всѣ приказанія, которыя даетъ командующій подчиненнымъ, въ однихъ случаяхъ эти приказанія являются вполнѣ точными, въ другихъ случаяхъ офицеру предоставляется, напр., командиру развѣдочнаго или сторожевого отряда значительно бо́льшая свобода дѣйствій, объясняющаяся невозможностью для командующаго все предвидѣть и быть сразу вездѣ. Въ такомъ положеніи оказывается и судья. Какъ офицеръ сторожевого отряда обязанъ сообразовать свои дѣйствія съ общей цѣнностью побѣды надъ непріятелемъ, такъ долженъ судья сообразоваться съ цѣнностями, достиженіе которыхъ ставитъ себѣ вообще правопорядокъ (91—92).

Возможно однако, что не только чистое мышленіе, но и оцѣночное мышленіе не даетъ возможности судьѣ точно разрѣшить данный случай. Самое тщательное изслѣдованіе не даетъ отвѣта, какія именно цѣнности лежатъ въ основѣ нѣкоторыхъ нормъ. Въ большинствѣ случаевъ дѣло идетъ здѣсь о нормахъ, которыя установлены законодателемъ только въ силу исторической привычки, традицій, напримѣръ, § 459 Г. Г. У. возлагающій на продавца отвѣтственность за поврежденіе вещи за время отъ сдѣлки до передачи вещи (93).

Кромѣ чистаго мышленія и оцѣнокъ, судья при примѣненіи права долженъ пользоваться и своей волей. Необходимое участіе воли при всякомъ мышленіи (кто думаетъ, тотъ хочетъ думать) выходитъ по тѣмъ же причинамъ, что и законы мышленія, изъ области методики толкованія права (97). Съ волею судьи, какъ сознательнаго акта воли, выбора, методикѣ примѣненія права приходится считаться, когда судья при помощи чистаго мышленія и оцѣнокъ пришелъ къ non liquet—что сравниваемыя цѣнности вѣсятъ одинаково, а также, когда рѣшаетъ лишь цѣнность правовой твердости, причемъ еще она требуетъ, чтобы было какое нибудь рѣшеніе одно изъ нѣсколькихъ, напр., законъ устанавливаетъ срокъ, но не говоритъ, идетъ ли въ счетъ срока день того обстоятельства, отъ котораго законъ ведетъ срокъ или нѣтъ (98). За предѣлами поставленной себѣ Румпфомъ задачи, воля имѣетъ важное значеніе въ самомъ провозглашеніи рѣшенія. Судья долженъ, „хотя бы запрошенный законъ былъ, болѣе чѣмъ сомнителенъ, сказать: Мое рѣшеніе, найденное по наилучшему моему усмотрѣнію (Ermessen) и въ наивозможномъ согласіи съ господствующими политико-правовыми и этико-правовыми воззрѣніями должно быть правомъ между сторонами“ (100), а не долженъ въ своихъ рѣшеніяхъ, какъ это часто наблюдается въ низшихъ инстанціяхъ, излагать свои соображенія въ сослагательномъ наклоненіи, черезъ которую просвѣчиваетъ сомнительность рѣшенія для самого судьи.

Оставляя въ сторонѣ общій вопросъ, возбужденный Рикертомъ, является ли достовѣрность естественно-научныхъ и гуманитарныхъ наукъ однородной и даже допуская достовѣрность логическихъ и этическихъ знаній слѣдуетъ отрицать достовѣрность *) результатовъ, полученныхъ при примѣненіи права. Логика можетъ ссылаться на общеобязательность мышленія какъ естественнаго явленія. Этикъ можетъ указывать,

*) Allgemeingültigkeit общезначимость въ русскомъ переводѣ логики Зигварта Давыдова.

что требованія этики являются общеобязательными какъ идеалъ, къ которому слѣдуетъ стремиться, хотя его и нельзя достигнуть, въ крайнемъ случаѣ допуская, что этотъ идеалъ составляетъ предметъ его вѣры или по крайней мѣрѣ методологическое предположеніе въ его работѣ (108). Юристъ не можетъ доказать общеобязательности своихъ рѣшеній. Юристъ связанъ тѣмъ, что онъ толкуетъ нормы закона: „эти нормы созданы не однимъ этически и логически совершеннымъ законодателемъ, который имѣлъ при этомъ въ виду свой единый правовой идеалъ (Wertideal), но безчисленными близорукими людьми, которые, можетъ быть, всѣ одушевлены самымъ искреннимъ желаніемъ создать что нибудь хорошее и цѣльное, но совершенно къ тому неспособны. Всякій большой законъ есть компромиссъ. Слѣды предшествовавшаго ему сознательнаго или безсознательнаго противорѣчія въ этическомъ соціальномъ политическомъ и политико-правовомъ отношеніи не могутъ быть совершенно сглажены ни при одной кодификаціи“ (108). Кромѣ того, что юристъ такимъ образомъ долженъ имѣть дѣло съ чужими не совпадающими другъ съ другомъ цѣнностями, являющимися цѣнностями законныхъ нормъ, „сами эти цѣнности въ родѣ прочности права или добрыхъ нравовъ такъ же, какъ и высшія этическія и эстетическія цѣнности чрезвычайно общи, и если въ этомъ общемъ видѣ онѣ могутъ нѣсколько (annäherend) притязать на общепризнанность“ (109), то судьѣ приходится ихъ примѣнять къ отдѣльнымъ случаямъ, переводить въ особую для даннаго случая форму для примѣненія къ конкретнымъ случаямъ, и тутъ онѣ оказываются „чрезвычайно скудными“ (109). Забвеніе того, что юристъ работаетъ съ оцѣнками, и обращеніе вниманія только на формальный логическій ходъ его работы и являются причиной того, что современная наука права такъ легковѣритъ въ правильность, въ общеобязательность результатовъ толкованія и готова объяснять разнорѣчіе судебныхъ рѣшеній разностью фактическихъ составовъ или ошибками при подведеніи этихъ фактовъ подъ нормы, наконецъ въ самомъ толкованіи нормы.

Дѣятельность судьи должна быть сознательной, и когда онъ приходитъ къ сознанію, что отъ чистаго мышленія ему приходится перейти въ область оцѣночныхъ сужденій и проявленій своей воли, онъ долженъ себѣ сказать: „общеобязательность моего познанія кончилась, поэтому удвоенная осторожность“ (116). Поэтому новая методика должна безусловно отвергнуть ученіе о правовомъ чувствѣ и о юридическомъ тактѣ, къ которымъ отсылали примѣняющаго право ученые,

видѣвшіе неправильность и опасность господствующей теоріи толкованія. Въ этомъ ученіи о юридическомъ тактѣ безсознательно подходили, но не возвысились до значенія оцѣнокъ въ толкованіи права (113 сл.).

Слѣдующія главы Румпфъ посвящаетъ на основаніи уже изложеннаго критикѣ господствующей теоріи толкованія, прежде всего онъ указываетъ, что ученіе о волѣ законодателя въ его обѣихъ формахъ (воля законодателя и воля закона) не можетъ быть принято, развѣ въ такомъ смягченномъ видѣ, что судья представляетъ себѣ предполагаемаго законодателя и при томъ не того законодателя, который издалъ ту или другую правовую норму, а законодателя, существующаго въ данный моментъ, но и въ этомъ видѣ это ученіе представляется опаснымъ, такъ какъ никогда законодатель не могъ всего предвидѣть, и судьѣ приходится строить мостъ изъ весьма трудныхъ и сомнительныхъ оцѣнокъ самого судьи между буквой закона и подлежащимъ рѣшенію случаемъ. Теорія воли законодателя закрываетъ отъ глазъ судьи творческое значеніе дѣятельности судьи (120 сл.). „А только тогда, когда практика уяснитъ, что она часто дѣйствуетъ творчески, даже тамъ, гдѣ она вполнѣ уважаетъ законъ, и что она при всѣхъ способностяхъ и добросовѣстности не въ состояніи придти къ не подлежащимъ сомнѣнію результатамъ, только тогда явится исключенной всякая опасность, что ученіе о волѣ законодателя не будетъ ее убаюкивать обманчивой вѣрой въ достовѣрность“ (129). По отношенію къ матеріаламъ, къ мотивамъ закона новая теорія должна сказать, что „священнѣйшею обязанностью благороднѣйшаго судьи является обязанность безусловно лично (höchst persönlich) производить оцѣнки и изъявлять волю“. Поэтому мотивы будутъ для него имѣть значеніе только постольку, поскольку его убѣдитъ ихъ содержаніе (130 сл.). То же самое приходится сказать относительно судебныхъ прецедентовъ. Особое вниманіе надо обратить здѣсь на цѣнность прочности права, которая играетъ роль и при цѣнностяхъ матеріальныхъ. „Оцѣниванія и рѣшенія воли судьи часто не общеобязательны. Чтобы такая неизбѣжная непрочность была выносимой, судья долженъ заботиться по крайней мѣрѣ о томъ, чтобы и въ дальнѣйшей его дѣятельности опредѣляющими были для него тѣ же цѣнности, которыя легли въ основу рѣшенія имъ предыдущихъ случаевъ“ (136).

Господствующее дѣленіе толкованія на грамматическое, логическое, систематическое и историческое неудовлетворительно. Грамматическое въ сущности вовсе не грамматическое, а

толкованіе по первому взгляду, primafacie—толкованіе (137). Логическое неправильно такъ называется не только потому, что оно какъ будто предполагаетъ, что грамматическое происходитъ не по правиламъ логики, но и потому, что оно ведетъ къ заключенію, что при примѣненіи права можно обойтись однимъ чистымъ мышленіемъ (138). Систематическое толкованіе ничего другого не обозначаетъ, какъ медленное и въ тѣсномъ общеніи съ положительнымъ правомъ восхожденіе отъ отдѣльнаго очень неяснаго (zweifelvoll) постановленія къ общей связи правилъ, среди которыхъ стоитъ это отдѣльное постановленіе (139). Конечно, мы должны логически различать во всякой системѣ правилъ соподчиненіе сужденій, болѣе общія и болѣе частныя нормы, но систематическое толкованіе является опаснымъ, строющимся на невѣрной почвѣ, когда толкователь разсматриваетъ всѣ эти нормы какъ законченную ихъ систему, не знающую пробѣловъ (140). Что касается ограничительнаго, распространительнаго и толкованія по аналогіи, то современная путаница въ томъ, что отнести къ распространительному толкованію и что къ аналогіи, объясняется опущеніемъ изъ виду того, что въ обоихъ этихъ случаяхъ, только въ разной степени, судьѣ приходится работать при помощи оцѣнокъ и рѣшеній воли. Этимъ же объясняется, что о внутренней сущности аналогіи мы почти ничего не находимъ въ учебникахъ, несмотря на то, что они усердно занимаются внѣшними подраздѣленіями аналогіи (аналогія права, аналогія закона) (141 сл.). Яснымъ становится также неправильность ученія о логической замкнутости права, пробѣлы котораго въ дѣйствительности пополняются творческой дѣятельностью судьи и вовсе не могутъ быть пополнены исключительно путемъ чистаго мышленія (148 сл.). Необходимо замѣтить при этомъ, что и новая теорія не даетъ отвѣта на то, почему судья имѣетъ право на это творчество. Здѣсь имѣетъ мѣсто только незапамятная давность (longissimi temporis praescriptio), но никакого правового титула". Впрочемъ представители ученія о логической законченности права также не могутъ на это дать отвѣта, такъ какъ „потребность объективнаго права въ логическомъ расширеніи" въ сущности покоится только на вѣрѣ (150). Ученіе о пробѣлахъ въ правѣ должно быть признано научнымъ успѣхомъ, но такъ настаивать на раздѣленіи пробѣловъ на истинные и на неистинные, какъ это дѣлаетъ Цительманъ, нельзя въ виду одинаковой въ нихъ роли (качественной) оцѣнокъ и рѣшеній воли судьи (150). Всѣ правила толкованія, поскольку они вообще правильны, все-таки заключаютъ въ себѣ опас-

пость, такъ какъ къ нимъ всегда имѣются исключенія, между тѣмъ судья можетъ легко на нихъ успокаиваться, тогда какъ онъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ долженъ бы провѣрить, примѣнимо ли именно къ данному случаю именно это правило толкованія (154). Такъ должно строго толковать нормы исключительныя (Ausnahmerecht), но и онѣ подчасъ могутъ допускать расширеніе. Необходимо провѣрить, дѣйствительно ли такая норма не допускаетъ распространенія (159 сл.). Точно также требованіе строгаго толкованія предписанныхъ формъ не должно всегда и во всѣхъ случаяхъ лишать судью возможности противопоставить цѣнности прочности оборота другую, иногда высшую культурную цѣнность (162 сл.).

Точно также очень общія нормы, въ родѣ параграфа 242 Г. Г. У. (должникъ обязанъ чинить удовлетвореніе добросовѣстно, сообразуясь съ обычаями гражданскаго оборота (verkehrssitte) необходимо толковать такъ же какъ и всѣ нормы то свободнѣе, то менѣе свободно, вопреки тенденціи судебной практики, наклонной давать имъ также узкое толкованіе (106 сл.). Наконецъ при толкованіи сдѣлокъ не слѣдуетъ принимать за безусловное правило ни восполненіе воли сторонъ изъ нормъ диспозитивнаго права, ни изъ типовъ сдѣлки, опредѣленныхъ закономъ. Здѣсь прежде всего необходимо строго индивидуальное толкованіе. Оно, конечно, гораздо труднѣе и его результатъ часто менѣе твердъ, зато такое толкованіе въ рукахъ способнаго судьи можетъ дать имъ рѣшеніе, воистину имъ соотвѣтствующее (176 сл.). Признаніе за судьею права исправлять редакціонную ошибку въ законѣ, признаваемое господствующей теоріей, должно быть признано и новой. Оно служитъ лишнимъ доказательствомъ, что и старой теоріи приходится допустить свободу творчества судьи. Въ рукахъ судьи, дѣйствующаго по правильному методу, это право явится желаннымъ средствомъ исправить законъ, постановивъ рѣшеніе противъ яснаго его текста (185 сл.). Также доказательствомъ того, что господствующая теорія не могла обойтись безъ признанія судьею права въ нѣкоторыхъ случаяхъ видоизмѣнять законъ, служитъ и все болѣе распространяющееся ученіе о томъ, что нѣкоторая часть законовъ, содержащая напр. опредѣленія, а также правила толкованія закона, не имѣетъ связывающаго судью характера, такъ какъ эти постановленія не содержатъ въ себѣ нормъ. Между тѣмъ отрицать силу закона и за такими постановленіями невозможно (192 сл.).

Румпфъ заканчиваетъ указаніемъ на то, что „всякія рѣчи о приверженности практики къ буквѣ, о ея предпочтительной

любви къ пользованію законными мотивами и къ толкованію по волѣ законодателя, имѣютъ самѣ по себѣ мало цѣны, пока не удается открыть причину зла", причина же эта двояка: во первыхъ, переоцѣнка значенія закона при примѣненіи права и слишкомъ низкая оцѣнка участія въ немъ самого судьи (196). Этому злу можно помочь усвоеніемъ судьями новой методики. „Подъ ея вліяніемъ образуется судейское сословіе, которое сможетъ соединить сильную самостоятельность съ пониманіемъ необходимости твердости права, которое не хочетъ быть всегда только слугою закона, но желаетъ быть и необходимымъ посредникомъ между закономъ и правовою жизнью и при томъ посредникомъ честнымъ, который не прибѣгаетъ къ юридическимъ фикціямъ и діалектическимъ искусственностямъ" (199). Другая причина сводится къ вопросу о томъ, создаетъ ли современное судоустройство необходимыя условія для того, чтобы судейскія мѣста занимали истинныя личности. На этотъ вопросъ приходится дать отвѣтъ отрицательный. Подготовка судейской дѣятельности поставлена такъ, что она совершенно устраняетъ подготовляющагося отъ самостоятельной дѣятельности. Точно также не воспитываетъ самостоятельности личности въ судьѣ и судопроизводство съ его строгимъ состязательнымъ началомъ. Эта потребность сдѣлать судью личностью наглядно сказывается въ извѣстныхъ работахъ Адикеса (197).

Къ 6. Цифры въ скобкахъ обозначаютъ страницы сочиненія Gezetz und Richter. Versuch einer Methodik der Rechtsanwendung. 1906. Rumpf'a, молодого судебнаго практика, теперь члена окружнаго суда въ Ольденбургѣ; работа эта вызвала большое къ себѣ вниманіе, на нее появилось очень много отзывовъ большею частью принадлежащихъ сторонникамъ новыхъ теченій, поэтому лестныхъ. «Свѣжимъ воздухомъ вѣетъ отъ этой работы» (Крэнертъ Recht 11 488, «работа вдумчивая и полная горячности за хорошее дѣло». (Шнейдеръ DJZ. 13 569); «нѣсколько растянуто написанная, но и по направленію и по исполненію превосходная книга» MecklZ. 26 237 проф. Биркмейеръ); «здѣсь дано въ высшей степени солидное основаніе теоріи, которую обыкновенно называютъ теоріей взвѣшиванія интересовъ» Гедеманъ въ ArchBürgR. 31 298, отожествляющій такимъ образомъ Р. съ представителями ученія о взвѣшиваніи интересовъ, отчего отрицается самъ Р., но на что до извѣстной степени, какъ мы увидимъ ниже, Гедеманъ имѣетъ основаніе. Другіе отзывы (Гэльдеръ DJZ. 12 250, Кэрманъ? ElsLothz. 32 176, Franke въ ThürBl. 56 (Bücherbesprechung) 73) не столь благопріятны особенно Франке, защищающаго тѣ судебныя рѣшенія, которыя признаетъ Р. несостоятельными. Такой успѣхъ книги приходится объяснять не столько ея достоинствами, сколько тѣмъ, что она явилась первой попыткой дать систематическое ученіе о примѣненіи законовъ съ точки зрѣнія новыхъ теченій; методологическое значеніе ея въ дѣйствительности далеко не высоко:

1) Р. неправильно опредѣляетъ самое задачу методики толкованія, считая, что ею является изслѣдованіе психологическихъ процессовъ въ судьѣ, которые происходятъ въ немъ или должны происходить (1)=смѣшеніе у него догматической и соціологическихъ точекъ зрѣнія совершенно явно, и обратное утвержденіе Радбруха (ZStW. 27 740) совершенно невѣрно; 2) изъ признанія оцѣночныхъ сужденій играющими непремѣнно роль въ дѣлѣ толкованія законовъ онъ выводитъ все свое ученіе о непримѣнимости чистаго мышленія уже на очень ранней фазѣ толкованія, совершенно забывая о томъ, что толкователь до примѣненія своихъ личныхъ оцѣночныхъ сужденій могъ бы попытаться установить оцѣночныя сужденія самого закона, оба эти недостатка уже отмѣчены Брютомъ и 3) въ особый укоръ ему надлежитъ поставить и полное уклоненіе его отъ изслѣдованія логическихъ процессовъ толкованія, тогда какъ только при такомъ изслѣдованіи можетъ обнаружиться, съ какого именно момента должно необходимо появиться въ жизни творчество судьи. Еще до изложенной главной своей работы Р. примкнулъ къ новѣйшимъ теченіямъ въ своей статьѣ Zum jetzigen Stande der Lehre von der adäquaten Verursachung im Zivilrecht Jherings J 49 339—406, одной изъ тѣхъ работъ, которыя вызвали Ландсберга на его предостереженіе; уже въ этой статьѣ на Р. замѣтно вліяніе Г. Рюмелина, а отчасти и Вурцеля. Къ болѣе позднему времени относится его рецензія на книгу Van der Eycken Méthode positive de l'interprétation juridique. 1907 въ KrVJSchr. 48 1, а также небольшая его статья Urtelisbegründung bei freier Rechtsprechung въ ArchRPhilos. 2 202—211, написанная по поводу одного рѣшенія RG. въ защиту положенія, что судъ долженъ откровенно указывать на свое творчество, а не поступать по правилу: «такъ дѣлаютъ, но объ этомъ не говорятъ». Наконецъ уже послѣ сдачи моей работы въ печать появилась его книга Volk und Recht 1910, представляющая собою 4 его доклада передъ не юристами, изъ которыхъ одинъ: право и современная культура, появился въ DRichtZ. 2 143, 186. Для нашей работы эта книга Р. даетъ немного, такъ какъ она только повторяетъ въ первомъ докладѣ основныя положенія, высказанныя Р. въ изложенной нами книгѣ, и притомъ въ упрощенномъ видѣ. Методологическихъ промаховъ Р. не устраняетъ и здѣсь и не входитъ вообще въ какую бы то ни было полемику съ своими критиками. 4-й же докладъ представляетъ собою еще новыя значительныя ухудшенія, какъ разъ методологическія. Является ли юриспруденція наукой? На этотъ вопросъ, поставленный имъ себѣ въ заглавіи (86), онъ отвѣчаетъ отрицательно, отрицаетъ онъ также, что юриспруденція является искусствомъ или техникой (98). «Юриспруденція, говоритъ онъ, есть установленіе порядка, юридическое мышленіе это есть мышленіе, установляющее порядокъ, регулирующее». Цѣль установленія порядка—исключительно практическая, дѣло идетъ о созданіи реальнаго порядка, проникающаго насквозь соціальную жизнь людей, указывающаго опредѣленное мѣсто каждаго человѣка и каждому благу (100). «Идеалъ установленія порядка создать наиболѣе подходящій къ дѣйствительности (tunlichst angemessene) порядокъ соціальной жизни» (101); и судья и законодатель мыслятъ юридическимъ мышленіемъ, которое какъ всякое мышленіе, установляющее порядокъ, будетъ имѣть свойственныя такому мышленію особенности. Категоріи этого мышленія не будутъ совпадать съ категоріями мышленія познающаго.

Важнѣйшими категоріями перваго мышленія явятся по Р. слѣдующія: во 1) оцѣнка оцѣночныхъ сужденій другихъ, такъ какъ всякое лицо, принимающее участіе въ правовомъ оборотѣ, дѣйствуетъ активно выставляетъ свою волю противъ воли другихъ, опѣниваетъ и рѣшаетъ, т. е. занимаетъ опредѣленное положеніе. Къ этимъ занятымъ уже отдѣльными участниками правового оборота положеніями и приходится устанавливать свое положеніе —къ положеніямъ, занятымъ другими. (Doppelstellungen 107), во 2) категорія исходной точки зрѣнія мыслящаго, могущая быть разной въ зависимости отъ различія исходной точки зрѣнія на подлежащія оцѣнки цѣнности (различіе взглядовъ уголовника и цивилиста, теоретика и практика и т. д. (107), въ 3) категорія компромисса между давленіемъ дѣйствительности (фактовъ) и свободы; при устанавливающемъ порядокъ мышленіи мыслящему приходится постоянно стоять передъ рѣшеніемъ вопроса, свободенъ ли онъ установить какой ему угодно порядокъ или же онъ долженъ считать себя связаннымъ фактами, напр. закономъ (108). Особенностью этого мышленія явятся далѣе наличность въ немъ свойственныхъ ему особыхъ актовъ мышленія—рѣшеній; на которые не должно переносить, какъ переносили раньше, обычныя формы мышленія познавательнаго, особенно злоупотребляли въ этомъ отношеніи субсумпціей (109). Въ стремленіи отграничиться отъ логики познанія Р. идетъ такъ далеко, что считаетъ, что даже основные логическіе законы, какъ законы тожества и противорѣчія, не всегда примѣнимы: «въ юриспруденціи примѣненіе закона тожества часто чрезвычайно проблематично: здѣсь опять исключительно отъ оцѣночныхъ сужденій и отъ различія исходной точки зрѣнія зависитъ, будетъ ли одно и то же юридически тѣмъ же самымъ или другимъ» (111). Нѣкоторая уступка дѣлается Р. мышленію ученаго теоретика юриста. Теоретики работаютъ не всегда однимъ только устанавляющимъ порядокъ мышленіемъ, обыкновенно они пользуются мышленіемъ толкующимъ (deutendes Denken) или по крайней мѣрѣ близко къ нему стоящимъ напр. «при толкованіи, но не при примѣненіи! нормъ закона» (112). Оттѣнковъ впрочемъ и тутъ не мало, теоретикъ, который комментируетъ законъ, стоитъ чрезвычайно близко къ судьѣ по своему мышленію. «Если его работа всегда нѣсколько холоднѣе и теоретичнѣе, чѣмъ судейская, то это объясняется тѣмъ, что онъ работаетъ про запасъ, что онъ разрабатываетъ только возможные, а не дѣйствительные случаи примѣненія закона» (112). Возможно обратное, что иногда и дѣлалось, «вмѣсто того, чтобы подчеркивать въ правѣ и въ примѣненіи права ихъ практическую задачу установленія порядка или вмѣсто того, чтобы въ послѣднемъ видѣть главную задачу пониманія правовыхъ нормъ, можно холодно и чисто теоретически разсматривать и изслѣдовать правовыя нормы такъ же, какъ и правовую жизнь и ея «явленія». какъ нѣчто, что существуетъ»... «Преувеличивать цѣнность такого изученія, которое позволяетъ и въ юриспруденціи мыслить научно, не слѣдуетъ, надо быть напротивъ на сторожѣ, какъ бы въ погонѣ за такой научностью не потерять совсѣмъ пониманія (Fühlung) правовой жизни. Пусть въ болѣе чистомъ воздухѣ высоко надъ низинами практическаго примѣненія права и удастся найти истины почти строгой объективности, не надо только забывать, какимъ формальнымъ, какимъ безкровнымъ стало мышленіе на этой высотѣ абстракціи»! Если нѣмецкая судебная практика такъ обязана теоретической наукѣ, то только

той ея гораздо большей части, которая не работаетъ такъ отвлеченно, а напротивъ встаетъ на жизненныя субъективныя оцѣнки (113).

Б. «Соціологическій» методъ.

«Высочайшія этическія цѣнности заключаетъ въ себѣ этотъ методъ. Gmelin. 82.

7. *Фуксъ* даетъ разборъ длиннаго ряда рѣшеній имперскаго суда, по большей части беря ихъ на выдержку изъ какого нибудь отдѣльнаго тома или даже тетради его рѣшеній, приводя въ каждой изъ дальнѣйшихъ своихъ статей все новые и новые примѣры изъ вновь за это время публикуемыхъ рѣшеній (особенно R. und W. 25 сл. G. 27 сл., 277 сл.). Примѣръ критики Ф.

«Истица при столкновеніи двухъ вагоновъ трамвая получила поврежденіе лѣвой руки, трамвай оплатилъ ей только лѣченіе. Съ согласія своего мужа она предъявляетъ искъ объ уплатѣ ей пенсіи въ виду уменьшившейся ея трудоспособности. Раньше въ свободное отъ веденія ихъ маленькаго домашняго хозяйства она разрисовывала галантерейныя вещицы и тѣмъ зарабатывала десять марокъ въ недѣлю, теперь это стало для нея благодаря несчастью невозможнымъ. Рѣшенія: I берлинскій земскій судъ присудилъ четыре съ половиною марки еженедѣльно. Истица, по его мотивамъ, понесла убытки сама, именно часть оцѣниваемой въ девять марокъ ея работы для ея мужа, т. е. половину. Судъ сослался на прецедентъ (рѣшеніе имперскаго суда RG. 47, 84) въ которомъ разъяснено, что плоды промышленной помощи жены мужу составляютъ часть доходовъ, изъ которыхъ мужъ даетъ пропитаніе семьѣ и въ частности женѣ, уменьшеніе дохода предпріятія ведетъ поэтому обыкновенно за собою и ухудшеніе содержаніе жены, II Судебная Палата (Kammergericht)—истицѣ присуждена рента въ девять марокъ, заработокъ истицы отъ ея рисованія долженъ разсматриваться, какъ ея отдѣльное имущество (Vorbehaltsgut) въ виду § 1367 Г. Г. У., поэтому всѣ девять марокъ составляютъ собственный убытокъ истицы. III. Имперскій судъ въ виду ревизіонной жалобы отвѣтчика: отмѣна рѣшенія и передача его во вторую инстанцію. Изъ утвержденія истицы и ея мужа, что они оба художники по раскраскѣ галантерейныхъ вещей и изъ указанія истицы во второй инстанціи, что она распоряжалась самостоятельно собственнымъ ея отъ этого заработкомъ и получающіяся сбереженія клала въ сберегательную кассу на имя сына, нельзя заключить, что жена занималась раскрашиваніемъ галантерейныхъ вещей самостоятельно, какъ предпринимательница. Только то, что жена зарабатываетъ работой или самостоятельнымъ веденіемъ предпріятія является ея отдѣльнымъ имуществомъ (§ 1367 Г. Г. У.). Напротивъ, жена обязана сверхъ работъ по домашнему хозяйству работать и въ промыслѣ мужа, если это является обычнымъ въ томъ кругу къ которому принадлежатъ супруги (§ 1356 Г. Г. У.). Ея заработокъ отъ этой работы принадлежитъ весь мужу. При этомъ безразлично, что въ данномъ случаѣ работа истицы требовала технической подготовленности и въ извѣстной степени образованнаго чувства вкуса и красоты. Поэтому, слѣдовало бы отказать въ искѣ жены лично цѣликомъ. Дѣло однако передается назадъ въ аппелляціонный судъ потому, что заявленіе жены можетъ толковаться

въ томъ смыслѣ, что она работала въ предпріятіи мужа, какъ наемная служащая (!). Далѣе слѣдуетъ перечисленіе авторовъ, согласно которымъ такое вознагражденіе слѣдуетъ разсматривать, какъ чистое дареніе (!), и не какъ особое имущество, но какъ «внесенное» (eingebrachtes). Такое воззрѣніе по мнѣнію имперскаго суда, дѣлающаго тутъ ссылку на «Протоколы», въ нѣкоторыхъ случаяхъ можетъ быть и правильнымъ, но не какъ общее правило. Поэтому имъ оставляется безъ разсмотрѣнія вопросъ, имѣется ли у жены право иска и въ томъ случаѣ, если бы ея жалованіе признано было подаркомъ.

Критика: бѣдная жена! Опять теперь пошло дѣло въ аппеляціонную инстанцію. Уже въ первой инстанціи, благодаря повѣркѣ ею доказательствъ было по крайней мѣрѣ два засѣданія, теперь придется итти по крайней мѣрѣ въ пятое, а все еще конца не видно. Заработокъ потерянъ, жена ищетъ *съ согласія мужа.* И вотъ вздымается вокругъ безсмысленный и безсердечный бой конструкцій и спорятъ, на кого юридически пало потерянное женою, цѣликомъ ли на мужа или цѣликомъ на жену или отчасти на мужа и отчасти на жену. А если теперь судья второй инстанціи придетъ къ конструкціи даренія, то впереди стоитъ еще открытой новая ревизія. Зато имперскій судъ причалилъ къ самой неестественной конструкціи жены, какъ собственно приказчицы мужа, и такой взглядъ на бракъ провозглашаютъ нѣмецкому народу нѣмецкіе верховные судьи!

Соціологическое правосудіе сказало бы попросту: супруги составляютъ естественное цѣлое и такъ какъ мужъ далъ согласіе, то всѣ остальныя тонкости могутъ быть выброшены. Скрытно соціологическій методъ нашелъ бы сначала здоровымъ правовымъ чувствомъ правильный результатъ, затѣмъ однако сконструировалъ бы напр. такъ: изъ согласія мужа на искъ слѣдуетъ эвентуально его отказъ въ пользу жены. Отказъ этотъ, конечно, путемъ вопроса на судѣ могъ бы быть и прямо установленъ“ (R. und W. 28—31).

Вину за такую дурную судебную практику несетъ на себѣ и современная юридическая наука, которую Ф. перекрещиваетъ въ пандектологію, совмѣстившую въ себѣ, какъ эпигонъ, недостатки и естественноправовой и исторической школъ. Самое заглавіе должно напоминать о римскомъ правѣ съ его полной непригодностью къ современной жизни и астрологію, какъ карикатуру современной науки (R. und W. 151). Истинное правовѣдѣніе должно бы распадаться на двѣ части: на изученіе того, какъ установить истину въ судѣ и на изученіе права, какъ соціальной жизни оборота. Первой—юридической психологіей цивилистика совершенно не занимается, а во второй примѣняетъ историческую и діалектическую фи-

логію (R. und W. 152). Не мудрено поэтому, что современные юристы (не филологи!) восхищаются блестящими успѣхами юриспруденціи въ родѣ того, что теперь доказано, что еще до закона Эбуція уже существовалъ въ Римѣ родъ формулярнаго производства (R. und W. 153), а вѣра въ діалектическую схоластику ведетъ къ такимъ выводамъ изъ отдѣльныхъ §§: единственная лодка одного рыбака не подлежитъ аресту, но если та же лодка принадлежитъ двумъ бѣднымъ рыбакамъ, то тогда описать ее можно (R. und W. 156). „Пандектологія, это шахматная игра параграфами, обостряемая съ каждымъ днемъ все болѣе и болѣе сложной игрой прецедентами и смягчаемая небольшою долею раціонализма. Своими дедукціями изъ редакціи словъ закона, своимъ помѣшательствомъ на понятіяхъ, мотивахъ и конструкціяхъ она не далеко ушла отъ обожанія буквы первобытныхъ народовъ. Она убѣждена, что юристъ нуждается только въ понятіяхъ, тогда онъ свободно можетъ судить объ электричествѣ, земледѣліи, морскомъ дѣлѣ, табакѣ, хлѣбѣ, изобрѣтеніи машинъ однимъ словомъ обо всѣхъ божескихъ и человѣческихъ вещахъ на водѣ, сушѣ и воздухѣ, во всѣхъ областяхъ чувственнаго и духовнаго міра, во всѣхъ наукахъ, искусствахъ и промыслахъ въ промышленности и торговлѣ. Онъ можетъ правильно рѣшать бракоразводныя дѣла, хотя бы онъ самъ былъ холостякомъ и можетъ правильно рѣшать процессы по дѣламъ изъ построекъ, хотя онъ постоянно смѣшиваетъ кубическія мѣры съ квадратными. Гдѣ онъ не чувствуетъ себя вполнѣ дома, тамъ онъ составляетъ опредѣленіе о назначеніи экспертизы по поводу спорныхъ между сторонами положеній. Самъ же онъ обязанъ быть свѣдующимъ только въ логическомъ подраздѣленіи понятій, ему нужно только книжное знаніе, а не знаніе вещей и оборота. Онъ приводитъ къ присягѣ свидѣтелей, заноситъ ихъ показанія въ протоколъ, назначаетъ присягу, даже присягу объ убѣжденіи и конструируетъ по аналогіи или отъ противнаго—онъ одинъ изъ видовъ ученаго ремесленника“ (G. 73). Есть и хорошія рѣшенія.

„Однако всѣ счастливыя рѣшенія найдены безъ всякаго идолопоклонства передъ ремесленной пандектологіей, а по правовому чувству, не задавленному традиціоннымъ шаблономъ. Рѣшеніе вѣрно тогда, когда оно одобряется справедливо думающими, свѣдующими и толковыми людьми жизненнаго круга, затронутаго рѣшеніемъ, и оно не вѣрно въ той мѣрѣ, въ какой оно ими не одобряется. Современная пандектологико-софистическая юриспруденція не развиваетъ, а только ставитъ помѣху къ развитію истиннаго права. Люди другихъ практи-

ческихъ, т. е. прикладныхъ наукъ обладаютъ наукою (G. 73), которую они могутъ примѣнять, изъ насъ же юристовъ каждый постольку истинный юристъ, поскольку онъ можетъ откладывать въ сторону свою науку, и благословеніемъ народу своему является онъ, какъ разъ постольку, поскольку онъ вмѣсто юриспруденціи свѣдущъ въ предметахъ, которые вовсе не принадлежатъ къ современной юридической спеціальности, именно въ психологіи, соціологіи и спеціальныхъ познаніяхъ въ какой угодно области. Криптосоціологъ замаскировываетъ свое соціологическое рѣшеніе посредствомъ игры съ отвлеченными правилами. Всякое обоготвореніе словъ со стороны нашей пандектологіи, даже только носимая какъ маска, такъ называемый культъ понятій... также противенъ природѣ и опасенъ, какъ наивно открытый культъ словъ у первобытныхъ народовъ. Отсюда идетъ то, что ученый юристъ такъ часто является въ глазахъ всего народа немножко комичнымъ и дѣтски наивнымъ, особенно купцы смѣются то горько, то весело, всякій разъ, когда они входятъ въ соприкосновеніе съ культомъ буквы и понятій нашей юриспруденціи“ (G. 74). Въ не менѣе горячихъ словахъ Ф. бичуетъ одного за другимъ представителей науки права, выбирая то наиболѣе крупныя имена, то беря подъ рядъ тетрадку какого нибудь вліятельнаго юридическаго журнала въ родѣ Ежегодниковъ Іеринга, не только Зомъ (R. und W. 288, G. 116), убѣжденный защитникъ юриспруденціи понятій, или Бирлингъ (G. 105), но и Іерингъ, ея первый противникъ, подвергается злому вышучиванію въ частности за его теорію о важности въ соціальномъ отношеніи женитьбы лицъ интеллигентныхъ профессій—ученыхъ, судей, на богатыхъ невѣстахъ (G. 108) и Колеръ за его гегельянство, и Штамлеръ (R. und W. 194).

Спасеніемъ долженъ явиться новый методъ примѣненія права—соціологическій. Ф. считаетъ, что новое направленіе установлено Жени (R. und W. 10), къ воззрѣніямъ котораго онъ готовъ цѣликомъ примкнуть, считаетъ также, что и § 1 Шв. Г. У. вполнѣ согласенъ съ ученіемъ Жени, ибо смыслъ его таковъ: „Гдѣ законъ не содержитъ никакого яснаго предписанія для разрѣшенія даннаго случая и гдѣ еще не образовалось никакого обычнаго права или постоянной судебной практики, тамъ должно изслѣдовать противоположные интересы и взвѣсить, какой интересъ съ точки зрѣнія общаго благосостоянія является высшимъ“ (R. und W. 15). Упрекъ новому методу въ субъективности и введеніи произвола въ судъ, основанъ на недоразумѣніи, такъ какъ съ одной стороны въ настоящее время при господствѣ логической конструктивной

теоріи каждый вкладываетъ, подъ видомъ духа закона свой собственный духъ, а во вторыхъ судебная практика будетъ спасаться отъ произвольности охраною высшаго суда, который принципіально долженъ быть образованъ изъ самыхъ лучшихъ и самыхъ опытныхъ судей. Другой упрекъ (R. und W. 20 сл.), взаимно уничтожающій первый и заключающійся въ указаніи на то, что въ сущности новый методъ не вноситъ ничего новаго въ существующее положеніе дѣла, также невѣренъ, онъ понятенъ въ устахъ криптосоціологовъ, которые фактически руководятся здравымъ смысломъ, правовымъ чувствомъ, взвѣшиваніемъ интересовъ, но облекаютъ свои рѣшенія въ форму господствующей теоріи, въ форму логическаго счета понятій и конструкцій. Такой родъ филологической юриспруденціи не только чудовищенъ по формѣ и совершенно недоступенъ народному пониманію, но благодаря своей внутренней лжи ведетъ нерѣдко за собою и опасныя невѣрныя рѣшенія.

На возраженія критиковъ Ф., что онъ только бранитъ существующее и не предлагаетъ ничего положительнаго, Ф. отвѣтилъ предложеніемъ текста статей закона, которыя по его мнѣнію должны бы стоять въ началѣ каждаго гражданскаго уложенія. Слѣдуя (G. 14) за Шмэлдеромъ, Ф. дѣлитъ нормы гражданскаго права на двѣ части, на нормы учредительныя и на нормы разума; когда дѣло идетъ о формѣ сдѣлки, объ установленіи давности, о различныхъ принудительныхъ нормахъ, объ ипотечномъ, семейномъ и наслѣдственномъ правѣ, мы всегда нуждаемся въ учредительномъ постановленіи закона, такъ какъ нашъ разумъ и чувство не могутъ дать прямо отвѣта на эти вопросы. Напротивъ, когда дѣло идетъ о диспозитивныхъ нормахъ обязательственнаго права, мы всегда можемъ рѣшить вопросъ, не зная никакого закона: всякому понятно, что за купленную вещь нужно заплатить, а вещь, взятую въ ссуду, отдать назадъ. Поэтому слѣдовало бы имѣть два кодекса, одинъ Гражданскій законникъ, гдѣ содержались бы нормы учредительныя, и Гражданскую правду, гдѣ стояли бы нормы разума. Первые параграфы этихъ сборниковъ были бы разные: въ законникѣ нужно было сохранить § 1 Шв. Г. У., а въ Правдѣ законъ долженъ былъ бы потерять первое мѣсто, и его 1 § долженъ былъ бы гласить:

§ 1. Рѣшая спорные правовые случаи, судья обязанъ положить въ основу своего рѣшенія обычаи оборота, развѣ этотъ обычай представляетъ собой нарушеніе добрыхъ нравовъ. Если невозможно установить относящагося къ случаю обычая оборота, то судья рѣшаетъ на основаніи правилъ этой правды.

Если изъ правды нельзя заимствовать никакого правила или же примѣненіе ея правилъ къ спорному случаю въ виду его особенностей, по взвѣшиваніи всѣхъ взаимнопротивостоящихъ интересовъ, является явно несправедливымъ, то тогда судья долженъ рѣшать по правилу, которое онъ выставилъ бы съ точки зрѣнія общаго благосостоянія, если бы онъ былъ законодателемъ» (G. 14).

Для слишкомъ боящихся судейскаго произвола Ф. предлагаетъ и иное изложеніе третьяго подраздѣленія этого параграфа.

«Если изъ правды нельзя заимствовать правила, то судья рѣшаетъ по правилу, которое онъ выставилъ бы съ точки зрѣнія общаго благополучія. То же имѣетъ мѣсто, если бы примѣненіе законнаго правила къ спорному случаю при взвѣшиваніи всѣхъ взаимно противостоящихъ интересовъ казалось бы столь явной несправедливостью, что необходимо предположить, что законъ, выставляя свое правило, не думалъ о такихъ случаяхъ».

§ 2 Фуксъ даетъ въ цѣлыхъ двухъ редакціяхъ, общихъ Законнику и Правдѣ. Первая берется имъ изъ рѣшенія уголовнаго сената имперскаго суда (XIII, 171), а вторая болѣе точная принадлежитъ ему самому.

§ 2 этотъ законникъ (эта Правда) долженъ толковаться исключительно на основаніи его самого, согласно требованіямъ правды и справедливости и наиболѣе согласно съ потребностями жизни».

Соотвѣтственно этому § 2 матеріальнаго права Фуксъ предлагаетъ и въ Уставъ Гражданскаго Судопроизводства ввести такой

§ 2. Если вопросъ въ законѣ не разрѣшенъ, или разрѣшенъ неясно, то изъ нѣсколькихъ возможныхъ пониманій и толкованій должно предпочесть такое, при которомъ наименьше возможно нарушеніе матеріальнаго права, а производство шло бы по возможности цѣлесообразно, кратко и наиболѣе дешево.

Наконецъ, 3 § во всѣхъ этихъ сборникахъ долженъ стоять § 2 Шв. Г. У. т. е.

§ 3. Каждый обязанъ при осуществленіи своихъ правъ и исполненіи своихъ обязанностей дѣйствовать добросовѣстно. Явное злоупотребленіе своимъ правомъ не получаетъ никакой правовой защиты.

„Англійскіе юристы не нуждались бы въ такихъ параграфахъ, но у насъ они будутъ дѣйствовать освободительно (G. 15). Почему юристы такъ противятся предлагаемому имъ

освобожденію и почему криптосоціологи спасаются за разыскиваемую изъ матеріаловъ или за конструированную волю законодателя или наконецъ, за молчаливое соглашеніе сторонъ, признаніе существованія и несуществованія котораго не подлежитъ ревизіонной провѣркѣ? Злая дворовая собака сидѣла постоянно на длинной цѣпи, едва кто-нибудь входилъ во дворъ, она съ бѣшенствомъ и лаемъ наскакивала, поскольку допускала натянутая цѣпь. Такимъ образомъ она вытоптала въ теченіе годовъ на землѣ полукругъ, однажды, когда животное по обыкновенію наступало на входящаго, цѣпь разорвалась. И что же произошло? Собака допрыгнула до полукруга, оскалила зубы и рычала совершенно такъ же, какъ прежде, но не переступила полукруга. Сила привычки держала ее на безумной мысли, что она не можетъ выскочить изъ круга. Совершенно такъ поступаютъ наши ученые юристы. И при этомъ они рычатъ на тѣхъ, кто пробуетъ сломать ихъ цѣпь. Законъ можетъ быть тѣмъ свободнѣе, чѣмъ выше судейское сословіе, и если я хочу сохранить творческое правотвореніе въ гражданскомъ правѣ за цвѣтомъ судей, то по тѣмъ же соображеніямъ, которыя высказываетъ профессоръ Макаревичъ по вопросу о томъ, должно ли вводить въ Уголовное уложеніе постановленія о мѣрѣ наказаній: судейская свобода стоитъ въ прямомъ отношеніи къ данному личному составу судей и косвенно ко всей культурѣ даннаго общества. Если я встрѣчаю соціальное тѣло, гдѣ хорошо сохраняется судейская свобода, я говорю себѣ: счастливая страна, у нея хорошіе судьи и высокая культура. Если же я встрѣчаю законъ, который стремится какъ можно болѣе ограничить судейскую свободу, то я говорю: несомнѣнно у этого законодателя были важныя причины, если онъ выдалъ такимъ образомъ своей странѣ свидѣтельство бѣдности". Нѣмецкіе судьи достигли въ данный моментъ высокаго состоянія, соотвѣтствующаго высокой нѣмецкой культурѣ, при которомъ судьи способны къ настоящему, по существу дѣла, психологически-соціологическому правовѣдѣнію и откланиваются пандектологіи. Новый духъ, который мы замѣчаемъ въ наукѣ права и въ судебной практикѣ является революціоннымъ по отношенію къ пандектологіи, но вовсе не по отношенію ко всей нашей прочей культурѣ. Онъ только поднимаетъ отставшее правовѣдѣніе до высоты общей культуры нѣмецкаго народа" (G. 16).

Къ 7. Ссылки обозначаютъ R. und W. Fuchs Recht und Wahrheit in unserer heutigen Justiz. 1908; G. его же Die Gemeinschädlichklit der konstruktiven Iurisprudenz 1909. Кромѣ этихъ двухъ сочиненій Фуксу, присяжному

повѣренному въ Карлсруэ принадлежитъ еще небольшая книга Schreibjustiz und Richterkönigtum 1907; такъ какъ высказанныя въ ней мысли по вопросу о толкованіи права Ф. повторяетъ въ болѣе развитомъ видѣ въ двухъ указанныхъ работахъ, то я оставляю ее безъ разсмотрѣнія. Обѣ позднѣйшія книги Ф. представляютъ изъ себя собраніе статей съ значительными добавленіями, напечатанныхъ имъ первоначально въ журналѣ HoldheimsMSchr. 1907, №№ 8 и 12, 1908, №№ 7, 8, 11 и 1909, №№ 1 и 2. Появившись въ отдѣльномъ изданіи, статьи эти привлекли на себя общее вниманіе и сразу сдѣлали имя Ф. извѣстнымъ. Онѣ вызвали много отзывовъ и много возраженій. Если цѣлый рядъ критиковъ встрѣтилъ ихъ вполнѣ сочувственно, напр. товарищъ предсѣдателя земскаго суда въ Галле Крэнертъ (Recht 11 637), адвокатъ Гессъ WürttZR. 2 543, то не было недостатка и въ такихъ, которые прилагали къ нимъ эпитетъ памфлеты (ThürBl. 54 234). Большая часть сошлась на такомъ положеніи, что критика Ф. науки права и судебной практикѣ «безмѣрно преувеличена» (masslos in Umfang und Form ibid), но истина въ ней есть и что именно въ критической части и лежитъ сильная сторона Ф., а не въ предлагаемыхъ имъ средствахъ для устраненія зла. Такое отношеніе къ Ф. стало господствующимъ, а пренебреженіе его книгами, какъ только памфлетами, стало невозможнымъ, когда въ защиту Ф. выступилъ нѣсколько наклонный къ новѣйшимъ теченіямъ извѣстный берлинскій процессуалистъ Гельвигъ (Lehrbuch 2) и когда противникъ этихъ теченій Дюрингеръ членъ Имперскаго суда, самъ при томъ подвергнувшійся нападенію со стороны Ф., засвидѣтельствовалъ, что ему по его прежней службѣ былъ лично извѣстенъ Ф. какъ адвокатъ не только тонкій юристъ, но и совѣстливый представитель своихъ кліентовъ (Recht 11 1027). Это отняло всякую возможность считать книги Ф. книгами адвоката, выступающаго съ памфлетами противъ судей, у которыхъ онъ проигралъ дѣло. Наилучшая характеристика работъ Ф. дана Гедеманомъ въ ArchBürgR. 34 116: книги эти должны разсматриваться, какъ книги, какъ бы пророка новаго движенія, отсюда ихъ черезмѣрно обличительный тонъ, ихъ явная односторонность, крайняя несистематичность, Гедеманъ относится отрицательно и къ самому соціологическому методу Ф., считая, что онъ какъ разъ перестаетъ дѣйствовать въ тотъ моментъ, когда начинаются трудности при примѣненіи права (120). Другое дѣло критика Ф. «здѣсь Фуксъ создалъ нѣчто выдающееся, что̀ за нимъ навсегда останется: его работа принесетъ богатые и прочные плоды»... «Критика Ф. дѣйствуетъ уничтожающе... Выступаютъ обнаженными неслыханная игра понятій и конструктивныя тонкости даже въ практикѣ самаго высшаго судебнаго мѣста. Игра съ аналогіей и съ доводомъ отъ противнаго встаетъ во всей своей ничтожности.... Великолѣпны далѣе страницы посвященныя криптосоціологіи». Все это порицали и отъ этого предостерегали и до Ф., «однако никто, не столь проникая въ читателя». «Остается собственно отъ книги Ф. всего только одинъ общій совѣтъ: думайте болѣе здраво, поменьше конструкцій и побольше знанія жизни! Но этотъ совѣтъ захватитъ цѣлыя сотни тѣхъ, кто прочтутъ остроумное сочиненіе». Что Гедеманъ правъ, приписывая книгамъ Фукса способность обращенія въ другую вѣру, это наглядно видно на Гмелинѣ (ср. къ 8).

8. *Гмелинъ.* „Я вѣрю, говоритъ Г., что господствующая надъ нашимъ временемъ соціальная мысль и покоющаяся на ней новая наука соціологія (или наука объ обществѣ) пробила себѣ дорогу въ самую консервативную изъ всѣхъ системъ въ право“ (33). Наше правовѣдѣніе догматично и формалистично, освѣжающимъ источникомъ должно явиться современное воззрѣніе, что ядромъ всякой правовой нормы является постоянно споръ о защищенныхъ правомъ то имущественныхъ, то идеальныхъ интересахъ, о жизненныхъ благахъ (34). Задачей примѣненія права явится поэтому „настоящее пониманіе этой борьбы интересовъ. Примѣняя право, необходимо открыть эти спорные интересы, войти въ нихъ и разрѣшить споръ, оцѣнивъ эти интересы съ точки зрѣнія безпартійнаго критика, стоящаго выше всего, имѣющаго въ виду какъ благо частное, такъ и общее, единичное благо, поскольку должно его охранить въ интересахъ спорящихъ сторонъ; общее благо, такъ какъ это послѣднее также затрагивается не только въ виду общественнаго интереса въ правовой твердости, т. е. равномѣрнаго обсужденія всѣхъ случаевъ этого рода, но и необходимости справедливаго разрѣшенія конкретнаго случая, конечно, какъ единичнаго явленія даннаго типа случаевъ“ (34—35). Этотъ методъ можно назвать соціологическимъ. „Хотя соціологія есть государственно-правовое ученіе, ставящее цѣлью изслѣдовать закономѣрность жизни и взаимоотношеній соціальныхъ группъ, однако соціологическимъ можетъ себя назвать по этому образцу тотъ научный методъ, который занимается изученіемъ борящихся интересовъ въ гражданскомъ правѣ, и здѣсь дѣло идетъ какъ разъ объ интересахъ борящихся группъ, работодателей и рабочихъ, производителей и потребителей, какъ продавцовъ и покупателей, наемщиковъ и нанимателей, маклеровъ и ищущихъ мѣстъ и т. д. Соціологической наукой частнаго права была бы поэтому такая, которая занимается изслѣдованіемъ опредѣленныхъ нормами частнаго права матеріальныхъ правовыхъ благъ и ихъ взаимной цѣнности, а соціологическимъ примѣненіемъ права будетъ такое, которое, развивая эту мысль, выдвигаетъ при обсужденіи и рѣшеніи отдѣльнаго случая впередъ значеніе реальныхъ интересовъ и съ этой точки зрѣнія пытается найти правильное рѣшеніе. Изъ этого однако не слѣдуетъ, что надо разстаться съ положительнымъ закономъ и выбросить за бортъ догматику“ (35).

„Истинной сущностью творенія суда является справедливое урегулированіе реальныхъ интересовъ и жизненныхъ благъ. Господствующая теперь схоластично-діалектическая

метода, берущаяся выводить рѣшенія, какъ логическіе выводы изъ закона на основаніи буквальнаго толкованія и при помощи конструкціи безъ правильнаго взвѣшиванія интересовъ и безъ достаточнаго принятія во вниманіе, насколько результатъ толкованія разуменъ, совершенно неправильна. Стоятъ на фальшивой дорогѣ, когда не хотятъ признать, что не дѣло правотворенія раскладывать на Прокрустово ложе по схематической формѣ интересы, которымъ оно должно служить, къ которымъ оно должно приспособиться, и полною опасности ошибкой является то, что такимъ образомъ надѣются достигнуть прочности права, тогда какъ ее такой дорогой нельзя добыть (58). Если что и стоитъ прочно, такъ это то, что всѣ матеріально несправедливыя рѣшенія обоснованы несомнѣнно юридически остроумно, безусловно безупречны съ точки зрѣнія формальной логики. Такимъ образомъ доказано, что господствующая метода примѣненія права функціонируетъ неправильно. Въ подавляющемъ большинствѣ случаевъ можно— это всѣмъ извѣстная тайна—съ помощью логически корректныхъ конструкцій и силлогизмовъ обосновать на законѣ какъ одно мнѣніе такъ и ему противоположное... (59). Заостренное подъ вліяніемъ соціальныхъ и соціологическихъ идей правовое чувство нашего времени требуетъ въ первую голову найденнаго путемъ оцѣнки реальныхъ интересовъ справедливаго рѣшенія, цѣль котораго разумно и понятно опредѣлить и урегулировать правовыя отношенія, предложенныя судьѣ“ (59). Обыкновенно высмѣивается и порицается примѣненіе субъективнаго правового чувства на судѣ, однако „отрицать существованіе субъективнаго правового чувства значило бы противорѣчить общему опыту. Это чувство такъ же вѣрно существуетъ, какъ совѣсть, съ которой оно связано внутренними родственными узами... Какимъ было бы безуміемъ исключить это чувство какъ разъ тамъ, гдѣ оно призвано дѣйствовать наиболѣе усиленно? Какъ разъ у судьи, который въ силу своей профессіи долженъ воспитывать и лелѣять это чувство. Откуда же взять въ повседневной жизни людямъ многіе милліоны правовыхъ рѣшеній (Rechtfindungen), не доходящихъ до судьи—а это какъ разъ самая важная часть всего правового матеріала—какъ не изъ ихъ естественнаго природнаго смысла и ихъ чувства справедливости? Развѣ приличный обыкновенный человѣкъ въ своихъ правовыхъ дѣлахъ запрашиваетъ что либо, кромѣ своего опыта, своего здраваго смысла, своей совѣсти, которая какъ извѣстно, говоритъ роднымъ языкомъ и лицу, стоящему на перепутіи“ (60). Почему же судья принциціально долженъ дѣйствовать иначе?

Этимъ субъективнымъ чувствомъ права пользуются всегда признанные закономъ суды съ общественнымъ элементомъ (62). Безъ этого правового чувства судебныя рѣшенія вырождаются въ чисто формальныя, чему способствуетъ ученіе о томъ, что рѣшеніе въ сущности совпадаетъ съ силлогизмомъ, тогда какъ оно, какъ указалъ Бюловъ, прежде всего приказъ, актъ государственной воли (64). „Поэтому воля судьи должна прежде всего направляться на достиженіе въ границахъ положительнаго права разумнаго и справедливаго результата“ (65). Тутъ на помощь судьѣ и приходитъ оцѣнка интереса. Она даетъ твердую точку опоры для субъективнаго чувства справедливости. Въ свою очередь въ дѣло взвѣшиванія интересовъ привходитъ въ чрезвычайно широкомъ объемѣ общее воззрѣніе оборота, а тамъ, гдѣ такое воззрѣніе не сложилось, рѣшаетъ судья, какъ если бы онъ былъ законодателемъ (65—66). „Судебная практика требуетъ не мертваго знанія, не культа буквы и прецедентовъ. Разумная судебная практика требуетъ принятія во вниманіе дѣйствительной жизни, ея отношеній, требуетъ знанія представленій, живущихъ въ участвующихъ лицахъ, предполагаетъ проникновеніе въ практическія цѣли, которыя преслѣдуются людьми въ ихъ борьбѣ за существованіе; она требуетъ знанія способовъ выраженія, степени образованія, субъективнаго чувства каждаго отдѣльнаго лица о томъ, что онъ воспринимаетъ какъ право и неправо, знаніе масштаба, который отдѣльныя лица прилагаютъ къ себѣ и къ другимъ въ своихъ дѣловыхъ и правовыхъ отношеніяхъ. Обо всемъ этомъ коментаріи и прецеденты только въ очень незначительной части могутъ судью научить и снабдить справками. Наблюденіе и пріобрѣтенный продолжительнымъ охотнымъ наблюденіемъ жизненный опытъ должны быть помощниками примѣняющаго права. Онъ долженъ быть убѣжденъ, что то, что онъ долженъ провести въ своемъ рѣшеніи какъ государственную волю (т. е. волю всего цѣлаго) противъ отдѣльныхъ волей не можетъ противорѣчить этой общей волѣ. Онъ долженъ имѣть въ виду, что въ основѣ каждаго правового спора лежитъ состояніе подобное болѣзни, что передъ его кресломъ разыгрывается кусочекъ разбитой человѣческой жизни, привести который въ порядокъ его долгъ, и тогда онъ будетъ какъ дѣйствительно хорошій врачъ прежде всего заботиться о томъ, какъ помочь тѣмъ, кто обращается къ нему съ полнымъ довѣріемъ (8).

И такъ задача судьи такова: „проявляющаяся въ рѣшеніи государственная воля должна вести къ справедливому рѣшенію благодаря живущему въ судьѣ субъективному чувству

справедливости, которое опредѣляется точкой зрѣнія реальнаго (sachgemäss), т. е. принимающаго во вниманіе воззрѣніе оборота взвѣшиванія спорныхъ интересовъ сторонъ. Справедливымъ же рѣшеніемъ будетъ то, которое удовлетворяетъ, поскольку этому не препятствуетъ положительный законъ, требованіямъ доброй совѣсти въ правовомъ оборотѣ и потребностямъ практической правовой жизни и которое должно при взвѣшиваніи противоположныхъ интересовъ обезпечить побѣду интересу лучше обоснованному, болѣе достойному защиты (66).

Одного разума здѣсь судьѣ не достаточно, необходимо его сочувствіе данному дѣлу, при чемъ онъ долженъ руководиться какъ компасомъ живущимъ въ немъ чувствомъ справедливости (9). Изъ этого неизбѣжнаго субъективизма вовсе не слѣдуетъ, чтобы судья измѣнялъ законъ: „по моему пониманію такія преторскія полномочія не идутъ судьѣ современнаго конституціоннаго государства. Правовое чувство соціологическаго верховнаго судьи не должно проявляться надъ закономъ, но въ его предѣлахъ“ (5 противъ статьи Meuret WürttZ. 621; ср. 39, гдѣ Г. защищаетъ и Фукса отъ зачисленія его въ истинную школу свободнаго права).

Къ 8. Цифры въ скобкахъ обозначаютъ страницы сборника статей члена Судебной Палаты въ Штутгартѣ Gmelin подъ заглавіемъ Quousque, Beiträge zur Soziologischen Rechtsfindung. 1910. Почти всѣ эти статьи написаны по поводу разныхъ работъ Фукса, подъ вліяніемъ котораго (какъ выражается онъ самъ, Фуксъ открылъ глаза мнѣ и другимъ судьямъ на криптосоціологію въ ихъ рѣшеніяхъ 76) онъ находится почти всецѣло, какъ видно изъ нашего изложенія. Особенностями его явятся развѣ только большее подчеркиваніе подчиненности судьи закону по крайней мѣрѣ яснымъ нормамъ, да еще защита имъ противъ Фукса римскаго права, Іеринга и Колера (10—42), а также отказъ отъ солидарности съ Фуксомъ не въ критикѣ имъ рѣшеній RG., а въ бранныхъ о нихъ выраженіяхъ.

Къ 7, 8. Отъ соціологическаго метода Ф. и Г. необходимо отличать соціологическій методъ Зинцгеймера*). З. указываетъ, что догматика права есть только догматика оффиціально признаннаго правопорядка, съ которымъ далеко не совпадаетъ правовая дѣйствительность (6): далеко не все «дѣйствующее» право дѣйствуетъ и далеко не все дѣйствующее право указано въ оффиціально признанныхъ источникахъ (7). Отсюда слѣдуетъ необходимость изученія правовой дѣйствительности, которое распадается 1) на изученіе фактическихъ составовъ и 2) на изученіе правовой ихъ регулировки. То и другое существенно восполнитъ недостатки современной догматики только оффиціальнаго права. Прежде всего фактическіе составы описываютъ-

*) Хотя Гмелинъ (36) соглашается вполнѣ съ З.

ся на основаніи жизненнаго матеріала, сдѣлокъ, судебныхъ рѣшеній въ томъ числѣ третейскихъ и т. д. (15); затѣмъ они анализируются, что даетъ возможность опредѣлить общіе признаки описанныхъ конкретно составовъ и ихъ опредѣлить, какъ понятія; далѣе идетъ подведеніе установленныхъ понятій подъ нормы права или путемъ простого примѣненія ихъ, напр., разложивъ коллективный договоръ на отдѣльныя понятія, можно подвести его нормативную функцію подъ заведенный порядокъ (Usanze), его связующую функцію подъ договоръ и его соціально правовую подъ отказъ отъ стачки, при чемъ послѣдній окажется въ виду § 152 имперскаго устава о промышленности юридически не дѣйствительнымъ (17), если же отысканные составы не допускаютъ подведенія подъ нормы закона, то необходимо сыскать право ихъ регулирующее; имъ можетъ быть или объективное, конечно, обычное, черезъ которое прошелъ рядъ институтовъ въ родѣ договоровъ въ пользу третьихъ лицъ раньше, чѣмъ они были признаны законодательствомъ, или же имъ можетъ быть то правовое слѣдствіе, котораго хотѣли достигнуть стороны. Хотя здѣсь не творится новаго права, но нѣчто творческое здѣсь имѣется, «оно состоитъ въ искусствѣ придать установленному содержанію воли наиболѣе подходящую и наиболѣе простую форму»... (23). Для этого же не достаточно только просто систематически продумать, тутъ можетъ руководить, только непознаваемое чувство, проникающее всякое интуитивное творчество». Здѣсь необходимо не только изслѣдовать интересы, побуждающіе вступать въ жизненныя отношенія даннаго рода, но хорошо знать оцѣнку ихъ (Wertvorstellungen) участвующими. Поэтому особой задачей соціологическаго метода должно являться изученіе правовыхъ чувствъ и правовыхъ воззрѣній (24). Особой заслугой школы свободнаго права является то, что она доказала «что судебное рѣшеніе не есть только логическій выводъ изъ фактическаго состава, какъ малой, и правовой нормы, какъ большой посылки, но что тутъ по общему правилу примѣшивается соціальное экономическое, этическое оцѣночное сужденіе, которое даетъ воспринятымъ фактамъ, какъ разъ то значеніе, которое ведетъ ихъ затѣмъ подъ подведеніе подъ ту или другую правовую норму. Великой задачей воспитанія судей является очистить эти оцѣночныя сужденія отъ произвола и случайностей и поставить ихъ, поскольку это возможно, на объективное основаніе. Тутъ можетъ помочь соціологическій методъ тѣмъ, что онъ освобождаетъ судью отъ его только случайнаго жизненнаго опыта и открываетъ ему во всю ширь правовую жизнь со всѣми ея одинаковыми и различными явленіями», особенно это важно при отысканіи предполагаемой воли сторонъ (27). Соціологическій методъ долженъ устранить изолированность науки гражданскаго права, созданную господствомъ въ ней догматики исключительно оффиціальнаго права съ неизбѣжными ея слѣдствіями отчужденностью отъ жизни, незнакомствомъ съ реальными факторами, которые ее образуютъ и въ ней господствуютъ (28). Ср. Sinzheimer Die soziologische Methode in der Privatrechts-Wissenschaft. 1909,

В. Методъ взвѣшиванія интересовъ.

«Свобода отъ Виндшейда и юриспруденціи понятій... Послѣднею инстанціею рѣшенія всегда должно быть взвѣшиваніе интересовъ». M. Rümelin. 46, 48.

9. *Штампе* подвергаетъ рѣзкой критикѣ современные методы примѣненія права судебными мѣстами и его догматическую разработку наукой права, и предлагаетъ новые методы. Современное примѣненіе права судебной практикой не научно и влечетъ за собою печальныя послѣдствія для общественной жизни; ненаучно, такъ какъ оно исходитъ изъ неправильнаго ученія о томъ, что правопорядокъ не имѣетъ никакихъ пробѣловъ. На самомъ дѣлѣ правопорядокъ можетъ пониматься только какъ сумма отдѣльныхъ правовыхъ нормъ (3), поэтому нельзя итти далѣе установленія точнаго смысла этихъ нормъ, при чемъ границею должно считаться возможность установить и распространять путемъ толкованія этотъ смыслъ, пока онъ могъ бы считаться логически безусловно для всѣхъ обязательнымъ (15); если же судья разрѣшаетъ случай, выходящій за предѣлы правопорядка, какъ суммы правовыхъ нормъ, то тогда онъ созидаетъ свое собственное рѣшеніе, созидаетъ дополнительную норму правопорядка. Точно также, когда современный судья или теоретикъ строитъ систему права, то по правиламъ научнаго изслѣдованія онъ не долженъ былъ бы выходить за предѣлы правопорядка, какъ суммы правовыхъ нормъ, такъ какъ вводить въ систему созданныя имъ путемъ логическихъ операцій дополнительныя нормы не представляется возможнымъ: система должна быть вѣрнымъ зеркаломъ матеріала, подлежащаго изученію, между тѣмъ дополнительныя нормы судей имѣютъ особую природу сравнительно съ нормами правопорядка, такъ какъ онѣ получаютъ силу закона лишь для даннаго случая, а не имѣютъ общеобязательной силы, какъ нормы правопорядка. Практическое послѣдствіе существующей системы толкованія права печально: 1) построенія юристовъ оказываются произвольными, и при томъ благодаря связанности конструкціей неспособны къ приспособленію къ тонкимъ отличіямъ даннаго фактическаго состава (2), 2) нерѣдко эти конструкціи оказываются соціально опасными, 3) обоснованіе рѣшеній оказывается малопонятнымъ не для спеціалистовъ, т. е. созидается отчужденность судебной практики отъ общественнаго пониманія.

Все это является слѣдствіемъ господствующаго неправильнаго метода, который заключается въ томъ, что юристъ находитъ право, пополняетъ пробѣлы посредствомъ конструкціи.

Согласно господствующему ученію правопорядкомъ предусмотрѣны всѣ случаи, по крайней мѣрѣ можно по смыслу имѣющихся нормъ отыскать волю законодателя и на случаи прямо правомъ не предусмотрѣнные, и при этомъ отыскать путемъ исключительно логическихъ операцій. Эти логическія операціи, конструкціи юристовъ идутъ двумя путями: 1) дедукціей нормъ и 2) при помощи фиктивныхъ фактическихъ составовъ (4). Увѣренность въ возможности дедукціи нормъ, увѣренность въ томъ, что можно всѣ нормы представить себѣ какъ спеціальныя нормы, вытекающія изъ болѣе общихъ и такимъ образомъ видѣть въ изученіи права построеніе его системы, въ основѣ которой лежатъ высшіе общіе принципы, объясняется вліяніемъ на юристовъ философіи Гегеля (9, 31). „Въ юриспруденціи понятій дедукція нормъ должна была превратиться въ истинное бѣдствіе для судебной практики (31), ибо юриспруденція понятій — истинное дитя Германіи до 1870 года, политически незрѣлой, охваченной некритическимъ преклоненіемъ передъ иностраннымъ и отчужденнымъ отъ свѣта доктринаризмомъ,—не имѣла никакого понятія о соціальныхъ задачахъ правопорядка и поэтому вовсе не думала искать эти общія начала изъ соотношенія интересовъ. Источникомъ ея принциповъ была прежде всего мысль какого-нибудь римскаго юриста; а на то, что онъ говорилъ для давнымъ давно погибшаго культурнаго міра, полторы тысячи лѣтъ назадъ, на это не обращалось вниманія“ (32).

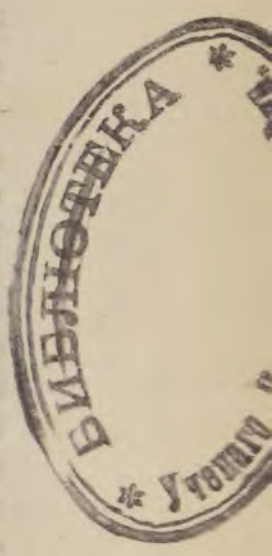
„Такимъ образомъ случайное замѣчаніе Ульпіана и при томъ еще въ одномъ только спеціальномъ случаѣ (l. 15 § 1 D. 4, 3) quid enim municipes dolo facere possunt? оказывалось достаточнымъ, чтобъ вывести начало о неотвѣтственности юридическихъ лицъ за правонарушенія! А тамъ, гдѣ не оказывалось подходящаго мѣста въ римскихъ источникахъ, обращались къ собственной творческой дѣятельности, вдохновляемой умозрѣніями Гегеля, то, что созидалось такимъ путемъ, достигало границъ прямо авантюристскихъ“ (32); начало, напр. свободы договоровъ готовы были примѣнить къ заключенію абстрактныхъ договоровъ и такимъ образомъ создать рай для жуликовъ и ростовщиковъ. Немного помогло и новѣйшее имперское законодательство. Мѣсто кусочковъ изъ Corpus juris замѣнили глыбы законодательныхъ матеріаловъ, гдѣ теперь улавливается воля новаго законодательства, при чемъ тутъ также не смущаются тѣмъ, что этотъ законодатель въ новѣйшемъ государствѣ нѣчто весьма сложное, что поэтому обыкновенно въ матеріалахъ обыкновенно можно найти волю только части этого цѣлаго, да и ее они передаютъ неа-

утентично, что наконецъ, матеріалы еще не законъ. Да еще надо прибавить, что матеріалы эти особенно къ Г. Г. У. писались большею частью убѣжденными сторонниками юриспруденціи понятій (33).

Несостоятельность другого средства—постановки фиктивнаго фактическаго состава на мѣсто того, который дѣйствительно лежитъ передъ судьею для того, чтобы примѣнить къ дѣйствительному составу юридическія послѣдствія другого фиктивнаго, сама собою очевидна, и не мудрено, что примѣненіе его къ слѣдующему, напримѣръ, случаю вызываетъ въ народѣ „недовѣріе и озлобленіе“ (34). Посредствомъ фикціи какъ бы договора предлагалось распространить законное залоговое право наемщика на всѣ безъ исключенія вещи, ввезенныя нанимателемъ, даже на не подлежащія аресту при принудительномъ отчужденіи. Единственное основаніе къ примѣненію на практикѣ такого ненаучнаго пріема лежитъ въ ссылкѣ на примѣръ римскихъ юристовъ, которые дѣйствительно такимъ пріемомъ пользовались. Всѣ эти недостатки коренятся въ томъ, что современное правовѣдѣніе не считается съ истинною природою права. „Правопорядокъ есть принудительная регуляція соціальныхъ отношеній, поводъ къ этой принудительной регуляціи образуетъ борьба интересовъ, проистекающая изъ человѣческаго эгоизма. Цѣлью ея должно быть въ современномъ культурномъ государствѣ такое разрѣшеніе этихъ столкновеній, которое возможно лучше ведетъ къ общему благу“ (1). Въ дѣятельности судьи мы должны различать два момента: или онъ примѣняетъ дѣйствительно существующій приказъ права, или же онъ замѣчаетъ его отсутствіе, находитъ пробѣлъ въ правѣ и долженъ его творчески восполнить. Судебная практика въ дѣйствительности всегда творитъ право! А въ наукѣ уже сто лѣтъ упорно утверждается, что и въ этомъ случаѣ судебная практика только примѣняетъ уже дѣйствующее право (21), благодаря этому и является возможнымъ господство современной теоріи толкованія права, которая уже потому ненаучна, что она указываетъ методъ, направленный на достиженіе не существующей цѣли. Необходимо открыто признать фактъ, что судья творитъ право, когда онъ восполняетъ его пробѣлы, и создать научный методъ такой его дѣятельности, который долженъ быть согласованнымъ съ истинной природою права.

„Такъ какъ правопорядокъ регулируетъ соціальныя отношенія, то его содержаніе можно найти только посредствомъ соціальнаго взвѣшиванія. Каждый понимающій законодатель работаетъ исключительно по этому методу, такъ какъ только

этотъ методъ можетъ ручаться за соціальную годность созидаемой нормы... Совершенно такъ же, какъ законодатель, судья долженъ углубиться въ заботливое разслѣдованіе, какіе многообразные интересы участвуютъ въ разрѣшеніи стоящаго передъ нимъ открытымъ правового вопроса, онъ долженъ установить и здѣсь не только типическіе интересы частныхъ лицъ, которые противостоятъ другъ другу въ случаѣ этого рода, напр. типическіе интересы владѣльца животнаго и пострадавшаго отъ животнаго, но и всѣ другіе интересы, подлежащіе быть принятыми во вниманіе, всего общества въ его различныхъ проявленіяхъ (государство, общество, публика и т. д.). Когда найденъ кругъ заинтересованныхъ лицъ, то за нимъ должно слѣдовать сравнительное взвѣшиваніе отдѣльныхъ интересовъ и затѣмъ выставленіе искомой правовой нормы въ направленіи, опредѣляемомъ интересами, которые признаны подлежащими преимущественной защитѣ. Ясно, что при взвѣшиваніи интересовъ потребность государства въ возможно простомъ и послѣдовательномъ развитіи созданнаго имъ правопорядка будетъ падать тяжелой гирей на чашку вѣсовъ, и часто поэтому при созданіи нормъ придется притти какъ разъ къ тѣмъ, которыя по своему содержанію будутъ совпадать съ „отысканными“ путемъ аналогіи (17). Надо однако подчеркнуть, что при созданіи нормъ судьи ни въ какомъ случаѣ не обязаны непремѣнно удовлетворять именно этотъ интересъ. Часто другіе интересы будутъ заслуживать большей охраны въ томъ числѣ и потребность того же государства въ выставленіи вновь образованной нормы, выступающей прямо противъ устарѣвшихъ правовыхъ воззрѣній“ (18).



Упреки, дѣлаемые методу оцѣнки интересовъ, несостоятельны и во всякомъ случаѣ сильно преувеличены, такъ указаніе, что, примѣняя такой методъ, судьи будутъ увлекаться соціальнымъ диллетантизмомъ, справедливо только постольку, поскольку современные судьи окажутся недостаточно подготовленными для правильнаго примѣненія этого метода. Однако виноватъ въ этомъ не самый методъ, а недостаточное университетское образованіе нашихъ юристовъ и чрезмѣрное обремененіе ихъ работой. „Въ рукахъ многихъ судей методъ сравнительнаго взвѣшиванія интересовъ могъ бы уже и теперь благодѣтельно дѣйствовать, особенно, если бы вполнѣ и исключительно сталъ его примѣнять имперскій судъ вмѣсто того, чтобы тратить свои высокія силы и знаніе на абстрактныя конструкціи“ (18). Во вспомогательныхъ необходимыхъ средствахъ нѣтъ недостатка, особенно въ нашихъ многочисленныхъ законодательныхъ матеріалахъ кроются богатыя за-

лежи соціальнаго познанія. Преувеличена и опасность, что судья попытается своимъ творчествомъ проводить въ жизнь тѣ или другія политическія или соціальныя тенденціи. Во всякомъ случаѣ при обычномъ методѣ конструкцій эти теченія могутъ сказываться еще болѣе, такъ какъ при ней они невидны; напротивъ при методѣ оцѣнки интересовъ судья долженъ открыто признать, чей интересъ онъ защищаетъ („показать свой цвѣтъ“) и такимъ образомъ вынужденъ къ строгой самокритикѣ. Что касается наконецъ утвержденія, что „методъ взвѣшиванія интересовъ внесетъ въ судебную практику голый безпринципный утилитаризмъ“, то оно ни на чемъ не основано, не надо забывать, что потребность государства въ простотѣ и внутреннемъ постоянствѣ его правопорядка должна будетъ, какъ уже указано, постоянно приниматься во вниманіе (19) и судья измѣнитъ законъ только тогда, когда „содержаніе закона нарушаетъ столь важные интересы всѣхъ (der Allgemeinheit), что притти на помощь неизбѣжно“ (24).

Къ 9. Цифры въ скобкахъ обозначаютъ сборникъ статей Грейфсвальдскаго профессора Штампе, Unsere Rechts-und Begriffsbildung. 1907, большая часть статей котораго появилась ранѣе, такъ первыя три въ DJZ. 10 417, 713, 1017. Новою въ немъ явилась только пятая статья Der Dilletantismus n unserer Begriffsbildung, посвященная главнымъ образомъ выясненію того, какъ должна составляться система права съ точки зрѣнія воззрѣній Ш.; о ней мнѣ придется говорить въ третьей главѣ. Статьи Ш. не произвели такого впечатлѣнія, какъ потомъ работы Канторовича и Фукса, тѣмъ не менѣе онѣ весьма важны въ исторіи новѣйшихъ теченій. Гедеманъ даже готовъ датировать первой статьею Ш. начало новаго движенія (ArchürgR. 31 296) Вліяніе ихъ на другихъ авторовъ несомнѣнно, хотя популярность имъ создалъ, какъ указываетъ тотъ же Гедеманъ (ArchBürgR. 34 125), только Фуксъ. При первомъ своемъ появленіи онѣ вызвали похвалы только Радбруха ZStW. 26 258). Холодное отношеніе онѣ вызвали не только у противниковъ (особенно Nussbaum ArchRPhilos. 2 157) новѣйшихъ теченій (очень холодный рефератъ появился о нихъ и въ той же ZStW. 30 421 написанный уже не Радбрухомъ, а проф. Кольраушемъ), но и у сторонниковъ метода взвѣшиванія интересовъ какъ разъ у того, кого онъ зачислилъ въ свои предшественники («особенно Гекъ» 19). Гекъ и Мюллеръ-Эрцбахъ, конечно, сочувствуя въ общемъ ученію Ш., возражаютъ, и сильно, противъ признанія Ш. за судьею полномочія измѣнять ясный смыслъ закона. Противъ этого возражали Ш. вмѣстѣ съ Канторовичемъ Бюловъ и Унгеръ въ уже указанныхъ ихъ статьяхъ (выше стр. 12). Надо замѣтить однако, что какъ разъ соображенія Ш. по этому вопросу его противники (Эртманъ Gesetzeszwang 57) признаютъ за наиболѣе достойныя вниманія (besonders beachtenswert), упрекая другихъ въ почти полномъ обхожденіи подробностей примѣненія этого чрезвычайно важнаго полномочія судьи. Хотя Гекъ и Мюллеръ-Эрцбахъ не примыкаютъ къ этому выводу Ш., но ихъ указаніе на то, что это полномочіе судьи вовсе логически не слѣдуетъ изъ пріема взвѣшиванія интересовъ, совершенно вѣрно, поэтому я излагаю

дальше воззрѣніе ихъ обоихъ какъ наиболѣе типичное изъ представителей этого направленія, которое, хотя и начинаетъ проникать въ учебники (ср. предисловіе къ A. Thur Der allgem. Teil des d. bürg. Rechts 1910), но далеко еще не можетъ считаться господствующимъ. Хотя оно и восходитъ къ Іерингу, но всетаки оно можетъ считаться новымъ, по крайней мѣрѣ, какъ методологическое обоснованіе такого толкованія закона. Ученія Іеринга о приспособленіи права путемъ толкованія къ потребностямъ жизни, конечно, еще живы (ср. Л. І. Петражицкій, Модные лозунги юриспруденціи въ приложеніи къ первому изданію права добросовѣстнаго владѣльца на доходы 1897), но они проходятъ въ жизнь «криптосоціологически» по выраженію Фукса; самый же методъ взвѣшиванія интересовъ былъ настолько основательно забытъ, что Мюллеръ-Эрцбахъ, предлагая его, считалъ, что онъ дѣлаетъ научное открытіе и далъ ему имя реальнаго метода толкованія и только потомъ долженъ былъ сознаться, что Гекъ имѣетъ право оспаривать цѣликомъ его первенство.

1О. *Гекъ.* Онъ высказывается за строгое соблюденіе закона и въ то же время за толкованіе права при помощи взвѣшиванія интересовъ и противъ юриспруденціи понятій. Судья долженъ быть связанъ оцѣнкою интересовъ данною закономъ, не въ цѣляхъ достиженія послѣдовательной и простой системы, это вещь второстепенная, но „потому, что результатъ совершенно свободнаго взвѣшиванія интересовъ будетъ зависѣть отъ индивидуальности изслѣдователя. При одномъ и томъ же соотношеніи интересовъ, различныя лица могутъ приходить къ различнымъ оцѣночнымъ сужденіямъ. Соціальный идеалъ окрашенъ индивидуально. Свободное творѣніе права оказалось бы одинаково роковымъ, какъ для однообразнаго разрѣшенія одинаковыхъ случаевъ, такъ и для возможности предвидѣть судебныя рѣшенія. Оно легко можетъ повести за собой примѣненіе на практикѣ такихъ мѣрокъ, которыя воспринимаются субъективно какъ справедливыя (gerechtempfundene), но отвергнуты правовой общиной. Судья съ соціалъ-демократическими идеалами могъ бы считать своею обязанностью принять, каждый разъ во вниманіе имущественное положеніе сторонъ и создавать норму въ пользу бѣднаго“ (1О 1142). Свободная оцѣнка интересовъ судьею вовсе не вытекаетъ сама собою, какъ это думаетъ Штампе, изъ требованія толковать законъ посредствомъ взвѣшиванія интересовъ. „Юриспруденція интересовъ учитъ, что „правовыя нормы исходятъ не изъ образовавшихся въ общемъ сознаніи (Gemeinbewusstsein) представленій о юридической структурѣ правовыхъ тѣлъ (Rechtsgebilden), но что онѣ вытекаютъ изъ разрѣшенія конкретныхъ конфликтовъ интересовъ по той цѣнности, которую даетъ даннымъ интересамъ правовая община (1О 1141). Съ другой стороны Гекъ вступилъ въ полемику

съ Зомомъ и Фирхаусомъ, выступившими въ защиту юриспруденціи понятій. Сторонники юриспруденціи взвѣшиванія интересовъ, конечно, и сами работаютъ понятіями и, нападая на „юриспруденцію понятій“, они нападаютъ лишь на то направленіе, которое технически такъ названо Іерингомъ и Колеромъ, „которое разсматриваетъ общія понятія приказовъ (allgemeine Gebotsbegriffe т. е. принципы) какъ основанія тѣхъ правовыхъ нормъ, изъ сопоставленія которыхъ въ дѣйствительности они (сами) возникли (14 1458), направленіе это дѣлаетъ такимъ образомъ логическую перестановку (Inversion), принимая выводъ за основаніе. Результатомъ этой ошибочной перестановки въ наукѣ права является представленіе о правѣ, какъ о дедуктивно выведенной системѣ, а въ судебной практикѣ пользуются этой перестановкой такимъ образомъ: „въ сомнительныхъ вопросахъ складываютъ наличныя правовыя нормы въ какое-нибудь понятіе, это понятіе точно формулируютъ (конструкція) и потомъ изъ этой формулировки выводятъ рѣшеніе сомнительнаго случая (нахожденіе права черезъ конструкцію“ (14 1459). Прежніе юристы имѣли основаніе примѣнять такіе пріемы, такъ какъ они вѣрили, что это оправдывается логикой, но современная логика учитъ иначе, и современный юристъ поступаетъ здѣсь завѣдомо противъ логики (14 1459). Даже если эта перестановка не примѣняется къ нахожденію нормъ, а примѣняется только какъ способъ изложенія (Зомъ), то и это ведетъ за собою важные недостатки, 1) затемняется связь права съ жизненными интересами (14. 1460), 2) для изслѣдователя формулировка понятій, опредѣленій и систематизація (въ сущности задача второго порядка, т. к. онѣ служатъ только удобству оріентировки и изложенія), становятся задачею основною и центръ вниманія ученыхъ переносится на споры о правильности опредѣленій и конструкцій, тогда какъ вполнѣ возможно одновременно признавать правильными разныя опредѣленія и конструкціи (14 1461) 3) при господствѣ въ изслѣдованіяхъ опредѣленій и конструкцій всегда грозитъ опасность, что они могутъ употребляться какъ средство нахожденія новыхъ нормъ даже тѣми учеными, которые принципіально считаютъ это логически недопустимымъ (1461).

Къ 10. Цифры въ скобкахъ, предшествуемыя 10 обозначаютъ статью Гека Interessenjurisprudenz und Gesetzestreue (DJZ. 10 1140), а предшествуемыя 14 его же статью Was ist diejenige Begriffsjurisprudenz, die wir bekämpfen? (DJZ. 14 1457). Въ первой изъ нихъ (1140 пр. 2) Heck, профессоръ въ Тюбингенѣ, настаиваетъ на своемъ первенствѣ передъ Мюллеръ-Эрцбахомъ

и на полномъ тожествѣ «реальнаго метода» послѣдняго съ его теоріей взвѣшиванія интересовъ. Дѣйствительно еще въ вышедшемъ въ 1889 году обширномъ изслѣдованіи Das Recht der grossen Haverei Г. не только фактически примѣняетъ оцѣнку интересовъ къ рѣшенію отдѣльныхъ случаевъ, но и главную задачу своей книги (предисловіе V) видитъ въ выясненіи и въ доказываніи важнаго значенія для науки права «того воззрѣнія на право, которое подчеркиваетъ его зависимость отъ человѣческихъ потребностей и значеніе цѣлевого момента, и которое не является еще общепризнаннымъ и оцѣненнымъ въ слѣдующихъ изъ него выводахъ». А на стр. 589—590 Гекъ самъ даетъ характеристику способа своей работы: «При нашемъ изслѣдованіи мы исходили изъ того, что объективное право не является лишенной пробѣловъ, возникшей путемъ саморазвитія системой правовыхъ понятій, что оно не является и порядкомъ даннымъ природою вещей, который юристу остается только извлечь оттуда, гдѣ онъ прячется, но что оно скорѣе содержитъ въ себѣ попытки человѣчества выставить правовыя нормы, соотвѣтствующія его потребностямъ, попытки, которыя очень далеки отъ того, чтобы охватить всѣ встрѣчающіяся комбинаціи. Судья, какъ и работающій передъ нимъ изслѣдователь, должны восполнять пробѣлы собственнымъ творчествомъ. «Распространеніе правовой нормы по аналогіи является подвидомъ созидающей нормы дѣятельности и именно тѣмъ, при которомъ судья примыкаетъ къ какой-нибудь уже дѣйствующей законной или обычной правовой нормѣ... Само собою разумѣется, что при нахожденіи нормъ положеніе судьи не такъ свободно, какъ у законодателя. И для судьи потребности жизни являются непосредственно опредѣляющими. Но при ихъ оцѣнкѣ, при составленіи оцѣночнаго сужденія онъ обязанъ придерживаться тѣхъ сужденій, которыя находятся въ другихъ постановленіяхъ обязательнаго для него права. Только при отсутствіи ихъ рѣшаетъ его личное воспріятіе (Empfinden), поэтому одобреніе какой-нибудь существующей правовой нормою какого-нибудь постулата можетъ быть руководящимъ для удовлетворенія тѣхъ же потребностей въ другихъ случаяхъ». Такимъ образомъ честь установленія метода взвѣшиванія интересовъ несомнѣнно остается за Г., примѣнившимъ къ ученію о толкованіи законовъ общія воззрѣнія Іеринга на природу права. Въ послѣднихъ статьяхъ есть однако и нѣкоторая разница съ основною работою, такъ какъ теперь Г., какъ и Мюллеръ-Эрцбахъ, полагаетъ, что методъ этотъ устраняетъ субъективную оцѣнку судьи цѣликомъ, тогда какъ въ Правѣ большой аваріи онъ допускалъ возможность, что въ рѣдкихъ случаяхъ найдутся такіе пробѣлы въ правѣ, которые и пользующемуся этимъ методомъ судьѣ придется разрѣшать по его личнымъ, а не законнымъ оцѣнкамъ. Кромѣ этихъ двухъ, у Гека можно найти еще нѣсколько статей (особенно ZHR. 37 277), гдѣ онъ послѣдовательно пользуется этимъ методомъ, но такъ какъ въ нихъ самого метода онъ не излагаетъ, то ихъ можно оставить совершенно въ сторонѣ (его собственный перечень статей въ DJZ. 10 1140).

11. *Мюллеръ-Эрцбахъ.* Онъ самъ формулируетъ, такимъ образомъ выводы своихъ прежнихъ работъ „наше гражданское право представляетъ собой не что иное, какъ рѣшенія

особенно часто встрѣчающихся въ жизни, слѣдовательно типическихъ столкновеній интересовъ. Поэтому судейская дѣятельность, когда судья хочетъ примѣнить дѣйствующее право, начинается съ того, что онъ долженъ убѣдиться въ томъ, вполнѣ ли тожественъ въ дѣйствительности случай столкновенія, подлежащій его рѣшенію, съ описаннымъ въ законѣ. Никогда онъ не долженъ пытаться данный ему случай подвести чисто-внѣшне подъ извѣстныя выраженія и понятія закона. Это слишкомъ легко вырождается въ не соотвѣтствующее требованіямъ дѣла расширеніе и суженіе словъ и нормъ. На долю науки права выпадаетъ напротивъ истинно важная задача изслѣдовать, представляетъ ли данное положительнымъ правомъ рѣшеніе и въ дѣйствительности, въ предѣлахъ человѣческой возможности, наилучшее примиреніе взаимно противорѣчащихъ интересовъ, а такъ же такое ли создано право, что оно повсюду предоставляетъ возможно болѣе свободный просторъ нравственнымъ, художественнымъ, научнымъ силамъ народа, сдѣлало ли оно все, чтобы только возбудить и укрѣпить эти силы. Я думаю даже, что, если бы наука права на первыхъ порахъ не пошла бы дальше выясненія, какимъ интересамъ служитъ каждый отдѣльный правовой институтъ, то и тогда уже былъ бы достигнутъ большой шагъ впередъ такимъ открытіемъ двигающихъ силъ нашего права. Наука права, которой часто ставится въ упрекъ ея безжизненность и сухость (на эти упреки даетъ не безъ основанія право формализмъ, забывающій за формою душу), должна была бы необыкновенно выиграть въ содержаніи и ей ничто уже не могло бы помѣшать превратиться въ то, чѣмъ она должна бы быть, въ истинную науку жизни. Наука права была бы тогда въ состояніи оказать важныя услуги законодательству. Она относилась бы къ нему какъ фармакологія къ практической медицинѣ. На ея обязанности было бы изслѣдовать, какія слѣдствія вызываютъ отдѣльныя законодательныя лекарства. За законодателемъ оставалось бы приказывать, нужно ли прописать государственному организму въ данный моментъ лекарство и какое, должно ли, напримѣръ, усилить или ослабить капитализмъ, нужно ли что-нибудь сдѣлать для поддержанія существующихъ предпріятій, не нужно ли еще болѣе возбудить предпринимательскую горячку и т. п. JheringsJ. (336—337). По М.-Э. судья долженъ начинать съ тщательнаго изученія, какіе интересы сталкиваются въ случаѣ, подлежащемъ его рѣшенію, въ этомъ отношеніи онъ вполнѣ соглашается со Штампе, котораго онъ хвалитъ и высоко ставитъ за то, что тотъ имѣлъ мужество безбоязненно

и до конца изложить свои выводы и притомъ соблюдая мѣру. Однако онъ совершенно расходится со Штампе, считающимъ, что судья при этой оцѣнкѣ можетъ и долженъ измѣнять законы. Истинный реальный методъ нахожденія права путемъ открытія сталкивающихся интересовъ совершенно не подлежитъ укору, что имъ вводится произволъ въ судейскую дѣятельность. Упрекать въ произволѣ скорѣе можно господствующую теперь систему толкованія, считающую, что наилучшей опорой толкованія является прежде всего буква закона, его выраженіе, между тѣмъ какъ совершенно понятно, что никакой законодатель не можетъ избѣжать въ своихъ выраженіяхъ противорѣчій, плеоназмовъ и другихъ неточностей; поэтому опираться на слова опасно, а во вторыхъ, современное законодательство обыкновенно настолько абстрактно, что его выраженія, отдѣльныя слова легко допускаютъ расширительныя и распространнтельныя пониманія и въ результатѣ мы получаемъ одинаково вѣроятныя противоположныя толкованія, авторы вкладываютъ въ слова закона ту теорію, которой придерживается каждый изъ нихъ. Методъ реальный „не допускаетъ такой безграничности въ толкованіи и можетъ во многихъ случаяхъ тотчасъ устранить сомнѣнія, вызываемыя текстомъ закона. Онъ идетъ обратной дорогой, исходной точкой онъ не беретъ отдѣльныя выраженія закона и понятія, а прежде всего схватываетъ правовые институты, какъ цѣлое во всей совокупности ихъ законодательной регулировки, и изслѣдуетъ тогда, какіе интересы должны быть защищены ими. Отсюда онъ научаетъ важности изучаемыхъ правовыхъ нормъ и устанавливаетъ путемъ обратнаго заключенія содержаніе и границы слишкомъ широкихъ и сомнительныхъ выраженій закона. Реальный методъ не имѣетъ въ себѣ такимъ образомъ ничего революціоннаго“ (DJZ. 11 1235). Съ его точки зрѣнія необходимо бороться противъ случаевъ, когда судья рѣшаетъ полагаясь на свое усмотрѣніе или, какъ это нерѣдко бываетъ на практикѣ, на свое правовое чувство, напримѣръ когда законъ отсылаетъ къ доброй совѣсти и т. д. Въ этихъ случаяхъ судья также долженъ былъ бы выяснить столкновеніе интересовъ, что дало бы ему возможность дать рѣшеніе не по чувству, а по разуму, и такимъ образомъ рѣшеніе, могущее быть провѣреннымъ и общеобязательное (DJZ. 11 1235).

Къ 11. Цитаты обозначаютъ статьи молодого Боннскаго приватъ-доцента Müller-Ertzbach Der Durchbruch des Interessenrechts durch allgemeine Rechtsprincipien JheringsJ. 53 331 и въ DJZ. 11 1235 Rechtsfindung auf rea-

ler Grundlage, въ которыхъ онъ даетъ общую сводку своихъ воззрѣній на занимающій насъ вопросъ, поэтому мы и ограничиваемся изложеніемъ только ихъ; впрочемъ въ большинствѣ его другихъ, болѣе позднихъ работъ имъ только примѣняется на дѣлѣ реальный методъ, а не излагается, сюда относится статья его Die Erhaltung des Unternehmens ZHR. 61 357; о самомъ же методѣ онъ говоритъ главнымъ образомъ въ послѣсловіи къ Die Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung aus der Interessenlage entwickelt, 1905, стр. 92 («методологическія замѣчанія... содержатъ много вѣрнаго, но новаго въ нихъ ничего нѣтъ» М. Я. Пергаментъ, В. Пр. 1906, кн. 1. 411). Изъ нашего изложенія ясно, что ничего существеннаго къ Геку онъ не прибавляетъ. Едва ли правильно Гедеманъ ArchBürgR. 34 126) считаетъ, что онъ остался на сторонѣ Штампе въ современномъ спорѣ. Онъ тожественъ не со Штампе, а съ Гекомъ. Туръ впрочемъ (Allg. Teil. d. d. bürg. R. 1 XIII) видитъ рѣзкую разницу между послѣднимъ и М. Э. и готовъ вполнѣ примкнуть только къ Геку, а никакъ не къ М. Э. и, укоряя послѣдняго въ крайней произвольности его выводовъ, считаетъ, что онъ вполнѣ заслужилъ по вопросу о представительствѣ безъ полномочія строгую отповѣдь Нэйбекера. Дѣло идетъ здѣсь только о томъ, что Гекъ и М. Э. разно пользуются методомъ, что, конечно, само по себѣ не можетъ еще порочить самого метода

12. *Максъ Рюмелинъ.* При примѣненіи законовъ точкою отправленія должно быть положеніе: „правовыя нормы покоятся на оцѣнкахъ интересовъ и улаживаніи (Schlichtung) столкновенія интересовъ. Этотъ телеологическій моментъ былъ въ концѣ концовъ во всѣ времена опредѣляющимъ, и чѣмъ далѣе идетъ впередъ развитіе права, чѣмъ яснѣе дѣлаются въ сознаніи рѣшающія побудительныя силы и цѣли, къ которымъ стремятся, тѣмъ болѣе онъ проникаетъ и въ мелкія постановленія“ (46). Отыскивая волю закона *), толкователь долженъ постоянно изслѣдовать, какъ далеко простираются регулировки интересовъ, изъ которыхъ исходитъ законъ. Иногда тутъ можно обнаружить, что смыслъ закона хочетъ охватить всѣ послѣдствія, какія только могутъ быть выведены изъ какого нибудь его выраженія, хотя бы нѣкоторыя изъ нихъ не представлялись законодателю: только такимъ путемъ предполагалось обезпечить правовую прочность. Однако въ современномъ развитомъ правѣ мы должны считаться съ тѣмъ, что по общему правилу не продуманныя закономъ столкновенія интересовъ не должны нормироваться изъ выраженій закона. Здѣсь судья, какъ только онъ находитъ пропускъ въ

*) Нужно отмѣтить однако замѣчаніе Р., что ученіе о волѣ закона содержитъ нѣкоторыя преувеличенія въ томъ впрочемъ только, что по Р. толкователь обязанъ при двусмысленности текста закона брать за исходный пунктъ могущее быть установленнымъ содержаніе мыслей законодательныхъ факторовъ (24).

законѣ долженъ рѣшать самъ или опираясь на другія уже данныя въ законѣ оцѣнки или, если первое не возможно, посредствомъ такъ называемаго свободнаго нахожденія права" (47). § 1 Шв. Г. У. можетъ служить здѣсь образцомъ (26). Ни въ какомъ случаѣ не слѣдуетъ прибѣгать къ юриспруденціи понятій. Она влечетъ за собою формализмъ. Формализмъ этотъ заключается не въ томъ, что здѣсь оперируетъ съ понятіями, понятія необходимы и телеологической юриспруденціи. „Не сразу ясно, въ какомъ смыслѣ понятіе и цѣль должны употребляться въ противоположеніи другъ къ другу. Одинаково безспорно, что правопорядокъ всѣми своими отдѣльными нормами преслѣдуетъ опредѣленныя цѣли и что каждый § закона, поскольку онъ въ себѣ содержитъ общую норму, долженъ оперировать съ понятіями, и никто не можетъ разумно оспаривать, что является желательнымъ, какъ можно точнѣе, опредѣлить эти понятія" (38). Но юриспруденція понятій, упуская изъ виду цѣль закона, дѣлаетъ рядъ ошибокъ въ отысканіи этихъ понятій. Кромѣ настаиванія ея иногда на томъ, что выраженія, взятыя закономъ изъ обыденнаго употребленія (домъ, оружіе, причиненіе), такъ и должны пониматься въ этомъ обыденномъ злоупотребленіи, не обращая вниманія на цѣль нормы, въ которой они стоятъ,—ошибка свойственная вообще толкованію на буквѣ,—она дѣлаетъ и ошибки ей спеціально свойственныя. Опуская цѣль, она даетъ понятія исключительно изъ связи гипотезы и диспозиціи правовой нормы и получаетъ такимъ образомъ понятія въ родѣ того, что завѣщаніе есть сдѣлка передъ семью свидѣтелями или что существеннымъ признакомъ понятія обязательства является его активная и пассивная непередаваемость (40). Очень часто ошибка эта осложняется еще тѣмъ, что такое понятіе, полученное изъ одного законодательства, переносится на всѣ другія, какъ логически необходимое—знаменитые примѣры: объявленіе логически не возможными представительства и договоровъ въ пользу третьихъ лицъ. Часто также неправильность понятія зависитъ отъ недостаточной индукціи, напр. изъ того, что какая нибудь ассоціація имѣетъ право выступать, какъ сторона въ процессѣ, дѣлается выводъ, что она есть юридическое лицо, а слѣдовательно къ ней примѣнимы всѣ нормы права, говорящія объ юридическомъ лицѣ (42). Нужно признать, что новый методъ оцѣнки интересовъ труднѣе юриспруденціи понятій особенно, когда дѣло касается собственно свободнаго правотворенія. „Всякая уступка, дѣлаемая телеологической юриспруденціи, увеличиваетъ опасность отсутствія правовой прочности. Этимъ объясняется оппозиція

новому методу со стороны практики, особенно со стороны адвокатовъ. Надо признать также, что въ отдѣльныхъ случаяхъ очень трудно провести границу, до которой толкователь можетъ опираться на данную закономъ регулировку интересовъ (47). „Въ какомъ объемѣ можетъ быть допущено такое творчество права, зависитъ, понятно, отъ положенія частноправового законодательства и кромѣ того отъ многихъ еще временныхъ и мѣстныхъ обстоятельствъ, напр. отъ судоустройства. Общихъ правилъ выставить здѣсь нельзя... Чрезвычайно труденъ вопросъ, можно ли считать судебную практику управомоченной на измѣненіе и на отмѣну положительныхъ правовыхъ нормъ, въ виду открытія ею ошибокъ (въ текстѣ) или въ виду измѣнившихся правовыхъ воззрѣній. И на этотъ вопросъ нельзя дать общаго отвѣта. И здѣсь компромиссъ между прочностью права и приспособляемостью (Angemessenheit) рѣшеній будетъ разнымъ въ зависимости отъ времени и мѣста“. Безъ такой свободы нельзя было обойтись при позднѣйшемъ толкованіи 12 таблицъ или при толкованіи Каролины въ первой половинѣ XIX вѣка, въ другія же времена необходимо выдвинуть впередъ вѣрность закону напр. теперь въ Германіи (28).

Къ 12. Max Rümelin — профессоръ въ Тюбингенѣ, сынъ Густава Рюмелина, извѣстнаго канцлера того же университета, вліянію котораго на себя приписывалъ другой его сынъ Густавъ Рюмелинъ, тоже профессоръ того же университета, свои методологическія, ставшія теперь столь извѣстными работы (ср. гл. 2). Извѣстны онѣ стали благодаря излагаемому нами новому движенію: почти всѣ представители его ищутъ въ нихъ опору своей критикѣ господствующей теоріи толкованія, ссылками на нихъ пестритъ и рѣчь Макса P. Bernhard Windscheid und sein Einfluss auf Privatrecht und Privatrechtswissenschaft. 1907, по которой я излагаю его воззрѣнія, кромѣ этой рѣчи за новыя теченія онъ высказался еще въ другой о Шв. Г. Г.; затѣмъ въ нѣсколькихъ изслѣдованіяхъ, особенно Schuldversprechen und Schuldanerkenntnisse nach dem B. G. B., онъ прилагаетъ методъ взвѣшиванія интересовъ. Лежащая въ основѣ нашего изложенія, его рѣчь о Виндшейдѣ любопытна еще тѣмъ, что, критикуя Виндшейда, какъ главу и крупнѣйшій авторитетъ юриспруденціи понятій, онъ не только, что само собой понятно, относится съ величайшимъ къ нему уваженіемъ («великая держава» юриспруденціи и теперь 7, 8) и не только, что также понятно, стремится отыскать у Виндшейда положенія, выгодныя для метода оцѣнки интересовъ (17, 23), но и хочетъ выяснить причины недостатковъ Виндшейда; причинъ этихъ по Р. двѣ, съ одной стороны общее господство конструктивной юриспруденціи въ тѣ времена (45), а съ другой стороны особенности личности Виндшейда: чрезвычайное развитіе въ немъ способности къ системѣ и отвлеченію (12) и отсутствіе у него фантазіи, не дававшее ему возможности имѣть сильныя конкретныя представленія, столь необходимыя

какъ для оцѣнки интересовъ, а такъ и для всякаго историка права (13). Отмѣчу еще, что въ чувствѣ справедливости Р. ему не оказываетъ (8), но считаетъ, что рѣшающимъ для него было его правовое чувство, требовавшее правовой прочности (33).

Г. Сознательное достиженіе опредѣленной соціальной цѣли толкователемъ.

«Со строго теоретической точки зрѣнія у права есть только одна цѣль: le bonheur social» Vander Eycken 112.

13. *Штамммлеръ* различаетъ въ изученіи права: 1) техническую юриспруденцію, 2) исторію права и 3) философію права (Задачи 119 сл.); цѣль послѣдней опредѣлить а) существо права, б) обоснованіе его обязательности и в) критерій его справедливости. Все это (Задачи 142, L. r. R. 111) философія права должна установить о правѣ вообще, всякомъ правѣ, совершенно независимо отъ матеріальнаго содержанія конкретныхъ правовыхъ велѣній; насъ занимаетъ спеціально только отвѣтъ Штамммлера на послѣдній вопросъ. Для понятія права существенно то, что оно всегда притязаетъ на обязательную осуществимость независимо отъ того, желаютъ ли подчиняться его предписаніямъ отдѣльные члены правового общенія, эта самовластность права можетъ оправдываться только тѣмъ, что она является проявленіемъ закономѣрнаго строенія соціальной жизни, закономѣрность эту надо принять здѣсь въ смыслѣ общеобязательности сужденія, но не причинной, а цѣлевой; цѣль эту надо видѣть въ соціальномъ идеалѣ такого рода: всякое человѣческое общеніе представляетъ изъ себя нѣсколько лицъ, имѣющихъ свои цѣли и для осуществленія ихъ вступающихъ или находящихся въ общеніи. При какомъ условіи возможно согласовать это общеніе и принудительность права, не зависящую отъ желанія подчиняться ему отдѣльныхъ лицъ общенія? Только при одномъ, если, находясь въ этомъ общеніи, каждое отдѣльное лицо можетъ осуществлять всѣ свои цѣли, каково бы ни было ихъ содержаніе, лучше, чѣмъ если бы оно было внѣ этого общенія, такимъ образомъ соціальнымъ идеаломъ является общество свободно хотящихъ людей. Право по своей идеѣ необходимо должно стремится къ достиженію такого идеала, такъ какъ только тогда оно пріобрѣтаетъ обоснованіе своего самовластнаго дѣйствія (Сущность 75, 87, L. r. R. 28, 196). Такимъ образомъ всякое право является попыткою принудительно осуществить этотъ идеалъ. Этому не противорѣчитъ, конечно, тотъ фактъ, что отдѣльныя постановленія любого технически выраженнаго права могутъ противорѣчить достиженію соціальнаго идеала,

быть по разнымъ причинамъ несправедливыми—„возможно, что средство правового регулированія употреблено во зло, примѣнено неправильно или плохо, однако это не устраняетъ основной идеи, необходимо связанной съ примѣненіемъ понятія права и правового принужденія“ *) (Сущность 87). Такимъ образомъ соціальный идеалъ даетъ возможность рѣшать, какое право является справедливымъ и какое нѣтъ; справедливымъ будетъ всякое право, которое соотвѣтствуетъ общей идеѣ человѣческаго общенія, соціальному идеалу. Такимъ образомъ справедливость является формальнымъ свойствомъ, формальнымъ признакомъ тѣхъ или другихъ отдѣльныхъ конкретныхъ нормъ, справедливое право не есть естественное право съ его неизмѣннымъ содержаніемъ и оно не притязаетъ на непосредственное примѣненіе (Сущность 85). Оно является только методомъ, методомъ формальнымъ, по которому мы можемъ оцѣнивать любое положительное право любого времени, точно такъ же, какъ каждое отдѣльное мысленно нами желаемое право. Самый идеалъ—общеніе свободно хотящихъ людей не имѣетъ конкретнаго содержанія. Тѣмъ не менѣе, чтобы оцѣнивать съ точки зрѣнія его какое нибудь технически выраженное право или дѣлать предложенія de lege ferenda мы необходимо должны постараться извлечь изъ него болѣе частныя положенія, которыя опять таки не теряютъ своего исключительно формальнаго характера (Сущность 95, L. r. R. 116, 204). Въ идеалѣ общенія свободно хотящихъ людей заложены два начала: во первыхъ одинаковости цѣлей и во вторыхъ признанія людей самоцѣлями. Отсюда изъ такого идеала—соединенія самоцѣлей могутъ быть выведены такіе принципы: 1) уваженія—а) „содержаніе одного волѣнія не можетъ зависить отъ произвола другого“ *). б) „всякое правовое требованіе можетъ допускаться лишь подъ тѣмъ условіемъ, чтобы лицо обязанное всетаки оставалось при этомъ „себѣ ближайшимъ“ **) и 2) участія—а) юридически связанное лицо не можетъ быть произвольно исключаемо изъ общенія б) каждая юридически предоставленная власть распоряженія можетъ быть исключительной, лишь въ томъ смыслѣ, что исключенный можетъ быть къ себѣ еще самымъ близкимъ“ *) (Сущность 100, L. r. R. 208, 211). По этому методу долженъ создавать правовыя нормы законодатель, и судья, когда его къ нему отсылаетъ самъ законодатель, напр. въ выраженіяхъ свободное усмотрѣніе судьи, справедливость, добрые нравы и т. д.

---

*) Переводъ В. А. Краснокутскаго.

**) Переводъ І. А. Покровскаго В. Пр. 1904 № 2, 158.

Свое отношеніе къ движенію свободнаго права Ш. опредѣляетъ такъ: „ученіе о справедливомъ правѣ нельзя смѣшивать съ такъ называемымъ движеніемъ свободнаго права. Первое есть теоретическое изслѣдованіе, какъ конечную цѣль котораго мы неоднократно выдвигали выясненіе понятія и метода правовой справедливости, второе же это—практическое стремленіе не связывать болѣе судью буквою и смысломъ закона и дать ему въ измѣненіе дѣйствующаго въ данный моментъ права полномочіе творить право свободно. Система нашего теоретическаго ученія заключена въ самой себѣ абстрактно и чисто формально, она не содержитъ сама по себѣ никакихъ практическихъ правовыхъ постулатовъ и ни въ какомъ случаѣ не заключаетъ въ себѣ требованія: предложить юридическимъ практикамъ въ управленіи и въ судѣ дѣйствовать только по справедливому праву. Можетъ быть однако, такое конкретное требованіе можетъ быть оправдано методомъ справедливаго права для правового состоянія нашихъ дней? Необходимо прежде всего здѣсь подчеркнуть, что подобное предложеніе вообще не имѣетъ смысла, если, дѣлая его, противополагаютъ историческое право праву справедливому. Справедливое право является только особаго рода положительнымъ правомъ, понятіе справедливости обозначаетъ только одну формальную особенность исторически создавшагося права. Если бы судебную практику оставили при одномъ справедливомъ правѣ, то у нея не имѣлось бы никакого матеріала, съ которымъ она могла бы работать. Такимъ образомъ требованіе свободнаго правотворенія можетъ обозначать только то, что законодатель долженъ въ будущемъ не связывать принудительно твердыми параграфами подчиненныхъ праву. Тогда какъ теперь онъ дѣлаетъ это въ важныхъ вопросахъ, а въ другихъ предлагаетъ участвующимъ выбирать принципіально справедливое, по новому теченію онъ долженъ въ будущемъ употреблять исключительно послѣдній пріемъ и всегда разрѣшать критическую провѣрку въ этомъ смыслѣ. Это можетъ представляться сомнительнымъ, пока въ широкихъ кругахъ ищущихъ права и его дающихъ не сживутся съ твердымъ методомъ наивозможно вѣрнаго доказыванія справедливаго права. Правда, неосновательно мнѣніе, будто бы говореніе права на основаніи технически образованныхъ параграфовъ обладаетъ абсолютнымъ преимуществомъ передъ выборомъ большой посылки по принципіальному методу; съ послѣднимъ не соединено больше сомнѣній и неточностей, чѣмъ со всякой другой субсумпціей, нѣтъ недостатка въ различіи мнѣній и о дѣйствительномъ содержаніи формально выкованныхъ пра-

вовыхъ нормъ, и о правильномъ подчиненіи подъ нихъ конкретнаго матеріала. Возможно однако, что мы должны принять во вниманіе преобладающую привычку послѣднихъ временъ къ технически связанному виду юридическаго сужденія и первоначально можемъ ограничиться устраненіемъ нѣкоторыхъ ненужно связывающихъ положительныхъ ограниченій, какъ напримѣръ въ § 226 Г. Г. У. Ясно такимъ образомъ, что мы съ точки зрѣнія научнаго обоснованія относимся очень сдержано къ требованію свободнаго правотворенія" (Verwaltungsarchiv 12 343).

Къ 13. Имя Штаммлера, особенно какъ автора «Права и хозяйства» слишкомъ извѣстно, чтобы давать свѣдѣнія о его личности. Цитаты обозначаютъ: L. r. R. Die Lehre von dem richtigen Rechte. 1902, Сущность—Сущность права и правовѣдѣнія, Задачи права и правовѣдѣнія въ будущемъ, обѣ послѣднія являются сводомъ воззрѣній Ш., сдѣланнымъ имъ самимъ для изданія Kultur der Gegenwart Teil 2 Abt. VIII SS. I—LX и 495—508, ссылки дѣлаются на русскій переводъ В. А. Краснокутскаго, Verwaltungsarchiv 12 помѣщенную тамъ статью Ш. Несмотря на то, что Ш. отказался, какъ видно изъ моего изложенія, отъ причисленія его къ крайнимъ новѣйшимъ теченіямъ, обойти его вовсе невозможно, такъ какъ съ одной стороны, его вліяніе несомнѣнно велико, а съ другой онъ важенъ для насъ потому, что имъ предлагается особый способъ повѣрки справедливости создаваемаго судьею права, расхожденіе же его съ крайними теченіями сводится лишь къ опредѣленію момента, съ котораго можетъ начинаться творчество судьи—имъ для него является положительное указаніе на это въ законѣ. Если я излагаю Ш. очень кратко, что, конечно, само по себѣ совершенно не соотвѣтствуетъ ни величинѣ трудовъ Ш., ни волненію, вызванному имъ въ юридической литературѣ, то потому что на русскомъ языкѣ уже имѣется нѣсколько изложеній воззрѣній Ш. сдѣланныхъ І. А. Покровскимъ (Вѣстникъ Пр. 1904 № 2, 151—165 очень ясно)—Н. Н. Алексѣевымъ Вопр. филос. 96 1, Н. А. Гредескуломъ Ж. М. Ю. 1904 4 137 и Г. Ф. Шершеневичемъ Общая теорія права, кромѣ того имѣется хорошій переводъ, сдѣланный В. А. Краснокутскимъ, Сущность и задачи права и правовѣдѣнія, М. 1908 (Библіотека для самообразованія). Изъ обширной нѣмецкой критической литературы о Ш. отмѣчу какъ наиболѣе важныя М. Вебера ArchSozW. 24 94 (о Wirtschaft und Recht), Листа ZStW. 26 553, 27 96, Макаревича тамъ же 26 927 М. Е. Майера KrVJSchr. 46 178, Канторовича MSchrKrimPsych 4 65 и въ ArchRPhilos. 2 68. Въ общемъ при всемъ воздаваніи должнаго Ш., критика отнеслась къ его выводамъ очень отрицательно-апріоризмъ его построеній подъ вліяніемъ Канта, смѣшеніе имъ матеріальнаго момента съ формальнымъ (почти общее мнѣніе о его принципахъ уваженія и соучастія), таковы главнѣйшіе признаваемые критикой недостатки его «справедливаго права» (большія подробности ср. гл. 5).

14. *Брюттъ* выступаетъ какъ приверженецъ критическаго позитивизма (12). Изученіе права должно считаться съ

необходимостью строго различать науки, познающія истину, отъ практическихъ дисциплинъ, прилагающихъ найденные науками законы къ достиженію тѣхъ или другихъ цѣлей людей (16), а практическое изученіе и съ тѣмъ, что правовыя нормы представляютъ изъ себя общія правила (20). Такимъ образомъ можно изучать право 1) какъ явленіе а) номотететически (правовая соціологія) и 2) идіографически (исторія права) и 2) для практическихъ цѣлей: а) искусство законодательства и б) искусство примѣненія права—правовая догматика, какъ ее обыкновенно не точно обозначаютъ (19). Послѣднее изученіе даже на первой его стадіи, когда судья устанавливаетъ содержаніе объективнаго права остается чисто практическимъ, „такъ какъ это установленіе не является для него самоцѣлью, но всегда только средствомъ къ разрѣшенію (правового) спора (18), это искусство можетъ также распадаться на два вида или оно изображаетъ (darstellt) только отдѣльное какое нибудь право или же оно прибѣгаетъ къ сравнительно правовому методу, захватывая всѣ права всего міра или нѣсколько правъ значительной культурной группы. Это практическое искусство, „разъ только оно хочетъ удовлетворить идеалу познанія съ наименьшей затратой энергіи, должно стремиться къ тому, чтобы свести весь нормативный матеріалъ къ возможно меньшему числу общихъ правилъ—принциповъ—задача, дѣлающаяся тѣмъ болѣе трудной, чѣмъ большее число правопорядковъ привлечено, какъ объектъ изученія (21). Самъ Б. ставитъ себѣ задачею изложить методику примѣненія права только для современной Германской имперіи, хотя по его мнѣнію она окажется пригодной и для „большинства континентальныхъ культурныхъ народовъ Европы, такъ какъ въ названныхъ государствахъ отношеніе судьи къ объективному праву опредѣляется законами о судоустройствѣ въ существенныхъ чертахъ одинаково“ (23).

Цѣль методики примѣненія права не описывать душевные процессы судящаго судьи, но указать судьѣ правильный путь судебной практики, дать ему правила поведенія (43). Объ этихъ правилахъ идетъ много споровъ, и „единственное въ чемъ всѣ согласны, это то, что въ настоящее время нѣмецкій судья, давшій присягу въ подданствѣ закону, долженъ уважать по меньшей мѣрѣ слова закона“ (44). Далѣе начинаются споры. Судья долженъ начинать съ провѣрки того, изданъ ли настоящій законъ компетентнымъ законодателемъ (44—46), затѣмъ онъ выясняетъ подлинность его текста (46—47). Только послѣ этого начинается собственно толкованіе. Со временъ Савиньи до послѣдняго времени господствующей

являлась историко-филологическая метода толкованія, требовавшая установить конкретную волю законодателя, какъ можно вѣрнѣе, при помощи грамматическаго, логическаго, историческаго и систематическаго толкованія. Это четырехчленное дѣленіе, явно логически неправильное, было болѣе послѣдовательно позднѣйшими пандектистами сведено къ двучленному: грамматическому и логическому (44—48). Однако основная мысль историка Савиньи—отожествленіе юридическаго толкованія съ филологическимъ, несмотря на энергичныя нападки, особенно Колера, Биндинга и Ваха, твердо держалась и вела за собою преувеличенное значеніе матеріаловъ, мотивовъ, протоколовъ и т. д., такъ какъ изъ нихъ только оказывалось возможнымъ отыскивать волю законодателя (49). Такое воззрѣніе совершенно невѣрно, такъ какъ юридическое толкованіе не можетъ отождествляться съ историко-филологическимъ. Филологъ ставитъ своею цѣлью изучить мысленное содержаніе какого нибудь произведенія человѣческаго духа. Для этого онъ долженъ по возможности проникнуть въ душу автора. Совершенно иное положеніе юриста, такъ какъ законъ „съ облеченіемъ его санкціею отдѣляется отъ личности его автора и занимаетъ самостоятельное положеніе“ (50). Исторически потребность въ законѣ объясняется потребностью въ правовой твердости, „этотъ идеалъ былъ бы весьма несовершенно достижимъ, если бы мы стали толковать текстъ закона не по его собственному содержанію, а на основаніи изысканія души тѣхъ конкретныхъ людей, которые случайно приняли участіе въ его редакціи“ (50). Поэтому „при примѣненіи права можно принимать во вниманіе только тотъ смыслъ, который согласно съ грамматическими, логическими принципами вытекаетъ чисто объективно изъ его словъ“. Поступать иначе было бы нарушать Treu und Glauben населенія къ закону (52). Выяснить этотъ „объективный смыслъ“ приходится прежде всего путемъ словеснаго толкованія. Оказывается однако, что въ результатѣ такого толкованія мы очень часто не приходимъ къ единому пониманію закона. Законъ допускаетъ нѣсколько („нерѣдко, даже поразительно много“) пониманій (54); какъ же быть дальше? Противники филологическаго толкованія отвѣчаютъ иногда, что съ этого момента прекращается область толкованія и дальнѣйшее должно быть предоставлено свободному творенію права судьей. „Если бы такое пониманіе было правильнымъ, то тогда субъективизму судьи предоставлялось бы слишкомъ много мѣста за счетъ правовой твердости“. Кто такъ скоро заканчиваетъ толкованіе, тотъ просматриваетъ,, что „законъ не только состоитъ изъ буквъ, но что прежде

всего онъ содержитъ въ себѣ скрытое оцѣночное сужденіе о разграниченіи сферъ воль, имманентную ему оцѣнку интересовъ“ (56). Такимъ образомъ выступаетъ задача узнать это скрытое оцѣночное сужденіе. Отвѣты, которые здѣсь даются, весьма разно формулируются, но совпадаютъ въ томъ, что въ нихъ сказывается желаніе авторовъ сдѣлать возможнымъ телеологическое толкованіе (57). Нападки Шлоссмана, что при отысканіи цѣли закона толкователь вкладываетъ только свое собственное желаніе несправедливы: какъ при грамматическомъ толкованіи приходится принимать во вниманіе не чисто индивидуальное словоупотребленіе, но только типическій смыслъ словъ, точно также здѣсь принимаются во вниманіе при установленіи цѣли закона „не чисто субъективныя представленія лицъ, принимавшихъ участіе въ законодательствѣ, но объективное положеніе дѣла“. „Толкователь долженъ прежде всего подавить въ себѣ свою собственную политико-законодательную оцѣнку, а долженъ чисто объективно изслѣдовать какого рода опредѣленіе соціальной совмѣстной жизни, можетъ быть признано цѣлью опредѣленнаго законодательнаго текста“ (57). Для этого должно принять во вниманіе „предшествующее право, теченія, которыя направлялись противъ него, прочія законодательныя постановленія, которыя остались существующими наряду съ правомъ, подлежащимъ толкованію, или же были вновь изданы. Затѣмъ должны быть оцѣнены жизненныя отношенія и культурныя блага, регуляція которыхъ является предметомъ спорнаго текста, въ ихъ значеніи для правовой жизни, и особенно должно ясно и рѣзко выставить противоположность интересовъ, подлежащую улаженію. Какъ только удалось правильно схватить политико-правовую задачу, то тогда изъ рѣшенія, даннаго ей въ текстѣ закона, легко взять скрытое оцѣночное сужденіе. Полученное такимъ образомъ оцѣночное сужденіе явится далѣе средствомъ установить требующееся закономъ ограниченіе его буквальнаго текста, почему можно имманентное закону оцѣночное сужденіе называть и ratio legis, не надо только забывать, что хотя оцѣночное сужденіе есть основаніе закона, но оно ни въ какомъ случаѣ не является психологической причиною закона. Смѣшеніе между познавательнымъ основаніемъ и причинностью могло бы повести за собою неправильное чисто индивидуальное толкованіе, между тѣмъ скрытое оцѣночное сужденіе, являющееся познавательнымъ основаніемъ для толкованія, ни въ какомъ случаѣ не обязано было непремѣнно явиться въ душѣ отдѣльныхъ лицъ министровъ, депутатовъ и т. д., какъ мотивъ ихъ законодательныхъ дѣйствій. Само собою разумѣется, что его нельзя

смѣшивать и съ поводомъ къ изданію закона (58). Такое отысканіе скрытыхъ оцѣнокъ интересовъ тѣмъ труднѣе, чѣмъ болѣе старъ толкуемый законъ. Приходится спуститься въ отдаленныя времена, можетъ быть за нѣсколько столѣтій, съ ихъ совершенно иными соціальными отношеніями и умственными теченіями, чтобы изслѣдовать, что могъ хотѣть, употребивъ свои слова, нормальный законодатель Цительмана“ (62). Этимъ однако нельзя ограничиться, и необходимо приступить „къ интереснѣйшей, хотя можетъ быть, труднѣйшей части“ работы. Если „текстъ закона внѣшне остается неприкосновеннымъ“, то тѣмъ не менѣе законъ подлежитъ дѣйствію времени и возможно, что „первоначальное оцѣночное сужденіе, которое лежало въ основѣ даннаго закона теперь вовсе устранено или по крайней мѣрѣ оттѣснено на задній планъ и замѣнено новой оцѣнкой интересовъ“ (62). Это объясняется тѣмъ, что и на законѣ сказывается законъ гетерогоніи цѣлей Вундта, на важность котораго для общественныхъ наукъ указалъ Іеллинекъ (63). Всеобщее избирательное право вводилось въ Германіи въ цѣляхъ упрочить нѣмецкое единство такимъ чрезвычайно демократическимъ избирательнымъ правомъ. Оно вызвало къ жизни громадное вліяніе соціалъ-демократіи въ рейхстагѣ, чего, конечно, не предусматривали творцы этого закона. Вмѣстѣ съ тѣмъ оказалось, что основаніемъ закона съ современной точки зрѣнія можетъ считаться то, что это всеобщее избирательное право является средствомъ ввести въ законное русло соціалистическія стремленія, которыя въ большей или меньшей степени существуютъ въ пролетаріатѣ (64). Такимъ образомъ, выяснивъ посредствомъ „соціологическаго толкованія“ цѣль закона въ моментъ его изданія, необходимо изслѣдовать, „не вызвало ли данное законодательное опредѣленіе дальнѣйшаго соціальнаго послѣдствія, которое содержитъ въ себѣ не имѣвшееся въ свое время въ виду примиреніе (Schlichtung) противорѣчивыхъ интересовъ. Если это такъ, то надо наконецъ установить, не сдѣлалось ли по закону гетерогоніи цѣлей это послѣдствіе само цѣлью закона. И, такимъ образомъ, мы открыли новое скрытое оцѣночное сужденіе, которое и должно служить научнымъ основаніемъ (Erkenntnisgrund) для дальнѣйшаго толкованія“ (65).

Б. признаетъ наличность пробѣловъ въ правѣ и объясняетъ вѣру въ способность права діалектически распространяться и составлять такимъ образомъ замкнутую, не знающую пробѣловъ систему, логической ошибкой. Правовая дедукція, какъ всякая дедукція такъ же, какъ конверсія и контрапозиція не могутъ дать никакого новаго содержанія. Точно также не

могутъ его дать и индукціи, такъ какъ, если индукція является полной, то тогда частныя положенія, изъ которыхъ выведена новое—общее, уже всѣ имѣлись въ объективномъ правѣ и мы, слѣдовательно, не получаемъ ничего новаго изъ общаго положенія; если индукція была не полной, то тогда она является не болѣе, какъ гипотетической редукціей, а слѣдовательно нуждается въ провѣркѣ путемъ опыта, которая однако невозможна. Въ дѣйствительности всѣ авторы, защищающіе обратное положеніе, или смѣшиваютъ неполную индукцію съ полной, или прибѣгаютъ къ телеологіи. Юриспруденція понятій, отрицающая телеологію, впадаетъ въ основную ошибку, видя въ превращеніи содержанія правовой нормы въ правовое понятіе доказываніе—для нея всякое понятіе реальность (90). Опасными слѣдствіями этого недостатка являются другіе, признаваемые за послѣднее время таковыми большинствомъ новѣйшихъ писателей (100). Сюда относится полученіе отдѣльныхъ нормъ изъ образованныхъ правовыхъ понятій (92); выводъ всѣхъ возможныхъ слѣдствій изъ такого общаго понятія (94), доктринаризмъ (95), иногда (вліяніе естественныхъ правовыхъ воззрѣній), вѣра въ то, что полученное понятіе подобно Платоновымъ идеямъ вѣчно и неизмѣнно (96) и т. д.

Теорію толкованія юриспруденція понятій хотѣла довести до своего рода математики, напротивъ, юриспруденція чувства оставляетъ рѣшающій моментъ за не подлежащимъ повѣркѣ правовымъ чувствомъ (Rechtsauffassung пониманіемъ права). Обосновать научно эту теорію совершенно невозможно (101). Сами ея авторы должны ограничиться исключительно ссылкою на несомнѣнно вѣрный фактъ, что въ настоящее время судья во всякомъ случаѣ въ своей дѣятельности находится подъ вліяніемъ своего правового чувства (102). Кромѣ этого „логически несостоятельнаго заключенія отъ существующаго къ должному юриспруденція чувствъ не выставляетъ никакихъ доказательствъ. Въ сущности она является отрицаніемъ всякой методики примѣненія права, и какъ всякое отрицательное воззрѣніе, осуждено на полную безплодность. Кромѣ чистой теоріи толкованія по чувству (Адикесъ, Шлоссманъ, Эрлихъ, Радбрухъ, Канторовичъ) (103), ея же судьбу должны раздѣлить еще нѣсколько родственныхъ теченій, которыя формально отвергаютъ усмотрѣніе судьи, но безсознательно приходятъ къ тому же заключенію, такъ какъ они не указываютъ никакой объективной методы примѣненія права. Сюда относятся такіе писатели какъ Шнейдеръ, желающій все вывести изъ добросовѣстности (Treu und Glauben), какъ непартійной оцѣнки интересовъ обѣихъ сторонъ, Мюллеръ - Эрцбахъ, же-

лающій выводить нормы права изъ соотношенія интересовъ, теоріи естественнаго права, ссылавшіяся на организацію человѣка или выставлявшая такія общія начала, какъ свобода и равенство (104—105). „Въ близкомъ родствѣ съ юриспруденціей чувства стоитъ и ученіе о правовомъ чувствѣ народа или по крайней мѣрѣ части его, какъ критеріи толкованія". Сюда относятся въ новѣйшее время Майеръ съ его ученіемъ о культурныхъ нормахъ. Это воззрѣніе имѣетъ всѣ недостатки юриспруденціи чувства, такъ какъ оно также не доказываетъ, почему судья долженъ руководствоваться этими народными воззрѣніями, точно также противорѣчитъ оно требованіямъ правовой твердости, такъ какъ ссылка на господствующіе взгляды слишкомъ неопредѣленна (106), и къ нимъ прибавляетъ оно еще новые недостатки, такъ какъ оно заставляетъ судью примѣнять и такого рода воззрѣнія массъ, которыя ему самому представляются совершенно несправедливыми. Поправка, вносимая въ подобныя воззрѣнія Дернбургомъ или Кроме, что должны приниматься во вниманіе только добрые обычаи оборота, обычаи людей, мыслящихъ прилично и справедливо, истинно благородныхъ и добрыхъ, въ сущности превращаетъ ихъ въ чистую юриспруденцію чувства (108). Главный недостатокъ всѣхъ этихъ воззрѣній заключается въ отсутствіи въ нихъ критицизма. Главной заслугой Штаммлера является созданіе критической юриспруденціи. Тѣмъ, что Штаммлеръ отнесся критически къ методу, къ самому критерію права, „онъ занялъ въ философіи права мѣсто, подобное положенію Канта въ теоріи познанія" (117). Б. готовъ принять и опредѣленіе права Штаммлера и дѣлаемый имъ изъ него выводъ о необходимости заполнять пробѣлы правовой системы, а также ссылки закона на добросовѣстность, принципіально справедливымъ правомъ (118). Вызываютъ однако сомнѣнія всѣ его попытки указать содержаніе критерія справедливаго права и особенно всѣ частные принципы этого права (120). Кромѣ того, Штаммлеромъ неправильно принципіально оставленъ телеологическій моментъ въ сторонѣ, хотя онъ и можетъ обойтись безъ него при формулированіи своего метода, однако моментъ этотъ сильно выступаетъ при разборѣ имъ отдѣльныхъ примѣровъ (123).

Необходимый критерій справедливаго права, долженъ быть разысканъ въ имманентной цѣли всякаго правового порядка. Разница между наукой и техническимъ дисциплинами сводится къ тому, что въ наукахъ нѣтъ цѣли, которую онѣ могли бы познать, и такимъ образомъ онѣ не могутъ положить въ свою основу никакого объективно обязательно мас-

штаба для измѣренія цѣнностей (127). Напротивъ, техническимъ дисциплинамъ дана цѣль, указать пути къ которой только и является ихъ задачей. „Врачъ не задается вопросомъ о цѣнности того индивида, котораго онъ лечитъ, для врача конечнымъ пунктомъ его дѣятельности является достиженіе поставленной ему задачи—вылечить тѣло, хотя бы врачъ могъ бы считать сохраненіе и дальнѣйшее развитіе этого индивида вреднымъ“ (128). Точно также цѣль, поставленная полководцу можетъ считаться общепризнанной, и побѣдитель или побѣжденный, какихъ бы разныхъ мнѣній они ни были о результатахъ войны для человѣчества, могутъ считать, положимъ, поведеніе Мольтке правильнымъ—соотвѣтствующимъ идеалу: съ возможно меньшими собственными жертвами сдѣлать безвредными непріятельскія военныя силы (128). Съ такой же технической точки зрѣнія необходимо разсматривать положеніе судьи и законодателя. „Какъ цѣль, имъ дана нѣкоторая совокупность дифференцированныхъ и интегрированныхъ частей, а именно соціальная община. Обыкновенно дѣло идетъ здѣсь о народѣ, т. е. объ рядѣ семей, объединенныхъ общностью извѣстныхъ культурныхъ благъ, особенно языкомъ. Впрочемъ, этотъ признакъ не является безусловно необходимымъ, имѣются напримѣръ государства, какъ Австрія или Швейцарія, не обладающія замкнутымъ національнымъ населеніемъ, да наконецъ правовая община можетъ иногда и не быть государствомъ. Сейчасъ еще мы находимъ такія правовыя образованія, какъ католическая церковь, проявляющая отличный отъ государства правовой характеръ. Можно однако ради упрощенія положить въ основу обыкновенный случай замкнутаго національнаго государства и говорить поэтому объ организованномъ народѣ, какъ цѣлевомъ объектѣ законодательства и примѣненія права. Отдѣльный народъ... постольку является организмомъ, поскольку его части представляютъ изъ себя не просто конгломератъ лишенныхъ взаимныхъ отношеній индивидовъ, но поскольку онѣ стоятъ въ необходимомъ взаимодѣйствіи. Какъ въ тѣлѣ не отдѣляются отъ него мозгъ, легкія, желудокъ, точно также невозможно представить себѣ иначе, какъ путемъ чистой абстракціи совершенно изолированныхъ сельскихъ хозяевъ, промышленниковъ, купцовъ, солдатъ, судей, духовныхъ, ученыхъ или художниковъ, такъ какъ каждый изъ названныхъ органовъ и функцій мыслимъ только какъ часть цѣлаго, такъ же, какъ и обратно, для представленія цѣлаго необходимы всѣ эти отдѣльныя дѣятельности. Такъ какъ цѣлью дѣятельности законодателя и судьи данъ народъ, то ихъ задачей является отыскать такія мѣры,

которыя обезпечили бы возможно большее развитіе его органовъ и скрывающихся въ немъ силъ. Такимъ образомъ мы получили и критерій справедливаго права: то право справедливо, которое возможно способствуетъ культурному развитію народа и наиболѣе способствуетъ переходу національныхъ силъ изъ состоянія потенціальнаго въ дѣйствующее (129). При этомъ понятіе развитія не слѣдуетъ понимать въ томъ смыслѣ, что все послѣдующее является развитіемъ предыдущаго, достаточно указать, какъ примѣръ, положеніе Пруссіи послѣ пораженія при Іенѣ (131). О развитіи можно говорить только тогда, когда дѣло идетъ о созданіи новыхъ силъ. Точно также понятіе развитія не должно пониматься односторонне, какъ только духовное или экономическое, напротивъ „задачею права является способствовать по возможности развитію всей, не только экономической, но и особенно духовной культуры“ (131). „Если этотъ критерій справедливаго права... является абсолютнымъ, то матеріальное содержаніе послѣдняго должно быть всегда болѣе или менѣе различнымъ“ въ зависимости отъ высоты культуры, на которой стоитъ данная община (137). Указанному идеалу могла бы быть поставлена въ „упрекъ его недостаточная опредѣленность, такъ какъ взгляды отдѣльныхъ людей на цѣнность культурнаго блага и на значеніе отдѣльныхъ человѣческихъ дѣятельностей широко расходятся“ (138). Упрекъ этотъ однако не опровергаетъ правильности самого метода. „Юридическое искусство только раздѣляетъ судьбу другихъ человѣческихъ искусствъ вѣчно быть несовершеннымъ (139). Какъ въ педагогіи одинъ педагогъ выдвигаетъ впередъ тѣлесное, а другой умственное развитіе, одинъ образованіе характера, другой разума, одинъ видитъ идеалъ въ возможно большемъ накопленіи знаній, другой въ развитіи самостоятельнаго критическаго мышленія, такъ и соціальный идеалъ страдаетъ отъ наличности въ немъ субъективной составной части, „такъ какъ одинъ хочетъ способствовать духовному развитію, а другой экономическому. „Отсюда однако нельзя выводить заключенія, что поэтому нужно выбросить всякій объективный масштабъ и посадить субъективное усмотрѣніе на судейское кресло. Такое пониманіе ошибочно, такъ какъ идеалъ не дѣлается невѣрнымъ потому только, что его эмпирическое осуществленіе остается постоянно несовершеннымъ“. Затѣмъ противники просматриваютъ важное обстоятельство, что субъективизмъ, присущій всѣмъ сужденіямъ о культурномъ развитіи, въ значительной своей части устраняется тѣмъ, что несмотря на различіе взглядовъ на конечную цѣль, можно легко приходить къ со-

гласію при обсужденіи промежуточныхъ цѣлей“ (139). Такъ, легко можетъ господствовать полное единодушіе, что при одинаковости всѣхъ остальныхъ условій желательно усиленное производство экономическихъ благъ. При такомъ предположеніи, дѣло будетъ уже итти только о „вопросѣ, какія средства наиболѣе годны для этой цѣли“. Нерѣдко могутъ разсчитывать на всеобщее признаніе и болѣе спеціальныя цѣли, напримѣръ борьба съ эксплоатаціей кустарей. Въ этомъ случаѣ нужно было бы только взвѣсить, поскольку можно этому соціальному злу помочь безъ опасности для дальнѣйшихъ интересовъ (139). Конечно часто можетъ еще оставаться различіе мнѣній на счетъ пригодности какого нибудь средства для достиженія опредѣленной цѣли. Но эту судьбу дѣлитъ правовое искусство со всѣми остальными. Врачи часто расходятся во взглядахъ на основные принципы терапіи и профилактики. „Если бы врачи и юристы стали бы медлить съ своей дѣятельностью до тѣхъ поръ, пока не были бы разрѣшены всѣ спорные случаи, то они уподобились бы тому крестьянину, который, подойдя къ широкой рѣкѣ, отложилъ переходъ черезъ нее до того времени, когда вся вода протечетъ“ (140).

Такимъ образомъ, судья при примѣненіи права имѣетъ дѣло съ двоякаго рода оцѣночными сужденіями, во первыхъ имманентными и во вторыхъ найденными при посредствѣ критерія справедливаго права. Первые имманентны положительному праву, вторыя можно назвать поэтому сверхположительными; по дѣйствующему закону судья въ Германіи является „подчиненнымъ закону“, поэтому онъ безусловно обязанъ примѣнять имманентныя оцѣнки, не провѣряя ихъ на критеріи справедливаго права, и даже въ томъ случаѣ, если бы онъ нашелъ ихъ противорѣчащими справедливому праву (146). Вопреки мнѣніямъ Штампе, Канторовича и другихъ, справедливое право, его сверхположительныя цѣнности, судья можетъ примѣнять только, 1) если положительное право не даетъ отвѣта и 2) если оно само ссылается на справедливое право (147). Что касается перваго случая, то онъ въ свою очередь распадается на двѣ группы: а) сверхположительныя цѣнности восполняютъ толкованіе права, когда результатъ толкованія не является точно опредѣленнымъ, допускающимъ не одно только пониманіе, и б) когда въ системѣ положительнаго права мы встрѣчаемъ истинный пробѣлъ. Къ первой группѣ относятся такіе случаи, когда законъ допускаетъ двоякое пониманіе. Понятіе напр. непреодолимой силы не формулировано прямо въ законѣ, и какъ извѣстно, идетъ споръ о томъ, какая изъ теорій субъективныхъ или объективныхъ (онѣ всѣ по крайней мѣрѣ

буквѣ закона не противорѣчатъ) должна быть принята къ руководству судомъ (149). Далѣе сюда относятся случаи, когда законъ самъ даетъ опредѣленіе, но это опредѣленіе неточно формулировано въ количественномъ отношеніи напримѣръ въ § 276 Г. Г. У. неосторожность опредѣляется, какъ непроявленіе требуемой оборотомъ заботливости (153). Во всѣхъ этихъ случаяхъ выборъ судьи долженъ пасть на то возможное толкованіе буквы закона, которое будетъ наиболѣе совершеннымъ по критерію справедливаго права. Гораздо оолѣе важнымъ является роль справедливаго права при заполненіи пробѣловъ системы права (154). Одно логическое развитіе нормъ восполнить пробѣлы дѣйствующаго закона не можетъ. При примѣненіи здѣсь справедливаго права мы должны прежде всего прибѣгнуть къ аналогіи, при чемъ сначала мы отыскиваемъ логически высшія оцѣнки, имманентныя дѣйствующему праву, а затѣмъ дѣлаемъ изъ нихъ возможныя заключенія, при чемъ здѣсь мы должны провѣрять какъ соотвѣтствіе полученнаго нами принципа права, такъ и всѣхъ возможныхъ изъ него послѣдствій началамъ справедливаго права (155), такимъ путемъ мы можемъ восполнить такіе пробѣлы, какъ пробѣлъ § 447 Г. Г. У. не указывающаго, кто несетъ отвѣтственность за случайную гибель вещи, при пересылкѣ ее отъ купца къ покупателю въ границахъ одного и того же города. Нужно замѣтить, что единственную принципіальную границу примѣненія аналогіи можно усмотрѣть только въ прямомъ воспрещеніи закона примѣнять по аналогіи такія-то и такія-то нормы, напр. уголовныя, согласно § 2 Г. Уг. Ул. (157). Норма, предусматривающая единичный случай, можетъ быть примѣняема и по аналогіи. Такъ какъ здѣсь при помощи аналогіи юристу дается „средство притти на помощь рабочимъ сословіямъ, то онъ не долженъ изъ чрезмѣрной щепетильности закрывать себѣ путь развивать далѣе право въ духѣ истинной соціальной политики“ (157). Если аналогія, которая часто можетъ быть очень близкой съ распространительнымъ толкованіемъ, (напримѣръ извѣстный вопросъ о томъ, можно ли украсть электричество, т. е. вещь ли оно въ смыслѣ § 242 Г. У. У.) (158), не даетъ намъ отвѣта на пробѣлъ въ правѣ, тогда современный судья, конечно, не можетъ прибѣгнуть къ фикціи или къ неопровержимому предположенію права, а долженъ прямо восполнить этотъ пробѣлъ изъ справедливаго права, т. е. судья долженъ дать то рѣшеніе, которое онъ далъ бы, если бы онъ самъ былъ законодателемъ. „При этомъ, конечно, онъ не можетъ руководствоваться только своимъ однимъ правовымъ чувствомъ,

напротивъ онъ долженъ изслѣдовать, какого рода правовая норма явится наиболѣе способствующей движенію впередъ культуры“ (159). Такое непосредственное прибѣганіе къ справедливому праву можно назвать также рѣшеніемъ по природѣ вещей. Однако такое рѣшеніе по природѣ вещей допустимо только тогда, когда оказалось невозможнымъ восполнить пробѣлъ посредствомъ аналогическаго расширенія. Соблазнительна мысль, что прибѣгать къ аналогіи въ сущности значитъ дѣлать ненужный крюкъ, что судья долженъ вездѣ, гдѣ дѣло идетъ о восполненіи пробѣловъ класть въ основу рѣшенія прямо природу вещей. Это нарушало бы интересы правовой прочности. „Поэтому судья долженъ, до послѣдней возможности, держаться за позитивныя оцѣночныя сужденія и ограничиваться ихъ расширеніемъ, и только тогда прибѣгать къ вполнѣ самостоятельному творенію права, когда нельзя подыскать ни одной нормы, способной дать аналогичное расширеніе. Аналогія, выполненная при помощи обобщающей индукціи, заслуживаетъ предпочтенія передъ рѣшеніемъ по природѣ вещей, такъ какъ при посредствѣ первой приходятъ въ созвучіе имманентныя оцѣночныя сужденія со сверхположительными, между тѣмъ какъ послѣднее не въ состояніи установить такую внутреннюю связь между нахожденіемъ и твореніемъ права“ (160—161). Отсюда слѣдуетъ, что конструкція является для юриста безусловно необходимой, задачей ея является расчленить правовой матерьялъ. Хотя при этомъ не матерьялъ, а юристъ является господиномъ, но идеаломъ конструированія не является конструированіе исключительно субъективное, не связанное прежней работой другихъ“. Понятія „просрочка“, „невозможность“, „правовое основаніе“ и т. д., не являются продуктомъ умственной дѣятельности единичнаго изслѣдователя. Они плодъ болѣе, чѣмъ двухтысячелѣтняго правового опыта человѣчества и при томъ въ наимыслимо концентрированной формѣ; если бы юристъ пренебрегъ конструированіемъ съ этими унаслѣдованными правовыми понятіями и захотѣлъ бы судить исключительно по своей собственной телеологической оцѣнкѣ, то ему пришлось бы оставить безъ вниманія унаслѣдованныя сокровища тысячелѣтняго правового опыта и такимъ образомъ лишить себя самаго дѣйствительнаго средства, чтобъ предохранить свой собственный телеологическій ходъ мыслей отъ заблужденій. Конструкція необходима не только для приведенія въ порядокъ регистраціи, уже найденныхъ результатовъ, но она необходима и для дальнѣйшаго развитія права“... (161). „Она доставляетъ средство разложить сложныя явленія на его со-

ставныя части и посредствомъ такого анализа сдѣлать возможнымъ разслѣдованіе того, какой изъ отдѣльныхъ моментовъ телеологически оправдываетъ опредѣленное правовое послѣдствіе. Юристъ по чувству отдается совокупности фактическаго состава и надѣется найти истинное, какъ въ слѣпотѣ, черезъ внушеніе чувства, напротивъ юристъ конструкторъ разлагаетъ фактическій составъ на его отдѣльныя части, чтобы изслѣдовать телеологически каждый отдѣльный моментъ, причемъ онъ предположительно кладетъ въ основу общій принципъ и затѣмъ изслѣдуетъ, смогутъ ли выдержать критерій справедливаго права всѣ возможныя вытекающія изъ него послѣдствія“ (162). Конструкторъ не увлечется чувствомъ вознаградить бѣдняка за счетъ богатаго человѣка, если первый въ домѣ богатаго безъ всякой вины со стороны послѣдняго самъ наткнулся на какой нибудь предметъ и сломалъ себѣ ногу. Такимъ образомъ „дуализмъ обоихъ противоположныхъ теченій конструктивнаго и телеологическаго замѣняется монистической теоріей, въ которой логическій элементъ доставляетъ форму, а телеологическая точка зрѣнія критерій содержанія“ (163). Далѣе справедливое право толкователь долженъ примѣнять, когда самъ законъ на него ссылается. „Эта ссылка никогда впрочемъ не дѣлается прямо, обыкновенно законъ употребляетъ выраженія вродѣ Treu und Glauben, добрые нравы, справедливое усмотрѣніе и т. д., но изъ такихъ неопредѣленныхъ выраженій прямо слѣдуетъ, что законъ хотѣлъ воздержаться отъ собственной регуляціи и дать судьѣ полномочіе самому отыскать объективно-справедливое. Такой порядокъ имѣетъ большія преимущества, но скрываетъ въ себѣ и большія опасности. Свободное судейское правотвореніе можетъ въ предоставленной ему области отыскать рѣшеніе, стоящее въ согласіи съ справедливымъ правомъ до самыхъ мелочей, но съ другой стороны такой слишкомъ далеко идущей ссылкой предоставляется субъективизму обширное поле и такимъ образомъ твердость права ставится болѣе или менѣе въ опасность (163). Эта противоположность между постулатами твердости права и справедливости содержанія проявляется вездѣ въ исторіи. На первоначальной ступени культуры перевѣшиваетъ строгое право, которое точно описываетъ фактическій составъ и наивозможно мало оставляетъ судейскому усмотрѣнію. Чѣмъ болѣе возрастаетъ оборотъ и чѣмъ дѣлаются сложнѣе соціальныя отношенія, тѣмъ все болѣе судья пріобрѣтаетъ полномочіе обсуждать конкретный фактическій составъ по свободному усмотрѣнію вплоть до мелочей, при чемъ онъ ставитъ въ счетъ при рѣшеніи каж-

дый моментъ, который заслуживаетъ быть принятымъ во вниманіе и можетъ оставить безъ вліянія на рѣшеніе всякое обстоятельство, которое является для справедливаго права безразличнымъ. Г. Г. У., давъ такую широкую компетенцію судамъ по примѣру французскаго гражданскаго уложенія, выдаетъ этимъ нѣмецкому судьѣ рѣшительный вотумъ довѣрія“ (164). Сюда относятся такія ссылки (перечень дается Брюттомъ не исчерпывающій) (164) 1. § 183 Г. Г. У. (недѣйствительность сдѣлки противорѣчащей добрымъ нравомъ) 2. § 826 Г. Г. У. (злоупотребленіе правомъ и § 817. 3. § 162 Г. Г. У. (недѣйствительность условія, которое наступило благодаря несогласному съ доброй совѣстью поведенію стороны), ср. § 819 (164). 4. § 157 (предписаніе толковать договоры, какъ того требуетъ добросовѣстность въ соотвѣтствіи съ обычаемъ оборота) (165). 5. всѣ случаи, когда законъ предписываетъ рѣшеніе по справедливому усмотрѣнію судьи (§ 1024, 1060, 315, 317, 660, 745, 1246 и т. д.). 6. Когда законъ разрѣшаетъ прекратить правоотношенія вслѣдствіе важнаго основанія, напримѣръ договоръ личнаго найма § 626 товарищества § 723 ср. также §§ 712, 715, 2227, 1568 Г. Г. У. § 133, 133, 117, 127 Г. Г. У. (166). 7. Случаи въ семейномъ правѣ, когда законъ выставляетъ понятіе злоупотребленія властью (§ 1353, 1254, 1357, 1666). 8. § 242 (167). Изъ указанныхъ случаевъ примѣненія справедливаго права видно, что его нормы, подобно нормамъ права положительнаго, также должны быть раздѣлены на принудительныя и на диспозитивныя: принудительныя не могутъ быть устранены соглашеніемъ сторонъ, напр. нормы о томъ, что сдѣлки не могутъ противорѣчить добрымъ нравамъ; нормы же диспозитивныя соглашеніемъ сторонъ могутъ устраняться, напр. нормы, предписывающія соблюденіе добросовѣстности. На этомъ основывается обратно раздѣленіе несправедливаго права на безусловно непріемлемое и на только относительно несоотвѣтствующее природѣ вещей (unsachgemässes) (171). Поэтому, напр., примѣненіе иностраннаго закона въ силу статьи 30 Закона о введеніи въ дѣйствіе Г. Г. У. исключается только тогда, если этотъ законъ нарушаетъ принудительную норму справедливаго права, напримѣръ, признаетъ рабство или многобрачіе, но не тогда, когда его содержаніе является менѣе совершеннымъ сравнительно съ постановленіями германскаго права. Вообще подъ выраженіемъ добрые нравы законъ понимаетъ справедливое право, а не правила морали или приличія. Если въ нѣкоторыхъ отдѣльныхъ случаяхъ приходится примѣнять эти послѣднія, (сюда относятся § 528, 530, 534; § 814; §

1346; 1641, 1804, 2113, 2205; 2325, по 2230), то только когда онѣ не противорѣчатъ добрымъ нравамъ, т. е. справедливому праву (175). И такъ судьѣ предоставляется въ самомъ широкомъ объемѣ полномочіе самостоятельно производить правовую оцѣнку (179). Не нарушается ли ученіе Монтескье о раздѣленіи властей? Нужно однако замѣтить, что какъ вообще ни правильно это ученіе, но оно не можетъ быть чисто механично доводимо до его крайнихъ послѣдствій. До нихъ оно не могло быть доведено даже въ Соединенныхъ Штатахъ Сѣверной Америки. „Еще менѣе шаблонно проведено оно въ Германіи..., гдѣ король обладаетъ абсолютнымъ veto, а рейхстагъ... утверждаетъ бюджетъ, тѣмъ принимаетъ существенное участіе въ управленіи. Поэтому можно и не удивляться, что и судья не оказывается только подводящей машиной (Subsumptionsmaschine), но можетъ предпринимать, какъ законодатель, самостоятельную оцѣнку (180). Не надо при этомъ забывать, что рѣшенія судьи не являются обязательными прецедентами и что такимъ образомъ въ его рукахъ является только какъ бы, а не истинно законодательная власть. Конечно, изъ этихъ прецедентовъ можетъ образоваться обычное право, авторитетъ котораго покоится на постоянномъ повтореніи и убѣжденіи членовъ правовой общины, а не на законодательномъ значеніи судебнаго рѣшенія“. Надо еще подчеркнуть, что такое обычное право никогда не можетъ образоваться изъ рѣшеній судьи, въ которыхъ онъ примѣняетъ справедливое право въ виду прямой ссылки на него въ законѣ; такія выраженія какъ добрые нравы, добросовѣстность и т. д. вводятся законодателемъ именно для того, чтобы они могли постоянно быть приспособленными къ мѣняющимся отношеніямъ (181). „Часть объективнаго права должна быть точно опредѣлена (фиксирована), она представляетъ собою какъ бы костякъ, который даетъ всему тѣлу способность держаться, другая же часть должна оставаться настолько неопредѣленной, чтобъ она могла быть постоянно приспособленной ко всѣмъ отдѣльнымъ моментамъ. Она представляетъ собой мягкія части права, которыя даютъ ему необходимую эластичность. Какъ бы ни различны были по техникѣ своей эти обѣ области, повсюду идеаломъ, дающимъ характерный отпечатокъ всему цѣлому въ его содержаніи, является справедливое право“ (182).

Во всякомъ положительномъ правѣ имѣются постановленія, не совпадающія со справедливымъ правомъ. Или ихъ далъ законодатель умышленно, или же нормы эти стали казаться несправедливыми вслѣдствіе того, что измѣнились по-

требности жизни и содержаніе справедливаго права. Здѣсь могутъ быть нормы принципіально несправедливыя, отвергнуть ихъ судья не можетъ, но онъ обязанъ ихъ толковать сколько возможно уже, ни въ какомъ случаѣ не допуская аналогіи (182). Если же эти несправедливыя нормы являются только менѣе цѣлесообразнымъ опредѣленіемъ жизненныхъ отношеній, то судья не имѣетъ права только поэтому давать имъ узкое толкованіе, но долженъ, какъ всегда, отыскать имманентныя этимъ нормамъ оцѣночныя сужденія и дать распространительное или суживающее толкованіе въ зависимости отъ содержанія найденнаго имманентнаго оцѣночнаго сужденія, которое для судьи всегда обязательно (185). Несправедливость положительнаго права объясняется естественною слабостью всѣхъ человѣческихъ учрежденій (ошибка законодателя, устарѣлость нормы), техникою законодательства, напр. опредѣленіе цифрою лѣтъ дѣеспособности (186). Иногда она является и сознательной. „Какъ оправдать, что законодатель сознательно отвергаетъ справедливое право, тогда какъ оно должно бы было быть всегда его компасомъ? Какъ капитану въ минуту опасности позволяется выбросить за бортъ часть груза, чтобы довезти остальной въ надежную гавань, такъ же долженъ и законодатель иногда отвергнуть справедливость, чтобы въ остальномъ тѣмъ прочнѣе можно было бы осуществить правовой идеалъ“. Сюда относятся такіе случаи, когда важно быстрое разрѣшеніе спорныхъ вопросовъ, напр. роковые сроки, давность владѣнія, и вообще давность, сюда подойдутъ и случаи, подводимые Іерингомъ подъ законъ, названный имъ аналитическимъ упрощеніемъ фактическаго состава“ (187). „Какъ при толкованіи закона, такъ и при восполненіи пробѣловъ права никогда нельзя упускать изъ вниманія того обстоятельства, что законъ цѣнитъ не только справедливость содержанія, но дѣлаетъ уступки правовому миру и техническимъ потребностямъ. Поэтому какъ при аналогіи, такъ и по рѣшенію по природѣ вещей необходимо всегда прежде всего взвѣсить, не требуютъ ли такого рода соображенія отступленія отъ справедливости“ (197).

Могутъ возникнуть сомнѣнія, осуществима ли на практикѣ методика толкованія по критерію справедливаго права, вѣдь „невозможно требовать отъ всякаго практика, разрѣшающаго какой-нибудь мелкій процессъ, чтобы онъ постоянно имѣлъ предъ своими глазами послѣднюю цѣль, къ которой стремится право и сообразно съ ней оцѣнивалъ конкретный фактическій составъ. Предлагаемая методика и не задается цѣлью дать легкія указанія, какъ рѣшать всякіе юри-

дическіе мелкіе вопросы повседневной жизни. Это и ненужно, какъ кухарка не должна думать о законахъ химіи во время варки, такъ и судья не можетъ при разрѣшеніи мелкаго юридическаго вопроса повседневной жизни прямо и непосредственно прибѣгать къ основнымъ принципамъ справедливаго права. Вопросы, подлежащіе здѣсь рѣшенію, слишкомъ трудны и слишкомъ сложны, чтобъ можно было осмѣлиться ихъ разрѣшать безъ тщательнаго ихъ изслѣдованія, для ихъ разрѣшенія необходимо наблюдать и производить оцѣнку общественнымъ массовымъ явленіямъ. Для этого нужно обладать не только вообще глубокими соціально-экономическими познаніями, но сверхъ того основательнымъ знаніемъ относящихся къ вопросу жизненныхъ отношеній и культурныхъ факторовъ. Критическая методологія не vademecum для ежедневнаго употребленія, но руководство для основательнаго изученія тѣхъ ученыхъ и практиковъ, которые обладаютъ спеціальными познаніями въ подлежащей разрѣшенію области или по крайней мѣрѣ хотятъ ихъ пріобрѣсти“ (201).

Къ 13. Ссылки сдѣланы на сочиненіе Die Kunst der Rechtsanwendung... von Lorenz Brütt. Berlin 1907. Спокойно написанная книга, требующая отъ читателя значительной философской, особенно логической, подготовки прошла мало замѣченной, чему способствовала и умѣренность ея выводовъ. Конечно, ее отмѣтили присяжные лѣтописцы, изъ которыхъ однако Гедеманъ сопоставленіемъ отдѣльныхъ мѣстъ Б. съ работой Румпфа не возвышаетъ въ глазахъ читателя перваго передъ послѣднимъ, тогда какъ самъ Б. и, намъ думается, по праву считаетъ себя значительно выше Румпфа (ArchBürgR. 31 302). Болѣе вѣрную характеристику даетъ Радбрухъ, говоря: «Б. даетъ заслуживающую благодарности критическую сводку современныхъ методологическихъ стремленій, замѣчательную не столько новизною результатовъ, сколько основательностью изслѣдованія». ZStW. 28 253. Дѣйствительно книга Б. является на нашъ взглядъ наилучшей въ смыслѣ методологическомъ изъ всего, что написано писателями новыхъ теченій, особенно замѣчательной является отчетливое отдѣленіе авторомъ догматики отъ соціологіи и исторіи права, что даетъ ему возможность легко вскрывать грубыя ошибки Румпфа (182) и тѣмъ болѣе Канторовича (22). Поэтому же мнѣ придется при разборѣ новыхъ теченій, особенно много считаться съ доказательствами Б.. Нельзя не пожалѣть, что этотъ много обѣщавшій юристъ (кромѣ изложенной имъ написаны были еще двѣ сравнительно большія работы Das Koalitionsrecht der Arbeiter in Deutschland und seine Reformbedürftigkeit 1906 и Die abstrakte Forderung nach d. Reichsrecht 1908) скончался такимъ молодымъ (о смерти его надо заключить по †, поставленному при его имени въ его статьѣ ArchRPhilos. 2 368, IV).

Д. Писатели, разсматривающіе ученіе о толкованіи съ соціологической точки зрѣнія.

...*Прежде всего изучить живое право*... Jung. Posit. R. 4.

15. *Вурцель.* Методологія правовѣдѣнія находится въ печальномъ состояніи и воззрѣніямъ юристовъ на ихъ работу присущъ рядъ чертъ, свойственныхъ Контовской метафизической ступени развитія науки. Объясняется это въ значительной степени тѣмъ, что право возникло въ жизни очень рано и такимъ образомъ въ житейскомъ правовомъ языкѣ употреблялся цѣлый рядъ понятій логическихъ, психологическихъ, экономическихъ, этическихъ и т. д. до разработки ихъ соотвѣтственными науками и оттуда они въ такомъ видѣ перешли въ науку права, явившуюся первой изъ соціальныхъ наукъ (1—4). Хотя основной задачей юридическаго образованія указывается пріобрѣтеніе юридическаго мышленія однако точнаго изслѣдованія, что изъ себя представляетъ юридическое мышленіе, не имѣется. Нѣтъ отвѣта въ научной литературѣ и на то, является ли юридическое мышленіе чѣмъ то отличнымъ отъ логическаго или же оно просто представляетъ собою научный методъ, свойственный наукѣ права (5). Точно также нѣтъ ничего опредѣленнаго въ воззрѣніяхъ неюристовъ на то, что представляетъ изъ себя особенное юридическое мышленіе (6). Подъ вліяніемъ уголовнаго процесса съ юридическимъ мышленіемъ связывается холодная строгость, твердость и неуклонность. Съ другой стороны съ юридическимъ мышленіемъ связываются чрезмѣрныя тонкости, хитроумности, притягиваніе за волосы и т. д., свойства, выводимыя изъ наблюденія надъ наукой гражданскаго права и гражданскимъ судомъ. Единственное, что юристы попытались разрабатывать, было толкованіе законовъ, въ результатѣ этой разработки явилось ходячая теорія толкованія. Изъ остальныхъ попытокъ установить нѣчто методологически общее можно отмѣтить только выставленіе нѣкоторыхъ постулатовъ (6), которымъ должна удовлетворять юриспруденція. Коренными общепризнанными постулатами являются 1) безпристрастіе, неподверженность юристовъ аффектамъ. Онъ былъ очень рано выставленъ, что объясняется положеніемъ судьи, всегда стоящаго среди борющихся сторонъ. Поэтому первоначально постулатъ этотъ имѣлъ полное и понятное оправданіе, такъ какъ онъ сводился просто къ требованію, чтобы судья не поддавался индивидуальному пристрастію въ пользу или во вредъ одной изъ сторонъ. Если же разсматривать его съ точки зрѣнія современныхъ соціальныхъ наукъ, которыя указываютъ, что

всякій человѣкъ въ своемъ мышленіи и въ своихъ сужденіяхъ безсознательно находится подъ вліяніемъ разнообразныхъ „соціальныхъ воспріятій Empfindungen (государственныхъ, національныхъ, профессіональныхъ, религіозныхъ, классовыхъ, сословныхъ и иныхъ впечатлѣній солидарности, этическихъ и другихъ чувственныхъ направленій, историческихъ преданій, унаслѣдованныхъ (hergebrachter) оцѣнокъ и т. д.), то тогда онъ долженъ казаться вовсе не простымъ и возбуждать длинный рядъ вопросовъ, долженъ ли юристъ, судья быть дѣйствительно свободнымъ отъ всѣхъ общественныхъ теченій, долженъ ли онъ избавиться при юридическомъ мышленіи отъ всѣхъ такихъ впечатлѣній и дѣйствительно ли такое освобожденіе возможно (7—8). Другой постулатъ сводится къ требованію правовой твердости. Онъ понимается не въ смыслѣ отсутствія фактическаго нарушенія права, а въ смыслѣ единообразнаго примѣненія права, которое могло бы въ своемъ идеалѣ достигнуть возможности всегда точно предсказывать, какъ будетъ разрѣшенъ данный случай (9). Этотъ постулатъ юридическаго мышленія на дѣлѣ не достигается, что доказывается уже частымъ указаніемъ теоретиковъ, что практика судовъ исправитъ тотъ или другой недостатокъ закона (10). Еще доказательнѣе этихъ единичныхъ воззрѣній являются нѣкоторые юридическіе институты, напримѣръ: гражданскій процессъ, въ которомъ каждая изъ сторонъ предполагается добросовѣстно убѣжденной въ своемъ правѣ, возможность въ уголовномъ процессѣ для обвинителей и защитниковъ одновременно просить обвиненія и оправданія подсудимаго, наконецъ, система инстанцій съ отмѣною рѣшеній однимъ судомъ другимъ (11). Такимъ образомъ по отношенію къ второму постулату возникаетъ „необходимость позитивнаго изученія, откуда черпаетъ свое основаніе непостоянство, насколько и посредствомъ какихъ средствъ оно было подавляемо и могло бы быть еще болѣе сокращено“ (12).

Единственная часть юридическаго мышленія, которая подвергнута принципіальной разработкѣ юристами, приняла форму толкованія права. Эта юридическая герменевтика можетъ считаться достаточно установленной и вмѣстѣ съ тѣмъ съ точки зрѣнія позитивнаго знанія страдающей рядомъ существенныхъ недостатковъ, не только потому, что она не охватываетъ всей области юридическаго мышленія, такъ она оставляетъ внѣ разсмотрѣнія законодательную технику, явленіе проекціи и вообще всю большую переходную область между чистымъ установленіемъ фактовъ и дѣйствительнымъ толкованіемъ, но и потому, что и въ той части, которую она

охватываетъ, она совершаетъ коренную ошибку, которая отнимаетъ отъ нея почти всякую цѣнность (13): ходячая теорія права разсматриваетъ „правила, по которымъ должно вестись толкованіе (и вообще примѣненіе права) не какъ только естественныя закономѣрности, но какъ предписанія, т. е. какъ тоже правовыя нормы“ (13). Между тѣмъ „законы, опредѣляющіе толкованіе, всегда только законы природы, а не нормы права“... „Не во власти законодателя увеличить посредствомъ изданія нормъ массу пониманія, которая дается его приказанію, не въ его власти посредствомъ произвольныхъ нормъ улучшать толкованіе, т. е. умственное воспріятіе его выраженій. Ему не остается ничего другого, какъ издать норму, воспріятіе же этой нормы подлежитъ общимъ соціальнымъ, психологическимъ, логическимъ, лингвистическимъ и инымъ законамъ природы“... (14). Между тѣмъ ходячая теорія толкованія, какъ она излагается въ учебникахъ гражданскаго и уголовнаго права, а иногда и въ учебникахъ судопроизводства ограничивается разсмотрѣніемъ законныхъ правилъ толкованія“, при чемъ въ виду крайней скудости въ этомъ отношеніи новѣйшихъ законодательствъ юристами „привлекаются, какъ обоснованіе, отдѣльныя мѣста изъ римскихъ источниковъ“ (15), и толкователи мучаются надъ согласованіемъ противорѣчій въ этихъ общихъ правилахъ, а съ другой стороны ходячія правила толкованія даютъ возможность обосновывать разными мѣстами римскихъ источниковъ разныя рѣшенія отдѣльнаго случая въ зависимости отъ желаній изслѣдователя. Если хотятъ во всякомъ случаѣ дать примѣненіе данной нормѣ, то говорятъ, „когда законъ не различаетъ, и мы не имѣемъ права различать“ (l. 21, D. 1, 2), а если „правовое чувство противится строгому толкованію“, то говорятъ, „предписано во всѣхъ случаяхъ предпочитать смыслу строгаго права смыслъ его по справедливости“ (16).

Цѣлью толкованія герменевтика ставитъ отысканіе смысла (содержанія, намѣренія, воли, mens, sententia) правовой нормы. Результаты толкованія современная теорія раскладываетъ на пять: 1) extensiva (смыслъ шире, чѣмъ слово), 2) lata слово двусмысленно, принимается въ болѣе широкомъ его смыслѣ, 3) declarativa (слово и смыслъ совпадаютъ) 4) stricta (слово двусмысленно, принимается болѣе узкій смыслъ) 5) restrictiva (смыслъ уже, чѣмъ слово). Къ этому приходится прибавить еще аналогію, когда несмотря на распространительное толкованіе „смыслъ нормы оказывается недостаточнымъ, чтобы охватить данный фактическій составъ и несмотря на это она къ нему примѣняется“, и 7) рѣшеніе антиномій, т. е

когда одинъ и тотъ же фактическій составъ несмотря на наивозможно ограничительное толкованіе соотвѣтственныхъ мѣстъ закона подпадаетъ подъ дѣйствіе двухъ противорѣчивыхъ „смысловъ“ (17). Указываемое нѣкоторыми юристами еще особое „развитіе содержанія закона“ должно быть оставлено безъ вниманія, такъ какъ совершенно непонятно, почему единая умственная работа, направляющаяся на познаніе права изъ одной формулированной правовой нормы, должна раздѣляться на двѣ особыя дѣятельности. Обыкновенно авторы говорятъ о развитіи содержанія закона очень скудно и созданіе такой особой категоріи объясняется развѣ только тѣмъ, что нѣкоторыя имѣющія дѣйствительное содержаніе, но обособленныя наблюденія о процессѣ толкованія, не могутъ быть введены въ указанную схему отчасти вслѣдствіе ея пустоты, отчасти вслѣдствіе невозможности ее провести (18).

Не говоря о томъ характерномъ явленіи, что когда дѣло доходитъ до примѣровъ, то отдѣльные авторы одинъ и тотъ же примѣръ относятъ подъ разныя рубрики толкованія (18—19), и не говоря о томъ, что въ сущности всѣ эти виды толкованія можно легко свести къ двумъ: совпаденіе смысла съ буквой нормы (21) или же несовпаденіе, приходится признать это дѣленіе не удовлетворяющимъ требованіямъ логики, такъ какъ оно основано на такомъ же случайномъ признакѣ, какъ еслибы мы стали классифицировать звѣрей по ихъ цвѣту или растенія по ихъ величинѣ. Дѣленіе имѣло бы смыслъ, если бы для каждой изъ его рубрикъ можно было бы обосновать особыя правила, между тѣмъ всѣ попытки въ этомъ направленіи окажутся совершенно безуспѣшными, развѣ за исключеніемъ одного, что единичныя нормы не подлежатъ ни распространительному толкованію, ни аналогіи (19, 20).

Кромѣ этого несостоятельнаго дѣленія толкованія по его результатамъ, дѣленія, дѣлаемаго съ точки зрѣнія систематизирующаго теоретика, принимается обыкновенно и другое дѣленіе, разсматривающее толкованіе съ точки зрѣнія практическаго юриста по методамъ, которыми должно достигнуть результатовъ толкованія. Здѣсь мы имѣемъ двѣ рубрики, толкованіе буквальное, грамматическое и толкованіе логическое; несостоятельность такого дѣленія ясна сразу. Грамматическое толкованіе должно происходить также по правиламъ логики и такимъ образомъ логическое окажется пустымъ мѣстомъ, въ сущности это дѣленіе вполнѣ совпадаетъ съ тѣмъ двучленнымъ дѣленіемъ, которое дается въ вышеразобранномъ семичленномъ, если норма понимается согласно ея словесному смыслу, тогда это словесное толкованіе, если же

смыслъ расходится съ буквой, то это уже логическое толкованіе (21). Характерно, что попытка Савиньи дать иное раздѣленіе средствъ толкованія—прибавить еще систематическое и историческое, осталась совершенно не воспринятой его самыми значительными учениками, несмотря на то, что Савиньи здѣсь подходилъ—это впрочемъ для него самаго не было ясно—къ правильному пониманію, что во всякомъ толкованіи имѣются три существенныхъ момента: 1) словесный, 2) стремленіе представить весь правовой матеріалъ какъ цѣлое, единое, себѣ непротиворѣчащую волю и 3) моментъ консервативный. Послѣдній большой камень, выработанный въ гражданскомъ правѣ теоріей толкованія, это основаніе „ratio“ закона. Если словесное толкованіе опирается на языкъ, то единственное, чѣмъ можно оправдывать особое логическое толкованіе, понимая подъ нимъ установленіе смысла закона, несогласнаго съ его буквой, будетъ только основаніе закона. Понятіе это принимаетъ чрезвычайно широкій объемъ. Теорія толкованія знаетъ нѣсколько значеній основанія закона, любопытно при этомъ, что кромѣ пониманій основанія въ смыслѣ повода къ изданію закона и причины, обусловившей это изданіе, она знаетъ еще третье, между тѣмъ какъ по правиламъ методологіи историческихъ наукъ двумя этими пониманіями должно было бы исчерпываться слово основаніе. Это третье пониманіе видитъ въ основаніи принципъ—общую посылку (principium generale), изъ которой можно вывести цѣлый рядъ существующихъ правовыхъ нормъ.

„Профессора права увѣряютъ, что изъ существующихъ правовыхъ нормъ можно научно не только открыть посредствомъ логическаго процесса индукціи и абстракціи принципы нормъ, но потомъ, просто выводя путемъ дедукціи всѣ послѣдствія, не только снова получить всѣ наличныя нормы закона, но еще цѣлое множество другихъ равноцѣнныхъ нормъ. Этотъ процессъ по ихъ мнѣнію въ теченіе всего своего хода не теряетъ ни строго логическаго, ни точно научнаго характера и что поэтому вновь найденныя нормы такое же положительное (хотимое) законодателемъ права, какъ самѣ нормы закона. Такъ можно, не покидая почвы положительнаго права, заштопать этими новыми нормами пробѣлы въ правѣ, такъ объясняется аналогія“ (24, 25). Что эти утвержденія совершенно ненаучны и что юристы впадаютъ здѣсь во внутреннія противорѣчія, это видно изъ того, что имъ приходится защищать такія три положенія одновременно: 1) „все право положительно (коренится въ волѣ законодателя). Наука права изучаетъ (ermittelt) только положительное право; 2) въ по-

ложительномъ правѣ (въ волѣ законодателя) имѣются пробѣлы; 3) и при пробѣлахъ не наступаетъ отсутствія права, а скорѣе его восполненіе, которое точно такъ же положительно“ (26). Другія объясненія аналогіи изъ органической природы права и т. п., какъ слѣдствія давно оставленнаго органическаго теченія въ соціологіи, оставляются безъ разсмотрѣнія (27).

Недостатки современной теоріи толкованія, ея логическая несостоятельность чувствуется многими и приводитъ нѣкоторыхъ къ самымъ пессимистическимъ выводамъ. „Толкованіе закона—искусство, а не наука, не знаніе, а способность, обучить ему нельзя“. Такъ говорятъ Пфаффъ Гофманъ и дѣйствительно выбрасываютъ за бортъ чуть не всѣ правила толкованія (28). Это, конечно, преувеличеніе. „Толкованіе, юридическое мышленіе вообще, какъ все происходящее, подлежитъ своимъ законамъ, обладаетъ своими постоянными законосообразностями, которыя вмѣстѣ съ тѣмъ являются его особенностями. Неважно, каковы эти законы, юридическіе ли они, какъ ихъ до сихъ поръ разсматриваютъ, или законы природы, только ли они логическіе или вмѣстѣ съ тѣмъ психологическіе. Также второстепененъ вопросъ, должна ли наука права вовлечь въ кругъ своихъ задачъ изслѣдованіе этихъ законовъ; знаніе законосообразности и особенностей юридическаго мышленія должно занять свое мѣсто среди нашихъ научныхъ интересовъ, если не какъ ученіе юриспруденціи, то во всякомъ случаѣ какъ знаніе, предшествующее юриспруденціи. Методъ изслѣдованія во всякомъ случаѣ долженъ быть позитивный, т. е. должно изучать дѣйствительное примѣненіе законовъ, какъ оно вкоренилось и живетъ въ судебной практикѣ и внѣ ея, а также его отношеніе къ формулированному праву, а не должно сочинять напередъ изъ какого нибудь явнаго или тайнаго источника изъ области чувствъ (Affektsquelle) предписанія, по которымъ должно происходить это юридическое мышленіе“ (29, 30). Впрочемъ, и нахожденіе правилъ, которыя могли бы служить пробнымъ камнемъ для провѣрки единичныхъ результатовъ юридическаго мышленія, должно также считаться цѣлью ученія о толкованіи, но только самой послѣдней, никогда вполнѣ не достижимой, о которой можно будетъ подумать только тогда, когда позитивное изслѣдованіе накопитъ достаточно матеріала для познанія особенностей юридическаго мышленія“ (29—30).

Современная юридическая наука пытается исчерпать задачу юридическаго мышленія исключительно въ отысканіи воли законодателей, поэтому изъ науки права выбрасывается

созданіе права, законодательная дѣятельность, и для юриста формулированная норма является „готовой премиссой, на которую онъ уже строитъ дальнѣйшую свою дѣятельность“ (33). Это явленіе имѣло роковыя послѣдствія для науки права и для пониманія самаго права. „Право потеряло свой характеръ явленія, глубоко основаннаго въ общественной жизни, спустилось до простыхъ заповѣдей. Въ его составъ введено—государствомъ—такъ много такого, что не вытекаетъ изъ правосознанія и имѣетъ только фискальный и административный характеръ. Сама же наука права слетѣла съ той гордой высоты, на которую ее возносило еще опредѣленіе Ульпіана: наука права, это познаніе дѣлъ божественныхъ и людскихъ, наука о справедливомъ и несправедливомъ. Правовѣдѣніе потеряло свою самостоятельность, распалось на столько частей, сколько на свѣтѣ государствъ, она теперь уже не наука объ обществѣ (развѣ номинально), но наука послушанія, слѣдованія приказамъ“ (33). За все это юридическое мышленіе получило удобныя предпосылки и вышеуказанную твердость права. Наблюденіе надъ дѣйствительностью показываетъ, что юридическое мышленіе не ограничивается тѣмъ, чѣмъ оно является въ господствующихъ представленіяхъ юристовъ, „въ полученіи посредствомъ логическихъ операцій изъ формулированныхъ нормъ права возможно полной и гармонической цѣпи понятій, и въ подведеніи подъ эту цѣпь понятій, какъ подъ большую посылку фактовъ, подлежащихъ разрѣшенію“. Уже теперь юристы постоянно привлекаются къ дѣлу законодательства, не въ смыслѣ творцовъ содержанія права, а въ смыслѣ техниковъ, которые могутъ облечь въ соотвѣтственную форму воленія законодателей, и въ юридическую науку входитъ законодательная техника, какъ вспомогательная наука законодательства (34). Затѣмъ при примѣненіи права юристу приходится не только подводить факты подъ норму. Изъ рѣшеній высшихъ инстанцій, которыя не имѣютъ права касаться установленія фактовъ и слѣдовательно занимаются только юридическою дѣятельностью, мы видимъ, что хотя одна часть этихъ рѣшеній направлена на установленія смысла того или другого мѣста закона, другія говорятъ о знаніи или незнаніи извѣстнаго обстоятельства, о честности и нечестности, о намѣреніи стороны, и высшій судъ объясняетъ, что извѣстное лицо должно быть признано дѣйствовавшимъ несогласно съ доброй совѣстью. Мы видимъ, что здѣсь понятіе факта почти сливается съ понятіемъ права, что точно также сильно замѣтно въ другомъ процессуальномъ институтѣ въ доказательствѣ посредствомъ экспертовъ. Выдвигается такимъ обра-

зомъ вопросъ, не являются ли границы юридическаго мышленія колеблющимися или же не нарушается ли здѣсь граница между фактомъ и правомъ между тѣмъ, что должно подлежать подведенію и тѣмъ, подо что должно подводить (35).

Разнообразныя неправильности господствующихъ воззрѣній о юридическомъ мышленіи тѣсно связаны съ тѣмъ, что наука права до сихъ оперируетъ при помощи старой схоластической логики, выросшей на изученіи исключительно умозрительныхъ наукъ. Этимъ объясняется, что юристы до сихъ поръ считаютъ возможнымъ получать всѣ свои выводы исключительно путемъ разума, какъ отличнаго отъ всѣхъ остальныхъ свойствъ человѣческой личности, и усматривать въ понятіяхъ, съ которыми она оперируетъ, твердо очерченное содержаніе. Между тѣмъ новѣйшая логика учитъ, что 1) наше логическое мышленіе (разумъ) вовсе не отдѣлено китайской стѣной отъ другихъ психическихъ явленій, какъ воля (Вундтъ), чувство, память, которыя неизбѣжно вліяютъ на мышленіе (38); 2) при образованіи новыхъ понятій на насъ вліяютъ и прежнія представленія. Самымъ характернымъ въ понятіяхъ является то, что въ нихъ мы выдѣляемъ изъ цѣлой объединенной группы представленій одно представленіе, обыкновенно наиболѣе вліяющее, какъ господствующее, какъ типическое, и это представленіе дѣлается представителемъ всей этой группы представленій; 3) что всѣ слова въ естественномъ теченіи мышленія обладаютъ стремленіемъ расширять свою область, граница ихъ непостоянна и всегда готова принять въ себя новыя родственныя представленія“ (Зигвартъ) (40). Такимъ образомъ юридическія понятія приходится представлять себѣ, не какъ строго замкнутыя геометрическія фигуры, а они скорѣе похожи на фотографіи съ расплывающимися контурами (37). Это ясно доказывается существованіемъ юридическихъ споровъ и трудностей на практикѣ, когда дѣло касается даже весьма простыхъ понятій, въ родѣ, человѣкъ, уплатить 20 кронъ, и т. п. (41, 42) или вспомнимъ знаменитый примѣръ Іеринга о находкѣ: А, Б и В гуляли на берегу ручья, А видитъ, что на другой сторонѣ лежитъ кошелекъ съ деньгами, онъ сообщаетъ объ этомъ обоимъ своимъ спутникамъ. Б. подзываетъ собаку В и велитъ ей принести кошелекъ. Когда собака, схвативъ кошелекъ, собирается переплывать обратно ручей, Г. гуляющій на другомъ берегу натравливаетъ на нее свою собаку и такимъ образомъ захватываетъ кошелекъ. Этимъ объясняется, что корень понятія, лежащій въ его основѣ, можетъ постепенно включить въ себя громадное количество явленій, которыя первоначально въ него не входили. Это

явленіе В. называетъ проекціей и опредѣляетъ ее предварительно, „какъ примѣненіе понятія формулированной правовой нормы безъ измѣненія (этого понятія) на такія явленія, которыя первоначально въ немъ не заключались или по крайней мѣрѣ наличность ихъ въ немъ не была доказуема“, напр., законъ 1700 года о мельницахъ, приводимыхъ въ движеніе механической силой, можетъ примѣняться теперь къ паровымъ и электрическимъ мельницамъ, тутъ мы не имѣемъ ни подведенія, ни аналогіи, такъ какъ мы не измѣняемъ понятія механической силы, мы только проектируемъ старыя понятія на новыя явленія (43). До появленія трамваевъ и автомобилей на вѣнскихъ улицахъ вѣнскимъ извозчикамъ часто приходилось отвѣчать за скорую ѣзду, теперь понятіе скорой ѣзды на улицѣ совершенно измѣнилось (44).

Всѣ попытки юристовъ доказать, что ихъ дѣятельность заключается только въ изысканіи воли законодателя, которую нѣкоторые смѣло отожествляютъ съ волей закона, оказались безуспѣшными, что наглядно видно изъ разнорѣчій юристовъ, когда они пытаются болѣе или менѣе точно опредѣлить, кто же такой этотъ законодатель (46). Изъ изложеннаго слѣдуетъ: „юридическое мышленіе ни въ какомъ случаѣ не исчерпываетъ своей функціи разысканіемъ реально существующей воли (законодателя). Безконечное число фактовъ и комбинацій фактовъ, которые служатъ юристу какъ кирпичи (Vorwurf), вовсе не было предусмотрѣно какой бы то ни было волей (содержаніемъ представленій законодателя) такъ, чтобы простое подведеніе уже давало рѣшеніе. Законодательная воля ярко освѣщаетъ на широкомъ полѣ жизни только единичныя точки, и этотъ свѣтъ невозможно посредствомъ чисто логическихъ операцій (отысканія основанія, дедукціи и т. д.) сдѣлать, какъ бы престидижитаторскимъ способомъ, болѣе обширнымъ. Освѣщенныя мѣста имѣютъ своею функціей только быть центрами вниманія (конвергенціи). И включеніе фактическихъ составовъ, лежащихъ въ переходныхъ поясахъ (проекція) не имѣетъ ничего общаго съ волей законодателя (если подъ нимъ понимать что либо реальное), а пользуется явно иными средствами“ (51).

На юридическое мышленіе несомнѣнно вліяютъ нѣкоторыя теченія (тенденціи), подъ которыми В. понимаетъ „общія и постоянныя направленія воли, которыя позволяютъ намъ иногда (zuweilen) принимать желаемое за дѣйствительно существующее тѣмъ, что они исключатъ возможность его несуществованія, они вліяютъ такимъ образомъ на результаты нашего мышленія, уклоняя ихъ отъ дѣйствительности“ (52).

Этими тенденціями являются во первыхъ уже указанныя вліянія самаго языка, во вторыхъ тенденція къ единству, заключающаяся въ томъ, что она представляетъ всю массу правовыхъ нормъ какъ гармоническое единство законодательной воли. Законодатель представляется существомъ, которое во всемъ безконечномъ числѣ правовыхъ нормъ является всегда только однимъ и себѣ не противорѣчащимъ (53—58). Третьей тенденціей должна быть признана тенденція консервативная, сводящаяся къ тому, что „поскольку явно не проявилась другая дѣйствительная воля законодателя, всѣ его волеизъявленія толкуются въ смыслѣ поддержанія существующихъ отношеній (предыдущей практики, соотношенія соціальныхъ силъ и т. д.“) (57) и большая часть юридическаго такта состоитъ именно въ интуитивномъ поддержаніи существующихъ къ этому моменту (bisherigen) соціальныхъ отношеній (58). Впрочемъ, „всегда существуетъ извѣстная точка насыщенія, за которой консервативная тенденція перестаетъ дѣйствовать“. Степень допущенія разсмотрѣнія того, что скрывается за закономъ, оказывается при изслѣдованіи юридической истины, различной смотря „по почтенію къ традиціи или по быстротѣ развитія даннаго народа. Никогда однако она переходитъ въ безграничность“ (59).

На проекцію также вліяютъ разныя силы (60), прежде всего этическія. Этическія оцѣнки проникаютъ автоматично по большей части черезъ вліяніе языка. Единичныя слова обладаютъ свойствомъ не только вызывать въ насъ извѣстную группу явленій, но сверхъ того оцѣнку этой группы похвальную или отрицательную. Достаточно указать слова „бережливость“, „необходимая защита чести“, „гордость“, „эксплоатація“ (62); наглядный примѣръ этическаго вліянія можно видѣть въ томъ, что разсматриваемое австрійскимъ уголовнымъ кодексомъ смягченіе наказаній, какъ нѣчто исключительное, теперь стало въ своемъ примѣненіи совершенно обыкновеннымъ (65). Не только этическія, но и другія оцѣнки, какъ нравовъ, приличія, моды, чести и т. д., также оказываютъ, хотя и значительно меньшее, вліяніе, напр. названіе доносчика считается оскорбленіемъ чести, такъ какъ оцѣнку подставляютъ въ логическую цѣпь заключеній правила рыцарской чести, составившіяся можетъ быть еще во времена древнихъ сикофантовъ (66). Затѣмъ оказываютъ большое вліяніе явленія экономической жизни. Они вліяютъ на право не только въ моментъ его образованія, это считается теперь общепризнаннымъ, но вліяютъ и въ процессѣ примѣненія права, такъ что „проекц'я по возможности придерживается линій, очер-

ченныхъ экономической структурой общества“ (67). Какъ примѣръ можно указать, что при наличности въ законодательствѣ законнаго залогового права хозяина на ввезенныя нанимателемъ вещи судья позволитъ хозяину воспрепятствовать нанимателю вывезти изъ дому свои вещи и до наступленія срока платежа. Однако, судья не рѣшится проектировать такое право на тотъ случай, когда арендаторъ имѣнія вывозитъ изъ имѣнія собранный имъ урожай. При договорѣ аренды обычнымъ экономическимъ ходомъ является, что арендаторъ продажею плодовъ выручаетъ деньги, изъ которыхъ и оплачиваетъ аренду (68).

Вообще „юридическое мышленіе, поскольку оно не является простымъ отысканіемъ реально изъявленной въ правовыхъ нормахъ воли, а также подведеніемъ подъ нее фактовъ..., сочетаетъ факты съ правовыми нормами, пользуясь или же подъ вліяніемъ этическихъ, экономическихъ, государственныхъ и другихъ, вообще соціальныхъ явленій, короче сообразуясь со всей структурой общества. Вслѣдствіе этого одна и та же правовая норма безъ измѣненія своего формальнаго дѣйствія и своего логическаго содержанія можетъ съ измѣненіемъ общественной структуры проектироваться то шире, то уже, не оскорбляя нашего правового чувства. Эти вліянія общественной структуры происходятъ въ самыхъ разнообразныхъ формахъ: черезъ словесные оттѣнки, черезъ кажущіяся само собою понятными (и потому иногда безсознательныя) междупосылки, черезъ соотвѣтственныя оцѣнки и тенденціи и т. д.“ (71). Отсюда слѣдуетъ, что „между нормами, которыя юристъ примѣняетъ, и фактами, къ которымъ ихъ примѣняютъ, нѣтъ рѣзкой границы“, въ промежуткѣ между частыми фактами и частыми нормами стоятъ факты повторяющіеся (общаго поведенія), которые мы разсматриваемъ, какъ должные и единичные, которые мы считаемъ за существующіе, потому что мы хотимъ ихъ существованія (75).

Прилагая свою критику къ отдѣльнымъ ученіямъ господствующей теоріи, В. указываетъ, что логически къ проекціи способны и единичныя (сингулярныя) нормы, позитивно за это говорятъ уже имѣющіяся распространенія смысла нѣкоторыхъ изъ нихъ судебною практикою (76—78); говоритъ далѣе, что ею объясняется и фактъ вторженія кассаціонными инстанціями въ толкованіе судами договоровъ и вообще волеизъявленій сторонъ (78—83); избѣгнуть проекціи нельзя, даже при самомъ казуистическомъ законодательствѣ, которое ведетъ за собою расширеніе области аналогіи за счетъ проекціи, на ряду съ стремленіемъ закона точнымъ

опредѣленіемъ суживать примѣненіе проекціи замѣчается и обратное явленіе—наличность въ немъ такихъ понятій, которыя имѣетъ цѣлью ея усиленіе, они гибки и приспособляемы (Ventilbegriffe—клапаны для будущихъ потребностей), сюда относятся напр. „вина“, „основаніе“ (causa) и т. д. (83—93).

Изложенное ученіе о юридическомъ мышленіи по В. не устранитъ существующей теоріи толкованія. Съ точки зрѣнія позитивнаго изученія въ самой господствующей теоріи толкованія необходимо усматривать также соціальное и историческое явленіе, которое нуждается не столько въ критикѣ и въ предложеніи реформъ, сколько въ объясненіи и сведеніи къ причинамъ. Отвѣтъ на то, почему юриспруденція пользуется неточными формами мышленія, оборотами рѣчи и выраженіями, дается легко изъ психологіи всей европейской судебной практики. „Когда лицо, право котораго нарушено, обращается къ суду, то онъ считаетъ причиной, вызывающей судью къ вмѣшательству, не свою экономическую выгоду, не нравственныя заповѣди и т. д. Онъ не думаетъ также о глубинѣ взгляда судьи, о его большей опытности, которые бы нашли выходъ и разрѣшили столкновеніе воль сторонъ, когда онѣ сами его сыскать не могутъ; европейскій судья не мудрецъ Востока, который долженъ открыть сторонамъ истинный путь во имя своей собственной высшей мудрости. Авторитетъ, о которомъ думаютъ всѣ, и обиженный и обидчикъ и судья, когда они вмѣстѣ сходятся, это только одна и единственная воплощенная въ правовыхъ нормахъ воля государства, приказы котораго были пренебрежены“ (95).

Эта соціальная потребность дала жизнь неточностямъ формъ юридическаго мышленія и создала для нихъ соотвѣтственную теорію. Эта соціальная потребность обусловила, что всякое рѣшеніе должно представляться, какъ выводъ изъ правовой нормы, пріобрѣтенный только строго логически, черезъ дедукцію и подведеніе, хотя бы на дѣлѣ тутъ работали еще много другихъ слагающихъ (97), которыя не являются государственными приказаніями (95). „Эта потребность порождаетъ логическій самообманъ, принятіе точекъ отправленія за доказательства, уликъ за полное обоснованіе, выведеніе заключеній, логически не вполнѣ связующихъ, короче, выставленіе наиболѣе вѣроятнаго за достовѣрное“ (96). Все это наглядно сказывается и на языкѣ судебныхъ рѣшеній съ его: необходимо принять за установленное“ и т. д. (96).

Значеніе своей работы В. видитъ въ томъ, что она не только открываетъ новое важное поле для юриста-соціолога—

изученіе явленій проекціи (здѣсь особенно важно изученіе вопроса о вліяніи на судью всѣхъ соціальныхъ стремленій (Gefühlsrichtungen—98—превращеніе ихъ изъ безсознательныхъ въ сознательныя—99—), но и вообще указываетъ, что не въ индивидуальной психологіи, а въ соціологіи и соціальныхъ наукахъ долженъ искать главную помощь современный юристъ, который долженъ знать не только verba legis, vim ac potestatem, но и почву, изъ которой черпаетъ свои силы какой либо правовой институтъ и его соціальныя функціи" (102).

Къ 15. Ссылки обозначаютъ сочиненіе молодого австрійскаго юриста Wurzel Das juristische Denken. Wien 1904. Работа эта, по моему личному мнѣнію, вмѣстѣ съ сочиненіемъ Брютта представляетъ изъ себя лучшее изъ сочиненій новѣйшаго направленія. Какъ Брюттъ стремится точно отдѣлить методологически догматику, такъ В. стремится строго стоять на соціологической точкѣ зрѣнія. Конечно не со всѣмъ можно соглашаться по отдѣльнымъ выводамъ В., увлеченіе имъ явленіемъ проекціи, признаніе за ней значенія какъ бы волшебнаго ключа, открывающаго сразу весь не постигнутый замокъ творческихъ судейскихъ построеній, является напр. несомнѣннымъ преувеличеніемъ. Однако какъ первая попытка поставить изученіе толкованія закона на естественно-историческую точку зрѣнія, сочиненіе В. даетъ очень много. Не обратившее на себя особаго вниманія при появленіи его въ свѣтъ, тѣмъ болѣе, что оно происхожденія австрійскаго, въ германской литературѣ оно стало усердно цитироваться и съ нѣкоторымъ опозданіемъ отмѣчаться, какъ überaus geistvolle Studie ZStW. 25 253. Къ сожалѣнію мнѣ не удалось достать рецензіи на нее Оскара Крауса въ Prager JVJSchr., хотя признающаго научно возбуждающій характеръ сочиненіе В., но считающаго, что В. тщетно стремится быть яснымъ (GrünhutsZ. 32 634).

16. *Юнгъ.* Онъ выходитъ изъ положенія, что положительное право не можетъ отожествляться съ текстомъ дѣйствующаго закона, такъ какъ практика показываетъ, что многія рѣшенія не имѣютъ опоры въ законѣ. Объяснять, что такія судебныя рѣшенія основываются на обычномъ правѣ, представляется невозможнымъ, такъ какъ первое примѣненіе обычнаго права, измѣняющаго содержаніе закона, происходитъ сразу и должно въ сущности разсматриваться какъ нарушеніе права. Отсюда слѣдуетъ, что необходимо провѣрить господствующую теорію источниковъ права, при этомъ Ю. ставитъ себѣ задачею выясненіе того, что такое дѣйствующее право теперь въ Германіи, оставляя въ сторонѣ вопросъ о томъ, какъ вообще возникаетъ всякое право (8). Что поддерживать ученіе о логической замкнутости права теперь невозможно, что закона не хватаетъ для разрѣшенія всѣхъ случаевъ, это

или прямо признается, или можетъ быть доказано фактомъ вынужденныхъ ссылокъ разныхъ авторовъ не на законъ или обычай, такъ Эртманъ ссылается на положенія общаго (римскаго) права въ виду ихъ научной цѣнности, М. Рюмелинъ утверждаетъ, что рѣшеніе въ концѣ концовъ должно выноситься въ зависимости отъ практичности его результата и другіе (9). „Оскаръ Бюловъ указалъ на большое теоретическое значеніе правильно различать между правовой нормой и конкретнымъ правовымъ приказомъ. Дѣйствующая правовая норма съ одной стороны и цѣлесообразная правовая норма съ другой стороны представляютъ изъ себя нѣчто совершенно различное и отъ одной къ другой нѣтъ моста. Совершенно иное отношеніе правовой нормы, т. е. сужденія (у Юнга Aussage) о томъ, что всякій даннаго рода фактическій составъ ведетъ за собою опредѣленныя правовыя послѣдствія, и правового приказа, т. е. сужденія о томъ, что является правомъ въ данномъ конкретномъ случаѣ“ (10). Послѣднее единичное сужденіе и необходимо изслѣдовать, именно опредѣлить, какого рода причины его опредѣляютъ (11). Во многихъ случаяхъ судебное рѣшеніе не представляется простымъ логическимъ выводомъ—по Густаву Рюмелину здѣсь говорятъ объ оцѣночныхъ сужденіяхъ и рѣшеніяхъ воли (12). Другіе говорятъ здѣсь обычно о соображеніяхъ цѣлесообразности, объ обоснованіи рѣшенія изъ природы вещей, изъ положенія интересовъ, изъ потребностей оборота и т. д. „На этомъ однако нельзя во всякомъ случаѣ остановиться, если хотятъ отдать себѣ болѣе принципіально отчетъ въ томъ, что дѣлаетъ судья въ этихъ случаяхъ. Если мы называемъ какое-нибудь дѣйствіе цѣлесообразнымъ, то мы предполагаемъ наличность извѣстной цѣли, по отношенію къ которой можно взвѣсить выбранныя средства. Если мы говоримъ, что такая регуляція или такое рѣшеніе отвѣчаетъ потребностямъ оборота, то мы несомнѣнно подразумѣваемъ опредѣленныя потребности, и мы, конечно, не назовемъ соотвѣтствующимъ потребностямъ оборота такое долговое право, которое великолѣпно отвѣчаетъ потребностямъ ростовщика... Другими словами всегда у насъ мелькаетъ при этомъ какая-нибудь цѣль опредѣленнаго рода, предполагающая, выражаясь совершенно обще, какія-нибудь нравственныя различенія“ (14). Юнгъ ставитъ себѣ задачей попытаться „нѣсколько ближе опредѣлить содержаніе этихъ соображеній цѣлесообразности, посредствомъ возможно точнаго отличія правового сужденія отъ обще-этическаго. Юристамъ обыкновенно приходится встрѣчаться съ правомъ только при его нарушеніи и обыкновенно

тотъ фактъ, что послѣ правонарушенія происходитъ давленіе государственной власти, велъ за собою признаніе отличительнымъ признакомъ права по отношенію къ нравственности это принужденіе, но отличительнымъ признакомъ права, если мы будемъ брать право вообще, а не только въ случаяхъ его фактическаго нарушенія по отношенію къ нравственности, будетъ то, что другой можетъ требовать извѣстнаго поведенія, другой имѣетъ притязаніе на исполненіе обязанности *). Отсюда слѣдуетъ требованіе реакціи противъ нарушенія требованія права. Понятно, конечно, что то, что воспринимается какъ нарушеніе, есть явленіе историческое и поэтому содержаніе его бываетъ различно. „Постоянно сопутствующее правовой нормѣ, въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ фактическаго ея соціальнаго проявленія, восхожденіе къ высшей психологической основѣ правовыхъ сужденій и есть то, что называется оцѣнкой по цѣлесообразности, слѣдствіемъ изъ природы вещей, изъ потребностей и т. д., это то, что раньше называлось справедливостью (Billigkeit), естественнымъ правомъ.... Это полномочіе на справедливое право дано судьѣ, вѣрнѣе оно какъ разъ является коренной задачей рѣшающаго судьи“ (25).

Такимъ образомъ, самое выраженіе „справедливое право“ въ сущности является плеоназмомъ. Приходится однако признать, что и положительное право тоже обозначаетъ только право. Часто указываютъ на такіе случаи безусловно положительнаго права, которые основаны какъ бы только на приказѣ законодателя, напр. разныя требованія вексельнаго права и особенно сроки, напр., давность. Однако если мы встанемъ на точку зрѣнія отдѣльнаго судебнаго рѣшенія, отдѣльнаго конкретнаго правового приказа, то мы легко убѣдимся, что человѣкъ опытный въ торговыхъ дѣлахъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ легко опредѣлитъ, что тутъ надо считать нарушеніемъ, требующимъ реакціи и точно также въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ можно по соображеніямъ цѣлесообразности признать тотъ или другой срокъ давности. Отсюда слѣдуетъ, что явленіе, которое отмѣчаютъ обыкновенно только въ нѣкоторыхъ случаяхъ примѣненія права, слѣдуетъ признать за общее, присущее всякому праву (26—27). Особенный случай только положительнаго права видятъ, когда не такъ важно какъ, въ какомъ направленіи, нужно рѣшить, а важно только, чтобы какое-нибудь рѣшеніе да послѣдовало

*) Юнгъ ссылается здѣсь на Knapp System der Rechtsphilosophie 189. (18 прим. 3).

(28). Однако и здѣсь обращается вниманіе на цѣлесообразность, рѣшаетъ и здѣсь чувство необходимости реакціи на нарушеніе. „Здѣсь только берутъ за масштабъ того, что надо признать за нарушеніе ранѣе наблюдавшееся поведеніе, тутъ, какъ мнѣ кажется, и есть начало всякаго положительнаго права и основаніе его обязательствъ.... Чѣмъ положительнѣе какая-нибудь правовая норма, т. е. чѣмъ труднѣе вывести ее изъ высшаго начала, тѣмъ болѣе судья будетъ наклоненъ, фактически ее примѣняя, достигнуть ея оправданія по существу изъ высшей психологической основы всякаго правового воспріятія, которое заставляетъ современниковъ и судью видѣть въ уклоненіи отъ уже наблюдавшагося однажды поведенія, всегда поведенія по отношенію къ какому-нибудь другому заинтересованному лицу, нарушеніе интересовъ послѣдняго; чѣмъ чаще будетъ примѣняться на практикѣ эта норма, тѣмъ все больше будетъ возрастать ощущеніе ея нарушенія, такъ какъ въ той же мѣрѣ будетъ возрастать ожиданіе противною стороною такого поведенія, а не оправдавшаяся надежда будетъ все болѣе выглядѣть нарушеніемъ (Verletzung) этой противной стороны“ (28). „Въ концѣ концовъ, такимъ образомъ, положительное право вообще, не исключая и законнаго права, не имѣетъ никакого другого основанія его дѣйствія, кромѣ предупрежденія конкретныхъ нарушеній“ (31). „Такимъ образомъ самое коренное основаніе положительнаго рѣшенія то же самое, что и рѣшенія, признаваемаго необходимымъ, естественнымъ, цѣлесообразнымъ и т. д.; только благодаря принятію во вниманіе прежняго поведенія, традиціи, объективный моментъ ставится на мѣсто всегда болѣе или менѣе субъективнаго отыскиванія заново нарушенія въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ; на этомъ покоится постоянно прославляемая большая твердость положительнаго права, особенно законнаго, и возможность разсчитывать на него впередъ“ (31). Если судья примѣняетъ норму положительнаго права даже тогда, когда онъ ея не считаетъ цѣлесообразной, то это объясняется тѣмъ, что нарушеніе, испытанное стороною отъ поведенія несогласнаго съ нормой положительнаго права, судья считаетъ болѣе важнымъ, чѣмъ нарушеніе интересовъ противника, вытекающее изъ рѣшенія (32). Это положеніе Ю. считаетъ самымъ главнымъ результатомъ своего изслѣдованія о существѣ положительнаго права. Если нарушеніе, происшедшее отъ исполненія традиціоннаго положенія права воспринимается тяжеле, чѣмъ нарушеніе отъ неслѣдованія ему, то тогда должно послѣдовать непримѣненіе судьей традиціоннаго права (33). Такіе случаи, какъ непри-

мѣненіе Каролины, могли бы быть оспорены, можно было бы говорить, что тогда бездѣйствовало пришедшее въ упадокъ имперское законодательство, что подобный случай неисполненія судьями законнаго права, представляетъ изъ себя по аналогіи съ государственнымъ правомъ единичные случаи революціи. Однако всякій знаетъ, что такія отступленія отъ закона можно наблюдать во всякой судебной практикѣ, и Юнгъ даетъ рядъ примѣровъ, изъ послѣдней практики германскихъ судовъ, особенно имперскаго суда (35—40). Противники, даже такіе какъ Ландсбергъ, вынуждены признать, что судьѣ приходится пополнять пробѣлы положительнаго права, и одно уже это признаніе рушитъ господствующее ученіе объ источникахъ положительнаго права, такъ какъ съ точки зрѣнія господствующей теоріи, учащей, что въ дѣйствующемъ правѣ содержится правило для разрѣшенія всѣхъ возможныхъ случаевъ, всякое восполненіе пробѣловъ должно быть признано въ сущности измѣненіемъ права. Ю. подчеркиваетъ, что его работа направлена на изученіе источниковъ права и что правильное установленіе этихъ источниковъ должно повести за собою и правильный взглядъ на существующій споръ о полномочіяхъ судьи и ученіе о свободномъ правѣ. „Съ точки зрѣнія тѣхъ, которые стремятся пересмотрѣть ученіе объ источникахъ права и такимъ образомъ надѣются достигнуть твердой почвы и ни въ какомъ случаѣ не свободнаго правотворенія во многихъ изъ приведенныхъ примѣровъ имѣется дѣйствительное измѣненіе положительнаго права (40). Надо однако признать за рѣшеніе по положительному праву и такое рѣшеніе, которое воспринято судьею какъ справедливое, но которое судья призналъ за справедливое, не разсматривая данный случай изолировано, но въ связи съ имѣвшимъ уже мѣсто поведеніемъ населенія и его нарушеніемъ. „Какъ разъ съ точки зрѣнія этой теоріи мы говоримъ, что положительное представляется не чѣмъ инымъ, какъ выраженіемъ исторической природы человѣка,—позитивный и историческій нерѣдко употребляется какъ синонимы—почему необходимо различать между собственной и первоначальной формой этого историческаго постоянства правового воспріятія и его искусственной юридической формой, выражающейся въ законномъ правѣ. Та поддержка субъективному правовому воспріятію (Rechtsempfinden), которая даетъ положительное право, состоитъ не въ опредѣленномъ осуществлявшемся въ прошедшемъ поведеніи данной соціальной общины, но только въ выраженіи мнѣнія вліятельной соціальной организаціи о томъ, что должно быть правомъ. Въ связи съ этимъ важнымъ различіемъ стоитъ

то явленіе, что по отношенію къ новому закону оказывается легче провести отступающее отъ текста закона положеніе, такъ какъ здѣсь судьѣ не приходится сталкиваться съ установившимся твердо примѣненіемъ права. Съ этой точки зрѣнія проведеніе имперскимъ судомъ не основывающагося на формальныхъ источникахъ exceptio doli въ сущности скорѣе соблюденіе постоянства права, чѣмъ его нарушеніе, точно такъ же созданіе „положительнаго нарушенія“ договора и отказъ практики уравнять вновь созданную обязанность принятія съ обязанностью платежа покупателя въ дѣйствительности только поправка явныхъ техническихъ несовершенствъ неорганически возникшаго положительнаго права. Напротивъ многія рѣшенія, особенно въ области французскаго права, устанавливавшія обязанность возмѣщенія убытковъ при отсутствіи договора и вины, также созданіе характера бумагъ на предъявителей нѣкоторыхъ документовъ, должны быть признаны дѣйствительными отступленіями отъ традиціоннаго права (41).

Новая теорія положительнаго права нисколько не ослабляетъ его значенія, напротивъ „связанность положительнымъ правомъ при такомъ пониманіи его существа не только не уменьшается, но скорѣе усиливается благодаря тому, что ею вскрывается внутреннее основаніе этой связанности. Традиціонное право имѣетъ за собою не только авторитетъ традиціи того, что въ немъ воплотился опытъ исторіи и прошедшихъ поколѣній въ мѣрѣ „этическаго минимума“. Какъ ни высокъ этотъ авторитетъ, но оно пріобрѣтаетъ еще новую, самостоятельную, внутреннюю легитимацію, разъ оно и въ той же мѣрѣ дѣлается извѣстнымъ широкимъ кругамъ населенія, такъ какъ голый фактъ отступленія отъ установившагося порядка уже является матеріальнымъ нарушеніемъ (44—45). Съ другой стороны новая теорія вовсе не ведетъ къ свободному правотворенію, противъ котораго Ю. считаетъ себя обязаннымъ предостеречь. „Открытіе судьею вновь конкретнаго права, открытіе имъ даже въ исключительныхъ случаяхъ изъ относительно меньшаго нарушенія, слѣдовательно съ отступленіемъ отъ положительнаго права, также и нормальное открытіе права изъ нарушенія по существу, которое происходитъ только въ восполненіе положительнаго права и его пробѣловъ несомнѣнно въ концѣ концовъ даютъ рѣшенія по субъективному воспріятію судьи, но изъ того, что идеалъ временъ просвѣщенія, а также и абсолютизма—обратить судью въ машину оказался неосуществимымъ, вовсе не вытекаетъ другая крайность, т. е. что онъ можетъ рѣшать свободно, по произволу, такъ или такъ. Напротивъ,

направленіе его рѣшенія обусловлено и ему предписывается какъ разъ его воспріятіемъ, которое не является ни случайнымъ, ни произвольнымъ отъ того, что его появленіе нельзя разложить логически на понятія. Каждое отдѣльное лицо является благодаря своему происхожденію, воспитанію и вліянію одновременно съ нимъ живущихъ его современниковъ, продуктомъ и частью общественной души даже тамъ, гдѣ оно не связано ею въ ея внѣшнихъ проявленіяхъ (46). Эта связь субъективнаго единичнаго явленія съ комплексомъ правовыхъ представленій этой соціальной общины и вытекающая отсюда опредѣленность направленія рѣшенія является, конечно, не столь прочными, какъ въ случаяхъ рѣшенія, могущихъ быть обоснованными положительно. Поэтому передача того, что является правомъ и наивозможное расширеніе области положительного права представляется цѣнною цѣлью съ точки зрѣнія юридически-технической; она является прогрессомъ правовой культуры, такъ какъ весьма сомнительно прогрессируетъ ли человѣчество въ „добродѣтели справедливости“ (46).

Къ 16. Среди современныхъ профессоровъ младшаго поколѣнія Юнгъ, теперь профессоръ въ Страсбургѣ, пользуется достаточной извѣстностью, его небольшая работа «Von der logischen Geschlossenheit» des Rechts, 1900 сослужила новѣйшимъ теченіямъ большую службу, какъ обоснованіе перваго устоя ихъ критики господствующаго ученія о толкованіи, выходящаго по ихъ мнѣнію, изъ положенія объ объективномъ правѣ, какъ замкнутой не знающей пробѣловъ системѣ. Поэтому изложенная нами новѣйшая его работа «Positives» Recht 1907, съ ея выводомъ столь благопріятнымъ практически для самыхъ крайнихъ новѣйшихъ теченій явилась для нихъ большимъ нравственнымъ пріобрѣтеніемъ (ArchBürgR. 34 127). О книгѣ Ю. прежде всего приходится отмѣтить чрезвычайную запутанность и трудность изложенія «надо много разъ ее прочитать, чтобы усвоить себѣ ходъ мыслей Ю.» справедливо говоритъ Рейхель (KrVJSchr. 48 477). Онъ же совершенно вѣрно указываетъ, что основную свою идею Ю. заимствуетъ изъ Шопенгауэра. Радбрухъ (ZStW. 28 254) считаетъ, что Ю. подобно старымъ ученіямъ естественнаго права вступаетъ на опасную дорогу, смѣшивая «справедливость» законовъ съ ихъ обязательною силой. Замѣчаніе это понятное въ устахъ Радбруха, находящагося въ этомъ случаѣ подъ вліяніемъ Штаммлера, не вполнѣ можетъ быть принято, такъ какъ весь ходъ мыслей Ю. соціологическій—его интересуетъ, почему примѣняется или не примѣняется въ дѣйствительность тотъ или другой законъ—, а не догматическій. Если Юнгъ виновенъ, то въ томъ, что соціологическое понятіе положительнаго права не отдѣляется имъ отъ догматическаго. Онъ даже увѣренъ, что онъ работаетъ догматически, отыскивая источники догматическаго права Германіи съ 1900 года.

Общее замѣчаніе къ 1 главѣ. Въ настоящей главѣ изложены воззрѣнія только главнѣйшихъ представителей новѣйшихъ теченій. Излагать всѣхъ (ср. впрочемъ еще Къ 17, 22 и Къ 22) не представляется возможнымъ уже по недостатку мѣста: несмотря на все стремленіе мое къ краткости изложенія, глава чрезмѣрно разрослась. Существеннымъ недостаткомъ такое опущеніе не является. Опущенные авторы или ограничиваются выраженіемъ своего сочувствія новѣйшимъ теченіямъ, таково большинство рецензентовъ, или повторяютъ мысли, уже высказанныя другими. Читатель, имѣвшій терпѣніе прочесть всю главу подрядъ, и безъ того, вѣроятно, страдалъ, встрѣчая все однѣ и тѣ же мысли и одни и тѣ же доказательства у изложенныхъ мною главнѣйшихъ представителей, это повтореніе объясняется лишь отчасти тѣмъ, что значительная часть изложенныхъ работъ появлялась или по крайней мѣрѣ писалась одновременно, и такимъ образомъ авторы ихъ часто не знали или по крайней мѣрѣ узнавали слишкомъ поздно о работахъ своихъ единомышленниковъ на ту же тему. Недостатокъ этотъ отмѣченъ уже въ литературѣ (ср. слова Гедемана, поставленныя эпиграфомъ къ 2-й главѣ).

Зато требуетъ большаго объясненія другой упрекъ, болѣе справедливо могущій быть мнѣ сдѣланнымъ—укоръ за несистематичность изложенія при изложеніи отдѣльныхъ авторовъ воззрѣнія каждаго изъ нихъ излагаются не въ одинаковомъ порядкѣ и читатель не всегда имѣетъ отвѣтъ на то, какъ смотритъ на какой нибудь вопросъ одинъ изъ писателей, тогда какъ отвѣтъ другого на этотъ вопросъ подробно излагается. Упрекъ этотъ смягчается тѣмъ, что, какъ уже указано въ предисловіи, моею цѣлью было изложить воззрѣнія отдѣльныхъ авторовъ по возможности объективно, по возможности близко къ ихъ собственному ходу мыслей. Другое дѣло, порядокъ размѣщенія авторовъ—онъ зависѣлъ отъ меня и совершеннымъ не можетъ быть названъ. Нужно замѣтить однако, что онъ обусловленъ въ значительной мѣрѣ узкою цѣлью моей работы. Какъ справедливо указываетъ Цительманъ, затрагиваемые новымъ движеніемъ вопросы разнообразны: одинъ вопросъ о пробѣлахъ въ правѣ можетъ разсматриваться съ точекъ зрѣнія отношенія права и судьи, закона и права, принужденіи и свободы, положительнаго и естественнаго правъ (Zitelmann Lücken im Recht 1903, 6). Моею цѣлью является только вопросъ о толкованіи, понимая это слово въ старомъ широкомъ и теперь уже не могущемъ притязать на научную точность смыслѣ, т. е. о толкованіи въ тѣсномъ смыслѣ (=пониманіи текста закона) плюсъ восполненіе обнаружившихся пробѣловъ въ законѣ. Съ этой точки зрѣнія основнымъ вопросомъ, по которому можно классифицировать писателей, явится прежде всего тотъ критерій, который предлагается авторами для установленія точнаго смысла закона и особенно для восполненія пробѣловъ. Этотъ моментъ я и пытался положить въ основу моей классификаціи. При этомъ обнаружилось однако, что вполнѣ удовлетворительной классификаціи достигнуто тутъ быть не можетъ: во 1-хъ пришлось выдѣлить въ отдѣльную группу писателей, которыхъ нашъ вопросъ занимаетъ почти исключительно съ точки зрѣнія соціологической: обойти ихъ вовсе молчаніемъ не представлялось возможнымъ, такъ какъ въ своихъ выводахъ они подходятъ какъ разъ къ тѣмъ положеніямъ, отправляясь отъ которыхъ остальные писатели строятъ свои догматическія и политико-правовыя требованія, нерѣдко, кстати сказать, спутывая послѣдніе двѣ точки

зрѣнія. Что же касается писателей послѣдней группы, то они раздѣлены мною 1) на школу свободнаго права, 2) сторонниковъ соціологическаго метода, 3) представителей взвѣшиванія интересовъ и 4) предлагающихъ восполнять пробѣлы въ правѣ и разрѣшать сомнѣнія при толкованіи закона, сознательно стремясь достигнуть опредѣленной цѣли. Классификація эта покоится на томъ, что представители свободной школы оставляютъ рѣшеніе вопроса въ концѣ концовъ за личностью самого судьи, какъ она сложилась къ тому моменту, когда онъ рѣшаетъ данное дѣло и не даютъ ему никакого объективнаго масштаба, представители соціологическаго метода и теоріи взвѣшиванія интересовъ стремятся указать правила, которыми толкователь долженъ руководствоваться, при чемъ однако «соціологи» открыто признаютъ, что тутъ судья долженъ руководствоваться и здравымъ разсудкомъ и своимъ правовымъ чувствомъ, т. е. въ дѣйствительности стираютъ грань между собою и школой свободнаго права. Что же касается представителей теоріи взвѣшиванія интересовъ, то они исключаютъ правовое чувство, какъ критерій и такимъ образомъ, повидимому, рѣзко отграничиваются отъ школы свободнаго права, особенно Мюллеръ Эрцбахъ, можно, пожалуй, сказать и всѣ, кромѣ Штампе. Однако въ дѣйствительности они ставятъ толкователя въ положеніе, подобное толкователю свободной школы, такъ какъ почти всѣ они совершенно обходятъ вопросъ о томъ, по какому критерію судья долженъ рѣшить въ пользу того, а не другого интереса. Наиболѣе откровененъ изъ нихъ Штампе, который и признаетъ, что рѣшать будетъ личность судьи. Наконецъ послѣдняя группа—лицъ, сознательно восполняющихъ пробѣлы, могла бы принципіально быть строго отдѣленной отъ предыдущихъ. Какъ мы увидимъ въ послѣдствіи, предлагаемые ею критеріи настолько неопредѣленны, что фактически и при осуществленіи ея требованій личность судьи будетъ рѣшающимъ факторомъ. Мы видимъ, такимъ образомъ, что всѣ четыре группы имѣютъ много между собою общаго, и что моя классификація довольно условна. Классификаціи этой можетъ быть сдѣланъ еще одинъ заслуженный укоръ—разрывъ ею съ установившеюся терминологіей. Разрывъ этотъ не слишкомъ великъ, «соціологи» и сторонники взвѣшиванія интересовъ сами объединяются подъ этими флагами. Близость Брютта къ Штаммлеру признается имъ самимъ и такимъ образомъ, объединеніе ихъ въ одну группу не является новымъ. Брютту же и Штаммлеру принадлежитъ и указаніе на возможность заставить судью въ опредѣленныхъ случаяхъ сознательно достигать опредѣленной соціальной цѣли. Нѣсколько расходясь съ общепринятой (если о ней, вообще, можно говорить ср. Mitteis DJZ. 14 1038) терминологіей, я употребляю слово школа свободнаго права, имъ теперь обозначаются обыкновенно тѣ авторы, которые позволяютъ судьѣ въ нѣкоторыхъ случаяхъ рѣшать противъ закона по свободному праву самого судьи. Въ основу такого словоупотребленія кладется взглядъ на новѣйшія теченія, какъ на теченія, пересматривающія и вопросъ объ источникахъ права, объ обязательной силѣ закона, о существованіи естественнаго права и т. д. Съ этой точки зрѣнія такіе писатели, какъ Штампе, будутъ скорѣе зачисляться въ школу свободнаго права, чѣмъ напр. Румпфъ. Такая классификація могла бы быть поставленной и съ нашей, болѣе узкой точки зрѣнія ученія о толкованіи законовъ. Она ставилась бы такъ: съ какого момента судья можетъ отвергать установленный имъ текстъ закона и замѣ-

нять его своимъ личнымъ правовоззрѣніемъ. Тогда наши писатели могли бы классифицироваться значительно иначе во 1-хъ на писателей допускающихъ не законное право (личное правовоззрѣніе судьи, «соціологическое» право, право полученное путемъ личнаго взвѣшиванія имъ интересовъ, право сознательно созданное) прямо съ момента, когда это ихъ право расходится съ законнымъ, въ 2-хъ на тѣхъ, которые допускаютъ его немедленно по обнаруженіи неясности или пробѣловъ въ законѣ, въ 3-хъ на тѣхъ, которые до этого требуютъ выясненія смысла закона и восполненія пробѣловъ путемъ тѣхъ или другихъ методовъ толкованія, съ еще разными промежуточными группами. Къ такого рода классификаціи приближается то словоупотребленіе, которое объединяетъ всѣ новѣйшія теченія подъ терминами: «новѣйшее теченіе» (moderne Richtung), «взвѣшиваніе интересовъ», «свободная школа», при чемъ различаетъ крайнихъ и умѣренныхъ представителей. Тогда крайними представителями «свободной школы», «новѣйшихъ теченій» и т. д. окажутся, какъ разъ тѣ писатели, которые другими, выдѣляющими школу свободнаго права, называются технически «школой свободнаго права». Это послѣднее узкое употребленіе слова «школа свободнаго права» ведетъ за собою съ одной стороны рѣзкій протестъ ряда писателей противъ зачисленія ихъ въ школу свободнаго права—объ этомъ мы знаемъ уже изъ къ 1 и 12—, а съ другой стороны добросовѣстное недоумѣніе нѣкоторыхъ сторонниковъ новѣйшихъ теченій, почему нѣкоторые изъ критиковъ, въ родѣ Дюрингера или Эртманна, какъ будто признающіе всѣ основныя положенія новѣйшихъ теченій по критикѣ господствующаго ученія о толкованіи, въ концѣ концовъ рѣзко отказываются отъ солидарности со «школой свободнаго права». Изъ сказаннаго слѣдуетъ, что терминологія не настолько установилась, чтобы счесть мое отступленіе слишкомъ существеннымъ. Гораздо болѣе важнымъ выводомъ изъ сказаннаго является то, что въ дальнѣйшемъ намъ придется всегда считаться съ тѣмъ, что во первыхъ всѣ разсмотрѣнныя нами теченія имѣютъ между собой много общаго, а что съ другой стороны представители одной и той же группы могутъ по отдѣльнымъ вопросамъ толкованія сильно расходиться другъ съ другомъ и подавать руку какому нибудь представителю иной группы (Канторовичъ-Штампе, Румпфъ—Брютту и т. д.). Это смѣшеніе отдѣльныхъ группъ въ дальнѣйшемъ нашемъ изложеніи осложнится еще тѣмъ, что мы будемъ разсматривать отдѣльно вопросы догматики, политики и соціологіи права, по которымъ также далеко не всегда сходятся представители одной и той же группы, что̀ само собой понятно.

Глава вторая.

Основныя положенія новѣйшихъ теченій въ ученіи о толкованіи законовъ и пріемъ, оказанный имъ въ юридической литературѣ.

«Ни въ чемъ, можетъ быть, не проявляются такъ ярко стремленія и исканія нашей новѣйшей литературы, какъ во взаимномъ совпаденіи (Nebeneinandergehen) цѣлаго ряда очень способныхъ (tüchtigster) писателей, которые всѣ однако другъ друга знать не хотятъ»... «Хотя число враговъ новѣйшаго теченія остается еще большимъ, но зато они готовы на уступки. Въ этомъ какъ разъ и есть успѣхъ». Hedemann ArchBürgR. 31 302, 33 116.

A. Основныя положенія.

«Мы унаслѣдовали (по крайней мѣрѣ мы въ это вѣримъ) извѣстный научный методъ, который мы слѣпо (по бараньи — moutonnièrement) примѣняемъ, не задаваясь вопросомъ о его научной цѣнности».... Gény 169.

«Темныя силы», по утвержденію нѣкоторыхъ ученыхъ, играющія при созданіи обычая ту самую роль, которую играетъ при созданіи закона разумъ, «на дѣлѣ не что иное, какъ слагаемая всѣхъ иниціативъ, всѣхъ усилій размышленія и творчества (de l'invention), всей умственной энергіи безчисленныхъ профессіоналовъ, которые сообща руководятъ ходомъ юридической жизни». «Къ счастію... чувство справедливости и здравый смыслъ такъ протестуютъ даже у юристовъ, наиболѣе твердо вѣрующихъ въ выведеніе принциповъ, что только очень немногіе изъ нихъ рѣшаются итти до крайнихъ предѣловъ дедукціи». Lambert 821, 40.

«Всякій законъ является въ рукахъ судей орудіемъ соціальнаго прогресса». Saleilles Rev. int. de l'enseign. 47 328.

17. Какъ ни разнообразны воззрѣнія отдѣльныхъ писателей въ ихъ частностяхъ, какъ ни различны ихъ отправныя точки зрѣнія, объединяющими ихъ являются три основныхъ

положенія: 1) отрицательное отношеніе къ современному господствующему ученію о техникѣ толкованія законовъ, какъ къ ненаучному, 2) признаніе того факта, что въ дѣйствительности судья этою техникою не руководствуется и 3) утвержденіе, что судьѣ должна быть предоставлена сравнительно большая свобода при толкованіи законовъ, чѣмъ это допускается по господствующему ученію.

Къ 17. Всѣ эти три положенія или прямо высказываются или подразумѣваются почти всѣми изложенными въ первой главѣ писателями такъ же, какъ и представителями аналогичнаго французскаго движенія (ср. Приложеніе 1, гдѣ и точныя заглавія сочиненій). Такъ Kantorowicz 25; 9 (Lalotta 22); 40, Schlossmann Irrtum 25; Vertrag 178; 42; Ehrlich 4; 26; 23; Wiesner 774; 855; 852, Radbruch 362; 12 и въ рецензіяхъ; Rumpf 120; 32; 100, 77. Fuchs R. und W. 151; G. R. und W. 10 G. 14; Gmelin 59;—34, Stampe 4; 21; 17. Heck DJZ. 14 1457, Müller Erzbach 12 35;—Grundsätze 95. M. Rümelin 40; 28; 48; Brütt 50, 73;—146, 183; Wurzel 12; 52; 98; Jung 41; 32; 46; Также Salomon Das Problem der Rechtsbegriffe 1907 59, 64, 73; 90; 95; Schmölder Die Billigkeit als Grundlage des bürgerlichen Rechts 1907 4, 8, 19; 4; 185, 193. Право есть идея (истина 184) справедливость (Billigkeit въ духѣ Штамлера Denkweise безъ опредѣленнаго содержанія понятія 32). Отожествленіе съ нимъ закона грубая ошибка и ведетъ юридическое мышленіе къ окоченению (19). Необходимо различать по примѣру Эрлиха (197) учредительное право отъ нормъ для рѣшенія (выше стр. 21 прим.). Примѣненіе свободнаго права—справедливости должно быть широко предоставлено судьѣ. Таковы основныя мысли Шм. члена судебной палаты въ Гаммѣ. Похвальные отзывы Гедемана (ArchBürgR. 34 123) и адвоката Hirsch WürttZR. 2 186) мнѣ мало понятны: книга написана очень темно, и оригинальны въ ней только доказательства путемъ словопроизводствъ и юридическихъ пословицъ. И сочувственные новому движенію критики, прежде всего Hedemann и другіе, указанные въ мелкомъ шрифтѣ первой главы. Изъ французскихъ Saleilles Rev. int. de l'enseign. 44 324; Rev. trim. 1 102, Gény III;—Gény 56; 421; 457, 565; Lambert 16 (naïveté de ses (de l'école des interprètes du code civil) postulats; 173 ss., 903; 916; Alvarez 173, Vander Eycken 37—49; 123; 348; Mailleux 41; 100; 205; Cruet 51, 180; 62, 24, 253; 79, Leroy 20; 18; 183. Charmont Renaissance 187; 188, 188.

18. Какъ только мы переходимъ къ болѣе подробному изложенію, мы замѣчаемъ, что взгляды начинаютъ расходиться. Это замѣтно даже въ развитіи перваго положенія, какъ чисто отрицательнаго, способнаго наиболѣе легко объединять. Въ укоръ современному ученію выдвигаются главнымъ образомъ такія обвиненія. Устоями современной техники толкованія являются: 1) отысканіе воли законодателя, какъ критерія пониманія текста закона и 2) ученіе о логической замкнутости права, т. е. объ отсутствіи въ немъ пробѣловъ, которые будто бы всегда могутъ быть восполнены изъ права же пу-

темъ логическихъ операцій и въ частности конструкцій. Оба эти устоя, учатъ новѣйшіе, не выдерживаютъ научной критики: а) при современномъ изданіи закона (даже въ абсолютной монархіи) невозможно отыскать волю законодателя—понятіе воли законодателя не болѣе какъ фикція. Кромѣ того ученіе о волѣ законодателя идетъ въ разрѣзъ съ научнымъ положеніемъ, что вся соціальнае жизнь, а въ томъ числѣ и содержаніе законовъ подлежитъ закону эволюціи; и б) въ дѣйствительности всѣ формальные источники права, въ томъ числѣ и законы всегда имѣютъ пробѣлы; современная техника восполняетъ эти пробѣлы (а по ея мнѣнію отыскиваетъ нормы правопорядка, уже содержащіяся implicite въ законахъ) двояко: а) путемъ логическихъ операцій—вывода однихъ нормъ изъ другихъ, покоящагося на признаніи того, что одна норма созданная изъ частныхъ, является логически принципомъ—большой посылкой для нихъ и для другихъ, при чемъ еще по мнѣнію нѣкоторыхъ въ основѣ всякой системы права лежитъ нѣкоторое небольшое число апріорныхъ началъ; и б) путемъ конструкцій. И это все ученіе о порядкѣ восполненія пробѣловъ также не состоятельно: 1) въ дѣйствительности продуктъ операцій, произведенныхъ судьею при восполненіи пробѣла, вовсе не тожественен съ закономъ, пробѣлъ котораго онъ восполняетъ, по мнѣнію большинства этотъ результатъ и не есть вовсе норма, а только частный приказъ на этотъ случай; 2) со стороны юристовъ является самообманомъ, когда они считаютъ, что они ограничиваются здѣсь только логическими операціями, почти математически дающими имъ достовѣрные результаты, логика напротивъ насъ учитъ, что создать по частной посылкѣ логически общеобязательную большую не возможно, неполная индукція также дастъ результаты логически не лучшіе, чѣмъ редукція; 3) понятія и конструкціи являются только переложеніемъ словъ закона, поэтому согласно пункту 2 и онѣ дать ничего новаго намъ не могутъ.

Между тѣмъ стремленіе юристовъ проводить въ жизнь такую теорію толкованія ведетъ за собою крайне нежелательныя для общественной жизни послѣдствія: 1) оно создаетъ формализмъ судебной практики и отрѣшенность ея отъ жизни, въ томъ числѣ и отсталость права отъ жизни, а 2) затемняетъ для самого судьи его назначеніе быть проводникомъ закона въ жизнь, въ смыслѣ приспособленія закона къ жизни, такъ какъ убаюкиваетъ его въ мысли, что путемъ логическихъ операцій онъ всегда можетъ на основаніи небольшого сравнительно количества законовъ рѣшить по закону любой случай, даже возникшій въ дѣйствительности го-

раздо позже закона и совершенно не представлявшійся творцамъ закона даже въ ихъ фантазіи.

Къ 18. Невозможность отыскать волю законодателя признается почти всѣми новѣйшими писателями особенно Schlossmann (ср. выше 17) Radbruch (ср. выше 35), часть изъ нихъ отрицаетъ и возможность логически отыскать волю или духъ закона особенно Schlossmann (выше 18), отчасти Rumpf выше 43, напротивъ M. Rümelin склоняется скорѣе къ отысканію воли историческаго законодателя ср. выше 72. Точно также на этой точкѣ зрѣнія стоитъ Gény 228, однако уже Lambert 32 его критикуетъ за это, также рѣзко противъ воли законодателя Saleilles De la déclaration 213. Полное единодушіе среди новѣйшихъ встрѣчаетъ наличность пробѣловъ въ законѣ и въ объективномъ правѣ вообще, особенно Ehrlich Ueber Lücken im Recht JBl. 17 446 и Jung Ueber die logische Geschlossenheit. Не менѣе единодушны и французы (Gény 104, Lambert 16. Указываютъ на невозможность обойтись одной чистой логикой, какъ при толкованіи въ узкомъ смыслѣ такъ и при восполненіи пробѣловъ особенно Wurzel выше 99, Rumpf выше 38, 42, Kantorowicz выше 8; противъ конструкцій и юриспруденціи понятій особенно Heck ср. выше 68 M. Rümelin выше 73) подробно Gény 110—132. На соціальныхъ опасностяхъ господствующаго ученія особенно подробно останавливаются Stampe выше 62, Fuchs выше 51, Kantorowicz выше 11, мечтающіе о народности судебныхъ рѣшеній; также Gény 134 сл. Lambert (effets dérastreux 17). На необходимости сознанія судьею его творческой дѣятельности настаиваютъ особенно Ehrlich выше 24, Rumpf выше 46, Gény 591 (онъ подчеркиваетъ впрочемъ, что французская современная судебная практика никогда вполнѣ не отказывалась (n'a jamais absolument méconnu son role, ni son pouvoir 587) отъ творческаго своего назначенія) Lambert 111.

19. Лучшимъ опроверженіемъ господствующаго ученія о толкованіи является тотъ фактъ, что въ дѣйствительности судьи не руководятся его правилами: они не только не являются, какъ этого требуетъ господствующее ученіе, машинами, подводящими фактами подъ точно опредѣленный законъ, но постоянно творятъ. Въ этомъ творчествѣ играетъ роль не только разумъ судьи, но его чувство и его воля, вся его личность цѣликомъ. Съ какого момента начинается это творчество и чѣмъ оно опредѣляется? Здѣсь мнѣнія расходятся. Для однихъ оно начинается съ момента признанія судьей какого либо законнаго постановленія неяснымъ, такъ какъ тогда судья выбираетъ то пониманіе, которое болѣе подходитъ къ правовымъ убѣжденіямъ его самого, для другихъ оно начинается съ того момента, когда въ дѣйствительности формальная логика одна не рѣшаетъ дѣла. Моментъ этотъ начинается въ очень ранней стадіи толкованія уже въ образованіи опредѣленій для употребленныхъ въ законѣ понятій, въ отысканіи

цѣли закона, какъ только въ законѣ встрѣчаются оцѣночныя сужденія. Уже во всѣхъ этихъ операціяхъ судья оказываетъ вліяніе, творитъ. Нечего говорить о тѣхъ случаяхъ, когда въ законѣ имѣются пробѣлы, а тѣмъ болѣе, когда твореніе предписывается судьѣ закономъ прямо (когда законъ отсылаютъ къ усмотрѣнію судьи) или косвенно (законъ ссылается на добросовѣстность добрые нравы и т. п. или умышленно употребляетъ растяжимыя выраженія Ventilbegriffe Вурцеля). Особенно подчеркивается творчество судьи, когда онъ примѣняетъ аналогію или доводъ отъ противнаго. Выборъ того или другого доказательства по ученію громаднаго большинства всегда носитъ субъективный характеръ.

Что опредѣляетъ въ дѣйствительности судейское творчество. На это даются крайне общіе отвѣты: судейское правосознаніе, правовое чувство, вся личность судей—дѣтей своего вѣка. Только Вурцель и Юнгъ идутъ дальше. Вурцель, указавъ на вліяніе всей личности судьи, находящейся въ частности подъ вліяніемъ впечатлѣній солидарности государственныхъ, національныхъ, профессіональныхъ, религіозныхъ, классовыхъ и т. д., воззрѣній этическихъ, историческихъ преданій, привычныхъ оцѣнокъ и т. д., подчеркиваетъ особое вліяніе трехъ явленій: 1) наклонности разсматривать все право, какъ гармоническое единство законодательной воли; 2) консервативной склонности толковать законъ въ смыслѣ поддержки существующихъ уже отношеній, склонности имѣющей всегда свой предѣлъ, правда неопредѣленный и измѣнчивый во времени, и 3) свойствъ человѣческаго языка. Эти свойства обуславливаютъ возможность явленія, называемаго имъ проекціей, т. е. разнаго въ разное время пониманія выраженій и нормъ закона, при чемъ мы однако считаемъ, что норма не измѣняетъ ни своего логическаго содержанія, ни своего формальнаго дѣйствія и въ то же время наше правовое чувство не оскорбляется такой перемѣной пониманія. Всякаго рода общественныя на насъ вліянія облегчаются здѣсь тѣмъ, что они проходятъ черезъ слова, а тѣ обладаютъ свойствомъ незамѣтно принимать въ себя новыя представленія, т. е. новизна вносится нами въ право безсознательно. Юнгъ останавливается главнымъ образомъ на объясненіи того факта, почему иногда судебная практика рѣшаетъ даже противъ несомнѣннаго смысла закона. Сущность права заключается въ томъ, что одно лицо считаетъ себя въ правѣ требовать отъ другого извѣстнаго поведенія, отсутствіе такого поведенія, воспринимается нами какъ оскорбленіе, причиняетъ боль и вызываетъ реакцію. Постоянно повторяющееся поведеніе заставляетъ ждать

повторенія, отсутствіе его становится поэтому источникомъ такой воли, а слѣдовательно и права. Въ этомъ съ одной стороны кроется основаніе твердости положительнаго права, а съ другой и законъ будетъ судьею не примѣняться, разъ соблюденіе предписаннаго закономъ воспринимается судьею, какъ бо́льшая боль, чѣмъ та, которая ему причиняетъ отступленія, отступленія отъ этого хотя бы уже примѣнявшагося закона. Наконецъ изъ французскихъ писателей надо отмѣтить Мальэ, задающагося цѣлью прослѣдить психологію толкователя. Прежде всего толкователь, читая законъ, стремится мысленно возсоздать ту картину, къ которой въ дѣйствительной жизни долженъ быть примѣнено это постановленіе закона, конкретно представляетъ себѣ содержаніе нормы. Понятно, что онъ находится въ этомъ случаѣ въ зависимости отъ дѣйствительной жизни, какъ она представляется судьѣ и поскольку она ему извѣстна. Несовпаденіе представленій законодателя и судьи вполнѣ понятно. Затѣмъ при толкованіи по логической связи выборъ близкихъ нормъ всегда болѣе или менѣе произволенъ и несомнѣнно обусловливается всего болѣе этическими соображеніями судьи. Такимъ образомъ приходится отмѣчать вліяніе съ одной стороны темперамента судьи, а съ другой наклонности судьи представлять жизнь, такъ какъ она обыкновенно бываетъ, установившейся традиціи.

Къ 19. Если новѣйшіе писатели даютъ такъ мало по изслѣдованію судейскаго творчества, то это объясняется прежде всего тѣмъ, что только одинъ Вурцель задается цѣлью изучить толкованіе въ томъ видѣ, какъ оно происходитъ въ дѣйствительности, другіе же подходятъ къ этому вопросу, какъ къ побочному, изслѣдуя источники (Шлоссманъ, Юнгъ), остальные же только ссылаются на фактъ судейскаго творчества, какъ на доводъ для доказательства необходимости перейти къ иной болѣе свободной техникѣ толкованія или же какъ на средство успокоить боящихся свободнаго судейскаго правотворенія указаніемъ на то, что это ихъ требованіе ничего новаго не представляетъ, а осуществляется въ той или другой формѣ въ дѣйствительности. Большая часть довольствуется съ легкой руки Шлоссмана, повтореніемъ особенно рѣзкихъ примѣровъ, переходящихъ изъ работы въ работу, когда судебная практика творила не только praeter, но и contra legem (особенно отмѣна Каролины). Для новѣйшихъ правъ довольно много примѣровъ у Юнга изъ практики Имперскаго Суда. Французскіе писатели также почти всѣ, кромѣ Mailleux, задаются болѣе созданіемъ правилъ толкованія для судей, а не изслѣдованіемъ фактической ихъ дѣятельности. Впрочемъ примѣровъ изъ практики даютъ гораздо болѣе, чѣмъ нѣмецкія, работы Langlois Essai sur le pouvoir prétorien de la jurisprudence 1897, Mornet Du role et des droits de la jurisprudence en matière civile 1804—1904. P. 1904, ср. еще литературу у Lambert 29, также у Демченка Судебный прецедентъ, 1903, 98.

20. Если современныя правила толкованія признаны негодными, то необходимо предложить новыя. Это дѣйствительно и исполняется новѣйшими писателями. Здѣсь мы уже далеко не находимъ того согласія, которое царило между ними, пока дѣло шло о критикѣ господствующаго ученія. Объединяетъ ихъ только одна черта—это расширеніе творческой дѣятельности суда, отрицаніе за судьею роли машины, механически подводящей факты подъ объективно существующія правовыя нормы. Съ какого момента начинается это творчество? Отвѣтъ осложняется тѣмъ, что слово „творчество“ можетъ пріобрѣтать двойной оттѣнокъ. Судья созидаетъ новую большую посылку въ судейскомъ силлогизмѣ, такой нормы въ формальныхъ источникахъ права, въ законѣ (такъ какъ мы изслѣдуемъ только вопросъ о толкованіи закона, а не другихъ такъ наз. источниковъ права, то для краткости мы можемъ употреблять прямо слово законъ) не имѣется. Она создана судьей—на этомъ сходятся всѣ, но будетъ ли эта посылка продуктомъ индивидуальнаго творчества, столь же индивидуальнымъ, какъ произведеніе знаменитаго живописца, или же этотъ новый результатъ будетъ только новымъ для насъ фактомъ, какъ пока неизвѣстное намъ произведеніе двухъ пятизначныхъ чиселъ другъ на друга, которое однако совершенно одинаково, цифра въ цифру, назовутъ намъ всѣ совершившіе въ дѣйствительности умноженіе этихъ чиселъ по правиламъ арифметики. Вотъ вопросъ, производящій рѣзкое раздѣленіе. Раздѣленіе это сглаживается однако тѣмъ, что громадное большинство писателей, стремящихся создать правила созиданія этихъ большихъ посылокъ, вынуждены заявлять, что какія правила ни созидай, устранить вовсе индивидуальную личность судьи или ученаго теоретика невозможно. Поэтому я свожу ихъ отвѣты о правилахъ судейской дѣятельности по обнаруженію большой посылки на два отдѣла не по этому моменту, а на правила: 1) уясненія себѣ судьею текста закона до обнаруженія пробѣловъ въ немъ и 2) на правила восполненія пробѣловъ послѣ признанія имъ ихъ наличности.

а) Правила уясненія текста. Отвергая дѣленіе толкованія на грамматическое и логическое, почти всѣ авторы признаютъ полезность и грамматики и логики [2]). Вмѣстѣ съ тѣмъ однако только очень немногіе изъ нихъ, главнымъ образомъ Жени, признаютъ критеріемъ истинности смысла волю историческаго законодателя и допускаютъ въ этихъ предѣлахъ примѣненіе традиціонныхъ способовъ отысканія этой воли. Для нихъ съ момента невозможности установить конкретную

волю законодателя о фактическомъ составѣ именно даннаго рода (опять повторяю, я опускаю промежуточную стадію—отысканіе судьею большой посылки въ другихъ формальныхъ источникахъ права) начинается созданіе толкователемъ новой большой посылки [3]). Значительная часть остальныхъ писателей не только безусловно отвергаетъ, какъ критерій волю законодателя по указаннымъ уже выше (18) соображеніямъ, но отвергаютъ и ученіе о волѣ закона, какъ критеріи его пониманія [4]). Воля закона есть фикція—неодушевленныя буквы хотѣть не могутъ, воля закона, его духъ, есть въ дѣйствительности не что иное, какъ духъ толкующаго, т. е. для нихъ созданіе новой нормы и при томъ индивидуально творческое наступаетъ съ момента признанія толкователемъ нормы неясной [5]). Нѣкоторые готовы удовлетвориться такимъ критеріемъ, но предлагаютъ иные, чѣмъ прежде, способы установленія этой воли закона. Настаивая вмѣстѣ съ представителями воззрѣнія о толкованіи по волѣ закона, что текстъ закона долженъ быть положенъ во главу угла дѣла его пониманія, они выдвигаютъ необходимость разсматривать этотъ текстъ, не какъ только логическія формулы—цѣпь сужденій, а какъ соціальное явленіе [6]). Какъ соціальное явленіе, нормы закона представляютъ собой улаженіе противоположныхъ интересовъ [7]), установленіе равновѣсія интересовъ [8]), съ точки зрѣнія нѣкоторыхъ даже только констатированіе этого равновѣсія [9]). Отсюда необходимость тщательнаго изученія реальныхъ интересовъ, сталкивающихся въ данномъ случаѣ, а также интересовъ тѣхъ, кто вообще заинтересованъ необходимостью разрѣшить данное столкновеніе интересовъ. Уяснивъ себѣ это столкновеніе, мы уяснимъ себѣ и смыслъ нормы—таковъ отвѣтъ представителей ученія о взвѣшиваніи интересовъ [10]) и „соціологовъ“ [11]). Отвѣтъ соціологовъ разнится главнымъ образомъ тѣмъ, что они явно и рѣзко подчеркиваютъ, что въ случаѣ сомнѣнія рѣшающій голосъ въ опредѣленіи того, чей интересъ получитъ перевѣсъ, принадлежитъ судьѣ, уздою для котораго явятся обычаи оборота, новыя потребности жизни, требованія справедливости и правды и его субъективное чувство справедливости [12]), въ то время какъ часть представителей ученія о взвѣшиваніи интересовъ наклонна видѣть такой критерій въ оцѣнкѣ интересовъ, какъ она установлена самимъ закономъ, ему имманентна [13]). Законъ, какъ соціальное явленіе, можетъ разсматриваться не только какъ установленіе равновѣсія интересовъ, но это равновѣсіе и вообще результаты примѣненія законовъ могутъ разсматриваться, какъ его цѣль не въ смыслѣ цѣли, субъек-

тивной, прошедшей черезъ мозгъ дѣятелей законодательныхъ учрежденій, а какъ цѣль самого закона—соціальнаго явленія [14]). Законъ своимъ дѣйствіемъ удовлетворяетъ какую нибудь наличную общественную потребность; тогда отысканіе этой цѣли закона и можетъ послужить критеріемъ уясненія смысла текста [15]). Это воззрѣніе психологически и логически весьма близко примыкаетъ къ предыдущему. Въ самомъ дѣлѣ, давая предпочтеніе одному, а не другому интересу, этимъ самымъ мы ихъ расцѣниваемъ, одинъ изъ нихъ для насъ дороже другого; дороже онъ потому, что давая ему торжествовать, мы достигаемъ какой либо дорогой намъ цѣли. Такимъ образомъ законъ, разграничивая интересы, даетъ намъ возможность отъ оцѣнки имъ интересовъ заключить о преслѣдуемыхъ имъ цѣляхъ. Этимъ методомъ мы и можемъ выяснять смыслъ закона: по тексту закона мы опредѣляемъ его цѣль—телеологическое толкованіе, вотъ что должно замѣнить [16]) предлагаемые господствующимъ ученіемъ пріемы или по крайней мѣрѣ слѣдовать [17]) за грамматическимъ и логическимъ толкованіемъ въ качествѣ высшей рѣшающей инстанціи. Только это телеологическое толкованіе можетъ опредѣлить истинный смыслъ закона, соотвѣтствіе или не соотвѣтствіе смысла буквѣ. Ищется цѣль закона въ моментъ его толкованія, предварительною стадіею должно однако явиться опредѣленіе цѣли закона въ моментъ его изданія, а затѣмъ уже изслѣдуется, не измѣнилась ли она по закону гетерогоніи цѣлей Вундта [18]). Являются ли результаты телеологическаго толкованія столь же строго логически общеобязательными, какъ по утвержденію современнаго господствующаго ученія результаты толкованія. Часть склоняется за признаніе этихъ результатовъ общеобязательными [19]). Большинство же съ этимъ не согласно. Одни считаютъ, что разъ только толкователь началъ отыскивать оцѣночное сужденіе закона, его выводы немедленно теряютъ логическую общеобязательность [20]), другіе указываютъ только на большую или меньшую вѣроятность опредѣленія цѣли, а не достовѣрность [21]), третьи даже подчеркиваютъ, что при опредѣленіи цѣли рѣшающую роль играетъ правовое чувство судьи [22]). Такъ какъ всѣ они отрицаютъ достовѣрность результатовъ толкованія и по господствующему методу, то нѣкоторый неизбѣжный субъективизмъ телеологическаго толкованія не можетъ, какъ они думаютъ, ставиться ему въ вину [23]). Единично Юнгъ [24]) утверждаетъ, что этотъ субъектявизмъ только кажущійся, такъ какъ судьи, какъ дѣти своего времени необходимо дадутъ такое, а не иное пониманіе закона, что поэтому резуль-

татъ, ихъ толкованіе закона, также строго объективно опредѣленъ. Съ другой стороны стоятъ писатели считающіе, что внесеніе судьею его я даже окажется плодотворнымъ для общественной жизни, только бы самъ судья былъ дѣйствительно „личностью [25]). Плодомъ работы судьи надъ текстомъ закона будетъ уясненіе его себѣ судьею—возможно, что онъ совпадетъ съ буквою закона, возможно, что буква эта получитъ ограничительное или напротивъ распространительное пониманіе [26]). Представители школы свободнаго права въ узкомъ значеніи этого названія (ср. стр. 115) считаютъ, что въ рѣдкихъ случаяхъ толкователь, уяснивъ себѣ законъ, откажется его примѣнять и примѣнитъ прямо противорѣчащую ему норму. Когда это допустимо? Почти всѣ защищающіе такое явленіе, допускаютъ его лишь въ крайнемъ случаѣ, признавая за болѣе желательное подчинаніе закону и даже фактически установившемуся его пониманію [27]). Два критерія здѣсь выдвигаются на первый планъ: во первыхъ, если невозможно допустить, что современная государственная власть (или законодатель) желала бы такой нормы, какая прямо вытекаетъ изъ буквы закона по провѣркѣ его телеологическимъ или другими предлагаемыми видами толкованія [28]) и во вторыхъ, когда этого безусловно требуетъ общій интересъ [29]). Въ этихъ случаяхъ толкователь признаетъ себя свободнымъ отъ подчиненія такой нормѣ и разсматриваетъ ее какъ не существующую, какъ пробѣлъ въ правѣ, который затѣмъ и восполняется имъ по правиламъ восполненія пробѣловъ, предлагаемымъ даннымъ авторомъ. Выше мы видѣли, что объясненіе этому отверженію закона Юнгъ и Шлоссманъ [29]) видятъ въ тѣхъ же причинахъ, которыя обосновываютъ дѣйствіе всякаго права, права вообще.

б) Правила восполненія пробѣловъ. Какъ же быть, если случай подлежащій разрѣшенію не подходитъ подъ нормы, смыслъ которыхъ установленъ предыдущими способами. Почти всѣ писатели подчеркиваютъ, что здѣсь мы имѣемъ дѣло съ иною дѣятельность, чѣмъ раньше. Тамъ дѣло шло о пониманіи закона, здѣсь о восполненіи въ немъ пробѣла. Тамъ для судейскаго силлогизма уже имѣется въ законѣ готовая большая посылка, здѣсь надо еще ее создать. Допускаютъ ли отдѣльные авторы [30]) только законъ, какъ формальный источникъ права, или же также и другіе [31]) напр. обычное право, всѣ они однако считаютъ всѣ эти формальные источники права не могущими предусмотрѣть всѣхъ возможныхъ случаевъ, подлежащихъ рѣшенію судьи, а такъ какъ отказаться отъ ихъ разрѣшенія онъ не можетъ, то ему и приходится

составлять новую норму. Громадное большинство, впрочемъ, отрицаетъ за созданнымъ положеніемъ характеръ дѣйствительной правовой нормы [32]). Правда, большая часть изъ нихъ настаиваетъ на томъ, что при созданіи большой посылки судейскаго силлогизма въ данномъ случаѣ судья долженъ помнить, что созданная имъ посылка должна быть такою, чтобы она же могла лечь въ основу рѣшенія всякій другой разъ, когда тотъ же судья встрѣтится съ такого же рода фактическимъ составомъ [33]). Изъ этого не слѣдуетъ однако, что созданное сужденіе стало правовой нормой—для другихъ судей она не имѣетъ значенія формальнаго обязательнаго источника права. Этотъ споръ не вліяетъ на методъ созданія въ отдѣльномъ случаѣ новой большой посылки и можетъ быть по этому пока быть оставленъ въ сторонѣ. Болѣе важнымъ является раздѣленіе новѣйшихъ писателей на двѣ группы: на настаивающихъ на безсознательномъ характерѣ созданіи этихъ нормъ, на рѣшающей роли ирраціональныхъ моментовъ нашей личности, или же на сознательномъ достиженіи посредствомъ творимой нормы какой либо цѣли къ числу первыхъ относится прежде всего Шлоссманъ [34]) и Канторовичъ [35]) и отчасти всѣ занесенные нами въ школу свободнаго права [36]), ко вторымъ Штаммлеръ [37]) и Брюттъ [38]). Первые говорятъ, что субъективное правовое чувство судьи подскажетъ ему отвѣтъ, вторые же утверждаютъ, что есть извѣстный объективный идеалъ права (общеобязательный)—справедливое право Штаммлера въ смыслѣ права, ведущаго къ достиженію идеала общества свободно хотящихъ людей [39]) или право, какъ средство культурнаго прогресса у Брютта [40]). Восполняющій пробѣлъ долженъ поэтому создавать такія посылки, которыя были бы формально справедливы, или которыя подвигали бы впередъ данное государство въ культурномъ отношеніи. Такимъ образомъ во второмъ случаѣ передъ восполняющимъ пробѣлъ стоитъ цѣль, его дѣло подыскать средство, могущее какъ причина вызвать какъ слѣдствіе указанную цѣль. Если Шлоссманъ и Брюттъ окажутся въ данномъ случаѣ столь характерно противоположными, то нельзя сказать, что бы между ними не было промежуточныхъ звеніевъ. Такими звеньями являются два обстоятельства: во первыхъ требованіе частью писателей свободной школы повышеннаго образованія для судей, усвоенія ими хода права, потребностей современности, культуры, что все должно отразиться на ихъ правовомъ чувствѣ [41]) и во вторыхъ требованіе объективныхъ мѣрокъ при твореніи „соціологаии“ и представителями „взвѣшиванія интересовъ“. Эти объективныя мѣрки заключаются

въ тщательномъ изученіи столкновенія интересовъ и соціальной жизни вообще и только уже тогда въ приложеніи явномъ и сознательномъ („соціологи“) [42]) правового чувства судьи или только неизбѣжномъ (ученіе о взвѣшиваніи интересовъ) [43]). Есть наконецъ, еще одно обстоятельство довольно тѣсно объединяющее большую часть всѣхъ „новѣйшихъ“ писателей. Очень немногіе изъ нихъ сразу допускаютъ творчество, субъективное ирраціональное или стремящееся къ достиженію объективно поставленной судьѣ задачи. Большинство знаетъ предварительную стадію, часто объемлющую главную массу всѣхъ пробѣловъ формальныхъ источниковъ права—дѣло идетъ о разрѣшеніи пробѣловъ посредствомъ оцѣнокъ, черпаемыхъ изъ законовъ. Въ этомъ отношеніи значительно сходятся всѣ писатели отъ Шлоссмана до Брютта [44]). Въ то время, какъ для представителей школы свободнаго права, это есть результатъ правовыхъ убѣжденій самого судьи вполнѣ естественныхъ, покоящихся на вѣрѣ въ то, что для всѣхъ равное справедливое право лучше измѣняющагося въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ [45]), то же требованіе выводится соціологомъ изъ требованій гражданскаго оборота, необходимости для судьи сохранять вѣру въ прочность оборота [46]); для представителей взвѣшиванія интересовъ само собою оцѣнка интересовъ, данная закономъ можетъ быть использована и при разрѣшеніи пробѣловъ [47]). Точно также представители сознательнаго заполненія пробѣловъ допускаютъ его не сразу, а только съ того момента, когда его нельзя заполнить по мѣрилу оцѣнки интересовъ, заимствованному у закона; пока же эти законныя оцѣнки даютъ возможность разрѣшать пробѣлы и они требуютъ безусловнаго руководства ими [48]), а Штаммлеръ даже допускаетъ сознательную творческую судебную дѣятельность только тогда, когда самъ законъ отсылаетъ явно или косвенно къ усмотрѣнію судьи [49]). Послѣ этой общей характеристики остается дать перечень предлагаемыхъ правилъ восполненія пробѣловъ: 1) этихъ правилъ не могутъ предлагать вовсе лица, переводящія восполненіе пробѣловъ прямо на правовое чувство для нихъ главная задача сведется къ судоустройственной къ улучшенію личности судьи; 2) всѣ остальные предлагаютъ обыкновенно а) восполненіе пробѣловъ по законнымъ оцѣнкамъ интересовъ, для чего надлежитъ тщательно изучить подлежащее судейскому разрѣшенію столкновеніе интересовъ, б) затѣмъ или правовое чувство или выставленіе общей посылки, являющейся средствомъ въ цѣпи средствъ, ведущихъ къ достиженію извѣстнаго объективнаго идеала, въ родѣ процвѣтанія культуры. Часть представителей

французской школы утверждаетъ, что есть объективные источники, изъ которыхъ судья можетъ почерпнуть не достающую норму: напр. коллективное правосознаніе (Салейль) или которые могутъ по крайней мѣрѣ помочь въ оріентировкѣ правовому чувству (природа вещей Жени, сравнительное право Ламбера). Зато нѣкоторые нѣмецкіе писатели [50]) считаютъ, что бываютъ такіе случаи, которые чувствомъ вовсе разрѣшены быть не могутъ, сюда относится напр. установленіе срока давности, вообще случаи, гдѣ нужно, чтобы рѣшеніе было, а какое именно не важно, тогда судья, по ихъ предложенію, долженъ рѣшать дѣло просто по своему усмотрѣнію, произволу, простымъ изъявленіемъ воли. Это оспаривается тѣми, кто считаетъ, что такое молчаніе правового чувства допустимо лишь при отвлеченной постановкѣ правового вопроса, гдѣ же дѣло идетъ о конкретномъ столкновеніи интересовъ, тамъ всегда заговоритъ правовое чувство [51]). Вообще подчеркиваютъ, что разрѣшить хорошо и справедливо конкретный случай гораздо легче, чѣмъ выставить общее правило [52]). Довольно часто новѣйшіе указываютъ, что ихъ вполнѣ удовлетворила бы формулировка I статьи Швейцарскаго гражданскаго уложенія. Она гласитъ, какъ извѣстно: „Ко всѣмъ правовымъ вопросамъ примѣняется законъ, разъ они предусмотрѣны его буквой или духомъ. Если изъ закона нельзя получить никакого предписанія, то судья долженъ рѣшить по обычному праву, а если и его нѣтъ, то по правилу которое выставилъ бы самъ судья, въ качествѣ законодателя. Онъ слѣдуетъ при этомъ доброй (bewährte) научной теоріи и практикѣ“ [53]).

Къ 20. Всѣ цифры въ ссылкахъ на нѣмецкихъ писателей обозначаютъ страницы первой главы настоящей работы, гдѣ читатель найдетъ бо́льшія подробности.

[1]) Противъ такого подѣлѣнія прямо выступаетъ впрочемъ Wurzel 98, напротивъ какъ разъ соотвѣтствіе новѣйшей литературѣ усматриваютъ въ томъ, что въ новѣйшемъ польскомъ курсѣ австрійскаго гражданскаго права Zoll, Austryackie prawo prywatne. Czesc ogólna 1909 (§ 26) отдѣльно излагаются эти два вида правилъ.

[2]) Ср. напр. Kantorowicz 8, Rumpf 38.

[3]) Gény 261, какъ справедливо указываютъ критики, дѣлается имъ это, чтобы какъ можно скорѣе открыть доступъ свободному научному отысканію права.

[4]) Напр. Schlossmann 18, Rumpf 43.

[5]) Kantorowicz 10.

[6]) Stampe 64.

[7]) M. Rümelin 72.

[8]) Gény 548.

[9]) Vander Eycken 66.

[10]) Stampe 64—65, Heck 67, Müller Erzbach 69.

[11]) Fuchs 52, Gmelin 57.

[12]) Fuchs 50, Gmelin 58.

[13]) Heck 67, на этой имманентной оцѣнкѣ настаиваютъ и писатели другихъ группъ, какъ Brütt 81, въ сущности къ этому сводится и цѣнность самой нормы у Румпфа 39, 40, Wiesner 30.

[14]) Особенно подробно Brütt 81 ср. также Vander Eycken 85, 190.

[15]) Wiesner 29, Vander Eycken 403.

[16]) M. Rümelin 72.

[17]) Wiesner 29.

[18]) Brütt 82, Radbruch 35.

[19]) Brütt 81, Vander Eycken 251, Müller Erzbach 71.

[20]) Rumpf 42.

[21]) Wiesner 29, M. Rümelin 73.

[22]) Vander Eycken 123.

[23]) На этомъ настаиваютъ и представители толкованія по чувству.

[24]) Jung 113.

[25]) Kantorowicz 11, Rumpf 39, Ehrlich 25.

[26]) Wiesner 28, Brütt 93.

[27]) Wiesner 29, Эрлихъ 24.

[28]) [29]) Kantorowicz 10, Wiesner 30 (разъ текстъ закона неразуменъ и безсмысленъ), Stampe 66, Fuchs 53 («явно несправедливъ»). Въ недавно вышедшей новой брошюрѣ Die Freirechtsbewegung. Gründe und Grenzen ihrer Berechtigung 1911 Штампе дополняетъ ранѣе высказывавшіяся имъ мысли о правѣ судьи судить противъ закона. Для этого необходимо по его мнѣнію, чтобы возникло такъ называемое масссовое бѣдствіе отъ закона или по крайней мѣрѣ должно было бы со временемъ необходимо возникнуть, какъ наприм. при старомъ параграфѣ Г. Г. У. объ отвѣтственности держателя животныхъ, и чтобы при этомъ однако немедленное вмѣшательство законодательной власти не представлялось возможнымъ и доступнымъ. Пока такое право и обязанность по его мнѣнію должно быть предоставлено только самой высшей инстанціи (28).

[29*]) Jung 121, Schlossmann 16, 19.

[30]) Kantorowicz 13.

[31]) Schlossmann 14.

[32]) Однако Штампе 65.

[33]) Wiesner 30, Rumpf 43.

[34]) Schlossmann 19.

[35]) Kantorowicz 8.

[36]) Rumpf, хотя и говоритъ противъ правового чувства, какъ критерія, но подчеркиваетъ частую необщеобязательность оцѣнокъ судьи 43, тоже Wiesner 30.

[37]) Stammler 76.

[38]) Brütt 84.

[39]) Stammler 75.

[40]) Brütt 85.

[41]) Точнѣе сознательномъ правовомъ чувствѣ (ср. гл. 3) Ehrlich 26, Rumpf 46.

[42]) Gmelin 58.

[43]) Ср. Heck 69.

[44]) Даже Kantorowicz 13.

[45]) Schlossmann 19 въ текстѣ 128 стр. грубая опечатка, надо читать «несправедливое».

[46]) Gmelin 60.

[47]) Heck 69.

[48]) Brütt 89.

[49]) Stammler 76.

[50]) Rumpf 41.

[51]) Iung 109.

[52]) Ehrlich 26.

[53]) Kantorowicz 9, 13. Ehrlich 23, Fuchs 52, ср. однако 53. Отмѣчу впрочемъ, что большинство ссылается на эту статью въ формулировкѣ ея въ проектѣ, гдѣ она имѣетъ нѣсколько иную редакцію, при которой теорія и практика были самостоятельнымъ источникомъ восполненія пробѣловъ въ законѣ. Въ теперешней редакціи она, конечно, болѣе соотвѣтствуетъ пожеланіямъ новѣйшихъ. Подробности исторіи редакціи ея см. приложеніе 2-ое. Любопытно, что той же статьей охотно готовы удовлетвориться и такіе писатели какъ Бирлингъ, прямой противникъ новѣйшихъ, и весьма относительный сторонникъ ихъ Корнфельдъ. Оба они готовы видѣть въ словахъ, какъ если бы онъ былъ законодателемъ, только то, что господствующая доктрина считаетъ аналогіей, духомъ законодательства или природой вещей то же, что самъ Бирлингъ считаетъ духомъ законодательства, а Корнфельдъ положительнымъ правовымъ чувствомъ. Bierling, Juristische Principienlehre 4, 402, 262 Anm. 54 и 402 16, 418). Передача слова bewährte словомъ добрый не вполнѣ точна, французскій и итальянскій текстъ вовсе его опустили, какъ непереводимое. Добрый передаетъ до извѣстной степени мысль самого Губера, недавно подробно объяснившаго ее въ статьѣ Bewährte Lehre (Polit. Jahrbuch der Schweiz. Eidgenossenschaft 25 51 Es gilt als bewährt, was wahr ist in dem... den Rechtssätzen und ihrer *Beurteilung* entsprechenden Sinne (тамъ же 52).

21. Сдѣланная нами краткая выжимка положительныхъ предположеній новѣйшихъ чрезвычайно суха и совершенно не соотвѣтствуетъ горячему одушевленію, которое такъ характерно для многихъ изъ нихъ, и которое я старался сохранить въ изложеніи ихъ по отдѣльности (см. главу I), но эта выжимка оказалась бы извращающею дѣйствительность, если бы опустить вовсе ихъ исходныя точки зрѣнія. Тутъ надо отмѣтить во 1-хъ пониманіе ими права, какъ явленія и во 2-хъ ихъ политикоправовые идеалы. Не задаваясь историко-литературными задачами, я въ правѣ опустить вопросъ о томъ, въ какой связи находится самое пониманіе ими права отъ

ихъ идеаловъ. Въ противномъ случаѣ можно было бы, пожалуй, доказывать, что у большинства изъ нихъ пониманіе права является вторичнымъ, дающимъ имъ только возможность легче обосновывать ихъ идеалы. Обратимся къ пониманію права. Кромѣ Штаммлера (ср. 13), ученіе котораго своеобразно, у остальныхъ лежатъ во главѣ два пониманія, изъ которыхъ одно преобладаетъ у германскихъ писателей, а другое у французскихъ. Съ одной стороны имѣется воззрѣніе на право, какъ на психологическое переживаніе, отсюда усиленное значеніе правового чувства и ослабленіе строгой подчиненности закону. Съ другой стороны воззрѣніе на право, какъ на продуктъ борьбы интересовъ, вѣчно измѣняющихся, и на законъ, какъ на ихъ временную расцѣнку, легко отстающую отъ жизни, отсюда возможность не по чувству, а изъ закона находить оцѣнки, а съ другой стороны ослабленіе подчиненности закону, какъ легко и необходимо (по закону эволюціи) устарѣвающему. Что касается идеаловъ, то объединяетъ новыхъ писателей не положительная ихъ сторона, а глубокое ихъ недовольство современнымъ законодательствомъ и (особенно въ Германіи) судебной практикой, проходящее красной нитью чрезъ большинство сочиненій по толкованію законовъ. Сюда присоединяется нѣкоторое отчаяніе въ возможности скоро видѣть лучшіе законы и вѣра въ то, что или уже судьи лучше законодателя или по крайней мѣрѣ лучшими ихъ сдѣлать легче, чѣмъ законы. Все это ведетъ къ требованію, чтобъ съ одной стороны толкованіе закона было согласовано съ истинною природою права, какъ она представляется этимъ писателямъ (обоснованіе по природѣ вещей), что въ ихъ устахъ равно практически требованію, чтобы законъ по возможности не препятствовалъ улучшенію судьею соціальной жизни—тому, чтобы судья былъ отчасти законодателемъ. Разъ судья приступилъ къ законодательству, то для вѣрящихъ въ правовое чувство и здравый разсудокъ достаточно требовать тонкаго ихъ развитія, даваемаго научнымъ широкимъ соціальнымъ образованіемъ и повышеніемъ личности судей. Для лицъ же, желающихъ внести раціональный моментъ въ это творчество, исходъ находится въ предписаніи сознательнаго достиженія судьями какой либо цѣли, при этомъ а) или телеологически освѣщается какой либо принципъ, какъ необходимая цѣль права (сюда очень близко подходятъ и формальный методъ Штаммлера) или же б) путеводная звѣзда извлекается изъ эволюціи права, изъ ближайшей ступеньки лѣстницы этой эволюціи своего права, при чемъ она не рѣдко разсматривается какъ установившееся правосознаніе всего

народа (напр. у Салейля, отчасти Фукса, находящагося тутъ подъ несомнѣннымъ вліяніемъ Данца) или сравнительнаго права (критерій Ламбера) и т. д. Напомнимъ, что при б) почти всегда признается и неизбѣжное вліяніе психологіи самого судьи. Бываетъ, что оба эти воззрѣнія соединяются, и подъ субъективное правосознаніе подставляютъ подчиняющееся эволюціи правосознаніе коллективное (Салейль, довольно близко къ общему правосознанію подходитъ позитивное правовое чувство Корнфельда (Kornfeld, Soziale Machtverhältnisse 1911, 102, также Berolzheimer Die Gefahren einer Gefühlsjurisprudenz (ArchRPhilos. 4 603 „die labile Natur des Rechts“, 604—die Rechtsanschauung einer bestimmten Zeit in einem bestimmten Kulturkreis, а отчасти и Шлоссманъ). Что же касается положительныхъ идеаловъ, то они въ высшей степени различны; достаточно указать на то, что въ ряды новѣйшихъ съ полнымъ правомъ могутъ быть зачислены Матеръ, официальный партійный соціалистъ марксистъ и Штампе, воспитатель сына германскаго императора прямой противникъ соціализма, съ удовольствіемъ отмѣчающій, что при свободномъ судейскомъ правотвореніи всякому судьѣ придется показать свой политическій цвѣтъ. Разнообразіе положительныхъ идеаловъ скажется и въ томъ, что въ то время, какъ одни изъ писателей и сравнительно немногіе стремятся такъ или иначе научно ихъ обосновать (Штаммлеръ, Брюттъ) другіе принимаютъ ихъ за доказанные или само собою понятные, а третьи совсѣмъ не задумываются даже надъ выясненіемъ, въ чемъ заключаются ихъ идеалы—психологія ихъ сходна съ обыденной, думающей, что если бы я оказался на такомъ то мѣстѣ, напр. законодателя, судьи и имѣлъ бы свободу дѣйствія, то все бы устроилось, особенно, если я считаю себя хорошо подготовленнымъ, таково впечатлѣніе особенно отъ Канторовича. Какъ разнообразны идеалы отдѣльныхъ писателей, такъ разнообразно и ихъ соціальное положеніе. Въ движеніи идутъ рука объ руку теоретики и практики, университетскіе преподаватели, пожилые профессора и начинающіе приватъ-доценты, старые и совсѣмъ молодые судьи и адвокаты. Въ этомъ читатель убѣдится, просмотрѣвъ званія отдѣльныхъ писателей, отмѣченныя мною въ первой главѣ не только для излагаемыхъ тамъ главныхъ представителей новѣйшихъ, но и у сочувственныхъ имъ критиковъ. Съ этимъ разнообразіемъ положеній идетъ также и разнообразіе научной и жизненной подготовки отдѣльныхъ авторовъ. Въ то время какъ одни люди практической жилки, въ родѣ Фукса, Гмелина, мало задумываются надъ методологическими вопросами и явно

тяготѣютъ къ оппортюнизму (оппортюнистами называлъ іерингіанцевъ Л. І. Петражицкій: и зоветъ теперь новѣйшихъ Мальэ (232) другіе не только теоретики, но и практики, (Румпфъ) усиленно занимаются методологическими изысканіями и корятъ господствующее направленіе въ наукѣ гражданскаго права за пренебреженіе методологіей.

Б. Пріемъ въ нѣмецкой юридической литературѣ.

«Современная цивилистика не заслуживаетъ упрека въ схоластической безплодности и замѣнить ее какъ бы судами общественной совѣсти значило бы вернуться къ варварскимъ временамъ. Но затыкать свои уши при голосѣ свободноправовой критики мы не должны». Mitteis DJZ 14 1042.

22. Прежде чѣмъ перейти къ изложенію того, какъ были приняты новѣйшія теченія современной нѣмецкою наукою, стоитъ немного остановиться на ихъ предшественникахъ. Какъ уже мною указано, моею цѣлью не является изученіе новѣйшаго направленія, какъ историческаго явленія *), поэтому я касаюсь лишь непосредственныхъ предшественниковъ и то только постольку, поскольку они обусловили ту или иную встрѣчу, оказанную критикою новѣйшимъ. Читатель юристъ, хотя бы вовсе незнакомый съ новѣйшими теченіями, нашелъ при просмотрѣ этой главы много знакомаго, принявшаго впрочемъ нѣсколько иныя формы. На его память должны были выплыть имена прежде всего Іеринга [1]), а за нимъ Бюлова, Беккера, Ваха, Биндинга, Колера, а съ другой стороны Антона Менгера, ставшаго за послѣднее время извѣстнымъ Адикеса и наконецъ, до сихъ поръ мало оцѣненнаго Густава Рюмелина. Іерингу новѣйшіе обязаны взглядомъ на право, какъ на борьбу интересовъ, на значеніе цѣлевого момента въ правѣ, на законъ, какъ на общественную оцѣнку интересовъ. Іерингу принадлежитъ самая жестокая критика юриспруденціи понятій. Воззрѣнія Іеринга слишкомъ общеизвѣстны и въ наукѣ вообще, и особенно у насъ [2]), гдѣ они оказали сильнѣйшее вліяніе значительно ранѣе, чѣмъ во Франціи, а отчасти и Германіи. Критикой юриспруденціи понятій новѣйшіе обязаны также Беккеру [3]) и Бюлову [4]). Почти всѣ доводы противъ воли законодателя были до новѣйшихъ выставлены за послѣднее время Вахомъ [5]) и Биндингомъ [6]). Вліяніе ихъ было чрезвычайно сильно вообще въ современной юридической литературѣ и въ сущности ученіе о волѣ законодателя, какъ критеріи

толкованія, только по традиціи носитъ названіе господствующаго, тогда какъ фактически преобладаніе было уже на сторонѣ ученія о волѣ закона, разработаннаго кромѣ Ваха и Биндинга Колеромъ [7]). Наконецъ, въ мало извѣстныхъ до послѣдняго времени небольшихъ рѣчахъ Густава Рюмелина [8]), особенно въ его Оцѣночныхъ сужденіяхъ и рѣшеніяхъ воли содержится въ зачаткѣ можетъ быть наиболѣе сильное возраженіе новѣйшихъ противъ современнаго ученія о толкованіи, положеніе, что одной логики недостаточно для толкованія закона. Не останавливаясь на подробностяхъ — съ доводами Рюмелина намъ придется считаться въ 3 главѣ — укажу только, что имъ подвергнуты логическому анализу почти всѣ главнѣйшія операціи при толкованіи законовъ: пониманіе смысла отдѣльныхъ выраженій, выясненіе неясныхъ, установленіе логической связи между отдѣльными постановленіями, образованіе понятій, восполненіе пробѣловъ путемъ аналогіи, довода отъ противнаго и т. д.

Что касается второго основнаго положенія новѣйшихъ — утвержденія, что судья постоянно творитъ при примѣненіи права, то здѣсь главнымъ предшественникомъ (впрочемъ только для нѣмецкой науки) они имѣютъ Бюлова, затѣмъ Колера [9]). Въ извѣстной своей брошюрѣ Законъ и судья [10]), Бюловъ выставилъ такое положеніе. Всякій законъ по его абстрактной формѣ является только планомъ правопорядка. Судья, примѣняя его къ конкретному случаю, даетъ ему реальную жизнь, судья не только подводитъ, но приказываетъ, при чемъ его личность неминуемо отразится на томъ правопорядкѣ, который существуетъ въ дѣйствительности, такимъ образомъ существующій правопорядокъ не является продуктомъ одного законодателя, а законодателя и судьи вмѣстѣ.

Переходя теперь къ практическимъ предложеніемъ новѣйшихъ, въ которыхъ проходитъ красной линіей требованіе, чтобы рѣшенія судьи были лучшими, чѣмъ самъ законъ, и оставляя въ сторонѣ тѣ общія историческія причины, которые періодически вызываютъ стремленія такого рода въ юридической наукѣ и практикѣ, я ограничусь опять таки только указаніемъ ближайшихъ предшественниковъ. Наиболѣе близкимъ будетъ, конечно, опять таки вліяніе Іеринга. Правда, ученіе Іеринга не прошло въ учебники въ его настоящей формѣ, однако оно постоянно сохраняло свое значеніе практически въ отдѣльныхъ изслѣдованіяхъ, впрочемъ и въ учебникахъ особенно Дернбурга [11]) и изъ болѣе новыхъ Тура [12]) и Козака [13]) мы можемъ найти или такіе критеріи, какъ мнѣнія лучшихъ людей или даже указаніе на справедливость и при-

роду вещей, какъ формальные источники права. Отчасти подготовляли почву новѣйшимъ и представители ученія о волѣ закона, какъ критеріи его пониманія. Наиболѣе близкими къ новѣйшимъ даже въ крайнихъ ихъ предложеніяхъ могли бы быть признаны Адикесъ, Антонъ Менгеръ и совершенно забытый Шейнъ [14]). Однако признать за ними непосредственное вліяніе на новѣйшія теченія почти невозможно, хотя Адикесъ обратилъ на себя всеобщее вниманіе своими новыми работами по реформѣ гражданскаго судопроизводства [15]), вѣрнѣе судоустройства, но и тѣ писатели, которые охотно ссылаются на эти работы, какъ бы не знаютъ его старой небольшой книги объ источникахъ права [16]), гдѣ какъ и въ Договорѣ Шлоссмана, мы находимъ въ зачаткѣ всѣ положенія лѣваго крыла новѣйшихъ, любопытно отмѣтить, что во французскомъ движеніи и эта работа была использована, вообще въ работахъ Жени, Салейля и Ламбера тщательно указываются нѣмецкіе писатели, оказавшіе вліяніе на нихъ, въ то время какъ большинство нѣмецкихъ работъ обыкновенно не даетъ литературныхъ обзоровъ. Точно также и Менгеръ съ его критикой аналогіи, какъ вреднаго для интересовъ неимущихъ классовъ способа восполненія пробѣловъ, сталъ довольно поздно указываться въ числѣ представителей школы свободнаго права, ученіе Менгера [17]) вкратцѣ таково: современный гражданскій законъ имѣетъ наклонъ противъ не владѣющихъ классовъ населенія. Отсюда—предписаніе проекта толковать по аналогіи для не владѣющихъ не выгодно, поэтому нужно разрѣшить судьѣ восполнять пробѣлы по его собственному усмотрѣнію. Этимъ мы улучшимъ положеніе слабыхъ. Правда, теперешній судья все еще по привычкѣ будетъ толковать въ духѣ современнаго кодекса, но въ будущемъ онъ подпадетъ подъ вліяніе новѣйшихъ соціальныхъ идей раньше, чѣмъ законодатель. Необходимо отмѣтить, что Менгеръ высказываетъ это исключительно съ точки зрѣнія политики права, критикуя проектъ Г. Г. У., а не съ точки зрѣнія дѣйствующаго права, какъ это дѣлаетъ новѣйшее направленіе [18]).

Къ 22. * Для интересующихся читателей позволяю себѣ только передать существующія въ литературѣ попытки такого объясненія. Такъ бреславльскій профессоръ Бри (ArchRPhilos. 3 531) говоритъ: «движеніе свободнаго права—слѣдствіе различныхъ одновременныхъ побудителей. Отчасти оно является реакціей противъ прошедшаго слишкомъ долгаго господства юриспруденціи понятій, которая односторонне выдвигала впередъ логическую сторону права и упускала изъ виду цѣль правовыхъ нормъ, а также и связь права съ жизненными отношеніями; не менѣе направляется оно и противъ букво-

ѣдной юриспруденціи, которая прикрѣпляется къ буквальному тексту новѣйшихъ уложеній и къ прецедентамъ вторыхъ и высшихъ инстанцій; точно также къ энергичному противодѣйствію вызывала переоцѣнка значенія законодательныхъ матеріаловъ и пользованіе ими безъ всякой критики; многочисленные правовые вопросы, особенно возникшіе изъ новѣйшихъ изобрѣтеній и отношеній оборота обнаруживали недостаточность существующихъ правовыхъ нормъ и доказывали наличность пробѣловъ въ правопорядкѣ несмотря на существованіе уложеній; къ этому присоединилось открытіе, что и технически правильное примѣненіе закона многократно вело къ рѣшеніямъ, которыя явно противорѣчили справедливости. Съ другой стороны и возрожденіе философіи права способствовало тому, что отступленіе отъ постановленій положительнаго права стало казаться въ нѣкоторыхъ случаяхъ допустимымъ и даже необходимымъ. Наконецъ, нерѣдко стало восприниматься какъ униженіе судьи то, что онъ.... долженъ быть только слугою закона, чему способствовали упадокъ въ наукѣ государственнаго права ученія Монтескье о раздѣленіи властей, какъ и ученіе Бюлова о творческой роли суда. Іенскій профессоръ Рейхель (ArchRPhilos. 3 534) разсматриваетъ движеніе свободнаго права, какъ реакцію противъ теченій, которыя господствовали въ прошломъ вѣкѣ въ наукѣ права и отъ которыхъ уже отступаетъ современная наука; а) ведущаго къ квіетизму историзма исторической школы, б) юридическаго позитивизма, отожествляющаго право съ закономъ, в) формализма, игнорирующаго цѣль правовыхъ нормъ и обращающаго юриспруденцію въ шахматную игру съ понятіями, г) близко родного формализму интелектуализма, видящаго въ юристѣ лишь аппаратъ для субсумпцій и силлогиста.

Указанныя объясненія надо добавить еще на дняхъ даннымъ Штампе въ его Die Freirechtsbewegung 1911. 24. Причину возникновенія движенія свободнаго права онъ видитъ въ результатахъ конструктивной юриспруденціи—печальныхъ для жизни: разрушеніи чувства отвѣтственности, погребеніи всякой увѣренности въ правѣ, выставленіи правовыхъ положеній, несостоятельныхъ съ точки зрѣнія политики права.

Есть нѣсколько мелкихъ замѣчаній у Миттейса, различающаго въ школѣ свободнаго права (DJZ 14 1039) нѣсколько явленій: въ чисто формальномъ смыслѣ можно говорить о теченіяхъ свободнаго права вездѣ, гдѣ проявляется реакція противъ формализма и доктринерства ученыхъ юристовъ, въ болѣе широкомъ матеріальномъ смыслѣ можно сюда зачислять и политическія и соціологическія движенія, стремящіяся къ измѣненію существующаго правового строя въ политическомъ и соціальномъ отношеніи. Въ промежуткѣ стоятъ такія свободноправовыя теченія, которыя, хотя не желаютъ такихъ широкихъ перемѣнъ, но требуютъ реформъ въ принципахъ процесса или судоустройства или въ образованіи юристовъ и т. п. въ цѣляхъ улучшить современное правосудіе. Если замѣчаніе Миттейса бѣглы, да и не задаются спеціальной цѣлью выяснить причины возникновенія новѣйшихъ теченій, то указанія Бри и Рейхеля не даютъ почти ничего новаго сравнительно съ той широкой картиной, которую нарисовалъ І. А. Покровскій въ своей актовой рѣчи Естественно-правовыя теченія въ исторіи гражданскаго права 1909 особенно стр. 38, 47, гдѣ онъ ставитъ возникновеніе новыхъ теченій въ связь съ общимъ развитіемъ науки права, разсматривая его, какъ явленіе повторявшееся періодически; причиной его является недовольство совре-

меннымъ правосудіемъ и законодательствомъ, вызывающее стремленіе къ новымъ идеаламъ, облекающимся въ форму разумнаго естественнаго, поэтому дѣйствующаго и подлежащаго немедленному примѣненію со стороны судей права. Отмѣчу тутъ же, что І. А. Покровскій блестяще выясняетъ историческую неизбѣжность крушенія такихъ идеаловъ, какъ только въ дѣйствительности идеалы эти начинаютъ осуществляться на практикѣ и населенію приходится опасаться субъективнаго правотворенія судей, не могущаго по соціологическимъ законамъ удовлетворить всѣхъ частей населенія съ ихъ необходимо разными интуитивными правами. Въ высшей степени зато любопытными представляются замѣчанія проф. Рихарда Шмидта одного изъ наиболѣе талантливыхъ и широко образованныхъ процессуалистовъ настоящаго времени. Они въ значительной мѣрѣ совпадаютъ съ воззрѣніями І. А. Покровскаго и любопытны тѣмъ, что даютъ дополнительный, такъ сказать, къ Покровскому историческій и фактическій матеріалъ. Имъ кладется въ основу не споръ Булгара съ Мартиномъ, а Ѳома Аквинскій съ его болѣе свободнымъ толкованіемъ и Марсилій Падуанскій съ его требованіемъ по возможности ничего не довѣрять произволу (arbitrio) судящаго, съ Марсиліемъ стоятъ въ согласіи Беконъ Веруламскій, Локкъ и французскіе писатели эпохи просвѣщенія, кантіанцы, Фейербахъ, Гегель, а на другой сторонѣ нѣмецкая школа естественнаго права вплоть до Лейзера и Бэмера, сюда же относится Гуго. Всѣ эти соображенія Ш. высказываетъ въ только что появившемся его трудѣ о союзахъ судей R. Schmidt Die Richtervereine 1911 72, 84—85, въ главѣ, разсматривающей вопросъ о томъ, какъ должны союзы судьей относиться къ движенію свободнаго права. Главнымъ доводомъ противъ свободной школы онъ выдвигаетъ какъ и проф. Покровскій борьбу классовъ за право (91). Указываетъ Ш. и на связь движенія свободнаго права съ введеніемъ въ судъ общественнаго элемента и съ ослабленіемъ значенія кропотливой догматической разработки права для судьи, разъ отъ усмотрѣнія его поставится въ значительной мѣрѣ, какъ этого требуетъ свободноправовое теченіе, большая посылка судебнаго силлогизма. Такой судья скоро отставитъ отъ себя эту науку—«конечно, чтобы вскорѣ послѣ этого самому быть отставленнымъ въ сторону народомъ» (103).

[1]) R. v. Ihering Zweck im Recht[3], а также Scherz und Ernst in der Jurisprudenz[7] 3, 245, кое какіе зачатки еще въ Geist des röm. Rechts 3 Abt. 1 § 39.

[2]) О вліяніи Іеринга ср. Г. Ф. Шершеневичъ Наука гр. права въ Россіи 1893. 198, кромѣ указанныхъ тамъ наиболѣе виднымъ сторонникомъ Іеринга является В. М. Нечаевъ, также К. К. Дыновскій, что наиболѣе жестокимъ критикомъ іерингіанства является Л. І. Петражицкій уже указано выше (стр. 67). Хорошую сводку воззрѣній Іеринга какъ разъ по нашему вопросу можно найти у Landsberg, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft 3. Abt 2. Halbband 1910. 807—825 (Iherings Spätzeit).

[3]) Bekker несторъ современныхъ романистовъ, выдѣлявшійся и въ тѣ времена, когда одновременно съ нимъ дѣйствовала вся блестящая плеяда романистовъ второй половины 19 вѣка, замѣчательною ясностью мысли, изъ его работъ важно особенно отмѣтить Ernst und Scherz über unsere Wissen-

schaft 1892, направленную какъ и все, что онъ писалъ, противъ естественно-правовыхъ спекуляцій (особенно 40, 43, 147), послѣдняя его работа,—написанная имъ въ свыше 80 лѣтнемъ возрастѣ Grundbegriffe des Rechts und Missgriffe der Gesetzgebung 1910 по нашему вопросу не даетъ новаго.

[4]) Изъ его работъ по этому вопросу надо отмѣтить Briefe eines Unbekannten über die Rechtswissenschaft, во второмъ изданіи подъ заглавіемъ Heitere und ernste Betrachtungen über die Rechtswissenschaft 1901.

[5]) Ad. Wach, Handbuch des deutschen Civilprozessrechts 1885. 1 254—305, особенно 256. Онъ однако рѣзко противъ судейскаго творчества Rechtsschutzanspruch (ZZP. 32 26).

[6]) Binding, Handbuch des deutschen Strafrechts 1 197, ученіе о волѣ закона излагается у насъ, но отвергается Е. В. Васьковскимъ Ученіе о толкованіи 21 и принимается Г. Ф. Шершеневичемъ Ж. М. Ю. 1904 № 1 54.

[7]) I. Kohler въ GrünhutsZ. 13 1 и позднѣе въ его учебникѣ гр. права ср. впрочемъ ниже стр. 154 и 156.

[8]) G. Rümelin, Werturteile und Willensentscheidungen im Civilrecht (Rectoratsrede Freiburg in B. 1891), ср. еще далеко не такъ выпукло Juristische Begriffsbildung. 1878.

[9]) Его статья Die schöpf. Kraft d. Jurisprudenz (JheringsJ. 25 262) см. о ней Муромцевъ Юридич. Вѣсти. 1887 26 112.

[10]) Gesetz und Richteramt 1885.

[11]) Dernburg, Das bürg. Recht 1[3].

[12]) Tuhr 1 44.

[13]) Cosack 1[5] 34.

[14]) Книга Шейна D-r J. Schein, Unsere Rechtsphilosophie und Jurisprudenz. Eine Kritische Studie, появилась въ 1889 году, но ее вспомнили только теперь. Вспомнили съ основаніемъ, такъ какъ по своимъ выводамъ Ш. предвосхищаетъ современное движеніе, хотя далеко не сходится съ нимъ въ обоснованіи — для него право только обѣщанія законодателя поступать такъ, а не иначе въ будущемъ. Ш. зло и остроумно критикуетъ обычные пріемы юристовъ догматиковъ. Догматика для него искусство, такъ какъ ученый не только долженъ изложить для судьи нормы права, но и образовать новыя правила тамъ, гдѣ ихъ не опредѣлилъ законодатель. Ошибки современныхъ юристовъ сводятся 1) къ пристрастію къ буквѣ, вмѣсто обращенія вниманія на тѣ обстоятельства, которыя имѣлъ въ виду законодатель, 2) къ неправильнымъ опредѣленіямъ юридической природы новыхъ институтовъ, въ которыхъ юристы непременно хотятъ признать какіе нибудь старые, въ 3) чисто механическихъ обобщеніяхъ, чѣмъ объясняется то, что правила, созданныя юристами по большей части совершенно чужды не юристамъ. Ш. высказывается въ пользу закономѣрности, а не (справедливости правильности—Richtigkeit) нормъ, понимая подъ справедливыми нормами такія правила, которыя дѣйствительно ведутъ къ достиженію поставленной цѣли. За закономѣрность говорятъ 1) твердость права «лучше оставаться здоровымъ, терпя нѣкоторое неудобство, чѣмъ восхитительно быть вылѣченнымъ», хотя впрочемъ, твердость требуетъ только постояннаго примѣненія нормы, т. е. и не законной, во 2-хъ то, что создающіе законы, стоятъ въ среднемъ на высшей ступени, чѣмъ примѣняющіе ихъ и 3) требованіе проведенія законности предохраняетъ судей отъ вліянія

разныхъ постороннихъ соображеній, подкупа и т. д. Изъ законности слѣдуетъ, что законъ долженъ примѣняться только въ томъ объемѣ, въ какомъ онъ самъ этого хочетъ, обобщеніе можетъ допускаться только тогда, если случай, подлежащій обобщенію, разрѣшенъ въ законѣ справедливо. Отсюда требованія, чтобы судья имѣлъ право рѣшать по справедливости случаи, прямо не предусмотрѣнные закономъ. Практика судей въ этомъ вытѣснитъ бездушное и слѣпое буквоѣдство современной догматики. Оговоримся, что измѣнять несправедливый законъ ради его усовершенствованія Ш. не дозволяетъ.

[15]) Ср. А. В. Завадскій Вопросы права 1910 кн. 2.

[16]) Zur Lehre von den Rechtsquellen 1872.

[17]) Ant. Menger, Das bürg. Recht und die besitzlosen Klassen[3] 22, о немъ, какъ о предшественникѣ der modernen «neurrechtlichen Schule» членъ суд. палаты Lobe (DJZ 14 218).

[18]) Ср. его System des österr. Civilprozessrechts 1876 1 106—127.

[19]) Къ числу болѣе новыхъ писателей, которые также причисляются то къ предшественникамъ новѣйшихъ, а не рѣдко зачисляются прямо въ ихъ ряды, относятся также профессора Бруно Шмидтъ, Максъ Эрнестъ Майеръ, Штернбергъ и Гачекъ. Бруно Шмидтъ доказывая, что обычное право, какъ всякое право, исходитъ отъ государства, затрагиваетъ мимоходомъ нашъ вопросъ въ своей книгѣ Das Gewohnheitsrecht als Form des Gemeinwillens 1899. 39. Чиновникъ исполнитель закона не рѣдко находится въ тяжеломъ, мучительномъ положеніи, такъ какъ онъ видитъ, что подлежащій его разрѣшенію фактическій составъ разрѣшается преподанными ему законодателемъ нормами абсолютно несоотвѣтственно. Такъ какъ благо общества есть объективная цѣль дѣятельности всѣхъ органовъ государства, то этотъ чиновникъ долженъ попытаться самостоятельно возвыситься до соціальногоднаго рѣшенія, поэтому онъ издаетъ, не заботясь о противоположномъ законѣ, распоряженіе, какое требуется жизненными условіями даннаго времени, какъ конечно рѣшилъ бы и законодатель, еслибы онъ могъ ранѣе предвидѣть только теперь наступившія отношенія. Бояться нетвердости права не слѣдуетъ: дѣйствительная жизнь показываетъ, что чиновничество, какъ говорилъ Бисмаркъ, страдаетъ напротивъ наклонностью уклоняться отъ принятія дѣла на свою отвѣтственность и стремится укрыться подъ испрошенныя отъ высшихъ органовъ инструкціи, или покрываетъ свое творчество статьями закона путемъ аналогій или еще чего либо.

Страсбургскій профессоръ Максъ Эрнстъ Майеръ въ книгѣ своей Mayer, Rechtsnormen und Kulturnormen 1903 несмотря на наличность въ ней такой главы, какъ «судья какъ знатокъ и нарушитель закона» не занимается ex professo вопросомъ о толкованіи закона. Если его привлекаютъ къ новѣйшимъ теченіямъ, то только какъ одного изъ обоснователей ученія, что не законъ является источникомъ права. Для М. право законное и даже вообще правовыя нормы направлены только къ судьямъ и другимъ чиновникамъ а не къ народу, который вовсе законовъ не знаетъ, да и понять ихъ не можетъ и который руководится нормами не права, а культуры, т. е. всей совокупности всѣхъ тѣхъ приказовъ, которые выступаютъ передъ отдѣльнымъ лицомъ, какъ требованія оборота или профессіи т. е. нормы религіозныя, моральныя, приличія и т. д. (17). Примѣненіе закона чиновниками

переводитъ въ норму культуры хорошій пока чуждый культурѣ законъ, напротивъ чуждый культурѣ законъ не можетъ расчитывать на долговѣчность. Законы, которые не вживаются въ культуру, законы плохіе. «Они насаждаютъ несправедливое право и ихъ нельзя оправдать. То же приходится сказать о законахъ, которые себя пережили, т. е. такихъ, которые превзойдены культурой. Когда то, когда они вступали въ силу, они находились въ согласіи съ основаніями культуры, но съ теченіемъ времени основанія эти пропали, напримѣръ вслѣдствіе перемѣнъ въ экономическихъ отношеніяхъ или вслѣдствіе новыхъ научныхъ познаній, почему теперь культура и право оказались въ противорѣчіи. Эти законы, которые не могутъ вжиться или уже себя пережили, являются при послѣдовательномъ развитіи нашей исходной точки зрѣнія подлежащими устраненію.... мы отвергаемъ законы, которые стоятъ въ непримиримомъ противорѣчіи съ требованіями культуры.... эти законы имѣютъ только юридически обязательную силу. Оправдать же ихъ нельзя, такъ какъ имъ не хватаетъ согласія съ нормами культуры. Эта критика справедлива какъ съ точки зрѣнія государства, такъ съ точки зрѣнія отдѣльнаго лица. Политически не умно, если государство подставляетъ себя подъ пораженіе, оно это дѣлаетъ всякій разъ, когда борется съ воззрѣніями и обычаями, которые воспринимаются какъ правильные и которые поэтому сильнѣе государственныхъ распоряженій. Достаточно вспомнить о прежнемъ законѣ о подавленіи общеопасныхъ стремленій соціалъ-демократіи. Противъ идей движущихъ народомъ годнымъ оружіемъ являются тоже идеи, а судебное осужденіе безсильно. Возможно, что гражданинъ оказывается достаточно благоразумнымъ и согласуетъ внѣшне свое поведеніе съ волей государства, но эта воля всетаки кажется ему произвольной. Государство рождаетъ тогда ожесточеніе, раститъ враждебное государству настроеніе и само заплатитъ по этому счету (26). Есть по Майеру и нормы права культурно безразличныя, обыкновенно это нормы права полицейскаго. Въ одномъ мѣстѣ книги М. упоминаетъ, что имѣющіяся въ законѣ понятія съ непостояннымъ содержаніемъ, напримѣръ оскорбленіе (М. —уголовникъ) восполняются не изъ обычнаго права, а изъ нормъ культуры. Способность правовыхъ нормъ пополняться духомъ нормъ культуры, ведетъ хотя къ ослабленію твердости права, но за то дѣлаетъ право справедливымъ.

Штернбергъ, профессоръ въ Лозаннѣ, ему принадлежитъ довольно большая монографія о Кирхманѣ Sternberg, J. H. v. Kirchmann 1908. Въ новѣйшіе (ZStR. 25 251 Канторовичъ, DLitZ 25 1648 Радбрухъ) охотно зачисляютъ его на основаніи его небольшого учебника по общей теоріи права, опубликованнаго въ коллекціи Гэшена (№№ 169, 170 Allgemeine Rechtslehre 1904). Въ немъ мы дѣйствительно находимъ такія утвержденія, что традиціонная герменевтика мало способна выдерживать критику съ точки зрѣнія логики и теоріи познанія 1 134), что матеріальной разницы между толкованіемъ и законодательствомъ не существуетъ (1 138), что «единственной путеводной нитью всѣхъ юридическихъ операцій можетъ быть теперь только отысканіе объективно справедливаго права» (1 139). Подробно положенія эти авторомъ не обосновываются.

Хотя на Гачека (Hatschek, Englisches Staatsrecht 1 137, 94, особенно 110) охотно ссылаются новѣйшіе, но отнесеніе его къ нимъ условно, такъ

какъ онъ только излагаетъ отношеніе англійскаго судьи къ источникамъ права. Его выводъ—несмотря на то, что въ теоріи англійскій судья только находитъ обычное право, а не творитъ его, въ дѣйствительности судебныя рѣшенія часто являются созидающими новое право. Надо сказать, что все это, какъ указываетъ и самъ Г., не его самостоятельный взглядъ, а мнѣніе Остина и Салмонда. Нѣкоторые изъ новѣйшихъ англійскихъ писателей выражаются еще рѣшительнѣе, чѣмъ Остинъ, какъ это указываетъ Колеръ (Die Freirechtsbewegung in den Vereinigten Staaten DJZ. 16 918) ссылаясь на статью Sheppard въ Harward Law Review 24 № 4 298, говорящаго о паденіи системы прецедентовъ. Разница этого писателя отъ Остина и Салмонда не такъ велика впрочемъ, какъ это можно заключить изъ словъ Колера. Остинъ уже говоритъ о фикціи нахожденія уже существующаго права, а Салмондъ считаетъ обоснованнымъ прецедентами право судей считать тотъ или другой прецедентъ дурнымъ (wrong) и поэтому могущимъ быть отвергнутымъ судьей, творящимъ на его мѣсто новую норму. Шеппардъ важенъ только призывомъ къ откровенности. Самъ же Г. не даетъ по этому вопросу болѣе Г. Б. Демченка, также кладущаго въ основу изложенія воззрѣнія Салмонда (Суд. прецедентъ 12—21).

23. Какъ уже указывалось во введеніи, литература, вызванная новѣйшимъ теченіемъ очень велика, такъ велика, что появленіе новыхъ работъ начинаетъ встрѣчаться съ нѣкоторымъ неудовольствіемъ [1]); успѣло новое теченіе быть предметомъ одного изъ юридическихъ съѣздовъ именно перваго съѣзда международнаго союза философіи права и экономики [2]), оно обусловило возникновеніе новаго общества, на задачахъ котораго придется еще остановиться [3]). Понятно, что въ средѣ критиковъ точно также нѣтъ единомыслія, какъ и въ средѣ представителей новѣйшихъ теченій; оттѣнковъ такъ много, что не легко провести границу, гдѣ кончаются новѣйшіе и гдѣ начинаются критики. Сплошь и рядомъ лица, занесенныя въ новѣйшіе, выступаютъ съ заявленіями, что они противники новѣйшаго направленія, а съ другой стороны критикъ въ глазахъ слѣдующихъ писателей попадаетъ въ сторонники тѣхъ, противъ кого онъ выступалъ, а бываетъ и такъ, что критикъ самъ заявляетъ, что въ такихъ то отношеніяхъ и онъ новѣйшій. Понятно также, что и среди критиковъ существуетъ масса повтореній, поэтому я ограничусь возможно краткою сводкою, дѣлая ее примѣнительно къ тремъ основнымъ положеніямъ, объединяющимъ новѣйшія теченія. Замѣчу только, что несмотря на наличность отдѣльныхъ крайне рѣзкихъ отзывовъ громадное большинство критиковъ, даже считающихъ новѣйшихъ, особенно крайнихъ изъ нихъ, фальшивыми пророками, рѣдко предлагаютъ не слушать ихъ

вовсе—общій тонъ ближе къ словамъ Миттейса, стоящимъ у насъ эпиграфомъ [4]).

Что касается критики господствующаго ученія о толкованіи, то въ ней находятъ много вѣрнаго. Прежде всего охотно допускается, что всякій законъ имѣетъ пробѣлы и что вообще ученіе о логической замкнутости правопорядка должно считаться потерявшимъ силу. Рѣдко также, когда выступаютъ въ защиту ученія о толкованіи по волѣ законодателя. Правда это дѣлаетъ такое авторитетное лицо, какъ на дняхъ скончавшійся Регельсбергеръ [6]), онъ доказываетъ, что узнать эту волю можно, такъ какъ всегда есть истинные творцы закона, тогда какъ всѣ остальные, принимающіе участіе въ работѣ законодательнаго аппарата, являются только, какъ онъ выражается „резонаснымъ пространствомъ“. Тоже въ сущности говоритъ Дюрингеръ [7]), подчеркивая, что для опредѣленія воли законодателя могутъ служить законодательные матеріалы, но не отдѣльныя случайныя замѣчанія депутатовъ, а главнымъ образомъ объяснительныя записки и объясненія правительства. Напротивъ, большинство критиковъ такъ же какъ и новѣйшіе, охотно говорятъ о „мистическомъ законодателѣ, котораго еще никогда не видѣлъ никто изъ смертныхъ“ [8]). Многіе соглашаются также съ тѣмъ, что судья и толкователь не могутъ обойтись одной логикой, что оцѣнки и оцѣночныя сужденія играютъ всегда роль въ судейскихъ рѣшеніяхъ, что безъ нихъ не возможно обойтись при толкованіи [9]). Такимъ образомъ нерѣдко признается правильность утвержденія новѣйшихъ, что одной логики недостаточно [10]). Сравнительно немногіе выступали въ защиту конструктивной юриспруденціи, за то люди съ большими именами, какъ Зомъ, Миттейсъ, тутъ указываютъ на то, что безъ понятій и опредѣленій не можетъ существовать никакая наука, что и понятія и конструкціи не предшествуютъ праву, а берутся изъ него, что они являются только формою изложенія безусловно необходимой для науки и полезной для восполненія непосредственно не рѣшенныхъ въ законѣ случаевъ [11]). „Безъ тонкой (subtile) юридической техники невозможно вообще обойтись“ говоритъ Миттейсъ [12]), Штиръ Зомло прибавляетъ, что конструкція и догматика останутся на вѣки вѣковъ [13]).

Совершенно безъ возраженій осталось положеніе, что судья въ дѣйствительности творитъ иногда большія посылки своего рѣшенія. Напротивъ съ этимъ соглашаются почти всѣ критики [14]), касающіеся этого вопроса, мало того они добавляютъ нѣкоторые любопытныя подробности къ ученію новѣйшихъ, какъ извѣстно, не особенно его разработавшихъ,

такъ рядъ судей во главѣ съ Унгеромъ [15]) свидѣтельствуетъ, что въ большинствѣ случаевъ судья, рѣшая дѣло, сначала интуитивно подыскиваетъ рѣшеніе и только потомъ провѣряетъ его въ законѣ. Сообщая это, они подчеркиваютъ, что такая повѣрка можетъ иногда повести къ отказу судьи отъ его интуитивнаго рѣшенія, къ признанію его незаконнымъ [16]). Отсюда неправильность вывода новѣйшихъ, что разъ при рѣшеніи дѣла участвуетъ правовое чувство судьи, то уже становится непримѣнимой господствующая теорія толкованія. Встрѣчаются также указанія на то, какъ психологически тяжело судьѣ рѣшать противъ его правового чувства, противъ справедливости [17]). Наконецъ, надо отмѣтить небольшую работу Концена, въ которой онъ подвергъ разсмотрѣнію случаи отступленія Имперскаго суда отъ буквы закона въ области общей части обязательственнаго права. Оказалось, что такихъ отступленій за девять лѣтъ дѣйствія Г. Г. У. набралось довольно много. Признавая такимъ образомъ наличность творчества Конценъ считаетъ, что содержаніе его говоритъ противъ практическихъ требованій школы свободнаго права, такъ какъ на этомъ творчествѣ невыгодно сказалась привычка суда къ старому праву, привычныя рѣшенія котораго судьи привнесли и въ то время, когда имъ приходилось примѣнять новое гражданское уложеніе. Точно также вредно сказалось подчиненіе суда мотивамъ своихъ старыхъ рѣшеній, которые выдвигались исключительно для того, чтобы оправдать хотя бы натяжкой рѣшеніе, постановляемое только въ виду особенностей даннаго случая [18]).

Наиболѣе рѣзко выступали критики и наиболѣе единодушно противъ крайнихъ представителей новѣйшихъ теченій, понимая подъ ними лицъ, предлагавшихъ хотя бы въ нѣкоторыхъ случаяхъ разрѣшать судьѣ прямое отступленіе отъ точнаго смысла закона. Здѣсь вышли прежде всего тѣ, работами которыхъ оправдывали свои предложенія новѣйшіе, Бюловъ [19]), затѣмъ Унгеръ [20]), кромѣ того Фр. Клейнъ и цѣлый рядъ другихъ, изъ которыхъ особенно надо отмѣтить Штиръ Зомло и Рундштейна. Необходимо также подчеркнуть, что главнымъ образомъ по этому пункту выступали противъ свободной школы и на съѣздѣ международнаго союза философіи права, гдѣ большинство говорившихъ, какъ надо было бы ожидать въ виду тенденцій союза и предсѣдательствующаго въ немъ Колера, весьма близки къ новѣйшему теченію [21]). Выставляемые доводы распадаются на двѣ категоріи: съ одной стороны усиленно указывается на противорѣчіе такого предложенія современному государственному устрой-

ству [22]), на революцію, производимую такимъ предложеніемъ, сводящимся къ тому, что судья можетъ уничтожать работу законодательныхъ учрежденій, революцію тѣмъ болѣе опасную, что по мнѣнію нѣкоторыхъ критиковъ судьи, какъ люди наклонные по своему образованію къ теоріи, гораздо менѣе подготовлены къ законодательству, чѣмъ члены законодательныхъ учрежденій, непосредственно знакомые съ жизнью, съ современными экономическими жизненными отношеніями. Къ такому коренному доводу нѣкоторые присоединяютъ гораздо болѣе мелкій—опасеніе, что законы будутъ редактироваться еще хуже, чѣмъ теперь [23]). Второй доводъ—такое положеніе сдѣлаетъ судебное рѣшеніе лотерейной игрой, что̀ въ корень идетъ въ разрѣзъ съ потребностями современнаго оборота. Часть критиковъ, въ томъ числѣ и Бюловъ и Унгеръ, готовы однако допустить свободное творчество судьи съ того момента, когда онъ не находитъ рѣшенія въ формальныхъ источникахъ права, предварительно развивъ содержаніе ихъ обычными средствами, кончая аналогіею. Судебный опытъ убѣдилъ Унгера, что и послѣ примѣненія аналогіи, которое обязательно, остается не мало еще случаевъ подлежащихъ разрѣшенію [24]), тутъ онъ готовъ допустить даже правовое чувство, такъ что граница между нимъ и новѣйшими сливается, другіе требуютъ въ этихъ случаяхъ ограничить задачу судьи засвидѣтельствованіемъ того, что въ данномъ случаѣ права нѣтъ, а слѣдовательно данное отношеніе не подлежитъ юридической охранѣ [25]). Большая часть критиковъ однако признаетъ необходимымъ, какъ и господствующая теорія, восполнять, случаи прямо закономъ не предусмотрѣнные, т. е. восполненіе praeter legem [26]), а не contra legem; они указываютъ только, что для этого восполненія не пригодны методы, предлагаемые новѣйшими, наиболѣе важны здѣсь прежде всего соображенія Рундштейна, онъ доказываетъ, что въ современномъ обществѣ правосознаніе настолько дифференціировано, что говорить объ его единствѣ совершенно невозможно, поэтому всѣ масштабы, предлагаемые новѣйшими будутъ имѣть только субъективный характеръ и не будутъ признаваться другими частями населенія. Онъ разбираетъ по одиночкѣ эти масштабы, въ томъ числѣ и масштабъ культуры, его онъ даже считаетъ возможнымъ допустить для политики права, но ни какъ не для суда, подчеркивая тутъ же несостоятельность этого масштаба у Брютта, принимающаго государство за единую національную группу [27]). На опасности внесенія политическихъ и другихъ тенденцій въ судъ, при осуществленіи предложеній новѣйшихъ, не только при принятіи критеріемъ правового чувства, но и

оцѣнки интересовъ настаиваютъ также нѣсколько видныхъ судебныхъ практиковъ, Фирхаусъ и Дюрингеръ. Противъ оцѣнки интересовъ, какъ критерія восполненія пробѣловъ и толкованія выдвигаютъ соображенія и узкопрактическаго характера, практическую невозможность такой оцѣнки для судьи [28]). Такимъ образомъ большинство настаиваетъ на необходимости объективнаго критерія въ дѣлѣ толкованія закона. Въ чемъ онъ долженъ состоять, это далеко не всегда, даже по большей части, не указывается. Довольно значительное сочувствіе вызываетъ въ общемъ пожеланіе новѣйшихъ, чтобы судья строго индивидуализировалъ свое рѣшеніе въ зависимости отъ особенностей лежащаго передъ нимъ фактическаго состава, часть критиковъ ограничивается одобреніемъ и готова поэтому въ этомъ отношеніи считать себя новѣйшими [29]), другіе же считаютъ, что и тутъ необходимые иные методы, чѣмъ методы толкованія, предлагаемые послѣдними. Усиленно занимаются этимъ вопросомъ Эртманъ и Регельсбергеръ и отчасти Данцъ. Регельсбергеръ [30]) не предлагаетъ новыхъ методовъ, онъ даже допускаетъ, что судья здѣсь будетъ творить. Бояться творчества по его мнѣнію не должно, такъ какъ у судей нѣтъ къ нему особой наклонности и они слишкомъ привыкли къ подчиненію закону. Кстати сказать, на сознаніе такой подчиненности, на страхъ развивать законныя нормы, существующій по крайней мѣрѣ среди гамбургскихъ судей, указываетъ членъ тамошней судебной палаты Цахаріасъ [31]). Для Регельсбергера важно только, гдѣ оно можетъ быть допущено, ключъ лежитъ по его мнѣнію въ раздѣленіи нормъ на строгія, не подлежащія никакому распространенію, напр. § 90 Г. Г. У. (Подъ вещами законъ понимаетъ только тѣлесные предметы) и могущія быть развиваемыми напр. недавнее рѣшеніе Имперскаго суда, признавшаго не приложимыми ст. Г. Г. У. о признаніи недѣйствительными сдѣлокъ, заключенныхъ подъ вліяніемъ обмановъ, къ сдѣлкѣ вступленія членомъ въ акціонерное товарищество. Эртманъ возлагаетъ надежду на законодателя, дѣлающаго все большую часть нормъ гибкими и эластичными, конкретное содержаніе которыхъ мѣняется вмѣстѣ съ временемъ, сюда принадлежатъ ссылки на усмотрѣніе судей, на добросовѣстность и т. д. Однако въ этихъ случаяхъ, если самъ законъ не даетъ толкователю нѣкотораго масштаба, напр. краткаго перечня причинъ, послѣ котораго только слѣдуетъ бланкетное „и другія важныя причины“ или напр. приравненія ростовщичества къ безнравственному дѣянію, то толкователь долженъ пользоваться не своимъ личнымъ, а объективнымъ масштабомъ,

заимствуя его изъ принятыхъ въ обществѣ нравственныхъ и иныхъ оцѣнокъ [32]). Наконецъ, Данцъ считаетъ, что основнымъ критеріемъ толкованія является цѣль закона; при диспозитивныхъ нормахъ превосходнымъ пособіемъ является опредѣленіе воли сторонъ изъ обычаевъ оборота, при чемъ судья долженъ удостовѣриться, дѣйствительно ли этотъ обычай образовался. Только такъ, напр., можетъ быть разрѣшенъ вопросъ о томъ, можетъ ли хозяинъ воспрепятствовать проведенію квартирантомъ къ себѣ въ квартиру телефона, а никакъ не посредствомъ взвѣшиванія интересовъ хозяина и квартиранта [33]).

Больной вопросъ объ отчужденности рѣшеній отъ жизни, о недовольствѣ въ населеніи судебными рѣшеніями получилъ бо́льшее признаніе со стороны лицъ судебнаго вѣдомства, чѣмъ со стороны теоретиковъ [34]), но тѣ и другіе сошлись въ томъ, что предлагаемое новѣйшими теченіями расширеніе образованія судей желательно. На расширеніи этомъ настаиваютъ одинаково и наиболѣе мягко относящійся къ новѣйшимъ теченію Миттейсъ и наиболѣе отрицательно Штиръ Зомло и не менѣе охотно къ этому требованію примыкаютъ судебные практики, какъ Дюрингеръ и Цахаріасъ [35]).

Къ 23. [1]) Regelsberger (Gezetz und Rechtsanwendung JheringsJ. 58 146).

[2]) 19 мая н. ст. 1910, рефераты и пренія въ ArchRPhilos. 3 493

[3]) Ср. ниже § 25.

[4]) Этотъ тонъ сталъ за послѣднее время преобладающимъ, хотя раньше не было недостатка въ очень рѣзкихъ выраженіяхъ (ср. нѣкоторыя выше стр. 12, 56), попадаются изрѣдка и теперь, напр. проф. Kohlrausch въ рецензіи на Hiller, Das Recht über sich selbst DJZ 14 611 опасность близости къ остроумной болтовнѣ (Plauderei) и особенно адвокатъ ten Hompel, говорящій о Канторовичѣ «So viel worte, so viel Ungeheurlichkeiten» ArchRPhilos. 3 561. Довольно рѣзокъ Bierling, Jurist. Principienlehre 4. Вообще замѣтны уступки съ обѣихъ сторонъ (ср. эпиграфъ изъ Гедеманна къ этой главѣ).

[5]) Düringer, Richter und Rechtsprechung 9, проф. Brie, Billigkeit und Recht (ArchRPhilos.) 3 532, проф. Kyss, Billigkeit und Recht (ibidem 548), онъ же Gesetzesauslegung und ungeschriebenes Recht (JheringsJ 58) цитируется по отдѣльному оттиску 1911 г. 36, статья важна даваемой исторіею догмы господствующаго ученія, Regelsberger ibid. 150, Oertmann, Gesetzeszwang und Richterfreiheit 26.

[6]) Regelsberger, ibid. 147 a теперь и Bierling 4 258.

[7]) Düringer 20, 22.

[8]) Danz, Rechtsprechung nach der Volksanschauung und nach dem Gesetz 1908 72, цитирую по оттиску изъ JheringsJ. 54.

[9]) Rundstein (прис. повѣренный въ Варшавѣ) Freie Rechtsfindung und Differnzierung des Rechtsbewusstseins ArchBürgR. 34 4, Oertmann (проф.) Gesetzeszwang 25.

[10]) Oertmann, Gesetzeszwang 41.

[11]) Ueber Begriffsjurisprudenz DJZ. 14 1021, ср. еще проф. Hölder, Ist der Handlungsfähige ein Subjekt rechtl. Macht? DJZ 14 1026, указывающій на такую особенность юридическихъ понятій: «кромѣ требованія ихъ практической пригодности, они должны другъ другу не противорѣчить, но гармонично складываться въ систему» 1027; Vierhaus, Die Freirechtsschule und die heutige Rechtspflege DJZ 14 1171, напротивъ Rundstein 39 противъ конструкцій (scholastische Begriffsspielerei).

[12]) Mitteis, Freirechtslehren und Juristenzunft 1039, хотя постоянную провѣрку рѣшеній научной юриспруденціи представителями школы свободнаго права посредствомъ непосредственнаго правового чувства онъ считаетъ полезной 1040.

[13]) Проф. Stier Somlo, Das freie Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung (Festg. für Laband 2) 489.

[14]) Düringer 6. Rundstein 4, 9. Regelsberger, хотя нѣмецкая практика только «въ скромныхъ размѣрахъ» 149, Kyss 547, Unger GrunhutsZ. 21 400 и конечно Bülow,

[15]) Unger, Der Kampf um die Wissenschaft DJZ 11 786, Vierhaus 1169 объ Отто Берѣ, Düringer въ преніяхъ на съѣздѣ ArchRPhilos. 3 583 при исканіи подкрѣпленія въ законѣ, послѣдній никогда не выдаетъ (im Stich lasse) хорошаго судью.

[16]) Düringer 17.

[17]) Zacharias, Gedanken eines Praktikers zur Frage des «Juristischen Modernismus». 1910. 6.

[18]) Conzen, Abweichungen der Rechtsprechung von den allgemeinen Vorschriften des Obligationenrechts. Diss. 1909. 64—66.

[19]) Bülow, Ueber das Verhältnis der Rechtsprechung zum Gesetzesrecht. (Recht 1906) 769. Впрочемъ первая по времени, но слабая статья принадлежитъ члену суд. палаты Michaëlis DJZ 11 394.

[20]) Unger DJZ 11 782.

[21]) Отчетъ въ ArchRPhilos. 3.

[22]) Особенно Fr. Klein Recht 10 916; до него I. A. Покровскій Гр. судъ, теперь еще Stier Somlo 514, Danz, Rechtsprechung 66, Kleinfeller, Gesetzgebung und Rechtsprechung (ArchRPhilos. 1 200), Oertmann Gesetzeszwang 43.

[23]) Kleinfeller 201.

[24]) Unger DJZ. 11 786.

[25]) Stier Somlo 493, указывающій также на опасность развитія судьею его творчества и противъ закона, разъ только оно будетъ допущено въ его восполненіе. 492.

[26]) Bülow Recht 10 772, Unger DJZ 11 784 и GrünhutsZ. 21 111, Kohler, ArchRPhilos. 3 581, тамъ же Pollak 582, K. Schneider (членъ суд. пал.) DJZ 13 570. Въ этомъ отношеніи дѣлаются уступки и нѣкоторыми изъ крайнихъ новѣйшихъ, что доказывается фактомъ вступленія въ Общество права и хозяйства (см. 25) такихъ лицъ, какъ Румпфъ и особенно Канторовичъ. Впрочемъ Канторовичъ пошелъ еще дальше. Въ DRichtZ. 3 258 онъ помѣстилъ статью

съ характернымъ названіемъ De contra legem fabula т. е. что самый фактъ требованія крайними представителями новѣйшихъ судебныхъ рѣшеній прямо противъ закона не болѣе, какъ басня. Происхожденіе этой «басни» онъ приписываетъ «одному уже умершему ученому» (259) подразумѣвается, конечно, О. Бюловъ, съ легкой руки котораго Эрлихъ, Румпфъ, Штампе и Канторовичъ были «несправедливо объявлены апостолами этого по истинѣ цинич-наго ученія» (259). Что все это сказка, это Канторовичъ обѣщаетъ доказать въ книгѣ, которую онъ предполагаетъ опубликовать въ ближайшемъ времени, О цѣляхъ и исторіи движенія свободнаго права, пока же онъ ограничивается приведеніемъ нѣсколькихъ цитатъ изъ Эрлиха, Румпфа, Штампе и изъ себя самаго, изъ которыхъ видно, что всѣ они не хотятъ дать судьѣ больше той власти, которой онъ въ дѣйствительности располагаетъ (250—262). Всѣ эти утвержденія Канторовича могутъ дѣйствовать на читателя, дѣйствительно знакомаго съ работами этихъ авторовъ, только удручающе. Прежде всего здѣсь имѣется методологическая подтасовка: если дѣйствительно судья и творитъ даже противъ закона, то это вовсе не значитъ, что догматически онъ долженъ такъ дѣйствовать. А затѣмъ имѣется второго рода подтасовка, Канторовичъ ссылается для Румпфа на страницы 386, 395, 397, 406 его болѣе ранней статьи IheringJ. 49 и скрываетъ отъ читателя, что въ работѣ болѣе поздней Gesetz und Richter (выше 45) Румпфъ допускаетъ возможность толкованія, прямо противорѣчащаго закону; что касается Эрлиха, то я уже указывалъ, что онъ высказывается часто настолько неопредѣленно, что его возможно причислять къ крайнимъ и къ умѣреннымъ представителямъ свободной школы (ср. выше Къ 3): по отношенію къ самому себѣ Канторовичъ цитируетъ мѣста изъ итальянскаго изданія его Борьбы за науку права, приведенныя мною въ Къ 1, умалчивая о томъ что эти мѣста звучали не совсѣмъ такъ въ нѣмецкомъ изданіи книги—цитата у меня выше стр. 10—умалчивая и о томъ, что смягченіе его воззрѣній по этому вопросу послѣдовало какъ разъ послѣ грознаго окрика на него О. Бюлова Остается Штампе, но Штампе остался себѣ вѣренъ, какъ это видно изъ примѣчанія 28—29 Къ 20, кстати сказать, въ книгѣ, вышедшей послѣ появленія цитируемой статьи Канторовича.

[27]) Rundstein вся статья, до него I. A. Покровскій Гр. судъ.

[28]) Vierhaus ibid. теперь еще въ Ueber die Methode der Rechtsprechung 1911, 74, Düringer 21.

[29]) Zacharias 5, Brie (ArchRPhilos. 3 527) выдвигаетъ масштабомъ справедливость (Billigkeit), понимая подъ нею соотвѣтствіе рѣшенія всѣмъ особенностямъ даннаго конкретнаго случаи.

[30]) Въ указанной статьѣ и еще раньше въ BayZ. 4 253, теперь его воззрѣнія подробно изложены у Ф. Ельяшевичъ Школа свободнаго права, Ж. М. Ю. 1910 № 9 283—295, въ той же статьѣ сообщены также взгляды Brie и кратко Фукса, Данца и Шмэльдера. Къ дѣленію Регельсбергера примкнулъ теперь и Рундштейнъ (Zur Methodologie der freien Rechtsfindung ArchRPhilos. 5 142), считающій, что споръ между школами долженъ вестись именно о пріемахъ обращенія съ нормами, допускающими ихъ дальнѣйшую разработку (ausbaufähig), а вовсе не объ отмѣнѣ судьею закона, что однако онъ нерѣдко дѣлаетъ и при старой логической теоріи (140). На необходимости такого подѣленія настаиваетъ теперь, впрочемъ съ точки зрѣнія по-

литики Гедеманъ Ueber die Kunst gute Gesetze zu machen 1911 13, называя ихъ абсолютными и эластичными нормами.

[31]) Zacharias 4.

[32]) Oertmann (о немъ ArchBürgR. 34 129 и ZStW. 30 123) 34, 35.

[33]) Danz, Rechtsprechung nach (о немъ ArchBürgR. 34 121) 46, 50, 53 ср. также его Die Entwicklung der Auslegung des BGB. Recht 11 15—21 и Das geltende Gewohnheitsrecht und das Rechtsunterricht DJZ. 13 326, за цѣль закона также Reichel DRZ 2 468 Düringer Recht und Wirtschaft 1911 № 2, 58.

[34]) Oertmann Gesetzeszwang 38 (höchst ungerechten Kritiken).

[35]) Düringer 33, Zacharias 6, 12, 16 (также изученіе міровоззрѣнія людей промышленнаго класса и рабочаго) теперь гораздо подробнѣе въ его Ueber Persönlichkeit, Aufgaben und Ausbildung des Richters 1911. 73—156, Mitteis 1042, Stier Somlo 489. Несомнѣнно нападки новѣйшихъ одинъ изъ наиболѣе сильныхъ факторовъ, вызвавшихъ за послѣднее время такое чрезмѣрное вниманіе къ подготовкѣ юристовъ въ современной нѣмецкой литературѣ. Формально оно связуется обыкновенно съ именемъ Цительмана, выпустившаго въ 1910 году дѣйствительно во многихъ отношеніяхъ замѣчательную брошюру Zitelmann, Die Vorbildung der Juristen 1909, замѣчательную между прочимъ откровеннымъ признаніемъ автора, весьма извѣстнаго ученаго, что университетскія лекціи явятся передъ пустыми аудиторіями. Громадный перечень литературы не только новѣйшей, но и болѣе ранней дается Герландомъ Gerland, Die Reform des jur. Studiums 1911, а также у Kirchenheim (ArchRPhilos. 4 588—591). Вопросъ этотъ не сходитъ со страницъ юридическихъ журналовъ и уже ставился очередной темой на съѣздахъ (20) адвокатовъ (о немъ Ф. Елыашевичъ Ж. М. Ю. 1911 № 10) и на второмъ съѣздѣ Internat. Vereinigung für Rechts—und Wirtschaftsphilosophie 1911 г. 6 іюня.

[36]) Методологическія основы школы свободнаго права подвергъ критикѣ Рогге. Къ небольшой его брошюрѣ Rogge, Methodologische Vorstudien zu einer Kritik des Rechts 1911. 37 SS., представляющей изъ себя какъ бы предварительное сообщеніе изъ обширнаго изслѣдованія, написалъ предисловіе Колеръ, считающій, что «глубокая (tiefgründliche) работа подающаго большія надежды автора впервые даетъ научную основу всему движенію свободнаго права» (III). Хотя я совершенно не могу раздѣлить такого мнѣнія о работѣ автора, но авторитетъ Колера обязываетъ меня передать ея сущность, которая по освобожденіи ея отъ вычурности языка и ссылокъ на Ницше сводится къ очень немногому. Для того, чтобы школа свободнаго права получила твердую основу должно перепровѣрить сущность института суда и перепровѣрить его исторически (путемъ сравнительной исторіи права), если такимъ путемъ удастся доказать, что судъ постоянно измѣнялъ свое значеніе и можно будетъ, кромѣ того, доказать, что правовое чувство не есть нѣчто первоначальное, а напротивъ производное, подлежащее воспитанію, то тогда можетъ и выясниться, что судъ воспитываетъ это правосознаніе, почему изъ суда и надо сдѣлать органъ, который, творя новыя рѣшенія, творилъ бы новыя нормы, сознательно воспитывая народное правосознаніе. Такое историческое изслѣдованіе должно было бы показать, какъ причину появленія, такъ и неминуемость паденія, современной романистической науки права.

24. Общепринятое мнѣніе познается наиболѣе удобно изъ курсовъ и учебниковъ, хотя и обладающихъ по справедливому замѣчанію Л. І. Петражицкаго, свойствомъ устарѣвать въ моментъ появленія [1]). Отношеніе учебниковъ къ новѣйшимъ нельзя поэтому обойти, хотя непринятіе ими новыхъ воззрѣній еще не обозначало бы полнаго неуспѣха новаго движенія. Учебники особенно первые, появившіеся еще до начала движенія, провозгласили, что за отсутствіемъ въ Г. Г. У. правилъ толкованія закона и согласно съ мотивами его составителей, выпустившихъ статьи о толкованіи, стоявшія въ первомъ проектѣ (ср. приложеніе 2) ничего не измѣнилось въ этой области. Толкованіе должно поэтому производиться на основаніи прежнихъ правилъ, выработанныхъ наукой на основѣ римскаго права (Экъ [2]), Ребейнъ [3]), съ принятіемъ во вниманіе переработки ихъ имперскимъ судомъ (Дернбургъ [4]). Если мы приглядимся однако къ изложенію этихъ правилъ, которымъ, сказать кстати, учебники и комментаріи Г. Г. У. отводятъ гораздо меньше мѣста, чѣмъ это дѣлали пандектисты, то окажется, что они въ общемъ скорѣе примыкаютъ къ тѣмъ тенденціямъ въ ученіи о толкованіи законовъ, которыя связаны съ именами Ваха и Биндинга, чѣмъ съ Савиньи и что нерѣдко они идутъ и далѣе, останавливаясь на фактѣ судейскаго творчества. Первое понятно изъ того, что мы говорили уже выше (22), второе объясняется тѣмъ, что Г. Г. У. обладаетъ, какъ извѣстно, не малымъ запасомъ такихъ статей, которыя не имѣютъ опредѣленнаго содержанія и должны быть такъ или иначе восполнены самимъ судьею, знаменитыя ссылки на добросовѣстность (Treu und Glauben), добрые нравы и т. д. Многочисленность этихъ ссылокъ ставила передъ учебниками вопросъ, откуда же судья возьметъ содержаніе въ этихъ случаяхъ. Если часть авторовъ стремилась создать для судьи какой нибудь источникъ, изъ котораго онъ могъ бы почерпнуть ихъ готовыми, другіе рѣшались прямо говорить о творчествѣ судьи, даже о его усмотрѣніи. Коренное положеніе, объединяющее и школу Савиньи и школу Биндинга и Ваха, ученіе о логической замкнутости правопорядка должно было поэтому подвергаться пересмотру, который велъ иногда и къ признанію наличности пробѣловъ если не всегда въ правопорядкѣ, то всегда въ законѣ, что дѣлается замѣтнымъ особенно за послѣднее время. По прежнему рѣзко подчеркиваютъ логическую замкнутость правопорядка только два учебника, оба довольно вліятельные Кроме [5]), первый большой курсъ и относительно малый Матіаса [6]), наиболѣе ходкій, если не считать уже чисто экзамена-

піоннаго Гейльфрона. Остальные курсы по большей части обходятъ этотъ вопросъ молчаніемъ, а одинъ изъ новѣйшихъ большихъ — Бирмана—даже прямо высказывается за пробѣлы. Еще болѣе рѣдко учебники высказываются за волю законодателя (Гольдманъ и Лиліенталь [7]), отчасти Гэльдеръ [8]), Дернбургъ [9]) говоритъ о волѣ законодателя вообще, а не историческаго; лица, не желающія употребить фигуральнаго выраженія воля закона, говорятъ о содержаніи закона (Эндеманъ [10]) даже Планкъ [11]), большинство же прямо говорятъ о волѣ закона Ландсбергъ [12]), Кроме [13]), Цительманъ, комментарій Штаудингера [15]), Туръ [16]), Бирманъ [17]). Когда учебники возбуждаютъ вопросъ о томъ, откуда судья долженъ брать восполняющіе пробѣлы закона нормы, то только очень немногіе рѣшаются указывать на ихъ наличность въ правопорядкѣ, какъ Кроме, считающій, что судья долженъ взять эти нормы изъ созданныхъ обществомъ [18]). Правда, всѣ авторы настаиваютъ на необходимости примѣненія аналогіи, доводовъ отъ противнаго, однако большинство допускаетъ и такую возможность, что аналогіи не хватаетъ и что съ другой стороны аналогія не примѣнима при ссылкахъ закона на добросовѣстность и т. д. Источники, которыя здѣсь указываются, сводятся съ одной стороны на природу вещей (Дернбургъ [19]), Леонгардъ [20]), на потребности жизни (Козакъ [21]). Почти всегда учебники касаются этихъ вопросовъ кратко, давая весьма неясныя опредѣленія этой „природѣ вещей“, и способовъ, какъ можно узнать ее объективно [22]). Съ другой стороны прорываются и такого рода замѣчанія, что авторы ихъ признаютъ здѣсь вліяніе судейскаго усмотрѣнія (Эннекцерусъ) [23]), чувства справедливости (Туръ) [24]), какъ разъ два новѣйшихъ, широко задуманныхъ курса. Вопросовъ о томъ, творитъ ли судья въ дѣйствительности и какъ, всѣ эти учебники въ виду ихъ практической цѣли, какъ и слѣдовало ожидать, касаются рѣдко. Отмѣтимъ немногое, дающееся ими. На наиболѣе старой точкѣ зрѣнія стоитъ Ландсбергъ [25]), твореніе права судьею въ рѣдкихъ случаяхъ онъ признаетъ, но видитъ причину его въ томъ, что тотъ или другой судъ ошибочно понялъ какую нибудь правовую норму. Это ошибочное пониманіе привилось и стало обычнымъ правомъ. Гольдманъ и Лиліенталь [26]) отмѣчаютъ наклонность судовъ за послѣднее время своими толкованіями итти на встрѣчу новымъ тенденціямъ экономической жизни. Въ коментаріи Штаудингера [27]) встрѣчаемъ жалобу на то, что имперскій судъ, установивъ принципіально, что критеріемъ толкованія должна быть воля закона, въ дѣйствительности часто нарушаетъ это правило и

черпаетъ нормы изъ мотивовъ. Наконецъ, надо подчеркнуть, что Козакъ [28]) сверхъ закона и обычая принимаетъ третій источникъ права—науку, куда имъ относится аналогія и творчество по потребностямъ жизни, причемъ тутъ же отмѣчаются факты судебнаго творчества противъ закона. Мы видимъ, что учебники даютъ кое что близкое и къ новѣйшимъ [29]). Однако всякій разъ, когда имъ приходится устанавливать свое отношеніе къ новѣйшимъ, всѣ они единодушно и рѣзко чураются общенія съ ними. Причина все та же, которую пришлось уже отмѣтить въ 23,—пониманіе подъ новѣйшими только крайнихъ ихъ представителей и свободной школы, какъ школы, требующей освобожденія судьи отъ подчиненности закону. Къ Унгеру и Бюлову присоединяются Дернбургъ [30]) и Бирманъ [31]); сухо протестуетъ противъ новѣйшихъ Матіасъ [32]) и горячо обижается за причисленіе его къ новѣйшимъ Эннекцерусъ [33]). Прямо противъ высказываются коментаріи Эртмана [34]) и Штаудингера [35]), Козакъ [36]), не любящій литературныхъ обзоровъ, молчитъ, но слова его „однообразное, но твердое право всегда лучше разумнаго и соціальнаго“ звучатъ какъ бы противъ новѣйшихъ. Наиболѣе подробно останавливается на новѣйшихъ Туръ, признающій за ними заслуги только въ дѣлѣ критики недостатковъ господствующаго ученія, но никакъ не въ ихъ положительныхъ предложеніяхъ. „Если новое ученіе говоритъ онъ, выходя изъ границъ только улучшенія стараго метода, хочетъ дать свое собственное, то это послѣднее подлежитъ отклоненію, такъ какъ оно широко распахиваетъ двери личному произволу судей“ [37]). Наиболѣе мягкое отношеніе проявляетъ только Гельвигъ, который хотя и стоитъ въ силу ст. 1 Г. У. Г. С. за безусловную подчиненность закону [38]), но не только не отталкиваетъ новѣйшихъ, но даже замолвливаетъ свое авторитетное слово и за наиболѣе рѣзкихъ изъ нихъ въ родѣ Фукса или Канторовича. Съ завязанными глазами, говоритъ онъ, не взирая на лицъ, безъ мысли о политической пользѣ рѣшенія, судья обязанъ примѣнять только дѣйствующее право и въ то же время пополнять его пробѣлы. Было бы фикціей признавать, что при восполненіи пробѣловъ судья только примѣняетъ уже существующее право. Лучше открыто признать, что настоящее принимаетъ участіе въ преобразованіи права. „Опредѣляющими факторами является сама правовая жизнь (оборотъ), судебная практика и наука права. Онѣ работаютъ въ дѣлѣ нахожденія права, взаимно вліяя другъ на друга и другъ друга восполняя. Если формально связующее право не даетъ никакого опредѣленнаго рѣшенія (имѣющееся въ немъ рѣшеніе, хотя бы оно воспри-

нималось нами, какъ несправедливое, безусловно обязательно), то тогда ищущій права долженъ поставить себѣ такой вопросъ; что сказалъ бы законодатель, не законодатель времени изданія толкуемаго закона, но законодатель современный, если бы онъ сталъ разрѣшать спорный вопросъ или если бы онъ его имѣлъ передъ глазами со всѣми особенностями даннаго случая. Найденный такимъ образомъ отвѣтъ долженъ стоять въ полной гармоніи съ существующими законами, станетъ новымъ членомъ того же самаго тѣла... При этомъ должно однако избѣгать доктринальной односторонности и стараться по возможности удовлетворять требованія предъявляемыя къ закону гражданскимъ оборотомъ. Поэтому необходимы точное знаніе жизни, ясный взглядъ на хозяйственныя и соціальныя потребности настоящаго времени и на средства и пути ихъ удовлетворенія, соблюденіе при томъ всѣхъ противорѣчащихъ интересовъ, однимъ словомъ всѣ тѣ дарованія, которыми отличались римскіе юристы“ [39]). Право имѣетъ цѣлью достиженіе справедливости, цѣлью толкователя является осуществленіе этой справедливости въ границахъ права (слова Брунера), почему онъ и не можетъ позволять себя связывать буквѣ закона. Г. находитъ, что его воззрѣнія также вполнѣ совпадаютъ съ 1 статьею швейцарскаго гражданскаго уложенія. Признаетъ онъ и неизбѣжность субъективизма толкователя на то, что хорошо и справедливо, на то, что соотвѣтствуетъ потребностямъ оборота и т. д. Такъ-же и обороняется онъ отъ укоровъ въ предлагаемомъ имъ субъективизмѣ, какъ новѣйшіе—вѣдь то же самое происходитъ теперь, когда толкуютъ законъ по волѣ его творца, которая въ дѣйствительности не можетъ быть установлена и за которую въ сущности выдаютъ только собственныя убѣжденія, защиту отъ опасности субъективности надо искать въ вѣрности долгу судей, въ возможности для судящихся наблюдать во время процесса за судьей, въ провѣркѣ рѣшенія высшими инстанціями и въ контролѣ общества [40]).

Наконецъ изъ всѣхъ учебниковъ по новому гражданскому германскому праву наиболѣе близкимъ къ новѣйшимъ является вышедшій еще въ 1904 году, т. е. до образованія новаго направленія курсъ Колера. Въ немъ онъ не только развиваетъ ученіе о волѣ закона, но выходитъ изъ того положенія, что мысль является не совпадающей цѣликомъ съ тѣмъ, какою она представляется самому ея автору „Наше мышленіе не только индивидуально, но и соціологично; то, что мы думаемъ, не только наша работа: это нѣчто безконечное, порожденіе мысленной работы столѣтій и тысячелѣтій; у него безконечно

много связей, оно проявляетъ въ понятіи такое идейное совершенство, о которомъ и не помышляетъ думающій субъектъ“ [41]). Поэтому изъ закона должно получить „глубокое часто почти безконечное содержаніе“. Если пониманій можетъ быть нѣсколько много, то необходимо выбирать правильное, то при которомъ законъ получаетъ „самый разумный, самый цѣлебный (heilsamsten) смыслъ, который окажетъ наиблаготворнѣйшее дѣйствіе“ [42]). „При толкованіи законовъ надо прежде всего обращать вниманіе на (эту) разумность толкованія, потомъ на систематическую послѣдовательность и наконецъ на историческое движеніе культуры“ [43]). Понятно, что Колера новѣйшіе, даже самые крайніе, приводили, какъ своего предшественника. Однако и онъ, не отказываясь цѣликомъ отъ того, что онъ является дѣйствительно имъ близкимъ [44]), рѣзко отказался отъ солидарности съ крайними, доказывая, что „никогда нельзя по просту отставлять въ сторону законъ и рѣшать contra legem, такъ какъ это повело бы къ отсутствію дисциплины, къ произволу и къ безпримѣрной нетвердости права“ [45]). Отмѣчу только, что, повидимому, теперь Колеръ критеріемъ разумности считаетъ развитіе культуры, причемъ самого понятія культуры онъ не опредѣляетъ, отказываясь даже говорить съ тѣми, кто требуетъ такого опредѣленія [46]).

Къ 24. [1]) Л. І. Петражицкій, Университетъ и наука 162.

[2]) Eck. Vorträge über das Recht des BGB. 1 (1903) 29

[3]) Rehbein, Das BGB. mit Erläuterungen 1 (1899) S. XI.

[4]) Dernburg, Das bürgerliche Recht 1[3] 14, также Goldmann und Lilienthal. Das BGB. systematisch dargestelt 1[2] 33.

[5]) Crome, System des d. bürg. Rechts 1 106 «Die Rechtsordnung ist grundsätzlich lückenlos».

[6]) Matthiasz, Lehrbuch des bürgerl. Rechts[5] 19 «Lücke nur scheinbar vorhanden».

[7]) Такъ какъ волю могутъ имѣть только лица, но и то съ оговоркою, «поскольку она высказана въ законѣ» 34.

[8]) Hölder, Kommentar zum BGB. 1 15 als Ausdruck der Gedanken seines Urhebers.

[9]) 1[3] 16.

[10]) Endemann, Lehrbuch des bürg. Rechts 1[6] 42.

[11]) Planck, BGB. nebst Einführungsgesetz 1[3] Entscheidend für die Auslegung des Gesetzbuchs kann aber nur dieses selbst sein». Это говоритъ Планкъ наиболѣе вліятельный въ созданіи Г. Г. У. одинъ изъ его составителей, авторъ перваго и на первыхъ порахъ наиболѣе повліявшаго на практику коментарія. Естественно однако, что при собственныхъ толкованіи отрѣшиться отъ того, что онъ былъ самъ авторомъ. ему не удалось и его ко-

ментарій считается справедливо выразителемъ наиболѣе строгаго права и наиболѣе близкимъ къ мотивамъ.

[12]) Landsberg, Das Recht des BGB. 1 30.

[13]) Crome, 1 97 волю закона..., т. е. волю законодателя, поскольку она получила выраженіе въ законѣ.

[14]) Zitelmann, Das Recht des BGB. 1 4 «der objeckive Sinn des Gesetzes».

[15]) Staudingers Kommentar zum BGB. (наиболѣе свободнаго толкованія смѣнившій фактически теперь во вліяніи коментарій Планка). 1. Band Allgem. Teil erläutert von Loewenfeld und Riezler 5/6 Aufl. 18.

[16]) Tuhr, Der allgem. Teil des d. bürg. Rechts 1 37 Unter dem kurzen und bildlichen Ausdruck: Wille des Gesetzes ist meines Erachtens der Sinn zu verstehen, den eine Gesetzesvorschrift haben musz, um in einem organischen logisch befriedigenden Zusammenhang mit allen übrigen Vorschriften der Rechtsordnung zu stehen».

[17]) Bierman, Bürgerliches Recht 1 29, хотя и говоритъ о волѣ законодателя, но въ сущности излагаетъ ученіе о волѣ закона: Ein gesetzgeberischer Wille, der in den Gesetzesworten nicht zum Ausdruck gekommen ist, hat keine Geltung. Umgekehrt hat Geltung, was von dem Gesetzgeber nicht gewollt ist, vielleicht gar nicht gewollt sein kann, sich aber als der den Gesetzesworten entsprechende Gedanke und Wille darstellt. Ср. еще 1 83.

[18]) Crome 1 67 «d. objektive vernünftige Ermessen der Allgemeinheit» всеобщее объективное разумное усмотрѣніе при восполненіи нормъ, ссылающихся на добрые нравы, обстоятельства даннаго случая, злоупотребленіе правомъ ср. еще 1 106.

[19]) Dernburg 1^3 85: «подъ природою вещей не надо понимать, какъ въ свое время дѣлали естественноправовыя ученія, за что ихъ справедливо упрекали, произвольныя умозрѣнія (Spekulationen). Необходимо однако признать, что жизненнымъ отношеніямъ присущъ (innewohnt) имъ и ихъ цѣлямъ соотвѣтствующій порядокъ»... «при составленіи законовъ законодатель руководится преимущественно этой природой вещей и оправдываетъ ею свои постановленія. Не существенно ли и судебной практикѣ при обнаруженномъ пробѣлѣ въ законѣ обратиться къ этому источнику законодательства?»

[20]) Das Recht des BGB. in Einzeldarstellungen. Leonhard. Der allgemeine Teil des BGB. 41, даже Matthiasz 8.

[21]) Cosack, Lehrb. des deutschen bürgerl. Rechts 1^5 34.

[22]) О необходимости избѣгать этотъ терминъ въ виду его неопредѣленности Biermann 1 27.

[23]) Lehrb. des bürg. Rechts von Enneccerus, Kipp und Wolff. 1 1 Abt. (4—5) von Enneccerus 103, особенно 116, признается имъ цѣликомъ и ст. 1 Шв. гр. ул. (sehr treffend 117).

[24]) Tuhr 1 44, также на 46 стр.: «невозможно избѣгнуть косвеннаго вліянія правовыхъ идеаловъ толкующаго на примѣненіе права» особенно между прочимъ при рѣшеніи вопроса о допустимости въ томъ или иномъ случаѣ аналогіи.

[25]) Landsberg 1 44.

[26]) Das BGB. systematisch dargestellt von Goldmann und Lilienthal Rechtsanwälte in Berlin 1[2] 33.

[27]) Staudingers Kommentar 1 16—17.

[28]) Cosack, Lehrb. d. d. bürgerl. Rechts 1[5] 33.

[29]) Ср. особенно о само собой понятныхъ (selbstverständliche) правовыхъ нормахъ и о восполненіи пробѣловъ изъ общаго правового чувства (Rechtsgefühl der Allgemeinheit), а если его нельзя установить то изъ *субъективнаго* самого судьи Biermann, Bürg. Recht (1908) 1 26, также Enneccerus 1 1. Abt. 3.

[30]) Dernburg, Das bürg. Recht 1[3] V, самъ онъ за Данца; въ его книгѣ Die Auslegung der Rechtsgeschäfte «въ рѣдкостномъ родѣ воплощается юридическій здравый смыслъ (bon sens) тамъ же VII.

[31]) Biermann 1 26.

[32]) Matthias[5] 11 № 6, 8 № 1.

[33]) Enneccerus 1, 1 Abt. ([4—5]) 118, особенно противъ вліянія на него писателей этой школы, такъ какъ онъ еще въ 1903 указывалъ на необходимость творенія судьею права, но только при пробѣлахъ въ законѣ, а не противъ закона.

[34]) Kommentar zum BGB. und seinen Nebengesetzen, BGB. 1. Buch Allg. Teil von Prof. Oertmann 2. volltängig umgearbeitete Auflage des Kommentar von Gareis (1908) XVIII.

[35]) Staudingers Kommentar 1 18—19.

[36]) Cosack 1[5] 34, но тутъ же онъ приводитъ примѣры и образованія практикою нормъ contra legem.

[37]) Tuhr 1 X.

[38]) Hellwig, Lehrb. des deutschen Zivilprozessrechts 2 169.

[39]) Тамъ же 170—171.

[40]) Тамъ же 172.

[41]) I. Kohler, Lehrb. des Bürgerl. Rechts 1. Halbband 123. Это открытіе свое (KrVJSchr. N. F. 18 515) Колеръ считаетъ въ высшей степени важнымъ, измѣняющимъ все прежнее ученіе о толкованіи, состоявшее aus lauter Irrtümern (129) и измѣняющимъ и прежнія воззрѣнія самого К., когда онъ только обосновывалъ ученіе о волѣ закона въ его извѣстной статьѣ въ GrünhutsZ. 13 1.

[42]) Lehrb. 1. Halbband 124, 126.

[43]) Тамъ же 528.

[44]) ArchRPhilos. 3 581: ich kann mich... rühmen, die Grundlage für eine freie Behandlung des Rechts mitgelegt zu haben.

[45]) Тамъ же, онъ дозволяетъ однако судьѣ, «когда законъ стоитъ въ противорѣчіи съ правосознаніемъ выбирать и храброе (gewagte) толкованіе, такое, что законъ становится какъ бы подавленнымъ, но зато не не противорѣчитъ разуму права».

[46]) ArchRPhilos. 3 502 Aufgaben und Ziele der Rechtsphilosophie.

25. Наглядно сказалось вліяніе умѣренной части новѣйшихъ движеній въ появленіи новаго юридическаго общества. Въ отвѣтъ на призывъ Боци [1]) (1910 іюль) противъ современной постановки юридическихъ наукъ, считавшаго, что главное исцѣленіе надо искать въ перенесеніи естественно-научныхъ методовъ въ правовѣдѣніе изъ Іены вышло другое воззваніе, такъ называемое іенское, составленное старшимъ предсѣдателемъ судебной палаты Бэрнгеномъ и членомъ той же палаты Дейнгардтомъ, членомъ имперскаго суда Дюрингеромъ, профессорами Гельвигомъ и Ратенау. Содержаніе воззванія таково: „въ современной жизни повсюду выступаютъ чувство общности, соціальное сочувствіе и стремленіе къ практическимъ цѣлямъ. Дѣйствительное, фактъ, сама жизнь... пріобрѣтаютъ господство вмѣсто потерявшихъ цѣнность понятій". Необычайное развитіе опытныхъ наукъ должно быть использовано (хотя методы ихъ и нельзя прямо перенести въ правовѣдѣніе и въ судъ) въ законодательствѣ, судѣ и въ управленіи, что сдѣлаетъ послѣдніе еще ближе къ жизни. „Если судебная практика (Rechtsanwendung) обнаруживаетъ неудовлетворительные результаты, то это, конечно, не удивительно при громадномъ числѣ тяжбъ; ни въ коемъ случаѣ нельзя всегда за это дѣлать отвѣтственными чиновниковъ; законодательство и администрація должны сами притти на помощь, чтобы примѣненіе права могло дѣлаться все болѣе совершеннымъ. Болѣе жизненное и болѣе практичное міровоззрѣніе должно быть у всѣхъ, кто принимаетъ участіе въ законодательствѣ, въ управленіи, въ судѣ, въ подготовительномъ образованія юристовъ. Законы, указы и судебныя рѣшенія должны быть написаны такимъ языкомъ и въ такихъ выраженіяхъ, чтобы они не воспринимались уже по одной ихъ формѣ, какъ нѣчто чужое, вымученное, темное. Отъ законодательства въ частности необходимо требовать, чтобы оно не выставляло нормъ слишкомъ узкихъ, какъ бы понятій (begriffsmässige), которыя однако не охватываютъ всей жизни, какъ она есть и какъ она развивается. При всемъ вниманіи къ прочности права настоящимъ принципомъ законодательства должно стать: давать нормы только въ общихъ чертахъ, въ широкихъ рамкахъ и предоставлять самой жизни и ея развитію управляться сообразно обстоятельствамъ и потребностямъ. Формы производства должны какъ въ администраціи, такъ и въ судѣ, развиваться необходимо и цѣлесообразно изъ потребностей современной жизни. Производство не должно быть обставлено слишкомъ узкими формами, перегружаться формальностями и длиннотами. Личность чиновника—лучшая гарантія противъ плохихъ рѣшеній,

чѣмъ связанность его до мелочей предписаннымъ путемъ. Необходимо помнить, что... гарантіи лежатъ не въ увеличеніи числа рѣшающихъ и не числа инстанцій, но главнымъ образомъ въ пригодности лицъ. Необходимо стремиться къ уменьшенію все увеличивающагося числа чиновниковъ; что могутъ сдѣлать не юристы, того не надо возлагать на судью... Судебная дѣятельность должна быть сдѣлана для способныхъ личностей не менѣе привлекательной, чѣмъ другія отрасли государственной дѣятельности или свободныя профессіи. Это зависитъ не только отъ закона, но и администраціи. Должно быть упрощено производство дѣлъ и на каждое мѣсто должно ставить настоящаго для него человѣка. Вездѣ, гдѣ возможно, дѣла должны быть такъ подраздѣлены, чтобы отдѣльные вопросы могли обработываться лицами, реально знакомыми съ этой областью, а не только юридически образованными. Спеціалистъ даетъ лучшее, онъ пріобрѣтаетъ довѣріе сторонъ, онъ болѣе увѣренно достигаетъ результатовъ; именно это, а не одно знаніе создастъ способныхъ и довольныхъ своей работой чиновниковъ.

Иногда современный юристъ слишкомъ наклоненъ въ переоцѣнкѣ мертвыхъ буквъ, формъ и облеченныхъ въ формы понятій нормъ (Begriffsbestimmungen). Конечно, и буква имѣетъ свое значеніе, безъ формъ нельзя обойтись въ оборотѣ, но переоцѣнивать ихъ обѣихъ нельзя. Понятія необходимы, но они только орудіе юриста и ставить ихъ на мѣсто вещей нельзя. При примѣненіи нельзя разсматривать законы исключительно, какъ не знающія пробѣловъ откровенія. Результатъ долженъ быть практичнымъ (brauchbar). Понятія не должны затемнять естественнаго взгляда на связь вещей, на практическую годность и на истинную справедливость результата. Первой благороднѣйшей задачей должно быть изслѣдованіе фактической основы разрѣшаемаго случая. Черезъ занятіе общими вопросами, именно вопросами законодательства долженъ быть расширенъ взглядъ и вытѣснено буквоѣдство, съ которымъ не рѣдко подходятъ къ закону-

Дурно замыкаться въ своей спеціальности. На мѣсто односторонних, „только юристовъ“ должны выступить юристы своего времени (Gegenwartsjuristen), которые знакомы со основами и задачами своего времени, хотятъ ихъ удовлетворить (ihnen gerecht werden) и творятъ новыя цѣнности. Сильная и живая личность должна пріобрѣсти большее значеніе во всей дѣятельности юристовъ, личность, которая не погружается въ мелочи, а напротивъ, смотритъ за тѣмъ, чтобы провести въ предѣлахъ указанныхъ закономъ истинныя

цѣнности жизни, а не только книжную ученость. О томъ, чтобы наши юристы стали „юристами своего времени“, должно заботиться и ихъ предварительное образованіе и въ этомъ направленіи ихъ должно вести дополнительное. Передъ спеціальнымъ образованіемъ лежитъ средняя школа, уже она должна болѣе, чѣмъ теперь, развивать особенно нужныя для юриста способности остро и жизненно наблюдать факты и принимать рѣшенія, она же должна позаботиться о развитіи у нихъ чувства языка. Что касается спеціальнаго образованія, то необходимо стремиться къ болѣе тѣсному единенію между практиками и теоретиками, которые могли бы поперемѣнно работать въ обѣихъ областяхъ; что̀ дало уже хорошіе плоды въ другихъ отрасляхъ знанія. Наши университеты, конечно, не должны служить только техническому образованію, заработку куска хлѣба съ его краткаго дыханія (kurzatmigen) цѣлями; но посвящать себя изслѣдованію и познанію въ самыхъ разнообразныхъ областяхъ въ живомъ взаимодѣйствіи. Поэтому въ нихъ должна найти пріютъ всякая научная работа, хо̀тя бы и такая, которая не даетъ сразу готовыхъ плодовъ. Однако уже университетское преподаваніе должно прилѣпиться къ практической жизни и повсюду отмѣчать цѣль, экономическое и соціальное значеніе нашихъ правовыхъ институтовъ и возбуждать чувство (den Sinn für Recht) права и справедливости. Безъ исторической обработки правовѣдѣнія обойтись нельзя, однако юридическое преподаваніе должно вводить молодыхъ юристовъ не только или преимущественно въ дѣла прошлаго, но столько же въ живое право настоящаго въ его связи съ прошедшимъ и въ задачи будущаго. Изслѣдованіе права и наука права должны будутъ все болѣе удовлетворять такому воззрѣнію. Они должны прослѣдить правовыя мысли нашего и чужихъ правъ, находящихся на одинаковомъ развитіи, въ связи съ широкой культурной основой права и такимъ образомъ подготовить работу законодателя и судьи. И въ высшей школѣ и во всякомъ случаѣ при повторительныхъ курсахъ должны получить большее развитіе предметы, въ которыхъ нуждается практическій судья, психологія, установленіе фактовъ, криминалистика и т. д. Науки о народномъ хозяйствѣ и о существѣ оборота (Verkehrswesen) безусловно необходимы для юриста. Жизнь и будущее призваніе, а не отвлеченія, должны быть цѣлью преподаванія. Постоянно нужно согласно новому методу давать живое, наглядное, близкое. При замѣщеніи каѳедръ необходимо болѣе, чѣмъ теперь, обращать вниманіе на педагогическія способности и практическій опытъ. При преподаваніи надо не только сообщить теорети-

ческія знанія, но и развивать практичность взгляда, силу сужденія и способность принимать рѣшенія. Необходимо озаботиться, чтобы только такъ образованные молодые юристы вступали въ практику.

Также при дальнѣйшемъ образованіи во время кандидатства должны быть использованы всѣ возможности, чтобы начинающій взглядомъ, наблюденіемъ и опытомъ проникалъ въ потребности жизненнаго оборота и въ разнообразіе людей (die Art der Menschen). Время кандидатства должно быть цѣлесообразно распредѣлено и необходимо упорно стремиться къ тому, чтобы оно дѣйствительно было использовано для серьезнаго образованія. Чтобы не терять связи съ быстро спѣшащимъ настоящимъ необходимо наконецъ дать возможность заняться продолженіемъ образованія (Fortbildungskursen)[1] [2]).

Это іенское воззваніе имѣло большой успѣхъ. Какъ указываютъ сами составители, оно составлено очень осторожно и эластично, не вдаваясь въ подробности, которыя бы могли сильно разъединять [3]). Первоначально стали собирать подписи сочувствующихъ въ DJZ [4]). Собираніе подписей пошло настолько быстро и успѣшно, что рѣшено было расширить дѣло и образовать общество, положившее въ программу цѣликомъ это воззваніе. Учредительное собраніе состоялось 4 марта 1911 г. въ Эсплянадѣ въ Берлинѣ, скажемъ кстати, въ одной изъ наиболѣе аристократическихъ гостинницъ. Предполагалось образовать общество, которое бы объединило всѣхъ стремящихся преобразовать правовую жизнь въ духѣ стремленій современности. Чтобы не дробить силъ старались вновь соединиться съ лицами, примыкавшими къ Боци. Это удалось и 26 марта 1911 года въ клубѣ Германія въ Лейпцигѣ было основано общество „право и хозяйство“. Обществу высказали сочувствіе Берлинское юридическое, нѣмецкій союзъ адвокатовъ и нѣмецкій союзъ судей. Эластичность программы сдѣлала то, что въ ряды общества вступило много представителей новѣйшихъ, хотя общество само было основано ихъ противниками, правда самыми умѣренными и хотя въ программу общества вошла фраза: „судья долженъ быть подчиненнымъ закону, этого требуетъ твердость права и онъ долженъ право находить, а не изобрѣтать его“. Даже однимъ изъ редакторовъ Ежемѣсячника новаго общества [5]) явился Румпфъ, а въ числѣ постоянныхъ сотрудниковъ указаны Эрлихъ и Канторовичъ. Приняты они въ общество не какъ волки въ овечьей шкурѣ, говоритъ Бэрнгенъ [6]) а желанные гости, такъ какъ вѣрность закону и свободное право вовсе не исключаютъ

другъ друга какъ огонь и вода. Это замѣчаніе, конечно, вѣрно, и ничто такъ не подтверждаетъ успѣха новѣйшихъ, какъ это практическое сліяніе ихъ съ ихъ критиками. Вопросъ о положеніи судьи по отношенію къ закону особенно въ связи съ ученіемъ свободнаго права обсуждался и на второмъ съѣздѣ союза нѣмецкихъ судей въ Дрезденѣ въ 1911 году. Къ сожалѣнію, отчетъ объ этомъ съѣздѣ еще не вышелъ, такъ что передать „необычайно оживленныхъ“ преній, такъ же какъ содержаніе доклада члена судебной палаты Штаффеля я не могу и могу только привести резолюцію, формулированную участковымъ судьею Ястровымъ. „Судебная власть подчинена закону, у судьи поэтому нѣтъ никогда права отступать отъ закона. Двусмысленность закона не уполномочиваетъ судью рѣшать по его усмотрѣнію, напротивъ онъ долженъ разрѣшить сомнѣніе посредствомъ толкованія, а въ необходимомъ случаѣ по аналогіи. Если законъ допускаетъ различныя толкованія, то судья властенъ отдать предпочтеніе тому толкованію, которое наиболѣе соотвѣтствуетъ правосознанію и потребности оборота. Рѣшенія такого рода судья долженъ обосновать, указавъ открыто, почему онъ отдалъ предпочтеніе такому то толкованію. Онъ долженъ избѣгать сокрытія истинныхъ причинъ посредствомъ искусственной аргументаціи“ [7]). Что резолюція эта несмотря на рѣзкость ея начала составлена вполнѣ въ духѣ общества Право и хозяйство, это ясно. Лишнее доказательство примирительнаго направленія къ главной массѣ новѣйшихъ и ихъ успѣха.

Къ 25. [1]) Воззваніе Боци, подъ которымъ подписались изъ наиболѣе видныхъ юристовъ старшій предсѣдатель судебной палаты Hamm, вѣнскій адвокатъ Оффнеръ, а изъ не юристовъ такіе извѣстные ученые, какъ Оствальдъ и Слаби приложено къ № 1 Recht за 1911 годъ. Боци, членъ судебной палаты, выпустилъ въ 1907 году извѣстную книгу Міровозрѣніе юридической науки Weltanschauung der Jurisprudenz, о которой одинъ изъ критиковъ отозвался какъ объ отреченіи высокопоставленнаго судьи отъ науки права (Viezens DJZ. 14 153). Въ книгѣ этой Боци обвиняетъ науку права въ томъ, что она пропитана схоластическимъ реализмомъ, и считаетъ, что оживленія ея можно ожидать только отъ перенесенія въ нее новѣйшаго научнаго міровоззрѣнія съ его началами эволюціи и энергетики. Характернымъ для современной науки права является то, что она мыслитъ типически, ей важны типъ истца, типъ отвѣтчика, типъ иска и т. д. а не реальные дѣйствительные индивидуальные истцы, отвѣтчики, судьи и т. д. (§§ 1—5). Все это отраженіе стараго схоластическаго метода, видѣвшаго истину только въ типичномъ, стремившагося познать сущность вещей и познать не черезъ изученіе индивидуальнаго,

а посредствомъ уже готоваго у насъ въ силу особенностей нашей духовной природы знанія типа вещи съ силлогистическими отсюда выводами (§ 6 сл.). Въ частности отражается это въ современномъ ученіи о толкованіи законовъ, гдѣ требуется путемъ именно такихъ пріемовъ познать волю историческаго законодателя, а слѣдовательно толковать ex tunc. Система эта приводитъ къ такимъ невозможнымъ выводамъ, какъ рѣшеніе Имперскаго суда, что человѣкъ, согласившійся было убить другого по просьбѣ послѣдняго и уже начавшій приводить нанесеніемъ раны это преступленіе въ исполненіе, но потомъ раскаявшійся и позвавшій на помощь раненому имъ, наказывается за причиненіе умышленнаго тѣлеснаго поврежденія и такимъ образомъ получаетъ высшее наказаніе, чѣмъ если бы онъ довелъ свое преступленіе до конца (SS. 58, 100). Современная наука стоитъ на прямо противоположной схоластикѣ основѣ. Она начинается съ изученія единичныхъ явленій и разсматриваетъ ихъ въ свѣтѣ законовъ эволюціи и энергетики (§ 16). Поэтому наука права должна отрѣшиться отъ отысканія неизмѣнныхъ правовыхъ сущностей, въ частности въ дѣлѣ толкованія она должна отрѣшиться отъ толкованія ex tunc, устранить преобладающую роль довода отъ противнаго, не дающаго возможности распространять начала, признанныя новыми частными законами, на случаи, разрѣшенные законами болѣе старыми, и дать широкое примѣненіе индукціи (§ 24). Какъ доказательство правильности своихъ взглядовъ, Боци указываетъ, что въ дѣйствительности и въ наукѣ права и въ судебной практикѣ наблюдается подобная эволюція, на право смотрятъ не какъ на нѣчто догматическое, а на нѣчто, живущее и измѣняющееся, къ познанію котораго и при толкованіи законовъ начинаютъ подходить при помощи индукціи (§ 29). Въ настаиваніи Боци на перенесеніи въ науку права естественнонаучныхъ методовъ и лежитъ причина того, что онъ оказался стоящимъ довольно одиноко въ новѣйшемъ движеніи, хотя авторитетомъ его и стоящихъ за нимъ свѣтилъ естествознанія не нашли возможнымъ пожертвовать создатели общества «Права и хозяйства». Довольно сочувственно къ воззванію Боци отнесся проф. Мендельсонъ Бартольди въ DRichtZ. 3. 116 Ein Modernisten—Aufruf.

[2]) Содержаніе воззванія заимствуется изъ статьи Börngen, Um das Recht der Gegenwart DJZ 16 177. Ср. также статью подъ тѣмъ же заглавіемъ Deinhardt, ArchRPhilos. 4 374.

[3]) Börngen, Reformbestrebungen im Rechtsleben und der Verein Recht und Wirtschaft 12—докладъ представляющій изъ себя, какъ бы объяснительную записку къ Іенскому возванію, вышедшій какъ первая тетрадь перваго тома Schriften des Vereins Recht und Wirtschaft гдѣ имѣютъ помѣщаться популярныя статьи по новому движенію.

[4]) DJZ. 16 183.

[5]) Recht und Wirtschaft выходитъ съ октября 1911 (Berlin C. Heymanns Verlag).

[6]) Börngen, Reformbestrebungen 17.

[7]) DJZ. 16 1194 статья Cade, реферированная уже Ф. Ельяшевичъ. Ж. М. Ю. 1911, № 10.

26. Изъ нашего краткаго очерка видно, какія громадныя усилія уже потрачены учеными на выясненіе вопроса, тѣмъ не менѣе почти все остается спорнымъ. Удивляться этому нечего, прежде всего вопросъ слишкомъ близокъ сердцу юристовъ и теориковъ и практиковъ, личныя оцѣночныя сужденія (Werturteile), идеалы и пристрастія ихъ невольно сказываются на всемъ, что тутъ пишется. Съ другой стороны, какъ извѣстно, методологическая постановка юридическихъ наукъ, а кстати скажемъ и методологическая подготовка даже ученыхъ юристовъ не стояли на должной высотѣ до послѣдняго времени. Достаточно сказать, что такой видный цивилистъ, какъ Леонгардъ, открывая методологическою работою серію изслѣдованій, посвященныхъ разработкѣ Г. Г. У., считалъ своимъ долгомъ извиняться передъ читателемъ, что онъ останавливаетъ ихъ вниманіе на этихъ вопросахъ, такъ какъ дѣло не въ методологіи, а въ качествѣ результатовъ, добытыхъ изслѣдованіемъ того или другого автора. За послѣднее время дѣло перемѣнилось и нужно сказать, что какъ разъ изслѣдуемое движеніе въ ученіи о толкованіи законовъ много этому способствовало. Оно заставляетъ пересматривать такіе коренные и такіе безконечно спорные вопросы, какъ не только само ученіе о толкованіи, но и вопросъ объ источникахъ права, о самомъ понятіи права и т. д. Взаимные споры и непониманіе должны были заставить авторовъ, по крайней мѣрѣ нѣкоторыхъ, искать ихъ причинъ въ разности исходныхъ точекъ зрѣнія, и прежде всего методологическихъ. Характерно, что нерѣдко авторы требуютъ откровенности и взываютъ къ необходимости научнаго пересмотра методовъ какъ догматики, такъ и вообще науки права. И дѣйствительно не только главныя французскія работы, въ родѣ Жени, усиленно ставятъ методологическіе вопросы, но такъ поступаютъ и многія нѣмецкія, особенно важенъ въ этомъ отношеніи Брюттъ. Тѣмъ не менѣе вся литература, какъ сторонниковъ новѣйшихъ теченій, такъ и ихъ противниковъ характерна тѣмъ, что въ общемъ она страдаетъ смѣшеніемъ методологическихъ точекъ зрѣнія, Это можно замѣтить даже изъ моего изложенія въ этой главѣ, хотя принятая мною система изложенія—отдѣленіе критики господствующей теоріи отъ творческой роли суда въ дѣйствительности и отъ предлагаемыхъ пріемовъ предполагала уже нѣкоторое отличіе въ методологичекихъ точкахъ зрѣнія. Наиболѣе крупнымъ бросающимся въ глаза смѣшеніемъ точекъ зрѣнія являются предлагаемые пріемы толкованія законовъ, такъ какъ большинство авторовъ, да можно сказать всѣ, предлагаютъ ихъ не какъ политикоправовые

только, а какъ догматическіе. Этому въ нѣмецкой литературѣ, конечно, сильно способствуетъ отсутствіе въ Г. Г. У. статей о толкованіи закона. Хотя часть авторовъ и оговаривается, что нельзя заключать отъ существующаго къ должному (даже Канторовичъ!) однако, защищая предлагаемые ими новые пріемы, подлежащіе немедленному примѣненію, они охотно снабжаютъ ихъ доказательствомъ, что и безъ того все уже происходитъ въ дѣйствительности такъ, какъ они говорятъ, а вовсе не такъ, какъ учитъ господствующая теорія о толкованіи. Такимъ образомъ, въ догматической ходъ мышленія врывается доводъ политикоправовой и притомъ основанный на существованіи предлагаемаго. Опять въ оправданіе приходится указать на то, что часть такихъ писателей исходитъ изъ мысли, что вообще самъ законъ не властенъ устанавливать правила толкованія: они опредѣляются естественнонаучными законами (особенно Шлосманъ, также Жэни съ его ученіемъ, что сила всякаго источника права опредѣляется фактомъ).

Дальнѣйшее мое изложеніе посвящено критикѣ. Поэтому читатель и не найдетъ прямого разрѣшенія вопросовъ толкованія законовъ съ одной стороны, а съ другой и не найдетъ постановки всѣхъ вопросовъ, касающихся теоріи толкованія. Количество ихъ опредѣляется для критика тѣми же предѣлами, какіе ставятся разбираемыми ученіями. Такимъ образомъ наприм. критикъ не долженъ давать разбора всѣхъ до одной логическихъ операцій при толкованіи закона или разбора пріемовъ „словеснаго“ и „реальнаго“ толкованія,—пользуюсь терминами Е. В. Васьковскаго,—но онъ обязанъ сосредоточить свое вниманіе на томъ, дѣствительно ли правы тѣ новѣйшіе, которые доказываютъ логическую недостовѣрность—отсутствіе общезначимости результатовъ толкованія, получаемыхъ при пользованіи предписываемыми господствующимъ теченіемъ правилами. Дальнѣйшія критическія замѣтки строго распадаются на догматическія, соціологическія и политикоправовыя. Каждому роду замѣтокъ отводится по главѣ, при чемъ каждая глава начинается съ параграфа или параграфовъ, выясняющихъ, что собственно авторъ понимаетъ подъ каждой изъ такихъ точекъ зрѣнія, конечно только постольку, поскольку это нужно для дальнѣйшаго изложенія. Понятно, что эти предварительныя замѣчанія даются въ очень сжатомъ видѣ только для выясненія моей точки зрѣнія и вовсе не задаются цѣлью дать читателю хотя бы элементарное знакомство относительно существующихъ въ наукѣ споровъ о самыхъ понятіяхъ догматики, соціологіи и политики права; на это потребовалось бы нѣсколько томовъ,—такъ всѣ эти понятія еще спорны въ нашей наукѣ.

Общее замѣчаніе ко второй главѣ. Мнѣ приходилось отмѣчать, что то или другое мнѣніе имѣетъ творцомъ того или другого ученаго только для нѣмецкой литературы, такая моя оговорка объясняется не только общимъ признаніемъ въ англійской литературѣ нѣкоторыхъ положеній новѣйшихъ (ср. эпиграфъ къ 4 главѣ), не только наличностью французскаго движенія, ведущагося обыкновенно отъ книги Жени, вышедшей въ октябрѣ 1899 года, не только дѣятельностью итальянскаго профессора Мортара (ср. Majetti въ Lotta 33), но и обладаніемъ русской литературой статьи С. А. Муромцева Судъ и законъ въ гражданскомъ правѣ, появившейся въ ноябрѣ 1880 года (Юр. В. 5 377—393). Въ этой статьѣ С. А. Муромцевъ объясняетъ господство современнаго ученія о толкованіи («о пассивномъ подчиненіи суда законодателю).... «нѣкоторыми особыми условіями»: рецепціей римскаго права, теоріями раздѣленія властей и «философскаго объективизма, т. е. ученія о томъ, что право есть порожденіе духа народа, почему «сознательное творчество единичныхъ силъ было бы прямымъ посягательствомъ на неизвѣданныя глубины народнаго духа» (383). Такъ какъ всѣ эти ученія уже оставлены, то можно перейти къ болѣе правильному отношенію между судьею и законодателемъ—къ активному положенію судьи, въ самодѣятельности суда, которая «составляетъ нормальную форму его дѣятельности» (391). «Я настаиваю, говоритъ онъ, на томъ, что таково *дѣйствительное* положеніе суда, не только идеаломъ служитъ самостоятельность суда, но неустранимымъ фактомъ дѣйствительности» (391)... «активное положеніе суда никогда не прекращалось совершенно» (385). При толкованіи текста судья находится подъ вліяніемъ современнаго словоупотребленія (385), еще большій просторъ открывается для устраненія противорѣчій при восполненіи пробѣловъ въ законѣ. «Истинная аналогія отъ сходнаго заключаетъ къ сходному, юридическая аналогія держится менѣе опредѣленныхъ границъ.... Всякое заключеніе о томъ, *что должно быть хотѣлъ сказать законодатель, но почему то не сказалъ*, всякое такое заключеніе отличается фиктивнымъ происхожденіемъ. Судья не открываетъ скрытой мысли законодателя, вѣрнѣе онъ *додумываетъ* за него то, чего законодатель не продумалъ. Наконецъ господствующее ученіе подчиняетъ судью не одному, а нѣсколькимъ источникамъ (закону, обычному праву, наукѣ права или праву юристовъ) и «судья долженъ выбирать между тѣмъ и другимъ *до нѣкоторой степени по своему усмотрѣнію*. Онъ не избѣжитъ при этомъ сравнительной оцѣнки постановленій, идущихъ изъ различныхъ источниковъ, онъ не избѣжитъ также вліянія своихъ собственныхъ соображеній о справедливомъ, правомѣрномъ, должномъ» (386). Отсюда въ судебной практикѣ «всѣхъ просвѣщенныхъ странъ»... «постоянная тенденція *измѣнять законъ въ духѣ его усовершенствованія*. Иногда эта тенденція достигаетъ особеннаго развитія—именно при плохомъ законодательствѣ. Но она не исчезаетъ и тамъ, гдѣ законодательство стоитъ на относительно высокой ступени развитія. Всюду при изданіи кодексовъ повторялось одно и то же явленіе. Сначала судебное творчество какъ бы притихало. Наступалъ періодъ перваго ознакомленія съ кодексомъ и такъ сказать примѣриванія его постановленій къ обстоятельствамъ мѣста и времени. Но по мѣрѣ того, какъ обнаруживались результаты примѣриванія, судъ поднималъ голосъ и принимался за разработку того, что не было сдѣлано, какъ слѣдуетъ, законодателемъ (387). Разрѣшая [съ точки зрѣнія идеала

отношеніе судьи къ законодателю Муромцевъ оговаривается, что его предложеніе касается только гражданскаго права, такъ какъ въ публичномъ законъ долженъ имѣть безусловный авторитетъ (классовая борьба), и не касается періодовъ рѣзкой борьбы, а является рѣшеніемъ для мирныхъ періодовъ развитія гражданскаго права. Рѣшеніе таково—«было бы нелѣпостью проповѣдывать открытое неповиновеніе закону наперекоръ существующему ученію... но законодатель долженъ сознать предѣлы своего вліянія. Онъ долженъ узнать, что есть область, въ которой первое мѣсто принадлежитъ судебному творчеству Онъ долженъ отрѣшиться отъ иллюзій на счетъ своего неограниченнаго могущества» (391). «Сознать то же самое долженъ и судья», при законѣ несовершенномъ или при пробѣлѣ судья долженъ дѣлать свое дѣло, не дожидаясь законодателя, и «серьезно приступить къ регламентаціи гражданскоправового порядка».... «Нечего опасаться произвола со стороны судей. Необходимо приложить всѣ мѣры къ улучшенію его качествъ (высокій уровень образованія, правильное движеніе по службѣ, избраніе судей судейской корпораціей, контроль гласности, независимость, несмѣняемость)... «Что на видъ произвольнѣе приговоровъ присяжныхъ и тѣмъ не менѣе въ нихъ открывается обыкновенно самая глубокая закономѣрность, та же закономѣрность присуща гражданскому суду, не стѣсняемому въ его усмотрѣніи. Высокія же качества, которыя требуются отъ судей, ручаются за прогрессивный характеръ въ историческомъ развитіи плодовъ такого усмотрѣнія. Судъ присяжныхъ есть идеалъ, къ которому приблизится рано или поздно гражданскій судъ» (392). И законъ и обычай и наука регулируютъ гражданскую жизнь, регулируютъ черезъ судью, который одинъ есть непосредственный творецъ гражданскаго правового порядка. Они не могутъ обойтись безъ его посредства даже тамъ, гдѣ наличность законодательной воли была существеннымъ условіемъ для образованія порядка. Тѣмъ большее значеніе получаетъ самодѣятельность суда тамъ, гдѣ этотъ послѣдній въ состояніи творить право безъ чужой помощи.—Таковъ фактъ, ученіе о томъ, что должно быть, надо строить на томъ, что есть. Нелѣпо въ составъ должнаго вводить невозможное» (393). Для всякаго ясно, что въ этой статьѣ, крайне сжато написанной, содержится, какъ бы конспектъ всего новѣйшаго теченія, оставляя въ сторонѣ, конечно, отдѣльныя его развѣтвленія и крайности. Такъ какъ новѣйшія теченія представляютъ теперь цѣлую школу въ наукѣ, и уже авторы спорятъ за первенство въ ея созданіи (ср. выше Къ 3. а также приложеніе 1), то было бы желательно, чтобы издатели сочиненій покойнаго знаменитаго нашего цивилиста указали на то, что научное первенство въ дѣйствительности принадлежитъ только Муромцеву, и издали на нѣмецкомъ языкѣ эту его статью. Нѣкоторыя изъ мыслей ея, сказать кстати, Муромцевъ высказывалъ и ранѣе напр. Опредѣленіе и основное раздѣленіе права 1879 г. 43. Къ сожалѣнію, это первенство Муромцева хотя указано, но не достаточно подчеркнуто въ рядѣ статей, появившихся по поводу его смерти, ни у В. М. Нечаева, наиболѣе близкаго по духу къ Муромцеву (Право 1910), ни въ самой обширной Т. М. Яблочкова Юрид. Записки № 2 (6) и отдѣльно С. А. Муромцевъ, какъ ученый. 1910.

———ооо□ооо———

отношеніе судьи къ законодателю Муромцевъ оговаривается, что его предложеніе касается только гражданскаго права, такъ какъ въ публичномъ законъ долженъ имѣть безусловный авторитетъ (классовая борьба), и не касается періодовъ рѣзкой борьбы, а является рѣшеніемъ для мирныхъ періодовъ развитія гражданскаго права. Рѣшеніе таково—«было бы нелѣпостью проповѣдывать открытое неповиновеніе закону наперекоръ существующему ученію... но законодатель долженъ сознать предѣлы своего вліянія. Онъ долженъ узнать, что есть область, въ которой первое мѣсто принадлежитъ судебному творчеству Онъ долженъ отрѣшиться отъ иллюзій на счетъ своего неограниченнаго могущества» (391). «Сознать то же самое долженъ и судья», при законѣ несовершенномъ или при пробѣлѣ судья долженъ дѣлать свое дѣло, не дожидаясь законодателя, и «серьезно приступить къ регламентаціи гражданскоправового порядка».... «Нечего опасаться произвола со стороны судей. Необходимо приложить всѣ мѣры къ улучшенію его качествъ (высокій уровень образованія, правильное движеніе по службѣ, избраніе судей судейской корпораціей, контроль гласности, независимость, несмѣняемость)... «Что на видъ произвольнѣе приговоровъ присяжныхъ и тѣмъ не менѣе въ нихъ открывается обыкновенно самая глубокая закономѣрность, та же закономѣрность присуща гражданскому суду, не стѣсняемому въ его усмотрѣніи. Высокія же качества, которыя требуются отъ судей, ручаются за прогрессивный характеръ въ историческомъ развитіи плодовъ такого усмотрѣнія. Судъ присяжныхъ есть идеалъ, къ которому приблизится рано или поздно гражданскій судъ» (392). И законъ и обычай и наука регулируютъ гражданскую жизнь, регулируютъ черезъ судью, который одинъ есть непосредственный творецъ гражданскаго правового порядка. Они не могутъ обойтись безъ его посредства даже тамъ, гдѣ наличность законодательной воли была существеннымъ условіемъ для образованія порядка. Тѣмъ большее значеніе получаетъ самодѣятельность суда тамъ, гдѣ этотъ послѣдній въ состояніи творить право безъ чужой помощи.—Таковъ фактъ, ученіе о томъ, что должно быть, надо строить на томъ, что есть. Нелѣпо въ составъ должнаго вводить невозможное» (393). Для всякаго ясно, что въ этой статьѣ, крайне сжато написанной, содержится, какъ бы конспектъ всего новѣйшаго теченія, оставляя въ сторонѣ, конечно, отдѣльныя его развѣтвленія и крайности. Такъ какъ новѣйшія теченія представляютъ теперь цѣлую школу въ наукѣ, и уже авторы спорятъ за первенство въ ея созданіи (ср. выше Къ 3. а также приложеніе 1), то было бы желательно, чтобы издатели сочиненій покойнаго знаменитаго нашего цивилиста указали на то, что научное первенство въ дѣйствительности принадлежитъ только Муромцеву, и издали на нѣмецкомъ языкѣ эту его статью. Нѣкоторыя изъ мыслей ея, сказать кстати, Муромцевъ высказывалъ и ранѣе напр. Опредѣленіе и основное раздѣленіе права 1879 г. 43. Къ сожалѣнію, это первенство Муромцева хотя указано, но не достаточно подчеркнуто въ рядѣ статей, появившихся по поводу его смерти, ни у В. М. Нечаева, наиболѣе близкаго по духу къ Муромцеву (Право 1910), ни въ самой обширной Т. М. Яблочкова Юрид. Записки № 2 (6) и отдѣльно С. А. Муромцевъ, какъ ученый. 1910.

———ooo□ooo———

Приложеніе I.

Французское движеніе.

«Одно воззрѣніе болѣе старое, которое однако, кончая 80 годами прошлаго столѣтія, было господствующимъ. Оно исходитъ изъ того, что законъ равенъ полному правопорядку, такъ что въ законѣ нѣтъ пробѣловъ и судья только долженъ поискать съ необходимой интенсивностью и тогда онъ найдетъ норму, въ которой онъ нуждается. Лица, знакомыя съ французской наукой права, знаютъ, что она стояла подъ этимъ знаменемъ и до сихъ поръ въ большинствѣ стоитъ. Предполагается, что судья всегда можетъ найти норму въ законѣ. Такимъ образомъ онъ всегда можетъ сыскать изъ закона хотя бы посредствомъ самыхъ запутанныхъ пріемовъ толкованія то, что отвѣчаетъ современнымъ потребностямъ. На встрѣчу этому теченію выступаетъ теперь новое, которое также выходитъ изъ Франціи — я разумѣю тутъ прекрасную книгу Жени—согласно которому судьѣ дается свобода признать, что въ законѣ есть пробѣлъ». Huber Amtl. sten. Bulletin der Schweiz. Bundesversammlung 1906 № 49 1042.

«Плохіе законы не очень страшны, если примѣняютъ ихъ хорошіе судьи. Законъ, говорятъ, непреклоненъ; я въ это не вѣрю. Нѣтъ такого текста, котораго нельзя было бы видоизмѣнить (переводъ не точенъ—въ подлинникѣ лучше: Il n'y a point de texte qui ne se laisse solliciter—упросить). Законъ мертвъ. Судья живъ. Въ этомъ его великое преимущество передъ закономъ». Anatole France.

Новая французская школа толкованія законовъ возникла ранѣе нѣмецкой и можетъ выставить рядъ работъ превосхо-

дящихъ нѣмецкія не только по объему, но и по Gründlichkeit, какъ это съ грустью долженъ былъ удостовѣрить Румпфъ, въ его рецензіи на книгу Вандеръ Эйкена. Если вспомнить, что Code civil насчитываетъ уже сто лѣтъ, то возникновеніе творческихъ стремленій судебной практики, стремленій ея приспособиться къ новымъ потребностямъ жизни, должно было быть неминуемымъ. Она ушла далеко въ этомъ направленіи, когда теоретики упорно продолжали строго придерживаться не только въ теоріи,—это дѣлала и практика—но и въ своей работѣ, традиціоннаго ученія о толкованіи, ученія „школы толкователей гражданскаго кодекса“, какъ его принято называть во французской литературѣ (ср. гл. 4). Фактическими предшественниками новѣйшей школы считаются: профессора Labbé, занявшійся постояннымъ разборомъ въ новомъ направленіи появляющихся судебныхъ рѣшеній и Bufnoir, лекціи котораго слушали и Салейль и Жени. Они обратили вниманіе на необходимость усиленнаго изученія практики, вѣрнѣе пользованія ея выводами, которое дѣйствительно сильно привилось—курсъ Планіоля, если сравнить его съ Бодри Лакантинери, наглядное тому доказательство. Осмысленію происшедшаго предшествовало еще распространеніе во Франціи воззрѣній Іеринга. Однимъ изъ усердныхъ, но далеко не пріемлющимъ все цѣликомъ на вѣру, насадителей его ученія, какъ и вообще родственныхъ ему нѣмецкихъ теченій, явился тогда еще совсѣмъ молодой талантливый Салейль, находившій однако, что, хотя идеалъ толкованія и указанъ новой нѣмецкой школой, но средства для достиженія его ею не предложены (Les théories allemandes sur les droits qui au cas de contrat synallagmatique, appartiennent à la partie poursuivie en paiement lorsque son adversaire, de son côté, n'exécute pas ses engagements—Annales de droit commercial 1892 p. 287, 295).

Коренною работою новаго направленія, имѣвшею громадное вліяніе на всю юридическую французскую литературу, какъ о томъ свидѣтельствуютъ почти всѣ писавшіе позднѣе по вопросу о толкованіи, является извѣстная книга тогда дижонскаго профессора Жени. Fr. Gény, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. 1899 606 pp. Жени указываетъ, что современные юристы должны по совѣсти отдать себѣ отчетъ въ томъ, какъ они научно работаютъ. Традиціонный методъ, который воспринимается ими по привычкѣ слѣпо, совершено не удовлетворяетъ научнымъ требованіямъ (169). Главнымъ недостаткомъ этого метода являются: 1) признаніе закона (явное или само собою подразумѣваемое) за единственный источникъ права и 2) утвержденіе, что всѣ вопросы, возни-

кающіе при примѣненіи права, могутъ разрѣшаться путемъ одной логики, главнымъ образомъ посредствомъ дедукціи, при чемъ еще предполагается, что въ основѣ закона лежитъ небольшое число абстрактныхъ понятій, обязательныхъ, какъ апріорныя, какъ для толкователя, такъ даже и для законодателя (23 сл.). Давъ критику (111 сл.) логическихъ операцій развитія права и доказывая, что всѣ эти операціи не могутъ быть исполнены только путемъ логики, что онѣ покоятся на невозможномъ требованіи сыскать волю законодателя о такихъ предметахъ, которые ему никогда не представлялись, Жени доказываетъ, что законъ самъ по себѣ, какъ и всякій другой формальный источникъ права, безсиленъ установить правила толкованія, какъ и вообще всякій научный методъ (192). Точно также не можетъ каждый изъ формальныхъ источниковъ права опредѣлять, какіе изъ этихъ формальныхъ источниковъ (по крайней мѣрѣ образующихся въ будущемъ) обязательны для судей. Ихъ обязательность—дѣло факта (207). Съ этой точки зрѣнія Жени усматриваетъ, что въ современной жизни главнымъ безусловно обязательнымъ источникомъ является законъ, но только въ предѣлахъ дѣйствительно изъявленной воли законодателя (261). Затѣмъ слѣдуетъ обычай, для дѣйствительности котораго Жени требуетъ не только повторяемость, но и opinio necessitatis и общность (300). Послѣднія требованія дѣлаютъ область примѣненія обычая фактически крайне малой, хотя все таки Жени не согласенъ дозволить и такому обычаю отмѣнять отдѣльныя постановленія закона (356). Разсматривая, какъ должно происходить самое толкованіе закона, Жени настаиваетъ на томъ, что критеріемъ должно являться установленіе истинной изъявленной воли законодателя. Предполагаемая воля (это максимумъ уступки) можетъ приниматься во вниманіе только тогда, когда текстъ закона умышленно изложенъ законодателемъ такъ широко или такъ эластично, чтобы законъ охватилъ въ будущемъ и новыя явленія (261 сл.). Установленіе воли производится прежде всего на основаніи самого текста закона (отдѣлять толкованіе граматическое отъ логическаго не представляется возможнымъ (239 сл.), затѣмъ, и особенно, на основаніи логической связи даннаго текста съ остальнымъ содержаніемъ закона и законовъ вообще (246), наконецъ на основаніи матеріаловъ и мотивовъ, которые однако могутъ приниматься во вниманіе только при наличности двухъ условій: если текстъ закона все таки воспринимаетъ мысль мотивовъ и если мнѣнія, высказанныя въ мотивахъ, можно расматривать за мнѣніе законодательныхъ органовъ (по крайней мѣрѣ большинства каждаго изъ нихъ

(254 сл.). Далѣе установленія воли законодателя, если нѣтъ и обычая, итти некуда собственно въ толкованіи: далѣе слѣдуетъ уже созданіе правовой нормы, которое не должно быть вполнѣ произвольнымъ—оно свободно, такъ какъ не зависитъ отъ формальнаго источника права и вмѣстѣ съ тѣмъ научно (460). Хотя мы и можемъ представлять себѣ всякое наличное правовое состояніе какъ равновѣсіе, но путемъ одного наблюденія мы не можемъ установить правовыя нормы, которыми бы регулировалось состояніе, не предусмотрѣнное ни однимъ формальнымъ источникомъ права: намъ необходимъ для этого какой-либо критерій. Такимъ критеріемъ могутъ быть признаны идеи справедливости и общей пользы, которые неизбѣжно имѣютъ характеръ принциповъ, открываемыхъ нашимъ сознаніемъ и представляющихся человѣческому разуму какъ бы интуитивными. Такого рода критерій безсознательно допускаютъ и тѣ, которые борются съ признаніемъ научными какихъ бы то ни было объективно справедливыхъ понятій (477 сл.). Другимъ средствомъ такого свободнаго научнаго изслѣдованія будетъ изученіе „положительной природы вещей“ (498). „Съ помощью истиннаго отыскать справедливое“ (482), такова цѣль этого изслѣдованія. Интуитивное понятіе справедливаго указываетъ намъ только направленіе, цѣль, необходимо сыскать средства. Это и доставляетъ „положительная природа вещей“. Знаніе ея могла бы дать соціологія, къ сожалѣнію, она еще настолько слабо разработана (492, 5'2), что толкователю, не имѣющему времени ждать, необходимо обратиться къ другимъ болѣе частнымъ наукамъ, изучающимъ человѣческую дѣятельность—общей философіи, психологіи, этикѣ, раціональному государственному праву, политической экономіи (513), а также къ тѣмъ, которыя изучаютъ соціальную жизнь въ ея реальномъ проявленіи—исторіи (515), статистикѣ, сравнительному законодательству и судебной практикѣ—къ практикѣ судебныхъ учрежденій какъ спорной, такъ безспорной, охранительной, наконецъ примирительной. Все это должно быть изучено съ той цѣлью, чтобъ найти въ дѣйствительной юридической жизни элементы гармоніи, осуществленіе которой является цѣлью всякаго положительнаго права. Такъ какъ всякій данный порядокъ представляетъ изъ себя такого рода равновѣсіе (общее благополучіе) хотя и постоянно измѣняющееся, то въ рукахъ лица, свободно и научно восполняющаго пробѣлы права, имѣются и болѣе надежныя, чѣмъ только что описанныя, средства дать такую гармонію. Сюда принадлежитъ прежде всего аналогія (494), покоющаяся „на глубокомъ инстинктѣ нашей природы, потреб-

ности къ примѣненію права по началу равенства“ (496). Затѣмъ критеріями здѣсь будутъ наше современное религіозное устройство (508), дѣйствительная политическая организація (509), экономическій строй съ его частной собственностью, свободой договоровъ и наслѣдствомъ (510), вобще вся соціальная организація. Такъ какъ все это находится въ эволюціи, то она должна толкователемъ, изслѣдователемъ постоянно учитываться. Что въ предлагаемомъ научномъ изслѣдованіи нельзя вполнѣ избѣжать субъективизма, это Жени вполнѣ признаетъ (473, 517), но считаетъ, что его будетъ меньше, чѣмъ это происходитъ теперь, когда сильный субъективизмъ толкователя прячется за яко бы безусловную логическую точность, доставляемую традиціоннымъ методомъ. За то исчезнетъ другой недостатокъ традиціоннаго метода—застой права [1]).

Къ книгѣ Жени написалъ горячее предисловіе *Салейль* отъ имени тѣхъ, кто ее уже ждали (Gény I). Никто не имѣлъ такого права на это какъ Салейль, еще въ 1893 году писавшій, что не методу конструкцій принадлежитъ будущее Nouvelle Revue hist. de droit (17. 776) и еще ранѣе настаивавшій на внесеніи въ науку права „метода наблюденія дѣйствительности, въ установленіи складывающихся въ ней обычаевъ, съ непремѣннымъ выясненіемъ однако идей разума (l'idée rationelle), лежащихъ въ ихъ основѣ т. е. юридическихъ принциповъ (Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit. Revue internat. de l'enseignement... (19. 494, 496). Несмотря на то, что Салейль могъ бы смѣло считать себя предшественникомъ Жени (на его Du refus de paiement, какъ на „единственную“ французскую критическую работу о юридическомъ методѣ Жени дѣйствительно и ссылается (114) онъ вездѣ подчеркиваетъ, что основнымъ произведеніемъ новой школы и ея знаменемъ должна быть признана книгѣ Жени (Gény I и De la déclaration de volonté P. 1901, 215). Воспринимая критику Жени господствующаго воззрѣнія, Салейль далеко не вполнѣ совпадаетъ съ нимъ въ положительныхъ пожеланіяхъ, какъ это видно изъ слѣдующей сводки взглядовъ Салейля, разбросанныхъ имъ въ разныхъ работахъ. Законъ не есть просто приказъ законодателя. Онъ произведеніе общественной жизни—выраженіе общественнго этическаго (morale) сознанія Rev. int. de l'enseignement 44 324) (44 324). Разъ изданный онъ, какъ соціальное явленіе, какъ организмъ, живетъ и развивается (Mélanges de droit comparé I Introduction à l'étude du droit civil allemand. 1904 100) Основою его обязательности является общественное сознаніе, требующее теперь (въ этомъ основ-

ная идея кодификаціи) безусловнаго подчиненія закону, какъ объективному выраженію общественнаго сознанія. Поэтому толкователь безусловно связанъ закономъ, разъ онъ имѣетъ дѣло со случаемъ, прямо предусмотрѣннымъ въ законѣ. Такихъ случаевъ однако очень мало (Conférence sur les rapports du droit et de la sociologie. Rev. int. de l'enseignement 48 429). Въ другихъ же случаяхъ онъ также не долженъ давать воли своему усмотрѣнію, своимъ личнымъ идеаламъ. Критерій Жени, какъ и другіе естественноправовые, не устранитъ опасности субъективизма—внесенія личныхъ политическихъ, экономическихъ, философскихъ или религіозныхъ воззрѣній, вообще опасности того, что судья создастъ, а не перескажетъ право. Судья можетъ примѣнять свои идеалы только тогда, когда они стали объективными, а въ этомъ онъ обязанъ убѣдиться, какъ онъ убѣждается въ томъ, что такое то постановленіе законъ. Для этого въ рукахъ судьи должно быть надежное средство—надежный экспериментальный методъ. Такими средствами явятся три 1) аналогія, 2) общественное сознаніе и 3) сравнительное правовѣдѣніе. „Когда общее мнѣніе, образующееся и приспособляющееся къ экономическимъ и соціальнымъ перемѣнамъ эпохи, становится столь единодушнымъ по отношенію къ какимъ либо понятіямъ справедливаго, что... и тѣ, кому они невыгодны, готовы признать ихъ за основательныя, тогда судья имѣетъ право стать проводникомъ въ жизнь этого чувства общаго сознанія, но не слѣпымъ и только пассивнымъ, а и его толкователемъ, т. е. онъ долженъ сумѣть имъ такъ вдохновиться, чтобы оно вошло составною частью законнаго правопорядка, стражемъ и защитникомъ котораго онъ является". Такъ опредѣляетъ Салейль второе средство. Третье же онъ считаетъ „наиболѣе надежнымъ въ научномъ смыслѣ, наиболѣе близкимъ къ даннымъ позитивной науки и экспериментальному методу, имѣющимъ за собою будущее" Ecole historique et droit naturel d'après quelques ouvrages récents. Revue trim. d. droit civil 1, 102, 108, 109). Въ частности сравнительное право можетъ послужить во 1-хъ къ опредѣленію, экономической соціальной цѣли закона, во 2-хъ къ восполненію закона, когда сравнительное право отвѣчаетъ предполагаемой волѣ сторонъ, совершившихъ сдѣлку, 3) къ выработкѣ юридической техники, напримѣръ заимствованіе конструкцій (Conception et objet da la science du droit comparé. Bulletin de la société de législation comparée 29, 399): конечно, оно не примѣнимо, когда законъ содержитъ полное точное предписаніе, предусматривающее опредѣленный точно случай (un cas réellement défini 348)

и напротивъ мы должны прибѣгнуть къ иностранному праву, когда законъ прямо оттуда заимствованъ (399). Настаивая постоянно и рѣзко (сказалось и въ вышеприведенной выдержкѣ объ общемъ сознаніи), что результатъ толкованія долженъ составить съ закономъ одно гармоническое цѣлое, одинъ организмъ (Mélanges. 99, Gény XIII—Je reconnais que ce serait manquer un peu de hardiesse et vouloir conserver une part de fiction), и не менѣе горячо настаивая на необходимости приспособлять законъ къ потребностямъ жизни, на обращеніи его въ орудіе соціальнаго прогресса La réforme de la licence Rev. int. de l'enseign. 47 328, Les méthodes d'enseignement de droit et l'education intellectuelle de la jeunesse тамъ же 44 324, Mélanges 99), Салейль не даетъ нигдѣ подробнаго описанія самого процесса толкованія закона, должно только отмѣтить, что логики онъ нисколько не отвергаетъ и указываетъ, что расхожденіе школъ сводится къ тому, что традиціонная брала отправные постулаты для логическихъ дедукцій „только изъ гармоніи самихъ текстовъ закона, мы же беремъ ихъ изъ житейскаго опыта“ (Revue int. de l'enseignement 44 324). Салейль очень озабоченъ подготовкой будущихъ юристовъ въ духѣ требованій новой школы и выступаетъ горячимъ сторонникомъ усиленнаго изученія юристами политической экономіи, какъ основной соціальной науки современности (Revue d. l'enseign. 47 328) [2]).

Ближе къ Салейлю, чѣмъ къ Жени, стоитъ проф. *Ламберъ* Ed. Lambert. Etudes de droit commun législatif ou de droit civil comparé... introduction. La fonction du droit civil comparé 1903). Главными ошибками „ученаго и могучаго (robuste) произведенія“ Жени онъ считаетъ: 1) забвеніе того, что законъ, разъ изданный, отрывается отъ воли законодателя:... и живетъ затѣмъ независимою жизнью, приспособляясь въ предѣлахъ возможнаго къ измѣненіямъ окружающей его среды (32); 2) крайній субъективизмъ (les lumières fugitives de la conscience individuelle 36) его свободнаго отысканія права, настоящаго естественнаго права—malheureusement ces rapports nécessaires ne nous apparaissent que sous la couleur que leur imprime le reflet de nos croyances et de nos préjugés, de nos passions politiques et de nos intérêts 37. Несогласенъ Ламберъ и съ тѣмъ, что толкованіе кончается на установленіи высказанной воли законодателя, дальнѣйшими средствами пополненія пробѣловъ вовсе не преслѣдуется химерическая цѣль открыть мысли законодателя о предметахъ, которые ему никогда не представлялись, а лишь дать рѣшенія наиболѣе согласныя съ тѣмъ, что Portalis называлъ общимъ духомъ

закона, т. е. рѣшенія наиболѣе гармонирующія съ уже существующимъ правопорядкомъ (avec l'ensemble des règles juridiques déjà établies 39).

Отвергая личныя рѣшенія Жени, Ламберъ цѣликомъ примыкаетъ къ новому направленію. Основными двумя его положеніями по Ламберу (42) являются: внесеніе метода наблюденія въ науку гражданскаго права и признаніе того, что положительное право нельзя изъять изъ подчиненія закону эволюціи. Практическимъ слѣдствіемъ этихъ истинъ является необходимость изучать индуктивно не кодексы, а живую гибкую систему судебной практики. Сюда войдутъ и постановленія закона, за исключеніемъ, конечно, вышедшихъ изъ употребленія, при томъ въ томъ видѣ, какъ они измѣнились дѣйствіемъ времени (практики), а также всѣ принципы, освященные судебной практикой, всѣ рѣшенія, обязанныя дѣятельности практики или повторенію прецедентовъ (42). Хотя судебная практика официально не призвана творить правовыя нормы, но въ дѣйствительности она творитъ постоянно—какъ только затвердѣваютъ ея рѣшенія, они быстро переходятъ въ населеніе черезъ посредство нотаріусовъ и другихъ лицъ, оказывающихъ юридическую помощь: обычное право и есть только право прецедентовъ (case law). Защитѣ этого положенія исторіей права особенно англійскаго, мусульманскаго, еврейскаго, римскаго и германскаго посвящено Ламберомъ значительно болѣе половины всей его громадной книги (173—797 изъ 927). Творя право, судебная практика раздѣляетъ „чувства, страсти, предразсудки, общіе людямъ ея времени. Всѣ вліянія окружающей ихъ умственной, религіозной, экономической и соціальной среды тяготѣютъ на ихъ мысли и ихъ волѣ. Творчество судебной практики неизбѣжно влечетъ за собою два большихъ недостатка: крайнюю неопредѣленность момента, когда образуется судебное право и 2) полученіе имъ съ момента образованія обратной силы. Для того, чтобы предотвратить эти недостатки, по крайней мѣрѣ наивозможно ихъ уменьшить, желательно, чтобы для судей, а также для дѣятелей внѣсудебной юридической практики была ясна ихъ творческая роль, при чемъ на помощь имъ здѣсь должна притти наука юридической политики, не ставящая себѣ такихъ широкихъ задачъ, какія ей предлагаетъ Л. І. Петражицкій, а имѣющая своею цѣлью быть руководительницею законодателя, судей и внѣсудебныхъ юридическихъ дѣятелей, однимъ словомъ всѣхъ активныхъ дѣятелей (les agents) національной юридической политики (894), но руководительницею только для даннаго момента времени. Предлагаемыя ею рѣшенія устарѣ-

ваютъ, едва они успѣваютъ пройти въ жизнь. Главную помощь этой юридической политикѣ даетъ (ибо пока соціологія и экономія даютъ мало 891) сравнительное правовѣдѣніе. „Изъ всѣхъ средствъ... для отысканія юридическихъ рѣшеній наиболѣе удовлетворяющимъ современнымъ требованіямъ справедливости и соціальной пользы, наиболѣе безукоризненнымъ и наиболѣе удобнымъ (utilisable) является сравнительное гражданское право“ (45). Это сравнительное право является продуктомъ, цѣлью сравнительнаго правовѣдѣнія въ смыслѣ искусства сравнительнаго законодательства. Ламберъ различаетъ въ сравнительномъ правовѣдѣніи двѣ рѣзко отличныя дисциплины: сравнительную исторію, описательную науку (915), подготовляющую задачу соціологіи—установленіе законовъ развитія права, и сравнительное законодательство не науку, а искусство, цѣль котораго сравнить правовыя системы нѣсколькихъ родственныхъ по правовому развитію государствъ для того, чтобы извлечь изъ нихъ нѣкоторую общую имъ систему принциповъ (916). Искусство это дастъ для этой группы законодательствъ нѣчто въ родѣ общаго обычнаго права докодификаціонной Франціи или deutsches Privatrecht нѣмецкихъ ученыхъ. Это сравнительное право дастъ чрезвычайно много юридической политикѣ, оно сразу укажетъ пережитки національнаго права, укажетъ направленіе, въ которомъ развивается данная группа правъ (о сравнительномъ правѣ всего человѣчества въ этомъ смыслѣ нельзя и говорить—противъ Салейля 920). Вообще оно прогрессивно и имѣетъ космополитическій оттѣнокъ (905). Конечно, оно одно не можетъ замѣнить всей юридической политики. „Дѣятели національной юридической политики могутъ и должны каждый разъ спросить себя, не слѣдуетъ ли вмѣсто того, чтобы выбрать одно изъ готовыхъ и испытанныхъ (въ другомъ государствѣ) рѣшеній найти новое... Часто даже необходимо, чтобы они нашли и создали новое рѣшеніе“ (896). Только благодаря неизбѣжной иниціативѣ и необходимому дерзанію дѣятелей національныхъ гражданскихъ политикъ и получаетъ сравнительное право свое постоянное обновленіе, дающее ему возможность быть постояннымъ источникомъ искусства юридической политики (897) [3]).

Эволюцію права, какъ основу правильной теоріи толкованія выдвигаетъ и *Альваресъ*, профессоръ въ Сантъ-Яго (Чили) A. Alvarez. Une nouvelle conception des études juridiques et de la codification du droit civil 1904. Матеріалъ должна дать юридическая наука, которая должна поставить своею цѣлью изученіе причинъ и хода развитія права. Кромѣ открытія причинъ, наука эта выяснитъ и идеалъ того или

другого права, идеалъ не абсолютный, а ту ступеньку, на которую оно должно продвинуться въ своей эволюціи. Только знаніе такой науки права освободитъ и примѣненіе права отъ недостатковъ, которые влечетъ за собой традиціонный методъ толкованія, его устарѣлость по сравненію съ жизнью, противорѣчіе его съ справедливостью (équité), чего никогда не бываетъ въ Англіи, гдѣ судья пользуется свободою. При научномъ изслѣдованіи необходимо различать, переходя въ частности къ толкованію французскаго гражданскаго кодекса четыре разряда его постановленій: 1) тѣ постановленія, которыя регулируютъ такого рода соціальныя явленія, которыя не измѣнились за 19-е столѣтіе—эти постановленія (ихъ очень немного) можно толковать по старому методу—по волѣ законодателя съ тѣмъ однако, что законодатель этотъ долженъ разсматриваться какъ настоящій, а не 1804 года; 2) тѣ, которыя соотвѣтствуютъ только отчасти измѣнившимся соціальнымъ явленіямъ, напр. отцовская власть, устройство семьи вообще—здѣсь (а ихъ громадное большинство) критеріемъ должна служить новая тенденція, новое направленіе, въ которомъ развиваются эти явленія, особенную помощь окажутъ здѣсь новые частные законы и сравнительное законодательство, слѣдовательно, напр. въ пользу дѣтей, жены; 3) постановленія, соотвѣтствующія совершенно измѣнившимся соціальнымъ явленіямъ (напр. le contrat de travail) и 4) отсутствіе постановленій въ виду того, что судьѣ приходится имѣть дѣло съ совершенно новыми явленіями, въ двухъ послѣднихъ случаяхъ природа новыхъ явленій и ихъ цѣль должны быть опредѣляющими для толкователя [4]).

Къ своеобразнымъ выводамъ пришелъ бельгійскій адвокатъ *Вандеръ Эйкенъ* (Vander Eycken, Méthode positive de l'interprétation juridique. 1907. 434 pp.), которому принадлежитъ самая обширная послѣ Жени работа, спеціально занимающаяся толкованіемъ закона, тогда какъ почти всѣ остальныя, о которыхъ идетъ далѣе рѣчь, въ большинствѣ случаевъ занимаются закономъ вообще, а толкованіе затрагиваютъ попутно. Онъ отправляется какъ Вурцель отъ позитивной точки зрѣнія, какъ и онъ, отъ трехъ ступеней познанія Конта. Соціальная потребность наступила, законодатель, чтобы ее удовлетворить выражаетъ волю изданіемъ закона. На первой ступени развитія (телеологической) обращается вниманіе только на букву текста, какъ исходящую отъ высшаго существа—свыше, почему буквальный смыслъ закона не можетъ подлежать никакому измѣненію (396). Въ стадіи метафизической все вниманіе обращается на волю законодателя—господствую-

щая теорія толкованія. Только въ научной стадіи въ основу изученія кладется истинная причина закона—соціальная потребность. Сначала обращается вниманіе на выраженіе воли (грамматика), затѣмъ на содержаніе ея (логика) и наконецъ на источникъ воли, тутъ изучается уже реальность. Переходъ въ слѣдующую стадію не обозначаетъ, что предыдущіе способы толкованія исчезаютъ вовсе. Послѣдній дѣлается только рѣшающимъ (404). В. Э. подробно разбираетъ недостатки обычнаго толкованія особенно логическаго (23—51), не давая чего либо существеннаго послѣ Жени, оспаривая только апріорность принциповъ права при такомъ толкованіи, видя въ нихъ лишь индуктивное обобщеніе отдѣльныхъ постановленій законовъ. Причину ошибокъ господствующаго ученія В. Э. видитъ въ абстрактномъ характерѣ закона, хотя абстракція для науки необходима, но она даетъ не реальное. Онъ зоветъ поэтому къ позитивному изученію естественныхъ юридическихъ реальностей. Чтобы ихъ открыть, надо проникнуть интимно въ сущность права—оно „есть организація общественной пользы. Оно дѣлаетъ обязательными дѣйствія, которыя сохраняютъ и обезпечиваютъ общественное благо. Его задача чисто практическая, оно управляетъ дѣйствіями людей. Всякое дѣйствіе опредѣляется его цѣлью. Право такимъ образомъ порожденіе идеи, подлежащей достиженію цѣли, она и опредѣляетъ все его содержаніе“. Цѣль, какъ источникъ средствъ для ея достиженія, дѣлается причиной этихъ средствъ—causa efficiens, которую надо отличать отъ causa finalis. Въ нормѣ права факты, указанные въ гипотезѣ, и есть causa efficiens дѣйствія, указаннаго въ диспозиціи. Всякая законная норма покоится на благѣ общества, сводящемся къ положенію, при которомъ наивозможно большее число индивидовъ могутъ наиболѣе широко развивать свою личность (58). Цѣль общества —наибольшее счастье достигается принудительнымъ улаживаніемъ существующаго равновѣсія интересовъ, право и поддерживаетъ это равновѣсіе (60). Влеченіе человѣка къ наибольшей свободѣ можетъ или наталкиваться на внѣшнее препятствіе или напротивъ такъ развиваться, что нарушаетъ всякое равновѣсіе, „чувство отсутствія равновѣсія“ и составляетъ потребность – явленіе реальное, заключающееся въ страданіи (61). Разсматривая потребность въ ея отношеніи къ вызываемымъ ею явленіямъ, мы получаемъ мотивъ (61). Мотивъ вызываетъ движеніе, направленное на исчезновеніе потребности, на созданіе новаго положенія—это новое положеніе и есть цѣль (63), т. е. она сводится къ послѣдующему равновѣсію. „Есть два разныхъ способа разсматривать будущее, при одномъ

сознаніе его необходимости играетъ только вспомогательную роль, будущее разсматривается, какъ творимое. Тутъ воля заслуживаетъ названіе намѣренія, но можно разсматривать будущее, какъ имѣющее свои собственныя требованія; прежде всего стараются представить ихъ себѣ съ точностью. Образуемые проекты внушаютъ и желаніе согласовать ихъ съ практическими потребностями; такъ какъ потребности могутъ быть воображаемыми, намѣреніе неосуществимымъ, то цѣль, заслуживающая своего имени, должна быть практична. Люди борятся за свои интересы, и равновѣсіе возможно только при наличности системы и іерархіи интересовъ. Все это равновѣсіе и будетъ то, что обычно зовется соціальнымъ благомъ. Такъ какъ интересы борятся, мѣняются, то отсюда, для сохраненія равновѣсія, право должно съ одной стороны неминуемо быть консервативнымъ—противиться измѣненію, съ другой стороны оно должно удовлетворять и движенію интересовъ, что съ своей стороны можетъ быть допущено только при принятіи во вниманіе равенства, т. е. чтобы существующее положеніе переходило въ положеніе равноцѣнное, столь же полезное. Опредѣленіе цѣнности явленій производится въ пропорціи, съ которой они способствуютъ реализаціи равновѣсія т. е. цѣли. Только цѣль вообще способна давать оцѣнку (74). Право и является обязательной оцѣнкой интересовъ съ соціальной точки зрѣнія (76). Цѣль и должна быть главнымъ критеріемъ толкованія. Соціальныя цѣли—это и есть единственно специфичное въ законахъ (85). Изъ гипотезы нормы мы можемъ заключать о наличности потребности, изъ диспозиціи о средствѣ ея удовлетворенія, то и другое вмѣстѣ даетъ возможность построенія практическаго силогизма—В. Э. понимаетъ подъ практическимъ силлогизмомъ то же, что Тардъ подъ силлогизмомъ моральнымъ (81), черезъ который опредѣляется и цѣль закона; если цѣль установлена, то тогда, зная ее, можно въ свою очередь установить точный смыслъ, какъ гипотезы, такъ и диспозиціи любой юридической нормы, вообще всѣхъ юридическихъ понятій (92, 94). Возникаетъ вопросъ, какъ же собственно опредѣлить точно самое цѣль? В. Э. считаетъ, что эта цѣль или можетъ быть прямо дана самимъ закономъ, и тогда мы должны передъ ней преклониться, что однако бываетъ крайне рѣдко, нормально же мы должны встать на путь предположеній, презумпцій, при чемъ въ высшей степени полезной должна оказаться въ этомъ дѣлѣ іерархизація цѣлей, которая могла бы повести, при соглашеніи юристовъ на нее, къ уменьшенію всякаго рода контраверзъ въ толкованіи (109). Сами изучаемые факты должны

дать ключъ къ отысканію этихъ цѣлей, при чемъ познаніе этихъ фактовъ должно быть не вульгарно эмпирическимъ, а научнымъ, а такъ какъ само право есть только производное другихъ источниковъ—экономическихъ потребностей націи, философскихъ, религіозныхъ воззрѣній, политическихъ учрежденій, то все это и должно притти на помощь (112). Съ точки зрѣнія чистой теоріи право удовлетворяетъ только одной юридической цѣли—соціальному благу, поэтому всѣ цѣли могутъ ставиться въ такой послѣдовательности, по мѣрѣ ихъ важности для достиженія этого блага—соціальнаго равновѣсія: прежде всего существованіе: первая потребность общества—существовать, у него это не только понятіе, но инстинктъ; затѣмъ слѣдуютъ 2) свобода, такъ какъ только благодаря ей „индивидъ даетъ максимумъ распространенія своей дѣятельности и обладаетъ всѣмъ счастьемъ, которое приноситъ ему его положеніе“ (114), 3) безопасность (прочность la sécurité) (115), 4) равенство, 5) экономическое довольство (l'abondance) „такъ какъ, разъ обезпечено существованіе, всѣ этическія блага идутъ впереди благъ матеріальныхъ“ (117). Эта іерархія цѣлей даетъ толкователю вѣрный отвѣтъ въ его сомнѣніи, при чемъ однако не надо забывать, что разъ точно установлено, что данный законъ служитъ цѣли низшей, то съ этимъ толкователь долженъ мириться. Индивидуально составленное мнѣніе о предполагаемой цѣли какой либо нормы, точнѣе даже о томъ, во имя какой цѣли долженъ получить такую то нормативную регулировку фактъ, лежащій передъ изслѣдователемъ, должно быть провѣрено черезъ объективное изслѣдованіе, этими объективными данными явятся въ послѣдовательномъ порядкѣ: законъ, подготовительныя къ нему работы, обычай, судебная практика, наука права и традиція. Порядокъ устанавливается въ зависимости отъ того, поскольку въ этихъ источникахъ преобладаетъ коллективная воля надъ индивидуальной и затѣмъ по ея сознательности. В. Э. задается тутъ вопросомъ, какъ же далеко долженъ спускаться по этой скалѣ толкователь. Онъ долженъ остановиться по его мнѣнію тогда, когда онъ убѣждается не только въ вѣроятности открытой имъ цѣли, но и вѣрности этого открытія, причемъ психологически оказывается, что онъ успокаивается тогда, когда въ объективномъ элементѣ ему удается найти подтвержденіе лично составленнаго имъ мнѣнія о соціальной цѣли „такъ поступаетъ и практика, въ авторитетныхъ источникахъ ищутъ до тѣхъ поръ, пока ихъ сочетаніе не даетъ результата согласнаго съ уже составившимся у изучающаго мнѣнія о правѣ; тогда дальнѣйшее изслѣдованіе прекращается“ (123).

Вводя понятіе соціальной цѣли, какъ орудіе толкованія, часто придется притти къ инымъ выводамъ, чѣмъ при толкованіи съ помощью одной логики. Это положеніе В. Э. иллюстрируетъ рядомъ примѣровъ, взятыхъ главнымъ образомъ изъ Лерана и изъ Планіоля, часто сопоставляемыхъ имъ съ выводами судебной практики, руководствующейся соціальной цѣлью, явной или не вполнѣ явной. Онъ иллюстрируетъ ими необходимость отдачи предпочтенія одному толкованію передъ другимъ (197), отмѣну стараго закона, перемѣну толкованія въ судебной практикѣ вслѣдствіе измѣненія соціальной цѣли, творчества судебной практики, создающей нормы въ случаяхъ, не предусмотрѣнныхъ закономъ, наконецъ случаи рѣшеній прямо противъ закона (довольно много примѣровъ 230—236). По этому послѣднему вопросу онъ требуетъ искренности, такъ какъ наука права пишется не для дѣтей и не для слабоумныхъ... несомнѣнно говоритъ онъ, судебная практика „допускаетъ рѣшенія противъ текста законовъ, рѣшенія эти дѣлаются прочными, такъ что не могутъ быть передѣланы, потому, что они необходимы и потому что точка зрѣнія, на которую становится судебная практика, въ нѣкоторыхъ исключительныхъ случаяхъ является вѣрной. Въ нѣкоторыхъ случаахъ полезно поискать, что̀ болѣе опасно: нарушить законъ или же нарушить интересъ, которымъ пожертвовалъ тотъ же законъ“ (228). Это явленіе свойственно и публичному праву, часто именно таково происхожденіе конституціонныхъ законовъ. Трудность заключается въ томъ, когда это хорошо (228). Для В. Э. рѣшаетъ здѣсь общая воля „публичное мнѣніе— источникъ права... давитъ на суды и переходитъ въ ихъ рѣшенія. Въ титулѣ, посвященномъ сравненію логическаго и телеологическаго способовъ, В. Э. опять настаиваетъ на томъ, что цѣль значительно выше принципа, такъ какъ принципъ не болѣе, какъ формально логическое обобщеніе нѣсколькихъ нормъ, тогда какъ цѣль есть реальность и такимъ образомъ точное и твердое основаніе, которое только одно можетъ вполнѣ мотивировать объемъ примѣненія текста (241). Точно также іерархія цѣлей выше іерархіи принциповъ. Для установленія логической іерархіи надо еще сначала установить, какая норма уже или шире другихъ, что точно можетъ рѣшаться только, если будетъ введено понятіе цѣли, тогда какъ іерархія телеологическая постоянна (245). Логическій методъ приложимъ къ наукамъ естественнымъ, гдѣ ученый не можетъ выходить за границу отысканія причинности, тогда какъ въ общественныхъ наукахъ онъ ищетъ и цѣлесообразность. Ошибка для толкованія законовъ примѣненія обычнаго логическаго

метода ведетъ за собой утѣсненіе движенія жизни, такъ какъ она ограничивается установленіемъ причинной связи между гипотезой и диспозиціей, упуская изъ виду, что причиною является не гипотеза, а цѣль, средствомъ достиженія, которой служитъ диспозиція. Такимъ образомъ исчезаетъ забота о постоянномъ достиженіи равновѣсія (251). Въ третьей главѣ третьяго титула В. Э. возвращается опять къ этому вопросу, ставя его какъ вопросъ объ относительной цѣнности авторитета и свободы „безграничная свобода (324) не обезпечиваетъ прочности права (sûreté), а она основное требованіе въ соціальной жизни“ (324). Поэтому авторитетъ необходимъ, но онъ въ свою очередь влечетъ затвердѣлость, не дающую возможность поддерживать равновѣсіе. Поэтому желательно гармоническое сочетаніе ихъ обоихъ, при чемъ нельзя указать точную мѣру, въ какой ихъ надо сочетать, „но это не наша вина: такого правила нельзя формулировать; умъ (l'intelligence), тактъ, личныя качества толкователя, связь съ дѣйствительной жизнью, составляющая мудрость человѣка (cet unisson avec la réalité qui fait la sagesse d'un homme), таковъ въ концѣ концовъ принципъ соединенія обоихъ элементовъ. Не забудемъ однако никогда, что авторитетъ только граница, что поэтому его надо содержать въ строгихъ рамкахъ и сколько возможно покровительствовать свободному нахожденію, первому источнику права“ (326). Отсюда дальше В. Э. дѣлаетъ выводъ, что обыкновенное противоположеніе законности и справедливости (équité) не точно. Когда дѣло идетъ о толкованіи законовъ, обыкновенно говорятъ, что, если имѣются два возможныхъ пониманія текста закона, то нужно выбратъ тотъ, который болѣе соотвѣтствуетъ справедливости. Между тѣмъ справедливость есть не что иное, какъ свободное отысканіе равновѣсія и съ него надо начинать, провѣряя потомъ авторитетомъ закона и т. д. [5]).

Въ духѣ новой школы, являясь принципіально ея противникомъ, высказался *Матеръ* въ своей статьѣ (A. Mater Le socialisme juridique), помѣщенной въ La revue socialiste 1904 40, 1. Для него соціалиста-марксиста право является только орудіемъ угнетенія, правда, орудіемъ цивилизованнымъ и онъ не можетъ согласиться съ практикой въ духѣ предсѣдателя Маньо не только по тому, что она давала бы судьямъ произвольную власть и заставила бы вспомнить о старой поговоркѣ, „спаси насъ Господи отъ справедливости парламентовъ“ но и прежде всего потому, что такіе судьи, какъ Маньо, заставляли бы думать, что всякій законъ можетъ быть судьею исправленъ или же, что и вообще не можетъ существовать

такого законнаго режима, который бы не требовалъ произвола судей, что вело бы за собою примиреніе и съ современнымъ режимомъ. Тѣмъ не менѣе онъ высказываетъ пожеланіе, чтобы соціалисты не пренебрегали разработкой права, при чемъ, конечно, эта разработка (кромѣ работы законодательной) должна вестись и въ видѣ толкованія нормъ закона въ духѣ достиженія соціалистическихъ идеаловъ и проводиться въ жизнь и благодаря этому примирять съ соціалистическими идеалами противниковъ—для всѣхъ юристовъ является характернымъ то, что они всегда кончаютъ признаніемъ правымъ (par donner raison) самаго сильнаго. Это явствуетъ и изъ работъ новѣйшей школы, какъ Салейля, Жени, Ламбера, открыто признающихъ, что основаніемъ закона его обязательной силы является только фактъ его дѣйствія (19, 21) [6]).

Имѣетъ французская литература и работу, соотвѣтствующую книгѣ Вурцеля литературы нѣмецкой. Это чрезвычайно интересно написанная книга бельгійскаго адвоката *Мальэ*. Толкованіе уложеній и природа юридическаго мышленія F. Mallieux, L'exégèse des codes et la nature du raisonnement juridique 1908, которая, кстати сказать, написана безъ знакомства съ литературой нѣмецкой, такъ что его выводы независимы отъ Вурцеля, хотя иногда вполнѣ совпадаютъ, такъ какъ я уже неоднократно пользовался выводами Мальэ въ 4 главѣ, то я ограничиваюсь здѣсь только схематическимъ обзоромъ его мыслей, исключая при томъ 4 главу его книги, посвященную (опять любопытное совпаденіе съ Вурцелемъ) анализу фактовъ, какъ выходящему изъ узкихъ предѣловъ нашей темы. Цѣль Мальэ изучить методъ работы юристовъ, какъ они въ дѣйствительности работаютъ (4) и при томъ только по отношенію къ кодексу Наполеона, такъ какъ Мальэ предполагаетъ возможность разныхъ пріемовъ работы надъ разными уложеніями. Глава 1 посвящается имъ характеристикѣ старой и новой французскихъ школъ толкованія Лорана и Жени. Основной задачей изложенія для М. является показать, что школы эти разнятся не столько качественно, сколько количественно; послѣдняя носитъ традицію современности въ большемъ размѣрѣ, чѣмъ первая. Вторую главу М. посвящаетъ разбору отдѣльныхъ пріемовъ толкованія граматическому, логическому, при чемъ отдѣльно разсматриваетъ нѣкоторые наиболѣе горячіе юридическіе доводы въ родѣ аналогіи, довода отъ противнаго, a fortiori и т. д. И приходитъ къ выводу, что юридическая наука, хотя и описываетъ всѣ эти свои пріемы, но не даетъ намъ условій ихъ примѣненія и не отвѣчаетъ на вопросъ о томъ, насколько пользованіе ими

дает достовѣрные результаты (85). Третья и пятая главы являются наиболѣе важными. Въ 3 главѣ, озаглавленной „роль опыта“ въ мышленіи юристовъ, М. доказываетъ, что одной чистой логикой юристъ обойтись не можетъ. Опытъ врывается двумя путями. Читая текстъ, толкователь возстановляетъ мысль. конкретныя предположенія законодателя, понятно, что ему рисуется картина обычнаго для него вида, которая можетъ не совпадать съ представленіями законодателя. Съ другой стороны на пониманіе текста вліяетъ личность самого судьи, его темпераментъ, „выражаясь болѣе мягко, сердце, духъ, воображеніе, опытъ, идеалы юриста“ (117). Точно также пользуется юристъ матеріаломъ, стоящимъ внѣ текста закона, когда онъ сближаетъ по смыслу отдѣльныя статьи закона, разсѣянныя въ разныхъ мѣстахъ или же прибѣгаетъ къ помощи ссылокъ на систему кодекса, на нумерацію статей раздѣловъ и т. д. Во всѣхъ этихъ операціяхъ толкователю нужно добыть критерій этого сближенія не изъ самаго закона, въ противномъ случаѣ мы попадаемъ на petitio principii (125) и здѣсь мы разсуждаемъ по соображеніямъ моральнымъ, соціальнофилософскимъ, вліяющимъ на насъ не изъ кодекса (128). Если иногда всѣ толкователи сходятся, то только потому, что „въ нашихъ юридическихъ традиціяхъ оказываются такія вѣковыя правила, противъ которыхъ никто не возстаетъ, торжествуетъ не текстъ, а идея, которую заставляютъ вложить въ него наше время и наша среда“ (129). И старая школа въ сущности признаетъ вліяніе обстоятельствъ, далекихъ отъ текста закона, какъ то здраваго смысла, исторической традиціи, подготовительныхъ работъ (Бодри Лакантинери) (136). Наконецъ при восполненіи пробѣловъ, при рѣшеніи антиномій, толкователю приходится рѣшать вопросы объ іерархіи принциповъ и о томъ, какое правило является общимъ, какое исключеніемъ, и здѣсь толкователь прибѣгаетъ къ юридической наукѣ, отдѣльной отъ кодекса, къ правовой традиціи, къ взвѣшиванію интересовъ (142). Всякая юридическая „традиція эволюціонируетъ, видоизмѣняется, кругъ осуществимой справедливости, а слѣдовательно и юридической справедливости, расширяется и ограничивается, поэтому эволюціонируетъ и толкованіе права. Пятая глава озаглавлена: нормы и свобода судей; и въ ней Мальэ стремится остаться на почвѣ изученія дѣйствительности, съ этой точки зрѣнія онъ критикуетъ предлагаемыя нѣкоторыми французскими писателями методы свободнаго толкованія, въ томъ числѣ и Вандеръ Эйкена, большею частью не называя ихъ по именамъ. Главныя возраженія его сводятся къ тому, что въ дѣйствительно-

сти судья дѣйствуетъ далеко не такъ сознательно, какъ предлагаютъ эти писатели. Хотя мы должны предполагать наличность у судьи соціальнаго идеала, знаніе правилъ морали, но въ дѣйствительности мы замѣчаемъ, что то и другое не выступаетъ вполнѣ сознательно, дѣло сводится болѣе къ эмоціямъ и притомъ еще опытъ показываетъ, что судья вводитъ новое медленно, уже послѣ того, какъ за это выскажется общее мнѣніе (quand l'esprit public a déjà prononcé). Вообще все это будетъ для судьи „дѣломъ такта, психологическаго и нравственнаго чувства. Онъ будетъ чувствовать прогрессъ и слѣдовать его теченію. Всѣ эти понятія текучи, гибки, неопредѣлимы и становится злоупотребленіемъ, когда путемъ анализа пытаются имъ дать кажущуюся опредѣленность“ (236). Немного противорѣчиво съ этимъ общимъ духомъ книги звучитъ излагаемое имъ на страницѣ 220 „остережемся преувеличивать долю произвола, которая *дѣйствительно* принадлежитъ судьѣ, она очень слаба... „Правила, которыя ограничиваютъ произволъ судьи, можно свести къ тремъ предложеніямъ. Обязательными юридическими принципами будутъ только принципы уложенія, все равно явно ли въ немъ выраженные или подразумѣваемые, дѣло юриста опредѣлить ихъ значеніе, рядомъ съ ними стоятъ традиція и юридическая наука, обѣ чуждыя законамъ. Онѣ результатъ долгаго опыта дѣлового и многовѣкового изученія права. Существуетъ наконецъ традиція нравовъ. Юридическое мышленіе должно уважать этотъ тройной авторитетъ. Только считаясь съ этими тремя правилами, судья можетъ отходить отъ предварительныхъ работъ и созидать прогрессивную судебную практику“ [7]) (221).

Книга адвоката *Крюе* Жизнь права и безсиліе законовъ (Cruet, La vie du droit et l'impuissance des lois P. 1908), касается вопроса о толкованіи законовъ не какъ спеціальной своей задачи, а только для выясненія соотношенія между правомъ суда и правомъ законодателя. Необходимо тутъ же замѣтить, что она мало самостоятельна и производитъ впечатлѣніе скорѣе популярной книги, чѣмъ строгаго научнаго изслѣдованія. Весь запасъ фактовъ она беретъ почти исключительно изъ книгъ Жени и особенно Ламбера [8]). Отмѣчу наиболѣе любопытныя замѣчанія Крюе. Законъ не всемогущъ и не заключаетъ въ себѣ всего права (10). Право вообще приходится разсматривать какъ вопросъ факта, поэтому единственнымъ средствомъ познать законъ и понять законность является изученіе законовъ, какъ историческихъ и соціальныхъ явленій (10). Вся 1 глава 1 книги отводится имъ показанію на примѣрѣ римскаго, мусульманскаго и англійскаго

права творческой дѣятельности судьи, несмотря на профессіональную добродѣтель судьи безусловно подчиняться закону; во второй главѣ то же дѣлается по отношенію къ французской практикѣ и все въ обѣихъ главахъ на намъ уже извѣстныхъ изъ литературы примѣрахъ. 2-ая книга посвящена отношенію права нравовъ къ праву государства, гдѣ указываются болѣе примѣры, чѣмъ выводы по вопросу объ измѣненіи законныхъ нормъ практикой конституціонныхъ учрежденій (86) и особенно администраціи (107). Далѣе указываются измѣненія закона на практикѣ подъ вліяніемъ развитія семейныхъ отношеній, экономической эволюціи, вліянія корпоративныхъ правъ, какъ то до сихъ поръ живущаго права церкви (148) и возникающихъ воззрѣній на право рабочихъ союзовъ (151) какъ суверенныхъ, на измѣненіе законовъ подъ вліяніемъ договоровъ (157), внѣсудебной практики (171). Изъ второй части „законодательный догматизмъ и экспериментальное законодательство“ заслуживаетъ быть отмѣченнымъ утвержденіе автора, что прежнія основанія повиновенія законамъ—религіозная санкція—представленіе о монархѣ, какъ о высшемъ существѣ отошли въ исторію (215), смѣнившія ихъ ученія о суверенитетѣ націи, проявляющемся въ законахъ, утрачиваетъ свою абсолютность со все большимъ развитіемъ демократическаго режима, гдѣ каждый творитъ законъ и можетъ принимать участіе въ демонстраціяхъ противъ него (216). Все это пробуждаетъ критическій духъ къ закону. Обязательная сила закона мѣняется въ зависимости отъ умственнаго строенія данной націи, мѣняется и сообразно предмету самого закона, напримѣръ когда законъ затрагиваетъ область религіозную, нравственную или интеллектуальную. Въ концѣ авторъ приходитъ къ выводу, что законодательствовать для будущаго только иллюзія, что законы необходимо запаздываютъ сравнительно съ фактами, „всякій законъ обозначаетъ остановку права (247). Законодательствовать все равно, что прясти безъ конца полотно Пенелопы; прежде чѣмъ организовывать право будущаго, законодатель стоитъ передъ подавляющей задачей поддерживать вчерашнее право на уровнѣ общества настоящаго. Далѣе К. указываетъ, заимствуя больше у Планіоля, нѣсколько случаевъ естественной смерти закона вслѣдствіе его непримѣненія.

Собственно для нашей темы даетъ мало легко и интересно написанная книга M. Leroy, La loi. Essai sur la théorie de l'autorité dans la démocratie. P. 1908, произведеніе одного изъ видныхъ французскихъ журналистовъ. Цѣль *Леруа* только показать какъ за сто послѣднихъ лѣтъ измѣнилось на-

учное пониманіе закона. Всякаго рода политикоправовыя предложенія онъ отъ себя отклоняетъ, хотя нерѣдко личныя симпатіи автора чувствуются читателемъ. Основная мысль книги такова: установившееся уже пониманіе явленія переносится на новое, его замѣняющее, съ одной стороны, а съ другой стороны разъ установившееся пониманіе упорно поддерживается теоретиками несмотря на то, что само явленіе въ дѣйствительной жизни совершенно видоизмѣнилось. На понятіе закона перенесено было сложившееся при старомъ режимѣ понятіе о всемогуществѣ королевской власти. Идеологи временъ революціи видѣли въ законѣ проявленіе неизмѣннаго человѣческаго разума. Отъ закона требовалось, чтобы онъ былъ верховенъ, общъ, единообразенъ и вѣченъ—постояненъ Реальными причинами этихъ требованій были нужды буржуазіи (102). Дѣйствительность лишила законъ постепенно всѣхъ этихъ его качествъ. Исчезла и ревность законодательныхъ учрежденій ко всѣмъ остальнымъ, выражавшаяся даже въ воспрещеніи толковать законы, реальной причиной ея было недовѣріе къ личному составу администраціи и особенно судовъ. Главы, гдѣ Леруа доказываетъ на длинномъ рядѣ примѣровъ широкія законодательныя полномочія администраціи и нерѣдко фактическую отмѣну ею законовъ особенно любопытны. Точно также и суды рано начали фактически пользоваться какъ бы второго сорта законодательною властью. Далеко не всякій законъ проходитъ въ жизнь, при его исполненіи ведется такъ же борьба, какъ при прохожденіи его въ законодательныхъ учрежденіяхъ. Изъ приказанія онъ превращается чуть ли только не въ совѣтъ, въ предположеніе. Надъ закономъ развивается контроль гражданъ въ разныхъ ихъ соединеніяхъ и мы видимъ, что „резолюціи палатъ, контроль политическихъ лигъ, дѣятельность синдикатовъ, указы исполнительной власти, настоянія прессы примѣшиваютъ свой голосъ къ голосу законовъ и часто его покрываютъ“. Собственно занимающему насъ вопросу Леруа отводитъ не особенно много мѣста главу 6 (173—184) и часть 8 (217, 238—257). Глава 6 посвящается доказыванію того, что суды законодательствуютъ сами, при чемъ это законодательство „судебный обычай образуется на поляхъ закона несмотря на него и противъ него“, вырабатываясь болѣе или менѣе искусственно, оно не обладаетъ логическимъ величествомъ уложеній. Справедливость соприкасается тутъ съ низкой шиканой“. Что все это объясняется реальными причинами—понятно, реальные факты вызвали въ жизни и новую школу толкованія законовъ въ лицѣ Жени, Салейля и другихъ. Характернымъ для этой

школы является не требованіе ею свободы для судьи, а совершенно иное—упорное переживаніе въ ней того воззрѣнія на законъ, которое создано было еще писателями временъ революціи.

Къ числу сторонниковъ новыхъ теченій относятъ обыкновенно профессора въ Монпелье *Шармона* Charmont. Онъ дѣйствительно много разъ высказывался по этому поводу въ лекціяхъ и статьяхъ, помѣщавшихся, то въ философскихъ журналахъ, то въ политическихъ. Все это заставляетъ предполагать, что его работы по этому вопросу имѣютъ характеръ болѣе популярный, чѣмъ самостоятельныхъ изслѣдованій. Это предположеніе цѣликомъ оправдывается, когда перечитываешь подрядъ его статьи и лекціи, собранныя имъ теперь вмѣстѣ въ двухъ сборникахъ: право и демократическій духъ (Le droit et l'esprit démocratique 1910) и возрожденіе естественнаго права (La renaissance du droit naturel 1908). Излагать поэтому подробно его воззрѣнія не представляется необходимымъ и я ограничиваюсь лишь указаніемъ статей изъ этихъ сборниковъ спеціально относящихся къ нашему вопросу. Ими будутъ въ первомъ l'esprit juriste во второмъ libre recherche scientifique. Что же касается существа его воззрѣній, то стоитъ отмѣтить только, что въ новѣйшей школѣ толкованія онъ видитъ одну изъ формъ возрожденія естественнаго права, конечно, современнаго естественнаго права, съ измѣняющимся содержаніемъ, а что съ другой стороны онъ признаетъ, что въ дѣйствительности судебная практика вводитъ всякія измѣненія медленно, что общее направленіе судебнаго личнаго состава вполнѣ предано закону и поскольку въ законѣ остаются привилегіи, предразсудки, классовый духъ, по большей части ихъ раздѣляютъ и судьи. Что наконецъ составными частями юридическаго духа онъ считаетъ чувство права, юридическую логику и привязанность къ традиціи, идеалъ юриста для него умѣлый компромиссъ между вѣрностью закону, обезпечивающей твердость оборота, и осторожными нововведеніями, ставящими право въ уровень съ непрекращающейся эволюціей развитія общества [9]).

Новѣйшую французскую работу съ соблазнительнымъ заглавіемъ Ransson Essai sur l'art de juger 1911, принадлежащую перу *Рансона* члена парижскаго суда, какъ не представляющую ничего оригинальнаго, можно было бы обойти молчаніемъ, какъ въ этомъ краткомъ очеркѣ опущено мною уже многое, но она пріобрѣла интересъ момента потому что введеніе къ ней написано Ремондомъ Пуанкаре, теперь президентомъ республики. Воззрѣнія Рансона сводятся къ тому,

что онъ примыкаетъ вполнѣ къ извѣстной рѣчи Бало Бопре, предостерегаетъ въ то же время противъ внесенія личныхъ воззрѣній подъ предлогомъ внесенія справедливости такъ какъ „опытъ показываетъ, какъ часто за истинную справедливость идетъ только призракъ чисто воображаемой справедливости". Поэтому при сомнѣніи нужно выбирать законъ, а не справедливость, но при темнотѣ или молчаніи закона необходимо вдохновляться потребностями настоящаго момента и судить по справедливости и разуму (97—104). Все это не мѣшаетъ автору въ другомъ мѣстѣ книги написать злую пародію на рѣшенія „добраго судьи" (79) [10]). Самъ Poincaré рѣзче подчеркиваетъ мысль о невозможности для судьи измѣнять законъ, судья долженъ укрѣпить себя „противъ часто представляющагося искушенія подставить свои личныя воззрѣнія на мѣсто воли закона" (10).

Не смотря на то, что, какъ мы видимъ, французская литература даетъ гораздо больше отдѣльныхъ примѣровъ творчества судебной практики, но и она не даетъ намъ ни одной работы, которая поставила бы себѣ цѣлью исчерпывающе изучить, если не всю судебную практику—задача недоступная силамъ одного человѣка, но хотя бы въ какой нибудь области и за сравнительно большой промежутокъ времени. Работой, которая на первый взглядъ ставитъ себѣ именно эту цѣль, является книга *Морне* О роли и правахъ судебной практики по гражданскимъ дѣламъ съ 1804 по 1904 годъ. M. Mornet. Du rôle et des droits de la jurisprudence en matière civile 1806—1904. 1904. Читатель однако не получаетъ отъ Морне того, чего онъ ждетъ, подробнаго изученія судебной практики, а главное методовъ, которыми она создаетъ новое. Работа носитъ оттѣнокъ ученическій и только одна вторая глава (45—89) даетъ изложеніе практики, большая часть книги (88—166) занята главой объ усмотрѣніи судьи, изложенной съ политико-правовой точки зрѣнія, смѣшиваемой авторомъ съ догматической. Глава же, дающая обзоръ исторіи судебной практики за сто лѣтъ, теряетъ научное значеніе и не только потому, что авторъ просто указываетъ рядъ новшествъ, внесенныхъ судебней практикой. Объясненія его сводятся къ указанію перемѣнъ въ экономической и вообще въ соціальной жизни. Логической же стороны созданія этого новаго авторъ совершенно не затрагиваетъ. И этого мало, какъ онъ самъ признаетъ (91), онъ даетъ не всѣ, а только удачныя, по его, конечно, мнѣнію, нововведенія судебной практики панегирикъ ей, а вовсе не изучаетъ всего матеріала цѣликомъ. Такимъ образомъ книга эта даетъ для будущаго изслѣдователя

не болѣе какъ сборникъ примѣровъ творчества судебной практики, субъективно выбранныхъ. Соціальныя причины, вызывавшія появленіе этого творчества, также изслѣдуются слабо, значительно уступая книгѣ Альвареса и даже Леруа. Что касается политико-правовыхъ предложеній автора, то и на нихъ не стоитъ останавливаться, такъ какъ и здѣсь авторъ не обнаруживаетъ какой либо оригинальности, примыкая главнымъ образомъ къ Жени (137). Несмотря на то, что собственно общее его направленіе идетъ дальше Жени, его совсѣмъ не озабочиваетъ вопросъ о объективныхъ маштабахъ и объективныхъ источникахъ восполненія пробѣловъ. Если при восполненіи пробѣловъ онъ отсылаетъ читателя къ Жени, то въ дѣлѣ пониманія нормы онъ сознательно идетъ противъ Жени, примыкая къ Персеру „судья... имѣетъ власть и право его (законъ) сжимать (de l'assouplir), складывать (de la plier) его соотвѣтственно потребностямъ жизни и, не дожидаясь, пока законодатель видоизмѣнитъ свое твореніе, самому его измѣнить“ (154). И опять обычная ссылка на то, что это не страшно при современной „научно организованной и іерархизованной магистратурѣ“ (163) [10]) *).

Къ приложенію 1. 1) Отъ изложенной въ текстѣ книги Фр. Жени теперь профессора въ Нанси, ведетъ начало современное французское движеніе. Первенство Жени никѣмъ не оспаривается во Франціи («l'oeuvre maîtresse de la littérature contemporaine du droit civil français» Lambert 70 «un ouvrage sensationnel et demeuré celèbre» Perreau Rev. gén. 36 99) и о Жени всѣ послѣдующіе, даже противники новѣйшихъ, говорятъ не иначе какъ съ громаднымъ уваженіемъ. Авторитетъ Жени единодушно признается теперь и въ нѣмецкой литературѣ, хотя фактически книга читается мало, можетъ быть и отъ того, что ея успѣхъ во Франціи былъ такъ великъ, что въ короткое время обширное свыше 600 стр. изслѣдованіе стало библіографическою рѣдкостью, которою не обладаютъ даже крупныя германскія библіотеки (ср. Rumpf, Gesetz und Richter 28). Притязаніе Эрлиха (ср. Къ 3) на первенство неосновательно. Если брать вообще исторію науки, то какъ указывалось уже нами (ср. общее примѣчаніе ко 2 главѣ, эпиграфы къ 3 и 4), основныя положенія Эрлиха высказывались ранѣе, напр. Муромцевымъ и еще ранѣе англійской наукою, даже не беря исторіи вопроса въ такой широкой постановкѣ, какъ это сдѣлали І. А. Покровскій (ср. выше стр. 137), и Rich. Schmidt (ср. выше стр. 148). Неосновательно притязаніе Эрлиха и въ томъ случаѣ, если вести первенство отъ работы, которая создала въ данное время школу. Статьи Эрлиха, какъ онъ самъ признаетъ, не были замѣчены, книга же Жени оказала глубокое вліяніе. Не даромъ безпристрастный Евг. Губеръ, знакомый какъ швейцарскій профессоръ одинаково хорошо и съ французской и съ нѣмецкой литературой (см. выше эпиграфъ стр. I) связываетъ новое движеніе съ именемъ Жени. Успѣхъ книги былъ

великъ; какъ замѣчаетъ Thaller, совсѣмъ какъ Бюловъ объ Эрлихѣ (ср. выше 27) она оказала на молодыхъ, можетъ быть, слишкомъ большее вліяніе. Была она встрѣчена сочувственно и въ органѣ стараго направленія (une oeuvre de premier ordre) при чемъ рецензентъ Petit даже ставилъ ей въ заслугу, что она возвращаетъ насъ къ «дѣйствительности» (Revue générale du droit, dé la législation et de la jurisprudence 24 562). Изъ ряда рецензій особенно замѣчательною является разборъ проф. Мэньяля (Meynial въ Nouvelle Revue hist. de droit français et étranger 25 375). Успѣхъ былъ такъ великъ, что новое направленіе скоро пріобрѣло свой журналъ, теперь лучшій изъ французскихъ цивилистическихъ Revue trimestrielle de droit civil, гдѣ въ духѣ новѣйшихъ написана редакціонная статья 1 номера проф. Эсменомъ (Esmein). Другой показатель быстраго успѣха—сборникъ въ честь столѣтія кодекса Наполеона, гдѣ принялъ участіе цвѣтъ французской молодой цивилистики и гдѣ вліяніе Жени и Салейля сказывается весьма сильно Livre du centenaire 2 тома 1904. Наконецъ надо указать особо сочувствіе высказанное новѣйшимъ предсѣдателемъ кассаціоннаго суда Бало Бопре (рѣчь Fête du centenaire) Жени, Салейль, какъ и большинство французскихъ новѣйшихъ довольно умѣрены. Вообще для французскаго направленія особенно характерны слова Салейля изъ его привѣтственной рѣчи въ Collège libre des sciences sociales. «Мы не хотимъ судейскаго произвола. Не хотимъ его ни за к кую цѣну. И все таки мы хотимъ, чтобы, разъ на лицо нѣтъ вполнѣ яснаго приказа закона, судья шелъ въ ногу со своимъ временемъ, чтобы онъ могъ принимать въ расчетъ складывающіеся обычаи, эволюцію идей, новыя нужды, требующія судебнаго рѣшенія. Мучительное и страшное на первый взглядъ противорѣчіе» (Les méthodes juridiques XXII). Крайнихъ во французской литературѣ гораздо менѣе, да они и не блещутъ именами (Mornet, отчасти Dereux De l'interprétation des actes juridiques privés thése Paris 1905 422, 456), кромѣ развѣ Percerou. Этою умѣренностью объясняется и отсутствіе столь рѣзкой полемики, какую мы наблюдаемъ въ Германіи. Франція сразу взяла тотъ тонъ, который теперь сталъ примирительнымъ въ Германіи (см. выше 25). По существу же критика высказываетъ тѣ же мысли, что и германская, обыкновенно еще до германской, всего больше вызываетъ опасеній произволъ судьи «ни свободное приспособленіе, ни свободное твореніе не могутъ при несправедливыхъ законахъ создать справедливаго права: они не могутъ измѣнить основныхъ нормъ положительнаго права относительно семейныхъ отношеній, личныхъ и имущественныхъ, порядка наслѣдованія, поземельно ипотечной системы, процесса, однимъ словомъ всего, что такъ глубоко связано съ осуществленіемъ и съ защитой частныхъ правъ, только одна обширная законодательная реформа можетъ дать побѣду идеалу справедливости», говоритъ проф. Tissier въ его критикѣ Жени, помѣщенной въ Revue bourguignonne мнѣ, къ сожалѣнію извѣстной только по выдержкамъ у Chausse и Charmont Les interprètes du code Civil въ Livre du Centenaire 1 135, цитирующимъ ее по отдѣльному оттиску. Указывается на значеніе логики (Мэньяль, его три интересныя лекціи Du rôle de la logique dans la formation scientifique du droit Revue de Methaphysique 16 164), на преувеличенность критики современнаго состоянія науки (особенно проф. César Bru въ его статьѣ La méthode d'interprétation du droit civ. la coutume et le droit comparé, въ Revue gén. du droit 28 331),

которая въ сущности пользуется уже многимъ изъ того, что предлагаютъ новѣйшіе, въ чемъ ей нисколько не препятствуютъ ея теперешніе методы. Рѣзкихъ защитниковъ господствующаго метода меньше, чѣмъ въ Германіи, особенно заслуживаетъ быть отмѣченной книга Schatz, L'individualisme économique et social. 1907. Какъ и въ Германіи особымъ признаніемъ пользуется критическая часть работъ новѣйшихъ (ср. тотъ же César Bru тамъ же 342 о Жени), какъ и въ Германіи сталъ безспорнымъ фактъ судебнаго творчества, какъ и въ Германіи предложенія отдѣльныхъ новѣйшихъ далеко не сходятся другъ съ другомъ, хотя у каждаго имѣются и правомѣрные послѣдователи напр. у Жени бельгійскій проф. Vander Bossche въ его рѣчи La notion et l'interprétation du droit civil positif dans les théories modernes. 1907. Кромѣ изложенной, Жени далъ еще нѣсколько работъ, посвященныхъ толкованію; ихъ я не излагаю, такъ какъ это или популяризація основныхъ его идей, уже обоснованныхъ въ коренной работѣ, напр. La notion de droit positif à la veille du XX-ème siècle 1900, Les procedés d'élaboration du droit civil. 1911 (въ сборникѣ Les méthodes о немъ выше стр. 173) или примѣненіе ихъ къ отдѣльнымъ случаямъ. Въ 1911 г. Жени выпустилъ новое обширное изслѣдованіе о письмахъ, главнымъ образомъ, почтовыхъ Des droits sur les lettres missives. 42+400+452 (на стр. V имѣется библіографія всѣхъ работъ по нашему вопросу самого Женн). Сочиненіе это должно бы по мысли автора дать наглядный примѣръ приложенія его метода свободнаго научнаго отысканія права. Къ сожалѣнію, задача не вполнѣ удалась—на меня по крайней мѣрѣ работа произвела впечатленіе скорѣе внутренняго сходства съ сочиненіемъ Гека о правѣ аваріи (ср. выше стр. 69), т. е. какъ бы примѣръ метода взвѣшиванія интересовъ, Чтобы не быть вполнѣ голословнымъ сошлюсь на собственные выводы автора 2 417—421. Конечно, это не подрывало бы самого метода Жени, какъ и всякое вообще неудачное пользованіе методомъ. За то надо отмѣтить, что подъ вліяніемъ Талера, какъ указываетъ самъ Жени (1 VII) онъ сталъ придавать большее значеніе юридической конструкціи института. Сама конструкція Жени права собственности на письма уже вызвала справедливую критику знатока исключительныхъ правъ проф. Perreau (Revue générale 37 112). Книги Жени поражаютъ блестящимъ знаніемъ не только французской литературы и практики, но и нѣмецкой литературы, особенно первая изъ нихъ.

2) Изложеніе мое—сопоставленіе мыслей, богато разсѣянныхъ Салейлемъ въ рядѣ его разнообразныхъ работъ, должно быть теперь дополнено 24 главой его изслѣдованія о юридическихъ лицахъ De la personnalité juridique. 1910, послѣдняго изъ обширныхъ произведеній знаменитаго французскаго цивилиста, столь обаятельнаго его собственнымъ увлеченіемъ и въ устной и въ письменной рѣчи и скончавшагося такъ безвременно въ полнамъ разцвѣтѣ таланта (его некрологъ въ Revue trim 11 293 Tissier и А. Вормсъ въ Русск. Вѣдом. 1912. Его значеніе для французской цивилистики отлично передаютъ слова посвященія его памяти Шармономъ книги Les transformations. 1. «главный вдохновитель современнаго юридическаго движенія».

3) Довольно большая статья Ламбера въ Revue générale du droit 28 152, 241, 451 Le droit civil et la législation ouvrière: la fonction dynamique de la jurisprudence et l'interprétation sociologique du droit не даетъ ничего

новаго, стоитъ только отмѣтить, что въ ней еще въ 1904 г. Ламберъ усваиваетъ для своего метода толкованія названіе «соціологическій», также ничего не дастъ для нашего вопроса и второй томъ изложеннаго нами его изслѣдованія. Критику Ламбера даетъ у насъ І. А. Покровскій Гр. суд. и законъ.

4) Книга Альвареса прошла мало замѣченной и не оказала большого вліянія, хотя къ ней написалъ горячее предисловіе извѣстный историкъ Флакъ Flach сторонникъ обычая, вполнѣ присоединившійся къ взглядамъ Альвареса на толкованіе IV, и хотя постоянные литературные обозрѣватели Revue trim. Lerebours Pigeonnière et R. Demogue писали, что «она заслуживаетъ внимательнаго прочтенія» (Revue trim. 3 805—808).

5) Только библіографическій характеръ носятъ замѣтки о Вандеръ Эйкенѣ въ Revue générale 31 Thunot), и въ Rev. trim. 6 775, обширная рецензія Румпфа нами уже указана (выше стр. 47). Изъ бельгійскихъ представителей новѣйшихъ отмѣтимъ еще Bourguin (Arch. sociol. bulletin № 131 p. 370) и Marx (тамъ же № 214 p. 368—371 Le fait et la formule du droit за приспособленіе практикою закона).

6) Кромѣ Матера за толкованіе въ духѣ соціалистическихъ идеаловъ Emm. Lévy l'affirmation du droit collectif 1903. Leroy (Loi 257) правъ, указывая на наличность родства ихъ съ новѣйшей школой, хотя они отъ нея, отрицаются (ср. выше и Pannunzio Critique du «socialisme juridique» въ Le mouvement socialiste 1906, 307, 442).

7) Книга Мальэ не получила должнаго признанія ни въ Германіи, гдѣ она осталась неизвѣстной, ни во Франціи, гдѣ обычные обозрѣватели Revue trim. 7 524 (только отмѣтили ее и нашли парадоксальной мысль (idée paradoxale et subtile) только о количественной, а не качественной разницѣ между методами школъ Лорана и Жени.

7) Уже поэтому я не могу согласиться съ чрезвычайно высокой оцѣнкой этой работы во французской литературѣ, гдѣ она была осыпана похвалами, какъ полная «тонкости, проникновенности, истиннаго могущества въ анализѣ» (Revue générale 33 76 рецензія Тюно) «сильныхъ собственныхъ мыслей», «счастливыхъ формулировокъ на каждой страницѣ» (изъ рецензіи Teissier въ Annales des sciences politiques 24 429). Преувеличенность отзывовъ легко объясняется тѣмъ, что они писались подъ свѣжимъ впечатлѣніемъ безвременной смерти совсѣмъ молодого автора.

9) Примѣнительно къ системѣ, принятой при изложеніи германской литературы, Шармонъ могъ бы быть, пожалуй, съ большимъ правомъ отнесенъ въ число критиковъ, въ родѣ Дюрингера или Цахаріаса. Въ одномъ однако мѣстѣ (Livre du centenaire 1 235 въ статьѣ Les interprètes du code civil) онъ высказывается особенно рѣзко (можетъ быть вліяніе его соавтора Шосса) противъ всей новой школы, цѣликомъ присоединяясь къ критикѣ Тиссье. Новѣйшая его книга Les transformations du droit civil 1912 не касается нашей темы ex professo и слѣдитъ болѣе за перемѣнами въ законодательствѣ, чѣмъ на практикѣ.

10) «Добрый судья», подъ этимъ именемъ пріобрѣлъ громкую извѣстность предсѣдатель одного маленькаго окружнаго суда Манье. Дѣятельность его выходитъ изъ области нашего изученія, такъ какъ она, вращается исключительно въ области уголовнаго права. Magnaud является живымъ осу-

шествителемъ пожеланій крайнихъ представителей школы свободнаго права. Онъ обращается съ закономъ въ высшей степени вольно, хотя надо сказать правду, обычно съ сильнымъ наклономъ въ пользу угнетенныхъ современнаго строя. Собраніе его приговоровъ, усердно отмѣнявшихся высшими инстанціями, имѣется въ книгахъ Leyret Les jugements du Président Magnaud 1900 и 1903. Авторъ большой поклонникъ М.

11) Книга Морне нашла, къ сожалѣнію, сочувственный пріемъ у обычныхъ рецензентовъ Revue trim, 4 96, они выразили только сожалѣніе, что М. не задумался надъ вопросомъ, что въ основѣ современной склонности къ законодательной регламентаціи лежитъ глубокая соціальная потребность (замѣчаніе аналогичное замѣчанію Ф. Клейна о Канторовичѣ ср. выше стр. 13). Мнѣ не удалось непосредственно ознакомиться съ книгой Sauzay, также посвященной судебной практикѣ, носящей соблазнительное названіе Essai sur les procédés d'élaboration du droit employés par la jurisprudence française en droit civil. 1904). Созе, хваля практику, опасается однако злоупотребленій чрезмѣрной свободой и даетъ формулу толковать не противъ, а помогая закону (ср. рецензію обычныхъ обозрѣвателей въ Revue trim. 4 97), болѣе обширный рефератъ книги Созе даетъ Lefort въ Revue générale 29 63. Объ интересной статьѣ проф. Перро см. выше въ гл. 4.

* Для итальянской литературы, кромѣ уже упоминавшихся Donati и Majetti надо отмѣтить вступительную лекцію Galdi La Scuola di diritto libero 1907 за представителей крайнихъ ученій, не представляющую однако чего либо оригинальнаго. Въ голандской литературѣ имѣется обширное сводное изслѣдованіе Фокема Андреэ Fockema Andreae, Moderne praetuur? 1907, излагающее литературное движеніе о свободѣ судьи во Франціи, Бельгіи, Италіи, Австріи, сѣверныхъ странахъ, Швейцаріи и Голландіи. А въ послѣдней главѣ (139—158 свои собственныя замѣчанія). Германіи посвящено 40 страницъ (78—112). За незнаніемъ языка судить о книгѣ не могу. Въ нѣмецкой (ArchRPhilos. 2) литературѣ собственныя мнѣнія автора считаются не существенными. Другимъ виднымъ произведеніемъ является книга Споръ сторонъ амстердамскаго адвоката Гарцфельда недавно вышедшая въ нѣмецкомъ переводѣ. Harzfeld, Der Streit der Parteien. Книга представляетъ собой процесуальное политикоправовое изслѣдованіе, посвященное главнымъ образомъ опроверженію состязательнаго начала, по направленію своему авторъ принадлежитъ къ сторонникамъ французской школы Дюги и др.—ученій о соціальной солидарности, уже реферирована въ Правѣ С. Левинымъ 1912 (1100).

Приложеніе 2.

Текстъ нѣкоторыхъ дѣйствующихъ статей о толкованіи законовъ съ редакціонной исторіей важнѣйшихъ изъ нихъ.

A. Статья 4 французскаго гражданскаго уложенія является маленькимъ обрывкомъ, оставшимся отъ цѣлаго ряда статей, стоявшихъ въ вводной книгѣ проекта, бывшаго на разсмотрѣніи законодательныхъ учрежденій, Правда въ первыхъ трехъ проектахъ Камбасереса и проектѣ Жакемино статей о толкованіи не было вовсе (Fenet Recueil complet des travaux préparatoires du code civil t. 1 17, 110, 178, 333); но въ проектѣ VIII года правительственной комиссіи, внесенномъ 24 термидора VIII года, мы находимъ въ введеніи, составляющемъ цѣлую книгу (livre préliminaire), 5 титулъ, озаглавленный „о примѣненіи и толкованіи законовъ“ и состоящій изъ 13 статей (Fenet 2 6—8): 1. Обязанность судьи—примѣнять законъ послушно и вѣрно (avec discernement et fidélité). 2. Часто необходимо толковать законы, есть два вида толкованія доктринальное и аутентическое (par voie d'autorité). Толкованіе доктринальное состоитъ въ выясненіи истиннаго смысла закона при примѣненіи его къ отдѣльному случаю. Толкованіе аутентическое состоитъ въ разрѣшеніи сомнѣній въ формѣ общей нормы (disposition) и приказа. 3. Судьямъ воспрещается толковать въ формѣ общихъ нормъ. 4. Примѣнять всякій законъ должно только къ тѣмъ предметамъ (à l'ordre des choses), относительно которыхъ онъ именно постановляетъ. Предметы другого рода не могутъ разрѣшаться на основаніи тѣхъ же самыхъ законовъ. 5. Когда законъ ясенъ, то не дозволяется устранять его букву подъ предлогомъ проникнуть въ его духъ; а при примѣненіи темнаго закона долженъ быть предпочтенъ болѣе естественный его смыслъ и наименѣе плохой при исполненіи (закона) 6. Что-

бы установить истинный смыслъ части закона, надо сопоставить и соединить всѣ его постановленія. 7. Предположеніе судьи не должно ставить на мѣсто предположенія закона; не дозволяется различать, когда законъ не различаетъ; нельзя добавлять исключеній, которыхъ нѣтъ въ законѣ. 8. Должно заключать отъ одного случая къ другому только тогда, когда на лицо тотъ же мотивъ рѣшенія. 9. Если законъ изъ боязни его обхода объявляетъ ничтожными какіе нибудь акты, то его распоряженія не могутъ устраняться на томъ основаніи, что де представлено доказательство, что цѣль ихъ не обходъ закона 10. Злоупотребленіемъ должно считаться раздѣленіе законовъ на законы, направленные ко вреду и на льготные, если оно дѣлается въ цѣляхъ расширить или ограничить ихъ постановленія. 11. Въ гражданскихъ дѣлахъ судья при отсутствіи точнаго закона является слугою справедливости (d'équité). Справедливость есть возвращеніе къ естественному закону или къ обычаямъ, принятымъ при молчаніи положительныхъ законовъ. Для пониманія этой статьи слѣдуетъ напомнить о существованіи въ той же книгѣ проекта въ первомъ титулѣ статей 1 и 4, говорящихъ 1, существуетъ всеобщее (всемірное universel) и неизмѣнное право, источникъ всѣхъ положительныхъ законовъ—это не что иное, какъ естественный разумъ, поскольку онъ управляетъ всѣми людьми и 4 внутреннее право или частное каждаго народа составляется отчасти изъ всемірнаго права отчасти изъ законовъ его (внутренняго права) собственныхъ (des lois qui lui sont propres) и отчасти изъ обычаевъ (de ses coutumes ou usages), которые составляютъ дополненіе законовъ. 12. Судья, который отказывается или колеблется (differe) судить подъ предлогомъ молчанія, темноты или недостаточности закона является виновнымъ въ злоупотребленіи властью или въ отказѣ въ правосудіи. 13. Въ уголовныхъ дѣлахъ судья не можетъ ни въ какомъ случаѣ дополнять законъ. Читателю значительная часть статей этого проекта покажется очень знакомой: большая часть изъ нихъ взята изъ римскаго права, нѣкоторыя въ дословномъ переводѣ. Онъ замѣтитъ также, что эти же самыя статьи, изъ которыхъ во французское уложеніе попала почти одна 12 статья, столь извѣстная теперь 4, послужили образцами для многихъ другихъ романскихъ законодательствъ, давшихъ болѣе подробныя постановленія о толкованіи, чѣмъ само французское уложеніе. Какъ извѣстно, статья 4 гражданскаго уложенія не рѣдко приводится въ литературѣ, какъ статья устанавливающая такъ называемую замкнутость правопорядка и даже одного закона. Такъ думаютъ даже такіе ученые, какъ Эрлихъ и

Аншютцъ (VerwaltungsA. 14) ошибка ихъ понятна въ виду сильнаго господства во Франціи школы толкователей гражданскаго уложенія, основнымъ положеніемъ которыхъ выдвигалось восполненіе кодекса изъ него же самаго (ср. приложеніе 1). Уже Жени указалъ на ошибочность такого воззрѣнія и на признаніе составителями кодекса справедливости (естественнаго права, какъ источника восполненія пробѣловъ въ законѣ). Не смотря на это недавно Гачекъ въ своемъ получившемъ быструю извѣстность курсѣ англійскаго государственнаго права выставилъ положеніе, что составители гражданскаго кодекса были сознательными сторонниками ученія о замкнутости кодекса и объяснялъ это вліяніемъ на нихъ Бентама. Это дало поводъ Люкасу отмѣтить ошибочность Гачека сначала правда только предположительно—для него показалось невѣроятнымъ, чтобъ столь практически мыслящіе люди, какъ составители кодекса Наполеона оказались бы подъ такимъ вліяніемъ Бентама. Гачекъ старался спасти свое утвержденіе ссылками на духъ кодекса Наполеона и на „факты"— въ родѣ пріема съ благодарностью сочиненій Бентама законодательнымъ собраніемъ. Тогда Люкасъ въ доказательство того, что составители кодекса Наполеона стояли на обратной точкѣ зрѣнія написалъ цѣлую статью (ArchöffR 26 67), гдѣ онъ приводитъ довольно много текстовъ однако менѣе, чѣмъ указано у Жени, на книгу котораго Люкасъ не ссылается, доказывающихъ, что составители кодекса стояли на признаніи пробѣловъ въ кодексѣ, ихъ неизбѣжности и такимъ образомъ были далеки отъ того, что имъ приписалъ Гачекъ. Гачекъ еще возражалъ и ему отвѣчалъ Люкасъ вновь (ArchöffR. 26 458, 465), не доказать свое утвержденіе Гачеку, конечно, не удалось. Любопытная полемика, только лишній разъ подорвавшая авторитетъ Гачека, заставляетъ вообще быть осторожнымъ къ утверждаемымъ имъ фактамъ. Здѣсь еще Гачекъ былъ введенъ въ заблужденіе обычнымъ мнѣніемъ о кодексѣ Наполеона, но за послѣднее время Герланду въ его обширномъ англійскомъ судоустройствѣ [1]) (пришлось отмѣтить длинные ряды ошибокъ въ передачѣ Гачекомъ фактовъ. Хотя выводы Герланда и оспариваются Мендельсономъ Бартольди, считающимъ, что Герландъ принимаетъ за господствующіе въ англійской юридической жизни взгляды вовсе въ ней не господствующіе и уподобляется въ этомъ отношеніи такому иностранцу, который бы вздумалъ считать господствующимъ теперь ученіемъ въ Германіи школу свободнаго права, (понимая подъ ней крайнихъ представителей новѣйшихъ) [2]), но вѣрности фактическихъ поправокъ Герланда пока никто не оспаривалъ.

Оставляя въ сторонѣ курьезъ, случившійся съ Гачекомъ по отношенію къ русскому праву, указанный Кокошкинымъ въ Русскихъ Вѣдомостяхъ, мы немедленно убѣждаемся въ правотѣ Люкаса, перелистывая матерьялы къ исторіи французскаго кодекса, собранные Фене (Fenet Recueil). Не повторяя тѣхъ подробностей, которыя легко найти теперь въ указанной статьѣ Люкаса и у Жени, особенно знаменитой вводной рѣчи Портализа *) —напомню, что въ ней Портализъ совершенно точно указывалъ, что во всякомъ законѣ должны быть пробѣлы и что судья долженъ ихъ восполнять изъ обычая и наконецъ изъ естественной справедливости,—остановимся на нѣкоторыхъ дополнительныхъ фактахъ по исторіи кодификаціи 4 статьи. Проектъ переданъ былъ на обсужденіе судебныхъ мѣстъ, которыя сдѣлали нѣсколько замѣчаній на статьи о толкованіи. Изъ этихъ замѣчаній важно отмѣтить, что кассаціонный судъ высказался противъ статьи 5, гдѣ онъ предполагалъ замѣнить постановленіе о необходимости выбора смысла наименѣе неудобнаго для исполненія смысломъ наиболѣе согласнымъ съ принципомъ закона (Fenet 2 420). Никакихъ однако замѣчаній противъ естественной справедливости онъ не сдѣлалъ (Fenet 2 415), такимъ образомъ и онъ не дошелъ до идеи о полной замкнутости кодекса. Нѣсколько судебныхъ палатъ высказались зато очень рѣзко противъ власти судовъ восполнять законъ „естественнымъ разумомъ“. Если бы судьи могли рѣшать договоры какъ служители справедливости, то тогда надо было бы допустить, что каждый гражданинъ способенъ отгадать, еще въ моментъ, когда онъ заключаетъ договоръ, какой толчекъ (impulsion) дастъ естественный разумъ судей, которые будутъ постановлять рѣшеніе по поводу исполненія этого договора. Поэтому всѣ судьи, всѣ законодатели признавали основнымъ принципомъ, „что естественная справедливость, безусловно необходимая судьямъ при примѣненіи закона, не можетъ быть единственнымъ правиломъ, правиломъ основнымъ для ихъ рѣшеній, что необходимъ всеобщій (général et commun) регуляторъ рѣшеній, что

*) «Un code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé, que mille questions inattendues viennent s'offrir au magistrat.... à defaut de texte précis sur chaque matière, un usage ancien, constant et bien établi, une suite non interrompue de décisions semblables, une opinion ou une maxime reçue, tiennent lieu de loi, quand on n'est dirigé par rien de ce qui est établi ou connu, quand il s'agit d'un fait absolument nouveau, on remonte aux principes du droit naturel (Fenet 1 469, 471).

этимъ регуляторомъ и является законъ, который одинъ и можетъ разсматриваться, какъ вѣрное (certaine) выраженіе справедливости и что судья долженъ быть рабомъ закона; англичане считаютъ это паладіумомъ ихъ гражданской свободы". Такъ писала ліонская судебная палата, высказывавшаяся за необходимость сохраненія въ силѣ закона о докладахъ судей законодательному собранію (4 35). Въ томъ же духѣ противъ рѣшеній по справедливости высказалась палата руанская, опасавшаяся въ будущемъ появленія мѣстныхъ судебныхъ практикъ. Она предлагала по крайней мѣрѣ вмѣнить въ обязанность правительственнымъ комиссарамъ при судебныхъ палатахъ представлять въ министерство всѣ тѣ рѣшенія, въ основу которыхъ судами положенъ какой нибудь принципъ справедливости или доктрины, чтобы министерство немедленно испрашивало новаго закона, разъ только обнаружится несогласіе отдѣльныхъ судебныхъ практикъ (5, 461). Двѣ палаты Аміенская и Лиможская высказались и противъ обычая (3, 125, 4, 421). Громадное же большинство обходитъ статьи о толкованіи молчаніемъ или по крайней мѣрѣ статью 12, а также вопросъ о рѣшеніи по справедливости. Одна палата (Бордоская 3, 178) даетъ зато любопытное замѣчаніе. Такъ какъ нельзя толкованіе подчинить твердымъ правиламъ, то приходится бояться, что всякое рѣшеніе, гдѣ судъ въ виду молчанія или темноты закона прибѣгъ къ нему, будетъ впослѣдствіи отмѣнено кассаціоннымъ судомъ, вообще обнаруживающимъ тенденцію превращаться въ апеляціонную инстанцію", почему палата эта и не допускаетъ кассаціоннаго обжалованія по поводу ложнаго толкованія закона судами. Наконецъ двѣ судебныхъ палаты Парижская и Ліонская (5 94, 4, 39) высказались вообще противъ включенія большинства статей предварительной книги въ законъ, считая, что почти всѣ онѣ должны были бы помѣщаться въ учебникахъ, а не въ законѣ, дѣло котораго „повелѣвать, а не поучать" и что, кромѣ того по мнѣнію Ліонской палаты, большинство внесенныхъ въ проектъ опредѣленій, какъ всѣ метафизиколегальныя сами собою, какъ все метафизическое, могутъ подлежать оспариванію. Замѣчу однако, что это не помѣшало Парижской палатѣ (5, 97) предлагать такой текстъ статьи 14 „разъ законъ не даетъ постановленія, которое можно бы было примѣнить, судья дѣлается служителемъ справедливости, онъ не можетъ отказаться отъ суда подъ предлогомъ молчанія, темноты или недостаточности письменнаго закона: онъ примѣняетъ тогда неизмѣнный и вѣчный законъ разума".

Замѣчанія судебныхъ мѣстъ, какъ видимъ малочисленныя, не заставили правительство отказаться отъ 12 ст. и она въ числѣ трехъ: ея, 2-й и 9-й, вошла въ проектъ, внесенный въ законодательныя учрежденія. Всѣ онѣ три вошли въ нѣсколько измѣненномъ видѣ. Оставляя въ сторонѣ ст. 9 (5), какъ мало насъ интересующую, надо отмѣтить, что наиболѣе важная для насъ статья 12 (теперь 7) сохранила почти цѣликомъ свою первоначальную редакцію при обсужденіи ея въ Государственномъ Совѣтѣ. Противъ нее возражалъ только Камбасересъ, указывавшій что ея редакція такъ повелительна, что судья долженъ постановить рѣшеніе, хотя воля закона ему неясна и даже въ томъ случаѣ, когда онъ убѣжденъ, что онъ отъ нея отступаетъ, что и можетъ повести къ захвату судами законодательной власти (§ 21). На это отвѣчали Портальсъ ссылкой на естественную справедливость „гражданскій судья слуга закона, когда законъ высказался; онъ третейскій судья, когда законъ молчитъ“ (§ 21), а Тронше указаніемъ на злоупотребленіе судами докладами законодательной власти и ссылкой на то, что кассаціонный судъ воспрепятствуетъ рѣшеніямъ противъ закона (§ 22). Къ Камбасаресу присоединился Редереръ и ему опять возражали: Портальсъ („мало дѣлъ, которыя могутъ быть рѣшены по закону по точному тексту, всегда большинство дѣлъ рѣшалось на основаніи общихъ началъ, принциповъ доктрины —науки права“, отсюда опасность докладовъ законодательной власти), Тронше, Буле, Биго Преаменэ. Эти указывали, что судьѣ нельзя ждать изданія новыхъ законовъ и что всегда можно рѣшить по общимъ принципамъ, которые родились до закона (Булэ § 23). Пренія закончились тѣмъ, что была принята поправка Камбасереса, предложившаго замѣнить повелительный текстъ статьи болѣе мягкимъ, для чего слова: станетъ виновнымъ въ отказѣ въ правосудіи, замѣнены словами можетъ быть преслѣдуемъ, какъ виновный въ отказѣ въ правосудіи“. Такимъ образомъ, говорилъ Камбасересъ, судья, который и не постановитъ рѣшенія, не будетъ обязательно подвергаться преслѣдованію (§ 24).

Такъ статья получила нынѣ дѣйствующую редакцію: Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi pourra étre poursuivi comme coupable de déni de justice (Fenet § 30). Исчезновеніе словъ „превышеніе власти“ приходится приписать критикѣ Руанской судебной палаты. Закономъ однако она сдѣлалась далеко не такъ скоро. Выработанный правительствомъ текстъ закона О публикаціи, дѣйствіи и примѣненіи законовъ,

вошедшій въ будущемъ въ составъ первой книги кодекса Наполеона, былъ внесенъ въ законодательный корпусъ 24 ноября 1801 года, съ новою рѣчью Порталиса. Онъ, посвятивъ первую большую ея часть необходимости умѣренности въ законодательствѣ, указалъ, почему такъ сократился текстъ этого закона сравнительно съ первоначальнымъ проектомъ. „Редакторы проекта давали опредѣленія различнымъ родамъ правъ, праву естественному, положительному, публичному, народовъ, гражданскому, уголовному, на это справедливо возражали, что общія опредѣленія въ большинствѣ случаевъ содержатъ только неопредѣленныя, абстрактныя выраженія, опредѣлить понятія которыхъ часто болѣе трудно, чѣмъ понятія самой вещи, которую они опредѣляютъ. Затѣмъ намъ казалось разумнымъ отдать должное законодательству и наукѣ: законы это повелѣніе, все же, что касается опредѣленій, обученія и доктринъ удѣлъ науки. Все, что является приказомъ..., удѣлъ (6 43) законовъ". Опять вліяніе критики судебныхъ палатъ особенно Парижской и Ліонской. Въ частности касаясь интересующей насъ статьи, онъ повторилъ все тотъ же доводъ: „судьи были ранѣе, чѣмъ законы. Эти судьи во времена невѣжества и грубости были слугами справедливости, они остаются ими и теперь, когда они не направляются письменными законами: поэтому они не могутъ подъ предлогомъ темноты и молчанія закона произвольно отказаться отъ исполненія своихъ обязанностей" (6 51). Послѣ рѣчи Порталиса законодательный корпусъ согласно закону передалъ проектъ съ мотивами въ трибунатъ, гдѣ, какъ извѣстно, первоначально кодексъ терпѣлъ пораженія, потерпѣлъ его и этотъ отдѣлъ. Меньшинство высказалось за него, большинство противъ, въ томъ числѣ и докладчикъ спеціальной комиссіи изъ трибуновъ (Bezard, Bouteville, Faure, Laussat, Андріэ), Andrieux, дѣлавшій отъ ея имени докладъ общему собранію трибуната. Наибольшая встрѣча оказана была въ трибунатѣ статьямъ о публикаціи законовъ, считавшимся антиконституціонными. Статья 7, воспрещавшая судамъ давать толкованія законовъ не по частному дѣлу, а въ общей формѣ, возраженія по существу почти не встрѣтила, наша же статья (6-ая по этому проекту) на нихъ натолкнулась. Если докладчикъ отъ имени комиссіи ссылался только на ея неумѣстность въ матеріальномъ кодексѣ и предлагалъ перенести ее вмѣстѣ съ седьмою въ процессуальный кодексъ (6 55), то цѣлый рядъ трибуновъ горячо возражалъ противъ нея по существу. Наиболѣе горячо говорили Шазаль (Chazal) и Малья Кара (Maillia Carat). Возражавшіе не сомнѣвались въ томъ, что эта статья даетъ

право судьѣ рѣшать дѣло по естественной справедливости, хотя слово справедливость въ ней и не упомянуто, и считали, что ею вводится право судей рѣшать, какъ рѣшалъ въ Аѳинахъ Ареопагъ, въ Римѣ преторъ и теперь нѣкоторые англійскіе суды (Шазаль 6, 75). Не отрицали они и необходимости такъ или иначе рѣшать при наличности темноты и пробѣловъ въ законѣ, но предлагали передать эти дѣла во избѣжаніе нарушенія конституціи Сенату (Sénat conservateur), предлагалось также во всякомъ случаѣ строго различать на практикѣ случаи темноты или отсутствія закона отъ рѣшенія дѣла по ясному закону. Между прочимъ тотъ же Шазаль требовалъ, чтобы судьи заблаговременно объявляли тяжущимся, что законъ неясенъ или его нѣтъ и что поэтому они будутъ рѣшать по справедливости, это объявленіе можно было бы обжаловать и добиться, чтобы судьи рѣшали по закону, если бы таковой вопреки мнѣнію судей оказался. „Пренебретите такими предосторожностями и у судей не найдется ни одного яснаго закона. Гораздо болѣе удобно судить по собственному произволу (6 77). На томъ же доводѣ о неконституціонности этой статьи настаивалъ и Малья Кара ссылаясь при этомъ и на авторитетъ Монтескье, онъ требовалъ, чтобы судья былъ только „устами закона“ и опираясь на его же авторитетъ, доказывалъ, что при республиканскомъ образѣ правленія судьи должны слѣдовать только буквѣ закона (6 151, 155). Спастись отъ недостатковъ закона можно тремя путями: 1) хорошее законодательство должно предусмотрѣть всѣ случаи или по крайней мѣрѣ дѣлать случаи неясныхъ законовъ или пробѣловъ въ нихъ „крайне рѣдкими, 2) докладъ законодателю и 3) если сторонамъ некогда ждать новаго закона они могутъ взять третейскихъ судей, какъ это дѣлалось въ тѣ времена, когда не было законовъ (6 153 ss.). Особенно опасна эта статья въ дѣлахъ уголовныхъ. Часть рѣзкихъ противниковъ всего титула на нашей статьѣ вовсе не останавливаются, напр. Thiessé (6 112), Favart (6 189), Costé готовъ удовлетвориться возложеніемъ на судей обязанности послѣ каждаго рѣшенія по справедливости (équité) или совѣсти (conscience) сообщать о томъ законодательнымъ учрежденіямъ (6, 189). Защитники же статьи останавливались довольно охотно на опроверженіи того, что судья можетъ и безъ закона признавать какой либо фактъ за преступленіе, вмѣстѣ съ тѣмъ и они почти всѣ съ единственнымъ исключеніемъ Портье говорятъ о естественной справедливости, какъ основѣ судейскаго рѣшенія въ этихъ случаяхъ и защиту строятъ на томъ положеніи, что надо выбирать изъ двухъ золъ меньшее, такъ

какъ пріостанавливать отправленіе суда тяжеле, чѣмъ оставить кое что на совѣсти судьи (Людо Ludot), 6 106). Бояться при этой статьѣ рѣшеній противъ закона, его отмѣняющихъ, нѣтъ основаній въ виду того, что всѣ рѣшенія подлежатъ контролю кассаціоннаго суда. Наконецъ за рѣшеніе судей при отсутствіи закона по совѣсти и справедливости говорятъ авторитеты самыхъ великихъ публицистовъ Цицерона и Блакстона, Гроція и Пуффендорфа. Это начало справедливости черпается изъ природы вещей (онъ же 6 108). Такъ же приблизительно защищаютъ, хотя и безъ ссылокъ на ученые авторитеты Кюрэ (Curée 176) и Юге (Huguet 6 126) съ Деменье (Demeunier 6 86, 92), вспоминающіе еще о печальной памяти докладахъ. Одинъ Портье (Portiez) совсѣмъ просто смотритъ на эту статью „трибуны, если въ какомъ нибудь законѣ имѣется пропускъ чего либо, существеннаго для этого закона или что необходимо вытекаетъ какъ необходимое слѣдствіе изъ его постановленій и что тянетъ къ тому, чтобы дать закону согласно его мотивамъ полное дѣйствіе, то въ этихъ случаяхъ можно дополнить то, чего не хватаетъ самимъ выраженіямъ закона и распространить повелѣніе закона на то, что охваченное его намѣреніемъ, отсутствуетъ въ его словахъ, такъ говоритъ Дома“ (6, 228). Такъ или иначе весь титулъ былъ отвергнутъ, и трибунатъ командировалъ Андріэ, Тьессе (Thiessé) и Фавара защищать свой отрицательный отзывъ о проектѣ въ законодательный корпусъ (6 250). Андріэ 14 декабря 1801 года въ Законодательномъ корпусѣ на 6 статьѣ почти не остановился, употребивъ всю силу своей рѣчи на вопросъ о публикаціи закона, но первый ораторъ правительства, все тотъ же Портализъ, счелъ необходимымъ дать отвѣтъ впередъ и на всѣ замѣчанія противъ 6 статьи въ трибунатѣ. Возраженія, что во Франціи въ республикѣ судья долженъ быть вѣрнымъ слугою законовъ ничего не говоритъ противъ статьи, а только доказываетъ, что статья не понята, ибо она не позволяетъ судьямъ ставить естественную справедливость вмѣсто положительнаго закона, какъ это дѣлали преторъ, англійскіе суды справедливости. „Наша же статья предусматриваетъ только тѣ случаи, когда законъ теменъ или недостаточенъ или случаи, когда нѣтъ его вовсе“ (6 269). Испрашивать новый законъ значитъ впасть во всѣ неудобства обратнаго дѣйствія закона, такъ какъ стороны заключали свои сдѣлки еще до изданія этого разъяснительнаго закона. Судьямъ необходимо дать полномочіе рѣшать дѣла, не предусмотрѣнныя закономъ, въ силу самаго повелительнаго изъ всѣхъ закона—необходимости (такъ какъ отношенія граж-

данскаго права безконечны, а предвидѣніе законовъ ограничено (6 270), авторитетъ Монтескье приводится напрасно, такъ какъ его мнѣніе относится только къ дѣламъ уголовнымъ. Мало вниманія удѣлили 6 статьѣ и другіе два оратора трибуната Тьессе (6 294) и Фаваръ. Правительственные ораторы Буле и Берліе на ней все таки останавливались, повторяя мысль Порталиса о простомъ непониманіи этой статьи противниками, а второй кромѣ этого (6 333) повторялъ и другую того же Порталиса „простая элементарная истина,—гдѣ нельзя узнать воли закона, судья становится по самой природѣ вещей слугою справедливости“ (6 335). Наконецъ добавилъ онъ, это предложеніе не ново: „то, чего хочетъ эта статья какъ разъ то, что въ настоящее время соблюдаютъ всѣ судьи, знающіе свои обязанности и желающіе ихъ исполнять“: она нужна только для тѣхъ, которые „уклоняются отъ пути начертаннаго разумомъ и необходимостью“ (6 336). Тайнымъ голосованіемъ 15 декабря 1801 года законопроектъ былъ отвергнутъ законодательнымъ корпусомъ (6 337). Какъ извѣстно, Наполеономъ были приняты энергичныя мѣры къ проведенію въ жизнь кодекса и дальнѣйшее его прохожденіе черезъ законодательную палату было обезпечено не только путемъ перемѣнъ личнаго состава, но и тѣмъ, что въ дальнѣйшемъ законопроекты стали вноситься не сразу во весь трибунатъ цѣликомъ, а предварительно лишь оффиціозно въ его законодательную секцію. Тотъ же законопроектъ безъ малѣйшихъ измѣненій даже безъ новаго обсужденія въ государственномъ совѣтѣ былъ оффиціозно внесенъ въ законодательную секцію трибуната и былъ заслушанъ тамъ 8 и 9 іюля 1802 года. Наша статья была принята съ указаніемъ, что изъ нея должно быть вычеркнута угроза судьѣ преслѣдованіемъ за отказъ въ правосудіи (6, 342). Послѣ этого въ общемъ засѣданіи государственнаго совѣта, послѣ обсужденія государственнымъ совѣтомъ вмѣстѣ съ членами законодательной секціи трибуната, установлена государственнымъ совѣтомъ новая редакція законопроекта о публикаціи законовъ, при чемъ наша статья остается неизмѣненной, и вносится въ законодательный корпусъ, гдѣ заслушивается 23 февраля 1803 года съ новыми мотивами Порталиса. Въ новой формѣ они повторяютъ все то же, что говорилъ Порталисъ и раньше, въ формѣ ихъ замѣтна скрытая полемика и нѣкоторое обостреніе. „Было бы совершенно по дѣтски серьезно заботиться о томъ, чтобы судья всегда рѣшалъ только по точному тексту... когда законъ молчитъ, естественный разумъ еще говоритъ, если предвидѣніе законодателей ограничено, то природа без-

конечна. Она примѣнима ко всему, что можетъ интересовать людей, почему же мы захотѣли бы пренебречь доставляемыми ей намъ средствами“ (§ 359). Даетъ онъ здѣсь впервые и толкованіе слова aequitas у римлянъ—иногда имъ обозначается постоянная воля быть справедливымъ, тогда оно обозначаетъ добродѣтель, въ другихъ случаяхъ оно обозначаетъ свойство просвѣщеннаго судьи, которымъ онъ отличается отъ не—или менѣе просвѣщеннаго, тогда справедливость обозначаетъ у судьи только его взглядъ на вещи, изощренный наблюденіемъ и руководимый опытностью. Но справедливость въ смыслѣ справедливости судебной есть только возвращеніе къ естественному закону при молчаніи, темнотѣ и недостаткѣ положительныхъ законовъ, въ этомъ смыслѣ справедливость истинное дополненіе законодательства, безъ которой дѣлается невозможнымъ въ громадномъ большинствѣ случаевъ отправленіе обязанности судей. Ссылаясь на 5 статью (прежнюю 7), воспрещающую изданіе судьями общихъ приказовъ, Портались подчеркиваетъ, что тутъ и есть граница судейской дѣятельности законодателя, такъ какъ рѣшеніемъ связаны только стороны, но не судьи. Опять законопроектъ передается на трибунатъ, но теперь и тамъ и въ законодательномъ корпусѣ онъ проходитъ въ одно засѣданіе, въ трибунатѣ 28 февраля 1803 года и въ корпусѣ 5 марта того же года. Въ трибунатѣ дѣло ограничивается рѣчью трибуна Гренье отъ имени законодательной секціи. Изъ этого доклада стоитъ отмѣтить слова: „суды не могутъ отказывать въ правосудіи подъ предлогомъ молчанія закона. Чувство справедливаго и несправедливáго никогда не покидаетъ честнаго и просвѣщеннаго судью“, а изъ рѣчи трибуна Фора (Faure) въ законодательномъ корпусѣ утвержденіе его, что постановленіе ст. 4 одно изъ тѣхъ, настоятельная необходимость которыхъ доказана опытомъ (386), и его объясненіе ея значенія. „Однимъ словомъ во всякомъ дѣлѣ, будь то гражданское или уголовное, или законъ говоритъ или законъ молчитъ, если законъ говоритъ, то надо судить сообразно его волѣ, если же онъ молчитъ, то всетаки надо судить, съ той однако разницей, что въ гражданскомъ дѣлѣ судьи должны руководиться правилами справедливости (équité), состоящими изъ максимъ естественнаго права, всемірной справедливости (justice universelle) и разума. Въ уголовномъ же дѣлѣ обвиняемый долженъ быть отпущенъ въ виду молчанія закона“. (387). Въ случаѣ, если судъ не примѣнитъ законъ, дѣло исправитъ кассаціонный судъ [3]).

Б. Не смотря на наличность у насъ цѣлыхъ трехъ работъ по исторіи судебныхъ реформъ Филиппова, Джаншіева и І. Гессена, у насъ совершенно отсутствуетъ исторія редакціи отдѣльныхъ статей устава гр. суд. Поэтому я позволяю себѣ довольно подробно остановиться на исторіи редакціи ст. 9, пользуясь къ сожалѣнію только печатными матерьялами, не позволяющими, какъ мы сейчасъ увидимъ, прослѣдить ее вполнѣ. Вопросъ объ отдѣленіи судебной власти отъ законодательной возникъ уже въ первой стадіи судебной реформы во времена гр. Блудова. Уже Проектъ новаго устава судопроизводства гражданскаго (s. l. a. 562 стр. 8°) въ статьяхъ 745 ср. 754 стремился ограничить доступъ даже въ сенатъ громадному большинству судебныхъ дѣлъ, (ср. также Общую объяснительную записку къ проекту новаго устава судопроизводства s. l. a. 149 стр. 8°). Однако, чего либо аналогичнаго статьѣ 9 мы тамъ не находимъ. При разсмотрѣніи этого проекта въ соединенныхъ департаментахъ Государственнаго Совѣта (ср. Журналъ Государственнаго Совѣта соединенныхъ департаментовъ законовъ и гражданскаго по проекту новаго устава гражданскаго судопроизводства въ Россіи съ 15 ноября 1857 года по 8 мая 1859 г.—имѣется въ двухъ редакціяхъ въ одной стр. 116, въ другой стр. 130), было высказано, что по статьямъ 65 и 60 основныхъ законовъ а также статей 408 и 409 улож. о нак. судебныя мѣста не должны были бы входить въ высшія инстанціи, испрашивая ихъ разъясненія въ случаѣ сомнѣній или отсутствія закона. Поэтому предполагалось категорически это запретить и допускать даже жалобы въ Сенатъ только въ случаяхъ 1) явнаго нарушенія закона и отказовъ въ правосудіи, 2) превышенія власти 3) нарушенія существенныхъ формъ судопроизводства и 4) разнорѣчивыхъ толкованій закона въ рѣшеніяхъ разныхъ судовъ имперіи. (Ср. также Журналъ соединенныхъ департаментовъ гражданскаго и законовъ Государственнаго Совѣта о главныхъ началахъ принятыхъ имъ при разсмотрѣніи проекта новаго устава гражданскаго судопроизводства 4° 26 стр. начало 22-ое). Если тутъ уже подходятъ къ вопросу, которому посвящена 9 ст. то первый очеркъ ея появляется въ основныхъ положеніяхъ судебнаго преобразованія, съ которыхъ какъ извѣстно начинается вторая стадія судебной реформы 1864 года. Государственнымъ Совѣтомъ принимается (ср. Журналъ соединенныхъ департаментовъ законовъ и гражданскихъ дѣлъ Государственнаго Совѣта о преобразованіи судебной части въ Россіи № 65 370 стр., см. стр. 55—57) ст. 13 по судопроизводству тяжебному такое положеніе „всѣ су-

дебныя мѣста обязаны рѣшать дѣла по точному разуму существующихъ законовъ. Нарушеніе сего общаго правила подъ предлогомъ неполноты, неясности, недостатка или противорѣчія законовъ, считается отказомъ въ правосудіи". Отмѣтимъ, что въ Основныхъ Положеніяхъ преобразованія судебной части, составленныхъ Гос. Канцеляріею 51 стр. (внизу цифра XLI) этого положенія еще не имѣется. Мотивы Государственнаго Совѣта повторяютъ соображенія, уже приведенные выше о статьяхъ 60 и 65 основныхъ законовъ. Здѣсь только подчеркивается причина неисполненія „точнаго разума этихъ законовъ"—несогласованность ихъ со ст. 227 учреж. Прав. Сената, 281 и 746 Общ. губ. учрежд. что даетъ право Государственному Совѣту лишній разъ подчеркнуть существенный недостатокъ нашего судопроизводства —смѣшеніе власти судебной и законодательной „посему" приведенное 13 положеніе вводится „въ видахъ охраненія силы ст. 60 основныхъ законовъ и для надлежащаго развитія основного начала гражданскаго судопроизводства отдѣленія судебной власти отъ законодательной". Въ той же редакціи это основное положеніе проходитъ и черезъ общее собраніе Государственнаго Совѣта, мѣняя только свою нумерацію на 12. Какъ извѣстно, основныя положенія были опубликованы съ цѣлью получить на нихъ замѣчанія, которыя были представлены въ довольно значительномъ числѣ. Въ печати они составили 6 томовъ, изъ которыхъ 5 даютъ самый текстъ ихъ—Замѣчанія о развитіи основныхъ положеній преобразованія судебной части въ Россіи 5 частей 4°, а 6 является систематическимъ „Сводомъ замѣчаній и предположеній о развитіи основныхъ положеній преобразованія судебной части въ Россіи С. П. Б. 1863. На долю 12 статьи замѣчаній выпало мало, стоитъ отмѣтить только два. И д. Нухинскаго уѣзднаго прокурора Ревуцкій считалъ, что статья эта прямо исключаетъ всякую возможность дальнѣйшаго развитія и усовершенствованія законодательства (часть 5 стр. 230) и высказалъ пожеланіе о необходимости скорѣйшаго изданія новаго гражданскаго кодекса при участіи представителей отъ населенія въ виду крайняго несовершенства современнаго, могущаго вызвать сильнѣйшій „антагонизмъ народа къ судамъ". Будущій первый историкъ судебной реформы М. Филипповъ (часть 3, стр. 499) предлагалъ дополнить эту статью такъ „въ случаѣ же дѣйствительной неполноты, неясности, недостатка и противорѣчія законовъ или по отсутствію закона къ данному случаю, суды обязаны рѣшать дѣла на основаніи бывшихъ у нихъ примѣровъ или согласно воспослѣдовавшему уже истолкованію Прави-

тельствующаго Сената: а если того и другого нѣтъ, то по общему духу закона и обычаю". Въ первоначальный проектъ устава гражданскаго судопроизводства, вносившійся по частямъ въ Государственный Совѣтъ, статья 12 не вошла вовсе, такъ какъ проектъ этотъ начинался прямо съ первой книги. Соединенные департаменты, разсмотрѣвъ этотъ проектъ (Государственный Совѣтъ соединенныхъ департаментовъ законовъ и гражданскихъ дѣлъ по отдѣленію законовъ № 44 126 стр.), постановили соединить семь книгъ проекта въ три, „а въ началѣ проекта помѣстить особое введеніе, заключающее въ себѣ общія положенія гражданскаго судопроизводства". Во исполненіе этого постановленія въ общее собраніе Государственнаго Совѣта вносился проектъ уже съ занимающей насъ статьей, получившей такую редакцію—ст. 9 „Всѣ судебныя установленія обязаны рѣшать дѣла по точному разуму существующихъ законовъ" и ст. 10 „Воспрещается останавливать рѣшеніе дѣлъ подъ предлогомъ неполноты, неясности, недостатка или противорѣчія законовъ За нарушеніе сего правила виновные подвергаются отвѣтственности, какъ за отказъ въ правосудіи" (Проектъ уст. гражд. судопроизводства 4° 167 стр. съ приложеніемъ формъ искового прошенія). Это была уже не первоначальная редакція, составленная государетвенной канцеляріей, такъ какъ мы имѣемъ еще Уставъ гражд. судопроизводства 165 стр. 4°, въ которомъ эти двѣ статьи значатся подъ №№ 5 и 6, при чемъ текстъ 6 имѣетъ чисто редакціонное отличіе вмѣсто „сего правила" стоитъ „сихъ правилъ", а слово „воспрещается" стоитъ не въ началѣ, а послѣ слова „законовъ". Наконецъ имѣется печатное же изданіе „проектъ". Уставъ гражданскаго судопроизводства исправленъ по замѣчаніямъ, сдѣланнымъ общимъ Собраніемъ Государственнаго Совѣта въ засѣданіяхъ 16 и 18 сентября 1864 года" видимо представляющее изъ себя проектъ текста для представленія на Высочайшее утвержденіе. Въ немъ мы находимъ такой текстъ этихъ двухъ статей — текстъ 10-й вполнѣ совпадаетъ какъ съ текстомъ предыдущаго проекта такъ и съ нынѣ дѣйствующимъ, а у статьи 9 „Всѣ судебныя установленія обязаны рѣшать дѣла по точному разуму существующихъ законовъ, а въ случаѣ неполноты неясности, или противорѣчія должны основывать рѣшеніе на общемъ смыслѣ законовъ". Редакція эта, какъ мы видимъ, почти совпадаетъ съ нынѣ дѣйствующей, отличаясь отъ нея только словомъ „должны" несомнѣнно излишнимъ и менѣе точнымъ „существующихъ" вмѣсто „дѣйствующихъ" современной редакціи. Когда произошло послѣднее измѣненіе, мнѣ

установить не удалось. Что же касается до появленія второй части 9 ст., самой существенной ея части, то по заголовку проекта, въ которомъ она впервые появилась читатель можетъ предположить, что она обязана своимъ появленіемъ общему собранію Государственнаго Совѣта; однако просматривая „Государственный Совѣтъ въ общемъ собраніи 16 и 18 сентября 1894 года 26 стр.“ мы не находимъ въ немъ рѣшительно ничего, касающагося 9 статьи. Журналъ кончается такимъ постановленіемъ „всѣ возникшія разномыслія представить на Высочайшее Его Императорскаго Величества и затѣмъ по воспослѣдованіи сего разрѣшенія, предоставить Государственной Канцеляріи сообразно оному исправить проектъ устава гражданскаго судопроизводства, сдѣлавъ въ ономъ и другія измѣненія, до редакціи касающіяся и въ общемъ собраніи указанныя. Затѣмъ проектъ сей по надлежащемъ исправленіи вмѣстѣ съ прочими проектами, до судебнаго преобразованія касающимися представить на окончательное Высочайшее утвержденіе Его Императорскаго Величества...“. Ясно такимъ образомъ, что вторая половина 9 статьи не проходила никогда черезъ Государственный Совѣтъ и ея окончательное происхожденіе также комиссіоннаго происхожденія, какъ окончательная редакція первой статьи швейцарскаго гражданскаго уложенія. Не имѣя подъ руками рукописныхъ матеріаловъ, несомнѣнно хранящихся въ Государственной канцеляріи, трудно сказать откуда заимствованъ текстъ ея или кто является его авторомъ во всякомъ случаѣ статья эта не является позаимствованной изъ законодательствъ служившихъ главнымъ источникомъ для составителей судебныхъ уставовъ: женевскаго, сардинскаго, итальянскаго, венгерскаго уставовъ. Замѣчаніе Филиппова, приведенное выше (XL), и текстъ статьи 65 основныхъ законовъ вотъ вѣроятные источники этой редакціи, правда не вполнѣ съ ней совпадающіе; „самая необходимость предписываетъ, особенно въ высшихъ мѣстахъ слѣдовать общему духу законодательства и держаться смысла наиболѣе оному соотвѣтственнаго“ (ст. 65 Осн. зак.). Наши редакторы предпочли только выраженіе „общій смыслъ закона“ „общему духу законодательства“ этой статьи. Отмѣчу тутъ же кстати, что приведеніе мною точныхъ заголовковъ разныхъ проектовъ и записокъ вызывается тѣмъ обстоятельствомъ, что вопреки утвержденію Джаншіева[4]) о передачѣ Зарудныхъ систематизированнаго Дѣла о преобразованіи судебной части въ Императорскую публичную библіотеку тамъ нѣтъ такого систематизированнаго дѣла, нѣтъ вовсе нѣкоторыхъ изъ указан-

ныхъ у Джаншіева №№ этого дѣла, напримѣръ упомянутаго Журнала Государственнаго Совѣта 16 и 17 сентября 1864 года, а съ другой стороны имѣются и такіе проекты, которые не вошли вовсе въ опись Джаншіева напримѣръ проекты, отличающіеся по нумераціи статей общихъ положеній и могутъ спрашиваться они съ успѣхомъ только при указаніи вполнѣ точныхъ названій.

В. Въ Г. Г. У. какъ извѣстно нѣтъ статей, опредѣляющихъ порядокъ толкованія, въ проектѣ его однако такая статья была. Во второмъ засѣданіи комиссіи для выработки проекта гражданскаго уложенія 6 октября 1881 года, какъ это видно изъ литографированныхъ ея протоколовъ (Komission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines BGB. Berlin 2. Sitzung. Schriftführer Bönner), докладчикомъ были предложены такіе три первые параграфа: 1) законы должно толковать такъ, чтобы дѣйствіе получалъ тотъ ихъ смыслъ, который по правиламъ языка согласенъ съ избраннымъ въ законѣ способомъ выраженія (Ausdrucksweise) и связанъ съ нимъ намѣреніемъ законодателя. 2) Если окажется, что лежащая въ основѣ какой нибудь правовой нормы собственная мысль законодателя не получила въ немъ вполнѣ соотвѣтственнаго выраженія, то дается дѣйствіе истинной мысли законодателя. 3) Къ отношеніямъ, о которыхъ законы не содержатъ никакихъ предписаній, находитъ соотвѣтственное примѣненіе предписаніе, данное для сходныхъ правовыхъ отношеній (rechtsähnliche Verhältnisse). При отсутствіи такихъ предписаній имѣютъ примѣненіе (sind massgebend) вытекающіе (sich ergebenden) изъ духа правопорядка принципы (Grundsätze). Комиссія большинствомъ голосовъ отклонила немедленно оба первые параграфа, такъ какъ они представляются чисто научными положеніями, при чемъ впрочемъ всѣ соглашались съ тѣмъ, что судья, конечно, не можетъ быть связанъ буквальнымъ смысломъ. Напротивъ третій параграфъ былъ принятъ съ измѣненіемъ впослѣдствіи слова „законы“ на слово „законъ“. Въ опубликованныхъ мотивахъ (Motive I, 95) къ первому проекту мысль о ненужности помѣщенія параграфовъ, опредѣляющихъ собственно толкованіе, была развита болѣе подробно; введеніе ихъ признавалось лишнимъ, такъ какъ они сами собой подразумѣваются и содержатъ въ себѣ не норму, а только поученіе, краткая формулировка такихъ общихъ научныхъ положеній представляетъ трудно преодолимыя трудности и самое рѣшеніе научныхъ споровъ о границахъ дозволеннаго въ толкованіи должно быть оставлено юриспруден-

ціи. Однако статью объ аналогіи мотивы (I, 16) довольно горячо защищаютъ. Указавъ на неизбѣжность пробѣловъ въ законѣ они замѣчаютъ, „что Г. Г. У. должно въ случаѣ надобности восполняться изъ него самого, изъ содержащейся въ немъ правовой системы. Оно содержитъ въ себѣ не мертвую массу только рядомъ другъ съ другомъ поставленныхъ правовыхъ положеній, но органическую совокупность (ein organisches Gefüge) внутренно связанныхъ нормъ. Лежащіе въ основѣ ихъ принципы носятъ въ себѣ зародышъ дальнѣйшаго развитія. „Если не хватаетъ аналогіи закона, то надо сыскать рѣшеніе изъ духа всего права, разсматриваемаго какъ единое цѣлое... При этомъ не исключается и принятіе во вниманіе такъ называемой природы вещей, но только рѣшеніе не можетъ браться изъ такихъ моментовъ, которые лежатъ внѣ положительнаго права. Фактическая природа соотвѣтственнаго отношенія должна быть установлена (ergründet) и отношеніе подведено подъ ту норму, которая вытекаетъ съ логической послѣдовательностью изъ общихъ принциповъ, лежащихъ въ основѣ положительнаго права и познанной природы даннаго факта (tatsächliche Gestaltung) въ его особенности. Съ отмѣной современнаго римскаго права, какъ субсидіарнаго, само собою вовсе не отбрасывается богатая сокровищница общихъ юридическихъ истинъ, сложенныхъ въ источникахъ современнаго римскаго права“ особенно какъ пособіе историко систематическаго толкованія. Далѣе подчеркивается, что этотъ (теперь первый) параграфъ стоитъ въ полномъ согласіи съ господствующей теоріей и съ большинствомъ законодательствъ, прусскимъ, саксонскимъ, итальянскимъ. Цѣль его устранить примѣненіе естественнаго права и закрѣпить невозможность отступленій отъ господствующаго воззрѣнія (тамъ же 17). Проектъ подвергся, какъ извѣстно, оживленной критикѣ, сдѣланы были замѣчанія и на этотъ I параграфъ. Какъ можно видѣть изъ офиціальнаго очень тщательно сдѣланнаго сопоставленія всего высказаннаго критикой только меньшинство высказалось за желательность его (Клэпель, Нейманъ, Якоби, Пфицеръ), нѣкоторыя торговыя камеры (Лейпцигская, Келнская), большинство высказалось противъ. Оставляя въ сторонѣ такихъ критиковъ, которые признавали необходимымъ оставленіе римскаго права вспомогательнымъ (извѣстный Отто Беръ) или считали наличность или отсутствіе этого параграфа просто безразличнымъ, значительное большинство признавало необходимымъ параграфъ этотъ вовсе вычеркнуть, такъ какъ съ одной стороны опасаться естественнаго права теперь нечего, да и сама редакція параграфа отъ него не

предохраняетъ (Гольдшмидтъ); онъ безусловн излишенъ, такъ какъ для примѣненія аналогіи не требуется никакого особеннаго уполномочія со стороны закона (Гэльдеръ, Шиллингъ, Гартманъ, Гирке, Гольдшмидтъ, Дикель), кромѣ того и сама его редакція не удовлетворительна, такъ какъ не возможно такъ строго отличать аналогію закона и аналогію права (Гэльдеръ, Шиллингъ, Гирке, Гольдшмидтъ) и даже опасно, такъ какъ въ ней содержится слабо скрытое подстрекательство къ толкованію по буквѣ закона. Отмѣчено и мнѣніе Менгера (см. выше 22) поставленное рядомъ съ замѣчаніемъ на него Гирке, что такая точка зрѣнія показываетъ ясно отрицаніе соціализмомъ идеи права (Rechtsgedanke). Отмѣтимъ наконецъ еще мнѣніе органа центра „Германіи“, считающаго, что этотъ параграфъ ничего не даетъ и значитъ только „выбирайтесь, какъ можете, если законъ оставляетъ васъ безъ отвѣта (ср. Zusammentellung der gutachtlihhen Aeusserungen zu dem Entwurf eines BGB. gefertigt im Reichsjustizamt B. I als Manuscript gedruckt. 1890. 34—35). Сдѣлало на этотъ параграфъ замѣчаніе и одно изъ правительствъ (Эльзасъ Лотарингія) именно предлагалось вычеркнуть вторую часть параграфа (ср. Zusammenstellung der Aeusserungen zu den Entwurf eines BGB. gefertigten Reichsjustizamt B. I. als Manuscript gedruckt. 1891. 209). Критика эта оказала свое дѣйствіе и въ протоколахъ комиссіи для второго чтенія проекта Г. Г. У. мы находимъ такія объясненія, почему параграфъ первый былъ большинствомъ голосовъ вычеркнутъ вовсе, почти сплошь заимствованныя изъ изложенныхъ критиковъ. „Большинство исходило изъ того, что для примѣненія аналогіи не требуется никакого особаго законнаго уполномочія, при томъ аналогія стоитъ съ толкованіемъ самой тѣсной связи, между тѣмъ постановленія о толкованіи въ проектъ не приняты. Не подлежитъ удержанію въ проектѣ этотъ параграфъ и въ качествѣ оплота противъ опасности внѣдренія естественнаго права, такъ какъ такой опасности нельзя принимать въ серьезъ, да и буква параграфа перваго ея не исключаетъ. Къ тому же и редакція параграфа перваго и вообще не безупречна да здѣсь вообще особенно трудно сыскать могущую удовлетворить всѣхъ редакцію, не носящую доктринальнаго оттѣнка“ (Protocolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes des BGB. Im Auftrage des Reichsjustizamts bearbeitet von Dr. Achilles und Gebhard докладчикъ Spahn). Lief. 1. 1897, 2). Вопроса о включеніи какихъ либо аналогичныхъ статей или вообще статей о толкованіи далѣе уже не поднималось ни въ комиссіонной ни въ парламентской работѣ по проекту.

Г. Столь знаменитую теперь первую статью Швейцарскаго гражданскаго уложенія мы находимъ уже въ первоначальномъ проектѣ, составленномъ, какъ извѣстно, въ первоосновѣ профессоромъ Губеромъ, которому принадлежатъ и объясненія къ этому проекту, написанныя имъ по порученію комиссіи (ср. Rossel et Mentha, Manuel du droit civil suisse I, 44). Первоначальная редакція слегка отступаетъ отъ современнаго текста, хотя мотивы скорѣе ближе къ дѣйствующей редакціи, чѣмъ къ той, къ которой они написаны. Первоначальный проектъ гласитъ такъ: „гражданскій законъ находитъ примѣненіе ко всѣмъ правовымъ вопросамъ, для которыхъ онъ содержитъ какое либо постановленіе (Bestimmung) по его буквѣ или (oder) по толкованію.

Если же въ законѣ нѣтъ какого бы то ни было постановленія, то судья рѣшаетъ по обычному праву, а если и не такого (manget) хватаетъ, то по установившейся (доброй) доктринѣ и практикѣ.

Если онъ не можетъ почерпнуть права ни изъ одного изъ этихъ источниковъ, то онъ долженъ произнести свое рѣшеніе по тому правилу, которое бы онъ выставилъ какъ законодатель“ (Schweizerisches Civilgesetzbuch. Vorentwurf des Eidgenossischen Justiz—und Polizei. Departements Art. 1). Въ объясненіяхъ (Erläuterungen zum Vorentwurf. Bern. 1902. Губеръ указываетъ на то, что статья эта устанавливаетъ три ступени примѣненія права: „законъ, обычай, убѣжденіе судьи или согласно доброй доктринѣ и практикѣ или же по созданіи правового положенія для новаго случая (nach der Voraussetzung einer Rechtssatzes für den neuen Fall 97). Губеръ подчеркиваетъ что законы безъ пробѣловъ быть не могутъ, хотя (35) „правопорядокъ конечно въ нашей идеѣ является не знающимъ пробѣловъ“. Откуда же возьметъ судья правовую норму, если нѣтъ и обычнаго права? „Его разумный взглядъ (Einsicht), его совѣсть, его характеръ, его образованіе и опытъ должны имъ тутъ такъ руководить, чтобы онъ отыскалъ право не по своему произволу, но порядкомъ, который соотвѣтствуетъ заботливому (sorgfältigen) отправленію его должности. Отсюда требуется прежде всего; чтобы онъ оглянулся на то, какъ другіе теоретики или практики рѣшали подобные случаи“... т. е. примѣняется отдѣлъ второй I статьи... „Если и тутъ онъ не найдетъ точки опоры, то только тогда онъ сможетъ послѣдовать своему собственному индивидуальному убѣжденію и все, что можно дать ему здѣсь въ руководство, состоитъ въ словахъ: пусть онъ рѣшаетъ этотъ случай не произволу, не по впечатлѣнію обстоятельствъ данной

минуты, не по состраданію, возмущенію, или личной склонности, а такъ какъ, если бы ему пришлось будучи законодателемъ, формулировать норму для примѣненія ея къ тому случаю, который ждетъ его рѣшенія, Такъ надо понимать третій отдѣлъ. Онъ обозначаетъ только то, (das gleiche), что наука выразила уже въ такихъ словахъ: судья долженъ въ такихъ случаяхъ рѣшать такъ, какъ рѣшилъ бы самъ послѣдовательный законодатель, если бы онъ имѣлъ въ виду (gedacht hätte) объ этихъ случаяхъ" (37). Въ сущности то же дѣлаютъ судьи и сейчасъ, когда предполагается, что они рѣшаютъ по закону, натягивая всякими способами подъ законъ свои собственныя рѣшенія, теперь его нельзя будетъ заподозривать въ такихъ фокусахъ (Kunststücke) и это будетъ болѣе достойнымъ его должности (würdiger waltet er des Amtes (34). Измѣненія, внесенныя въ эту статью комиссіей спеціалистовъ, сказать кстати очень хорошо составленной (ср. Botschaft des Bundesrates... v. 28 Mai 1904, 2—3), свелись только къ чисто редакціоннымъ поправкамъ, въ родѣ замѣны въ первомъ раздѣлѣ словъ „гражданскій законъ" словомъ „законъ" слова „или" словомъ „и" и т. п. Въ такомъ видѣ статья была внесена въ законодательныл учрежденія, при чемъ официальный докладъ Союзнаго Совѣта ограничился коротенькой фразой о томъ, что статья первая даетъ ищущимъ право и судьѣ наставленіе при примѣненіи закона и при обнаруженіи пробѣловъ законодатекьства (ср. ту же Botschaft 13). Въ національномъ Совѣтѣ ст. первая была заслушана 16 ноября 1906 года. Въ преніяхъ приняли участіе кромѣ двухъ докладчиковъ нѣмецкаго самого Губера и французскаго Росселя, профессора въ Бернѣ одного изъ главныхъ сотрудниковъ и между прочимъ установителей окончательнаго французскаго текста, и депутатъ Шпейзеръ, два первые, конечно, защищали, послѣдній возражалъ. Изъ этихъ рѣчей слѣдуетъ отмѣтить прежде всего возраженія Шпейзера. Первый раздѣлъ статьи 1, онъ считалъ излишнимъ, какъ содержащій въ себѣ само собой понятную истину (Amtliches stenographisches Bulletin der schweizerischen Bundesversammlung, 1908, № 49 Nationalrat 1041) и при томъ недостаточно полно вмсказанную, такъ какъ уложеніе судья долженъ безконечно изучать, какъ наслаждаются произведеніемъ искусства знатоки и, какъ эти знатоки, открывать изъ него все новыя и новыя истины. Остальные источники, указанные въ статьѣ Шпейзеръ находитъ сомнительными, въ частности по отношенію къ наукѣ потому, что швейцарской юридической науки пока нѣтъ, а есть только германская, да и знать ее швейцарскіе судьи—

судьи изъ общества, а не юристы, не могутъ; связывать судъ прецедентами значитъ отнимать у правовой жизни ея жизненность (1052), поэтому Шпейзеръ предлагалъ вычеркнуть статью цѣликомъ. Губеръ подчеркивалъ и здѣсь, что отдѣлъ третій даетъ наставленіе судьѣ не творить правосудіе по произволу, но подняться на высоту законодателя и образовать подлежащую примѣненію правовую норму по тѣмъ мотивамъ, которыя свойственны (gegeben sind) законодателю (1036). И здѣсь онъ говоритъ о ступеняхъ примѣненія права, не называя ихъ уже тремя, а перечисляя порядокъ самой статьи (1036). На возраженіе Шпейзера Губеръ указалъ, что первый отдѣлъ, хотя и представляетъ самоочевидное правило (1043), не потребность въ немъ наглядно видна изъ современнаго состоянія юридической литературы. „Прочтите послѣдніе томы Deutsche Juristenzeitung и вы найдете тамъ рядъ статей, гдѣ этотъ принципъ (подчиненіе закону) потрясается учеными юристами, гдѣ дѣлается попытка обосновать положеніе, что судья можетъ встать выше закона, разъ онъ находитъ, что въ законѣ высказано то, что теперь уже несправедливо. Мы хотимъ это предотвратить (dem... entgegenstehen) и сказать: у васъ есть законъ, который бдитъ и этотъ бдительный законъ содержитъ тѣ положенія, которыхъ вы должны держаться и высшимъ принципомъ должно быть: разъ изъ закона можно найти правовую норму, ее долженъ судья примѣнить. Таковъ смыслъ перваго отдѣла первой статьи, и я считаю за благо, если она останется стоять во главѣ уложенія“ (1042). Россель защищалъ первый параграфъ не такъ горячо, хотя и находилъ все введеніе необходимымъ по соображеніямъ законодательной эстетики. Онъ не скрылъ своего нерасположенія къ обычному праву (1039) и призналъ третій отдѣлъ практически безразличнымъ. „Не даемъ ли мы слишкомъ многаго судьѣ?. говорилъ онъ, не лучше ли было бы отослать судью къ правиламъ справедливости? Въ дѣйствительности однако какую бы мы ни придумали формулу, практическій результатъ будетъ всегда одинъ и тотъ же (1039)“. Большинствомъ всѣхъ противъ 16 статья была принята цѣликомъ (1043). Пренія въ Совѣтѣ государствъ, гдѣ статья первая слушалась 9 апрѣля 1907 года, были еще короче. Статья была принята безъ измѣненій, послѣ рѣчи докладчика комиссіи совѣта государствъ Гофмана. Прибавлю кстати, что протоколы комиссіи и національнаго совѣта и совѣта государствъ не были опубликованы, протоколы же комиссіи экспертовъ составившія четыре тома (Procès verbaux Rossel 44) хотя и были напечатаны, но не поступили въ продажу, такъ что мнѣ не

удалось ими воспользоваться. Гофманъ указывалъ, что почти всѣ пункты статьи первой оспаривались въ комиссіи, прежде всего, конечно, допустимость обычнаго права, указывалось на опасность пользованія иностранной практикой и созданія судьею, какъ законодателемъ, нормъ. Противъ послѣдняго начала высказывали серьезныя опасенія: „Не смотритъ ли карикатурой, когда судья не спеціалистъ, судья изъ общества, завернувшись въ тогу законодателя, возсядетъ на курульское кресло (претора)". Всѣ эти возраженія были, по словамъ Гофмана, отклонены, и статью первую комиссія предлагала принять по такимъ соображеніямъ „законъ, какъ всякое человѣческое дѣло, несовершененъ и не исчерпывающъ"; на такое совершенство швейцарскій законъ и не выражаетъ притязанія, почему и должно указать на источники восполненія его пробѣловъ. Въ частности по отношенію къ судебной практикѣ и наукѣ высказана надежда, что какъ разъ новое уложеніе поведетъ за собою возникновеніе національной, выросшей на своей землѣ, имѣющей собственные корни науки и практики (Amtliches Sten. Bulletin 1907 Ständerat, 114). Что же касается права судьи законодательствовать, то ограничить его аналогіей было лишь ложью и вело за собою необходимость для судьи прибѣгать ко всѣмъ возможнымъ и невозможнымъ изворотамъ; лучше поэтому быть откровеннымъ. Въ концѣ у Гофмана зазвучали ноты близкія къ Росселю „въ общемъ, однако, надо сказать, что практическое значеніе первой статьи съ ея различными наставленіями для судей не слѣдуетъ преувеличивать. Очень много новаго она не даетъ. Судья и теперь поступаетъ почти также, какъ предписываетъ первая статья. Съ другой стороны нельзя не признать, что первая статья является вполнѣ эстетическимъ главнымъ входомъ во все зданіе: поэтому мы не могли рѣшиться ее изъять" (115). Изъ рѣчи Гофмана стоитъ еще отмѣтить, что онъ прямо перечисляетъ четыре источника права, по крайней мѣрѣ называетъ доктрину и практику третьимъ источникомъ права. Когда сопоставлялись разногласія между Совѣтомъ государствъ и предложеніями комиссіи Національнаго совѣта, куда они перешли изъ Совѣта государствъ, то, какъ и слѣдовало ожидать изъ изложеннаго мною, въ числѣ спорныхъ статьи первой не оказалось, тѣмъ не менѣе въ законѣ статья первая пріобрѣла нѣсколько отличный и не только редакціонно, но и по существу видъ. Объясняется это тѣмъ, что весь принятый обѣими палатами проектъ переданъ былъ въ редакціонную комиссію, которой было предоставлено право привести текстъ въ согласіе съ рѣшеніями палатъ. Редакціонная ко-

миссія, вырабатывавшая между прочимъ впервые итальянскій текстъ, широко воспользовалась данными ей полномочіями и внесла измѣненія, какъ она сама указываетъ (ср. Rossel Manuel 46), двоякаго рода, во 1 касающіяся исключительно стиля, во 2 измѣняющія тексты, которые ей казались недостаточно ясными. Здѣсь оказывалось иногда темной самая воля законодателя; нашлись легкіе пробѣлы, которые были заполнены въ духѣ рѣшеній, принятыхъ палатами, далѣе необходимо было уничтожить явныя противорѣчія или сузить поле будущихъ контроверсъ болѣе точной формулировкой текстовъ, принятыхъ федеральнымъ собраніемъ. Къ какой категоріи отнесла редакціонная комиссія внесенную ею поправку въ 1 статью, сказать трудно. Статья получила такой окончательный видъ: Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält.

Kann dem Gesetze keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde.

Er folgt dabei bewährter Lehre und Ueberlieferung (ср. русскій переводъ выше стр. 129).

Мы получаемъ теперь только три источника: законъ, обычай, и творчество судьи, какъ законодателя. Наука и практика потеряли самостоятельное значеніе и перешли въ четвертый отдѣлъ статьи, формулированный такъ, что онъ ставитъ передъ толкователемъ вопросъ, относится ли онъ только къ творенію права судьей или же судья долженъ вдохновляться, какъ говоритъ французскій текстъ (s'inspire), слѣдовать, какъ говоритъ нѣмецкій текстъ, или придерживаться, какъ говоритъ итальянскій (siattiene), установившихся доктрины и практики и при толкованіи закона и при примѣненіи обычнаго права и при собственномъ созданіи нормъ. Коментаторы склоняются ко второму толкованію (Rossel Manuel 66, Gmür, Die Anwendung des Rechts nach Art. 1 des schw. Zivilgesetzbuches 119), ссылаясь на то, что это постановленіе выдѣлено въ особый отдѣлъ, а не слито съ предыдущимъ. Такъ толкуютъ Россель и Гмюръ, при чемъ Гмюръ еще подчеркиваетъ, что сопоставленіе нѣмецкаго текста, имѣющаго болѣе повелительный характеръ, съ болѣе мягкими выраженіями итальянскаго и особенно французскаго даетъ выводъ, что это лишь настоятельный совѣтъ, неисполненіе котораго не влечетъ, однако, недѣйствительности сдѣланнаго, т. е., что это только lex imperfecta. Мы видимъ, такимъ образомъ, что изъ несомнѣнныхъ четырехъ источниковъ

большой посылки судебныхъ рѣшеній (считая еще науку и практику за одинъ) редакціонная комиссія оставила только три. Не подлежитъ сомнѣнію, что комиссія не могла бы оправдываться ссылкою на то, что она исполнила этимъ желаніе законодательныхъ палатъ. Какъ мы знаемъ, сторонники возможности найти волю законодателя, какъ Регельсбергеръ, считаютъ всю палату только мѣстомъ, повторяющимъ, какъ эхо, волю нѣкоторыхъ главныхъ авторовъ проекта. Какъ разъ пониманіе первой статьи, какъ устанавливающей цѣлыхъ четыре источника, развивали въ палатахъ и Россель и Гофманъ и даже Губеръ, нѣсколько иначе писавшій въ объясненіяхъ къ первоначальному проекту, да и тамъ, замѣчу кстати, какъ разъ противъ того мягкаго толкованія, которое дали Гмюръ и Россель. Всѣ эти ораторы, резонансомъ для которыхъ служили палаты, высказались за четыре источника права, всѣ они были членами и комиссіи экспертовъ и комиссій обѣихъ палатъ. По ихъ докладамъ палаты принимали первую статью, и они же были членами редакціонной комиссіи, измѣнившей четыре источника на три. Такъ или иначе все, что сдѣлала комиссія, весь установленный ею текстъ былъ принятъ единогласно обѣими палатами цѣликомъ 10 декабря 1907 года. „Это было торжественное выраженіе уваженія, возданнаго главному создателю проекта профессору Евгенію Губеру и лучшей наградой для его сотрудниковъ“ замѣчаетъ одинъ изъ этихъ сотрудниковъ—Россель (Manuel 47). Свободу дѣйствій редакціонной комиссіи признаетъ и Гмюръ, видящій мудрость въ дарованіи комиссіи такой свободы (Gmür Die Anwendung 118 прим. 2), и не добавляющій, кто же именно далъ такую свободу комиссіи. Этими моими замѣчаніями я не хочу, конечно, умалить чего либо въ заслугахъ Губера, создавшаго такое замѣчательное уложеніе, несомнѣнно самое выдающееся изъ всѣхъ, созданныхъ за послѣднее время, и при томъ какъ разъ вскорѣ послѣ германскаго, вызвавшаго тяжелыя недоумѣнія и справедливыя обвиненія въ неспособности цивилистовъ къ законодательному творчеству.

———ooo▣ooo———

Цѣна 1 р. 75 к.