

Лекция I.

ВВЕДЕНИЕ. ФИЛОСОФСКИЙ МЕТОД

[Введение]*

Деятельность по разрешению споров ежедневно ведется в сотнях судов по всей стране. Для каждого судьи, как кому-то покажется, было бы шуточным делом описать порядок деятельности, которую он сам осуществлял тысячу раз или больше. Ничто не могло бы отстоять от истины так далеко, как это утверждение. Допустим, какой-нибудь сообразительный непосвященный человек попросит его объяснить этот порядок: судья не замедлит с тем, чтобы ускользнуть от разговора, найдя оправдание в том, что профессиональный язык недоступен тем, кто не обучен ремеслу. Такое оправдание, может, и скроет неким подобием солидности, в остальном, позорное отступление. Едва ли оно позволит погасить вспышки любопытства и угрызений совести. В моменты самокопания, когда нет уже необходимости показной мудростью оттолкнуть непосвященного от разговора, неудобный вопрос не перестает беспокоить и требует ответа. Что я делаю, когда разрешаю спор? К каким источникам информации обращаюсь за руководством? В какой мере я позволяю им предопределять исход? В какой мере они должны иметь влияние? Если прецедент применим, когда я отказываюсь следовать ему? Если нет применимого прецедента, как я нахожу правило, которое даст прецедент для будущих споров? Если я ищу логической согласованности, внешней правильности в строении права, как далеко я могу зайти? В какой момент поиск должен быть остановлен перед каким-нибудь сомнительным (*discrepant*) обычаем, каким-либо соображением общего блага или моими собственными либо общими стандартами

* Далее сноски с цифрой означают примечания автора, с символом звездочки – примечания переводчика. Квадратные скобки – добавления переводчика в текст автора.

В оригинальной версии книга поделена только на лекции, внутри которых не было никакого дальнейшего деления. Предметы лекции перечислялись лишь в названии соответствующей лекции. Тем не менее в колонтитулах 13-го издания (кроме второй лекции) указывался конкретный предмет текста на соответствующей странице. Поэтому переводчику удалось выявить внутреннее деление лекций. Во второй лекции деление опирается на смысл текста.

справедливости (*justice*)^{*} и морали? В эту странную смесь, которая каждый день варится в котле судов, все эти ингредиенты включаются в разных соотношениях. Я не собираюсь выяснять, допустимо ли вообще судьям готовить эту смесь. Я признаю созданное судьями право^{*} одним из действительных явлений жизни. Соответственно перед нами смесь. Нет судьи, который бы ни разу не приложил к ней руку. Части не сочетаются случайно. По *некоторым* принципам, какими бы неочевидными, непровозглашенными и неосознанными они ни были, протекает настаивание. Эти руководящие начала могут не быть одинаковыми ни для всех судей во всякое время, ни для всех судей во все времена. Но делается выбор — решение неверяется Судьбе; и соображения с мотивами, предопределившие выбор, зачастую даже неявные, вообще не поддаваться анализу не могут. Для той попытки анализа, которую мне предстоит сделать, нужно различать сознательное и бессознательное. Я этим не имел в виду, что те соображения и мотивы, которые я отношу к первым, всегда отчетливы для сознания, так что будут сходу замечены и обозначены. Нередко они едва выглядывают на поверхность. Они могут быть, однако, со сравнительной легкостью выделены и отмечены и, когда это происходит, легко признаются руководящими принципами поведения. Менее простыми являются силы, лежащие глубоко, которые могут быть отнесены только к подсознательному. Зачастую благодаря этим подсознательным силам судьи остаются верны себе и не доверяют друг другу. Вильям Джеймс^{*} нам напоминает на страницах своих лекций о прагматизме, что каждый из нас в действительности имеет жизненную философию, даже те из нас, для кого философские понятия и идеи неизвестны или подверглись анафеме. В каждом из нас есть эта сильная расположенность, называете вы это философией или нет¹, которая придает мысли и действию последовательность и направленность. Судьи не отличаются от других смертных тем, что им будто бы дано обойти этот стремительный поток. Вся их жизнь, все те силы, которые для них скрыты и которым нет имени, направляют их — врожденные инстинкты, полученные от предыдущих поколений представления, приобретенная убежденность; и результирующей являются взгляд на жизнь, понимание общественных потребностей, смысл в высказывании Джеймса о «всеобъемлющей вынужденности под давлением космоса», который, когда основания

¹ Cf. N.M. Butler, "Philosophy," pp. 19, 43.

были точно взвешены, предопределяет, на что падет выбор. На таком интеллектуальном фоне любая проблема получает правильную постановку. Мы можем смотреть на вещи так беспристрастно, как нам этого хочется. Все же нам не дано узреть их иными глазами, нежели нашими собственными. Под эту проверку попадает все – форма прошения или законодательный акт, проступки нищих или права принцев, правила общежития или конституция.

Я слабо верю в то, что мне удастся изложить формулу, которая объяснила бы этот порядок деятельности хотя бы мне самому и тем более остальным. Нам надо бы применить в изучении созданного судьями права тот метод количественного анализа, который господин Воллас применил, получив столь хорошие результаты, при изучении политики². Ученые, более плодотворные, чем я, должны справиться с этой задачей. Но до того, как за эти труды возьмутся, вероятен преходящий интерес в попытке раскрыть природу деятельности со стороны того, кто сам является деятелем, день за днем поддерживающим ее ход. Таким будет мое оправдание за эти искания духа внутри самого себя (*introspective searching of the spirit*).

До того как мы определим пропорции смеси, мы должны знать ингредиенты к ней. Нашим первым исследованием будет: где судья ищет право, которое воплощает в решении? Бывают случаи, когда источник очевиден. Правило, подходящее под спор, может быть получено из конституции или законодательного акта. Если это получается, судье больше ничего не нужно. По установлении применимости он должен подчиниться. Конституция имеет бóльшую силу, чем законодательный акт, но законодательный акт, если соответствует конституции, превосходит по силе право судей. В этом смысле созданное судьями право является вторичным и подчиненным праву, создаваемому законодателями*. Это правда, что кодексы и законы не сделают суды лишними, как не сделают работу судей механической или ритуальной. Есть пробелы, требующие восполнения. Есть сомнения и двусмысленности, требующие разъяснения. Есть несправедливости и ошибки, которые нужно смягчать, если не удалось их избежать. О толковании часто говорится так, будто это поиск и выяснение значения, которое, каким бы неясным и скрытым оно ни было, все же существовало в уме законодателя изначально, реально и постижимо для других. Деятельность судьи и вправду иногда сводится к этому, но часто она сопряжена и с чем-то

² “Human Nature in Politics,” p. 138.

большим. Постигание намерения может оказаться наименьшей из проблем, с которыми судья сталкивается, придавая известное значение законодательному акту. «Факт в том, — пишет Грэй* в своих лекциях о «Природе и источниках права»³, — что сложности с так называемой интерпретацией возникают тогда, когда законодательство не имело вообще никакого смысла; когда возникает вопрос, не охваченный законодательным актом; когда то, что судьям остается сделать, — это не определить, что законодательная власть имела в виду по вопросу, оказавшемуся в поле ее зрения, а угадать, что должно было быть задумано по оставшемуся вне поля ее зрения вопросу, если бы он уже тогда был перед ней поставлен»⁴. То же пишет Брютт⁵: «Сложнейшая задача системы правоприменения состоит поэтому в том, чтобы сделать выяснение скрытого смысла позитивного права более основательным. Однако гораздо более важна вторая задача, которой эта система служит, а именно — восполнение пробелов, которые можно найти в любом позитивном праве в большем или меньшем объеме». Можно называть эту деятельность правотворческой, если хотите. В любом случае нет системы *juris scripti*, которая могла бы обойтись без обращения к ней. В наши дни многочисленная школа континентальных юристов выступает за все более широкую свободу при приспособлении и толковании закона. Законодательный акт, как они говорят, зачастую отрывочен, непродуман и несправедлив. Судья как лицо, толкующее обществу его же чувство и ощущение правопорядка, должен восполнять недосказанности, исправлять неопределенности и сообразовывать результаты со справедливостью посредством метода свободного решения — «*libre recherche scientifique*» [фр.: свободный научный поиск]. Таков взгляд Жени*, Эрлиха*, Гмелина и др.⁶ Суды должны «искать вдохновение во всякого рода социальных элементах, что являются живой силой, стоящей за фактами, с которыми [судам] приходится иметь дело»⁷. Власть, предоставленная им указанным образом, велика и может, как любая власть, использоваться не по назначению; но нам не избежать наделения ею. В долгосрочной перспективе «нет никакой гарантии

³ Sec. 370, p. 165.

⁴ Cf. Pound, "Courts and Legislation," 9 Modern Legal Philosophy Series, p. 226.

⁵ "Die Kunst der Rechtsanwendung," p. 72.

⁶ "Science of Legal Method," 9 Modern Legal Philosophy Series, pp. 4, 45, 65, 72, 124, 130, 159.

⁷ Gény, "Méthode d'Interprétation et Sources en droit privé positif," vol. II, p. 180, sec. 176, ed. 1919; перев., 9 Modern Legal Philosophy Series, p. 45.

справедливости, — говорит Эрлих⁸, — кроме как в личности судьи»⁹. Те же методологические проблемы, те же расхождения между буквой и духом являются жизненными проблемами в нашей стране* и в нашем праве. Сверх того, в области конституционного права метод свободного решения стал на сегодня, думаю, господствующим. Наиболее общие положения конституции имеют содержание и значение, меняющиеся из века в век. Метод свободного решения смотрит сквозь преходящие частности и видит то постоянное, что скрывается за ними. Толкование, так расширившее свои пределы, становится чем-то большим, чем установление вкладывавшегося в акт смысла и намерения правотворцев, чью коллективную волю им огласили. Оно дополняет оглашенное и заполняет пустые места с помощью тех же приемов и методов, которыми создавалось обычное право. Кодексы и другие законодательные акты могут угрожать предназначению судей угнетением их деятельности, оставлением их не у дел и лишением их способности действовать. Деятельность расцветает и сохраняется ввиду человеческой потребности, ответом на которую она является. Запрещение Юстинианом любого комментирования результатов его кодификации вошло в историю своей бессмысленностью¹⁰.*

Я пока останавливаю свои размышления о значении конституции и законодательных актов как источников права. Работа судьи по их толкованию и развитию действительно имеет свои проблемы и сложности, но это проблемы и сложности не столь отличные от тех, что занимают его в других сферах его деятельности. Я думаю, они могли бы быть лучше изучены после того, как будут исследованы другие сферы деятельности. Иногда норма конституции или законодательного акта ясна, и тогда затруднения отсутствуют. Даже когда они имеются, бывает, что в них отсутствует этот момент таинственности, что сопровождает творческую энергию. Мы вступаем в область таинственности, когда конституция или законодательный акт молчат и судья должен обратиться к общему праву за правилом, подходящим для спора. Он «живой оракул права», по яркому выражению Блэкстоуна*. Глядя на сэра Оракула в действии, наблюдая его работу в отрезвляющем свете реализма, как берется он за выполнение стоящей перед ним задачи?

⁸ P. 65, *supra*; “Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft,” 9 Modern Legal Philosophy Series.

⁹ Cf. Gnaeus Flavius (Kantorowicz), “Der Kampf um Rechtswissenschaft,” p. 48: “Von der Kultur des Richters hängt im letzten Grunde aller Fortschritt der Rechtsentwicklung ab.”

¹⁰ Gray, “Nature and Sources of the Law,” sec. 395; Muirhead, “Roman Law,” pp. 399, 400.

Первым делом он сравнивает рассматривающийся им спор с прецедентами, сохранившимися в его памяти или запрятанными по книгам. Я не хочу сказать, что прецеденты являются последним источником права, представляющим собой единственное оружие в правовой оружейной, единственный инструмент, пользуясь выражением Мэйтленда^{11*}, «в юридической кузне». За прецедентами стоят основные юридические понятия, которые являются постулатами правового обоснования, а еще дальше за ними стоят обыкновения жизни, общественные институты, в которых эти понятия зародились и которые в процессе их взаимодействия в свою очередь изменились под их влиянием¹². Тем не менее в столь развитой системе, как наша, прецеденты так заполнили собой все, что они являются отправной точкой, с которой начинается работа судьи. Почти неизменно его первым шагом будет их исследование и сравнение. Если они ясны и относимы, возможно, больше ничего и не нужно. *Stare decisis*^{*} является в конце концов нормой жизни нашего права. Мне еще доведется сказать о допустимости ослабить правило в исключительных обстоятельствах. Но пока такие условия не будут выполнены, деятельность по разрешению споров, согласно с совершенно подобными им прецедентами, тождественна по природе своей деятельности по разрешению споров в соответствии с законодательным актом. Это процесс поиска, сравнения, но немногим более того. Некоторые судьи вообще редко выходят за рамки этой деятельности. В их понимании их обязанностью является сопоставить цвета данного спора с палитрой красок того множества споров, что разбросаны по их рабочему столу в качестве образцов. Образец, наиболее близкий по оттенку, дает применимое правило. Но, конечно, нет системы живого права, которая могла бы развиваться при таком порядке деятельности, как нет судьи высокого суда, достойного своего положения, который бы так узко смотрел на свое предназначение. Если это все, к чему сводится наше призвание, в нем было бы немного от умственной деятельности. Человек, располагающий лучшим указателем дел, был бы заодно мудрейшим судьей. Именно тогда, когда цвета не совпадают, когда ссылки в индексах ничего не дают, когда нет решающего прецедента, — тогда начинается настоящее дело судьи. Тогда он должен выработать право (*fashion law*) для спорящих

¹¹ Introduction to Gierke's "Political Theories of the Middle Ages," p. viii.

¹² Saleilles, "De la Personnalité Juridique," p. 45; Ehrlich, "Grundlegung der Soziologie des Rechts," pp. 34, 35; Pound, "Proceedings of American Bar Assn. 1919," p. 455.